

GE_GERICHTE ACPR/112/2024 vom 11. Oktober 2023

GE Cour de justice, 2023-10-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_112_2024

FR: GE_GERICHTE ACPR/112/2024 du 11 octobre 2023

IT: GE_GERICHTE ACPR/112/2024 del 11 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390

- 10/20 - P/10685/2016 al. 2 et 5 a contrario CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

E. 2

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue.

E. 2.1

Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et afin que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. L'autorité doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3 ; 142 I 135 consid. 2.1). La motivation peut également être implicite et résulter des différents considérants de la décision. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). Tel n'est toutefois pas le cas en matière de classement implicite, l'absence de décision formelle constituant une atteinte grave aux droits procéduraux des parties, singulièrement à celui d'obtenir un acte motivé. Une telle violation ne peut être guérie dans la procédure de recours stricto sensu; la pratique de la Chambre de céans veut, en pareilles circonstances, que la cause soit renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle rende une ordonnance (ACPR/824/2022 du 23 novembre 2022 consid. 4.3.2; ACPR/261/2022 du 21 avril 2022 consid. 4.4 in fine; cf. également arrêts du Tribunal fédéral 6B_819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.8 et 6B_84/2020 du 22 juin 2020 consid. 2.1.2). Lorsque le ministère public décide de ne pas poursuivre certains faits, il doit prononcer un classement (art. 319 CPP). Le CPP subordonne l'abandon de la poursuite pénale au prononcé d'une ordonnance formelle de classement mentionnant expressément les faits que le ministère public renonce à poursuivre, de manière à en définir clairement et formellement les limites. Dès lors que le classement doit faire l'objet d'un prononcé séparé, écrit et motivé, il ne saurait être glissé et mélangé au contenu d'une ordonnance pénale. Si le ministère public n'entend réprimer qu'une partie des faits dans le contexte d'une ordonnance pénale, il doit statuer conformément aux formes prévues par le CPP, c'est-à-dire prononcer simultanément une ordonnance pénale d'une part et une ordonnance de classement d'autre part. Lorsque le ministère public omet de rendre deux décisions séparées, mais établit une ordonnance pénale contenant un classement implicite, la voie de recours ouverte à la partie

plaignante pour contester ce classement est celle du recours ordinaire prévu à l'art. 322 al. 2 CPP, la voie de l'opposition à l'ordonnance pénale n'étant pas adaptée – celle-ci ne concernant que le cas où la partie plaignante se prévaut d'une

- 11/20 - P/10685/2016 qualification juridique autre par rapport à un état de fait non contesté (ATF 138 IV 241 consid. 2.5 et 2.6).

E. 2.2

En tant qu'il vise les faits décrits dans l'ordonnance de classement partiel querellée, le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émane de la partie plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b 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). Le recours est donc recevable sous cet angle.

E. 2.3

Le recours vise en outre des faits sur lesquels le Ministère public ne se serait prétendument pas prononcé, soit des versements bancaires qui n'ont pas été évoqués dans l'ordonnance querellée et qui auraient été, selon la recourante, implicitement classés. Ces versements seraient, toujours selon la recourante, constitutifs de gestion déloyale. Il est exact que le Ministère public n'a pas mentionné une partie des versements détaillés sous attendu B.f. supra dans l'ordonnance de classement partiel. Cependant, il a parallèlement rendu une ordonnance pénale dans laquelle il a, d'une part, condamné le mis en cause pour gestion déloyale et, d'autre part, fondé cette condamnation sur des virements bancaires perçus par le mis en cause. Les versements visés par la recourante dans le présent recours ont été désignés par les parties comme des remboursements de frais ou de salaires, donc comme des transferts en lien avec le travail du mis en cause au sein de la recourante. Ils correspondent en effet grosso modo aux salaires que B _____ entendait se verser durant la période considérée de six mois environ, étant précisé que seuls deux versements sont intervenus à cette époque avec le libellé de "salaire". De plus, au moment d'annoncer la prochaine clôture de l'instruction, le Ministère public a fait part de son intention de rendre une ordonnance pénale, notamment, pour l'augmentation de salaire du mis en cause "dès celui de décembre 2015 et versement d'un bonus 2016". Dans l'ordonnance pénale, le Ministère public a retenu que, de novembre 2015 à avril 2016, le mis en cause avait perçu de la recourante un montant de CHF 126'328.75, alors que son salaire ne devait lui permettre que de percevoir quelque CHF 36'000.-, mais sans détailler son calcul ni établir de liste des transactions concernées. Bien qu'il ne soit pas possible, au vu de l'absence de détails dans l'ordonnance pénale – qui n'est pas objet de la présente procédure de recours –, de déterminer précisément comment l'autorité précédente est parvenue à ce montant de CHF 126'328.75, il correspond, approximativement, aux montants désignés par la

- 12/20 - P/10685/2016 recourante comme salaires perçus en trop par le mis en cause et aux versements visés dans le présent recours (environ CHF 84'000.- et CHF 48'000.-).

Parallèlement, le Ministère public a détaillé trois transactions dans l'ordonnance querellée pour lesquels il n'existait pas de prévention pénale et qui ne sont plus litigieuses. Il s'ensuit que les transactions effectuées par le mis en cause en sa propre faveur et dont la recourante soutient qu'elles auraient été omises ont été en réalité appréhendées par le Ministère public dans le cadre du prononcé de l'ordonnance pénale, en tant que rémunération.

L'interprétation conjointe des deux ordonnances susmentionnées amène donc à la conclusion que le Ministère public n'entendait pas classer ces transactions. Cette interprétation est encore renforcée par le fait que le Ministère public s'est conformé à la jurisprudence en rendant, parallèlement, une ordonnance pénale et une ordonnance de classement partiel, dans laquelle il a détaillé des transactions pour lesquelles il n'existait pas de prévention pénale, de sorte que l'existence d'un classement implicite est exclue. Étant donné que la procédure se poursuit, à la suite de l'opposition formée contre l'ordonnance pénale, pour des versements bancaires qualifiés par le Ministère public de gestion déloyale, la position juridique de la recourante n'est ainsi pas péjorée. Il n'est donc pas question d'une violation du droit d'être entendu ou des règles concernant le classement implicite. Le recours est donc irrecevable sur ce point, faute d'intérêt juridiquement protégé de la recourante.

E. 2.4

S'agissant en outre des transactions effectuées en faveur d'un tiers, soit O_____, la recourante se plaint ici encore qu'elles n'ont pas été traitées par le Ministère public. Or, la recourante perd de vue qu'une ordonnance de non-entrée en matière, désormais en force, a été rendue concernant ces faits en 2018 déjà, qui n'a pas été attaquée par un recours en temps utile. A fortiori, la recourante n'explique pas davantage en quoi ces transactions devraient être pénalement imputées au mis en cause, alors que rien n'indique qu'il en aurait bénéficié de quelque façon. Aucun indice en ce sens ne figure au dossier. Le recours est donc irrecevable sur ce point encore, faute pour l'ordonnance querellée de porter sur ces faits déjà objet d'une précédente décision.

- 13/20 - P/10685/2016

E. 3

S'agissant des faits décrits dans l'ordonnance querellée, la recourante s'en prend à la décision du Ministère public de classer les faits relatifs au matériel informatique que le mis en cause se serait indûment approprié.

E. 3.1

L'art. 319 al. 1 CPP prévoit que le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a) ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b). Cette disposition doit être interprétée à la lumière du principe "in dubio pro duriore", selon lequel un classement ne peut être prononcé que quand il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables. Ainsi, la procédure doit se poursuivre quand une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou que les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infractions graves. Il s'impose donc de ne rendre une ordonnance de classement que lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1). Le ministère public et l'autorité de recours disposent, à ce sujet, d'un certain pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1164/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.1).

E. 3.2

L'art. 139 ch. 1 CP punit, du chef de vol, celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait une chose mobilière appartenant à autrui dans le but de se l'approprier. Pour qu'il y ait vol, il faut que l'auteur soustraie la chose à autrui,

c'est-à-dire qu'il brise la possession d'autrui pour constituer une nouvelle possession sur la chose. Le lésé devait être possesseur de la chose, et l'auteur, par la soustraction, a acquis une possession qu'il n'avait pas auparavant (B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2010, n. 2 ad art. 139 CP). La notion de possession, au sens de l'art. 139 CP, n'est pas la même que celle de droit civil (art. 919 CC; cf. ATF 71 IV 87 consid. 3). En matière pénale, elle est définie comme un pouvoir de fait sur la chose, selon les règles de la vie sociale ou les circonstances concrètes du cas d'espèce; elle présuppose la disposition effective de la chose et la volonté de la posséder (ATF 132 IV 108 consid. 2.1).

E. 3.3

Commet un abus de confiance au sens de l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP, celui qui, sans droit, a employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées.

Sur le plan objectif, l'infraction à l'art. 138 ch. 1 al. 2 CP suppose que l'on soit en présence d'une valeur confiée, ce qui signifie que l'auteur en ait la possession en vertu d'un accord ou d'un autre rapport juridique, pour en faire un certain usage dans l'intérêt d'autrui (ATF 120 IV 276 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_314/2011 du 27 octobre 2011 consid. 2.1). Selon la jurisprudence, l'organe d'une personne morale se voit confier les choses qui lui sont remises au nom de la société au sens de

- 14/20 - P/10685/2016 cette disposition (ATF 106 IV 20 consid. 2b ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_292/2019 du 25 juin 2019 consid. 2.2.2 ; 6B_1360/2019 du 20 novembre 2020 consid. 2.4 ; A. DONATSCH, StGB/JStG Kommentar, 21ème éd. 2022, n. 4 ad art. 138 CP).

Du point de vue subjectif, l'auteur doit agir intentionnellement, avec le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, qui peut être réalisé par dol éventuel (ATF 118 IV 32 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_809/2011 du 20 juillet 2012 consid. 1.1). L'auteur, par son acte, doit vouloir se procurer ou procurer à un tiers tout avantage patrimonial, une erreur sur les faits étant toutefois concevable (B. CORBOZ, op. cit., n. 14 ad art. 138 CP). Ainsi, l'enrichissement ne sera pas illégitime si l'auteur y a droit (ou croit qu'il y a droit en raison d'une erreur sur les faits). Le dessein d'enrichissement illégitime fait également défaut si, au moment de l'emploi illicite de la valeur patrimoniale, l'auteur en paie la contre-valeur (cf. ATF 107 IV 166 consid. 2a), s'il avait, à tout moment ou, le cas échéant, à la date convenue à cet effet, la volonté et la possibilité de le faire (ATF 133 IV 21 consid. 6.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_67/2011 du 20 septembre 2011 consid. 3.1) ou encore s'il était en droit de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_17/2009 du 16 mars 2009 consid. 2.2.1). L'absence ou le retard d'une déclaration de compensation constituent souvent un indice de l'absence d'une véritable volonté de compenser (ATF 105 IV 29 consid. 3a). Il n'y a toutefois pas de dessein d'enrichissement illégitime chez celui qui s'approprie une chose pour se payer lui-même, s'il a une créance d'un montant au moins égal à la valeur de ce qu'il s'est approprié et s'il a vraiment agi en vue de se payer (ATF 105 IV 29 consid. 3a ; ATF 98 IV 21).

L'erreur sur les faits exclut l'intention (art. 13 CP). Dès lors, l'existence de la créance invoquée par l'auteur qui excipe de compensation n'est pas déterminante ; c'est la conscience de l'illégitimité de l'enrichissement qui compte. Ce sont la volonté et la représentation que se fait l'auteur de la situation qui sont décisives (ATF 105 IV 29 consid. 3.a). L'erreur sur les faits ne doit toutefois pas être admise à la légère et il appartient à celui

qui se prévaut de cette appréciation de prouver les faits qui l'expliquent (ATF 93 IV 81 = JdT 1967 IV 150 concernant la légitime défense; arrêt du Tribunal fédéral du 13 mars 1996 in SJ 1996 482).

E. 3.4

L'art. 143 CP réprime quiconque, dans un dessein d'enrichissement illégitime, soustrait, pour lui-même ou un tiers, des données enregistrées qui ne lui sont pas destinées et qui sont spécialement protégées contre tout accès indu de sa part.

L'art. 143bis CP sanctionne, sur plainte, la personne qui s'introduit sans droit, au moyen d'un dispositif de transmission de données, dans un système informatique appartenant à autrui et spécialement protégé contre tout accès de sa part.

- 15/20 - P/10685/2016

Ces infractions supposent que les données ou le système informatique(s) concerné(es) soi(en)t protégé(es) contre des attaques extérieures, au moyen, notamment, d'un codage ou d'un mot de passe (M. DUPUIS/ L. MOREILLON/ C. PIGUET/ S. BERGER/ M. MAZOU/ V. RODIGARI (éds), Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., Bâle 2017, n. 13 ad art. 143 et n. 11 ad art. 143bis). La personne qui dispose du droit d'utiliser de telles données [ou système] et qui, soit outrepassé ce droit, soit utilise indument ceux-là, n'est pas punissable, faute, pour les art. 143 [et 143bis] CP, de réprimer "l'abus de confiance informatique" (M. DUPUIS/ L. MOREILLON/ C. PIGUET/ S. BERGER/ M. MAZOU/ V. RODIGARI (éds), op. cit., n. 14 ad art. 143).

E. 3.5

En l'espèce, la recourante soutient qu'un vol aurait été commis par le mis en cause, qui se serait approprié du matériel informatique se trouvant dans ses locaux.

Un vol ne peut pas entrer en considération, dès lors que le mis en cause a non pas soustrait ces objets à la possession de la recourante, mais les a conservés après avoir été l'organe de celle-ci et donc s'être vu confier ces objets et leur gestion. En effet, si la date exacte à laquelle le mis en cause a agi n'est pas déterminée, elle est de toute évidence antérieure au moment où il a été démis de ses fonctions et a quitté les locaux de la recourante pour ne plus y revenir. La recourante elle-même articule la date du 13 mai 2016, soit antérieurement à l'assemblée générale qui a révoqué ses pouvoirs d'administrateur au mis en cause.

Il s'agit donc d'examiner si un abus de confiance peut être retenu.

Le caractère particulier des circonstances de l'espèce doit être souligné. Le mis en cause a choisi lui-même et (pour ce qui est des ordinateurs) payé avec ses propres deniers le matériel en question, avant de se les faire rembourser par la recourante, dont il était alors seul organe. Il a été le premier utilisateur de ce matériel et a présidé à son installation. Quittant la société après en avoir été congédié, il a conservé ces biens tout en déclarant dans la foulée souhaiter compenser leur valeur avec la créance qu'il a déclaré posséder contre la société.

Il s'ensuit que le raisonnement du Ministère public est fondé en ce qu'il retient l'absence d'enrichissement illégitime.

Le mis en cause a, en effet, déclaré immédiatement, ou pour le moins très rapidement, qu'il compenserait, voire paierait, la valeur des objets en fonction du solde de son compte actionnaire. Le fait que cette déclaration résulte d'un courriel adressé à la fiduciaire qui

vraisemblablement n'exerçait plus ses fonctions pour la recourante à cette date est sans importance : ce courriel a été transmis le lendemain à l'avocat de la recourante.

- 16/20 - P/10685/2016

Or, le compte actionnaire du recourant présentait un solde en faveur du mis en cause de quelque CHF 63'000.- à la fin de 2013, sans que la recourante ne fournisse la moindre preuve de son évolution durant la période pertinente et ce, après plusieurs années d'instruction.

Certes, il a été retenu dans l'ordonnance pénale que le mis en cause ne pouvait pas prétendre compenser une créance d'actionnaire de la recourante de quelque CHF 63'000.- avec des versements en sa faveur de quelque CHF 126'000.- intervenus entre 2015 et 2016. Il a néanmoins aussi été retenu dans l'ordonnance pénale, dont il faut rappeler qu'elle est frappée d'opposition et que les faits y figurant ne peuvent pas per se être considérés comme établis, que l'évolution du compte actionnaire du mis en cause n'est toujours pas éclaircie par la recourante.

De plus, même à supposer que le compte actionnaire ne permettait pas la compensation, le mis en cause a clairement exprimé sa volonté, par son courriel, de payer le montant correspondant au matériel en question, valeur à neuf.

Il s'ensuit que le mis en cause, alors qu'il exprimait encore la volonté de la recourante, a conservé par compensation, ou pour le moins avec la promesse du paiement de leur prix, les biens susévoqués.

Ainsi, il ne peut être retenu de dessein d'enrichissement.

E. 3.6

S'agissant des données contenues sur les supports litigieux, elles ne jouent pas de rôle dans l'appréciation du caractère pénalement relevant des actes reprochés.

En effet, le mis en cause avait librement accès à ces données, car il était organe de la recourante. Une soustraction de données est donc exclue, l'abus de confiance en matière de données n'étant pas réprimé.

Dans le même ordre d'idée, la recourante soutient qu'un préjudice particulier avait été subi, dès lors que des données nécessaires à son activité étaient contenues sur le serveur. Elle ne peut être suivie, car, comme l'a exposé l'informaticien entendu par l'autorité précédente, un serveur à distance était en tout temps accessible par la recourante.

E. 3.7

Les griefs de la recourante en lien avec le matériel informatique seront donc rejetés.

E. 4

La recourante reproche au Ministère public d'avoir classé les faits liés à l'activité des avocats mandatés par le mis en cause.

- 17/20 - P/10685/2016

E. 4.1

Selon l'art. 158 ch. 1 1^{ère} phr. CP, se rend coupable de gestion déloyale celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui et de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura

porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés.

Cette norme suppose la réalisation de quatre conditions : il faut que l'auteur ait eu une position de gérant, qu'il ait violé une obligation lui incombant en cette qualité, qu'il en soit résulté un préjudice et qu'il ait agi intentionnellement (ATF 120 IV 190 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 6B_136/2017 du 17 novembre 2017 consid. 4.1; 6B_949/2014 du 6 mars 2017 consid. 12.1).

E. 4.2

En l'espèce, la recourante soutient que le mandat confié à des avocats par le mis en cause au nom de celle-ci ne visait en réalité qu'à soutenir sa position à lui, mais non à défendre les intérêts de la personne morale, distincte : la majorité des actionnaires était unie contre lui et exprimait donc la volonté sociale.

Ce raisonnement ne peut être suivi. Le mandat a été clairement confié aux avocats au nom de la société et pour son compte. La recourante ne démontre pas, outre les considérations générales résumées ci-dessus et les prestations isolées qui vont être évoquées ci-après, que les services rendus ne l'auraient pas été en faveur de la société. Dans le cadre du conflit entre actionnaires qui s'est fait jour au sein de la recourante, seul le mis en cause était habilité, en tant que membre unique du conseil d'administration, à exprimer la volonté sociale à l'époque litigieuse. De plus, la requête judiciaire de convocation d'une assemblée générale est formulée à l'encontre de la société (cf. P. TERCIER / M. AMSTUTZ / R. TRIGO TRINDADE, Commentaire Romand - Code des obligations II, 2ème éd. 2017, n. 17 ad art. 699 CO). Il est donc prévisible que la requête de convocation d'une assemblée générale, telle que formulée jadis par l'actionnariat majoritaire, donne lieu à des frais d'avocat à la charge de la société. Par conséquent, aucune gestion déloyale n'a été commise lorsque le mis en cause a mandaté des avocats au nom de la recourante.

Reste à examiner les quelques prestations effectuées par les avocats et ayant un rapport avec des aspects de droit de la famille.

La recourante fait grief au Ministère public de n'avoir pas retenu que le mis en cause avait mandaté des avocats pour s'occuper, en substance, de son propre divorce, mais à ses frais à elle.

Certes, quelques prestations fournies par les avocats se rapportent vraisemblablement à la situation propre du mis en cause, soit un différend de nature matrimoniale. La simple mention d'allocations familiales dans l'un des relevés des avocats ne signifie pas qu'il s'agisse forcément de la situation privée du mis en cause : la recourante payait plusieurs employés et il apparaît crédible et conforme à l'intérêt de la société

- 18/20 - P/10685/2016 d'avoir consulté des avocats en lien avec les allocations familiales versées à son personnel, comme l'a déclaré le mis en cause. Quant aux autres prestations, il est vraisemblable qu'elles se rapportent à la situation privée du mis en cause tant par leur libellé en lien avec un régime matrimonial, que par l'interlocuteur des avocats, soit l'avocat de l'épouse du mis en cause.

Cela étant, ces prestations représentent une part infime de l'activité des avocats, soit moins de deux heures d'activité, sur une facture totalisant près de CHF 85'000.-. L'explication fournie par le mis en cause, soit que des questions lui avaient été posées par les avocats sur sa situation personnelle, paraît ainsi crédible. Il est envisageable que celle-ci ait ainsi été brièvement abordée par les avocats, en lien avec la composition de l'actionnariat de la

société, ce qui n'est pas constitutif de gestion déloyale.

Les griefs de la recourante seront ici encore écartés.

E. 5

Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

E. 6

La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 2'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03). * * * * *

- 19/20 - P/10685/2016

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.