



POUVOIR JUDICIAIRE

P/17002/2019

ACPR/630/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 15 septembre 2020

Entre

A _____, domiciliée _____, comparant par M^e B _____, avocat, _____,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 22 mai 2020 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. a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 4 juin 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 22 mai 2020, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte pénale du 11 juillet 2019 et a ordonné la restitution à C_____ du sac figurant sous chiffre 1 de l'inventaire du 30 juillet 2019.

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, chiffrés au total à CHF 2'907.90, à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la procédure au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction à l'encontre de D_____.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 1'000.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. D_____ était titulaire de l'entreprise individuelle E_____, laquelle exploitait notamment la boutique de dépôt-vente F_____ (ci-après : la boutique), sise rue 1_____, à Genève.

b. Le 11 juillet 2019, A_____ a déposé plainte pénale contre G_____.

Début mars 2019, elle avait remis à la boutique un sac de marque H_____, en dépôt-vente. En l'absence de D_____, le bien avait été réceptionné par son frère, G_____.

Il était convenu oralement que le sac soit vendu à un prix de CHF 7'500.-, toute offre inférieure devant faire l'objet d'une discussion préalable, étant précisé qu'un prix minimum de CHF 5'500.-, dont l'intégralité devait lui revenir, avait été arrêté.

Par la suite, elle avait constaté que la boutique avait fermé et n'avait jamais récupéré son sac, ni perçu l'argent d'une éventuelle vente.

c. Le même jour, la police a identifié le sac de A_____ en vente dans le commerce de C_____, à l'enseigne I_____, sis 2_____ à Genève.

d. Entendu par la police le 11 juillet 2019, C_____ a expliqué que, courant février ou mars 2019, un nommé J_____ lui avait proposé de racheter ce sac à D_____, ce qu'il avait accepté, pour le prix de CHF 3'200.-.

Il avait pensé que J _____ servait d'intermédiaire pour D _____, qu'il connaissait et avec lequel il n'avait plus de contacts depuis le mois d'août ou septembre 2018.

Il ne savait pas que le sac était en dépôt-vente auprès de la boutique de D _____ et pensait, en l'achetant, qu'il appartenait à ce dernier et que celui-ci ne parvenait pas à le vendre directement.

e. Entendu par la police le 17 juillet 2019, J _____ a déclaré avoir, le 13 avril 2019, acheté le sac de marque H _____ à la boutique F _____ pour un prix de CHF 2'900.-, négocié avec D _____.

Ce dernier lui devait environ CHF 3'500.- en raison de plusieurs dépôts-ventes qui ne lui avaient pas été payés, de sorte que sur le prix de CHF 2'900.-, seuls CHF 500.- lui avaient été versés, le solde de CHF 2'400.- ayant été déduit de la dette.

Le même jour, il avait revendu le sac à C _____ pour la somme de CHF 3'100.-.

f. Entendu par la police le 18 juillet 2019, G _____ a expliqué qu'il donnait sporadiquement un coup de main à son frère, au sein de la boutique.

Il a confirmé avoir réceptionné un sac de marque H _____, qui avait été vendu ultérieurement.

g. Entendu par la police le 25 juillet 2019, D _____ a déclaré devoir de l'argent à plusieurs personnes et que certains de ses amis étaient venus récupérer de la marchandise dans son magasin pour diminuer les dettes qu'il avait à leur égard.

Il avait vendu le sac déposé par A _____ à J _____, pour un prix bien inférieur à celui convenu, en raison d'une erreur de son frère dans le cadre de la saisie du prix de vente dans un nouveau système de base de données informatiques. L'argent issu de la vente n'avait pas pu être récupéré par l'intéressée "*à la suite de nombreuses erreurs dans la gestion des prix de vente*".

h. Dans le cadre de la présente procédure, le sac de A _____ a été saisi et porté sous chiffre 1 à l'inventaire n° 3 _____ du 30 juillet 2019.

i. D'autres plaintes, jointes à la présente procédure, ont été déposées contre D _____ par plusieurs personnes, entre les mois de juin et septembre 2019, en raison de l'absence de versement des sommes issues des ventes d'objets mis en dépôt-vente dans sa boutique, respectivement de restitution des biens déposés, ou de l'absence de livraison de commandes prépayées.

j. Entendu à plusieurs reprises par la police à leur sujet, D_____ a justifié l'absence de versement des prix de vente, de restitution des biens ou de livraison des biens payés, par des motifs similaires à ceux sus-décrits.

k. L'entreprise de D_____ a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du _____ 2020.

C. Dans son ordonnance querellée, le Ministère public a retenu que le litige opposant les parties plaignantes à D_____ s'inscrivait essentiellement dans un cadre d'exécution contractuelle, revêtant ainsi un caractère civil prépondérant qui devait être résolu devant les juridictions compétentes.

Invoquant la subsidiarité du droit pénal, il a estimé que les dispositions de droit civil étaient de nature, dans le cas particulier, à assurer une protection suffisante, une ordonnance de non-entrée en matière s'imposant notamment lorsqu'un litige était de nature purement civile.

Le sac pouvait être restitué à "*son ayant droit*", soit C_____.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ soutient qu'au vu des déclarations du mis en cause, les éléments constitutifs d'escroquerie, subsidiairement d'abus de confiance, semblaient clairement réalisés.

Concernant la première infraction, en concluant un contrat de dépôt-vente avec elle, D_____, en proie à d'importantes difficultés financières dès lors qu'il n'était plus en mesure de restituer à ses clients l'argent issu des ventes de leurs biens, l'avait, dans le dessein de se procurer un enrichissement illégitime, astucieusement induite en erreur par la dissimulation de faits vrais et ainsi déterminée à déposer son sac auprès de la boutique, lui causant un préjudice pécuniaire.

Subsidiairement, D_____ s'était approprié son sac et l'avait vendu sans lui restituer l'argent issu de cette vente, alors qu'elle le lui avait remis dans le seul but qu'il le vende pour un prix de CHF 7'500.- et lui verse l'argent.

Elle s'opposait à la restitution du sac à C_____, ce dernier l'ayant acquis de J_____, lequel était de mauvaise foi.

b. Le Ministère public s'en tient à son ordonnance et propose le rejet du recours. Un contrat de vente portant sur le sac de A_____ avait été conclu entre D_____ et J_____, ce qui entrait dans le champ des actes autorisés par A_____ selon le contrat de dépôt-vente. Le fait pour D_____ d'avoir manqué à son obligation contractuelle, en vendant le sac à un prix inférieur au montant minimum fixé, relevait davantage de l'inexécution contractuelle, soit un litige revêtant un caractère civil

prépondérant, et n'était constitutif d'aucune infraction pénale. Au surplus, aucune tromperie, encore moins astucieuse, n'avait été commise par le mis en cause.

Par ailleurs, C_____ était devenu le propriétaire légitime du sac, l'ayant acquis de bonne foi, de sorte que la restitution en sa faveur s'imposait.

c. Dans sa réplique, A_____ persiste dans les termes de son recours, précisant qu'un doute subsistait quant à la culpabilité de D_____, le Ministère public s'étant uniquement fondé sur les allégations du précité, lesquelles étaient en contradiction avec les éléments du dossier.

Concernant la restitution du sac, C_____ était de mauvaise foi. Dès lors qu'il connaissait la boutique de dépôt-vente de D_____, il devait savoir que le sac n'appartenait pas à ce dernier. En outre, J_____, lui aussi de mauvaise foi, était un intermédiaire de C_____. Enfin, ce dernier ne pouvait qu'être au courant des problèmes notamment financiers du mis en cause, vu que celui-ci lui devait également de l'argent.

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) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b 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).
2. La recourante reproche au Ministère public de ne pas avoir retenu une prévention suffisante d'infraction à l'art. 146 CP, subsidiairement à l'art. 138 CP, contre D_____.

2.1. Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1456/2017 du 14 mai 2018 consid. 4.1 et les références citées). Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) et signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la

poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243 ; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

2.2. Commet une escroquerie au sens de l'art. 146 CP, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers.

L'escroquerie consiste à tromper la dupe par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais ou par un comportement qui la conforte dans son erreur. Pour qu'il y ait tromperie par affirmations fallacieuses, il faut que l'auteur ait affirmé un fait dont il connaissait la fausseté. L'affirmation peut résulter de n'importe quel acte concluant. Il n'est donc pas nécessaire que l'auteur ait fait une déclaration et il suffit qu'il ait adopté un comportement dont on déduit qu'il affirme un fait. La tromperie par dissimulation de faits vrais est réalisée lorsque l'auteur s'emploie, par ses propos ou par ses actes, à cacher la réalité. S'il se borne à se taire, à ne pas révéler un fait, une tromperie ne peut lui être reprochée que s'il se trouvait dans une position de garant, à savoir s'il avait, en vertu de la loi, d'un contrat ou d'un rapport de confiance spécial, une obligation de parler. Quant au troisième comportement prévu par la loi, il se distingue des deux précédents en ce sens que l'erreur est préexistante (arrêts du Tribunal fédéral 6B_817/2018 du 23 octobre 2018 consid. 2.3.1 ; 6B_446/2018 du 17 juillet 2018 consid. 2.1).

Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit pas. Il faut encore qu'elle soit astucieuse. Il y a tromperie astucieuse, au sens de l'art. 146 CP, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 154 s. ; 135 IV 76 consid. 5.2 p. 79 ss.). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter

d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances. Une co-responsabilité de la dupe n'exclut toutefois l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 15 ; 135 IV 76 consid. 5.2 p. 80 s. ; arrêt 6B_1030/2018 du 20 novembre 2018 consid. 2.1).

De jurisprudence constante, celui qui promet une prestation sans avoir l'intention de l'exécuter agit astucieusement, parce qu'en promettant il donne le change sur ses véritables intentions, ce que sa victime est dans l'impossibilité de vérifier. Toutefois, l'astuce doit être niée lorsque les vérifications qui étaient faisables sans trop de difficultés auraient révélé que l'auteur n'était pas capable d'exécuter son obligation (ATF 118 IV 359, JdT 1994 IV 172 consid. 2 ; TRECHSEL, *Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar*, 2ème éd., no 9 ad art. 148 CP).

Une tromperie sur la volonté affichée n'est cependant pas astucieuse dans tous les cas, mais seulement lorsque l'examen de la solvabilité n'est pas exigible ou est impossible et qu'il ne peut par conséquent être tiré aucune conclusion quant à la volonté de l'auteur de s'exécuter (ATF 125 IV 124 consid. 3a). Il est trop schématique d'affirmer que la volonté affichée est un phénomène intérieur invérifiable et qu'une tromperie relative à cette volonté est toujours astucieuse (ATF 118 IV 359 consid. 2 p. 361).

2.3. Selon l'art. 138 ch. 1 al. 1 CP, commet un abus de confiance celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée.

Sur le plan objectif, cette infraction suppose la réalisation de trois conditions, à savoir l'existence d'une chose mobilière, que cette chose ait été confiée à l'auteur et que ce dernier se soit approprié la chose en violation du rapport de confiance (ATF 120 IV 276 consid. 2).

Une chose est confiée au sens de cette disposition lorsqu'elle est remise ou laissée à l'auteur pour qu'il l'utilise de manière déterminée dans l'intérêt d'autrui, en particulier pour la garder, l'administrer, la livrer ou la vendre selon des instructions qui peuvent être expresse ou tacites (ATF 120 IV 117 consid. 2b; 118 IV 32 consid. 2a). L'appropriation implique que l'auteur veut, d'une part, la dépossession durable du propriétaire et, d'autre part, qu'il entend s'attribuer la chose, au moins pour un temps ; cette volonté doit se manifester par des signes extérieurs : l'auteur doit se comporter d'une manière qui montre qu'il incorpore la chose à son patrimoine et se considère comme propriétaire (ATF 121 IV 23 consid. 1c ; 118 IV 148 consid. 2a et les arrêts cités), et ce, dans un dessein d'enrichissement illégitime (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_61/2015 du 14 mars 2016 consid. 4.1).

L'acte d'appropriation signifie tout d'abord que l'auteur incorpore économiquement la chose ou la valeur de la chose à son propre patrimoine, pour la conserver, la consommer ou pour l'aliéner ; il dispose alors d'une chose comme propriétaire, sans pour autant en avoir la qualité. L'auteur doit avoir la volonté, d'une part, de priver durablement le propriétaire de sa chose, et, d'autre part, de se l'approprier, pour une certaine durée au moins. Il ne suffit pas que l'auteur ait la volonté d'appropriation, celle-ci devant se manifester par un comportement extérieurement constatable (ATF 129 IV 223 consid. 6.2.1 p. 227 ; 121 IV 25 consid. 1c p. 25 ; 118 IV 148 consid. 2a p. 151 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1268/2018 du 15 février 2019 consid. 2.2).

Celui qui dispose à son profit ou au profit d'un tiers d'un bien qui lui a été confié et qu'il s'est engagé à tenir en tout temps à disposition de l'ayant droit s'enrichit illégitimement s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer immédiatement en tout temps. Celui qui ne s'est engagé à tenir le bien confié à disposition de l'ayant droit qu'à un moment déterminé ou à l'échéance d'un délai déterminé s'enrichit illégitimement que s'il n'a pas la volonté et la capacité de le restituer à ce moment précis (ATF 118 IV 27 consid. 3a p. 29 s.).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit agir intentionnellement, avec le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, qui peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a).

2.4.1 En l'espèce, le Ministère public soutient que les faits dénoncés par la recourante relèvent davantage de l'inexécution contractuelle et s'inscrivent dans le cadre d'un litige à caractère civil prépondérant, n'étant constitutifs d'aucune infraction pénale.

Ce raisonnement ne saurait être suivi.

En effet, il n'est pas contesté que la recourante a confié son sac au mis en cause, en vue d'une vente assortie d'instructions précises. Il ressort d'ailleurs des déclarations du mis en cause qu'il l'a vendu à J_____ pour un prix bien inférieur à celui convenu. Si cette vente à prix réduit n'est en elle-même pas constitutive d'une infraction pénale, l'autorité intimée omet toutefois d'examiner l'utilisation du montant reçu par le mis en cause.

Le précité a déclaré que l'argent issu de la vente n'avait pas pu être versé à la recourante, "*à la suite de nombreuses erreurs dans la gestion des prix de vente*", mais ces erreurs ne justifient *a priori* pas l'absence de restitution à son ayant droit de l'argent issu de cette vente, quel qu'ait été le prix payé par le nouvel acquéreur.

Par ailleurs, la recourante a affirmé avoir déposé son sac chez le prévenu au mois de mars 2019. Selon les déclarations de J_____ et les pièces qu'il a produites, celui-ci a acquis le sac, par une compensation de créance partielle, le 13 avril 2019. La proximité temporelle entre le dépôt du sac auprès du mis en cause et sa vente par ce dernier à J_____ laisse penser qu'au moment du dépôt, le mis en cause était vraisemblablement déjà débiteur du prénommé.

Les multiples plaintes déposées dans le cadre de la procédure permettent en outre de fonder le soupçon que le mis en cause rencontrait d'ores et déjà des difficultés financières au moment de la conclusion du contrat de dépôt-vente, dès lors qu'aucun des plaignants ne semble avoir reçu ses biens en retour ni la contrepartie de leur éventuelle revente. Il ressort en revanche du dossier que des créanciers du mis en cause ont été désintéressés au moyen des biens confiés par les plaignants ou de l'argent issu de la vente des biens confiés, processus pouvant s'apparenter à une pyramide de Ponzi, soit à une escroquerie. L'intention du mis en cause d'honorer son engagement peut dès lors être mise en doute. De plus, l'on ne pouvait exiger de la plaignante, qui s'adressait à une boutique de dépôt-vente ayant pignon sur rue, de procéder à des recherches préalables sur la solvabilité de l'entreprise ou le sérieux de son exploitant, la faillite ayant au demeurant été prononcée plus d'un an après le dépôt, de sorte qu'il ne paraît pas que des signes d'insolvabilité aient été perceptibles en mars 2019 déjà.

En définitive, les éléments actuellement au dossier ne permettent pas de retenir, sous l'angle du principe *in dubio pro duriore*, une absence de prévention pénale d'abus de confiance et d'escroquerie. La cause sera dès lors retournée au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction, charge à lui de mener les actes d'enquête utiles.

2.4.2. Vu l'issue du litige et compte tenu de la poursuite de la procédure, une restitution du sac à C_____ apparaît à tout le moins prématurée, si tant est qu'elle puisse être confirmée.

3. Fondé, le recours doit être admis. Partant, l'ordonnance querellée sera annulée.
4. L'admission du recours ne donnera pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 4 CPP).
5. La recourante, qui obtient gain de cause, a sollicité une indemnité de CHF 2'907.90 pour ses frais de défense occasionnés par la procédure de recours (art. 433 al. 1 let. a CPP, applicable à la procédure de recours par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP), correspondant à 6 heures d'activité, à un tarif horaire de CHF 450.-.

En l'absence de complexité de la cause, pour un recours de 10 pages (page de garde et conclusions comprises) comportant un espacement large et 5 pages de discussion

juridique, ainsi qu'une réplique pour laquelle quelques lignes auraient suffi, la quotité des heures consacrées par le conseil de la recourante sera réduite à 4 heures, de sorte qu'une indemnité de CHF 1'938.60, TVA à 7.7 % comprise, lui sera allouée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction au sens des considérants.

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

Ordonne la restitution à A_____ des sûretés versées par ses soins, soit CHF 1'000.-.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'938.60, TVA de 7.7 % incluse, pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

La présidente :

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).