



POUVOIR JUDICIAIRE

P/7346/2015

ACPR/213/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 14 mars 2019

Entre

A _____, domicilié _____, _____ (GE), comparant par M^e Sandro VECCHIO, avocat,
Archipel, route de Chêne 11, 1207 Genève - case postale 6009, 1211 Genève 6,

recourant,

contre l'ordonnance de classement rendue le 25 septembre 2018 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 au greffe de la Chambre de céans le 8 octobre 2018, A_____, partie plaignante, recourt contre l'ordonnance du 25 septembre 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public, après avoir classé la procédure pénale dirigée contre lui, l'a condamné au paiement des frais de la procédure arrêtés à CHF 650.- (ch. 2 du dispositif) et refusé de lui allouer une indemnité au sens de l'art. 429 CPP (ch. 3).

Le recourant conclut, avec suite de frais et dépens chiffrés à CHF 2'019.37, à l'annulation des chiffres 1 et 2 [*recte* : 2 et 3] du dispositif de ladite ordonnance, à ce que les frais soient laissés à la charge de l'État et à l'octroi d'une indemnité de CHF 8'004.94 pour ses frais de procédure, selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP.

- B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. La société genevoise B_____ SA, dont le directeur et actionnaire était C_____ (ci-après, C_____), a été déclarée en faillite le _____ 2012 et radiée le _____ 2016. A_____ en avait été nommé administrateur dès le 3 février 2012.

b. Le 14 avril 2015, le Tribunal civil a dénoncé des faits susceptibles de constituer une infraction au sens de l'art. 164 CP, voire 165 CP. À la suite d'un surendettement, la société B_____ SA, avait été déclarée en faillite et *"selon le procès-verbal d'interrogatoire mené par l'Office des faillites le 14 juillet 2014, l'administrateur a[vait] indiqué que le directeur était l'actionnaire de la société. Le découvert de la société s'élevait à un montant de l'ordre de CHF 330'000.-, alors que le solde du compte courant actionnaire débiteur se montait à environ CHF 290'000.- au 31 décembre 2013"*.

c. Prévenu de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art. 164 CP), A_____ a déclaré que C_____ avait contacté sa fiduciaire début 2012 car il recherchait un administrateur pour remettre en ordre toute l'administration de sa société. Il avait accepté le mandat, qui correspondait au type de ceux dont il se chargeait habituellement. Il s'était toutefois rapidement rendu compte que la comptabilité n'était pas tenue depuis au moins trois ans, raison pour laquelle le réviseur avait démissionné. Plusieurs mois avaient été nécessaires pour réunir les pièces comptables. La plupart des revenus de l'activité de la société étaient encaissés en espèces et les recettes journalières étaient déposées dans une énorme caisse en métal, avec une serrure à clé. Des dizaines de milliers de francs s'y trouvaient en permanence. Il avait donc mis en place un livre de caisse, inexistant jusqu'alors. Les premiers exercices avaient finalement pu être clôturés aux alentours de la fin de l'année 2012, période à laquelle il avait constaté un important *"trou"* dans la comptabilité 2011, ce dont il avait parlé à C_____, qui avait été surpris du montant

mais n'avait pas nié avoir prélevé de l'argent. Les retraits indéterminés, soit ceux qui n'étaient pas attestés par une pièce justificative, avaient été passés en compte courant actionnaire débiteur, avec l'accord de C_____. Le montant en question s'élevait à CHF 180'000.- fin 2012. Il avait alors expliqué clairement à C_____ que les prélèvements devaient cesser et le découvert être remboursé. Parallèlement, il avait pris contact avec les créanciers, pour négocier un plan de paiement et déterminer la valeur exacte de la dette, ainsi qu'avec la Fondation D_____ (ci-après : D_____). Il croyait en la société car l'activité, réelle, devait engranger des bénéfices. Il n'avait pas mis en place de plan de remboursement car il avait l'espoir que la D_____ se substitue à C_____. Cependant, le précité, malgré qu'il s'y fût engagé, n'avait pas effectué les remboursements mensuels promis et avait procédé à de nouveaux prélèvements. Le découvert s'élevait à CHF 280'000.- en été 2013. Le précité, qui était à nouveau surpris par l'importance des sommes manquantes, lui avait assuré qu'il assumerait la dette et rembourserait celle-ci. Lui-même n'y croyait toutefois plus et lui avait signalé que les comptes devaient être rapidement bouclés pour annoncer un éventuel surendettement. En janvier 2014, le surendettement était manifeste pour les comptes au 31 décembre 2013 – le découvert avait atteint CHF 300'000.- – de sorte que, à la suite du rapport des réviseurs, en février 2014, il avait annoncé la situation à l'autorité.

Il n'avait jamais eu accès à l'argent liquide, ni aux ressources financières de la société et n'avait jamais procédé à un quelconque paiement ou encaissement pour le compte de celle-ci, ni n'avait eu la signature sur son compte. Son rôle de comptable ne lui permettait pas de faire cesser les prélèvements directement ; il exerçait en qualité de fiduciaire et accordait environ une journée par semaine à la société. Il n'était pas quotidiennement dans les locaux de celle-ci. Il n'avait aucun pouvoir coercitif sur C_____ et n'était devenu administrateur de la société que pour faciliter son travail en tant que comptable. Il avait travaillé de bonne foi et au plus proche de sa conscience professionnelle. Peut-être avait-il été un peu naïf et manipulé par C_____, mais il restait persuadé que, si des personnes sérieuses avaient géré la société, les affaires auraient pu être florissantes. S'il avait su auparavant les responsabilités légales accompagnant la position d'administrateur, il n'aurait jamais demandé à l'être.

d. C_____, prévenu de diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers (art. 164 CP), voire gestion fautive (art. 165 CP), a expliqué que A_____ avait fait son maximum pour relancer la société, son travail ayant été rendu très difficile par les manquements de son prédécesseur. A_____ n'avait selon lui aucune responsabilité dans cette affaire. C_____ a reconnu avoir occasionnellement utilisé l'argent de la caisse pour payer les salaires et diverses factures, mais a contesté avoir prélevé la somme de CHF 290'000.- correspondant au compte actionnaire débiteur. Il avait certes accepté que les "*trous*" inexplicables dans la comptabilité, découverts par A_____, lui soient imputés par leur inscription dans le compte courant actionnaire débiteur et avait même remboursé une partie de ladite somme. Il n'avait appris que

lors de son audition devant la police, que le montant s'élevait à CHF 300'028.47 et en avait été extrêmement surpris, n'ayant jamais accepté de rembourser une telle somme. Il ne s'était pas enrichi personnellement, ayant au contraire investi tout ce qu'il possédait dans la société, mais tout perdu. Il avait prélevé pratiquement tous les jours de l'argent dans la caisse, mais uniquement pour assurer la survie de la société. Lorsque l'ensemble des factures étaient payées, il prenait son salaire dans la caisse.

e. Le Ministère public ayant informé les parties qu'il entendait rendre une ordonnance de classement, A_____ a réclamé une indemnité de CHF 8'004.94 à titre de dépenses pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, conformément à l'art. 429 al. 1 let. a CPP.

- C. Aux termes de la décision querellée, le Ministère public a retenu que A_____ était devenu actionnaire de B_____ SA à une période où la société souffrait déjà de très importantes lacunes en matière de comptabilité, de sorte que la prévention pénale était insuffisante pour justifier sa condamnation [pour violation de l'art. 164 CP]. Toutefois, le prévenu avait, en sa qualité d'administrateur d'une société anonyme (art. 716ss CO) et d'expert-comptable de la société précitée, violé la norme de comportement l'enjoignant "*d'exercer la haute fonction de la société et de fixer les principes du contrôle et de la surveillance comptable et financière de celle-ci*". En effet, après ses premières découvertes inquiétantes, il lui incombait de faire cesser immédiatement les prélèvements d'argent liquide par C_____ et de mettre en place un système de contrôle, de même que d'assurer que le découvert de CHF 180'000.- constaté fin décembre 2012 et porté en compte courant actionnaire débiteur, fût remboursé, étant précisé qu'en été 2013, un nouveau découvert non expliqué de CHF 100'000.- avait été révélé et porté au débit du compte courant actionnaire. Son rôle, en tant qu'expert-comptable et administrateur de B_____ SA, était justement d'apporter son expertise afin d'endiguer les graves lacunes organisationnelles et non de les laisser s'aggraver une fois qu'il avait mis à nu les opérations sans justificatifs.

Le prévenu ne pouvait donc être mis au bénéfice d'une indemnité et devait, pour les mêmes raisons, être condamné à la totalité des frais de la procédure, dans la mesure où il avait, de manière illicite et fautive, provoqué son ouverture.

- D. a. À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public d'avoir constaté de manière incomplète et erronée les faits. Il avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour sauver la société et tenter de raisonner C_____. Il avait fourni un travail considérable pour reprendre toute la comptabilité de B_____ SA. Dès qu'il avait eu connaissance des premiers écarts comptables, il en avait parlé au précité et lui avait demandé de cesser les prélèvements, ainsi que de prendre les dispositions nécessaires. Il avait procédé au comptage des montants en espèces et mis en place une feuille de caisse. Il avait tenté de sauver la société en négociant des plans de remboursement avec les créanciers et en sollicitant un financement de la D_____.

b. À réception du recours 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, 396 al. 1 et 90 al. 2 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).
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. Le recourant reproche au Ministère public de l'avoir condamné au paiement des frais de procédure.

3.1. 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 doit respecter la présomption d'innocence, qui 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 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 119 Ia 332 consid. 1b ; ATF 116 Ia 162 consid. 2c ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_429/2017 du 14 février 2018 consid. 5.1 et 6B_385/2017 du 5 décembre 2017 consid. 2.1).

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 (ATF 119 la 332 consid. 1 b ; ATF 116 la 162 consid. 2c). Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1176/2015 du 23 novembre 2016 consid. 1.1 ; 6B_203/2015 du 16 mars 2016 consid. 1.1). Tel est le cas lorsque le prévenu a violé des

prescriptions écrites ou non écrites communales, cantonales ou fédérales – qui tendent à protéger le bien juridique lésé si ce comportement ne viole pas uniquement une obligation contractuelle – et qu'il a fait naître, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le soupçon d'un comportement contraire au droit pénal justifiant l'ouverture d'une enquête.

Le comportement du prévenu est illicite lorsqu'il viole manifestement une obligation juridique directe ou indirecte d'agir ou qu'il omet d'agir (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, 2^e éd., Bâle 2016, n. 14 ad art. 426).

La faute exigée doit s'apprécier selon des critères objectifs : il ne suffit pas que l'attitude du prévenu contrevienne à l'éthique (ATF 116 la 162 consid. 2d). L'acte répréhensible n'a pas à être commis intentionnellement. La négligence suffit, sans qu'il y ait besoin qu'elle soit grossière (ATF 109 Ia 160 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 6B_184/2013 du 1er octobre 2013 consid. 7.1). 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 (arrêts du Tribunal fédéral 6B_429/2017 du 14 février 2018 consid. 5.1 ; 6B_1176/2015 du 23 novembre 2016 consid. 1.1 ; 6B_380/2016 du 16 novembre 2016 consid. 5.2). La mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure doit en effet rester l'exception (ATF 116 Ia 162 consid. 2c).

Le comportement fautif – admis s'il y a eu au moins une négligence – doit être à l'origine de l'enquête pénale ou alors il doit s'agir d'une "faute procédurale", c'est-à-dire d'un comportement qui a compliqué ou prolongé la procédure, pour que les frais y relatifs puissent être mis à la charge du prévenu.

3.2. Aux termes de l'art. 716a al. 1 CO, le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables d'exerce la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires (ch. 1); de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société (ch. 3).

Il incombe au conseil d'administration de mettre en place l'organisation appropriée pour permettre que les fonctions énumérées à l'art. 716a al. 1 ch. 3 CO soient effectivement et efficacement exercées (P. TERCIER / M. AMSTUTZ / R. TRIGO TRINDADE (éds), *Commentaire romand : Code des obligations II, art. 530-11860 CO, 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI*, 2^{ème}, Bâle 2017, n° 21 ad art. 716a).

En raison de la responsabilité qui lui incombe en matière de finances (art. 716a al. 1 ch. 3 CO), le conseil d'administration doit, lorsqu'apparaissent des pertes ou des problèmes de liquidités, se préoccuper de l'équilibre financier de la société (P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 1996, n° 1556, p. 808), ce qui implique le devoir de prendre les mesures nécessaires en vue d'équilibrer les comptes.

Sous le terme "contrôle financier", le conseil d'administration assume la responsabilité pour une organisation appropriée du contrôle interne, répondant aux besoins de la société. Il s'agit donc du contrôle interne de tout ce qui concerne les aspects financiers de l'activité de la société (P. TERCIER / M. AMSTUTZ / R. TRIGO TRINDADE (éds), *Commentaire romand : Code des obligations II, art. 530-11860 CO, 120-141 LIMF, ORAb, avec des introductions à la LFus et la LTI*, 2^{ème}, Bâle 2017, n° 24 ad art. 716a et les références citées).

Quand bien même l'administrateur doit sa nomination à l'actionnaire dominant, il doit, dans l'accomplissement des tâches de l'art. 716a al. 1 CO, veiller à protéger la société et ses créanciers, même contre les intérêts de l'actionnaire dominant (M.-N. ZEN-RUFFINEN / M. BAUEN, *Le conseil d'administration*, 2017, n° 646, p.246).

3.3. En l'espèce, il est constant que, fin 2012, le recourant a constaté l'existence d'un découvert de CHF 180'000.-. S'il a certes mis en place un système de livre de caisse et demandé au directeur/actionnaire de rembourser à la société les sommes qu'il avait prélevées, la situation s'est néanmoins péjorée au point de parvenir à un surendettement.

Force est de constater que le recourant, malgré son statut d'administrateur, n'a pas pris les mesures coercitives qu'il aurait pu et dû prendre pour empêcher des prélèvements supplémentaires par l'actionnaire et lui imposer un plan de remboursement. En se contentant d'être tributaire des documents remis par le précité et en ne prenant pas les mesures nécessaires à empêcher de nouveaux retraits indus, il a failli à ses obligations, au sens de l'art. 716 CO. Les démarches qu'il a entreprises en vue de "*sauver la société*", par la prise de contact avec la D_____ et les créanciers, étaient insuffisantes au regard de ses obligations d'administrateur, dès l'instant où il avait identifié l'origine du découvert.

La violation, en sa qualité d'administrateur, des obligations précitées était de nature à faire naître, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le soupçon d'un comportement contraire au droit pénal justifiant l'ouverture d'une enquête.

C'est ainsi à bon droit que le Ministère public a mis les frais de justice à la charge du recourant.

4. Le recourant critique le refus du Ministère public de lui allouer une indemnité pour ses frais de défense.

4.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 CPP, si le prévenu bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (let. a).

En vertu de l'art. 430 al. 1 let. a CPP, l'autorité pénale peut toutefois réduire ou refuser l'indemnité ou la réparation du tort moral lorsque le prévenu a provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure ou a rendu plus difficile la conduite de celle-ci.

L'art. 430 al. 1 let. a CPP est le pendant de l'art. 426 al. 2 CPP en matière de frais. L'application de cette dernière disposition exclut en principe le droit à une indemnisation. La question de l'indemnisation doit être tranchée après celle des frais. Dans cette mesure, la décision sur les frais préjuge de l'indemnisation. Il en résulte qu'en cas de condamnation aux frais, il n'y a pas lieu d'octroyer de dépens ou de réparer le tort moral (ATF 137 IV 352 consid. 2.4.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1191/2016 précité, consid. 2.1).

4.2. En l'espèce, le mis en cause étant astreint au paiement des frais en application de l'art. 426 al. 2 CPP (cf. consid. 3.3. supra), le refus du Ministère public de le dédommager pour ses frais de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP ne prête nullement le flanc à la critique.

La décision querellée sera donc confirmée sur ce point également.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 1'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

Vu l'issue de la cause, la conclusion relative au versement d'une indemnité à titre d'honoraires d'avocat du recourant sera rejetée (art. 433 al. 1 let. a CPP *a contrario*).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 1'000.-.

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 Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

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).

P/7346/2015

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	20.00
-----------------	-----	-------

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	1'000.00
---------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	1'095.00
--------------	------------	-----------------