



POUVOIR JUDICIAIRE

P/1003/2018

ACPR/156/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 9 mars 2021

Entre

A_____, domicilié _____, France, comparant par M^e Douglas HORNUNG, avocat, Etude Hornung Avocats, rue du Général-Dufour 22, case postale 5539, 1211 Genève 11,

recourant

contre la décision de non-entrée en matière rendue le 14 décembre 2020 par le Ministère public

et

B_____, domicilié _____, France, comparant par M^e Jean-Marc CARNICE, avocat, BIANCHISCHWALD SÀRL, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés

EN FAIT :

- A.** Par acte expédié le 24 décembre 2020, A_____ recourt contre la décision rendue sous pli simple le 14 décembre 2020, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur ses plaintes des 16 janvier et 25 mai 2018.

Il conclut à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause au Ministère public pour que cette autorité instruisse « *la* » plainte.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Depuis 2008, A_____ est un associé de C_____ SÀRL, dont B_____ est l'associé-gérant et le président. Il travaillait pour l'entreprise jusqu'au 15 mars 2017, date à laquelle son contrat a été résilié.

b. Le 16 janvier 2018, A_____ a déposé plainte contre B_____, lui reprochant des malversations dans la comptabilité. Il n'avait jamais reçu de dividende. B_____ surfacturait des prestations au profit d'autres entreprises qu'il dominait, leur faisait accorder des prêts ou payer des loyers par C_____ SÀRL et avait mis à disposition aux frais de celle-ci une voiture pour sa femme; il s'octroyait aussi des gratifications et honoraires indus. Ce comportement relevait de la gestion déloyale et du faux dans les titres. Il constituait également une escroquerie, dans la mesure où le plaignant croyait que l'entreprise n'était pas profitable et, de ce fait, n'était pas rémunéré correctement, en termes de salaire ou de dividendes. B_____ cherchait à racheter sa participation en-dessous de la valeur réelle de celle-ci et l'avait poussé à accomplir gracieusement des tâches allant bien au-delà de son cahier des charges.

c. Le 25 mai 2018, A_____ a déposé une seconde plainte pénale.

En premier lieu, il reproche à B_____ d'avoir, en qualité de membre de diverses sous-commissions de la Commission paritaire du secteur des parcs et jardins du canton de Genève (ci-après, CPPJ), violé le secret de fonction, pour avoir produit en justice, au mois de février précédent, un rapport de contrôle paritaire relatif à une visite, le 1^{er} février 2018, sur un chantier où lui-même travaillait pour le compte d'un nouvel employeur.

Il mettait en évidence le site internet de la CPPJ, à teneur duquel (en 2018) :

- la CPPJ veillait à l'application de la Convention collective du secteur des parcs et jardins, des pépinières et de l'arboriculture (dès le 1^{er} février 2021 : Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur des parcs et jardins, des pépinières et de l'arboriculture, CTT-PJ ; J 1 50.11) ;
- des contrôles sur les chantiers étaient pratiqués par des inspecteurs paritaires dûment accrédités ;

- les rapports d’infraction présumée étaient communiqués aux intéressés pour qu’ils se prononcent ; et
- une commission « Infractions » délibérait ensuite, en vue d’un classement, d’une peine conventionnelle ou d’un avertissement.

Par ailleurs, A_____ reproche à B_____ d'avoir harcelé un ancien client, qui avait préféré confier des travaux à son nouvel employeur, et d'avoir commis par là des actes constitutifs de concurrence déloyale.

d. Le 16 janvier 2019, la police a rendu un rapport, dans lequel elle met en doute une atteinte directe aux droits patrimoniaux de A_____, tout comme elle s’interroge sur l’assujettissement des membres de la CPPJ au secret de fonction. Une convention « *pour le contrôle des conditions minimales de travail en usage à Genève et le renforcement de la lutte contre le travail au noir* », signée le 8 mai 2018 par l’État de Genève et la CPPJ (avec effet rétroactif au 1^{er} janvier précédent), prévoyait, en son art. 3, que la CPPJ se voyait déléguer le contrôle du respect des usages et la détection du travail au noir et, en son art. 4, que la CPPJ devait accomplir ses prestations dans le respect du secret de fonction, sous peine de sanctions. Pour la police, la question se posait de savoir si le contrôle intervenu le 1^{er} février 2018 sur un chantier du nouvel employeur de A_____ était soumis au secret de fonction.

Entendu le 2 octobre 2018, B_____ a déclaré, sur ce point, avoir demandé à un membre de la sous-commission « Infractions » de la CPPJ de « vérifier » un chantier où il soupçonnait que A_____ pût être employé ; ensuite de quoi, il avait demandé à une secrétaire employée temporairement par la CPPJ de lui communiquer le résultat de cette inspection (p.-v. d’audition p. 11).

Le 11 janvier 2019, la CPPJ, interpellée par la police, a expliqué n’avoir jamais autorisé la transmission d’un rapport de contrôle concernant A_____ ni avoir été saisie de pareille demande. La sous-commission « Infractions » comptait huit membres, dont n’avait jamais été B_____. Celui-ci avait été membre de la CPPJ jusqu’au 9 octobre 2018 ; comme tel, il avait été informé du caractère confidentiel des données recueillies par la CPPJ, notamment dans le cadre des contrôles paritaires.

La CPPJ a simultanément communiqué les coordonnées de la secrétaire employée par intérim au mois de février 2018.

- e.** Le 12 juin 2019, A_____ s'est plaint au Ministère public d'un retard injustifié.
- f.** Le 28 juin 2019, le Ministère public lui a répondu être en possession du rapport de police, mais qu'avant d'y donner la suite qui conviendrait, le plaignant devait se déterminer sur sa qualité de partie plaignante.

g. Le 25 juillet 2019, A_____ s'est déterminé point par point sur les accusations qu'il portait contre B_____, sauf sur le reproche de concurrence déloyale.

h. Le 15 octobre 2020, A_____ a saisi la Chambre de céans d'un recours pour déni de justice et retard injustifié, faisant valoir qu'après sa réponse du 25 juillet 2019 et deux relances en 2020, sa patience était « à bout ».

i. Le lendemain, le Ministère public a avisé A_____ qu'il ne statuerait pas sur sa qualité de partie plaignante, mais rendrait prochainement une ordonnance de non-entrée en matière.

C. Dans la décision querellée, le Ministère public déclare faire intégralement sienne l'analyse de la police, à laquelle il renvoie. Aucun indice de gestion déloyale ou de faux dans les titres n'avait été relevé. Il était « douteux » que A_____ (*recte* : B_____) eût été soumis au secret de fonction lorsqu'il avait « transmis » le rapport d'inspection paritaire. A_____ n'avait pas qualité pour se plaindre de concurrence déloyale.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ se réfère aux accusations énoncées dans sa plainte pénale.

Le 7 octobre 2020, il avait obtenu par-devant la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice la condamnation de C_____ SÀRL à lui payer CHF 60'000.- de salaires (un recours de C_____ SÀRL était pendant au Tribunal fédéral). Le Ministère public adoptait une analyse juridique effectuée « à bon marché » par la police, sans que celle-ci n'eût entendu l'épouse de B_____ ni le comptable de C_____ SÀRL ou ne fût parvenue à trancher la violation du secret de fonction. Or, B_____ était, au minimum, l'instigateur de cette infraction. Par ailleurs, il siphonnait à travers d'autres structures les résultats financiers « impressionnants » et la progression « extraordinaire » du chiffre d'affaires de C_____ SÀRL, que le recourant avait réalisés seul.

Le Ministère public avait laissé entendre qu'il se prononcerait sur sa qualité de partie plaignante, puis décidé par surprise et de façon cavalière de ne pas entrer en matière, contrevenant ainsi au principe de la bonne foi et commettant un déni de justice formel, sous l'angle d'une violation crasse du droit d'être entendu.

b. Le Ministère public estime qu'une décision sur la qualité de partie plaignante était inutile, puisqu'il n'y avait pas à entrer en matière sur les infractions dénoncées. Par ailleurs, la valorisation des parts du recourant dans C_____ SÀRL n'était que la conséquence indirecte des pertes éprouvées par la société.

c. B_____ voit dans le recours une tentative téméraire de donner une connotation pénale à des faits qui ne constituaient manifestement pas des infractions. Les

gratifications perçues par le recourant pendant plusieurs années montraient que la société était rentable. Lui-même, pour n'avoir pas été membre de la sous-commission « Infractions » de la CPPJ, ne pouvait avoir commis de violation du secret de fonction.

d. A _____ n'a pas répliqué.

E. Le 9 mars 2021, le recours pour déni de justice et retard injustifié a été déclaré sans objet, et la cause rayée du rôle (ACPR/155/2021).

EN DROIT :

1. Le recours a été interjeté selon la forme et – faute de notification conforme à l'art. 85 al. 2 CPP – dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) à l'encontre d'une décision de non-entrée en matière, qui peut être contestée par-devant la Chambre de céans (art. 310 al. 2 *cum* 322 al. 2 CPP; art. 393 al. 1 let. a CPP; art. 128 LOJ/GE).

2. Encore faut-il que le recourant soit personnellement atteint par les infractions dont il se plaint – ce qui doit être examiné d'office par l'autorité pénale, toute partie recourante devant s'attendre à ce que son recours soit examiné sous cet angle, sans qu'il n'en résulte pour autant de violation de son droit d'être entendue (arrêt du Tribunal fédéral 6B_608/2020 du 4 décembre 2020 consid. 2.; ACPR/756/2020 du 27 octobre 2020 consid. 2.2 et les références) –. Du reste, le recourant pouvait d'autant moins ignorer l'importance de cette question qu'il a été formellement interpellé sur sa qualité de partie plaignante par le Ministère public, le 28 juin 2019, et qu'il s'est déterminé le 25 juillet suivant.

2.1. Le recourant a qualité pour invoquer une violation de l'art. 320 CP. Les biens juridiques protégés par cette disposition légale sont tant le bon fonctionnement des institutions que la protection de la sphère privée des particuliers (ATF 142 IV 65 consid. 5.1 p. 67 s.; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1276/2018 du 23 janvier 2019 consid. 2.1). L'art. 35 LPD, qui réprime, sur plainte préalable, la révélation illicite de données personnelles secrètes, est, en revanche, une disposition subsidiaire (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2^e éd., Bâle 2017, n. 44 ad art. 320).

2.2. Le patrimoine des sociétés anonymes est distinct de celui de son ou ses actionnaire(s); il n'est pas considéré comme confié à leurs organes dirigeants. Ce raisonnement est fondé sur la conception que les organes d'une société ne sont pas des tiers vis-à-vis de celle-ci, mais une composante d'elle-même; les organes ne reçoivent ainsi pas à proprement parler le patrimoine de la société aux fins de le gérer dans l'intérêt de celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 6B_326/2012 du 14 janvier 2013 consid. 2.5.3). Ainsi, les actes de disposition illicites opérés par l'auteur avec le

patrimoine social, dans le cadre de son activité en tant qu'organe, remplissent les éléments constitutifs objectifs de la gestion déloyale, au sens de l'art. 158 CP, lorsque la société est, de la sorte, lésée. Il en résulte notamment que, lorsqu'une infraction est perpétrée au détriment du patrimoine d'une personne morale, seule celle-ci subit un dommage et peut donc prétendre à la qualité de lésé, à l'exclusion des actionnaires d'une société anonyme, des associés d'une société à responsabilité limitée, des ayants droit économiques et des créanciers desdites sociétés (ATF 141 IV 380 consid. 2.3.3 p. 386; 140 IV 155 consid. 3.3.1 p. 158). En présence d'infractions contre le patrimoine, comme l'escroquerie, est considéré comme lésé le propriétaire ou l'ayant droit (arrêt du Tribunal fédéral 1B_191/2014 du 14 août 2014 consid. 3.1 et les références citées).

2.3. L'art. 251 CP protège, d'une part, la confiance particulière placée dans un titre ayant valeur probante dans les rapports juridiques – telle que la comptabilité commerciale et ses éléments (pièces justificatives, livres, extraits de compte, bilans ou comptes de résultat), lesquels doivent refléter la situation économique réelle de la société (arrêt du Tribunal fédéral 6B_210/2019 du 27 février 2019 consid. 3.1) et, d'autre part, la loyauté dans les relations commerciales. Le faux dans les titres peut également porter atteinte à des intérêts individuels, en particulier lorsqu'il vise précisément à nuire à un particulier (arrêt du Tribunal fédéral 6B_655/2019 consid. 4.3.3 et les références citées).

2.4. En application de ces principes, le recourant n'est pas directement lésé par les infractions de gestion déloyale et de faux dans les titres. Du reste, ses plaintes comme l'acte de recours sont émaillés d'affirmations sans ambiguïté selon lesquelles C_____ SÀRL – et non le recourant – aurait été atteinte dans ses intérêts pécuniaires. Or, les deux patrimoines ne se confondent pas. Les fausses factures, si elles ont existé, étaient destinées à la personne morale, et non au recourant, dont le droit au dividende n'eût pas été atteint directement par cet éventuel stratagème de baisse artificielle des résultats commerciaux.

Les prétendus actes de gestion déloyale et autres faux reprochés à l'associé gérant de C_____ SÀRL ne pourraient donc avoir lésé directement que la société elle-même, à l'exclusion du recourant, qui était tout au plus un associé et donc un lésé indirect. Par ailleurs, le recourant, dans ses déterminations du 25 juillet 2019, ne craignait pas d'affirmer que la société n'avait « *pratiquement pas* » été lésée, de sorte qu'on ne discerne pas comment lui, aurait pu l'être davantage et plus directement qu'elle.

Il n'en va pas différemment de l'accusation d'escroquerie, puisque les faux censés la matérialiser sous l'angle de l'astuce n'étaient pas destinés au recourant, mais à C_____ SÀRL. Par ailleurs, pour que l'infraction à l'art. 146 CP soit consommée, l'erreur dans laquelle la tromperie astucieuse a mis ou conforté la dupe doit avoir déterminé celle-ci à accomplir un acte préjudiciable à ses intérêts pécuniaires, ou à

ceux d'un tiers, sur le patrimoine duquel elle a un certain pouvoir de disposition. La dupe et celui qui dispose doivent être identiques, mais pas celui qui dispose et le lésé. Si la dupe ne porte pas préjudice à elle-même, mais à un tiers (escroquerie triangulaire), la réalisation de l'infraction présuppose que la dupe soit responsable ("*verantwortlich*"), respectivement compétente ("*zuständig*"), pour le patrimoine du lésé et puisse en disposer, au moins de fait (ATF 133 IV 171 consid. 4.3 p. 175; ATF 128 IV 255 consid. 2e p. 256 ss.). Or, tel n'était pas le cas de C_____ SARL vis-à-vis du patrimoine du recourant.

Le recourant doit par conséquent être considéré comme le dénonciateur des infractions qui précèdent. Comme tel, il ne jouit d'aucune autre prérogative que d'être informé de l'issue de sa démarche (art. 301 al. 2 et 3 CPP). La communication de la décision attaquée en tenait lieu. Le recours, dans cette mesure, s'avère irrecevable.

3. Le recourant ne s'en prend pas à la partie de la décision querellée qui lui dénie *expressis verbis* la qualité pour se plaindre d'infractions à la LCD ; il affirme simplement qu'une violation de l'art. 3 LCD (sans autre précision) serait consommée « *et* » devrait être instruite.

Or, puisqu'il ne conteste pas ne pas revêtir la qualité – préalable et nécessaire – de plaignant, au sens des art. 9 al. 1 et 23 al. 2 LCD, il n'y a pas à s'attarder sur aucun de ces aspects (art. 385 al. 1 let. a CPP).

C'est d'autant moins utile que, dans sa plainte du 25 mai 2018, le recourant faisait, en réalité, valoir que c'était son employeur, et non lui directement, qui était victime d'actes de concurrence déloyale de l'intimé et que, dans ses déterminations du 25 juin 2019 sur sa qualité de partie plaignante (notamment p. 6), il ne se prévalait pas, ou plus, de la LCD.

4. Le recourant reproche à la décision attaquée de ne comporter aucune motivation sur l'accusation de violation du secret de fonction. Le Ministère public s'était limité à relayer le fort doute éprouvé par la police. Or, le rapport d'inspection paritaire du 1^{er} février 2018 revêtait un caractère secret.

4.1. Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'autorité qui se refuse à statuer, ou ne le fait que partiellement, viole l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 144 II 184 consid. 3.1 p. 192). Par ailleurs, la jurisprudence a déduit du droit d'être entendu le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il 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 141 V 557 consid. 3.2.1 p. 565; 139 IV 179 consid. 2.2 p. 183). L'autorité qui ne traite pas un grief

relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige, alors qu'elle devrait s'en saisir, commet un déni de justice formel proscrit par l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 142 II 154 consid. 4.2 p. 157 ; 135 I 6 consid. 2.1 p. 9 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_508/2018 du 17 décembre 2018 consid. 2.1). 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 p. 565 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_16/2020 du 24 juin 2020 consid. 2.1).

4.2. En l'espèce, le recourant fait valoir, à juste titre, que non seulement la police a procédé à une analyse juridique avalisée en bloc par le Ministère public, mais aussi que ce rapport ne se prononce pas sur l'existence d'un secret de fonction opposable à l'intimé. En effet, la police relève que la convention « *pour le contrôle des conditions minimales de travail en usage à Genève et le renforcement de la lutte contre le travail au noir* » ne prévoyait aucune obligation de secret de fonction avant le 1^{er} janvier 2018, mais que la question se posait de savoir si le simple fait que la CPPJ exerçât une activité étatique par délégation suffisait à soumettre ses membres à l'art. 320 CP (rapport du 16 janvier 2019, p. 11), et donc à soustraire le rapport d'inspection paritaire du 1^{er} février 2018 à la curiosité de tiers non autorisés.

Le Ministère public n'a pas tranché ce point, le qualifiant laconiquement de « *fort douteux* ». Or, l'art. 31 al. 1 CPP place dans sa compétence exclusive la décision sur le sort de la poursuite, en particulier l'examen des éléments constitutifs d'une infraction (let. a), et non dans celle de la police, qui doit uniquement établir les faits (art. 306 al. 1 CPP). Bien que le recourant n'y conclue pas, un doute sur l'applicabilité de l'art. 320 CP à l'intimé pouvait tout aussi bien conduire le Ministère public à poursuivre celui-ci, en laissant décider l'autorité de jugement.

Par ailleurs, s'il estimait que l'intimé n'était pas astreint au secret de fonction, le Ministère public pouvait et devait encore se demander si – comme le recourant le soulève du reste dans l'acte de recours – l'intimé n'aurait pas instigué une personne qui, elle, y était par hypothèse soumise à le violer, dans la mesure où l'intimé a déclaré avoir demandé à un membre de la sous-commission « *Infractions* » de la CPPJ de « *vérifier* » le chantier où il soupçonnait que le recourant pût être employé, avant de demander « *à la secrétaire* » de lui communiquer le résultat de cette inspection (p.-v. d'audition du 2 octobre 2018 p. 11).

En d'autres termes, le Ministère public ne pouvait pas s'épargner d'analyser si, à la date de ces faits, la CPPJ était une autorité, au sens de l'art. 320 CP, et, dans l'affirmative, si la divulgation par l'intimé du rapport d'inspection paritaire du 1^{er} février 2018 dans une action judiciaire civile ouverte contre le recourant par C_____ SÀRL ne constituait pas une violation du secret de fonction.

5. Sur ce point, le recours s'avère fondé. La décision attaquée sera annulée dans la mesure utile, et la cause renvoyée au Ministère public pour qu'il statue (art. 397 al. 2 et 3 CPP).
6. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, ne supportera pas les frais envers l'État (art. 428 al. 4 CPP).
7. Constitué partie plaignante et assisté par un mandataire professionnellement qualifié, le recourant n'a pas justifié des dépens auxquels il conclut, sans autre précision. Aussi ne sera-t-il pas entré en matière (art. 433 al. 2, 2^e phrase, CPP).

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours, dans la mesure où il est recevable, annule partiellement la décision attaquée et renvoie la cause au Ministère public pour décision sur l'accusation de violation du secret de fonction.

Laisse les frais de la procédure à la charge de l'État.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant (soit, pour lui, son conseil), à B _____ (soit, pour lui, son défenseur) et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voies 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).