



POUVOIR JUDICIAIRE

P/13283/2003

OCA/49/04

ORDONNANCE

DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION

Audience du mercredi 18 février 2004

Statuant sur le recours déposé par :

A _____, domiciliée _____, recourante comparant par Me Jean-Franklin Woodtli, avocat, Rue Prévost-Martin 5, case postale 145, 1211 Genève 4, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile,

contre la décision du Procureur général prise le 1^{er} décembre 2003,

Intimés : B _____, C _____, D _____, comparant par Me Antoine Bohler, avocat, rue du Rhône 29, 1204 Genève, en l'Etude duquel ils font élection de domicile,

LE PROCUREUR GÉNÉRAL de la République et canton de Genève, en son Parquet, Palais de justice, place du Bourg-de-Four à Genève.

Communiqué l'ordonnance aux parties en date du _____

EN FAIT

A) Par acte du 15 décembre 2003, déposé au greffe de la Chambre de céans le même jour, A_____ fait recours contre la décision du Procureur général, datée du 1^{er} décembre 2003 et notifiée le 4 décembre 2003, de classer la procédure P/13283/2003 engagée contre B_____, C_____ et D_____.

B) Les éléments pertinents suivants ressortent de la procédure :

a) A_____, née le _____ 1930, domiciliée à E_____ (GE), détient la totalité des actions de la société F_____ SA, dont elle est par ailleurs administratrice. Cette société a pour but l'exploitation d'un commerce de linges de maison dans des locaux sis 1_____ à Genève, qu'elle loue depuis sa création, le _____ 1976.

En 2003, A_____ a formé le souhait de mettre un terme à cette activité qu'elle exerçait depuis 30 ans.

Elle est entrée en pourparlers avec B_____, né le _____ 1938, domicilié à G_____ (GE). Ce dernier cherchait des locaux pour y installer un commerce de chaussures et de maroquinerie à l'enseigne de la société H_____ Sàrl, dont il est le gérant ; en effet, cette société devait quitter les locaux qu'elle occupait à l'époque dans les galeries à la rue 2_____. Il ne ressort pas du dossier que A_____ ait été en contact avec d'autres repreneurs potentiels.

b) Le 9 décembre 2002, A_____ (la cédante) et B_____ (le repreneur), agissant en nom propre, ont conclu une convention de cession portant sur l'intégralité du capital actions de la société F_____ SA. Aux termes de cette convention, les 200 actions d'une valeur nominale de 500 fr., entièrement libérées, seraient cédées au repreneur moyennant un prix de 350'000 fr (art. 1.0). De cette somme, 100'000 fr. devaient être payés au plus tard le 7 janvier 2003 (art. 1.1), le solde de 250'000 fr. étant réglé au moyen de 24 mensualités de 10'500 fr. dont la première serait due le 28 février 2003 (art. 1.2.). A_____ restait propriétaire des actions jusqu'à paiement intégral de ce prix (art. 1.9).

Un intérêt moratoire de 12% en cas de retard de paiement de plus de 15 jours était prévu (art. 1.7). Le repreneur s'engageait à conclure une assurance-vie de 100'000 fr. au bénéfice de la cédante (art. 1.6.). Par une convention annexe du même jour, conclue sous seing privé, C_____ et D_____, fils de B_____, ont transmis à A_____ la propriété d'un bien immobilier sis sur la Commune de I_____ [France], d'une valeur non précisée, aux fins de garantie de la dette de leur père, en capital et intérêts. Cette propriété est grevée d'une hypothèque à hauteur de FRF 440'000 au bénéfice de J_____, habitant K_____ (France), ce que ne mentionne pas la convention.

La date de reprise de la société était fixée au 1^{er} février 2003 (art. 1.4). Dès ce moment, le repreneur assurerait l'exploitation du commerce à son nom et sous sa responsabilité (art. 3.1) et serait personnellement redevable du paiement de tous les frais généraux d'exploitation (art. 3.4). En revanche, il était expressément convenu qu'aucun contrat liant la cédante à son franchiseur ne serait repris par le repreneur (art. 2.7).

- c) Le 7 janvier 2003, B_____ s'est déclaré incapable de s'acquitter du paiement initial de 100'000 fr. convenu pour cette date, compte tenu du « tumulte » occasionné par les fêtes de Noël. Il a remis à A_____ une somme de 30'000 fr. et une promesse écrite de verser le solde d'ici la fin du mois de janvier 2003. En outre, il lui a versé 1'000 fr. et lui en a promis 2'000 fr. pour le 28 février 2003 à titre de dédommagement pour le retard de paiement.

Le 31 janvier 2003, B_____ n'a versé que 50'000 fr. et s'est engagé par écrit à verser le solde de 20'000 fr. avant le 7 février.

Le 1^{er} février 2003, il s'est installé dans l'arcade sise 1_____, comme convenu.

Le 7 février 2003, il n'a pas versé la somme de 20'000 fr., contrairement à l'engagement pris.

Le loyer de l'arcade pour février 2003 a été payé par H_____ Sàrl. En revanche, les loyers des mois de mars à juin 2003 ne le furent point. La bailleuse de l'arcade réagit par une mise en demeure datée du 13 mai 2003. A_____ lui fit virer la somme de 25'110 fr. correspondant au loyer dû jusqu'à mai 2003 seulement. Le loyer de juin demeurant dû, et celui de juillet 2003 n'ayant pas davantage été versé, la société propriétaire fit procéder à une prise d'inventaire sur la marchandise détenue. A partir du mois d'août 2003, les loyers ont à nouveau été payés normalement par la société H_____ Sàrl.

Le 28 février 2003, B_____ a payé encore 2'000 fr. au titre de dédommagement pour retard de paiement, ainsi qu'il s'y était engagé. Le 13 mai 2003, il a versé 3'000 fr. à valoir sur le prix de vente des actions F_____ SA. Aucun des acomptes mensuels de 10'500 fr. n'a été payé.

Ainsi, à ce jour, il n'a versé que 83'000 fr. des 350'000 fr. dus en vertu de la convention de cession du 9 décembre 2002, alors que cette dette aurait dû être acquittée à concurrence de 205'000 fr.

Les actions de la société sont toujours détenues par A_____.

- d) Plusieurs courriers figurant au dossier, dont le premier est daté du 3 juin 2003, attestent que les parties ont cherché diverses solutions à leur litige. B_____ semble également chercher un repreneur de l'arcade afin d'être relevé de ses

obligations (cf. courriers du 17 septembre et du 7 octobre 2003), mais ses démarches à cette fin n'ont pas abouti à ce jour.

Les parties paraissent s'être entendues sur la solution suivante : la maison de I_____, pour laquelle un tiers a soumis une offre de EUR 183'000, sera vendue, et le montant encaissé, déduction faite du montant de l'hypothèque, sera affecté au paiement du prix des actions. A cette fin, le conseil de A_____ a adressé, en date du 11 juin 2003, un courrier au notaire chargé de procéder à la vente du bien, pour l'informer que l'offre de EUR 183'000 a l'agrément de sa cliente, à laquelle il conviendra de verser directement le solde du prix encaissé.

- C) A_____ a déposé plainte pénale pour escroquerie le 29 août 2003. Elle estime avoir été victime, de la part de B_____, d'une escroquerie visant à reprendre, sans bourse délier, l'arcade sise 1_____, à Genève.

Selon elle, B_____ n'a jamais eu l'intention de payer la somme convenue. Il a certes conclu une assurance-vie au bénéfice de A_____, mais celle-ci a été annulée parce qu'il n'en payait pas les primes. La garantie offerte par la cession d'une maison à I_____ s'est avérée illusoire : d'une part, celle-ci était grevée d'une hypothèque, ce qu'il avait omis de préciser, d'autre part, B_____ avait délibérément affecté l'acte d'un vice le rendant nul en la forme : en effet, le droit français qui le régit, vu le lieu de situation de l'immeuble, requiert la forme authentique, un simple contrat sous seing privé ne suffisant pas. Enfin, B_____ lui a caché, au mépris des engagements pris, avoir vendu cette maison en date du 29 juillet 2003, dans le but de détourner le produit de la vente à son seul profit ; ce n'est que grâce à J_____, détentrice de l'hypothèque, qu'elle a eu connaissance de la vente.

Ces tromperies ont eu pour effet de lui causer un préjudice irréparable, qui consiste en ce que la société F_____ SA, qui n'est plus exploitée depuis _____ 2002, a aujourd'hui perdu toute valeur commerciale.

- D) Entendu par la police judiciaire le 23 octobre 2003, B_____ n'a pas nié l'inexécution de ses engagements, mais a contesté que celle-ci procédait d'un plan préétabli visant à spolier A_____ de ses droits au moyen de tromperies astucieuses. Ses déclarations, appuyées par un mémoire de son conseil daté du 3 novembre 2003, apportent les éclaircissements suivants :

A_____ connaissait la situation financière serrée de B_____ et avait contracté en toute connaissance de cause. Par exemple, l'acompte initial de 100'000 fr. devait être réglé au moyen d'une indemnité à recevoir au titre de l'expulsion de ses anciens locaux, dont A_____ connaissait le caractère aléatoire, et qui, de fait, n'a toujours pas été perçue à ce jour. Le non-respect des obligations financières n'est pas dû à de la mauvaise volonté, mais à l'insuffisance du chiffre d'affaires dégagé par la boutique depuis son déménagement.

S'agissant plus particulièrement de la cession de la maison de I_____ à titre de garantie, il a dit avoir ignoré, au moment de le signer, que l'acte de cession, rédigé d'ailleurs par l'époux de A_____, n'avait aucune valeur juridique. Il a fait remarquer à la police que l'acte n'indiquait pas la valeur de la propriété, ce sur quoi il admet ne pas avoir attiré l'attention de son rédacteur. Dans son mémoire, il allègue cependant avoir fait part oralement d'une estimation du bien à 150'000 fr., ce qui correspond à sa valeur nette, hypothèque déduite.

La vente a été conclue pour un montant de EUR 165'000 le 1^{er} octobre 2003 ; l'acte du 29 juillet 2003 n'était qu'une promesse de vente. B_____ n'a pas nié avoir donné pour instruction au notaire de ne pas la révéler à A_____. En tout état, le prix d'achat n'a pas encore été versé.

- E) Le Procureur général a ouvert une information du chef d'escroquerie le 31 octobre 2003.
- F) Par courrier du 3 novembre 2003, le conseil de B_____ a exposé aux autorités pénales la détermination de son client au sujet de la plainte de A_____. Les faits pertinents relatés dans cette lettre ont été exposés ci-dessus.
- G) Au vu de la lettre précitée, le Juge d'instruction a communiqué la procédure au Parquet sans inculpation le 24 novembre 2004.
- H) A l'appui de sa décision de classement intervenue le 1^{er} décembre 2003, le Procureur général a retenu le défaut de prévention et le caractère civil prépondérant du litige.
- I) Dans son acte de recours, A_____ réitère les allégués contenus dans sa plainte, sans se prononcer sur les explications avancées par B_____. Elle propose l'audition de J_____, des fils B_____/C_____/D_____, ainsi que des autres personnes citées dans sa plainte pénale.
- J) La cause a été gardée à juger en application de l'art. 193B CPP.

EN DROIT

1. Interjeté en la forme et dans les délais prescrits (art. 191 al. 1 ; 191 al. 2 et 95 al. 1 CPP) contre une décision sujette à recours (190A et 198 al. 1 CPP) par le plaignant, qui a qualité pour agir (art. 190 al. 1, 191 al. 1 lit. a CPP), le présent recours est recevable.
2. La Chambre d'accusation peut, à l'unanimité, décider d'emblée de ne pas examiner le fond des recours manifestement irrecevables, ou rejeter ceux qu'elle considère, sans hésiter, comme mal fondés, sans échange d'écritures ni débat (art. 193B al. 1 CPP).

Tel est le cas en l'espèce, ainsi qu'il sera démontré ci-après.

3. **3.1.1.** Aux termes de l'article 198 CPP, si le Procureur général estime que les circonstances ne justifient pas l'exercice de l'action publique, il peut, par décision sommairement motivée, classer la procédure, sauf circonstances nouvelles. Cette disposition consacre le principe de l'opportunité de la poursuite. Le Ministère public, indépendamment des cas dans lesquels les conditions pour exercer la poursuite ne sont pas réalisées, est ainsi habilité à classer une procédure en fonction des circonstances. Il a en particulier été statué que le Procureur général faisait une application judicieuse de l'article 198 al. 1 CPP lorsqu'il apparaissait que la poursuite de celle-ci ne pourrait déboucher, selon toute vraisemblance, que sur un acquittement de la personne mise en cause (OCA no 335, du 14 octobre 1991).

Au moment de l'examen des réquisitions, après une longue instruction, il convient de s'interroger, non plus quant à l'existence de charges ou d'indices suffisants, mais d'une prévention suffisante. Cette notion n'implique pas que la preuve de faits coupables soit rapportée de manière irréfutable, une vraisemblance suffit. La notion de prévention suffisante exige un peu plus que des indices, mais pas encore des certitudes (SJ 1990 p. 454 no 3.3).

Toutefois, saisie d'un recours contre un classement en vertu de l'art. 198 CPP, la Chambre de céans peut encore, outre confirmer le classement ou demander au Ministère public de prendre des réquisitions, renvoyer la procédure au juge d'instruction (art. 198 al. 2 CPP). Or, l'ouverture d'une instruction préparatoire ou un complément d'instruction se justifie dès lors que cette mesure apparaît « nécessaire » (art. 203 al. 1 CPP). En d'autres termes, pour déterminer le niveau de prévention qui justifie l'annulation du classement, il convient de ne pas s'attacher au critère purement formel de la base textuelle du classement (art. 116 ou 198 CPP), mais d'examiner le contenu matériel du dossier : plus l'instruction sera complète, quelle que soit l'autorité qui y a procédé, plus grande sera la prévention requise pour justifier la poursuite de la procédure. Ainsi, de simples indices suffisent lorsque le Procureur général reçoit avis d'une infraction (art. 115 al. 1 et 2 CPP) ; la prévention requise croîtra au fur et à mesure des progrès de l'instruction.

En l'espèce, l'instruction préparatoire n'a eu qu'une existence formelle, c'est-à-dire que le juge d'instruction a rendu la procédure au Procureur général sans effectuer aucun des actes de sa compétence. Dès lors, les principes du classement avant instruction de l'art. 116 CPP s'appliquent par analogie, et de simples indices de culpabilité suffiront.

Le classement en opportunité est autorisé par le droit fédéral. Le Tribunal fédéral a en effet admis que ce droit n'excluait pas que les cantons prévoient la possibilité d'un classement pour des motifs d'opportunité, précisant toutefois que de telles décisions n'étaient admissibles que dans certaines limites. Un classement en opportunité viole le droit fédéral lorsqu'il en résulte que l'autorité

compétente se refuse par principe à appliquer une disposition du droit pénal, qu'elle en modifie le contenu, notamment en ajoutant des éléments constitutifs de l'infraction, qu'elle l'applique ou l'interprète faussement ou encore que son refus dans le cas d'espèce ne repose sur aucun motif raisonnable, de sorte qu'il équivaut à un refus d'appliquer le droit fédéral (ATF 119 IV 92 consid. 3b = SJ 1993 p. 635 rés.; SJ 1994 p. 426/430-431).

Ainsi, le classement d'une poursuite pour des motifs d'opportunité permet à l'autorité de renoncer à mettre en mouvement l'action publique, pour des motifs étrangers au droit matériel ou de forme, même s'il existe des indices suffisants qu'une infraction a été commise et que les conditions de recevabilité sur le plan procédural sont données (Piquerez, Procédure pénale suisse, 2000, no 654 p. 151). L'application du principe de l'opportunité des poursuites permet d'éviter les conséquences irréversibles liées à une poursuite pénale aussi bien dans l'intérêt de l'auteur de l'infraction que de la victime et de tenir compte de toutes les circonstances de l'infraction et des particularités du délinquant (peu de gravité de la faute, faible préjudice); elle évite une surcharge des juridictions d'instruction et de jugement lorsque le trouble social est de peu d'importance et que la poursuite peut présenter plus d'inconvénients que d'avantages pour l'ordre public (Piquerez, op. cit., n. 655 p. 151).

Il sied à cet égard de rappeler que le dénonciateur ou le plaignant ne disposent pas d'un droit à l'exercice de l'action publique, ce qui a pour conséquence que les organes de la poursuite, à commencer par le Procureur général, sont autorisés à prendre en considération des intérêts et des circonstances qui excèdent le domaine limité de la protection de la victime (SJ 1986 p. 470 no 2.2). Par ailleurs, un classement en opportunité n'empêche pas les lésés d'agir par la voie civile. Leurs intérêts dignes de protection ne font donc pas obstacle à un tel classement (SJ 1986 p. 493 no 10.3).

- 3.1.2. Se rend coupable d'escroquerie, et s'expose à une peine de réclusion pour cinq ans au plus ou d'emprisonnement, 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 (art. 146 al. 1 CP).

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 (ATF 118 IV 359 = JdT 1994 IV 172 consid. 2 et les références citées).

Le bien juridique protégé par l'incrimination de l'escroquerie est le patrimoine (Arzt, Basler Kommentar, Bâle/Genève/Munich 2003, n. 19 ss. ad art. 146 CP). L'escroquerie n'est consommée que s'il y a un dommage, sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif. Un préjudice passager suffit (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, nos 32, 33 et 36 ad art. 146 CP).

Le patrimoine est la somme des biens matériels et immatériels qui ont une valeur économique (Arzt, op. cit., n. 20 ad art. 146 CP). Cette perspective objective-économique du patrimoine a pour conséquence qu'il convient de procéder à une compensation des profits et des pertes : la victime doit subir un dommage net, c'est-à-dire que la valeur transférée à l'auteur de l'infraction doit être supérieure à celle reçue en retour (Arzt, op. cit., n. 86 ad art. 146 CP). Lorsque, par astuce, l'auteur induit la victime à contracter (« Eingehungsbetrug »), il convient de comparer la valeur économique des obligations assumées par la victime avec celle des engagements assumés par l'auteur, et non pas la valeur réelle des engagements assumés par l'auteur avec leur valeur supposée, telle qu'elle ressort de ses promesses trompeuses, contrairement à ce que décidait une jurisprudence dépassée (Arzt, op. cit., n. 89 s. ad art. 146 CP).

- 3.2. La recourante estime avoir été astucieusement induite à contracter. L'intimé l'aurait trompée en lui cachant n'avoir pas la volonté de s'acquitter de ses engagements, d'une part, et de lui fournir une assurance-vie et un bien immobilier en garantie, d'autre part.

A supposer qu'une tromperie astucieuse soit avérée, ce qui est déjà douteux, on ne voit pas en quoi le contrat de cession d'actions, à la conclusion duquel elle aurait déterminé la recourante, serait un acte préjudiciable à son patrimoine au sens de l'art. 146 CP.

La recourante a déjà reçu 57'890 fr. nets (soit 83'000 fr. – 25'110 fr. avancés pour le loyer) au titre du contrat. Elle-même a toutefois conservé la propriété et la possession de l'intégralité des actions de F_____ SA. Son obligation de remettre celles-ci est en effet conditionnelle au paiement intégral du prix d'achat par l'intimé (art. 1.9 de la convention). Ainsi, on ne peut concevoir une situation, matérielle ou juridique, dans laquelle la recourante se retrouverait dépouillée de son actif sans en avoir reçu la contrepartie convenue. La réserve de propriété, garantie vigoureuse contre l'inexécution du paiement du prix, exclut du même coup tout dommage économique direct.

La prévention d'escroquerie n'est toutefois pas nécessairement exclue de ce seul fait. La recourante explique en effet que l'enseigne F_____ SA, et partant, les actions de cette société, ont perdu toute valeur du fait qu'elle n'est

plus exploitée depuis février 2003. On peut lui donner raison en ce que les fruits de trente ans de travail, soit le goodwill, le savoir-faire et le fichier clients, ne peuvent plus être monnayés. Pour être pertinent, ce dommage devrait toutefois être directement dû à l'intervention de l'intimé. Or, la recourante n'affirme pas que, sans les manœuvres de l'intimé, elle aurait pu remettre, non seulement l'arcade, mais encore le commerce, et que désormais cette opportunité ne se présente plus. Il apparaît plutôt que, faute de trouver un repreneur pour son activité, elle a elle-même réduit la valeur de sa société, pour l'essentiel, au seul pas-de-porte qui s'attache à la titularité du bail de l'arcade sise 1_____. Tel est l'actif social en fonction duquel a été calculé le prix de vente de 350'000 fr. (cf. à cet égard le point 2.7. de la convention), et c'est par rapport à lui seul que doit se mesurer le dommage. Or, il ne ressort pas du dossier que la valeur de marché de ce pas-de-porte (qui, aux dires de l'intimé, serait d'ailleurs inférieure aux 350'000 fr. convenus) aurait diminué depuis décembre 2002.

Au demeurant, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle affirme que l'intimé occupe l'arcade sans bourse délier. Ce dernier, qui se trouve dans une situation juridique analogue à celle d'un sous-locataire, a déchargé la société F_____ SA du paiement des loyers en contrepartie de son droit de jouissance. En outre, il a versé la somme nette de 59'890 fr. à valoir sur le prix des actions. Tant que celui-ci n'est pas intégralement payé, sa situation reste précaire ; il est notamment à la merci d'une résolution du contrat en vertu des règles sur la demeure, sans garantie de récupérer l'acompte versé. Ainsi, on ne décèle aucune volonté d'enrichissement illégitime de l'intimé.

Enfin, la dissimulation de la vente de la maison de I_____ n'a pas de portée au regard de l'art. 146 CP. Le seul silence à propos d'un fait n'est pas constitutif de tromperie astucieuse.

4. La recourante a incontestablement subi un préjudice du fait de l'inexécution des obligations de l'acheteur ; toutefois, le droit civil met à sa disposition des remèdes dont l'efficacité, dans le cas d'espèce, est encore augmentée par les stipulations contractuelles : clause de réserve de propriété ; acompte important payé d'avance ; et intérêt moratoire de 12% sur les mensualités. Ainsi, sans même devoir invoquer le dol, la recourante est en mesure d'obtenir réparation de son dommage.

En revanche, la prévention pénale, qu'on ne peut exclure totalement, est extrêmement ténue. Les éléments constitutifs, si tant est qu'ils sont réalisés, seront très difficiles à prouver, s'agissant par exemple de circonstances subjectives comme la volonté initiale de ne pas s'acquitter des obligations contractées ; en tout état, les mesures d'instruction proposées par la recourante, soit l'audition des fils B_____/C_____/D_____ et de J_____, ne paraissent pas à même de conduire au résultat désiré. Enfin, l'ordre public n'est que faiblement menacé lorsque le mis en

cause s'engage à payer intégralement le prix du marché avant de percevoir une quelconque contrepartie.

Pour ces raisons, un classement en opportunité, vu le caractère civil prépondérant du litige, se justifie. Le recours sera donc rejeté.

5. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais de l'Etat (art. 96 al. 1 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE D'ACCUSATION :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ contre la décision de classement rendue le 1^{er} décembre 2003 par le Procureur général dans la procédure P/13283/2003.

Au fond :

Le rejette.

Condamne A_____ aux frais du recours s'élevant à 540 fr., y compris un émolument de 500 fr.

Informe les parties qu'elles peuvent se pourvoir en nullité auprès du Tribunal fédéral dans un délai de 30 jours à compter de la réception de la présente décision (art. 272 et 273 PPF).

Siégeant :

Madame Laura JACQUEMOUD-ROSSARI, présidente; Monsieur Pierre-Yves DEMEULE et Monsieur Christian MURBACH, juges; Monsieur Didier PERRUCHOUD, greffier.

La présidente :

Laura JACQUEMOUD-ROSSARI

Le greffier :

Didier PERRUCHOUD