

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 30 décembre 2019

Composition : M. MEYLAN, président
MM. Perrot et Oulevey, juges
Greffière : Mme Rouiller

Art. 319 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 11 octobre 2019 par la **P.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 30 septembre 2019 par le Procureur cantonal Strada dans la cause **n° PE16.025403-ASW**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) La P._____ (ci-après également : la fondation), dont le siège social est à [...] a pour but l'exploitation d'EMS. Elle gère en particulier l'EMS Q._____ dont la construction s'est achevée en 2014.

Au cours de la construction de ce nouvel EMS, la fondation a dû organiser l'installation des appels d'urgence, ainsi que la téléphonie ordinaire. En 2013, elle a fait un appel d'offres pour ces installations.

Le 22 janvier 2014, K. _____ (ci-après également : la société), dont R. _____ était l'administrateur unique, a fait une offre portant sur ces installations, leurs licences et leurs logiciels d'utilisation, ainsi que leur maintenance pendant 5 ans. Cette offre a été acceptée par la fondation qui a confié les travaux à la société. Aucun contrat n'a toutefois été signé par les deux parties.

b) Dès mars 2014, les relations entre la fondation et la société ont commencé à se dégrader, la première reprochant à la seconde ne pas être parvenue à installer un système fonctionnel. Le 11 novembre 2014, la fondation a résilié le contrat conclu avec la société et a confié en urgence la finalisation des travaux à B. _____, qui a repris le mandat sans autre formalités le 17 novembre 2014, après avoir engagé M. _____, ex-employé de K. _____ en charge de l'exécution des travaux.

c) Par courrier du 12 décembre 2016 adressé au Ministère public de l'arrondissement de Lausanne, la P. _____ a déposé une plainte pénale "*pour escroquerie aux licences de logiciels informatiques*", en précisant que "*pour l'heure, la plainte é[tait] formellement déposée contre inconnu, et qu'il s'agirait en particulier de définir qui é[tait] responsable des infractions précitées au sein de K. _____*". Cette plainte expose notamment ce qui suit (cf. P. 4/2) :

"[...]

Nous avons rencontré de terribles problèmes avec les prestations fournies par K. _____, qui n'a d'ailleurs jamais terminé son travail.

Enfin, nous avons dû engager une société tierce pour obtenir un service qui fonctionne. [...].

Dans le cadre des travaux correctifs, nous avons dû constater que K. _____ avait réutilisé ailleurs une partie des licences qui nous avaient été vendues. Nous avons ainsi été bloqués.

Il nous est ensuite apparu que K. _____ avait en réalité vendu une seconde fois, à des tiers, des licences qui nous étaient destinées.

Cela a également posé des problèmes aux tiers en question. En annexe, vous trouverez une copie du courrier qui a été adressé à l'EMS T. _____ à [...] par la C. _____. Vous noterez que K. _____ est ici dénoncée pour avoir installé des logiciels dans l'EMS T. _____ sans autorisation valable.

D'autres renseignements obtenus nous font penser que K. _____ pratique régulièrement l'usage multiple de licences.

La P. _____ se sent escroquée par cet agissement qui risque de lui causer des difficultés au cas où les sociétés propriétaires des logiciels devaient nous interpeller. En outre, nous rencontrons des problèmes pour la gestion et le renouvellement des logiciels. On souligne encore une fois que les installations en cause sont pourtant essentielles pour nos résidents et que nous ne pouvons pas nous permettre la moindre défaillance.

Au vu des éléments qui précèdent, nous avons l'honneur de déposer plainte pénale. Nous déclarons également nous porter demandeurs tant sur le plan pénal que sur le plan civil.

[...]."

A l'appui de sa plainte, la P. _____ a produit une liasse de pièces contenant la lettre du 30 juillet 2015, adressée à la T. _____ à [...], par la C. _____ (P. 4/5). On y lit ce qui suit :

"[...]

Nous avons été informés du fait que votre établissement utilise actuellement opérationnellement notre logiciel [...].

*Le logiciel a été de toute évidence installé sur la base d'un contrat établi entre votre établissement et la société K. _____ [...]. **L'entreprise K. _____/AG vous a donc accordé un droit d'utilisation opérationnelle de la licence du logiciel alors que l'entreprise K. _____/AG n'est pas autorisée, en dépit d'éventuelles déclarations contractuelles, à vous accorder les droits durables d'utilisation de la licence du logiciel.***

Ainsi, nous attirons expressément votre attention sur le fait que toute (autre) utilisation du programme de logiciel [...] constitue une violation intentionnelle des droits d'auteurs [...].

Ainsi, d'après la loi allemande et suisse sur le droit d'auteur, toute utilisation de la licence des droits aux dommages et intérêts à notre bénéfice.

De même, nous sommes fondamentalement en droit d'engager une procédure pénale pour cause d'utilisation illégale de notre licence du logiciel.

Afin d'éviter une telle démarche, nous nous déclarons volontiers prêts, après votre paiement à l'entreprise C. _____ de redevances de licence correspondantes, à vous accorder un droit direct durable pour l'utilisation du logiciel mentionné ci-dessus. Les paiements que vous avez déjà effectués à l'entreprise K. _____/AG ne peuvent cependant pas être crédités. Vous serez donc contraints d'exiger le remboursement directement auprès de l'entreprise K. _____/AG.

[...] "

A titre de mesures d'instruction, la P. _____ a requis que soit entendu M. _____ qui avait été actif au sein de K. _____ entre 2011 et 2014, pour qu'il s'exprime au sujet des procédés de R. _____ et leurs conséquences sur les clients.

c) Le 21 mars 2017, le Ministère public a tenu une audience de confrontation entre le prévenu R. _____ et le représentant de la P. _____, F. _____. A cette occasion, R. _____ a fourni les explications suivantes au sujet des licences destinées à la P. _____ :

" [...] la société K. _____ vend un produit qui s'appelle [...], pour lequel nous avons des accords globaux en matière de licence avec les différents constructeurs que nous utilisons, en particulier O. _____ et Y. _____. Nous avons acheté beaucoup de licences et d'un seul coup avons un contrat global (pages 2 et 3, lignes 67 à 70).

[...] Tant que le projet n'est pas terminé et que le client n'a pas payé, nous ne livrons pas de licence définitive, mais travaillons avec des licences provisoires. Ceci est en accord avec nos différents fournisseurs pour lesdites licences [...]. (cf. page 3, lignes 77 à 79).

[...]

Pour vous répondre, la licence Y. _____ a bien été livrée en bonne et due forme, selon moi. [...] je ne crois pas avoir revendu la même licence à d'autres EMS. Pour vous répondre, nous avons un contrat cadre avec 2'000 licences. Nous les mettons en place au fur et à mesure. Dès que le chantier est terminé et que le contrat de maintenance est signé, nous livrons la licence définitive. Il est juste qu'il y ait une licence par système exploité au final, quand on est en production. Pour vous répondre, les licences provisoires peuvent être utilisées à plusieurs endroits simultanément, en accord avec nos fournisseurs. Pour vous répondre la licence O. _____ n'a pas été livrée car nous n'avons pas été payés et le contrat le contrat de maintenance n'a pas été signé (cf. page 3, lignes 95 à 103).

[...]

Vous me demandez si j'ai vendu une seule licence à plusieurs clients. Pour vous répondre, on n'a jamais vendu des licences. On fait des contrats globaux dont le paiement consiste à 50% à la commande, 30 ou 40 % à la livraison du système et à la mise en production et le solde au moment de la signature de reprise. Pour vous répondre, il est juste que les licences sont comprises dans le montant global. [...] (cf. page 4 lignes 163 à 168).

[...]

Quand on parle de licences qui ont été utilisées par plusieurs EMS différents, il ne s'agissait que de licences provisoires pour des chantiers en cours de finalisation. Pour vous répondre, il doit y avoir entre cinq et huit chantiers dans ce cas, il me semble. Nous ne travaillons que dans le domaine des EMS dans toute la Suisse, mais principalement en Romandie. Pour vous répondre B. _____ est effectivement devenu notre concurrent. D'ailleurs un de mes collaborateurs a été recruté par cette société. Ils ont terminé le chantier de la P. _____, puis ils s'en sont prévalus pour récupérer d'autres de mes clients. Le contrat [...] est typiquement un de ces exemples (cf. page 4, lignes 169 à 177).

[...]

Pour répondre à la procureure, le système de licences provisoires a été mis en place par la société K. _____ et ne vient pas d'un fournisseur. Pour vous répondre, nous accordions effectivement provisoirement à nos clients l'usage d'une licence à notre disposition en ne l'annonçant pas encore au fournisseur. Une fois que nous avons été réglés, nous l'annonçons aux fournisseurs. Elle nous était facturée par lui et accordée définitivement et nous la livrions définitivement au

client. On ne peut travailler autrement sinon on fait la banque pour nos clients (cf. page 6, ligne 198 ss).

*Pour répondre à Me Zeiter,
Si P. _____ a eu la licence pour Y. _____ c'est parce que nous avons bien voulu faire un geste. Très souvent, nous livrons la licence Y. _____ avant la fin des travaux (cf. page 5, lignes 206 ss).
[...]."*

d) Le 9 octobre 2018, la recourante a demandé que soit jointe à la présente cause, l'affaire pénale dirigée contre R. _____ dans le Canton de Genève ([...], pour des faits similaires (le prévenu se serait fait poursuivre par un EMS pour une installation gravement défectueuse et des licences utilisées plusieurs fois).

B. Par ordonnance du 30 septembre 2019, le Procureur cantonal Strada a prononcé le classement de la procédure pénale dirigée contre R. _____ pour escroquerie (I), dit qu'il n'y avait pas lieu d'octroyer à R. _____ une indemnité au sens de l'art. 429 CPP (II) et laissé les frais à la charge de l'Etat (III). En bref, le Parquet a rejeté toutes les réquisitions de la plaignante et a considéré que l'affaire était de nature purement civile.

C. Par acte mis à la poste le 11 octobre 2019, la P. _____ a, sous la plume de son conseil de choix, conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi du dossier au Ministère public pour qu'il poursuive l'instruction, en administrant notamment les preuves requises.

Interpellé, le Ministère public s'est déterminé le 20 décembre 2019. Il a conclu au rejet du recours en renvoyant l'autorité de céans à l'ordonnance attaquée.

D. Le dossier du Ministère public du canton de Genève a été produit [...] Il en ressort que par ordonnance du 19 novembre 2018 – confirmée par arrêt de la Cour de justice du 12 juin 2019 (ACPR/430/19) –, cette autorité a refusé d'entrer en matière sur la plainte déposée par I[...] contre R._____ pour escroquerie et gestion déloyale. En bref, elle a retenu que les faits reprochés au prévenu, notamment, en matière de transfert de licences "*relevaient d'une problématique exclusivement civile*", soit d'une "*mauvaise exécution des contrats, mais non d'une intention de tromperie au sens pénal de R._____*", le prévenu ne s'étant d'ailleurs pas enrichi sur ce projet, puisqu'il avait fait faillite quelques mois après la fin de ses rapports avec la[...] (cf. P. 18, page 13).

E. La procédure de faillite de K._____ a été clôturée le 11 octobre 2017 et cette entité juridique a été radiée d'office [...]

F. Il n'a pas été ordonné d'autres échanges d'écritures.

En droit :

1.

1.1 Les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement rendue par le ministère public en application des art. 319 ss CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0) dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP), qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCP [loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009; BLV 312.01]; art. 80 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; BLV 173.01]).

1.2 En l'espèce, interjeté en temps utile et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP) auprès de l'autorité compétente, par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 Selon l'art. 319 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales (let. e).

2.2 La décision de classer la procédure doit être prise en application du principe *in dubio pro duriore*. Ce principe vaut également pour l'autorité judiciaire chargée de l'examen d'une décision de classement. Il signifie qu'en règle générale, un classement ou une non-entrée en matière ne peut être prononcé 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. 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'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, JdT 2017 IV 357; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2 et les références citées; TF 6B_511/2018 du 25 juillet 2018). L'autorité de recours ne saurait ainsi confirmer un classement au seul motif qu'une condamnation n'apparaît pas plus probable qu'un acquiescement (TF

6B_874/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1; TF 6B_1177/2017 du 16 avril 2018 consid. 2.1; TF 6B_1356/2016 du 5 janvier 2018 consid. 3.3.3; CREP 25 mars 2019, consid. 2.2.1 et les références citées). En revanche, le Ministère public doit classer la procédure s'il apparaît, sur la base de faits assez clairs pour qu'il n'y ait pas lieu de s'attendre à une appréciation différente de l'autorité de jugement (ATF 143 IV 241 consid. 2.3.2), qu'un renvoi aboutirait selon toute vraisemblance à un acquittement.

3

3.1 En l'espèce, le Ministère public a considéré que les reproches adressés au prévenu étaient de nature exclusivement civile et relevaient d'une mauvaise exécution du contrat passé entre les parties. En effet, le représentant de la fondation plaignante entendu en cours d'enquête, F._____ avait expliqué qu'une licence pour la gestion des antennes Wi-Fi avait dû être rachetée alors qu'elle figurait dans le contrat d'achat initial soumis à la société du prévenu ; en outre, la licence pour le système d'appel-malade (système Y._____) avait vraisemblablement été utilisée par d'autres établissements, mais il n'y avait pas eu de conséquences négatives pour la fondation. Ainsi, sur le plan pénal, aucun élément ne tendait à démontrer que le prévenu aurait trompé la fondation en vue d'obtenir une adjudication des mandats litigieux ; rien ne permettait de penser que celui-ci n'aurait pas eu la volonté dès la conclusion du contrat de ne pas l'exécuter. S'agissant de la problématique des licences, le prévenu avait exposé que tant que le projet de l'EMS n'était pas finalisé et que le contrat de maintenance n'était pas signé par la plaignante, il était dans l'incapacité de délivrer des licences définitives et que le mode de fonctionnement des licences provisoires était exposé à ses clients lors des discussions contractuelles et que cela figurait dans le contrat, même s'il n'y avait pas eu de contrat écrit avec la plaignante malgré ses demandes réitérées. Pour le procureur, ces explications étaient suffisantes pour admettre qu'aucun des éléments constitutifs de l'infraction d'escroquerie ou de toute autre infraction n'était réalisé en l'espèce.

3.2 Aux termes de l'art. 146 al. 1 CP, se rend coupable d'escroquerie celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie consiste à tromper la dupe par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais ou par un comportement qui la conforte dans son erreur. Pour qu'il y ait escroquerie, une simple tromperie ne suffit pas. Il faut encore qu'elle soit astucieuse. Il y a tromperie astucieuse, au sens de l'art. 146 CP, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 154 s.; ATF 135 IV 76 consid. 5.2 p. 79 s.). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances. Une coresponsabilité de la dupe n'exclut toutefois l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2 p. 155; ATF 135 IV 76 consid. 5.2 p. 80 s.).

Sur le plan subjectif, l'escroquerie est une infraction intentionnelle, l'intention devant porter sur tous les éléments constitutifs de l'infraction. L'auteur doit en outre avoir agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, correspondant au dommage de la dupe (ATF 134 IV 210 consid. 5.3).

3.3 En l'espèce, le raisonnement du Ministère public ne peut être suivi. Comme le relève la recourante, on dispose clairement d'indices permettant fortement de soupçonner que le prévenu, par sa société, s'est engagé à installer un système de télécommunications en sachant qu'il ne pourrait pas y parvenir et qu'il allait réutiliser, sans autorisation, plusieurs fois les mêmes licences, auprès de plusieurs clients. À cet égard, le courrier adressé le 30 juillet 2015 à un autre EMS par C._____ société qui commercialise les logiciels utilisés pour les systèmes de télécommunications et qui, à ce titre, vend des licences d'utilisation, est assez révélateur : ladite société reproche en effet à cet EMS d'avoir utilisé sans droit des licences qui semblent avoir été installées par la société du prévenu (P. 4/5). Il ressort en outre de la pièce 14/2 que, selon C._____ le prévenu aurait reçu une licence de démonstration qui aurait été utilisée illégalement dans plusieurs projets menés par sa société et celle-ci n'aurait jamais été autorisée à l'utiliser dans un véritable projet ; C._____ a également précisé que chaque licence était destinée à un client final bien défini et que la société du prévenu ne pouvait donc pas acquérir, en avance, des licences pour des projets encore indéterminés. L'existence d'un système de licences provisoires est donc infirmée par la C._____. Il l'est également par l'intéressé lui-même : " [...] *Pour répondre à la procureure, le système de licence provisoire a été mis en place par la société K._____ et ne vient pas d'un fournisseur [...]* (cf. PV aud. du 27 mars 2017, p. 6). Au sujet de l'octroi de licences, les autres indications données par le prévenu au cours de cette même audience rapportés en pages 4 et 5 ci-dessus ne permettent pas de cerner quels étaient ses fournisseurs de licences, ce qu'il était autorisé à vendre, à quelles conditions et selon quelles modalités, quels étaient les engagements qu'il prenait avec ses clients, s'il avait une politique de vente unique et définie, si, quand et pourquoi il accordait parfois une licence définitive avant la fin des travaux. Curieusement, le Ministère public s'est contenté de suivre entièrement les explications du prévenu, alors que les indices précités permettent sérieusement de les mettre en doute. Il est assez surprenant que le Parquet n'ait pas poursuivi l'instruction de ce dossier en procédant à l'audition de M._____ requise par la plaignante alors que ce témoin a été actif au sein de la société incriminée de 2011 à 2014 et qu'il a été

ensuite employé par la plaignante pour rétablir les systèmes informatiques. À l'évidence, ce témoignage est essentiel pour une bonne compréhension des faits. Par ailleurs, vu la nature assez technique de la cause, on peut se demander si les déclarations du prévenu ne devraient pas être soumises à un expert.

3.4 A ce stade de l'instruction, rien ne permet d'exclure que le prévenu n'ait pas volontairement et de manière systématique trompé plusieurs établissements sur la nature et la validité des licences fournies par sa société. L'infraction d'escroquerie peut donc être envisagée. C'est donc en violation de l'art. 319 al. 1 CPP que le Ministère public a rendu l'ordonnance de classement querellée. Il incombe dès lors à cette autorité de procéder à une instruction plus étendue de la cause conformément à ce qui a été relevé ci-dessus, puis qu'elle procède à nouveau relativement à l'art. 318 CPP.

4. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, l'ordonnance du 30 septembre 2019 annulée et le dossier de la cause renvoyé au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants qui précèdent.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 1'320 fr. (art. 422 al. 1 CPP et 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

La P._____, recourante, qui obtient gain de cause et qui a agi en tant que partie plaignante, a droit à une indemnité pour les dépenses obligatoires occasionnées par la procédure (art. 433 al.1 let. a CPP), à la charge de l'Etat. Au vu du mémoire produit, cette indemnité sera fixée à 900 fr. (soit 3 heures de travail à 300 francs ; cf. art. 26a al. 3 TFIP ; CREP 3 décembre 2019/933, consid. 4), auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2% (art. 19 al. 2 TDC [Tarif des

dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6], applicable par renvoi de l'art. 26a al. 6 TFIP), par 18 fr., plus un montant correspondant à la TVA, par 70 fr. 70, soit 988 fr. 70 au total.

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 30 septembre 2019 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public Strada pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'320 fr. (mille trois cent vingt francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Une indemnité de 988 fr. 70 (neuf cent huitante-huit francs et septante centimes) est allouée à la P._____, à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Lionel Zeiter, avocat (pour la P._____),
- M. R._____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur cantonal Strada,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :