REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16063/2020 **ACPR/704/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 21 octobre 2021

Entre

A_____ SÀRL, ayant son siège _____ [VD], comparant par M^e^ Julien GAFNER, avocat, avenue de l'Avant-Poste 4, case postale 5747, 1002 Lausanne

recourante

contre la décision de non-entrée en matière rendue le 22 juillet 2021 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 le 3 août 2021, A_____ SÀRL recourt contre la décision du 22 juillet 2021, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte du 1er septembre 2020.

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

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

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Dans sa plainte, A_____ SÀRL reproche à B_____ SA d'avoir commis des actes de concurrence déloyale et de vol, voire de corruption, pour s'être fait livrer directement par son fournisseur étranger les fenêtres prévues en phase 2 d'un contrat d'entreprise passé avec elle le 6 mai 2019 pour un montant forfaitaire.

La veille de l'expédition, ce fournisseur, dont l'identité devait être considérée comme un secret d'affaires, avait unilatér6alement augmenté ses prix, exigeant même un paiement d'avance pour la phase qui commençait. Pareille attitude, adoptée d'entente avec B_____ SA, paraissait vouloir l'évincer, raison pour laquelle elle avait refusé de prendre livraison des fenêtres concernées et d'acquitter les factures. Or, une partie au moins de ces fenêtres avaient été dédouanée, livrée et posée dans l'immeuble concerné, propriété de B_____ SA, à Genève, ce qui soulevait la question d'un vol, voire d'un recel.

Elle avait ainsi perdu sa marge, de quelque EUR 100'000.-, ainsi qu'un futur marché de fourniture de portes pour B_____ SA qui lui eût laissé une autre marge, de quelque CHF 150'000.-. En traitant directement avec le même fournisseur, B_____ SA la privait de nouvelles affaires sur le marché suisse, ce qui "*d*[eva]*it se chiffrer en millions*".

Cette relation directe, qui voyait le fournisseur augmenter ses prix et B_____ SA les acquitter, pourrait aussi être le fruit "*d'actes corruptifs*".

b. À l'appui de sa plainte, A_____ SÀRL produit notamment une lettre de sa part, du 6 mars 2020, à la direction des travaux de l'immeuble, dans laquelle elle reproche à "*votre mandante B_____ SA*" de s'être adressée directement au fournisseur en violation "*de la loi* (…) *et des règles* (…) *de confiance en affaires*", rendant de ce fait "*impossible*" l'exécution du contrat.

c. B_____ SA a, semble-t-il spontanément, envoyé des déterminations écrites au Ministère public, dans lesquelles elle fait valoir à titre principal la péremption de la plainte, en tant qu'y sont invoqués des actes de concurrence déloyale. Elle avait payé les fenêtres litigieuses à A_____ SÀRL, et, puisque celle-ci n'avait pas réglé son fournisseur et sous-traitant, avait dû les payer une seconde fois, dans la crainte de l'inscription d'une hypothèque légale. Aucune augmentation de prix n'était prouvée. Il devait être mis fin d'emblée à l'action pénale.

d. A_____ SÀRL et B_____ SA ont ensuite contesté chacune les prises de position épistolaires de l'autre.

e. La police a rendu un bref rapport, dans lequel elle constate qu'aucun des protagonistes n'est domicilié dans le canton de Genève.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public réfute que l'identité du fournisseur des fenêtres soit un secret d'affaires et que B_____ SA ait agi dans un dessein d'enrichissement illégitime. Rien n'objectivait des actes de concurrence déloyale. Faute de prévention pénale suffisante, il n'y avait pas à entrer en matière sur la plainte.

D. **a.** Dans son recours, A_____ SÀRL reprend, en bref, les faits et arguments de sa plainte.

Les "*interactions*" entre B_____ SA et le fournisseur étaient une attitude dénigrante, au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCD. Celui-ci avait été incité par celle-là à ne pas respecter ses engagements contractuels, au sens de l'art. 4 let. a LCD, pour conclure par la suite un contrat de livraison de portes. L'identité du fournisseur était un secret d'affaires, au sens de l'art. 6 LCD. Non seulement le délai de plainte n'était pas échu le 1er septembre 2020, mais il n'avait même pas commencé à courir.

Le dédouanement des fenêtres avait rompu sa possession, au sens de l'art. 139 CP. L'enrichissement illégitime d'B_____ SA pourrait avoir résidé dans l'obtention de prix préférentiels du fournisseur.

Le Ministère public n'avait rien dit des actes corruptifs.

En conséquence de quoi, les conditions d'une non-entrée en matière n'étaient pas réunies.

b. À réception des sûretés, la cause a été gardée à juger, sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et – faute de respect des réquisits de l'art. 85 al. 2 CPP – dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 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).

2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement 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 reproche au Ministère public d'avoir refusé d'entrer en matière sur sa plainte.

3.1. Selon l'art. 310 al. 1 let. a 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. Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe une non-entrée en matière ne peut être prononcée 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 dispose, dans ce cadre, d'un 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'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243). Une telle ordonnance s'impose notamment lorsque le litige est de nature purement civile (ATF 137 IV 285 consid. 2.3).

3.2. La LCD vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (art. 2 LCD). L'art. 23 LCD permet le prononcé, sur plainte pénale préalable, de sanctions pénales contre des actes de concurrence déloyale définis aux art. 3 à 6 de cette loi.

La plainte doit avoir été déposée dans les trois mois à partir du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction, conformément à l'art. 31 CP, applicable à la LCD par le renvoi de l'art. 333 al. 1 CP (CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, n. 8 ad Rem. lim. aux art. 23-27). Le délai court du jour où l'ayant droit a connu l'auteur de l'infraction et – l'art. 31 CP ne le précise pas, mais cela va de soi – de l'acte délictueux, c'est-à-dire des éléments constitutifs objectifs, mais également subjectifs de l'infraction (arrêts du Tribunal fédéral 6B_451/2009 du 23 octobre 2009 consid. 1.2 et 6B_396/2008 du 25 août 2008 consid. 3.3.3). Cette connaissance doit être suffisante pour que l'ayant droit puisse considérer que des poursuites auraient de fortes chances de succès et ne l'exposeraient pas au risque d'être lui-même poursuivi pour dénonciation calomnieuse ou diffamation (ATF 126 IV 131 consid. 2; 121 IV 272 consid. 2a); de simples soupçons ne suffisent pas, mais il n'est pas nécessaire que l'ayant droit dispose déjà de moyens de preuve (ATF 121 IV 272 consid. 2a; ATF 101 IV 113 consid. 1b et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 6S_33/2007 du 20 avril 2007 consid. 5).

La plainte pénale est déposée à raison d'un état de fait délictueux déterminé (cf. art. 30 ss. CP). Il s'ensuit que la poursuite pénale ne peut être exigée que pour les infractions qui ont déjà été commises. Ce n'est qu'en cas de délits continus que la jurisprudence admet qu'une plainte s'étende aux faits qui perdurent après le dépôt de la plainte. Or, la concurrence déloyale ne constitue pas un délit continu (arrêt du Tribunal fédéral 6B_123/2016 du 9 décembre 2016 consid. 4.1. et 4.2.).

3.3. 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. L'infraction suppose l'existence d'une chose mobilière appartenant à autrui: une autre personne que l'auteur doit avoir un droit de propriété sur la chose volée (ATF 124 IV 102 consid. 2 p. 104). 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 p. 110). Du point de vue subjectif, il faut encore que l'auteur ait agi dans le dessein de s'approprier la chose mobilière appartenant à autrui et dans celui de se procurer ainsi, ou de procurer à autrui, un enrichissement illégitime (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1119/2020 du 21 janvier 2021 consid. 2.2. et la référence). L'acquisition dérivée de la propriété mobilière suppose un titre d'acquisition valable, suivi d'une opération d'acquisition, à savoir un acte de disposition et un transfert de possession selon l'un des modes prévus aux art. 922 ss. CC, avec ou sans remise de la

chose (P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, tome II, 4e éd. 2012, no 2018 p. 311). L'acquisition est parfaite lorsque le transfert de la possession à l'acquéreur complète l'opération d'acquisition par laquelle l'aliénateur exécute l'obligation résultant pour lui du titre d'acquisition (art. 714 al. 1 CC; ATF 131 III 217 consid. 4.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_583/2012 du 6 décembre 2012 consid. 3.1.2; 5C_182/2005 du 2 décembre 2005 consid. 3 non publié *in* ATF 132 III 155).

3.4. En l'espèce, la mise en cause objecte que les prétendus faits constitutifs de concurrence déloyale auraient été achevés plus de trois mois avant le dépôt de la plainte pénale.

L'argument est fondé.

Il est établi par la lettre de la recourante du 6 mars 2020 que celle-ci, d'une part, soupçonnait au plus tard ce jour-là que la société mise en cause avait noué à son insu un contact, voire un autre contrat, directement avec son fournisseur et, d'autre part, qu'elle en a tiré argument à l'appui d'une "*impossibilité*" de poursuivre la livraison des fenêtres. Dans la mesure où la recourante voit dans ces soupçons un dénigrement (au sens de l'art. 3 LCD) et une incitation (au sens de l'art. 4 LCD) à résilier le contrat (sans qu'on ne discerne clairement dans sa lettre qui, d'elle-même, du fournisseur ou du maître de l'ouvrage, aurait voulu y mettre en terme), sa plainte, du 1er septembre 2020, est tardive.

Il en va de même du "*secret d'affaires*" (au sens de l'art. 6 LCD) que représenterait le nom de son fournisseur.

Il en va de même, aussi, de l'augmentation prétendue du prix des fenêtres restant à livrer, dont on comprend mal, déjà, comment elle constituerait un acte de concurrence déloyale dirigée contre la recourante.

Au vu de la jurisprudence, qui est claire, l'on ne saurait considérer, comme le fait pourtant la recourante, que le délai de plainte n'aurait même pas commencé à courir à l'égard d'aucun de ces faits.

3.5. La recourante (qui ne reprend pas son accusation subsidiaire de recel) estime avoir été victime du "*vol*" des fenêtres à livrer en phase 2 du contrat d'entreprise.

À partir du moment où la mise en cause affirme, sans avoir été démentie, qu'elle s'était résolue à payer directement le sous-traitant, on ne voit pas comment cette dernière aurait "*soustrait*" des choses mobilières à la recourante, laquelle n'a jamais été propriétaire des fenêtres ni n'entendait le devenir. Dans ces circonstances, la mise

en cause ne saurait être considérée comme enrichie illégitimement de ce dont elle avait passé commande.

3.6. La recourante soulève, en des termes chantournés, une accusation de corruption, se demandant, en substance, pour quelles raisons la société mise en cause avait accepté de payer plus cher les fenêtres à livrer en phase 2.

L'augmentation de prix est cependant une allégation non étayée, car les pièces fournies à l'appui ne sont pas traduites, et ni le contrat d'entreprise ni le récapitulatif de ce qu'elle affirme avoir payé en phase 1 ne révèlent le coût unitaire d'une fenêtre.

Au surplus, la recourante n'a pas tiré argument d'une augmentation de prix pour déclarer unilatéralement "*impossible*" la poursuite du contrat; elle n'a pas non plus fait cette déclaration à son sous-traitant, qu'elle avait pourtant sélectionné au point de le considérer comme un secret d'affaires, mais au maître de l'ouvrage; ce qui apparaît singulier, puisqu'elle répondait envers lui du prix convenu à forfait (art. 373 al. 1 CO). Par ailleurs, la société mise en cause conteste l'existence même d'une hausse de prix.

Il n'existe donc pas de soupçon rendant vraisemblable la commission d'actes de corruption privée active, au sens des art. 4*a* al. 1 LCD et 322^{octies} CP (que la recourante ne cite pas).

Du reste, ces dispositions protègent principalement la loyauté due à l'employeur et l'intérêt public à un libre marché, mais les tiers seulement "*dans certaines circonstances*" (FF 2014 3450). À cette aune, la recourante n'a pas démontré avoir d'intérêt juridiquement protégé à invoquer une éventuelle hausse dolosive des prix de son fournisseur (qu'elle n'a jamais mis en cause) : dans pareille hypothèse, la lésée directe serait le maître de l'ouvrage.

Dans ces circonstances, il importe peu que le Ministère public ait omis de se prononcer sur ce grief d'"*actes corruptifs*". La recourante se contente, à vrai dire, de le relever sans se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue.

4. Au vu de ce qui précède, le litige relève de la justice civile, de sorte que le Ministère public a refusé à bon droit d'entrer en matière.

5. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés à CHF 1'500.-, émolument de décision compris (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_____ SÀRL aux frais de la procédure de recours, arrêtés 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 pour information à B_____ SA (soit, pour elle, son défenseur).

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président ; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	Le président :
Julien CASEYS	Christian COQUOZ

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/16063/2020 **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**