REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/14828/2019 **ACPR/805/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 15 novembre 2022

Entre

A_____, domicilié _____[OW], comparant par Me B_____, avocat, _____, Genève,

recourant,

contre l'ordonnance de classement rendue le 22 septembre 2022 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 6 octobre 2022, A_____ recourt contre l'ordonnance du 22 septembre 2022, notifiée le 26 suivant, par laquelle le Ministère public a ordonné le classement de la procédure ouverte à son encontre (chiffre 1 du dispositif), l'a condamné aux frais de la procédure (ch. 2) et a refusé de lui allouer une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (ch. 3).

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif de l'ordonnance attaquée et à ce que l'indemnité pour ses frais de défense soit fixée à CHF 12'928.35.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par pli du 16 juillet 2019, l'C_____ (ci-après: C_____) a déposé plainte contre E_____, F_____, G_____, H_____ et A_____ pour gestion déloyale (art. 158 CP) et insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP).

En substance, elle exposait que les précités, inscrits au Registre du commerce en leur qualité de membre du conseil de la Fondation D_____ (ci-après: la Fondation), avaient l'obligation de tenir une comptabilité et de lui transmettre, dans les six mois suivant la clôture de l'exercice comptable, les états financiers annuels, le rapport original de l'organe de révision, le rapport d'activité et le procès-verbal approuvant les comptes annuels.

Les documents concernant l'exercice 2017 auraient dû lui être transmis le 30 juin 2018 au plus tard. Le 9 octobre 2018, elle avait été contrainte d'envoyer une sommation à la Fondation. N'ayant pas reçu de réponse, elle avait rendu, le 10 décembre 2018, une décision d'amende, fixant à celle-ci un délai de 30 jours pour s'exécuter, décision qu'elle avait adressée individuellement aux membres du conseil de la Fondation par lettre recommandée. Par pli recommandé du 28 mars 2019, elle avait octroyé un ultime délai au 15 avril 2019, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP. Aucun document ne lui était toutefois parvenu.

b. À l'appui, l'C_____ a produit notamment les différentes sommations, dont elle fait état dans sa plainte. Il en ressort que celles des 9 octobre 2018 et 28 mars 2019 ont été adressées à la Fondation "*c/o I*_____" à Genève, et que celle du 10 décembre 2018 a été adressée tant à la Fondation qu'aux membres du conseil, toujours à l'adresse précitée. Dans ce dernier pli, il est précisé que, passé le délai imparti et en l'absence des documents demandés, l'C_____ serait contrainte de dénoncer la Fondation au Procureur général.

c. Entendu par la police le 3 février 2020, A_____ a expliqué qu'en 1993, le secrétariat de la Fondation avait été transféré de Genève en Italie. Un membre avait toutefois continué à gérer la comptabilité à Genève, jusqu'en 2007. Puis, les membres de la Fondation avaient décidé de confier certaines activités administratives à I_____. Ne se considérant pas compétente en matière de comptabilité, la prénommée avait mandaté J_____ SA (ci-après J_____) pour ce faire, étant précisé que ladite société était aussi l'organe de révision de la Fondation. Cette situation avait perduré jusqu'en 2016. Puis, J_____ avait attiré l'attention sur le fait qu'il manquait des pièces pour clôturer la comptabilité de 2017, voire la comptabilité antérieure. Cette documentation aurait dû être fournie par le secrétariat, lequel avait reçu la liste des pièces manquantes. Les personnes travaillant pour la Fondation, y compris le secrétariat, étaient des bénévoles, peu nombreuses et constamment surchargées, qui avaient tendance à prioriser les aspects opérationnels et non administratifs. Les fonds avaient été utilisés conformément à leurs fins et l'absence de tenue de la comptabilité n'était pas intentionnelle. L'éparpillement géographique, l'âge des membres du conseil et les handicaps physiques expliquaient cette situation.

d. Il ressort du rapport de renseignements du 6 février 2020 que, contactée par la police, I_____ a expliqué avoir transmis toute la correspondance au bureau de la Fondation à K_____[Italie]. Le représentant de la Fondation en Suisse était A_____.

En outre, selon le registre de l'Office cantonal de la population et des migrations, F_____ et H_____ avaient respectivement quitté Genève en 1988 et 1996. E_____ et G_____ n'avaient jamais été domiciliés dans le canton, étant précisé que le second était décédé en 2016.

Enfin, il ressort du courrier du 20 décembre 2019 adressé par J_____ à l'C_____ que les pièces pour la tenue de la comptabilité 2017 n'avaient pas pu lui être remises, faute de réponse des membres de la Fondation.

e. Par ordonnance pénale du 19 mai 2020, le Ministère public a condamné A_____ à une amende de CHF 1'000.- pour insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP) et inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité (art. 325 CP).

A_____ y a formé opposition.

f. Par ordonnances des 25 novembre 2020, 30 avril 2021, 7 juillet 2021 et 13 octobre 2021, le Ministère public a suspendu, respectivement prolongé la suspension de l'instruction en raison de l'état de santé de A_____ et de son hospitalisation.

L'instruction a été reprise le 8 mars 2022.

g. Entendu par le Ministère public le 24 mars 2022, A_____ a expliqué ne pas s'être senti visé ou responsable de la comptabilité. Il appartenait au secrétariat sis à K_____[Italie] de fournir les pièces demandées par l'C_____. À réception de la lettre envoyée par cette dernière, il avait sommé, par écrit, les autres membres du conseil d'y donner suite dans les délais. Il avait également contacté l'C_____ pour leur dire qu'il souhaitait résoudre le problème rapidement. Le bureau de K_____[Italie] l'avait informé de ses difficultés à réunir les pièces sollicitées en raison du personnel bénévole. Il avait donc proposé d'engager un comptable suisse, lequel avait été contacté par ledit bureau. Il avait toutefois perdu le fil en raison de son hospitalisation et la situation n'avait pas pu être régularisée malgré une volonté de coopérer. Le problème était structurel, à savoir que la communication entre Genève et K_____[Italie] était difficile. Il avait tenté d'entreprendre diverses démarches, en vain.

h. Par avis de prochaine clôture du 26 avril 2022, le Ministère public a informé A_____ de son intention de rendre une ordonnance de classement. Un délai pour présenter ses réquisitions de preuve et solliciter une indemnisation lui a été imparti.

i. À cette suite, A_____ a produit des courriels adressés aux autres membres du conseil entre les 15 octobre 2018 et 11 juin 2019, attirant leur attention sur la nécessité de régulariser la situation.

Il a sollicité l'indemnisation de ses frais de défense (CHF 12'928.35).

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public retient qu'il existait un empêchement de procéder (art. 319 al. 1 let. d CPP). En effet, dans la mesure où les faits reprochés, concernaient la non-tenue de la comptabilité de la fondation pour l'exercice 2017 et que le délai imparti par l'C_____ sous la menace des peines de l'art. 292 CP venait à échéance le 15 avril 2019, la prescription de l'action pénale était atteinte.

Les frais de la procédure étaient toutefois mis à la charge d'A_____ et aucune indemnité ne lui était accordée, puisqu'il avait, de manière illicite et fautive, provoqué son ouverture. Bien qu'il ait fourni les efforts nécessaires pour rétablir la situation, la comptabilité de la Fondation pour l'exercice 2017 n'avait pas été tenue, en violation des art. 83a CC et 957ss CO. A_____, en sa qualité de membre du conseil de fondation, ne pouvait en ignorer les conséquences.

D. **a.** Dans son recours, A_____ reproche tout d'abord au Ministère public une constatation incomplète des faits et une violation de la maxime d'instruction (art. 6 CPP) pour avoir retenu, à sa charge, une obligation légale d'agir dans le cadre de la tenue de la comptabilité de la Fondation, et ce sans déterminer le rôle et la

responsabilité de chaque membre du conseil. Ces violations avaient une incidence sur le sort des frais et de l'indemnité due en sa faveur.

Au fond, il reproche au Ministère public une mauvaise application des art. 426 et 429 CPP. Faute d'avoir été personnellement informé de la menace de l'amende – la seule décision lui ayant été adressée personnellement étant celle du 10 décembre 2018 et la mise en garde contenue dans celle-ci n'étant pas suffisante –, un des éléments constitutifs de l'art. 292 CP faisait défaut, ce qui excluait toute condamnation aux frais.

S'agissant de la seconde infraction reprochée, les art. 83a CC et 957ss CO imposaient à la Fondation de tenir des comptes mais non une obligation personnelle d'agir à ses membres. En l'absence de norme de comportement faisant de lui un garant, il ne pouvait être condamné aux frais. En tout état, même à retenir la violation d'une norme de comportement, le lien de causalité entre les faits et la norme juridique avait été rompu, faute dans l'ordonnance attaquée d'individualisation du comportement reproché.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sans autre observation.

c. A_____ réplique.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du prévenu qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP), en tant qu'il conteste la mise à sa charge des frais de procédure et le refus de l'octroi d'une indemnité pour ses frais de défense.

2. La Chambre de céans, qui possède un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 391 al. 1 let. a CPP) ni par la motivation de l'autorité précédente dont elle à connaître des décisions, le seul principe applicable en la matière étant celui de la vérité matérielle objective et de la légalité (art. 7 CPP) ainsi que la maxime d'instruction et l'adage *"jura novit curia"* (art. 6 CPP ; ACPR/831/2017 du 6 décembre 2017; JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2ème éd., Bâle 2019, n. 56 s; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, Bâle 2016, n. 1-2 ad art. 391 ; ACPR/831/2017 du 6 décembre 2017). On a ainsi pu écrire que le pouvoir

d'examen de l'autorité de recours est *"presque discrétionnaire"* (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.,* n. 2 ad art. 391).

3. Le recourant conteste la mise à sa charge des frais de la procédure liée au classement de la procédure pénale, et, partant, le refus d'indemnisation.

3.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a notamment droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (let. a).

La question de l'indemnisation selon l'art. 429 CPP doit être tranchée après celle des frais, selon l'art. 426 CPP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_565/2019 du 12 juin 2019 consid. 5.1; 6B_373/2019 du 4 juin 2019 consid. 1.2). Dans cette mesure, la décision sur ceux-ci préjuge du sort de celle-là (ATF 144 IV 207 consid. 1.8.2 p. 211; 137 IV 352 consid. 2.4.2 p. 357).

3.2. Selon l'art. 426 al. 2 CPP, lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci.

La condamnation d'un prévenu acquitté à supporter tout ou partie des frais, respectivement le refus de lui allouer une indemnisation à raison du préjudice subi par la procédure pénale, doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH. Celle-ci interdit de rendre une décision défavorable au prévenu libéré en laissant entendre que ce dernier serait néanmoins coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Une condamnation aux frais, respectivement un refus d'indemnisation, n'est ainsi admissible que si le prévenu a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours. À cet égard, seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte (ATF 144 IV 202 consid. 2.2; 119 Ia 332 consid. 1b; 116 Ia 162 consid. 2c).

Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble, dans le sens d'une application par analogie des principes découlant de l'art. 41 CO. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (arrêt du Tribunal fédéral 6B_301/2017 du 20 février 2018 consid. 1.1).

Une condamnation aux frais ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête. Elle est en tout cas exclue lorsque l'autorité est intervenue par excès de zèle, ensuite d'une

mauvaise analyse de la situation ou par précipitation (ATF 116 Ia 162 consid. 2c; arrêt 6B_301/2017 précité consid. 1.1; cf. art. 426 al. 3 let. a CPP). Le juge ne peut fonder sa décision que sur des faits incontestés ou déjà clairement établis. La mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquittement ou de classement de la procédure doit en effet rester l'exception (ATF 144 IV 202 consid. 2.2 et les références citées). La prescription, comme motif de libération, n'est pas incompatible avec la condamnation aux frais du prévenu, mais celle-ci ne doit pas se fonder sur le reproche pénal (arrêt du Tribunal fédéral 6B_650/2019 du 20 août 2019 consid. 3.4; ACPR/69/2022 du 4 février 2022 consid 2.4, ACPR/401/2022 du 8 juin 2022 consid. 2.2).

3.3. En l'occurrence, le Ministère public a ouvert une instruction pénale contre le recourant, lui reprochant d'avoir, en sa qualité de membre du conseil de fondation, contrevenu à son obligation légale de tenir une comptabilité pour l'exercice 2017 (art. 325 CP *cum* 29 CP). Il lui était aussi reproché de ne pas avoir donné suite à la demande de régularisation de l'C_____, formulée sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP.

La procédure a été classée par le Ministère public en raison de l'acquisition de la prescription de l'action pénale.

En motivant la mise à sa charge des frais et le refus de l'indemnité sollicitée par le fait que "*la comptabilité de la Fondation pour l'exercice 2017 n'avait pas été tenue, en violation des art. 83a CC et 957ss CO*", la Procureure a visé le même comportement que celui ayant donné lieu au classement de la procédure, en sa faveur; la première hypothèse prévue à l'art. 325 CP réprime expressément l'auteur qui, ne tenant pas de comptabilité régulière, contrevient à son obligation découlant de l'art. 957 CO. Or, dans la mesure où le recourant a toujours contesté avoir contrevenu à l'art. 325 CP et que son éventuelle responsabilité pénale en lien avec la comptabilité litigieuse n'a pas été admise dans l'ordonnance déférée, il est exclu, sous peine de violer la présomption d'innocence dont il bénéficie, de justifier une mise à sa charge des frais et/ou un refus de l'indemniser en motivant ces décisions par les mêmes faits que ceux ayant conduit au prononcé de l'ordonnance de classement.

Il en résulte que le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance querellée sera annulé et que les frais de première instance seront laissés à la charge de l'État (art. 423 CPP). Par contre, le respect du double degré de juridiction doit conduire à annuler le chiffre 3 du dispositif de la décision querellée et à renvoyer la cause à l'autorité précédente pour qu'elle se détermine en premier ressort sur l'indemnité (art. 429 CPP).

Au vu de ce qui précède, point n'est besoin d'examiner les autres griefs soulevés par le recourant.

4. Fondé, le recours doit être admis.

5. L'admission du recours ne donnera pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

6. Le recourant, prévenu, obtient gain de cause et a droit à une indemnité pour ses frais de défense (art. 436 al. 1 *cum* 429 al. 1 let. a CPP).

Il chiffre à CHF 2'423.25 ses dépens, correspondant à 5 heures d'activité par un avocat chef d'Étude (15 minutes d'examen de la décision, 15 minutes d'entretiens avec le client, et 4h30 de rédaction du recours), au tarif horaire de CHF 450.-, plus TVA. Dans le cadre de sa réplique, il a augmenté ses prétentions de 15 minutes.

Le temps consacré par l'avocat aux postes précités apparaît excessif. Le temps consacré à la rédaction du recours ainsi qu'aux observations sera ainsi ramené à 1 heure, vu les considérations retenues par la Chambre de céans pour l'admission du recours.

Dès lors, une indemnité de CHF 484.65, TVA 7.7% incluse, pour les frais de défense du recourant dans la procédure de recours lui sera octroyée, correspondant à 1h d'activité de son conseil au tarif horaire de CHF 450.- appliqué par la Cour de justice à l'avocat chef d'étude (ACPR/279/2014 du 27 mai 2014).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule les chiffres 2 et 3 de l'ordonnance de classement du 22 septembre 2022.

Dit que les frais de la procédure de première instance sont laissés à la charge de l'État.

Renvoie la cause au Ministère public pour qu'il statue sur la demande d'indemnité, selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, en faveur d'A_____.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 484.65 (TVA 7.7% incluse), pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).