



POUVOIR JUDICIAIRE

P/25903/2017

ACPR/329/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 8 mai 2019

Entre

A _____, domicilié _____, Luxembourg, comparant par M^e Pascal DE PREUX, avocat,
avenue de l'Avant-Poste 4, case postale 5747, 1002 Lausanne,

recourant,

contre l'ordonnance de classement rendue le 15 novembre 2018 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 26 novembre 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 15 novembre 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a classé la procédure, réservé la reprise de l'instruction (art. 323 al. 1 CPP), refusé d'allouer à B_____ une indemnité et laissé les frais de la procédure à la charge de l'état.

Le recourant conclut, sous suite de frais, à l'annulation de cette ordonnance, à la jonction des procédures P/25903/2017 et P/1_____/2018 et au renvoi du dossier au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- b.** Le recourant a versé les sûretés en CHF 900.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

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

a. A_____, ressortissant français né le _____ 1947, domicilié au Luxembourg, a ouvert un compte auprès de [l'établissement bancaire] C_____ à Genève le 27 décembre 2007. Il a signé, le 14 janvier 2008, un pouvoir de gestion discrétionnaire en faveur d'un gérant indépendant, [la société] D_____, [à] E_____ [Brésil], recommandé par la fille d'un ami, B_____, ressortissante brésilienne, née le _____ 1977, qui en était l'employée. A_____ a révoqué ce pouvoir de gestion le 2 juin 2017.

b. D_____ était dirigée par F_____. Lui-même et B_____ figuraient sur la liste des signataires individuels autorisés de ce gérant externe auprès de C_____. B_____ aurait été licenciée par D_____ en novembre 2016. Elle est actuellement sans domicile connu.

c. Le 15 décembre 2017, A_____ a déposé plainte pénale à Genève contre B_____ et contre inconnu pour abus de confiance, gestion déloyale, escroquerie et faux dans les titres. B_____ aurait contrefait sa signature sur un document intitulé "*authorization to send orders by fax*" visant à donner pouvoir à D_____ d'envoyer des ordres par fax signés par le client moyennant une vérification téléphonique auprès du gérant indépendant. Entre le 11 juillet 2014 et le 26 août 2016, trente-deux virements non autorisés avaient ainsi été opérés sur son compte pour un montant total de USD 3'127'379.51 et EUR 150'034.-. Au moins vingt-neuf de ces ordres avaient été transmis par fax, les trois autres ayant pu être passés via G_____ [application en ligne de la banque C_____]. Sur les trente-deux ordres, la signature de A_____ avait été grossièrement imitée. H_____, chargé chez C_____ des vérifications téléphoniques et I_____, autre employé de la banque, étaient en contact avec B_____.

d. A_____ a confirmé sa plainte devant le Procureur le 23 janvier 2018. Il s'était rendu à deux ou trois reprises dans les locaux de C_____ et avait été reçu par

H_____, hors la présence d'un représentant du gérant externe. Il avait choisi ce dernier parce qu'il avait travaillé durant une quinzaine d'années au Brésil et y avait fait la connaissance de J_____, le père de B_____, adjointe du directeur de D_____. S'agissant de la gestion de son compte, A_____ était contacté pour presque chaque transaction et il avait lui-même passé quelques ordres de bourse. Il ne recevait pas de compte rendu sur la gestion effectuée, ni par écrit ni oralement.

e. Entendu par le Procureur le 21 mars 2018, H_____, employé au service des gérants indépendants chez C_____, se souvenait que le compte de A_____ avait été ouvert à distance et qu'il y avait une délégation en faveur de D_____, gérant externe qui avait apporté une quarantaine de clients à la banque. H_____ avait rencontré une fois A_____, sans motif particulier, et n'avait jamais eu d'autre contact direct avec lui.

Un gérant externe pouvait passer des ordres par téléphone, télécopie ou sur la plateforme informatique de la banque et ces ordres devaient être validés, ce dont il s'était occupé jusqu'en 2016, son collègue K_____ lui succédant. Il avait rencontré F_____ plusieurs fois à Genève, et deux ou trois fois B_____, seule ou avec son chef. C_____ avait mis fin à sa relation avec D_____ vers avril 2017, ayant eu des doutes quant à la relation entre l'employeur et B_____, soi-disant en congé mais qui continuait à répondre aux appels de C_____ à fin 2016, début 2017. Pour les transferts d'argent vers l'extérieur, la banque demandait une signature valable du client ; quand il y avait un gérant externe, c'était vers lui qu'elle se tournait, à charge pour le gérant de vérifier la transaction avec son client.

f. Par avis de prochaine clôture du 24 août 2018, le Ministère public a informé A_____ de son intention de rendre une ordonnance de classement et l'a invité à présenter d'éventuelles réquisitions de preuve. Le 1^{er} novembre 2018, soit dans le délai prolongé par le Procureur, le plaignant a sollicité l'audition du gérant externe, F_____, et de deux employés de C_____, K_____ et I_____, ainsi que la production par la banque de l'ensemble des enregistrements téléphoniques "*call-back*" passés entre elle et D_____ et l'ensemble des courriels échangés entre ces deux établissements, en tant qu'il était concerné, ainsi que son dossier LBA. Il sollicitait en outre la jonction de sa procédure avec les causes P/1_____/2018 et P/2_____/2018, similaires et déjà jointes, observant que l'audition de H_____ le 21 mars 2018 concernait ces trois procédures, établissant ainsi implicitement un lien entre elles, le maintien de procédures distinctes violant l'art. 29 CPP. A_____ sollicitait aussi l'audition contradictoire de H_____ et s'étonnait de l'absence de mesures d'instruction complémentaires contre C_____, notamment au regard d'un ordre de transfert passé par fax le 9 juillet 2014, alors que l'autorisation ad hoc n'avait été transmise par B_____ à la banque que le 22 juillet suivant. Il sollicitait aussi d'autres investigations auprès d'établissements tiers, situés à Genève, soit la L_____, et des investigations concernant les destinataires de plusieurs versements effectués entre février et avril 2014.

ga. L'ordonnance querellée est ainsi motivée, en fait :

"Il est reproché à B_____, Brésil, des soupçons d'escroquerie et de faux dans les titres (art. 146 et 251 CP) pour avoir, à Genève, entre 2013 et 2016, en sa qualité d'employée au Brésil de la société D_____, E_____ (administrateur F_____, Brésil) confectionné des faux ordres de transfert pour sortir sans droit les montants suivants :

- compte A_____, Banque C_____ n° 3_____, du 11.7.2014 au 26.8.2016, total USD 3'127'000, plus EUR 150'000 en 31 transferts non autorisés.

A_____ a déposé plainte pénale en raison de ces faits le 15 décembre 2017.

La prévenue n'a pas été retrouvée et ne s'est pas prononcé sur les faits qui lui sont reprochés.

Suite à un avis de prochaine clôture, aucun acte d'instruction n'a été sollicité".

En droit, le Procureur relève que l'instruction n'avait pas permis de réunir les éléments constitutifs d'une infraction commise par une personne en Suisse, que la poursuite des infractions d'escroquerie et de blanchiment dont le soupçon pesait sur B_____ serait déléguée aux autorités brésiliennes et que le classement serait ordonné à son égard (art. 8 al. 3 et 4 CPP). La procédure préliminaire serait reprise si le Ministère public avait connaissance de faits et de moyens de preuve nouveaux à condition qu'ils ne ressortent pas du dossier antérieur (art. 323 al. 1 CPP).

gb. Le 26 novembre 2018, le Procureur a rendu une ordonnance de refus d'acte d'instruction, reprenant chaque acte sollicité par le plaignant dans sa correspondance du 1^{er} novembre 2018 pour dire qu'ils ne seraient pas susceptibles d'apporter plus d'éléments utiles. En outre, F_____ pourrait être entendu au Brésil. La jonction des procédures était refusée, afin de préserver la sphère privée des clients de la banque.

D. a. À teneur de son recours, déposé avant la réception de l'ordonnance de refus d'acte d'instruction, A_____ se plaint d'une violation du droit d'être entendu puisque l'ordonnance de classement ne se prononce pas sur sa requête et affirme même qu'elle n'existait pas. Ce seul motif devait conduire à l'annulation de l'ordonnance entreprise.

Cela étant, A_____ considère également que plusieurs motifs devaient conduire à l'annulation de l'ordonnance de classement.

Ainsi, le Ministère public a laissé entendre à tort que les infractions identifiées ne se poursuivraient pas en Suisse alors que, le dommage étant survenu au lieu d'exécution de l'obligation, soit à Genève, au siège de la banque, un for de poursuite avait été créé. Par ailleurs, le principe *in dubio pro duriore* excluait le classement puisqu'il était établi que B_____ avait confectionné de faux ordres de transferts et imité la

signature de A_____ pour débiter son compte, réalisant ainsi les conditions de l'escroquerie. Peu important, et cet argument était difficile à comprendre, qu'aucune personne domiciliée en Suisse n'ait commis d'infraction. Les charges pesant contre B_____ emportaient l'obligation pour le Procureur d'instruire la procédure et le classement était injustifié. De plus, les conditions d'application de l'art. 8 CCP n'étaient pas réalisées en l'absence d'une procédure à l'étranger et alors que le recourant, domicilié au Luxembourg, avait un intérêt prépondérant à ce que l'instruction se poursuive en Suisse, étant dans l'impossibilité de mener une procédure au Brésil. Enfin, il existait des doutes concernant l'efficacité des autorités étrangères, aucune démarche n'ayant été entreprise au Brésil.

La jonction des procédures devait être ordonnée car les faits étaient similaires dans les causes P/2_____/2018 et P/1_____/2018, que le Procureur avait jointes, et dans la sienne, et toutes trois visaient le même auteur, B_____.

b. Le Ministère public a persisté dans les termes de son ordonnance et conclu au rejet du recours. Le droit d'être entendu du recourant avait été respecté, s'agissant de l'administration des preuves pertinentes, par l'ordonnance de refus du 26 novembre 2018, dans les termes de laquelle le Procureur persistait également.

c. A_____ a répliqué le 19 mars 2019, relevant que le CPP n'autorisait pas le Ministère public à compléter une ordonnance de classement et que la nouvelle ordonnance du 26 novembre 2018, soit le jour où le recours avait été déposé, ne constituait pas la réparation de la violation du droit d'être entendu mais un rafistolage.

d. Les parties n'ayant pas dupliqué, 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 de classement sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 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).
2. Le recourant se plaint, implicitement, de la violation de l'art. 318 al. 2 CPP, au travers de la violation de son droit d'être entendu.
 - 2.1. À teneur de l'art. 318 al. 1 CPP, lorsque le Ministère public estime que l'instruction est complète, il rend une ordonnance pénale ou informe les parties de la clôture prochaine de l'instruction en leur octroyant un délai pour présenter leurs réquisitions de preuves. Si les parties requièrent l'administration de certaines preuves, le Ministère public doit traiter ces demandes avant de donner suite à la procédure. L'avis de prochaine clôture a ainsi pour but de donner aux parties la possibilité de se

prononcer sur le résultat et l'issue de l'instruction effectuée par le Ministère public et, le cas échéant, de requérir un complément d'enquête (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 318), voire de vérifier, avant de donner suite à la procédure, s'il a traité toutes les demandes des parties tendant à l'administration de preuves (P. MAURER, *Das bernische Strafverfahren*, Bern, 2003, ad art. 397 figurant dans l'ancien code de procédure pénale bernoise comportant une teneur identique à l'art. 318 al. 1 CPP).

Une violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'irrégularité n'est pas particulièrement grave et pour autant que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer et de recevoir une décision motivée de la part de l'autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit. Une réparation du vice procédural est également possible lorsque le renvoi à l'autorité inférieure constitue une vaine formalité, provoquant un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197 ; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1 ; ACPR/154/2014 du 17 mars 2014), la partie plaignante pouvant, dans le cadre d'un recours contre une ordonnance de classement, proposer à nouveau des preuves susceptibles de démontrer la culpabilité du prévenu (ACPR/437/2012 du 15 octobre 2012 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 19 ad art. 318).

2.2. En l'espèce, le Ministère public a procédé conformément à l'art. 318 al. 1 CPP en invitant le recourant, avant le classement de la procédure, à présenter ses réquisitions de preuve, mais a, étonnamment, contrevenu à l'art. 318 al. 2 CPP en rendant son ordonnance de classement sans se prononcer à leur sujet, prétendant qu'il n'en existait pas alors qu'elles avaient été valablement formulées. Partant, il a indiscutablement violé le droit d'être entendu du recourant et son ordonnance du 26 novembre 2018, rendue en dehors de tout cadre procédural, ne saurait y avoir valablement remédié.

Peu importe que, dans le cadre du recours contre un classement comme en l'espèce, le recourant puisse proposer à nouveau des réquisitions de preuves, la violation étant acquise et devant être constatée. Cela étant, cette violation n'implique pas le renvoi de la cause au Ministère public pour ce seul motif, les autres arguments devant être examinés afin d'éviter un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt du recourant à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable.

- 3.** La décision querellée, qui anticipe une délégation des poursuites à l'étranger dont rien ne permet de dire qu'elle serait sollicitée, considère sans autre développement que cette circonstance autoriserait le classement de la procédure en application des art. 8 al. 3 et 319 ss CPP, ce que le recourant conteste.

3.1. Conformément à l'art. 8 al. 3 CPP, le ministère public et les tribunaux peuvent renoncer à engager une poursuite pénale lorsqu'aucun intérêt prépondérant

de la partie plaignante ne s'y oppose et que l'infraction fait déjà l'objet d'une poursuite de la part d'une autorité étrangère ou que la poursuite est déléguée à une telle autorité. Cette disposition opte pour une formule facultative, la direction de la procédure pouvant renoncer à poursuivre si aucun intérêt de la partie plaignante ne s'y oppose et pour autant que des poursuites aient été engagées à l'étranger ou que la délégation des poursuites à l'étranger ait eu lieu (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du CPP*, Bâle 2016, n. 12 ad art. 8).

3.2. Il eût été en l'espèce judiciaire que le Ministère public, envisageant le classement pour un des motifs relevant de l'art. 8 al. 3 CPP, en informant préalablement la partie plaignante, afin qu'elle s'exprime sur son éventuel intérêt prépondérant au maintien de la procédure.

3.3. Fondée sur ce motif, la décision querellée n'est pas admissible ; en effet, la partie plaignante, domiciliée au Luxembourg et ayant un compte en Suisse, a un intérêt prépondérant manifeste à ce que la poursuite pénale continue là où elle a commencé, étant observé que Genève est également le lieu où d'autres actes de procédure devraient être entrepris, notamment en tant qu'ils concernent l'activité et les employés de la banque concernée. D'autre part, aucun acte du dossier n'a été accompli en vue d'une délégation des poursuites à l'étranger, de sorte que la lettre de l'art. 8 al. 3 CPP n'est pas respectée, et rien n'indique que des poursuites auraient été engagées à l'étranger contre la mise en cause, dont le domicile demeure à ce jour inconnu. Tout milite donc en l'espèce pour que l'instruction de la procédure se poursuive en Suisse et le Procureur ne pouvait donc exercer la faculté offerte par l'art. 8 al. 3 CPP. Pour ce motif également, sa décision sera annulée.

- 4.** Le Ministère public a fourni à titre d'autre motif de classement le fait que l'instruction n'avait pas permis de réunir les éléments constitutifs d'une infraction commise par une personne en Suisse.

Ce motif peu explicite, insolite, ne ressortant pas expressément des cas prévus à l'art. 319 CPP, faisant fi des art. 3 et 8 CP, doit indiscutablement être écarté.

4.1. Le Code pénal est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3 al. 1 CP). Un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit (art. 8 al. 1 CP).

Selon une jurisprudence constante, l'escroquerie est un délit matériel à double résultat, à savoir, d'une part, l'appauvrissement de la victime, et, d'autre part, l'enrichissement de l'auteur, dont seul le dessein – à l'exclusion de la réalisation – est un élément constitutif (ATF 109 IV 1 consid. 3c). Il s'ensuit que les différents lieux de rattachement territorial peuvent être le lieu de l'acte ou les lieux de survenance des différents résultats, soit le lieu de survenance de l'erreur, le lieu de survenance de l'acte de disposition préjudiciable, le lieu de survenance du dommage ou encore celui de survenance de l'enrichissement (A. DYENS, *Territorialité et ubi quité en droit*

pénal international suisse, Bâle 2014, p. 282 et ss.). Pour ce qui est du lieu de survenance du résultat, celui-ci peut se concrétiser au lieu de survenance du dommage, soit le lieu de l'appauvrissement qui correspond à une diminution d'actifs en lien avec des avoirs bancaires au lieu d'exécution de l'obligation (A. DYENS, *op. cit.*, p. 283 et 285).

4.2. Il existe en l'espèce des charges suffisantes de commission d'escroqueries au préjudice du recourant, dont le résultat, soit son appauvrissement par le biais de transactions frauduleuses affectant son compte bancaire à Genève, a créé un for de poursuite indiscutable en Suisse. Il est insoutenable de prétendre que la poursuite de l'instruction de la procédure serait liée à l'absence des éléments constitutifs d'une infraction commise par une personne en Suisse.

La décision querellée est donc également erronée de ce point de vue et devra être annulée.

- 5.** Le recourant se plaint du refus du Procureur de joindre sa procédure avec une autre concernant des faits similaires et dirigée contre la même personne.

5.1. À teneur de l'art. 29 CPP ("*Principe de l'unité de la procédure*"), les infractions sont poursuivies et jugées conjointement lorsqu'un prévenu a commis plusieurs infractions (al. 1 let. a) ou s'il y a plusieurs coauteurs ou participants (al. 1 let. b).

Le principe d'unité de la procédure découle déjà de l'art. 49 CP et, sous réserve d'exceptions, s'applique à toutes les situations où plusieurs infractions, respectivement plusieurs personnes, doivent être jugées ensemble (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 1 ad art. 29). Ce principe tend à éviter les jugements contradictoires quant à l'état de fait, l'appréciation juridique ou la quotité de la peine. Il sert en outre l'économie de la procédure (ATF 138 IV 214 consid. 3 ; 138 IV 29 consid. 3.2 ; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n. 3 ad art. 29).

5.2. En l'espèce, le Ministère public ne s'est pas valablement prononcé sur la demande de jonction des procédures puisqu'il l'a ignorée. Il a toutefois, dans un acte ultérieur de valeur procédurale incertaine, exprimé sa volonté de ne pas joindre les procédures – afin "*de préserver la sphère privée des clients de la banque*" - et il y a lieu de considérer qu'il ne modifierait pas son opinion si la cause lui était retournée pour qu'il s'exprime dans le respect du CPP, ce qui ne sera donc pas ordonné.

Le Procureur a joint deux procédures (P/2_____/2018 et P/1_____/2018 sous ce dernier numéro) car les faits étaient similaires et visaient le même auteur, B_____, mais il a refusé d'y joindre une troisième, la présente, pour un motif jamais invoqué à ce jour dans une procédure semblable, à savoir que les plaignants victimes d'un même auteur devraient agir séparément pour protéger la sphère privée de chacun d'eux. Assurément, cette motivation est inepte et doit être rejetée. Les faits des trois procédures concernées s'inscrivent dans un même contexte, soit une gérante externe

qui a profité de sa situation pour opérer des détournements sur des comptes situés dans une même banque, selon des procédés identiques. Il y a donc bien en l'espèce une personne suspectée d'avoir commis plusieurs infractions (al. 1 let. a), de sorte que la demande de jonction est pleinement justifiée, sous l'angle de l'unité de la procédure prévue à l'art. 29 al. 1 CPP.

- 6.** L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

Le recourant, partie plaignante qui obtient gain de cause, a demandé une indemnité qu'il n'a nullement chiffrée. Il ne lui en sera par conséquent pas alloué (art. 433 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours et annule l'ordonnance rendue le 15 novembre 2018 par le Ministère public.

Retourne la cause au Ministère public pour qu'il ordonne la jonction des procédures P/25903/2017 et P/1_____/2018.

Retourne la cause au Ministère public pour nouvelle décision au sens des considérants.

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

Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ l'avance de frais qu'il a effectuée en CHF 900.-.

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ, juge et Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; Madame Sandrine JOURNET, greffière.

La greffière :

Sandrine JOURNET

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).