

## NEWSLETTER – Avril 2020 – Criminalité économique



### COVID-19 et criminalité économique, les preneurs de crédits dans la ligne de mire

#### I. Introduction

L'Ordonnance du 25 mars 2020 sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du Coronavirus<sup>1</sup> permet de mettre à disposition des petites et moyennes entreprises (PME) des crédits<sup>2</sup> visant notamment à apporter un soutien ciblé, rapide et sans formalités excessives aux personnes et aux entreprises concernées<sup>3</sup>. Pour ce faire, l'entreprise soumet un contrat de prêt standardisé, rempli et signé à l'une des banques participant au programme ayant adhéré aux conditions-cadres figurant à l'annexe 1 de l'Ordonnance<sup>4</sup>.

L'art. 6 al. 1 de ladite Ordonnance prévoit que le cautionnement solidaire a pour seul but de garantir les crédits bancaires destinés à « *satisfaire les besoins courants en liquidités du requérant* ».

Afin d'apporter une aide rapide aux personnes et aux entreprises concernées, ces crédits peuvent être octroyés par la banque sur la base d'une procédure simplifiée, qui repose sur la simple déclaration des requérants, lesquels doivent attester de ce qui suit<sup>5</sup> :

- L'entreprise doit avoir été fondée avant la pandémie de COVID-19 en Suisse, soit avant le 1<sup>er</sup> mars 2020 ;
- Elle doit être considérablement touchée sur le plan économique par la pandémie de COVID-19, notamment concernant son chiffre d'affaires ;
- Elle doit être financièrement saine, c'est-à-dire ne pas être en procédure de faillite, en procédure concordataire ou en liquidation ;

<sup>1</sup> RS 951.261

<sup>2</sup> Art. 3 al. 1 de l'Ordonnance ; Les demandes de crédit au sens de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19 pourront être déposées auprès d'une banque ou de PostFinance SA.

<sup>3</sup> Commentaire de l'Administration fédérale des finances (AFF) sur l'Ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus du 25 mars 2020, p. 2. Les entreprises concernées sont les entreprises individuelles, sociétés de personnes ou personnes morales ayant leur siège en Suisse et qui souffrent des conséquences économiques de la lutte mondiale contre la pandémie de COVID-19.

<sup>4</sup> <https://covid19.easygov.swiss/fr/banques/>

<sup>5</sup> *Idem*, p. 3.

- Le requérant ne bénéficie pas déjà d'une aide liée au COVID-19.

L'art. 6 al. 3 de l'Ordonnance du 25 mars 2020 liste quant à lui les opérations non-autorisées pendant la durée du cautionnement solidaire, afin d'éviter un détournement des crédits obtenus sur la base de cette Ordonnance<sup>6</sup>.

## II. Sous l'angle du droit pénal

En cas d'obtention frauduleuse des crédits reposant sur de fausses indications, ou de non-respect des restrictions d'utilisation des fonds en dérogation à l'art. 6 al. 3, l'art. 23 de l'Ordonnance prévoit une amende pouvant s'élever jusqu'à CHF 100'000.- au plus, à moins que l'auteur n'ait commis une infraction plus grave au sens du Code pénal<sup>7</sup>.

Une personne physique, qui commet un délit propre violant un devoir particulier n'obligeant que l'entreprise, peut être pénalement responsable sur la base de l'art. 29 CP<sup>8</sup>.

Nous examinerons ci-dessous si des « *infractions plus graves au sens du Code pénal* » peuvent être réalisées en cas de fausses indications (lettre a) et en cas de non-respect des restrictions d'utilisation des fonds en dérogation à l'art. 6 al. 3 (lettre b).

### a) Infractions du Code pénal potentiellement réalisées en cas de fausses indications

#### aa) Escroquerie (art. 146 CP)

Pour que l'infraction d'escroquerie soit consommée, l'auteur doit tromper le lésé, de sorte que la tromperie amène ce dernier à un acte préjudiciable. La tromperie peut notamment émaner de simples affirmations fallacieuses dont l'auteur connaît la fausseté<sup>9</sup>.

Pour tomber sous le coup de l'art. 146 CP, il faut encore que la tromperie soit astucieuse, c'est-à-dire que l'auteur ait recouru à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses, ou encore à des mises en scène<sup>10</sup>. Lorsqu'une banque s'estime lésée par une escroquerie, elle doit avoir fait preuve d'une vigilance accrue, sans quoi elle peut se voir reprocher sa passivité<sup>11</sup>. Il est précisé que l'infraction d'escroquerie au sens de l'art. 146 al. 1 CP est sanctionnée par une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

Le cas particulier de l'Ordonnance du 25 mars 2020 prévoit toutefois que la banque n'est pas tenue de vérifier l'exactitude des déclarations des entreprises (art. 3 al. 1 de l'Ordonnance) et doit se contenter de contrôler l'exhaustivité des déclarations et des informations requises dans la convention de crédit (annexe 2 de l'Ordonnance).

Il convient toutefois de vérifier si l'infraction d'escroquerie est néanmoins susceptible d'être retenue en cas d'obtention frauduleuse des crédits reposant sur de fausses indications, en particulier sur la base des deux développements ci-après :

- Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>12</sup>, l'astuce peut être réalisée lorsque l'auteur donne simplement de fausses informations, mais que la vérification de leur exactitude n'est pas possible, si elle ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée.

En l'occurrence, l'Ordonnance du 25 mars 2020 est entrée en vigueur afin de pallier l'urgence de la situation et d'aider le plus rapidement et efficacement possible les entreprises dans le besoin. Par conséquent, la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée pourrait être appliquée par analogie aux circonstances liées à la pandémie COVID-19, en ce sens qu'au vu de l'urgence, une vérification de la situation des PME ne peut

<sup>6</sup> Sont exclus pendant la durée du cautionnement solidaire : a. la distribution de dividendes et de tantièmes ainsi que le remboursement d'apports de capital ; b. l'octroi de prêts actifs ou le refinancement de prêts à des actionnaires revêtant la forme de prêts actifs, à l'exception du refinancement de découverts de compte accumulés depuis le 23 mars 2020 auprès de la banque qui accorde le crédit cautionné visé par la présente ordonnance ; c. le remboursement de prêts intragroupes ; d. le transfert de fonds garantis par un cautionnement solidaire visé par la présente ordonnance à une société du groupe n'ayant pas son siège en Suisse liée directement ou indirectement au requérant.

<sup>7</sup> RS 311.0.

<sup>8</sup> Petit commentaire du Code pénal, 2<sup>e</sup> éd., 2017, ad art. 29, N 2 ; si une infraction déterminée peut être imputée à une personne physique par le biais de l'art. 29 CP, la responsabilité subsidiaire de l'entreprise ne sera pas applicable (Yves NOËL/Laure DALLÈVES, *La responsabilité pénale des tiers en matière fiscale : entreprises, mandataires, couples*, in : Not@lex 2018 p. 125, p.129)

<sup>9</sup> Commentaire Romand du Code pénal II (CR-CP II), 2017, ad art. 146, N 14.

<sup>10</sup> ATF 128 IV 18, consid. 3a.

<sup>11</sup> CR-CP II, ad art. 146, N 48.

<sup>12</sup> ATF 135 IV 76 ; JdT 2010 IV 43.

être exigée de la banque, au risque de vider l'Ordonnance de sa substance, dans la mesure où celle-ci doit permettre d'apporter un soutien économique en toute célérité même face à un volume de requêtes qui devrait être substantiel.

Au vu de ce qui précède, de simples fausses déclarations intentionnelles des requérants devraient pouvoir remplir les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction d'escroquerie au sens de l'art. 146 CP.

- Des manœuvres frauduleuses peuvent en outre être retenues lorsque l'auteur fait usage de titres falsifiés au sens de l'art. 251 CP, qui réalisent le caractère astucieux de la tromperie. Ainsi, un faux dit *intellectuel*, qui fait constater faussement un fait ayant une portée juridique<sup>13</sup>, doit bénéficier d'une valeur probante accrue.

Dans ce contexte, les comptes intermédiaires non requis par la loi peuvent jouir d'une valeur probante accrue, selon le contexte de leur utilisation<sup>14</sup>.

Cela étant, dans l'hypothèse où les fausses indications des requérants sont accompagnées de pièces justificatives telles que des comptes intermédiaires, le fait de les utiliser à l'appui d'une demande de crédit bancaire pourrait dès lors constituer une manœuvre frauduleuse au sens de l'art. 146 CP, de sorte que l'infraction d'escroquerie pourrait être réalisée.

#### **ab) Faux dans les titres (art. 251 CP)**

L'infraction de faux dans les titres est réalisée notamment lorsque l'auteur crée un titre faux, falsifie un titre, abuse de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constate ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique (art. 251 CP). La commission de faux dans les titres est sanctionnée par une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

Un fait est constaté faussement lorsqu'il ne correspond pas à la vérité (faux *intellectuel*)<sup>15</sup>. Une telle constatation doit en outre revêtir un valeur probante accrue, en ce sens qu'elle jouit d'une fiabilité particulière sous l'angle de la preuve<sup>16</sup>.

À cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige, dans le cas du faux intellectuel, que le document ait une crédibilité accrue et que son destinataire puisse s'y fier raisonnablement. Une simple allégation, par nature sujette à vérification ou discussion, ne suffit pas ; il doit résulter des circonstances concrètes ou de la loi que le document est digne de confiance, de telle sorte qu'une vérification par le destinataire n'est pas nécessaire et ne saurait être exigée<sup>17</sup>.

Cela étant, si l'on admet que la Convention de crédit (annexe 2 de l'Ordonnance) revêt une valeur probante accrue compte tenu des circonstances particulières engendrées par la pandémie de COVID-19, le requérant qui fournirait des renseignements inexacts à l'appui de ladite Convention pourrait réaliser l'infraction de faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP.

#### **b) Infraction du code pénal potentiellement réalisée en cas de non-respect des restrictions d'utilisation des fonds en dérogation à l'art. 6 al. 3 de l'Ordonnance du 25 mars 2020**

##### **ba) Abus de confiance (art. 138 CP)**

L'infraction d'abus de confiance au sens de l'art. 138 CP, qui est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, se caractérise par le fait que l'auteur et le lésé sont liés par un rapport de confiance en vertu duquel le lésé transfère à l'auteur le pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales, que l'auteur détourne ensuite à son profit ou au profit d'un tiers en violation de ce rapport de confiance<sup>18</sup>.

Dans le cadre d'un prêt accordé dans un but précis, le prêteur peut partir du principe qu'il sera remboursé si l'emprunteur respecte l'affectation des fonds telle que prévue par le contrat<sup>19</sup>. Partant, dans la mesure où

<sup>13</sup> CR-CP II, ad art. 251, N 47.

<sup>14</sup> Arrêt du TF 6S.124/2002 du 26 novembre 2002, consid. 1.4.

<sup>15</sup> ATF 120 IV 361 c. 2a.

<sup>16</sup> CR-CP II, ad art. 251, N 60.

<sup>17</sup> ATF 126 IV 65, consid. 2.

<sup>18</sup> CR-CP II, ad art. 138, N 1.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 231, N 39 ; JdT 1996 IV 35.

l'emprunteur s'en écarte, utilisant les valeurs patrimoniales remises pour ses propres besoins, il convient d'admettre la commission de l'infraction d'abus de confiance au sens de l'art. 138 CP.

Bien que cette infraction ne ressorte pas de la liste exemplative des infractions mentionnées dans la Convention de crédit standardisée (ch. 4 de l'annexe 2 de l'Ordonnance)<sup>20</sup>, nous sommes d'avis que le requérant qui utiliserait les fonds prêtés par la banque pour des besoins autres que ceux expressément mentionnés à l'art. 6 al. 1 de l'Ordonnance pourrait réaliser les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de confiance.

En effet, les crédits sont accordés dans un but précis, soit celui de garantir les besoins de liquidités courants du preneur de crédit (art. 6 al. 1 de l'Ordonnance)<sup>21</sup>. La Convention de crédit prévoit également que le prêt est accordé pour une durée de 60 mois et qu'il doit être remboursé intégralement au plus tard à l'échéance de la convention (annexe 2 de l'Ordonnance).

Il apparaît donc que la banque s'engage à accorder un crédit dans le seul but susmentionné, ce qu'elle ne ferait pas, aux conditions simplifiées de l'Ordonnance, si l'entreprise utilisait ces fonds à d'autres fins.

### III. Conclusion

Les comportements visés à l'art. 23 de l'Ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au COVID-19, soit l'obtention frauduleuse des crédits reposant sur de fausses indications et le non-respect des restrictions d'utilisation des fonds en dérogation à son art. 6 al. 3, semblent susceptibles de réaliser systématiquement les conditions objectives et subjectives d'infractions plus graves au sens du Code pénal (cf. ch. II ci-dessus).

La question de savoir si les dispositions du Code pénal constituent des *lex specialis* par rapport à l'art. 23 de l'Ordonnance est, à ce jour, peu claire. Le texte de la Convention de crédit (ch. 4 de l'annexe 2 de l'Ordonnance) laisse penser que la peine d'amende de l'art. 23 de l'Ordonnance doit être cumulée à la peine découlant des dispositions du Code pénal.

Cependant, l'art. 23 de dite Ordonnance dispose clairement que l'auteur est puni d'une amende, « à moins que » l'auteur n'ait commis une infraction plus grave au sens du Code pénal. La lettre de la loi, ainsi que le Commentaire de l'Administration fédérale des finances (AFF) sur l'Ordonnance<sup>22</sup>, paraissent retenir que l'existence d'une infraction pénale plus grave primerait sur la disposition pénale de l'art. 23.

Cas échéant, la sanction prévue à l'art. 23 de l'Ordonnance ne trouverait guère d'application en pratique.

*Le contenu de cette Newsletter, établie le 1<sup>er</sup> avril 2020, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions :*

Pascal de Preux  
Avocat associé  
[depreux@resolution-lp.ch](mailto:depreux@resolution-lp.ch)

Marc-Henri Fragnière  
Avocat associé  
[fragniere@resolution-lp.ch](mailto:fragniere@resolution-lp.ch)

Julien Gafner  
Avocat associé  
[gafner@resolution-lp.ch](mailto:gafner@resolution-lp.ch)

Françoise Martin Antipas  
Avocate associée  
[martinantipas@resolution-lp.ch](mailto:martinantipas@resolution-lp.ch)

  
Resolution  
LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4  
CP 5747  
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40  
F. +41 21 312 59 41

<sup>20</sup> Le ch. 4 de l'annexe 2 de l'Ordonnance mentionne que « *Le preneur de crédit a conscience qu'en fournissant des renseignements inexacts ou incomplets, il s'expose à des poursuites pénales pour fraude (art. 146 du code pénal), faux dans les titres (art. 251 du code pénal), etc. (...)* ».

<sup>21</sup> La notion de « *besoins de liquidités courants* » étant peu précise, elle laisse une certaine marge d'appréciation.

<sup>22</sup> Commentaire de l'Administration fédérale des finances (AFF) sur l'Ordonnance sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus du 25 mars 2020, p. 17.