

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 26 juin 2015

Composition : M. ABRECHT, président
MM. Meylan et Krieger, juges
Greffière : Mme Alvarez

Art. 173 ch. 1, 174 ch. 1, 303 ch. 1 CP ; 310 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 1^{er} juin 2015 par **H.** _____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 19 mai 2015 par le Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, dans la cause n° **PE15.006424-FDA**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) H. _____ et son épouse, [...], sont actionnaires uniques des sociétés Q. _____ SA et T. _____ SA, sans disposer de sièges dans les conseils d'administration. Le couple a souhaité vendre le projet de transformation d'un bâtiment hôtelier, propriété de T. _____ SA, en

appartements haut de gamme. Mis en contact avec X._____, les intéressés ont conclu avec ce dernier, le 1^{er} mars 2012, une convention de partenariat stipulant le versement de 25 millions de francs afin d'acquérir le contrôle de T._____ SA. Faute de liquidités en temps utile, les parties ont signé un avenant à cette convention dans lequel X._____ s'engageait à verser la somme de 5 millions de francs d'ici au 15 mai 2012 et le solde de 20 millions d'ici au 15 juin 2012, faute de quoi la convention de partenariat serait caduque. Se trouvant toujours dans l'impossibilité de procéder au premier versement, X._____ a emprunté la somme de 5 millions de francs à H._____, et a signé devant notaire le 15 mai 2012 une reconnaissance de dette stipulant un remboursement de la somme au 30 juin 2012. Les engagements n'étant toujours pas respectés, H._____ aurait exigé de l'intéressé qu'il produise la preuve de l'existence de fonds propres au plus tard lors de la séance du Conseil d'administration devant avoir lieu le 27 août 2012. A cette occasion, X._____ a remis au Conseil d'administration des extraits de compte auprès de la banque norvégienne [...], sur lesquels figurait un solde de près de 900 millions de francs. Soupçonnant ce document d'être un faux, les sociétés Q._____ SA et T._____ SA ont déposé plainte le 21 octobre 2013. Une instruction pénale a été ouverte pour faux dans les titres (PE13.022698-FDA).

b) Dans le cadre de cette instruction, X._____ a été entendu le 29 août 2014 par la police en présence de Me François Chaudet, représentant de Q._____ SA, et de Me Sophie Girardet, collaboratrice de Me Jean-Christophe Diserens, représentant de T._____ SA. Il a déclaré ce qui suit : « [...] *Le but de cette réunion était de crédibiliser la situation dans son ensemble. H._____ m'a demandé de produire des pièces qui démontreraient que de l'argent était disponible. Je lui ai répondu que je ne pouvais pas produire une telle pièce. H._____ m'a alors suggéré de « bidouiller » quelque chose qui puisse donner corps aux explications du retard dans le paiement de mon investissement des CHF 25'000'000.-. J'ai alors fait un montage. J'ai pris l'en-tête de mon compte en Norvège, soit la [...], et j'ai superposé un relevé de compte qui n'a rien à voir avec moi pour faire une photocopie. J'ai pris le contenu d'un compte d'une offshore qui appartenait à plusieurs personnes dont je ne me souviens*

plus des noms. Ce relevé indiquait un montant de plus de NOK 5'000'000'000.-. Pour vous répondre, je n'étais pas impliqué dans cette offshore, on m'avait juste demandé de prendre des contacts avec des banquiers suisses en me mettant à disposition un relevé de compte. J'ai fait circuler ce montage lors de l'assemblée précitée. Cette pièce a fait le tour de la table et je l'ai récupérée après. La plupart des membres du conseil d'administration n'ont même pas regardé cette pièce sauf H. _____ qui m'a demandé s'il pouvait jeter un coup d'œil. Je lui l'ai [sic] laissée. En rentrant au bureau, je me suis rendu compte que je ne possédais plus cette pièce. J'ai tout de suite contacté H. _____ et [...] pour leur dire que je n'appréciais pas du tout que l'on m'avait subtilisé ce document. H. _____ m'a tranquilisé en me disant que cette affaire était entre nous. Cette pièce ne [sic] devait servir uniquement à la réunion puis être détruite par la suite. Je concède que cela n'est pas correct » (P. 6/1).

c) Entendu le 10 février 2015 par le procureur au sujet de la confection du faux dans les titres, X. _____ s'est exprimé en ces termes : « H. _____ ne m'a pas « obligé » à le faire mais me l'a « suggéré ». Je me réfère expressément au terme « bidouiller » utilisé lors de mon audition de police ; j'ai utilisé ce terme me rappelant très précisément qu'il avait été utilisé par H. _____. En aucun cas, je ne tiens à transférer ma faute sur les épaules de H. _____. » (PV aud. 1, lignes 57-62).

d) Par courrier du 2 avril 2015, Me Jean-Christophe Diserens a transmis au Ministère public central une plainte pénale datée du 30 mars 2015 déposée par H. _____ contre X. _____ pour calomnie, subsidiairement diffamation, en raison des propos tenus devant le Ministère public central le 10 février 2015.

B. Par ordonnance du 19 mai 2015, le Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, a refusé d'entrer en matière (I) et a laissé les frais de cette ordonnance à la charge de l'Etat (II).

Dans sa motivation, le procureur a considéré que le délai de trois mois pour déposer plainte était échu, au motif que les propos litigieux avaient été initialement tenus le 29 août 2014 et qu'ils n'avaient suscité aucune réaction de la part de H._____. Les déclarations de X._____ lors de l'audition du 10 février 2015 constituaient une simple confirmation des propos tenus le 29 août 2014, ceci sur interpellation expresse du procureur. A défaut d'élément de preuve démontrant que H._____ n'avait été informé des premiers propos tenus que dans les trois mois qui précédaient sa plainte du 30 mars 2015, celle-ci devait être considérée comme tardive. Le Ministère public a en outre estimé que les propos de X._____ étaient licites en application de l'art. 14 CP. Il a souligné qu'il était dans l'intérêt d'une saine administration de la justice que X._____, en sa qualité de prévenu dans le dossier PE13.022698-FDA, s'exprime librement, afin de se défendre au mieux, faute de quoi il serait contraint de se taire pour ne pas s'exposer à de nouvelles incriminations de la part de son ancien partenaire d'affaires.

C. Par acte du 1^{er} juin 2015, H._____ a recouru auprès de la Chambre des recours pénale contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, ordre étant donné au Ministère public central d'ouvrir une instruction pénale contre X._____.

Par courrier du 25 juin 2015, le Ministère public a renoncé à se déterminer sur le recours, se référant intégralement aux considérants de son ordonnance du 19 mai 2015.

En droit :

1.

1.1 Les parties peuvent attaquer une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public (cf. art. 310 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0]) dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 310 al. 2, 322 al. 2 CPP; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP), qui dans le canton de Vaud est la Chambre des recours pénale

du Tribunal cantonal (art. 13 LVCP [loi d'introduction du code de procédure pénale suisse; RSV 312.01]; art. 80 LOJV [loi d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

1.2 En l'espèce, interjeté dans le délai légal auprès de l'autorité compétente par le plaignant qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Aux termes de l'art. 310 al. 1 let. a CPP, une ordonnance de non-entrée en matière est rendue immédiatement - c'est-à-dire sans qu'une instruction soit ouverte (art. 309 al. 1 et 4 CPP; TF 1B_111/2012 du 5 avril 2012 c. 2.1; Cornu, in: Kuhn/Jeanneret [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 2 ad art. 310 CPP) - par le Ministère public lorsqu'il apparaît, à réception de la dénonciation (cf. art. 301 s. CPP) ou de la plainte (Cornu, op. cit., n. 1 ad art. 310 CPP) ou après une procédure préliminaire limitée aux investigations de la police (art. 300 al. 1 et 306 s. CPP), que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (let. a), qu'il existe des empêchements de procéder (let. b) ou que les conditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (let. c) (TF 1B_111/2012 du 5 avril 2012 c. 2.1; TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 c. 2.2).

Des motifs de fait peuvent également justifier la non-entrée en matière selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP; il s'agit des cas où la preuve d'une infraction, soit de la réalisation en fait de ses éléments constitutifs, n'est pas apportée par les pièces dont dispose le Ministère public (Cornu, op. cit., n. 9 ad art. 310 CPP; CREP 23 novembre 2011/517 c. 2a), ou encore des cas où l'identité de l'auteur de l'infraction ne peut vraisemblablement pas être établie (TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 c. 3.2). Dans de tels cas, le procureur doit 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 ou d'établir l'identité de l'auteur de

l'infraction; ce n'est que si aucun acte d'enquête raisonnable ne paraît pouvoir amener des éléments utiles qu'il peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière (Cornu, op. cit., n. 9 ad art. 310 CPP; TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 c. 3.2; CREP 23 novembre 2011/517 c. 2a). En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (Cornu, op. cit., n. 9 ad art. 310 CPP; Nathan Landshut, in : Donatsch/Hansjakob/ Lieber [éd.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd., Zurich/Bâle 2014, n. 5 ad art. 310 CPP; Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. 1248; CREP 23 novembre 2011/517 c. 2a). En revanche, le Ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (cf. TF 1B_67/2012 du 29 mai 2012 c. 3.2). En effet, il ne se justifie pas d'ouvrir une instruction pénale (art. 309 CPP) qui devra être close par une ordonnance de classement dans la mesure où une condamnation apparaît très vraisemblablement exclue (cf. ATF 138 IV 86 c. 4.1.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 c. 3.1.1).

3.

3.1 Le recourant estime que la plainte du 30 mars 2015 a été déposée en temps utile. Il allègue ne pas avoir assisté à l'audience du 29 août 2014 et ne pas être représenté dans la procédure PE13.022698-FDA, dans laquelle il n'a pas la qualité de partie plaignante, mais uniquement de personne appelée à donner des renseignements. En outre, il rappelle qu'il est actionnaire et non pas membre du conseil d'administration, précisant pour le surplus qu'aucune assemblée générale ne s'est tenue du 29 août au 31 décembre 2014. Dans ce contexte, faute d'éléments permettant de déterminer si et quand il aurait été informé des premiers propos tenus par X._____, il serait arbitraire de lui imputer cette connaissance à la date du 29 août 2014. Pour le surplus, il soulève la problématique du délit continu qui ne serait pas applicable dans le cas d'espèce. La répétition des propos litigieux lors de l'audition du 10 février

2015 ne serait pas couverte par la prescription du délai de plainte, au motif que chaque acte devrait être considéré comme un fait ponctuel.

3.2 L'art. 620 CO (Code des obligations, RS 220) prévoit que la société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social (al. 1). Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales (al. 2).

L'actionnaire ne peut pas, en dehors de ses droits sociaux, intervenir formellement dans la gestion de la société ni donner des instructions (Lombardini, in: Tercier/Amstutz [éd.], Commentaire romand, Code des obligations II, Bâle 2008, n. 19 ad art. 620 CO). L'actionnaire n'a pas, du seul fait de sa qualité d'actionnaire, le pouvoir de représenter la société. Le seul fait qu'un actionnaire détienne toutes les actions de la société ne lui permet pas encore d'utiliser celle-ci comme un instrument pour ses propres besoins (ATF 115 II 401, JdT 1991 I 526). Le problème en l'espèce est de déterminer si les conditions d'un « Durchgriff » sont réalisées. Tel n'est le cas que dans des circonstances exceptionnelles, soit si une société n'est qu'un instrument dans la main de son actionnaire, sans volonté autonome et existence économique propre, et que l'actionnaire utilise les actifs de la société comme s'il s'agissait des siens propres ; tel est souvent le cas s'il existe des règles de fonctionnement de la société anonyme qui ne sont pas respectées et si la société n'a pas d'existence autonome propre (ATF 121 III 319 ; ATF 102 III 165 ; TF 5C.14/2003 du 3 juillet 2003 ; Lombardini, op. cit., n. 32 ad art. 620 CO). Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas laissé une liberté illimitée aux actionnaires uniques. Il a rappelé que, s'agissant d'une société immobilière sous forme d'« Einmannengesellschaft », il y avait lieu d'opposer à la société les connaissances de l'actionnaire unique (ATF 128 II 329 c. 2.4).

3.3 Il ressort du dossier que les premiers propos litigieux de X. _____ ont été tenus le 29 août 2014 en présence de Me Sophie

Girardet, représentante de T. _____ SA, et de Me François Chaudet, représentant de Q. _____ SA. Or Sophie Girardet est également le conseil de H. _____, puisqu'elle est cosignataire du recours contre l'ordonnance de non-entrée en matière. De plus, le recourant admet lui-même que l'actionnariat des deux sociétés est entièrement entre ses mains et celles de son épouse. On ignore dès lors pour quel motif le recourant ne siège pas au conseil d'administration. Il ressort néanmoins de la séance du conseil d'administration du 27 août 2012, produit en annexe au mémoire de recours, qu'il lui était loisible d'y assister en tant que « auditeur libre » et qu'il était au fait des activités des deux sociétés. Le recourant indique qu'aucune assemblée générale ne s'est tenue entre le 29 août et le 31 décembre 2014 pour justifier sa méconnaissance des propos tenus par X. _____. Il se garde néanmoins d'indiquer les informations qu'il aurait reçues du conseil d'administration durant cette même période, ceci à dessein et malgré la demande du Ministère public. On ignore ce qui a été rapporté à l'actionnaire unique par les avocats de la société, respectivement par les membres du conseil d'administration. Il paraît délicat de l'affirmer sans avoir instruit. L'exception du « Durchgriff » doit le rester, mais la jurisprudence admet que, dans certains cas, l'actionnaire doit se voir opposer certaines connaissances et vice-versa. Il y a ainsi lieu de renvoyer le dossier au procureur pour instruire ce point, ce qui implique qu'une instruction soit formellement ouverte, conformément à l'art. 309 CPP.

3.4 Pour ce qui est de la prescription du délai de plainte, le Tribunal fédéral a estimé que plusieurs infractions ne doivent être considérées comme une entité que si elles sont de même nature, si elles ont été commises au préjudice du même bien juridique et si elles constituent un comportement illicite durable. Les conditions exactes dans lesquelles ces exigences sont remplies ne peuvent être définies exhaustivement dans une formule abstraite. Néanmoins, le Tribunal fédéral a considéré que l'infraction d'atteinte à l'honneur ne renferme pas l'élément du caractère durable, chaque acte étant un fait ponctuel. De ce fait, la prescription du délai de plainte commence à courir le jour où chacune des atteintes à l'honneur a été commise (ATF 119 IV 199 c. 2).

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le Ministère public a considéré que le délai pour déposer plainte n'avait pas été respecté par le recourant. Le recours doit être admis sur ce point.

4.

4.1 Le recourant soutient que le Ministère public aurait appliqué à tort l'art. 14 CP en raison du caractère attentatoire à l'honneur des propos tenus par X. _____ devant les autorités pénales.

4.2 Commet une diffamation notamment celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération (art. 173 ch. 1 CP). L'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies (art. 173 ch. 2 CP). La calomnie au sens de l'art. 174 CP se distingue de la diffamation par la présence d'un élément subjectif supplémentaire : l'auteur sait que le fait qu'il allègue est faux. La calomnie est ainsi une forme qualifiée de la diffamation (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. 1, 3^e éd., Berne 2010, n. 1 ad art. 174 CP).

Selon l'art. 14 CP, quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu de la loi pénale. Cette norme peut, dans certaines hypothèses, exclure la culpabilité en cas d'atteinte à l'honneur. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que le devoir procédural d'alléguer des faits constituait un devoir de s'exprimer selon l'art. 14 CP. Une partie peut ainsi invoquer cette disposition à la condition de s'être exprimée de bonne foi. Ses allégations doivent correspondre à la réalité et elles devront être établies à satisfaction de droit (Dupuis et al. [éd.], Petit commentaire, Code pénal, Bâle 2012, n. 6 ad art. 14 CP ; ATF 131 IV 154 c. 1.3; ATF 118 IV 248 c. 2b ; ATF 116 IV 211, JT 1992 IV 83). Le témoin, tenu de déposer, n'est pas punissable s'il se borne à répondre, sans formules inutilement blessantes, aux questions posées, en disant ce qu'il considère comme vrai. La

jurisprudence a assimilé ce cas à celui de la personne appelée à donner des renseignements qui pourrait refuser de déposer. La personne est invitée par une autorité à dire ce qu'elle sait dans l'intérêt public, en l'occurrence l'intérêt à une bonne administration de la justice. Son devoir civique de contribuer à la manifestation de la vérité existe, mais elle pourrait s'y soustraire ; en choisissant de s'y soumettre, elle demeure sous une pression morale qui justifie de ne pas l'assimiler à une personne qui s'exprimerait spontanément (Corboz, op. cit., n. 109 ad art. 173 CP). En ce qui concerne la situation particulière du prévenu, celui-ci doit se limiter à ce qui est nécessaire et pertinent, sans recourir à des formules inutilement blessantes ; en dehors de la contestation des éléments constitutifs de l'infraction qui lui est reprochée, il ne peut pas, pour ruiner la crédibilité des déclarations à charge, proférer des allégations fausses ou qu'il n'a pas de raisons suffisantes de tenir de bonne foi pour vraies (Corboz, op. cit., n 116 ad art. 173 CP ; ATF 118 IV 248 c. 2d).

4.3 En l'espèce, il paraît indéniable que le fait d'accuser un tiers d'avoir incité la personne concernée à « bidouiller » un faux dans les titres est un acte qui, s'il s'agit d'une accusation gratuite, est susceptible de tomber sous le coup de la calomnie ou de la diffamation. En reprenant les auditions litigieuses, force est de constater que les faits ne sont pas si clairs. Il apparaît dès lors nécessaire de déterminer quels ont été précisément les propos que X._____ dit avoir entendus de H._____.

Ainsi, contrairement à ce qu'a retenu le procureur, il est prématuré à ce stade de la procédure d'appliquer l'art. 14 CP aux accusations portées par X._____ pour écarter toute infraction contre l'honneur au motif que celui-ci pouvait justifier ses allégations par son statut de prévenu. Il apparaît opportun de vérifier ces allégations en procédant à l'audition des différents protagonistes présents le jour en question, afin de déterminer les termes exacts qui ont été utilisés par le recourant et par X._____. Le Ministère public pourra ensuite examiner la réserve prévue à l'art. 173 ch. 2 CP ou celle de l'art. 14 CP selon les circonstances du cas d'espèce.

5.

5.1 Le recourant soulève la question de la dénonciation calomnieuse qui n'a pas été traitée par le Ministère public.

5.2 Se rend coupable de dénonciation calomnieuse notamment celui qui aura dénoncé à l'autorité, comme auteur d'un crime ou d'un délit, une personne qu'il savait innocente, en vue de faire ouvrir contre elle une poursuite pénale (art. 303 CP). Les biens juridiquement protégés par cet article sont l'honneur des particuliers et une saine administration de la justice (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 1 ad art. 303 CP). La connaissance, par l'auteur, de l'innocence de la victime recouvre la notion de connaissance de la fausseté de ses allégations sous l'angle de la calomnie (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 23 ad art. 303 CP). La dénonciation calomnieuse prime la calomnie (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 31 ad art. 303 CP).

5.3 La question de la dénonciation calomnieuse n'a été soulevée ni par le recourant dans sa plainte du 30 mars 2015, ni par le Ministère public dans son ordonnance de non-entrée en matière du 19 mai 2015. A ce stade de la procédure, la question de la fausseté des allégations tenues par X._____ ne peut être tranchée en raison du peu d'éléments figurant au dossier. Seule une instruction pourra établir si les éléments constitutifs d'une telle infraction sont réalisés. Il appartient ainsi au procureur de faire la lumière sur ce point.

6. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, l'ordonnance de non-entrée en matière du 19 mai 2015 annulée et le dossier renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), par 1'210 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28

septembre 2010; RSV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 19 mai 2015 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire, pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'210 fr. (mille deux cent dix francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Le présent 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 :

- M. Jean-Christophe Diserens, avocat (pour H. _____),
- Ministère public central

et communiqué à :

- M. le Procureur du Ministère public central, division criminalité économique et entraide judiciaire,

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 :