

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/17418/2010

ACPR/82/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 24 février 2012

12120

Entre

J _____ **SA**, rue _____ à Genève et **B** _____ **SA**, _____ à Genève, toutes deux comparant par M^e Pascal PETROZ, avocat, rue de la Coulouvrenière 29, 1204 Genève,

recourantes,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 12 décembre 2011 par le Ministère public,

Et

D _____, _____ à Genève, comparant par M^e Maurice TURRETTINI, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11,

ainsi que

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3.

intimés.

Communique la décision aux parties en date du lundi 27 février 2012

EN FAIT

A. a) Par acte déposé au greffe de la Cour de Justice le 23 décembre 2011, J_____ SA et B_____ SA recourent contre l'ordonnance rendue par le Ministère public le 12 décembre 2011, décidant de ne pas entrer en matière sur la plainte qu'elles avaient déposée, le 25 octobre 2010, à l'encontre de D_____, administrateur de D_____ SA, pour escroquerie, faux dans les titres et concurrence déloyale.

Les recourantes concluent à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public afin que celui-ci ouvre une instruction à l'encontre de D_____ et procède à sa mise en prévention.

b) Par courrier du 16 janvier 2012, le Ministère public indique ne pas vouloir faire d'observations au sujet du recours.

c) Dans ses observations du 19 janvier 2012, D_____ conclut à l'irrecevabilité et au rejet du recours.

B. Il résulte de la procédure les éléments pertinents suivants :

a) Au mois d'avril 2009, les travaux de rénovation du cycle Z_____, à Genève, ont fait l'objet, de la part de l'Etat de Genève, d'un appel d'offre.

Cinq entreprises ont soumissionné en vue de l'attribution de la pose de carrelage, dont les recourantes et D_____ SA.

Les travaux ont été adjugés à cette dernière société, le 1er septembre 2009, sur la base d'une offre d'environ 100'000 fr. à 300'000 fr. inférieure à celles de ses concurrentes.

b) Il résulte du rapport d'adjudication daté du 29 juin 2009, établi par direction des bâtiments du Département des construction et des technologies de l'information (DCTI), signé par l'architecte K_____, que cinq entreprises avaient rendu leur offre de soumission dans les délais fixés, que la candidature de l'une d'elles, qui n'avait pas fourni des attestations à jour, avait été déclarée irrecevable et que le choix s'était porté sur l'entreprise D_____ SA, qui était "globalement la moins chère dans les postes", et en particulier "sur la marge qu'elle prenait sur la fourniture".

Il ressort de ce rapport d'adjudication qu'une offre de "J_____ SA" a été prise en considération, mais avec la précision suivante: "L'entreprise J_____ SA s'est mise en consortium avec B_____ SA avec une répartition de 50/50 chacun, or au point 3.6 de l'appel d'offre, l'association d'entreprises est exclue".

c) A teneur de leur plainte du 25 octobre 2010, les recourantes relevaient que l'offre formulée par D_____ SA, plus basse que celle des autres soumissionnaires, provenait du fait que le prix du carrelage choisi, de type "Unit Pointing ou similaire, dimensions 50x50 cm", proposé alors à "CHF 75 par m2", était particulièrement bas. Or, le 20 avril 2010, un technicien de J_____ SA, F_____, s'était rendu sur le chantier du cycle Z_____ et avait constaté que le carrelage posé

par D_____ SA était "de format 30x60, de marque "Casalgrande Série Marte" et coûtait "CHF 23,40 le m²", ce qui ne correspondait dès lors pas à ce que D_____ SA avait indiqué dans sa soumission. Les recourantes faisaient ainsi griefs à cette entreprise d'avoir rédigé "une fausse soumission" et, ainsi, astucieusement trompé l'autorité adjudicatrice et les autres soumissionnaires, en déposant une offre inexacte et trompeuse quant aux carreaux posés, à leur dimension et à leur prix, afin de se voir attribuer le marché.

d) Par arrêt du 2 mars 2010, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours formé par J_____ SA à l'encontre de la décision d'adjudication du DCTI et de D_____ SA, aux motifs qu'un consortium avait été constitué avec B_____ SA et que le recours aurait dû, par conséquent, être formé par ces deux sociétés.

Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral dans un arrêt rendu le 26 juillet 2010, qui retient, notamment, que c'est bien sous forme de consortium que les deux recourantes ont pris part à l'adjudication litigieuse (consid. 3).

e) En février et mars 2011, la police, à la demande du Ministère public, a procédé à l'audition de K_____ ainsi que de D_____.

f) A l'appui de son ordonnance querellée, le Ministère public a affirmé que les éléments constitutifs des infractions dénoncées n'étaient pas réunis dans le cas d'espèce. Au contraire, il ressortait des éléments du dossier, en particulier des déclarations de K_____, que la soumission de D_____ SA avait fait l'objet d'un examen complet par l'autorité adjudicatrice et que sa proposition d'opérer une modification du carrelage fourni avait été pleinement acceptée. Par ailleurs, la plainte pénale des recourantes s'inscrivait dans le cadre d'un litige de nature essentiellement administrative opposant les parties en cause.

g) Dans leur recours, J_____ SA et B_____ SA contestent l'inexistence d'éléments constitutifs des infractions qu'elles ont dénoncées. Il était, en revanche, manifeste que le carrelage posé par D_____ SA n'était pas celui que cette entreprise avait indiqué dans sa soumission et qu'il était deux fois moins cher. A ce sujet, le Ministère public s'était contenté des déclarations d'D_____ et de K_____ pour juger que cette affaire n'était pas pénalement répréhensible, sans avoir jugé utile de demander aux deux intéressés de lui fournir des pièces permettant de confirmer leurs dires. Le changement inexplicable de type de carrelage par D_____ SA aurait dû convaincre le Ministère public qu'il fallait ouvrir une instruction et procéder à certains actes d'enquête, dans la mesure où les déclarations de K_____, qui avait déclaré à la Police que le changement de carrelage par D_____ SA consistait en une modification mineure inhérente à tout chantier, était pour le moins sujet à caution, puisque le carrelage indiqué dans la soumission de D_____ SA était un "carreau Dune naturel R9 50x50x9,5 au prix de CHF 47,85 le m²", alors que le carreau qui avait été effectivement posé était de marque "Casagrande série Marte, format 30x60, au prix de CHF 23,40 le m²", soit la moitié moins cher que le carrelage indiqué dans la soumission pour lequel D_____ SA avait obtenu le marché public. Il ne s'agissait donc pas d'une modification mineure, mais, au contraire, majeure, qui biaisait fondamentalement l'attribution des marchés publics.

h) Pour sa part, D _____ soutient, dans ses observations, que les recourantes ne se plaignaient, en réalité, que d'un dommage subi par ricochet, n'ayant pas été choisies par l'Etat de Genève pour l'obtention d'un marché public, en raison de prétendues tricheries de la part de leurs concurrentes dans la procédure de soumission; elles ne subissaient qu'un dommage indirect, de sorte qu'elles n'avaient pas la qualité de parties lésées, au sens de l'art. 115 CPP, si bien que leur recours était irrecevable.

Sur le fond, D _____ indique qu'il ne voit pas comment le changement de carrelage en cours de travaux, inhérent à tout chantier d'importance, pourrait être constitutif d'une quelconque infraction pénale, sauf à considérer qu'il se serait mis d'accord avec l'architecte responsable avant l'attribution de marché public pour la pose en carrelage différent que celui figurant dans la soumission, ce qu'aucun élément factuel du dossier ne venait étayer. C'était donc à bon droit que le Ministère public avait décidé de ne pas entrer en matière sur les faits visés dans la procédure.

EN DROIT

1. Le recours a été déposé dans le délai et la forme prescrits (art. 396 al. 1 et 385 al. 1 CPP, concerner une décision sujette à recours (art. 393 al. 1 lit. b CPP) auprès de la Chambre de céans (art. 128 al. 1 LOG/Ge) et émaner du plaignant, qui a qualité pour agir (art. 104 al. 1 lit. b et 382 al. 1 CPP).

2.

2.1. Selon l'art. 382 al. 1 CPP, seule la partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision à qualité pour recourir contre celle-ci.

La partie plaignante a qualité de partie à la procédure (art. 104 al. 1 lit. a CPP).

L'art. 105 al. 1 CPP prescrit que peuvent également participer à la procédure, notamment, les lésés (lit. a), les personnes qui dénoncent les infractions (lit. b) ainsi que les tiers touchés par les actes de procédure (lit. f). Lorsque ces participants à la procédure sont directement touchés dans leurs droits, la qualité de partie leur est reconnue dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs intérêts (al. 2).

L'art. 115 CPP précise qu'on entend par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (al. 1), les personnes ayant qualité pour déposer plainte pénale étant toujours considérées comme des lésées (al. 2).

Quant à l'art. 118 CPP, il indique qu'on entend par partie plaignante le lésé qui déclare expressément participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (al. 1) et qu'une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (al. 2).

La notion de lésé est donc essentielle en procédure pénale, puisque cette qualité est indispensable pour se constituer partie plaignante.

Pour être personnellement lésée, la personne doit être titulaire du bien juridiquement protégé touché par l'infraction (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 du 30 janvier 2012, consid. 2.1, avec référence à A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, ad. art. 115 n. 8, M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, Schweizerische Strafprozessordnung/Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011, n 22ss ad art. 115). Il convient d'interpréter le texte de l'infraction pour en déterminer le titulaire et ainsi savoir qui a qualité de lésé (ATF 118 IV 209 consid. 2 : JT 1994 IV 162). Lorsque les faits ne sont pas définitivement arrêtés, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer si tel est effectivement le cas. (ATF 124 IV 38 consid. 2a : SJ 1994 426; ATF 119 IV 339 consid. 1d/aa). Le concurrent de l'auteur d'une infraction aux dispositions pénales de la LCD est directement touché par la violation et a donc la qualité de lésé (ATF 124 IV 38 précité).

Pour être directement touché, l'intéressé doit, en outre, subir une atteinte en rapport de causalité directe avec l'infraction poursuivie, ce qui exclut les dommages par ricochet (arrêt du Tribunal fédéral 1B_678/2011 précité, consid. 2.1., avec les références doctrinales citées). Seuls les biens juridiques protégés par l'infraction concernée peuvent, s'ils sont atteints ou menacés, fonder la qualité de lésé. Il ne suffit pas, contrairement à ce que laisse penser le texte de loi, que le lésé soit touché dans ses droits, et ce, même si l'ordre juridique protège habituellement ceux-ci (A. KUHN / Y. JEANNERET, op.cit. ad art. 115 n. 9; ATF 117 I a 135 consid. 2 b : JT 293 IV 87). Les droits lésés directement par l'infraction doivent être des biens juridiquement individuels, tels que la vie, l'intégrité corporelle, la propriété, l'honneur ou la liberté personnelle (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1148). Toutefois, la jurisprudence a admis que, lorsque la norme pénale ne vise pas en premier lieu la protection de droits individuels, on peut reconnaître la qualité de lésé aux personnes atteintes effectivement dans leurs droits par l'infraction et cela lorsque cette atteinte est une conséquence directe de l'acte (ATF 119 I a 342 consid. 2b : JT 1995 IV 186; ATF 118 Ia 14 consid. 2b : JT 1995 IV 22). Là également, il s'agit d'interpréter le texte de l'infraction pour déterminer si la norme pénale en cause ne vise pas aussi la protection d'un bien juridique individuel et si celui-ci a été effectivement lésé, dans un rapport de causalité direct avec l'infraction (A. KUHN / Y. JEANNERET, op.cit. ad art. 115 n. 11). La qualité de lésé ne peut, en effet, être déniée du seul fait que la norme protège, aussi, un bien collectif (ATF 120 Ia 220 consid. 3c).

2.2. En l'occurrence, il résulte clairement du rapport d'adjudication du 26 juin 2009, établi par l'architecte mandatée par le DCTI, que l'appel d'offre des deux recourantes était d'emblée voué à l'échec, notamment parce qu'elles formaient un consortium, alors que le point 3.6 de l'appel d'offre excluait l'association d'entreprises. Certes, curieusement, ce même rapport fait état d'une offre de "J_____ SA", qui semble avoir été prise en considération. Toutefois, quoi qu'il en soit à cet égard, il résulte clairement du dossier - de même que de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 26 juillet 2010, dans la cause opposant J_____ SA à D_____ SA - que les deux recourantes ont pris part à l'adjudication litigieuse sous la forme d'une association, ce que les intéressées ne contestent du reste plus dans le cadre du présent recours.

Force est ainsi de constater que les infractions dénoncées n'ont pas été la cause, a fortiori directe, de l'éviction des recourantes de la procédure d'appel d'offre, la seule raison étant la forme juridique, prohibée, sous laquelle celles-ci se sont présentées. N'étant pas autorisées à participer à la soumission litigieuse, les recourantes n'ont ainsi pas pu être atteintes effectivement, ou menacées d'être atteintes, dans leurs droits ni subir un dommage direct, que ce soit en raison de l'escroquerie, du faux dans les titres ou de la violation de la LCD qu'elles imputent à D_____.

Il en découle que, n'ayant pas pu être directement lésées par les infractions dénoncées, les recourantes n'ont pas un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance querellée et, partant, la qualité pour recourir.

Leur recours doit ainsi être, par substitution partielle de motifs (art. 393 al. 1 lit. a CPP), déclaré irrecevable.

3. En tant qu'elles succombent, les recourantes supporteront les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Déclare irrecevable le recours interjeté par J_____ SA et B_____ SA contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 12 décembre 2011 par le Ministère public dans la procédure P/17418/2010.

Les condamne, solidairement, aux frais de la procédure de recours qui s'élèvent à 1'070 fr., y compris un émolument de 1'000 fr.

Siégeant :

Messieurs Christian COQUOZ, président; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges; Jean-Marc ROULIER, greffier.

Le Greffier :

Jean-Marc ROULIER

Le Président :

Christian COQUOZ

Indication des voies 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.

ETAT DE FRAIS

P/17418/2010

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	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (litt. a)	CHF	
----------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (litt. b)	CHF	
----------------------------------	-----	--

- état de frais (litt. h)	CHF	50.00
---------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision indépendante (litt. c)	CHF	1'000.00
-----------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	1'070.00
--------------	-----	-----------------