Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 85/2012

Arrêt du 21 mai 2012
Cour de droit pénal

Composition
MM. et Mme les Juges Mathys, Président,
Jacquemoud-Rossari et Denys.
Greffier: M. Vallat.

Participants à la procédure
1. X._____ SA,
2. Y._____ AG,
toutes les deux représentées par Me Adrian Bachmann, Avocat,
recourantes,

contre

Ministère public du canton de Genève, case postale 3565, 1211 Genève 3,
intimé.

Objet
Confiscation (art. 70 CP); arbitraire,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours, du 14 décembre 2011.

Faits:
A. Le 26 octobre 2009, l'entreprise A._____ & B._____ (ci-après A&B._____) a déposé plainte pénale auprès du Procureur général du canton de Genève, pour escroquerie et violation de la loi sur les marques. Elle exposait que des inconnus diffusaient à son insu sur internet, au travers d'un site dont Z._____ SA (Lisbonne; Z._____) était titulaire, des annonces publicitaires proposant fallacieusement de gagner un bon d'achat A&B._____ d'une valeur de 300 fr., en répondant à une question moyennant ensuite la réception hebdomadaire de trois SMS surtaxés à 3 fr., par le biais du numéro court 977 attribué à X._____ SA (X._____). Une information pénale a été ouverte. En date du 28 octobre 2009, le Juge d'instruction a ordonné le blocage du numéro surtaxé 977, ainsi que la saisie de toute somme d'argent qui serait due à l'exploitant de ce numéro de services SMS. Swisscom a opéré la saisie et le blocage requis, le 9 novembre 2009. Le montant concerné s'élevait à 198'114 fr. et devait être réparti entre Y._____ AG (Y._____; 52'481 fr. au 30 septembre 2009) et X._____ (145'633 fr. dès le 1er octobre 2009). Selon les informations données en cours d'instruction par C._____, actionnaire et
administrateur de X._____, cette société vendait des services de téléphonie mobile surtaxés à des entreprises, généralement sises à l'étranger. Y._____, autre société du groupe, s'occupait de la clientèle suisse. Elle était titulaire du numéro 977, qui avait ensuite été repris par X._____. Par décision du 17 novembre 2009, le séquestre de ces avoirs a été confirmé - sous déduction de certains frais -, à concurrence de 49'365 fr. 62 (Y._____, septembre 2009), 96'663 fr. 72 (X._____, octobre 2009) et 41'350 fr. (X._____, novembre 2009). Après diverses mesures d'instruction (commission rogatoire au Portugal), le Ministère public a rendu, le 16 septembre 2011, une ordonnance de classement et de confiscation. Il a considéré, en bref,

qu'aucune personne précisément identifiée n'avait pu être mise en prévention pour escroquerie. En revanche, il s'avérait que la cliente de X._____ avait organisé un faux concours dans le but de s'enrichir, trompant astucieusement quelque 22'000 personnes, chacune ayant envoyé, pour tenter sa chance, au moins trois SMS à 3 fr. la connexion, soit au minimum 198'000 fr. accumulés sur le compte de Swisscom. Z._____ ne pouvait être de bonne foi. Les éléments constitutifs de l'escroquerie
étaient réalisés, ce qui justifiait la confiscation des sommes séquestrées.
B. Saisie de recours par Z._____, X._____ et Y._____, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise a, par arrêt, du 14 décembre 2011, joint les causes, déclaré irrecevable le premier recours et rejeté les deux autres.
C. X._____ et Y._____ forment en commun un recours en matière pénale contre cet arrêt. Elles concluent, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à la restitution des sommes confisquées plus intérêt à 5% l'an dès la date de la confiscation, respectivement à Y._____ (49'365 fr. 62) et à X._____ (138'014 fr. 28).

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

Considérant en droit:
1. Les recourantes procèdent en allemand. Ce choix n'impose pas de déroger à la règle selon laquelle la langue de la procédure est généralement celle de la décision attaquée (art. 54 al. 1 LTF), soit le français.
2. La confiscation exécutée en main de Swisscom porte sur les avoirs accumulés dans les comptes de cette dernière, correspondant à toute somme d'argent qui serait due à l'exploitant du numéro de service SMS 977. X._____ et Y._____ prétendent toutes deux disposer d'un droit au versement d'une partie de ces sommes. Elles se trouvent ainsi dans la même situation que si les autorités cantonales avaient confisqué, à titre de valeurs patrimoniales, les créances de X._____ et Y._____ envers l'opérateur téléphonique. Elles sont donc atteintes directement par la mesure (v. sur cette exigence: NIKLAUS SCHMID, in Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. I, 2e éd. 2007, art. 70-72 CP, n. 155; et non par un simple effet réflexe ou indirect de celle-ci. Elles ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée au sens de l'art. 81 al. 1 let. b LTF.
3. Les recourantes s'en prennent tout d'abord à l'établissement des faits. Invoquant l'art. 10 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0), elles reprochent à la cour cantonale d'avoir violé la présomption d'innocence en renversant le fardeau de la preuve.

3.1 Dans le recours en matière pénale, les constatations de fait de la décision entreprise lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF). Il n'en va différemment que si le fait a été établi en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (cf. ATF 136 II 304 consid. 2.4, p. 313; sur la notion d'arbitraire, v. : ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5).

Selon la jurisprudence, la présomption d'innocence n'est pas directement applicable en matière de confiscation, tant que le juge qui la prononce recherche uniquement si les biens ont un lien avec une infraction mais ne s'interroge pas sur la culpabilité de l'auteur. Il en va ainsi lorsque, comme en l'espèce, la mesure frappe une personne qui n'est pas accusée. Mais un renversement du fardeau de la preuve n'en est pas moins exclu (ATF 132 II 178 consid. 4.1 p. 184 s. et les réf. citées). Hors de l'hypothèse réglée expressément par l'art. 72 CP (confiscation de valeurs patrimoniales d'une organisation criminelle), il incombe donc à l'Etat confisquant d'établir la réalisation des conditions de cette mesure soit, en particulier, l'existence d'une infraction et du rapport de provenance ou de destination de l'objet de la confiscation avec celle-ci (NIKLAUS SCHMID, op. cit., art. 69 CP, n. 88 et art. 70-72 CP n. 152; cf. aussi, dans le même sens quant au résultat, mais pour des motifs différents: FLORIAN BAUMANN, BSK Strafrecht I, 2e éd. 2007, art. 70/71 CP, n. 35a).

Il s'ensuit que les recourantes se prévalent en vain du principe in dubio pro reo. Invoquant, en revanche, un renversement illicite du fardeau de la preuve, elles font valoir que les faits ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97 al. 1 LTF).

3.2 En bref, la cour cantonale a retenu que les sommes confisquées, représentant les surtaxes encaissées par

Swisscom entre les mois de septembre et novembre 2009 en lien avec le numéro 977 constituaient des producta sceleris tant au regard de la période visée que de la quotité des montants séquestrés. Elle a conclu que Z._____ était la seule attributaire du numéro 977 durant la période litigieuse et qu'elle avait utilisé cette connexion à des fins hautement lucratives en faisant faussement miroiter à des utilisateurs de téléphones mobiles le possible gain d'un bon d'achat d'une valeur de 300 fr. (arrêt entrepris, consid. 4.4 p. 13).

Pour parvenir à cette conclusion, l'autorité précédente a réfuté les divers arguments des recourantes portant sur le déroulement du concours, le nombre des participants et le fait que dans d'autres opérations commerciales du même type les prix, sous forme de bons, avaient été distribués, en appréciant les pièces produites par les intéressées. Elle a, de même, écarté la version des sociétés concernées selon laquelle le concours n'aurait duré que du 13 au 21 octobre 2009 en relevant, d'une part, que le contrat liant X._____ à Z._____, pour plusieurs concours dont celui concernant A&B._____, stipulait une entrée en vigueur au 21 août 2009, rien ne conduisant à retenir que cette entrée en vigueur aurait été ajournée. Elle a aussi relevé que l'on ne pouvait inférer du delivery order du 1er octobre 2009 (réd.: document contractuel définissant les prestations de X._____ dès cette date) que ce contrat-là avait trait au concours incriminé, ni que celui-ci n'aurait pas été lancé avant cette échéance. Au demeurant, ni Y._____ ni X._____ n'avaient fourni les coordonnées des clients censés avoir bénéficié du numéro court en septembre 2009, alors que Z._____ avait revendiqué la restitution des gains générés ce mois-là,
ce qui laissait à penser qu'elle était déjà attributaire du numéro 977 au 1er septembre 2009. Cette société avait, du reste, exposé avoir organisé via X._____, respectivement Y._____, cinq concours simultanément entre le 1er août et le 31 octobre 2009, mais la liste fournie de ces jeux ne permettait de tirer aucun indice probant quant aux dates de leur mise en oeuvre, ni quant à la réalité de celle-ci ni, a fortiori, quant aux montants des surtaxes y afférentes. Enfin, les recourantes avaient certes établi une liste de prétendus attributaires du numéro 977, mais n'avaient pas produit de contrats censés prouver la réalité des relations contractuelles invoquées, pas plus qu'elles n'avaient fait état d'éventuelles doléances émanant de leurs prétendus cocontractants (arrêt entrepris, consid. 3.2 p. 11 s.).

3.3 Il résulte de ce qui précède que la cour cantonale est parvenue à la conclusion que les montants confisqués provenaient des surtaxes prélevées en relation avec le concours litigieux à l'issue d'une appréciation de l'ensemble des preuves disponibles, y compris celles produites par les recourantes à l'appui de leurs explications. Cela suffit à exclure le renversement du fardeau de la preuve allégué. Par ailleurs, les recourantes ne tentent pas de démontrer, par une argumentation précise (art. 106 al. 2 LTF), qu'il serait insoutenable de déduire du texte du contrat d'août 2009, que cet acte juridique concernait l'utilisation du numéro 977. Il n'est pas contesté non plus que Z._____ a exploité ce numéro au travers de X._____ pour le concours litigieux. Aussi, l'existence de relations contractuelles entre les deux entités au mois d'août 2009 et les revendications de la première sur l'ensemble des montants retenus, y compris ceux afférents au mois de septembre 2009, constituaient des éléments sérieux suggérant que l'ensemble des sommes bloquées étaient en relation avec le concours litigieux. Cela appelait des explications précises de la part des recourantes, respectivement de Z._____. La cour cantonale pouvait ainsi, en
plus de ces premiers éléments, considérer, par un raisonnement de bon sens, que l'incapacité ou le refus des intéressées d'établir plus précisément leurs allégations traduisait l'absence d'explication de l'origine licite des fonds. Une telle démarche ne procède pas d'un renversement inadmissible du fardeau de la preuve (cf. arrêts 6B 748/2009, du 2 novembre 2009, consid. 2.1 et 6B 148/2011, du 17 mai 2011, consid. 1.1).

En objectant avoir démontré que plusieurs concours auraient été ouverts parallèlement au jeu litigieux par le biais du numéro 977 et que ce numéro aurait été mis à disposition d'autres entreprises que Z._____, les recourantes se bornent à opposer leur propre appréciation des preuves à celle de l'autorité cantonale dans une démarche appellatoire, partant irrecevable (ATF 137 II 353 c. 5.1 p. 365 et réf. citées).

Pour le surplus, les recourantes reprochent encore à la cour cantonale d'avoir tenu les pièces qu'elles avaient produites pour non probantes au motif qu'elles avaient établi elles-mêmes ces documents non signés. Il n'est cependant pas insoutenable d'apprécier une preuve par pièce au regard de son origine et des circonstances dans lesquelles elle a été produite en justice, en particulier s'il apparaît, comme en l'espèce, que le titre en

question a été établi pour les besoins de la cause, dans le cadre d'une procédure, par une personne concernée par l'issue du litige. Tels qu'ils sont articulés, les griefs des recourantes sont infondés dans la mesure où ils sont recevables. La cour de céans n'a pas de motif de s'écarter de l'état de fait établi souverainement par la cour cantonale (art. 105 al. 1 LTF).
4. Les recourantes invoquent ensuite la violation de l'art. 70 CP.

Conformément à l'art. 70 al. 1 et 2 CP, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits (al. 1). La confiscation n'est pas prononcée lorsqu'un tiers a acquis les valeurs dans l'ignorance des faits qui l'auraient justifiée, et cela dans la mesure où il a fourni une contre-prestation adéquate ou si la confiscation se révèle d'une rigueur excessive (al. 2).

4.1 Les recourantes contestent tout d'abord que les sommes confisquées soient le produit d'une escroquerie.
4.1.1 Aux termes de l'art. 146 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.
4.1.2 Contestant le dessein d'enrichissement illégitime, la tromperie et l'erreur, les recourantes exposent que l'enrichissement est un but commun à tous les promoteurs de concours par SMS. Elles soutiennent que même si le lot promis de 300 fr. au 5000e participant ne représente la redistribution que d'une faible fraction des gains, cela ne démontrerait pas encore le caractère illégitime de l'enrichissement. Quant aux participants au concours, ils auraient été conscients d'acquérir une chance de gagner, respectivement de la possibilité de perdre leur mise. La référence à A&B._____ ne serait pas trompeuse et il ne serait pas démontré que Z._____ n'aurait jamais eu l'intention de ne pas délivrer le bon promis.

Cette argumentation repose, dans son entier, sur la prémisse que le lot serait effectivement délivré à l'hypothétique 5000e participant. Elle s'écarte de manière inadmissible (art. 105 al. 1 LTF) des constatations de fait de la cour cantonale qui retient que Z._____ a fait miroiter faussement aux participants au concours le possible gain d'un bon d'achat d'une valeur de 300 fr. (arrêt entrepris, consid. 4.4 p. 13).
4.1.3 Les recourantes contestent également l'astuce.

Selon la jurisprudence, la tromperie est astucieuse au sens de l'art. 146 CP non seulement lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manoeuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification est impossible, 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 133 IV 256 consid. 4.4.3 p. 264 s. et les réf.).
Le mécanisme du concours en cause, censé attribuer un prix à un énième participant parmi plusieurs milliers d'internautes, n'offre pratiquement, à chacun de ceux-ci individuellement, aucune possibilité de contrôler la distribution effective des gains. Les recourantes invoquent donc en vain le fait qu'aucun des participants lésés n'aurait pu être identifié, respectivement n'aurait pris part à la procédure. On se trouve, partant, dans l'hypothèse où la vérification par la dupe est impossible. La cour cantonale a qualifié l'annonce promettant un gain possible de « fallacieuse » et constaté que la promesse était fausse (arrêt entrepris, consid. 4.4). Cela suffit à démontrer l'astuce. Celle-ci résulte aussi de l'association illégitime au concours du nom de l'entreprise A&B._____.

4.2 Les recourantes soutiennent encore qu'elles auraient été de bonne foi au sens de l'art. 70 al. 2 CP. Elles devraient être protégées dans leur acquisition des sommes en cause, ce qui exclurait la confiscation.

Dans la règle, cette disposition ne protège pas le tiers qui n'est titulaire que d'une simple créance en paiement d'une somme d'argent, à moins qu'il dispose sur celle-ci, par exemple en raison d'une relation de compte (bancaire en particulier), d'un droit de disposition lui conférant des prérogatives comparables à celle du droit de propriété (NIKLAUS SCHMID, op. cit., art. 70-72 CP n. 81 s.; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches

Strafgesetzbuch, Praxiskommentar 2008, art. 70 CP, n. 11 et les références citées). Or les recourantes ne démontrent pas avoir disposé de tels droits envers Swisscom. Au demeurant, n'invoquant pas la clause de rigueur, les recourantes ne démontrent pas non plus à quel titre elles pourraient avoir« acquis » les sommes en question au sens de l'art. 70 al. 2 CP. A cet égard, il convient de relever que, l'arrêt entrepris constate que les recourantes n'offrent qu'un service d'intermédiaire financier, à savoir qu'elles sont récipiendaires d'une quote-part globale des fonds générés par les numéros courts loués auprès des opérateurs téléphoniques, avant de les ventiler en faveur de leurs propres clients (arrêt entrepris, consid. 3.1 p. 11). On comprend ainsi que ces sommes ne leur sont pas acquises, mais destinées à
leurs clients. Enfin, les recourantes démontrent moins encore quelle aurait, en l'espèce, été la contreprestation adéquate censée justifier l'acquisition de l'ensemble des valeurs patrimoniales confisquées. Elles ne peuvent rien déduire en leur faveur de cette argumentation.
5. Les recourantes succombent. Elles supportent conjointement les frais de la procédure (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 et 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. Les frais judiciaires, arrêtés à 4000 fr., sont mis à la charge des recourantes, à parts égales et solidairement.
3. Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours.

Lausanne, le 21 mai 2012
Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Mathys

Le Greffier: Vallat