

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/19986/2010

ACPR/461/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 10 octobre 2014

Entre

A. _____, domicilié _____, comparant par M^e Jean LOB, avocat, rue du Lion-d'Or 2, case postale 6692, 1002 Lausanne,

recourant,

contre l'ordonnance de refus de qualité de partie plaignante rendue le 19 mai 2014 par le Ministère public,

Et

B. _____, domicilié _____, comparant en personne,

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

intimés.

Communiqué l'arrêt aux parties en date du lundi 13 octobre 2014.

EN FAIT :

- A.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 27 mai 2014, A._____ recourt contre l'ordonnance du Ministère public, rendue le 19 mai 2014, dans la cause P/19986/2010, par laquelle cette autorité lui a dénié la qualité de partie plaignante à la présente procédure.

Le recourant conclut à la réformation de l'ordonnance querellée, en ce sens que la qualité de partie plaignante lui soit reconnue.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a) Le 13 décembre 2010, A._____ a déposé plainte pénale contre B._____ pour abus de confiance.

Il a exposé avoir été engagé par l'entreprise de ce dernier le 24 septembre 2007, son contrat ayant été repris par C._____ SA - entreprise dirigée elle aussi par le mis en cause - dès janvier 2008. Il avait cessé de travailler le 11 juin 2010.

Malgré les déductions opérées sur son salaire par son employeur pour les cotisations AVS, LPP et l'impôt à la source, il était apparu que cet impôt n'avait pas été versé au fisc, ainsi que celui-ci l'en avait informé. Il en était probablement de même pour les montants dus au titre de l'AVS et de la LPP.

b) Une instruction pénale a été ouverte le 30 janvier 2014 par le Ministère public pour ces faits.

c) Le même jour, A._____ a été confronté au mis en cause. Il a revêtu à cette occasion la qualité de « *partie plaignante* ». Il a déposé, avec l'assistance de son avocat, des conclusions civiles, tendant au remboursement de l'intégralité des montants détournés à hauteur de CHF 40'000.-, ainsi que CHF 4'000.- correspondant aux frais et dépens de la procédure.

- C.** À teneur de la décision querellée, les dispositions potentiellement violées par le mis en cause, soit les art. 87 LAVS, 76 LPP, 187 LIFD et 27 de la loi genevoise sur l'imposition à la source des personnes physiques et morales (LISP ; RS-GE D 3 20) ne causaient pas de dommage direct à A._____, dès lors que les montants impayés ne lui seraient pas réclamés et que les prestations sociales liées à l'AVS et à la LPP étaient garanties.

Par ailleurs, une infraction d'abus de confiance était d'emblée exclue, tout comme une gestion déloyale, cette dernière infraction étant absorbée par une infraction aux art. 87 LAVS et 76 LPP.

A. _____ ne subissait donc aucun préjudice direct et n'était donc pas lésé. Il ne pouvait ainsi revêtir la qualité de partie plaignante au sens de l'art. 118 al. 1 CPP.

D. a) À teneur de son recours, le recourant estime que le fisc pouvait se retourner contre lui. S'agissant des avoirs de prévoyance sociale et AVS, ils étaient moindres, de sorte que le recourant subissait un préjudice direct. Un abus de confiance était donc commis.

b) Le recourant a été invité par la Chambre de céans à verser des sûretés à hauteur de CHF 800.-, qui ont été fournies dans le délai imparti.

c.a) Le Ministère public a fait part de ses observations en soulignant que le patrimoine du recourant n'avait pas été lésé par les infractions reprochées, dès lors qu'il n'était pas débiteur de l'impôt à la source (art. 88 LIFD), ni des cotisations AVS et LPP.

Les art. 138, 158 et 159 CP ne trouvaient pas application dans les cas où l'employeur était lui-même personnellement tenu comme débiteur de verser des contributions en faveur de son employé.

c.b) Le recourant a répliqué en invoquant, à nouveau, le fait qu'il était débiteur personnellement du paiement de l'impôt. Un paiement tardif de la part du mis en cause était tout au plus une circonstance atténuante de l'infraction. Selon le Tribunal fédéral, le détournement de cotisations de l'employé était pénalement réprimé. La LAVS, la LPP et la loi sur l'impôt à la source autorisaient le recourant à revêtir la qualité de partie plaignante

c.c) B. _____, invité à se prononcer, n'a pas déposé d'observations.

c.d) La cause a alors été gardée à juger.

EN DROIT :

1. Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 393 et 396 CPP). Il concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (20 al. 1 let. a et 393 al. 1 let. b CPP et art. 128 al. 1 let. a et al. 2 let. a LOJ) et émane de la personne qui s'est vu refuser la qualité de partie plaignante et qui a donc qualité pour

agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de la décision entreprise (art. 105 al. 2 et 382 CPP).

2. La seule question juridique qui se pose est celle de savoir si le recourant a la qualité de partie plaignante dans le cadre de la présente procédure.

2.1. À teneur de l'art. 115 CPP, on entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (al. 1), les personnes ayant qualité pour déposer plainte pénale étant toujours considérées comme des lésées (al. 2).

Quant à l'art. 118 CPP, il indique qu'on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (al. 1) et qu'une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (al. 2).

La notion de lésé est donc essentielle en procédure pénale, puisque cette qualité est indispensable pour se constituer partie plaignante.

Pour être personnellement lésée, la personne doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 du 30 janvier 2012, consid. 2.1, avec référence à A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 8 ad. art. 115, M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 22 et suivantes ad art. 115). Il convient d'interpréter le texte de l'infraction pour en déterminer le titulaire et ainsi savoir qui a qualité de lésé (ATF 118 IV 209 consid. 2 p. 211). Lorsque les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas (ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1 p. 218; 119 IV 339 consid. 1d/aa p. 342 et suivante).

Pour être directement touché, l'intéressé doit, en outre, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 précité, consid. 2.1., avec les références doctrinales citées). Seuls les biens juridiques protégés par l'infraction concernée peuvent, s'ils sont atteints ou menacés, fonder la qualité de lésé. Il ne suffit pas, contrairement à ce que laisse penser le texte de la loi, que le lésé soit touché dans ses droits, et ce, même si l'ordre juridique protège habituellement ceux-ci (A. KUHN / Y. JEANNERET, *op.cit.*, n. 9 ad art. 115; ATF 117 Ia 135 consid. 2b p. 136 et suivante). Les droits lésés directement par l'infraction doivent être des biens juridiquement individuels, tels que la vie, l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur ou la liberté personnelle (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1148).

2.2. Les dispositions spéciales du code pénal et les dispositions pénales des lois spéciales, en matière d'infractions commises en lien avec des retenues sur salaire, s'articulent en fonction du patrimoine touché par l'infraction.

En effet, l'application des art. 138 CP (abus de confiance), 158 CP (gestion déloyale) et 159 CP (détournement de retenue sur les salaires) présupposent une lésion au patrimoine du travailleur (voir par exemple pour l'art. 159 CP, M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht II : Art. 111-392 StGB*, 3^e éd., Bâle 2013, n. 18 ad art. 159).

S'agissant plus particulièrement des retenues sur salaires, le Tribunal fédéral avait considéré, avant l'introduction de l'art. 159 CP actuel, que l'employeur qui n'affectait pas les retenues sur salaire au but convenu se rendait coupable d'abus de confiance (ATF 94 IV 137). Unanimement critiquée par la doctrine, cette jurisprudence a été renversée par la suite (ATF 99 IV 206). Le législateur a donc introduit une nouvelle teneur à l'art. 159 CP, lors de la révision du Code pénal de 1994, pour combler cette lacune et permettre la répression d'un tel comportement. Toutefois, comme le prévoit le message de l'époque : *« Les déductions de salaire relatives aux assurances sociales (AVS, prévoyance professionnelle obligatoire, etc.) sont par conséquent exclues du champ d'application de l'article 159 CP-P. Dans ces cas, en effet, l'employeur est débiteur non seulement de la part patronale de la cotisation, mais aussi de la part de l'employé, et le fait que l'employeur ne verse pas la cotisation de l'employé n'a aucune conséquence dommageable pour ce dernier. En matière fiscale également (impôt à la source, p.ex.), l'employé ne saurait être rendu responsable du non-versement au fisc des montants que l'employeur a pourtant retenus à cet effet sur son salaire. Cette nouvelle disposition diffère des dispositions pénales particulières contenues dans le droit des assurances sociales du fait, précisément, qu'elle exige la survenance d'un dommage. Elle ne peut entrer en concours ni avec les dispositions spéciales du droit des assurances sociales, ni avec celles du droit fiscal, puisque, dans ces domaines spécifiques, l'application de l'article 159 CP est exclue lorsque l'employé ne subit aucune atteinte à ses intérêts pécuniaires »* (Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Infractions contre le patrimoine et faux dans les titres) du 24 avril 1991, FF 1991 II 1023).

Il s'ensuit que l'employeur qui détourne des montants prélevés en vue de régler des cotisations sociales ou un impôt à la source ne se rend pas coupable d'infraction à l'art. 159 CP, faute de dommage causé au patrimoine du travailleur (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, n. 11 ad art. 159).

Par conséquent, son comportement doit s'analyser au regard des normes contenues dans les lois spéciales de droit des assurances sociales et de droit fiscal.

On pensera ainsi notamment à l'art. 87 al. 3 LAVS, à l'art. 76 al. 3 LPP ou à l'art. art. 187 LIFD, voire, en droit cantonal, à l'art. 27 LISP.

Cela étant, sous l'angle du bien juridiquement protégé, ces normes ne tendent pas à protéger le patrimoine de l'assuré, dès lors que, pour ce qui est des assurances sociales (AVS et LPP notamment), le travailleur ne subit aucune réduction de prestation en cas de faute commise par son employeur (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, n. 19 ad art. 159 ; Message cité *supra*). Il en va de même dans le cadre du paiement de l'impôt à la source, l'employeur étant seul débiteur de celui-ci (art. 88 al. 3 LIFD).

2.3. En l'espèce, et comme l'a retenu à juste titre le Ministère public dans ses observations, une infraction au Code pénal ne peut entrer en considération au vu de la nature des faits reprochés par le recourant dans sa plainte pénale. En effet, seules des cotisations AVS et LPP et l'impôt à la source auraient été détournées, ce qui exclut, conformément à la jurisprudence, l'application des art. 138, 158 et 159 CP.

En outre, la législation spéciale, qu'elle se rapporte aux assurances sociales ou au domaine fiscal, n'a pas pour but de protéger le travailleur qui ne subit aucune perte de prestations et ne peut être recherché en paiement de l'impôt à la source.

Par conséquent, l'employeur qui détourne des retenues sur le salaire qu'il aurait dû affecter à l'AVS, la LPP ou à l'impôt à la source ne cause aucun dommage direct et concret au travailleur, qui n'est donc pas lésé.

Faute d'être lésé, le travailleur ne peut revêtir la qualité de partie plaignante.

3. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.
4. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la procédure envers l'État (art. 428 al. 1 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A._____ contre l'ordonnance de refus de qualité de partie plaignante rendue le 19 mai 2014 par le Ministère public dans la procédure P/19986/2010.

Le rejette.

Condamne A._____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 705.-.

Dit que ces montants seront prélevés sur les sûretés versées.

Siégeant :

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

Le greffier :

Julien CASEYS

Le président :

Christian COQUOZ

Indication des 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.

ETAT DE FRAIS

P/19986/2010

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	20.00
-----------------	-----	-------

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 indépendante (let. c)	CHF	705.00
-	CHF	

Total	CHF	800.00
--------------	-----	---------------