



POUVOIR JUDICIAIRE

P/21175/2021

ACPR/461/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 17 juin 2024

Entre

La masse en faillite de A_____ SA en liquidation, et

L'Office des faillites,

agissant par l'Office des faillites, chemin de la Marbrerie 5, 1227 Carouge,

recourantes,

contre l'ordonnance de classement rendue le 6 mars 2024 par le Ministère public,

et

B_____, représenté par M^e C_____, avocat,

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

intimés.

EN FAIT :

- A. a.** Par acte déposé le 18 mars 2024, la masse en faillite de A_____ SA en liquidation et l'Office des faillites recourent contre l'ordonnance du 6 mars 2024, notifiée le 8 suivant, par laquelle le Ministère public a ordonné le classement de la procédure à l'égard de B_____ (ch. 1 du dispositif querellé).

Les recourantes concluent, sous suite de frais, à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public pour nouvelle décision.

- b.** Les recourantes ont été dispensées de verser les sûretés (art. 383 CPP).

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

a. D_____ SA (ci-après: D_____) est une société anonyme sise à Genève, dont B_____, détenteur de la totalité du capital-actions, a été directeur du 14 mai 2004 au 19 novembre 2013, puis administrateur président jusqu'au 13 janvier 2021, au bénéfice d'un droit de signature individuelle.

A_____ SA (ci-après: A_____) est une société anonyme sise à Genève. E_____ en a été l'administrateur avec signature individuelle jusqu'au 15 janvier 2021, avant d'en devenir administrateur-président, toujours au bénéfice d'une signature individuelle. À la même date, F_____ a rejoint le précité au conseil d'administration en qualité d'administrateur avec signature individuelle.

b. Le 1^{er} novembre 2021, A_____, représentée par F_____, a déposé plainte contre B_____ pour escroquerie (art. 146 CP), faux renseignements sur des entreprises commerciales (art. 152 CP), faux dans les titres (art. 251 CP), abus de confiance (art. 138 CP) et infraction à la loi sur la concurrence déloyale (art. 23 LCD).

Par contrat du 23 décembre 2020, A_____ avait acquis D_____ à un prix lié à la situation financière qui ressortait des états financiers au 30 novembre 2020 ensuite d'un audit effectué par la fiduciaire G_____ SA. Or, il était apparu que B_____, alors administrateur et vendeur de D_____, avait omis d'annoncer des informations essentielles en lien avec des montants conséquents. Il avait tu le caractère litigieux de plusieurs créances (totalisant un montant dépassant CHF 200'000.-), qui ne faisaient pas l'objet de provisions spécifiques. Il avait dissimulé un impact négatif de CHF 228'000.- en lien avec un chantier ("*rue I_____ no. _____*"), pour lequel le montant des travaux déjà effectués s'élevait à CHF 32'000.-, au lieu de CHF 190'000.- annoncés, et une provision pour "*perte sur terminaison*" de CHF 70'000.- aurait dû être intégrée dans les charges. Deux factures, d'un montant total de CHF 73'000.-, reçues juste après l'audit, n'avaient pas été comptabilisées alors que celles-ci avaient été refacturées aux clients avant le 30 novembre 2020 et

étaient donc connues de B_____. Les factures d'avocat et de conseil liées à la négociation et à la préparation du contrat de vente avaient été mises à la charge de la société, contrairement à ce qui avait été prévu à teneur d'un accord signé le 22 décembre 2020. Des factures d'avocat antérieures au 30 novembre 2020 n'avaient pas été provisionnées à temps. Un montant de CHF 76'735.10 à titre de provision LPP n'avait pas été intégré dans les passifs transitoires. Diverses factures, d'un montant total de CHF 120'000.- et antérieures à la date de clôture, avaient été comptabilisées au titre de charges en décembre 2020 et janvier 2021 alors qu'elles étaient connues de B_____ avant le 30 novembre 2020. La différence entre les comptes au 30 novembre 2020 et les véritables données comptables à la même date consistait en un montant d'environ CHF 500'000.-, de sorte que A_____ avait été "*trompée de manière crasse, volontaire et manifeste*".

A_____ reprochait également à B_____ d'avoir enfreint la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de vente d'actions du 23 décembre 2020, en créant le 20 mai 2021 la société concurrente H_____ SA, active dans le même secteur d'activité, en contactant les fournisseurs de D_____ afin de ternir sa réputation et en démarchant ses employés.

A_____ a requis le séquestre des avoirs de B_____ à hauteur de CHF 588'674.48 et a produit divers documents à l'appui de sa plainte. Elle a également sollicité qu'il soit fait interdiction à B_____ d'entrer en contact avec les employés et fournisseurs de D_____.

c. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, la police a notamment procédé à l'audition de B_____. Ce dernier a contesté les faits reprochés et notamment expliqué avoir donné les informations litigieuses lors de séances consacrées à la "*due diligence*" ayant eu lieu en décembre 2020, à laquelle deux représentants de la fiduciaire I_____ étaient présents.

d. Par ordonnance de non-entrée en matière du 18 octobre 2022, le Ministère public a considéré que le litige, de nature purement civile, faisait l'objet de deux procédures distinctes en droit des contrats et droit du travail. Pour le surplus, les éléments constitutifs d'abus de confiance (art. 138 CP), d'escroquerie (art. 146 CP), de faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP) et de faux dans les titres (art. 251 CP) n'étaient manifestement pas réunis.

A_____ a recouru contre ladite ordonnance.

e. Par arrêt ACPR/109/2023 du 10 février 2023, la Chambre de céans a déclaré irrecevable le recours de A_____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière précitée s'agissant des infractions d'abus de confiance (art. 138 CP) et de concurrence déloyale (art. 23 LCD).

Elle a admis le recours s'agissant des faits dénoncés d'escroquerie (art. 146 CP), faux renseignements sur les entreprises commerciales (art. 152 CP) et faux dans les titres (art. 251 CP), considérant que l'instruction devait être ouverte aux fins d'auditionner les deux personnes présentes aux séances consacrées à la "*due diligence*" et déterminer les éléments qui avaient été communiqués aux représentants de l'acquéreuse à cette occasion.

f. Le Ministère public a chargé la police de procéder aux auditions précitées.

g. Depuis le 18 janvier 2023, J_____ est l'administrateur président de A_____, avec signature individuelle. E_____ et K_____ en sont respectivement les administrateur et directeur, avec signature collective à deux.

h. Par jugement du 17 août 2023, le Tribunal civil a prononcé la faillite de A_____, devenue A_____ SA en liquidation (ci-après: A_____ en liquidation). En outre, depuis le 9 mai 2023, le siège de la société est sis chemin de la Marbrerie 5, 1227 Carouge, soit à l'Office des faillites.

i. Par avis de prochaine clôture du 6 décembre 2023, le Ministère public a informé les parties qu'une ordonnance de classement serait prochainement rendue et leur a impartit un délai pour faire valoir leurs éventuelles réquisitions de preuves et solliciter une indemnisation.

j. Le pli contenant ledit avis adressé à A_____ a été retourné avec la mention "*OFFICE CANTONAL DES FAILLITES - Retour à l'expéditeur destinataire EN FAILLITE*".

k. Par pli du 31 janvier 2024, l'Office cantonal des faillites a sollicité la consultation du dossier en sa qualité d'administration de la faillite de A_____, ce qui a été autorisé par le Ministère public.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public retient que les faits dénoncés s'inscrivaient essentiellement dans un contexte de nature purement civile. Une procédure opposant les parties était d'ailleurs pendante par-devant le Tribunal civil. En tout état, les éléments constitutifs d'une infraction pénale, en particulier d'escroquerie, de faux renseignements sur des entreprises commerciales et de faux dans les titres, n'apparaissaient pas réunis au vu des éléments du dossier.

D. a. Dans leur recours, la masse en faillite de A_____ en liquidation et l'Office des faillites, sans traiter de la recevabilité de leurs écritures, soutiennent que les éléments constitutifs des infractions d'escroquerie et de faux renseignements sur des entreprises commerciales étaient réunies.

b. À la forme, le Ministère public considère que l'Office des faillites n'est pas, "*en tant que tel*", partie à la procédure, de sorte qu'il ne possède pas la qualité pour recourir. Au fond, il conclut au rejet du recours, sous suite de frais.

c. B _____ conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance querellée.

d. Après réception des observations du Ministère public, B _____ réplique et indique "*partager*" l'appréciation de ce dernier s'agissant du défaut de qualité de partie de l'Office des faillites.

EN DROIT :

1. 1.1. Le recours a été interjeté selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) contre une ordonnance de classement (art. 319 CPP), décision sujette à contestation auprès de la Chambre de céans (art. 322 al. 2 et 393 al. 1 let. a CPP).

1.2. Il convient d'examiner si les recourantes disposent de la qualité de partie, nécessaire pour recourir (art. 382 CPP), singulièrement celle de parties plaignantes (art. 104 al. 1 let. b CPP).

1.2.1. Selon l'art. 118 CPP, on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure comme demandeur au pénal ou au civil (al. 1); une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (al. 2). La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP; il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction, c'est-à-dire le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 145 IV 491 consid. 2.3).

Lorsqu'une infraction est perpétrée au détriment du patrimoine d'une société, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé (arrêt du Tribunal fédéral 1B_537/2021 du 13 janvier 2022 consid. 2.1). En cas de faillite, cette société doit faire valoir ses droits, en lien avec l'action pénale, par l'intermédiaire de ses organes (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1082/2014 du 4 mars 2015 consid. 1.5 et 1B_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1, ACPR/35/2023 consid. 6.2.1.), et, s'agissant de l'action civile, *via* la masse en faillite (ATF 145 IV 351 consid. 4.2 et 4.3 *in limine*; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1082/2014 précités), laquelle succède *ex lege* au failli pour ce qui a trait aux biens de ce dernier (art. 197 et 204 LP), au sens de l'art. 121 al. 2 CPP (ATF 145 IV 351 précité).

1.3. En l'occurrence, A _____ a porté plainte, par l'intermédiaire de son administrateur F _____, organe habilité à la représenter, des chefs d'infractions commises par B _____ contre son patrimoine (art. 146 et 152 CP notamment). Ce faisant, elle s'est valablement constituée demanderesse au pénal.

Par jugement du 17 août 2023, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de A_____, devenue A_____ en liquidation. À partir de ce moment, l'administration de la faillite était chargée de représenter la masse en justice (art. 240 LP). Selon la jurisprudence, ce pouvoir ne comprend toutefois pas le droit de faire valoir les droits de la société en faillite en lien avec l'action pénale.

Il s'ensuit que le recours tant de la masse en faillite de A_____ en liquidation que de l'Office des faillites est irrecevable, les recourantes ne disposant, de par la loi (art. 121 al. 2 CPP), que des droits liés à l'action civile – étant précisé qu'aucune prétention civile n'a été introduite en l'occurrence – et non à l'action pénale, pour laquelle les organes de la société en liquidation restent compétents. Or, dans le cas d'espèce, ces derniers n'ont pas recouru contre la décision querellée.

2. Les frais seront exceptionnellement laissés à la charge de l'État.
3. **3.1.** L'intimé, prévenu, qui a conclu au rejet du recours et obtient dès lors gain de cause, a droit à une indemnité pour ses frais devant l'instance de recours (art. 436 al. 1 et 429 al. 1 let. a CPP).

Il sollicite une indemnité de CHF 14'618.23, correspondant à 10 heures d'activité à CHF 480.- de l'heure pour un avocat chef d'étude, 23h10 d'activité à CHF 350.- de l'heure pour un avocat collaborateur, CHF 551.15 de "*frais*", CHF 50.- de "*déplacements avocat*", TVA 8.1% CHF 1'094.08 de TVA (8.1%) et CHF 17.- d'"*extrait OP*".

3.2. Le juge ne doit pas avaliser purement et simplement les notes d'honoraires qui lui sont le cas échéant soumises, mais, au contraire, examiner si l'assistance d'un conseil était nécessaire puis, dans l'affirmative, apprécier objectivement la pertinence et l'adéquation des activités facturées, par rapport à la complexité juridique et factuelle de l'affaire et, enfin, dire si le montant des honoraires réclamés, même conforme au tarif pratiqué, est proportionné à la difficulté et à l'importance de la cause, c'est-à-dire raisonnable au sens de la loi (cf. ACPR/140/2013 du 12 avril 2013). Les démarches superflues, abusives ou excessives ne sont pas indemnisées (ATF 115 IV 156 consid. 2d p. 160). Le juge dispose d'une marge d'appréciation à cet égard, mais ne devrait pas se montrer trop exigeant dans l'appréciation rétrospective qu'il porte sur les actes nécessaires à la défense du prévenu (M. NIGGLI/ M. HEER/ H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar StPO/JStPO*, 3ème éd., Bâle 2023, n. 19 ad art. 429). Les démarches superflues, abusives ou excessives ne sont pas indemnisées (ATF 115 IV 156 consid. 2d p. 160).

3.3. En l'espèce, l'activité annoncée pour le recours apparaît excessive.

Les observations (vingt-deux pages) consacrent la quasi-totalité des développements à plaider l'innocence de l'intimé sans que cela ne soit – *in fine* – pertinent pour l'issue du litige. Seules quelques lignes de ces écritures et la réplique, d'une page, portaient sur la recevabilité du recours et seront donc rémunérées. En outre, le conseil de l'intimé avait déjà une bonne connaissance du dossier.

La durée d'activité utile à la défense du recourant sera ainsi ramenée à 1h30, au tarif horaire usuel de CHF 450.- et l'indemnité due fixée, en intégralité, à CHF 729.70, TVA à 8.1% incluse.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Déclare le recours irrecevable.

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

Alloue à B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 729.70, TVA (8.1% incluse) (art. 429 al. 1 let. a CPP).

Notifie le présent arrêt, en copie, aux recourantes, à l'intimé, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

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

Le greffier :

Selim AMMANN

La présidente :

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).