REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/19325/2022 **ACPR/835/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 27 octobre 2023

Entre

A_____ SA, sise _____, représentée par M^e^ Giorgio CAMPÀ, avocat, avenue Pictet-de-Rochemont 7, 1207 Genève,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 16 mai 2023 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 le 5 juin 2023, A_____ SA recourt contre l'ordonnance du 16 mai 2023, communiquée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte.

La recourante conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de ladite ordonnance et à ce qu'il soit ordonné au Ministère public d'instruire sa plainte.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 2'000.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____ SA, dont B_____ est l'administrateur, est une société anonyme sise à Genève, active dans la prestation de services et activités de conseil, de gestion et de financement.

b. C_____ SA (anciennement D_____ SA, plus anciennement E_____ SA; ci-après: E_____ SA) est une société anonyme genevoise active dans tous conseils, services et expertises en matière comptable, fiscale et de gestion d'entreprise.

B_____ en était l'unique administrateur et actionnaire, par le biais de la société F_____ SA (anciennement F_____ SA).

c. Par convention de vente d'actions du 2 juillet 2020, F_____ SA a vendu à G_____ SA – dont H_____ était l'administrateur vice-président –l'intégralité du capital-actions de E_____ SA – à l'époque D_____ SA –.

Sous la lettre S du préambule, la convention précisait que "*dans le courant de l'année 2020* [le 16 janvier 2020]*, D_____ a reçu un montant de CHF 241'000.- de A_____ SA du fait de la fermeture – à l'initiative de la banque – du compte bancaire de celle-ci. Sur ce montant, D_____ est débitrice envers A_____ SA d'une somme de CHF 116'834.39*".

À première demande de A_____ SA, E_____ SA s'engageait à restituer ledit montant sur le compte bancaire désigné par celle-là (art. 6.1 Convention).

d. H_____ et I_____ sont devenus administrateurs de E_____ SA, aux côtés de B_____, respectivement les _____ et _____ 2020.

Depuis le _____ 2021, B_____ n'est plus administrateur de E_____ SA.

e.a. Par courrier du 25 août 2021, A_____ SA a formellement mis en demeure E_____ SA de restituer le montant confié.

e.b. Le 24 septembre 2021, un commandement de payer a été notifié à E_____ SA par A_____ SA, auquel la première a fait opposition.

e.c. Par jugement (JTPI/2451/2022) du 25 février 2022, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition.

e.d. Le 28 mars 2022, E_____ SA a déposé une action en libération de dette afin qu'il soit constaté qu'elle n'était pas débitrice de A_____ SA de la somme réclamée.

Elle se prévalait de doutes quant à la titularité économique des avoirs de A_____ SA et, par conséquent, de la créance litigieuse, et de ce que le montant litigieux avait été, en grande partie, déjà acquitté par un prêt consenti à A_____ SA, lequel n'avait jamais été remboursé.

f. Le 13 septembre 2022, A_____ SA a déposé plainte contre E_____ SA, ainsi que ses administrateurs, H_____ et I_____, pour abus de confiance.

Malgré l'engagement pris dans la convention du 2 juillet 2020 et les demandes de restitution des fonds confiés, dont la première avait été effectuée, par oral, durant l'été 2020, E_____ SA ne s'était pas exécutée. Afin de se soustraire à ses engagements, cette dernière avait invoqué de faux motifs. En fait, E_____ SA avait purement et simplement disposé des fonds réclamés. Elle avait effectué des transferts "*inexplicables et inexpliqués*" en faveur de G_____ SA pour un montant de CHF 170'000.-, sur la base de factures incompréhensibles et dénuées de toute justification économique; rencontré d'importants problèmes de liquidités dus principalement à la perte importante de clients (environ CHF 600'000.- en 2020); et avait des poursuites – contestées – pour environ CHF 400'000.-.

À l'appui de sa plainte, il a produit divers documents, parmi lesquels, un courrier du 2 août 2021 adressé par F_____ SA à G_____ SA, à teneur duquel B_____ ne niait pas les reproches formulés par G_____ SA, à savoir les "*innombrables interventions intempestives dans la gestion des affaires sociales et auprès des collaborateurs de la société* [E_____ SA] *ou encore de tiers*", considérant qu'elles étaient justifiées par "*l'état pour le moins catastrophique des finances de E_____ SA"* [actuellement E_____ SA].

g. Entendu par la police, le 9 janvier 2023, H_____ a contesté les faits reprochés. Lorsque A_____ SA avait réclamé la restitution du montant litigieux, la relation avec B_____ s'était détériorée, notamment à cause des agissements de ce dernier envers les collaborateurs et la clientèle. En outre, en regardant "*plus en profondeur*",

les administrateurs de E_____ SA avaient découvert certains "*mécanismes*" du prénommé auxquels ils n'adhéraient pas, notamment la création d'emplois fictifs en vue de l'obtention de permis de séjour et la non-déclaration d'activité soumise à la LBA. Dans ce contexte et en raison de différents doutes quant à l'ayant droit économique de A_____ SA, ainsi que sur l'activité de cette dernière, le transfert du montant litigieux avait été bloqué. Une procédure d'action en libération de dette était en cours. Si le tribunal devait considérer que le montant réclamé était réellement dû, la somme serait versée, à qui de droit, dans les quarante-huit heures. Par ailleurs, E_____ SA n'avait aucune facture ouverte au 31 décembre 2022 et les poursuites susmentionnées émanaient de B_____, ou avaient été causées par lui, lorsqu'il était lui-même administrateur de E_____ SA.

h. À la suite de cette audition, les parties ont adressé plusieurs lettres au Ministère public.

h.i. Le 26 janvier 2023, E_____ SA a relevé que les éléments évoqués par A_____ SA, dans sa plainte, étaient anciens (2020-2021), sans qu'elle n'ait périclité dans l'intervalle. Au contraire, elle avait redéployé son activité dans de nouveaux locaux, où elle continuait à employer de nombreuses personnes et avait même modifié sa raison sociale, pour marquer son intégration dans le réseau international D_____, ce qu'elle n'aurait pas été autorisée à faire si sa situation n'avait pas été régulière.

h.ii. Le 27 février 2023, A_____ SA a rappelé que depuis plus de dix-huit mois, E_____ SA refusait, sans aucun motif, de restituer les avoirs confiés, alors que cette dernière s'y était engagée à première réquisition. Au vu des motifs fantaisistes et mensongers avancés par H_____ pour justifier l'absence d'exécution de E_____ SA, le Ministère public ne pouvait s'en tenir aux déclarations du prénommé quant à son intention de restituer les avoirs confiés et devait instruire le sort des fonds confiés.

h.iii. Le 22 mars 2023, E_____ SA a expliqué que les valeurs patrimoniales confiées, lesquelles n'avaient pas été utilisées, demeuraient à disposition de A_____ SA, dans le cas où un jugement définitif devait reconnaître que cette somme lui appartenait. Le conseil de E_____ SA a confirmé que les fonds en question avaient récemment été consignés en ses mains, tout en précisant que leur disponibilité était assurée même avant cela.

h.iv. Le 28 mars 2023, A_____ SA a relevé qu'entre la première demande de restitution et 2023, E_____ SA ne disposait pas des fonds confiés, dès lors que cette dernière a reconnu n'avoir consigné le montant litigieux que depuis le début de l'année – procès-verbal d'audience du 21 mars 2023 par-devant le Tribunal de première instance –.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public a retenu que les faits dénoncés avaient un caractère essentiellement civil, sans qu'il ne ressorte du dossier que les administrateurs de E_____ SA auraient employé sans droit, à leur profit ou à celui d'un tiers, la somme litigieuse.

En outre, H_____ avait précisé que le montant litigieux était consigné en mains de son conseil et qu'il serait restitué sous quarante-huit heures dès décision définitive de la justice civile, procédure toujours pendante.

Partant, dans le cas présent, les dispositions du droit civil étaient de nature à assurer une protection suffisante, de sorte que le principe de la subsidiarité du droit pénal devait s'appliquer.

D. **a.** Dans son recours, A_____ SA considère que l'infraction d'abus de confiance était réalisée compte tenu des motifs mensongers successifs formulés par E_____ SA, afin de ne pas s'exécuter, et de l'absence, jusqu'en 2023, des fonds confiés alors que sa demande de restitution avait été formulée en 2021.

Par ailleurs, le principe de subsidiarité du droit pénal ne trouvait application qu'en cas d'infraction de peu d'importance, ce qui n'était pas le cas présentement.

Elle sollicite qu'un ordre de dépôt des relevés bancaire de C_____ SA, ainsi que de sa comptabilité, dès le 1er juillet 2020, soit prononcé.

b. À réception des sûretés, la cause a été gardée à juger sans échange d'écritures, ni débats.

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 Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP).

Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. La recourante met en cause la responsabilité pénale de E_____ SA.

3.1. À teneur de l'art. 102 al. 1 CP, applicable aux personnes morales de droit privé (al. 4 let. a), un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise.

3.2. En l'occurrence, la recourante a, déjà au stade de sa plainte, identifié les auteurs des faits dénoncés. Il n'y a donc manifestement pas de place pour la responsabilité de E_____ SA, au sens de l'art. 102 al. 1 CP, dont les conditions pour une poursuite indépendamment de la punissibilité des personnes physiques n'étaient de toute façon pas réunies, faute, pour les infractions visées par la recourante d'être énumérées à l'art. 102 al. 2 CP.

L'ordonnance de non-entrée en matière est dès lors pleinement justifiée en ce qui concerne E_____ SA, le recours devant être rejeté en tant qu'il vise la société.

4. La recourante fait grief au Ministère public de ne pas être entré en matière sur sa plainte contre H_____ et I_____, pour abus de confiance.

4.1. Selon 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.

Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 310 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe une non-entrée en matière ne peut être prononcée 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. Au moment de statuer sur l'ouverture éventuelle de l'instruction, le ministère public doit examiner si les conditions d'exercice de l'action publique sont réunies, c'est-à-dire si les faits qui sont portés à sa connaissance sont constitutifs d'une infraction pénale, et si la poursuite est recevable. Il suffit que l'un des éléments constitutifs de l'infraction ne soit manifestement pas réalisé pour que la non-entrée en matière se justifie (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2ème éd., Bâle 2019, n. 5 et 8 ad art. 310).

4.2. Se rend coupable d'abus de confiance quiconque, sans droit, emploie à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui ont été confiées (art. 138 ch. 1 al. 2 CP).

D'un point de vue subjectif, l'intention doit porter sur l'appartenance à autrui des valeurs sur le plan économique et sur l'utilisation illicite de celles-ci. Le dol éventuel suffit (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017*, n. 46 ad art. 138).

4.3. Selon l'art. 29 CP, un devoir particulier dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité et qui incombe uniquement à la personne morale, à la société ou à l'entreprise en raison individuelle est imputé à une personne physique lorsque celle-ci agit notamment en qualité d'organe d'une personne morale ou de membre d'un tel organe (let. a) ou en qualité de dirigeant effectif qui n'est ni un organe ou un membre d'un organe, ni un associé ou un collaborateur (let. d).

L'art. 29 CP ne modifie pas le principe selon lequel la personne physique à qui l'infraction est imputée au sein de l'entreprise doit avoir elle-même commis l'acte réprimé, en agissant fautivement et intentionnellement, voire par négligence lorsque celle-ci est réprimée (L. MOREILLON / A. MACALUSO / N. QUELOZ / N. DONGOIS [éds], *Commentaire romand, Code pénal I, art. 1-110 CP*, 2ème éd., Bâle 2021, n. 6, 19 et 26 ad art. 29 ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 6P.101/2001 du 28 novembre 2001 consid. 5a, in SJ 2002 I 129 [art. 172 aCP]).

Lorsque les valeurs sont confiées à une personne morale et que le devoir de les utiliser de la manière convenue incombe à cette dernière, l'art. 29 CP permet de punir l'organe qui en a disposé à d'autres fins (arrêt du Tribunal fédéral 6B_162/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.1).

4.4. En l'espèce, au moment où les avoirs ont été confiés à E_____ SA – le 16 janvier 2020 –, et lorsqu'elle s'est engagée à les restituer – convention du 2 juillet 2020 –, seul B_____ était administrateur de la société en question. Les mis en cause n'en sont devenus administrateurs que postérieurement, soit les 6 juillet et 11 septembre 2020.

La recourante – dont B_____ est l'unique administrateur – a réclamé le montant litigieux le 25 août 2021. Or, entretemps, des différends sont apparus avec le prénommé, de sorte qu'au moment de la demande, les mis en cause ont émis des doutes sur la légitimité de la créance. En effet, au vu des circonstances décrites par le mis en cause lors de son audition à la police, confirmées s'agissant des désaccords par le courrier du 2 août 2021, et des doutes évoqués au cours des procédures civiles, on ne peut en l'état retenir que les incertitudes des mis en cause seraient feintes. Cela

est d'ailleurs corroboré tant par l'ouverture d'une action en libération de dette que par la consignation du montant litigieux en mains d'un avocat, en attente du sort de la créance litigieuse. Il n'existe donc pas de prévention pénale suffisante de la réalisation d'un abus de confiance, faute d'indice d'une volonté de s'approprier indument la somme dont la restitution est en cause. C'est aussi à bon droit que le Ministère public a retenu que le droit civil assurait une protection suffisante à la recourante.

Au regard de ce qui précède, les actes d'enquête sollicités n'apparaissent pas probants.

5. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée et le recours rejeté.

6. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 2'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Condamne A_____ SA aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 2'000.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Notifie le présent arrêt, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Françoise SAILLEN AGAD, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	Daniela CHIABUDINI

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).

P/19325/2022 **ÉTAT DE FRAIS**

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)		
- frais postaux	CHF	10.00
Émoluments généraux (art. 4)		
- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00
Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)		
- décision sur recours (let. c)	CHF	1'915.00
-	CHF	
Total	CHF	**2'000.00**