REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/14311/2020 **ACPR/29/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 15 janvier 2021

Entre

A_____ SA, comparant par Me Dominique AMAUDRUZ, avocate, BEKER GUIRAMAND SEPE, Tax & Legal, rue de Hesse 7, 1204 Genève

recourante

contre la décision de non-entrée en matière rendue le 4 novembre 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. **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 16 novembre 2020, A_____ SA recourt contre l'ordonnance du 4 précédent, notifiée sous pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte pénale du 7 août 2020 contre B_____.

La recourante conclut principalement à l'annulation de cette décision et à l'ouverture d'une instruction.

b. La recourante a payé les sûretés en CHF 1'500.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Entre 1997 et 2020, B_____ a travaillé comme gestionnaire de fortune auprès de A_____ SA, à Genève; en dernier lieu, il avait le titre de directeur adjoint. Son contrat ne comporte pas de clause de prohibition de concurrence.

b. Le 22 avril 2020, il a donné sa démission pour le 31 juillet suivant, demandant à être immédiatement libéré de son obligation de travailler. Par courrier électronique du 23 avril 2020, A_____ SA en a accusé réception et lui a demandé de préparer la transition pour les trente-cinq portefeuilles dont il était chargé, ajoutant qu'il devrait aussi inventorier les éventuelles autres tâches qu'il exécutait "*en dehors de la gestion au sens strict*". Deux séances ont été tenues à ces fins, la seconde le 4 mai 2020.

c. Le 5 mai 2020, B_____ a fait parvenir à A_____ SA un certificat médical portant arrêt de travail complet jusqu'au 13 suivant. Le 11 mai 2020, A_____ SA l'a convoqué pour le lendemain, se référant à la "*récente découverte d'éléments potentiellement graves*". Selon la plainte pénale, ces "*éléments*" étaient la résiliation de deux mandats de gestion par des clients suivis par B_____.

d. Le 12 mai 2020, B_____ a fait parvenir à A_____ SA un nouveau certificat médical, daté de la veille, prolongeant son incapacité de travail jusqu'au 20 mai 2020, et ne s'est pas présenté au rendez-vous fixé.

e. Le même jour, A_____ SA l'a licencié avec effet immédiat, lui rappelant qu'il restait soumis au secret professionnel. Toujours le 12 mai 2020, B_____ a chiffré des prétentions en indemnité. Le 15 juin 2020, il a ouvert action par-devant la juridiction des prud'hommes.

f. Selon la plainte pénale, A_____ SA a enregistré dans l'intervalle vingt-huit autres résiliations de mandats de gestion, auparavant assumés par B_____. Elle soupçonne ce dernier d'avoir rejoint avec cette clientèle une société concurrente, fondée en 2017 par un autre de ses anciens gestionnaires.

Pour le dissimuler, B_____ aurait mis au point un stratagème consistant à instruire ses clients de ne pas rompre leurs relations avec A_____ SA avant que celle-ci ne leur eut annoncé son départ, puis d'en tirer prétexte pour quitter la société.

Ses actes relevaient de la violation du secret commercial (art. 162 CP) et de la gestion déloyale (art. 158 CP); l'instruction devrait déterminer s'il ne s'y ajoutait pas aussi des infractions en lien avec la loi sur la concurrence déloyale (ci-après, LCD).

C. Dans la décision querellée, rendue sans investigation, le Ministère public considère que B_____ n'occupait pas une position de gérant au sein de A_____ SA, aussi autonome fût-il dans la gestion de sa clientèle. La plaignante elle-même alléguait qu'il se tenait à l'écart de la vie de l'entreprise. Par ailleurs, elle ignorait si B_____ avait transmis à des tiers des informations sur sa clientèle, laquelle avait fait le choix de rejoindre une autre société en lui donnant directement tout détail utile. À supposer que B_____ en fût à l'origine, il tenait nécessairement ces précisions des clients eux-mêmes.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ SA reproche au Ministère public d'avoir constaté les faits pertinents de manière erronée et incomplète. B_____ était inscrit au Registre du commerce depuis 1998, avec signature collective à deux, et occupait un poste élevé dans la hiérarchie, avec un pouvoir direct sur des intérêts patrimoniaux "*décisifs*" de la société; il était le répondant de celle-ci pour "*les relations institutionnelles*" avec une grande banque de la place; il gérait seul son portefeuille de clients, générant quelque CHF 400'000.- de commissions annuelles. La société qu'il avait rejointe avait eu connaissance bien avant sa démission de l'identité des clients qu'il apporterait. Or, ces informations étaient couvertes par le secret commercial. Il convenait d'investiguer aussi d'autres infractions que celles expressément mentionnées dans la plainte, notamment à la LCD.

b. Simultanément au paiement des sûretés, la recourante a fait parvenir au greffe une résiliation supplémentaire d'un mandat de gestion qui lui était confié.

c. À réception des sûretés, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 384 let. b, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 310 al. 2, 322 al. 2 et 393 al. 1 let. a CPP) et émaner 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).

La recevabilité de la pièce complémentaire peut souffrir de rester indécise, car l'information qu'elle comporte ne change pas l'issue du recours.

2. 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 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. La recourante estime avoir mis en évidence des soupçons fondés de gestion déloyale (art. 158 CP), de violation de secrets commerciaux (art. 162 CP), voire "*de toute autre infraction applicable, notamment au sens de la LCD*".

3.1. Selon l'art. 310 CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a). Le ministère public doit être certain que les faits ne sont pas punissables (ATF 137 IV 285 consid. 2.3 p. 287 et les références citées).

Le principe "*in dubio pro duriore*" découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 19 al. 1 et 324 CPP; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91; arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). Il signifie qu'en principe, un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infraction grave (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91; ATF 137 IV 285 consid. 2.5 p. 288; arrêts du Tribunal fédéral 6B_417/2017 du 10 janvier 2018 consid. 2.1.2; 6B_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). En cas de doute, il appartient donc au juge matériellement compétent de se prononcer (arrêt du Tribunal fédéral 6B_185/2016 du 20 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références).

Une non-entrée en matière vise aussi des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public. Il faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le procureur doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2ème éd., Bâle 2019, n. 9 ad art. 310; R. PFISTER-LIECHTI (éd.), *La procédure*

pénale fédérale, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 62; DCPR/85/2011 du 27 avril 2011).

3.2. L'art. 158 CP (gestion déloyale) punit le gérant d'affaires qui – en agissant avec (ch. 1 al. 2) ou sans (ch. 1 al. 1) dessein d'enrichissement illégitime – viole les devoirs auxquels il est tenu et, ce faisant, porte atteinte aux intérêts pécuniaires du tiers pour le compte duquel il intervient. Agit en qualité l'auteur qui revêt le statut de gérant de fortune (M. DUPUIS/ L. MOREILLON/ C. PIGUET/ S. BERGER/ M. MAZOU/ V. RODIGARI (éds), *Petit commentaire du CP*, Bâle 2017, n. 14 *ad* art. 158). Cela étant, seul peut commettre un acte de gestion déloyale un gérant d'affaires, soit une personne bénéficiant d'un pouvoir de disposition autonome sur les biens qu'elle administre (arrêt du Tribunal fédéral 6B_819/2018 du 25 janvier 2019 consid. 3.6.1). La qualité de gérant suppose un degré d'indépendance suffisant et un pouvoir de disposition autonome sur les biens administrés. Ce pouvoir peut aussi bien se manifester par la passation d'actes juridiques que par la défense, au plan interne, d'intérêts patrimoniaux, ou encore par des actes matériels, l'essentiel étant que le gérant se trouve au bénéfice d'un pouvoir de disposition autonome sur tout ou partie des intérêts pécuniaires d'autrui, sur les moyens de production ou le personnel d'une entreprise (ATF 142 IV 346 consid. 3.2 p. 350 et les arrêts cités). Pour qu'il y ait gestion déloyale, il faut que le gérant ait violé une obligation liée à la gestion confiée (ATF 123 IV 17 consid. 3c p. 22), ce qui implique de déterminer, au préalable et pour chaque situation particulière, le contenu spécifique des devoirs incombant au gérant. Cette question s'examine au regard des rapports juridiques qui lient le gérant aux titulaires des intérêts pécuniaires qu'il administre, compte tenu des dispositions légales ou contractuelles applicables (arrêts du Tribunal fédéral 6B_845/2014 du 16 mars 2015 consid. 3.2; 6B_967/2013 du 21 février 2014, consid. 3.2; 6B_223/2010 du 13 janvier 2011 consid. 3.3.2; arrêt 6B_446/2010 du 14 janvier 2010 consid. 8.4.1).

3.3. Aux termes de l'art. 162 CP, se rend coupable de violation du secret de fabrication ou du secret commercial celui qui aura révélé un tel secret alors qu'il était tenu de le garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle (al. 1), ou qui aurait utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers (al. 2). La violation du secret consiste à rendre accessible un secret par celui qui devait le garder. L'exploitation du secret consiste, en revanche, à la mise à profit par un tiers, pour lui-même ou pour autrui, d'une révélation qu'il a reçue en violation du secret. Dans le premier cas de figure, seule la personne détentrice du secret est punissable; dans le second, seul un tiers récipiendaire de la révélation commet un acte illicite (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3e éd., Berne 2010, n. 13 et suivante ad art. 162). Autrement dit, l'application de l'art. 162 CP est exclue lorsque la personne tenue au secret utilise les informations à son propre profit (ATF 109 Ib 47 consid. 5c p. 56 s.).

3.4. L'art. 23 al. 1 LCD punit celui qui, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 5 ou 6 de cette loi. Selon l'art. 6 LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière.

3.5. En dépit de différences terminologiques (secret "commercial" à l'art. 162 CP et secret "d'affaires" à l'art. 6 LCD), il faut admettre que ces deux infractions visent une seule et même notion de secret, ainsi que cela ressort du texte allemand, qui utilise indistinctement le terme "Geschäftsgeheimnis" (cf. A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *Commentaire romand, Code pénal II,* vol. II*, Partie spéciale : art. 111-392 CP*, Bâle 2017, n. 21 ad art. 162). Constitue un secret, au sens de ces dispositions, toute connaissance particulière qui n'est ni de notoriété publique, ni facilement accessible, dont un fabricant ou un commerçant a un intérêt légitime à garder secret et qu'en fait il n'entend pas divulguer (ATF 103 IV 283 consid. 2b p. 284). Par secrets commerciaux, on entend des informations qui peuvent avoir une incidence sur le résultat commercial d'une entreprise, autrement dit sur sa capacité concurrentielle (ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 p. 279). En ce sens, une information peut être vue comme secrète à la fois lorsqu'elle est de nature à octroyer un avantage patrimonial à la personne la connaissant, mais également lorsque son caractère secret permet d'éviter des inconvénients (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), *op. cit.*, n. 15 ad art. 162). D'ordinaire, un intérêt légitime au secret peut être retenu en lien avec les éléments suivants : les parts de marché d'une entreprise déterminée, les chiffres d'affaires, le calcul des prix, les rabais et primes, les fournisseurs et les clients, l'organisation interne – à l'exclusion toutefois d'un cartel illicite –, les stratégies commerciales et les plans d'entreprise, les listes de clients et autres relations commerciales (ATF 142 II 268 consid. 5.2.4 p. 279; cf. également ATF 109 Ib 47 consid. 5c p. 56; 103 IV 283 consid. 2b p. 284). La doctrine mentionne également les bilans de l'entreprise, ainsi que son bénéfice (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar Strafrecht II : Art. 111-392 StGB*, 4e éd., Bâle 2019, n. 19 ad art. 162; P. JUNG / P. SPITZ (éds), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, 2e éd., Berne 2016, n. 16 ad art. 6).

Le comportement punissable visé par l'art. 162 al. 1 CP consiste à rendre le secret accessible à un tiers non autorisé. Il est ainsi nécessaire que l'auteur soit tenu au secret, c'est-à-dire que l'information lui ait été confiée par une personne autorisée et qu'il doive, en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, la maintenir secrète (A. MACALUSO *et al.*, *op. cit.*, n. 23 ss ad art. 162). Dans le cadre de l'art. 23 *cum* 6 LCD, l'existence d'un tel devoir de garder le secret n'est pas pertinente; seul importe que l'auteur accède au secret de manière indue, par exemple par l'affirmation de faits faux, puis l'exploite ou le divulgue (V. MARTENET / P. PICHONNAZ (éds), *Commentaire romand : Loi contre la concurrence déloyale*, Bâle 2017, n. 17, 21 et 28 ad art. 6; R. HEIZMANN / L. LOACKER (éds), *Kommentar zum*

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zurich/Saint-Gall 2018, n. 84, 104 ad art. 6). Celui qui acquiert de façon licite la connaissance d'un secret, notamment parce que le secret lui a été confié lors de l'exécution d'un contrat, ne le reçoit pas de manière indue et sa divulgation et son exploitation en violation d'engagements contractuels ne tombe pas sous le coup de l'art. 6 LCD; elle peut en revanche, le cas échéant, engager sa responsabilité contractuelle, selon les art. 97 ss CO, ou pénale selon l'art. 162 CP (C. BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, n. 59 ad art. 6 LCD).

3.6. En l'occurrence, il ressort des propres allégués de la plainte pénale que le mis en cause n'a jamais été soumis à une clause de prohibition de concurrence et ne s'est vu rappeler qu'une astreinte – non pertinente, puisque les gérants de fortune n'y sont pas soumis (cf. art. 321 CP) – au secret "professionnel". Le mis en cause n'a jamais, non plus, occupé la position d'un gérant vis-à-vis de la recourante. Celle-ci se contente de tirer argument de la position hiérarchique élevée du mis en cause dans l'entreprise, mais ne dit rien des actes de gestion dont il aurait été concrètement chargé *pour elle*, respectivement pour la sauvegarde de ses intérêts pécuniaires propres. De façon significative, elle lui demandait, en accusant réception de sa lettre de démission, de lui signaler les éventuelles autres tâches qu'il exécutait "*en dehors de la gestion au sens strict*" (sic), tout en ne craignant pas de lui reprocher, dans sa plainte, de s'être tenu à l'écart de la vie de l'entreprise. En d'autres termes, la gestion confiée au mis en cause n'était pas l'entreprise elle-même, mais celle des avoirs de la clientèle.

Autre est donc la question de la gestion accomplie pour celle-ci. Ces clients, à bien suivre la recourante (et les pièces qu'elle produit, en particulier les résiliations motivées données par plusieurs d'entre eux), paraissent avoir été plutôt satisfaits du mis en cause, puisque, toujours selon la recourante, ils auraient tous suivi celui-ci chez son nouvel employeur. Par ailleurs, la perte de commissions de gestion, jusque-là encaissées par la recourante, n'est qu'une conséquence indirecte du départ du mis en cause et de la majorité de son portefeuille de clientèle, mais non le résultat d'actes délibérés, visant directement à porter préjudice à l'employeur.

En outre, l'utilisation, par le mis en cause, de la liste de clients dont il avait la responsabilité chez la recourante ne signifie pas que cette liste contenait des secrets commerciaux, au sens qui a été défini ci-dessus, et n'équivaut pas à l'exploitation d'une prestation d'autrui (art. 5 let. a LCD; RS 241) ni à une incitation de clients à rompre des contrats (art. 4 let. a LCD).

En effet, l'exploitation illicite (art. 5 let. a LCD) d'une liste de clients n'est réalisée qu'autant que le résultat du travail confié est couvert par un secret d'affaires (arrêt du Tribunal fédéral 6B_298/2013 du 16 janvier 2014 consid. 2.2.1). Or, les actes qui ne tombent que sous le coup de la clause générale inscrite à l'art. 2 LCD ne constituent pas des infractions pénales. Il en va ainsi de l'appropriation et de l'exploitation de secrets de fabrication ou d'affaires dont l'auteur a eu connaissance de manière licite,

au cours de rapports de travail (arrêt du Tribunal fédéral 6P_137/2006 du 23 novembre 2006 consid. 6.3 et les références). Tel est le cas des clients dont la gestion des avoirs était confiée au mis en cause. À teneur des allégués et des pièces, aucun ne s'est plaint d'avoir été démarché par le mis en cause pour abandonner la recourante en faveur d'une autre société de gestion, et la recourante n'aurait pas d'intérêt juridiquement protégé à se plaindre que leurs données personnelles aient été transmises à cette dernière.

4. Faute de soupçon suffisant (art. 310 al. 1 let. a CPP) et de mesures probatoires aptes à étayer les accusations portées – la recourante n'ayant pas expliqué ce qu'elle attendrait de l'ouverture d'une instruction –, le recours est privé de fondement et doit être rejeté. Vérifier la réalité d'une fuite de vingt-huit clients sur trente-cinq vers le nouvel employeur du mis en cause n'étayerait en rien la prévention pénale.

5. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 1'500.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Condamne A_____ SA aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 1'500.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante (soit, pour elle, son conseil), et au Ministère public.

Le communique à B_____, soit pour lui son conseil, pour information.

Siégeant :

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

Le greffier :	La présidente :
Sandro COLUNI	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/14311/2020 **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	1'415.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'500.00**