REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/10930/2017 **ACPR/21/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 13 janvier 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [GE], comparant par Me Jonathan COHEN, avocat, CDL Avocats, rue Saint-Ours 5, 1205 Genève

recourant,

contre l'ordonnance de refus d'administration de preuves rendue le 26 octobre 2020 par le Ministère public,

et

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

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 6 novembre 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 26 octobre 2020, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a rejeté ses réquisitions de preuves.

Le recourant conclut, sous suite de frais, à l'annulation de cette ordonnance en tant qu'elle rejette sa réquisition tendant à la mise en œuvre, à bref délai, d'une expertise afin de déterminer la valeur marchande du logiciel G_____.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par acte d'accusation du 4 novembre 2020, le Procureur a renvoyé A_____, par devant le Tribunal de police, pour escroquerie (art. 146 al. 1 CP), alternativement gestion déloyale aggravée (art. 158 ch. 1 al. 1 et 2 CP), pour avoir, à Genève, entre 2011 et 2013, en violation des dispositions statutaires suscitées, conclu deux contrats de prêt (infra b.b. et b.c) par la FONDATION B_____, dont les bénéficiaires ultimes étaient C_____ et lui-même.

b. LA FONDATION GENEVOISE "B_____", sise à Genève, a comme but d'effectuer des dons en faveur de projets humanitaires initiés dans le canton de Genève et liés au développement en faveur des populations démunies.

A_____ était membre du Conseil de fondation avec signature individuelle et responsable des projets; C_____ était fondateur et membre président du Conseil de fondation, jusqu'au 9 novembre 2016; à cette date, ils ont été destitués et remplacés par un commissaire selon la décision de l'Autorité de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance (ASFIP).

Les statuts de la fondation prévoient notamment que, d'une part, les membres du Conseil de fondation veillent à ne tirer de leur mandat aucun bénéfice personnel ou autre et n'ont aucun droit aux revenus et à la fortune de la Fondation et, d'autre part, aucun actif ne pourrait faire retour aux fondateurs.

A_____ et C_____ disposaient tous deux d'un pouvoir de signature individuel sur le compte de la FONDATION B_____ auprès de [la banque] D_____.

b.a. Le 2 décembre 2011, C_____, agissant au nom et pour le compte de la FONDATION B_____ a, de concert avec A_____, conclu un contrat de prêt portant sur un montant de CHF 200'000.-, sans intérêt, en faveur de l'ASSOCIATION E_____ (ci-après, l'ASSOCIATION) – dont il était membre du comité et président trésorier –, représentée par A_____, ce dernier étant fondé de procuration individuelle de l'ASSOCIATION. Selon le contrat de prêt, ce montant

était accordé "*en vue du développement, de la création et de la mise en place d'une structure favorisant _____*".

Il est reproché à A_____ de ne jamais avoir eu l'intention d'affecter ces avoirs au financement de projets _____, ce qu'il n'avait de surcroît pas fait, et de s'être servi de ce contrat pour induire astucieusement [la banque] D_____ et la Fondation en erreur, en leur faisant croire que les opérations de débit rentraient dans les buts statutaires de celle-ci. Grâce à cette tromperie, A_____ avait amené D_____ à débiter le compte de la FONDATION B_____ de CHF 191'047.-.

Ces fonds avaient servi à payer les dépenses personnelles de A_____ ainsi qu'au financement de l'ASSOCIATION et de ses activités sans rapport avec l'affectation convenue des fonds, ni relation directe avec le but de la Fondation.

Alternativement, il lui était reproché d'avoir agi en violation de ses devoirs et contrairement aux buts statutaires de la fondation, ce montant étant accordé sans relation directe avec le but de celle-ci mais dans le but de se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

b.b. Le 5 mars 2013, C_____, agissant au nom et pour le compte de la FONDATION B_____ a, de concert avec A_____, conclu un contrat de prêt portant sur un montant de CHF 150'000.-, en faveur de F_____ LLC, représentée par A_____ – administrateur unique de F_____ LLC et de G_____ SA. Selon le contrat, ce montant était destiné à la capitalisation de G_____ SA, une société genevoise active dans le commerce international de matières premières, produits chimiques, produits semi-manufacturés et produits industriels, ainsi que toute activité commerciale y liée inclus dans le domaine du marketing via le biais de l'internet.

Il est reproché à A_____ de ne jamais avoir eu l'intention d'affecter ces avoirs au financement de projets humanitaires, ce qu'il n'avait de surcroît pas fait, et de s'être servi de ce contrat de prêt pour induire astucieusement [la banque] D_____ et la Fondation en erreur, en leur faisant croire que les opérations de débit rentraient dans les buts statutaires de celle-ci. Grâce à cette tromperie, A_____ avait amené D_____ à débiter le compte de la FONDATION B_____ de CHF 144'020.-

Ces fonds avaient servi à payer les dépenses personnelles de A_____ ainsi qu'au financement de F_____ LLC et G_____ SA sans rapport avec l'affectation convenue des fonds, ni relation directe avec le but de la Fondation.

Alternativement, il lui était reproché d'avoir agi en violation de ses devoirs et contrairement aux buts statutaires de la Fondation, ce montant étant accordé sans relation directe avec le but de la Fondation mais dans le but de se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime.

c. Précédemment, les 5 juin et le 21 septembre 2020, A_____ avait requis du Ministère public notamment une expertise du logiciel G_____ afin d'en déterminer la valeur marchande au motif que le prêt octroyé à F_____ LLC visait à capitaliser G_____ SA, laquelle était en charge de développer un logiciel destiné à

l'organisation de _____ dans le but de générer des revenus devant in fine profiter à la FONDATION B_____.

L'analyse du contenu du CD-Rom était déterminante dès lors que les parties plaignantes prétendaient que les prévenus avaient menti à propos de ce prétendu logiciel, lequel était "*absolument inutilisable*" et le CD-Rom "*ne contenant aucun logiciel*".

Il avait appris que le groupe allemand H_____, auquel était rattaché tout le système de paiement implanté dans le logiciel G_____ au travers d'un contrat conclu avec [la banque] H_____ AG était en procédure de faillite. Il a produit un jugement du Amtsgericht I_____ [Allemagne] du 25 août 2020, dont il ressortait qu'une procédure de faillite avait été ouverte concernant H_____ AG.

La filiale H_____ GmbH, avec laquelle les connexions numériques du logiciel avaient été établies, se trouvait dans la même situation. Il existait ainsi un risque concret et imminent que l'ensemble des connexions du logiciel relatives au système de paiement deviennent inopérantes. En outre, le risque d'obsolescence grandissait jour après jour puisque le logiciel et ses connexions n'avaient manifestement bénéficié d'aucune mise à jour depuis plusieurs années maintenant.

d. Le 6 novembre 2020, après avoir reçu l'acte d'accusation, A_____ a, parallèlement au dépôt du recours, requis la Direction de la procédure du Tribunal de police de mettre immédiatement en œuvre l'expertise sollicitée, alternativement de renvoyer le dossier au Ministère public afin qu'il s'en charge.

C. Dans sa décision querellée, le Procureur considère qu'il n'était pas pertinent pour l'issue du litige et les faits reprochés aux prévenus, de procéder à l'expertise du CD-Rom, contenant le logiciel G_____. La question qui se posait était de savoir si les prévenus étaient en droit de confier les avoirs de la FONDATION B_____ – via des contrats de prêts – à I'ASSOCIATION, respectivement F_____ LLC, indépendamment de la question de l'aboutissement du projet financé.

D. **a.** Dans son recours, A_____ soutient qu'il était nécessaire de procéder immédiatement à l'expertise du CD-Rom contenant le logiciel G_____, afin de déterminer sa valeur marchande, en raison des possibles altérations, modifications ou disparition de son objet. Il reprend son argumentation faite devant le Ministère public et rappelle qu'un logiciel ne se limitait pas au support sur lequel il se trouvait et qu'il s'agissait d'un objet vivant par les codes et connexions lui permettant de s'activer et de fonctionner en direct une fois lancé.

Le fait que la Direction de la procédure soit passée au Tribunal de police avec le dépôt de l'acte d'accusation ne pouvait le priver de tout moyen alors même qu'il démontrait l'existence d'un préjudice irréparable en cas de refus d'administrer la preuve qu'il proposait. Parallèlement, il avait prié cette autorité de donner suite immédiatement à sa réquisition de preuve ou de renvoyer le dossier au Ministère public afin qu'il s'en charge.

Au fond, contrairement à ce que soutenait le Ministère public, la question de savoir si les prévenus étaient en droit de procéder aux prêts dépendait de savoir si leurs projets étaient concrets et réalistes ou si, comme le prétendaient les plaignants, il ne s'agissait que d'une supercherie.

b. Dans ses observations, le Ministère public conclut à l'irrecevabilité du recours. La preuve recherchée par l'expertise demandée par A_____, soit la valeur marchande du logiciel, n'était pas pertinente pour l'issue du litige. En tout état de cause, le recours était irrecevable faute de préjudice juridique.

Le rapport de la BCI du 20 septembre 2019 portant sur l'analyse du CD-Rom ne faisait aucune mention des sociétés allemandes H_____ AG et H_____ GMBH ou d'éventuelles connexions numériques avec ces sociétés, de sorte qu'il peinait à voir en quoi la procédure de faillite de ces sociétés aurait une incidence sur l'exploitabilité du CD-Rom litigieux. A_____ ne prétendait pas que les indices recherchés existeraient encore; il avait essentiellement mis en avant l'ouverture d'une procédure de faillite du groupe allemand H_____, dont il admet que cela pourrait entrainer la non-opérabilité de tout système de paiement lié à ces sociétés, ainsi que le risque d'obsolescence du logiciel et ses connexions. Le Ministère public relève qu'il ressort du rapport de la BCI que l'essentiel des fichiers contenus dans le CD-Rom litigieux dataient de 2013 et 2014. Enfin, A_____ n'expliquait pas en quoi sa réquisition de preuve serait impossible à répéter devant le juge du fond ou son administration rendue plus difficile devant cette autorité. Ainsi, une expertise sur le CD-Rom litigieux pourrait éventuellement être ordonnée, sans préjudice juridique, par la Direction de la procédure du Tribunal de police, si cette dernière le jugeait nécessaire.

c. A_____ réplique que savoir si les prévenus étaient en droit de procéder aux prêts dépendait de savoir s'il pouvait être établi que ces prêts étaient fictifs comme le soutient l'accusation, ce qui impliquait de déterminer la valeur marchande et comptable du logiciel G_____, dont l'élaboration avait précisément été financée au travers de ces prêts.

On ne saurait dès lors attendre que les parties puissent présenter leurs réquisitions de preuve au juge du fond et c'est précisément sous cet angle qu'il soutient bel et bien que les indices recherchés existaient encore et s'exposait à un préjudice irréparable de nature juridique. La BCI s'était limitée à un examen en superficie sans volonté (ni possibilité) de pénétrer le contenu du logiciel ou de procéder à de quelconques analyses en direct.

EN DROIT :

1. Le recours, dirigé contre le refus d'expertise, a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP); il émane, par ailleurs, du prévenu, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP).

2. **2.1.** Conformément à l'art. 318 al. 3 CPP, la décision de rejet d'une réquisition de preuves n'est pas sujette à recours, à moins qu'elle n'expose le sollicitant à un préjudice juridique (art. 394 let. b CPP; arrêt du Tribunal fédéral 1B_73/2014 du 21 mai 2014 consid. 2.1; ACPR/514/2018 du 13 septembre 2018 consid. 3.1).

Les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont, en principe, pas de nature à causer un dommage de nature juridique puisqu'il est normalement possible, à l'occasion d'un recours contre la décision finale, d'obtenir que la preuve refusée à tort soit mise en œuvre si elle devait avoir été écartée pour des raisons non pertinentes ou en violation des droits fondamentaux du recourant (ATF 134 III 188 consid. 2.3; 99 Ia 437 consid. 1). L'art. 394 let. b CPP s'inspire de cette jurisprudence en n'ouvrant un recours cantonal qu'à l'encontre des décisions du ministère public rejetant des réquisitions de preuves qui ne peuvent être réitérées sans préjudice juridique devant le tribunal de première instance. La règle comporte toutefois des exceptions. Il en va notamment ainsi lorsque le refus d'instruire porte sur des moyens de preuve qui risquent de disparaître et qui visent des faits décisifs non encore élucidés, ou encore quand la sauvegarde de secrets est en jeu (arrêt du Tribunal fédéral 4P_117/1998 du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/aaa = SJ 1999 I 188). Tel est le cas de la nécessité d'entendre un témoin très âgé, gravement malade ou qui s'apprête à partir dans un pays lointain définitivement ou pour une longue durée, ou encore celle de procéder à une expertise en raison des possibles altérations, modifications ou disparition de son objet (arrêt du Tribunal fédéral 1B_189/2012 précité ; SJ 2014 II 37, pp. 45-46).

Il incombe au recourant de démontrer l'existence du préjudice juridique dont il se prévaut (ACPR/514/2018 précité; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung - Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2e éd., Bâle 2014, n. 6 ad art. 394).

2.2. La question de la recevabilité du recours contre un refus d'administration de preuve par le Ministère public quand la Direction de la procédure de l'autorité de jugement est d'ores et déjà passée à l'autorité de jugement peut rester ouverte.

En effet, le recourant soutient qu'à défaut d'une expertise immédiate, il pourrait ne plus être possible de déterminer la valeur marchande du logiciel contenu dans le CD-Rom en raison des risques d'obsolescence du logiciel qui n'aurait pas été mis à jour régulièrement – étant précisé que cela fait déjà 3 ans qu'il est en mains du Ministère public – et de ce que l'ensemble des connexions du logiciel relatives au système de

paiement, établies avec la filiale H_____ GmbH, deviendraient inopérantes à la suite de la faillite de la société mère.

Il a, cependant, déjà renouvelé cette requête d'expertise devant le Tribunal de police (art. 318 al. 2 in fine et 331 al. 2 CPP), lequel est habilité, en qualité de Direction de la procédure à la suite de la litispendance crée par le dépôt de l'acte d'accusation (art. 328 al. 1 CPP), s'il estime ne pas être en mesure de statuer sur le fond, notamment parce qu'il considère ne pas pouvoir mettre en œuvre les actes d'instruction litigieux, par hypothèse indispensables, à suspendre la procédure et renvoyer l'accusation au Ministère public en application de l'art. 329 al. 2 CPP pour que celui-ci procède aux actes demandés (ATF 143 IV 175 consid. 2.3; arrêts du Tribunal fédéral 1B_189/2012 du 17 août 2012 consid. 1.2.1, paru in SJ 2013 I 89, et 1B_302/2011 du 26 juillet 2011 consid. 2.2.1).

Il n'y a ainsi aucun préjudice juridique irréparable à laisser le Tribunal de police statuer sur la question. L'urgence d'une telle expertise pour les motifs soulevés peut en effet attendre la décision de cette autorité d'ores et déjà saisie.

En toute hypothèse, le CD-Rom est en sécurité et la probabilité qu'une procédure de faillite entraine à court terme la suppression de connexion n'est pas établie.

2.3. Faute de préjudice irréparable, le recours contre le refus d'administration de preuves doit donc être déclaré irrecevable.

3. Le prévenu, qui succombe, supportera les frais de la procédure de recours envers l'État (art. 428 al. 1, 1ère et 2ème phrases, CPP), qui seront fixés à CHF 1'000.- en totalité, émolument de décision inclus (art. 3 cum art. 13 al. 1 Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale (RTFMP; E 4 10 03]).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Déclare irrecevable le recours interjeté contre la décision de refus d'administration de preuves.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui seront fixés en totalité à CHF 1'000.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, ainsi qu'au Ministère public.

Le communique pour information au Tribunal de police.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Xavier VALDES	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie 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).

P/10930/2017 **ÉTAT DE FRAIS**

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)		
- frais postaux	CHF	10.00
Émoluments généraux (art. 4)		
- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00
Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)		
- décision sur recours (let. c)	CHF	915.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'000.00**