REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/8092/2019 **ACPR/807/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 23 novembre 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [GE], comparant par M^e^ Stefan DISCH, avocat, chemin des Trois Rois 2, case postale 5843, 1002 Lausanne,

Recourant,

contre l'ordonnance de refus d'annulation de l'ordonnance pénale du 30 juillet 2019, rendue le 7 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. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 19 juillet 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 7 juillet 2021, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a refusé d'annuler l'ordonnance pénale rendue à son encontre le 30 juillet 2019.

Le recourant conclut, principalement, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'ordonnance querellée et de l'ordonnance pénale du 30 juillet 2019, au classement de la procédure le concernant et à la condamnation de l'État de Genève au remboursement de la somme de CHF 1'010.-, correspondant au montant de son amende de CHF 500.- et aux frais judiciaires de CHF 510.-. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 30 juillet 2019, le Ministère public a rendu deux ordonnances pénales dans le cadre de la procédure P/8092/2019:

- B_____, ressortissant français, a été – entre autres – condamné à une peine pécuniaire pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b et c de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI - RS 142.20) pour avoir, entre le 10 juin 2017 et le 12 janvier 2019, séjourné et travaillé en Suisse sans être au bénéfice des autorisations nécessaires. Il avait reconnu ne pas avoir annoncé son arrivée aux autorités genevoises, après qu'il eut quitté le canton de Vaud, par négligence administrative. Il avait toutefois déclaré, le 25 mars 2019, avoir entrepris les démarches auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations de Genève (ci-après, OCPM) pour régulariser sa situation.

- A_____ a été condamné à une amende de CHF 500.- pour infraction à l'art. 117 al. 1 et 3 LEI. Il lui était reproché d'avoir, du 9 juin 2017 au 12 janvier 2019, en sa qualité de directeur des ressources humaines de la société C_____ SA, sise à D_____ [VD], employé B_____ alors que celui-ci ne disposait d'aucune autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse pendant cette période.

  Le Ministère public a tenu compte du fait que B_____ était au bénéfice d'une telle autorisation au moment de son engagement et a considéré que le prévenu avait agi par négligence. Il a également relevé que A_____ avait déclaré être au courant du déménagement de l'employé dans le canton de Genève.

b. Le 20 août 2020, ensuite de l'opposition formée par B_____ contre l'ordonnance pénale le concernant, le Ministère public a classé partiellement la procédure s'agissant de l'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b et c LEI.

Selon l'extrait du Système d'information central sur la migration (ci-après, SYMIC) du 12 janvier 2019, le prévenu apparaissait comme ayant quitté le territoire suisse le 9 juin 2017. Conformément aux renseignements pris le 8 avril 2020 auprès de l'OCPM et du Service de la population de D_____, ensuite de la régularisation de la situation de B_____, le départ définitif de Suisse, inscrit automatiquement dans le système fédéral SYMIC, avait été supprimé. Aussi, les éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas réunis puisque le prévenu bénéficiait de toutes les autorisations requises, son permis C n'ayant finalement pas été annulé entre le 10 juin 2017 et le 12 janvier 2019.

B_____ a contesté l'ordonnance de classement partiel, en raison de sa condamnation pour les autres infractions retenues par le Ministère public, lesquelles étaient liées aux démarches administratives relatives au changement de domicile. Par jugement du 16 juin 2021, le Tribunal de police l'a reconnu coupable des mêmes infractions.

c. A_____ n'a pas fait opposition à l'ordonnance pénale le concernant.

d. Le 27 octobre 2020, A_____ a déposé, auprès du Ministère public, une demande en annulation de cette ordonnance, fondée sur l'art. 392 CPP, applicable par renvoi de l'art. 356 al. 7 CPP.

Puisqu'il avait été condamné pour avoir employé un travailleur qui ne disposait pas des autorisations nécessaires, et que tel n'était finalement pas le cas, il existait une contradiction entre l'ordonnance pénale et la décision de classement partiel subséquente.

Le 14 août 2020, le Département des infrastructures et des ressources humaines (DIRH) avait adressé à la société qui l'employait une missive, à teneur de laquelle il l'informait de l'ouverture d'une procédure d'exclusion des futurs marchés publics pour huit mois, en raison de la condamnation entrée en force pour emploi d'étranger sans autorisation. Une liste des employeurs faisant l'objet d'une telle sanction administrative était également publiée, après communication au Secrétariat d'État à l'économie. Il était dès lors dans une *"position intenable vis-à-vis de son employeur"* en raison de l'ordonnance pénale rendue à son encontre.

e. Le 18 novembre 2020, A_____ a déposé une demande de révision de l'ordonnance pénale du 30 juillet 2019 fondée sur l'art. 410 let. b CPP auprès de la Chambre pénale d'appel et de révision.

f. Par arrêt préparatoire du 11 janvier 2021, la Chambre pénale d'appel et de révision a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur la requête en annulation de l'ordonnance du 30 juillet 2019 déposée par A_____ le 27 octobre 2020.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public a refusé d'annuler l'ordonnance pénale du 30 juillet 2019. L'art. 356 CPP s'appliquait à la procédure devant le Tribunal de première instance et l'art. 392 CPP à la procédure de recours. Or, l'ordonnance pénale, qui était une proposition de jugement, n'était liée à aucune d'elles.

En outre, au 30 juillet 2019, la situation administrative de B_____ avait été correctement appréciée, puisque, conformément au registre fédéral SYMIC, l'intéressé n'était plus au bénéfice de son permis C. L'inscription au SYMIC était due à des omissions de B_____, lesquelles ont conduit les autorités à penser qu'il avait définitivement quitté la Suisse. Les démarches de régularisation ayant été effectuées par l'employé au cours de l'instruction, la modification du registre avait été ordonnée avec effet rétroactif. L'état de fait entre les deux décisions avait dès lors évolué et cette modification l'avait conduit à classer les faits liés à l'infraction de l'art. 115 al. 1 let. b et c LEI.

Il ne s'agissait pas d'une erreur judiciaire qui aurait dû profiter à A_____.

De plus, les infractions en question ne visaient pas les mêmes objectifs. Il était reproché à A_____ de ne pas avoir procédé aux vérifications usuelles, en sa qualité de responsable des ressources humaines de l'entreprise, au moment où il avait été informé du déménagement de B_____, et de ne pas avoir actualisé toutes les données personnelles de celui-ci. L'employeur devait s'assurer que les exigences légales étaient respectées par les travailleurs, tout du long du contrat et non pas uniquement au début des rapports contractuels.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ invoque une violation de l'art. 392 en lien avec l'art. 356 al. 7 CPP. Le Ministère public avait faussement relevé que l'art. 356 al. 7 CPP ne permettait pas une application analogique de l'art. 392 CPP, en contradiction avec la jurisprudence de la Chambre de céans (ACPR/372/2020 du 4 juin 2020).

En outre, sa démarche n'était pas abusive puisqu'il n'avait pas connaissance des faits qui justifiaient son acquittement pendant la période où l'opposition était possible. La situation factuelle avait évolué, étant précisé que les faits concernant la décision du 30 juillet 2019 avaient été jugés différemment de ceux retenus dans celle du 20 août 2020 puisque le permis C de l'employé n'avait jamais été annulé, contrairement à ce que retenait la première ordonnance.

L'art. 117 LEI ne sanctionnait pas l'omission des obligations incombant à celui qui emploie un travailleur étranger, mais le fait d'employer effectivement un étranger non autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

De plus, il avait exigé une copie du permis d'établissement de l'employé – annexée au recours – au début des rapports de travail. À teneur de ce document, le délai de contrôle arrivait à échéance le 26 octobre 2019. Ce permis était de durée indéterminée et comportait une validité administrative de cinq ans. Il ne pouvait être révoqué qu'en cas de départ de Suisse de l'employé ou de condamnation pour des faits graves. Or, aucune information en ce sens n'avait été portée à la connaissance de l'employeur et il n'avait ainsi eu aucune raison de penser que l'employé n'était plus au bénéfice des autorisations nécessaires, étant souligné que les employeurs n'ont pas accès au registre SYMIC.

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

EN DROIT :

1. **1.1.** Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 90 al. 2, 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 du prévenu qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a 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).

1.2. La pièce nouvellement produite par le recourant devant la Chambre de céans est recevable (arrêt du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.2 *in fine*).

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. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir violé les art. 356 al. 7 et 392 CPP, en refusant d'annuler l'ordonnance pénale rendue contre lui.

3.1. À teneur de l'art. 392 al. 1 CPP, lorsque, dans une même procédure, un recours a été interjeté par certains des prévenus ou des condamnés seulement et qu'il a été admis, la décision attaquée est annulée ou modifiée également en faveur de ceux qui n'ont pas interjeté recours aux conditions suivantes : l'autorité de recours juge

différemment les faits (let. a) et les considérants valent aussi pour les autres personnes impliquées (let. b). Avant de rendre sa décision, l'autorité de recours entend s'il y a lieu les prévenus ou les condamnés qui n'ont pas interjeté recours, le ministère public et la partie plaignante (al. 2).

Selon l'art. 356 al. 7 CPP, si des ordonnances pénales portant sur les mêmes faits ont été rendues contre plusieurs personnes, l'art. 392 CPP est applicable par analogie. Nonobstant son titre marginal ("*Procédure devant le tribunal de première instance*"), l'art. 356 al. 7 CPP vaut également devant le ministère public lorsque ce dernier décide, sur la base de l'art. 355 al. 3 let. b CPP, de classer la procédure à l'encontre du ou des prévenus ayant formé opposition à l'ordonnance pénale. Il doit alors examiner si, par une application analogique des art. 356 al. 7 et 392 CPP, ce classement peut également profiter aux prévenus qui ont renoncé à former opposition (ACPR/372/2020 précité consid. 3.3 et 3.4 et les références citées).

3.2. Le but poursuivi par l'art. 392 CPP, dont l'application est obligatoire, est d'éviter des demandes de révision ultérieures. Ainsi, la révision, en tant que moyen de droit subsidiaire, cède le pas à l'application de l'art. 392 CPP, de sorte que certains auteurs l'appellent une "*révision sui generis*" (arrêt du Tribunal fédéral 6B_786/2019 du 4 février 2020 consid. 1.1 et les références citées).

Cette disposition ne peut être appliquée que lorsqu'il s'agit du même état de fait et que l'autorité de recours l'apprécie différemment au niveau du droit et/ou des faits (F. RIKLIN, *StPO Kommentar : Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen,* 2e éd., Fribourg 2014, n. 1 *ad* art. 392 CPP ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung : Art. 196-457 StPO, Jugendstrafprozessordnung : Art. 1-54 JStPO*, 2e éd., Bâle 2014, n. 2 *ad* art. 392 CPP).

3.3. L'autorité de recours (voire le tribunal de première instance ou le ministère public) juge différemment les faits au sens de l'art. 392 al. 1 let. a CPP lorsqu'elle apprécie un élément de fait essentiel autrement que ne l'avait fait le premier juge, par exemple en retenant que la chose mobilière, objet du vol, n'appartenait pas à autrui (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op. cit.*, 2e éd., Bâle 2014, n. 1 *ad* art. 392) ou que les éléments au dossier n'étaient pas suffisants pour éliminer tout doute quant à la participation de l'auteur à l'infraction (arrêt du Tribunal fédéral 6B_800/2013 du 12 juin 2014 consid. 5.2). Il en va de même lorsque l'autorité apprécie différemment une condition à l'ouverture de l'action pénale ou un empêchement de procéder, par exemple lorsqu'elle constate que la plainte pénale n'était pas valable ou que l'infraction était déjà prescrite (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2018, n. 4 *ad* art. 392 ; N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3e éd., Zurich/Saint-Gall 2017, n. 1497

nbp 155 ; M. DAPHINOFF, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, thèse Fribourg*, Zurich 2012, p. 727).

3.4. Le cas d'espèce est particulier, en ce sens que l'évènement invoqué, soit la régularisation de la situation administrative de B_____ ensuite des corrections effectuées à son initiative dans le registre SYMIC, est nouveau, puisque postérieur à l'ordonnance pénale du 30 juillet 2019, tout en apportant un éclairage sur la situation préexistante, le permis C de l'employé n'ayant jamais été annulé pendant la période en question. Si cette situation avait été corrigée avant le prononcé de l'ordonnance pénale du recourant, celui-ci n'aurait pas été condamné pour infraction à l'art. 117 al. 1 et 3 LEI, le travailleur disposant des autorisations nécessaires.

Toutefois, force est de constater que la situation a effectivement évolué entre le 30 juillet 2019 et le 20 août 2020. Au moment où l'ordonnance pénale condamnant le recourant a été prononcée, le Ministère public a constaté que l'autorisation de séjour et d'exercer une activité lucrative de B_____ avait été annulée. Or, tel n'était plus le cas le 20 août 2020, puisque son départ définitif de Suisse a finalement été radié du registre fédéral SYMIC, sans qu'il ne soit question d'une erreur administrative. L'autorité pénale a dès lors rendu ses deux décisions sur la base d'états de faits distincts. Cette constatation subsiste, même si la correction porte sur une période antérieure à la première ordonnance. Le Ministère public n'a dès lors pas jugé différemment les faits.

La comparaison avec les exemples doctrinaux permet de parvenir à la même conclusion. Ainsi, lorsque l'autorité juge subséquemment qu'une chose n'appartient pas à autrui, elle procède à une appréciation différente d'une situation préexistante. La propriété de la chose n'est pas nouvelle, elle a simplement été revue différemment. Il en va de même pour le cas d'une plainte qui s'avère finalement viciée. La plainte – et son vice – étaient préexistants, ce n'est que l'appréciation du juge d'un même état de fait qui varie. En l'espèce, la régularisation de la situation administrative de B_____ n'était pas établie au 30 juillet 2019, date du prononcé litigieux, et l'on ne voit pas comment le Ministère public, sur la base de l'état de fait qui lui était présenté à cette date, aurait pu faire autrement que de conclure à la réalisation de l'infraction.

Il était loisible au recourant, s'il estimait avoir rempli ses obligations d'employeur, de contester l'ordonnance pénale par la voie de l'opposition, ainsi que l'a fait l'employé. Il a admis être au courant, pendant la procédure d'instruction, que B_____ n'avait pas quitté le territoire suisse et qu'ainsi son autorisation de travailler avait potentiellement conservé sa validité. Le 25 mars 2019, l'employé a d'ailleurs déclaré avoir entamé les démarches nécessaires à la régularisation de sa situation administrative. Le recourant, conscient des arguments qu'il pouvait faire valoir, admet ne pas avoir contesté la décision, faute d'en avoir mesuré les conséquences –

administratives notamment – sur lui-même et l'entreprise dans laquelle il est lui-même employé. Or, la procédure selon l'art. 392 CPP ne vise pas à protéger l'absence d'opposition dans ces circonstances.

En conséquence, les conditions de l'art. 392 CPP ne sont pas remplies en l'espèce.

4. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 1'000.- (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 le recourant aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 1'000.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, ainsi qu'au Ministère public.

Le communique pour information à la Chambre pénale d'appel et de révision.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Julien CASEYS	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/8092/2019 **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	915.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'000.00**