

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Séance du 4 juillet 2011

Présidence de M. KRIEGER, président
Juges : Mme Epard et M. Abrecht
Greffière : Mme Mirus

Art. 310 al. 1 let. a, 393 ss CPP

La Chambre des recours pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté le 27 juin 2011 par **A._____** et **C._____SÀRL** contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 14 juin 2011 par le Ministère public central, Division entraide, criminalité économique et informatique dans la cause n° **PE11.006405-YGL**.

Elle considère :

E n f a i t :

A. Le 31 mars 2011, les sociétés A._____ et C._____Sàrl ont déposé plainte contre les administrateurs et les organes de révision de la société T._____SA, tombée en faillite le 24 juin 2008.

En substance, elles ont allégué les faits suivants.

Le 12 décembre 2001, A._____ a introduit deux requêtes d'arbitrage, l'une contre la société [...] SA, devenue par la suite T._____SA, l'autre contre X._____ personnellement, pour une somme de 2'240'000 USD.

Malgré la procédure arbitrale engagée, laquelle aurait finalement abouti à la condamnation de T._____SA aux sommes finalement colloquées dans la faillite, les administrateurs de cette société n'auraient créé aucune provision et auraient dissimulé l'existence de la procédure à l'organe de révision jusqu'en été 2005.

En outre, tout en sachant qu'une condamnation allait être prononcée, les administrateurs de T._____SA, en particulier E._____ et X._____ auraient gardé ladite société en vie, afin d'en retirer le maximum de bénéfice, alors qu'ils auraient dû déposer le bilan en 2002 déjà. Ils auraient également préparé la faillite, en vidant ladite société de ses actifs, notamment en transférant tous les droits sur la marque [...], sous laquelle T._____SA produisait et vendait ses produits, à une société étrangère, appartenant aux mêmes personnes, avec un droit exclusif d'exploitation. Par ailleurs, les organes de révision, tout en ayant connaissance de la procédure en cours, n'auraient exigé aucune information complémentaire, ni la moindre provision, en vue d'une éventuelle condamnation.

Enfin, des avantages auraient été accordés à certains créanciers, dans la mesure où des créances auraient été postposées, dans le seul but d'éviter le dépôt de bilan de T._____SA.

Au vu de l'ensemble de ces griefs, les administrateurs, ainsi que les organes de révision de ladite société se seraient rendus coupables de banqueroute frauduleuse au sens de l'art. 163 CP, de gestion fautive au sens de l'art. 165 CP et d'avantages accordés à certains créanciers au sens de l'art. 167 CP.

B. Pour les faits relatés ci-dessus, le Procureur du Ministère public central, Division entraide, criminalité économique et informatique a rendu une ordonnance de non-entrée en matière. Il a en effet retenu les éléments suivants:

L'absence d'inclusion d'une mention, respectivement de constitution d'une provision, dans un bilan s'agissant d'un litige juridique ne saurait forcément représenter une négligence coupable au sens de l'art. 165 CP, ni même constituer automatiquement une faute s'agissant de l'établissement des comptes sociaux. La constitution d'une provision reflèterait avant tout la perception d'un risque dans le cadre des principes d'une saine gestion.

Les plaignants affirment, d'une part, que les administrateurs savaient qu'ils allaient être condamnés à l'issue de la procédure et, d'autre part, laissent entendre que l'inclusion d'une provision relative au litige les aurait conduits à déposer le bilan en 2002 déjà, raison pour laquelle ils s'en seraient abstenus. La première affirmation paraîtrait relativement gratuite. La procédure démontrerait notamment la peine éprouvée par A._____ à démontrer son dommage. La seconde ne saurait être suivie sans autre. Il importerait à cet effet de souligner qu'A._____ réclamait initialement 2'504'800.00 USD, alors qu'elle n'aurait obtenu que 570'788 fr. s'agissant du capital, soit 20% seulement de ce qui était demandé. Cela démontrerait déjà à quel point la constitution d'une provision serait aléatoire. Si le principe même de l'inclusion systématique pose problème, celui du montant à provisionner, le cas échéant, serait encore plus épineux.

Pour le surplus, rien ne permettrait en l'état, ni ne permettrait un jour d'affirmer que l'inclusion d'un montant raisonnable de provisions, en 2002 déjà, aurait conduit au dépôt du bilan, d'autant que, comme cela résulterait des pièces fournies et notamment de la sentence arbitrale, un important investisseur s'était engagé à cette époque dans la société. Les

mesures prises par la suite (postposition de créances des actionnaires, augmentation de capital) auraient simplement pu survenir plus tôt.

Pour le procureur, les pièces produites démontrent que, dès 2003 en tout cas s'agissant des comptes pour l'année 2002, V. _____ SA, qui a précédé T. _____ SA, aurait vu son attention attirée sur les dispositions de l'art. 725 al.1 CO. Une semblable remarque aurait été formulée chaque année jusqu'à la faillite, laquelle aurait rendu inutile l'information au juge demandée dans les comptes 2008. Néanmoins, jusqu'en 2007, la société aurait régulièrement et constamment pris les mesures destinées à prévenir un tel avertissement au juge. Elle aurait ainsi procédé à une première postposition des prêts des actionnaires en 2004 pour 5'576'000 fr., simultanément à une augmentation du capital-actions de 1'000'000 francs. Un montant supplémentaire aurait été postposé en 2005 pour 1'760'000 fr. environ et un nouveau prêt des actionnaires, lui aussi postposé, serait encore survenu en 2006 pour 1'000'000 francs. La société aurait au surplus connu deux exercices bénéficiaires en 2005 et 2006.

Au vu des investissements massifs consentis par les créanciers actionnaires pendant trois ans, il paraîtrait en outre difficile de suivre la thèse, selon laquelle les intéressés auraient agi dans le seul but de "dégager des revenus dispersés dans des charges diverses". De même, les investissements consentis paraîtraient largement supérieurs au montant finalement alloué à A. _____ dans le cadre de la procédure d'arbitrage, de sorte qu'il n'y aurait pas de rapport entre ces deux volets. En particulier, après deux exercices positifs, T. _____ SA serait retombée dans les chiffres rouges en 2007, ce qui aurait dû avoir un effet dissuasif sur les investisseurs, voire sur les fournisseurs.

En définitive, les éléments amenés dans la plainte à ce titre ne permettraient pas de présumer, au sens de l'art 299 CPP, qu'une infraction aurait été commise sous l'angle de l'art 165 CP.

Les plaignants argueraient du transfert de la marque [...] pour illustrer le comportement ayant consisté à vider frauduleusement la société de ses actifs. Or, le dossier tendrait à démontrer que la marque en question n'aurait jamais appartenu à T. _____ SA ou aux sociétés qui l'ont précédée, X. _____ l'ayant toujours conservée pour lui-même. Dans ce type d'industries et de sociétés qui reposent sur la renommée d'un créateur, la marque appartiendrait en effet fréquemment au designer qui la met à disposition moyennant rétribution, mais en garde la propriété via une société d'exploitation. Rien ne laisserait à penser qu'il en aurait été différemment dans le cas d'espèce et le fait que la marque soit éventuellement toujours utilisée depuis l'étranger n'y changerait rien. A en croire les plaignants eux-mêmes, ce système paraîtrait avoir été la règle dès le départ ou presque, de sorte que l'on ne discernerait pas une relation de causalité entre l'affaire A. _____ et le procédé incriminé, lequel serait de surcroît courant.

Les plaignants n'avanceraient pas d'autres éléments factuels tendant à laisser supposer que les administrateurs auraient intentionnellement vidé la société, d'autant plus que celle-ci aurait effectivement été en proie à des difficultés de trésorerie de longue date, élément qui serait confirmé par la sentence arbitrale et qui aurait occasionné l'arrivée d'un nouvel investisseur.

Quant au reproche concernant les avantages accordés à certains créanciers, il paraît fondé uniquement sur la circonstance que les dénoncés auraient retardé la faillite en acceptant la postposition des créances des actionnaires pour se rembourser ultérieurement par l'utilisation de la marque [...]. Cette argumentation ne saurait fonder une application autonome de l'art. 167 CP, mais recouvrirait pour l'essentiel le grief formulé s'agissant de l'art. 165 CP. Pour le surplus, l'utilisation licite de la marque précitée, fût-ce par les anciens actionnaires et administrateurs de T. _____ SA, ne saurait constituer un "avantage" au sens de l'art. 167 CP.

En définitive, quand bien même le fait que la disparition de T. _____ SA a suivi de peu la sentence arbitrale ne soit peut-être pas purement fortuite, cet élément n'implique pas la présence de soupçons de commission d'une infraction pénale, devant conduire à l'ouverture d'une instruction préliminaire s'agissant des éléments amenés par les plaignants.

En outre, le fait qu'A. _____ ait également dirigé sa requête d'arbitrage contre X. _____ personnellement, requête rejetée par le juge, laisserait supposer qu'elle prenait en considération le risque d'une disparition de T. _____ SA dans l'intervalle.

Le procureur a enfin souligné que la faillite remontait au mois de juin 2008 et qu'à aucun moment l'Office des faillites n'avait jugé bon d'attirer l'attention des autorités pénales sur un quelconque élément suspect s'agissant des conditions dans lesquelles celle-ci avait été ouverte ou se serait déroulée.

C. Le 27 juin 2011, A. _____ et C. _____ Sàrl ont recouru contre cette décision. Elles ont conclu à son annulation, le Ministère public central étant invité à procéder à l'audition des administrateurs et organes de révision de T. _____ SA en place de 1992 au 24 juin 2008, date de la faillite.

E n d r o i t :

1. Selon l'art. 310 al. 1 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0), le Ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police notamment que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a). Au surplus, les dispositions sur le classement de la procédure sont applicables (art. 310 al. 2 CPP).

Est ainsi notamment applicable l'art. 322 al. 2 CPP, qui prévoit que les parties peuvent attaquer l'ordonnance de classement dans les dix jours devant l'autorité de recours (cf. art. 20 al. 1 let. b CPP), à savoir, dans le canton de Vaud, devant la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009, RSV 312.01]; art. 80 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

Interjeté dans le délai légal (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP) contre une décision du ministère public (art. 393 al. 1 let. a CPP), par les parties plaignantes qui ont qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre une ordonnance de non-entrée en matière et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Les recourantes reprochent au procureur de ne pas avoir instruit la plainte, dès lors qu'elles estiment qu'il y a suffisamment d'éléments au dossier permettant de démontrer la réalisation de l'infraction prévue à l'art. 165 CP. En effet, selon elles, les administrateurs de la société T. _____ SA savaient qu'ils allaient être condamnés à l'issue de la procédure arbitrale. Partant, en renonçant à inclure au bilan une provision relative à ce litige, laquelle aurait dû amener au dépôt du bilan en 2002 déjà, ils se seraient rendus coupables de gestion fautive.

Selon l'art. 165 ch. 1 CP, le débiteur qui, par des fautes de gestion, notamment par une dotation insuffisante en capital, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardeuses, par l'octroi ou l'utilisation à la légère de crédits, par le bradage de valeurs patrimoniales ou par une négligence coupable dans l'exercice de sa profession ou dans l'administration de ses biens, aura causé ou aggravé son surendettement, aura causé sa propre insolvabilité ou aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable, sera, s'il a été déclaré en faillite, puni d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire.

En l'espèce, la cour de céans ne peut que faire sien le raisonnement du procureur. En effet, sur la base des pièces produites, on

peut d'emblée exclure une condamnation pour gestion fautive. D'une part, il faut tenir compte des difficultés qu'il y avait à calculer le montant de la provision. D'autre part, on ne voit pas comment il serait possible d'établir que les administrateurs et les organes de révision de la société ont volontairement renoncé à inclure une provision dans le bilan, dans le dessein de maintenir une exploitation vouée à l'échec. En effet, il ressort de la sentence arbitrale qu'un important investisseur s'était déjà engagé dans la société en 2002, de sorte que l'inclusion d'un montant important de provisions à cette époque n'aurait pas conduit au dépôt du bilan. En outre, non seulement les mesures prises par la suite, à savoir la postposition des créances, l'augmentation du capital et les investissements massifs consentis par les créanciers actionnaires, mais aussi l'existence de deux exercices bénéficiaires en 2005 et 2006 démontrent que l'absence de provisionnement n'a pas pu causer ou aggraver l'insolvabilité de la société.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté sur ce point.

3. Les recourantes considèrent ensuite que le ministère public aurait dû instruire sur la question du transfert de la marque [...]. Selon elles, il s'agirait d'une diminution fictive de l'actif au sens de l'art. 163 CP.

Aux termes de l'art. 163 ch. 1 CP, le débiteur qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura diminué fictivement son actif, notamment en distayant ou en dissimulant des valeurs patrimoniales, en invoquant des dettes supposées, en reconnaissant des créances fictives ou en incitant un tiers à les produire sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

En l'espèce, il ressort de la sentence arbitrale rendue le 26 octobre 2006 (P. 4/4) que X. _____ est personnellement titulaire de la marque [...], déposée à Monaco pour le monde entier, marque sous laquelle sont produits les instruments d'écriture et les montres que

commercialisait la société [...], devenue V._____SA et plus tard T._____SA. Autrement dit, comme l'a relevé le procureur, la marque [...] n'a jamais appartenu à T._____SA, X._____ en étant resté le propriétaire. Le 1^{er} juin 1999, X._____ a d'ailleurs personnellement conclu un contrat de licence autorisant A._____ à utiliser la marque [...]. Ce contrat n'était que la conséquence nécessaire du contrat de distribution exclusive des produits de la marque précitée, conclu précédemment entre V._____SA et A._____. Le 11 octobre 2000, T._____SA a résilié ce contrat de distribution exclusive avec effet immédiat. Le même jour, X._____ a résilié le contrat de licence, au motif de la résiliation du contrat principal. En effet, le contrat de licence n'avait plus de sens, l'utilisation de la marque étant devenue impossible du fait de la suppression de l'autorisation de commercialiser les produits de cette marque. A toutes fins utiles, on relèvera à cet égard que le Tribunal arbitral a estimé que X._____ n'encourait aucune responsabilité dans l'échec des relations commerciales des parties, dès lors que la fin du contrat de distribution enlevait son sens au contrat de licence et que prétendre le contraire pour impliquer personnellement X._____ dans la réparation du dommage subi par A._____ était parfaitement artificiel.

Ainsi, contrairement à ce que prétendent les recourantes, les droits sur la marque [...] n'appartenaient pas à la société T._____SA et ne constituaient dès lors pas des actifs de cette société. On ne voit donc pas en quoi la rupture du contrat de licence liant X._____ et A._____, respectivement la conclusion d'un nouveau contrat liant X._____ avec une société étrangère consisterait à vider frauduleusement la société T._____SA de ses actifs. C'est dès lors à juste titre que le procureur a d'emblée exclu l'application de l'art. 163 ch. 1 CP, la diminution fictive d'un patrimoine au sens de cette disposition n'étant à l'évidence pas réalisée. Il en découle que le recours doit également être rejeté sur ce point.

4. Enfin, les recourantes estiment que des avantages ont été accordés à certains créanciers au sens de l'art. 167 CP du fait du recours à la postposition des créances des actionnaires pour retarder la faillite. Selon elles, on ne saurait raisonnablement imaginer que des actionnaires

aient prêté des sommes aussi considérables sans contrepartie. Il serait dès lors évident que le principal investisseur avait pour finalité de s'approprier les produits de la marque [...].

Aux termes de l'art. 167 CP, se rend coupable d'avantages accordés à certains créanciers le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui.

En l'espèce, il convient au préalable de relever que la postposition est loin d'être un avantage pour les créanciers d'une société anonyme, puisque ceux-ci acceptent par ce procédé que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances. Certes, les recourantes invoquent le fait qu'il ne s'agissait pas d'un acte gratuit, dès lors que les créanciers en question entendaient se rembourser ultérieurement par l'utilisation de la marque [...]. Toutefois, comme l'a soulevé le procureur, l'utilisation de cette marque par les anciens actionnaires et/ou les administrateurs de T. _____ SA est tout à fait licite. Il ne s'agit en aucun cas d'un avantage auquel ceux-ci ne pourraient prétendre et qui entrerait dans le champ d'application de l'art. 167 CP.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, force est de constater que sur la base des allégations des recourantes et des pièces produites, les éléments constitutifs d'une infraction pénale ne sont manifestement pas réunis. C'est donc à juste titre que le procureur a rendu une ordonnance de non-entrée en matière.

5. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et l'ordonnance confirmée. Les frais de la procédure de recours, par 1'100 fr. (art. 20 al. 1 TFJP [Tarif des frais judiciaires pénaux du 28 septembre 2010, RSV 312.03.1]), sont mis à la charge des recourantes, qui succombent

(art. 428 al. 1 CPP), à parts égales et solidairement entre elles (art. 418 al. 1 et 2 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale,
statuant à huis clos :

- I.** Rejette le recours.
- II.** Confirme l'ordonnance.
- III.** Dit que les frais de la procédure de recours, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont mis à la charge des recourantes, à parts égales et solidairement entre elles.
- IV.** Déclare le présent arrêt exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. Mauro Poggia, avocat (pour A. _____ et C. _____ Sàrl),
- Ministère public central;

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public central, Division entraide, criminalité économique et informatique,

par l'envoi de photocopies.

La présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :