

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18703/2018

ACPR/890/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 18 novembre 2019

Entre

LA CAISSE DE COMPENSATION A _____, sise _____,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 7 juin 2019 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 24 juin 2019, la CAISSE DE COMPENSATION A_____ (ci-après : la A_____) recourt contre l'ordonnance du 7 juin 2019, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa "*dénonciation*".

La recourante conclut au constat que les éléments constitutifs des art. 87 et suivants LAVS sont remplis, à l'annulation de l'ordonnance précitée et au renvoi de la cause au Ministère public pour instruction.

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

a. B_____ était l'administrateur, avec signature individuelle, de la société C_____ SA, qui a été affiliée à la A_____ du 6 mars 1992 au 27 mars 2017. Elle a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 27 mars 2017.

b. Par courriel du 1^{er} mars 2016, B_____ a informé la A_____ que la société C_____ SA n'occupait plus d'employé depuis 2014.

c. Le 14 juillet 2016, la A_____ a interpellé C_____ SA après que D_____ lui eut fourni des certificats de salaire attestant de son statut d'employé de ladite société pour les années 2014 et 2015.

d. Le 3 septembre 2016, l'administrateur de C_____ SA, en liquidation, a expliqué que D_____ travaillait comme indépendant, en association avec la société E_____ et son directeur F_____, dont les dépôts étaient domiciliés chez C_____ SA.

e. La A_____ a adressé plusieurs courriers à C_____ SA, en liquidation, et à B_____ dans lesquels elle constatait un solde de cotisations sociales dû pour les périodes d'avril 2013 à janvier 2017 et un défaut de renseignements pour les années 2016 et 2017. Elle leur a imparti plusieurs délais afin que la situation soit régularisée, sans succès.

f. Le 27 septembre 2018, la A_____ a dénoncé B_____ au Ministère public, en sa qualité d'administrateur de la société C_____ SA, en liquidation, au sens des art. 87 et 88 LAVS. Elle lui reprochait d'avoir retenu sur les salaires de ses ouvriers et employés la part de cotisations AVS/AI/APG/AC incombant aux "*salariés*" d'avril à juin 2013, juin à décembre 2013, janvier à décembre 2014, janvier à décembre 2015, janvier à septembre 2016 et novembre et décembre 2016, pour un montant de CHF 9'549.20, et ne pas l'avoir versée à la caisse de compensation.

Elle s'est constituée partie plaignante.

g. Sur interpellation du Ministère public, B_____ a expliqué, le 2 novembre 2018, qu'il avait exercé seul la profession de comptable sous la raison sociale C_____ SA et avait cessé son activité professionnelle, vivant actuellement de sa rente AVS et de prestations complémentaires.

Il a produit le procès-verbal de son interrogatoire à l'Office des faillites du 8 juin 2017, duquel il ressort sous la question "*cause de l'insolvabilité*", les déclarations suivantes : "*quand j'ai repris la société en 2011, je voulais lancer une activité de fiduciaire. J'ai exercé cette activité pendant 2 ans. Ensuite j'ai rencontré M. F_____ en 2012, qui m'a proposé de lancer une activité de livraison de boissons en utilisant ma société C_____ SA qui existait déjà. J'étais d'accord sur le principe mais nous n'avons jamais signé d'accord écrit. J'ai fourni une procuration à M. F_____ en 2013 pour une durée de 6 mois afin qu'il puisse lancer son affaire de boissons. C'est peut-être dans ce laps de temps qu'il a conclu des assurances et qu'il a engagé du personnel au nom de C_____ SA. Je ne me suis plus du tout occupé de cette affaire qui était exclusivement gérée par M. F_____. J'ai appris qu'il était gravement malade (hospitalisation) dernièrement. Je précise que M. F_____ a sa propre entreprise E_____".*

h. Entendu par la police en qualité de prévenu le 29 novembre 2018, B_____ a contesté les faits reprochés et confirmé la teneur de son courrier du 2 novembre 2018 ainsi que du procès-verbal annexé. Il avait été le seul administrateur de C_____ SA et n'avait pas eu d'employé, sauf une apprentie durant les années 2010 à 2013, pour laquelle les charges sociales avaient été réglées auprès de la A_____. F_____ travaillait pour son propre compte sous la raison sociale de E_____, en qualité d'indépendant, et n'avait jamais travaillé sous le nom de C_____ SA. Rapidement, F_____ avait engagé plusieurs employés qu'il payait lui-même et toujours sous le nom de sa société E_____. Lui-même ne connaissait pas D_____ et n'avait jamais établi de fiche de salaire à ce nom. Selon lui, cet employé voulait percevoir des allocations familiales et avait utilisé le nom de sa société pour arriver à ses fins puisque F_____, entretemps décédé, était dans l'incapacité de fournir les documents nécessaires.

C. Aux termes de sa décision querellée, le Ministère public retient qu'au vu des éléments figurant au dossier, notamment des déclarations de B_____, il n'était pas possible d'établir qu'il avait effectivement engagé des employés durant la période litigieuse. De plus, compte tenu du décès de F_____, il n'était pas non plus possible de confronter les dires du prévenu à ce dernier. Il n'existait pas de prévention pénale suffisante à l'égard de B_____.

- D. a. À l'appui de son recours, la A_____ conteste la décision précitée et explique qu'elle ne s'attendait pas à ce que B_____ conteste le fait d'avoir engagé lui-même un employé pour C_____ SA durant la période concernée, raison pour laquelle elle n'avait pas remis au Ministère public les documents en sa possession prouvant ce fait. Elle produit ainsi un contrat de travail à durée indéterminée conclu entre C_____ SA et D_____, avec effet dès le 1^{er} juin 2013. Les parties au contrat sont ainsi représentées :

"L'employeur

L'employé

C_____ SA

D_____

Le directeur F_____

L'administrateur B_____ "

La signature apposée entre les noms "*F_____*" et "*B_____*" ressemble à celle apposée par B_____ sur le procès-verbal de son audition à la police.

La recourante produit en outre un document daté du 22 juillet 2014, établi à l'en-tête de C_____ SA attestant que D_____ travaillait depuis le 1^{er} juin 2013 pour la société en tant que chauffeur-livreur. Ce document contient deux signatures différentes, respectivement sous les noms de "*F_____*" et "*B_____*". La recourante produit aussi des bulletins de salaire sous l'en-tête "*C_____ SA, E_____*" en faveur de D_____ pour les mois de juin à septembre 2013, avec, au bas de chaque bulletin, un timbre humide au nom de C_____ SA, ainsi qu'une signature, identique sur chacune des fiches de salaire, ressemblant à celle de B_____.

b. Le Ministère public s'en tient à son ordonnance et propose le rejet du recours comme étant mal fondé.

c. La A_____ n'a pas répliqué.

EN DROIT :

1. 1.1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la A_____ qui, agissant en sa qualité d'assureur, est partie à la procédure en qualité de partie plaignante (arts 63 LAVS et 104 al. 1 let. b CPP; ce que confirme l'art. 79 al. 3 LPGA entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019) et 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).

1.2. Les faits et moyens de preuve nouveaux sont recevables devant l'instance de recours, de sorte que les pièces nouvelles produites à l'appui du recours seront admises (arrêts du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.1 et 3.2 et les références citées).

- 2. 2.1.** À teneur de 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 que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis.

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 ; 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'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'infraction grave (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; 138 IV 86 précité consid. 4.1.2; 137 IV 285 précité consid. 2.5).

Une décision de non-entrée en matière peut aussi être prononcée, lorsqu'aucun acte d'enquêtes raisonnable ne paraît pouvoir amener des éléments utiles à la procédure, tel est le cas lorsque les actes d'enquêtes paraissent disproportionnés par rapport aux intérêts en jeu (arrêt du Tribunal fédéral 1B_67/2012 du 29 mai 2012 consid. 3.2). Le Procureur doit aussi 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 (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, 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).

2.2. L'art. 87 LAVS, punit d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde, notamment celui qui par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura éludé, en tout ou en partie, l'obligation de payer des cotisations; celui

qui, en sa qualité d'employeur, omet de s'affilier à une caisse de compensation et de décompter les salaires soumis à cotisation de ses salariés dans le délai fixé par le Conseil fédéral en vertu de l'art. 14; celui qui, en sa qualité d'employeur, aura versé à un salarié des salaires dont il aura déduit les cotisations et qui, au lieu de payer les cotisations salariales dues à la caisse de compensation, les aura utilisées pour lui-même ou pour régler d'autres créances.

2.3. En l'espèce, il ressort des documents produits à l'appui du recours que non seulement le nom de C_____ SA est mentionné sur le contrat de travail, l'attestation du 22 juillet 2014 et les fiches de salaire, mais également celui du recourant et une signature qui pourrait être la sienne.

Ces éléments paraissent contredire les déclarations du mis en cause de sorte que les faits doivent être éclaircis. Au vu des soupçons suffisants de la commission par ce dernier d'une infraction à l'art. 87 LAVS, il appartiendra au Ministère public de procéder aux mesures d'instruction qu'il jugera nécessaires, mais, à tout le moins l'audition de B_____ en lien avec les pièces précitées.

3. Fondé, le recours doit être admis; l'ordonnance querellée sera annulée et la procédure renvoyée au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.
4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).
5. Aucune indemnité de procédure n'est due à la recourante, qui ne l'a pas demandé (art. 433 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours.

Annule l'ordonnance de non-entrée en matière du 7 juin 2019 et renvoie la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

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

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la A_____ 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

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).