REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/535/2021 **ACPR/64/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 2 février 2022

Entre

A_____ SÀRL, ayant son siège _____ [VD], comparant par M^e^ Enis DACI, avocat, Lexpro, rue Rodolphe-Toepffer 8, 1206 Genève,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 18 août 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. **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 30 août 2021, A_____ SÀRL recourt contre l'ordonnance du 18 août 2021, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte du 8 janvier 2021, complétée le 26 avril suivant, contre B_____ et C_____, en leur qualité de représentants de D_____ [association caritative].

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la procédure au Ministère public pour ouverture d'une instruction.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 1'500.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 15 février 2019, en qualité de soumissionnaire, D_____ a déposé un dossier en réponse à l'appel d'offre de l'HOSPICE GÉNÉRAL pour des prestations d'interprétariat en milieu social. Parmi la documentation composant ce dossier se trouvaient:

- un "*Formulaire F1 – Organisation interne de D_____*", établi par l'association elle-même pour présenter sa structure et son organisation, lequel stipulait que les conditions de travail y étaient "*garanties par une Convention collective de travail*" et que toutes les dispositions étaient prises pour y "*assurer d'excellentes conditions de travail*".

- un "*Formulaire 5 – Engagement du soumissionnaire*", signé par C_____ et B_____ respectivement Directeur des opérations et Directrice générale, titulaires d'une signature collective à deux, confirmant que "*les indications, informations et preuves fournies dans et avec l'offre* [étaient] *exactes et conformes à la réalité*" et acceptant que l'adjudicateur puisse vérifier lesdites indications, informations et preuves;

- une attestation de l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: OCIRT), datée du 18 février 2019, selon laquelle [l'association] D_____ s'était engagée "*par signature du 12.07.2016, à respecter pour le personnel appelé à travailler sur le territoire genevois les conditions minimales de travail et de prestations sociales en usage à Genève dans son secteur d'activité*".

b. D_____ s'est vu attribuer le marché public en question par décision d'adjudication de l'HOSPICE GÉNÉRAL du 5 avril 2019.

Par suite de cette adjudication, un litige a opposé A_____ SÀRL – qui était également intervenue comme soumissionnaire pour le marché public en question – d'une part, à D_____ et l'HOSPICE GÉNÉRAL, d'autre part.

c.a. Dans le cadre de ce litige, [l'association] D_____ s'est opposée à la divulgation à A_____ SÀRL, son "*concurrent*", des détails de son offre, pour des raisons liées à la protection de ses "*secrets d'affaires*".

c.b. Le 21 mai 2019, faisant suite à une ordonnance de la Chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: CACJ), D_____ a produit une version caviardée de son offre déposée le 15 février 2019, arguant que les aspects caviardés relevaient des "*Geschäftsgeheimnis*", dans la mesure où ils étaient susceptibles d'avoir un impact sur sa "*capacité concurrentielle*".

c.c. Dans une réplique du 16 septembre 2019, D_____ a versé à la procédure administrative:

- un procès-verbal de la Commission paritaire du 7 mars 2018, lequel mentionne: "*La délégation syndicale demande la suppression du plafond des 14 heures hebdomadaires pour les IC* [comprendre: interprètes communautaires]*, car ce plafond est, entre autres, problématique pour l'inscription au chômage. En outre, en cas de forte demande d'une langue précise le plafond n'est déjà pas respecté (c'est le cas pour 21 IC sur 120)*";

- un procès-verbal de la Commission paritaire du 30 mai 2018, lequel précise: "*Conformément à la demande de la délégation syndicale, le Comité de* [l'association] *D_____ a validé la suppression de la clause du plafond de 14 heures hebdomadaires de travail pour les Interprètes communautaires*".

L'avenant à la CCT supprimant toutes les dispositions relatives au plafond hebdomadaire de 14 heures a été signé par D_____ et la Commission paritaire le 5 juillet 2019.

c.d. Dans un arrêt du 17 décembre 2019, la CACJ a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours de A_____ SÀRL contre la décision de l'HOSPICE GÉNÉRAL du 5 avril 2019 attribuant le marché public à D_____.

Saisi d'un recours de A_____ SÀRL, le Tribunal fédéral a constaté, dans un arrêt 2D_6/2020 du 20 novembre 2020, que "*l'arrêt de la Cour de justice du 17 décembre 2019* [était] *illicite*". Il ressort de cette décision que "*jusqu'au 5 juillet 2019,*

[D_____] *disposait d'une convention collective de travail limitant à 14h par semaine le travail de ses employés*" (consid. 4.2). Or, l'offre de D_____ prévoyait que les employés "*pouvaient être appelés à travailler jusqu'à 40h par semaine*" (consid. 4.6). Dès lors, au dépôt de l'offre et de l'adjudication du marché, D_____ "*ne remplissait pas l'un des critères d'aptitude prévu par la loi*", à savoir le "*respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail*" (consid. 4.7), y compris le respect des conventions collectives de travail. L'arrêt de la Cour genevoise ne pouvait toutefois être annulé, le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire étant déjà conclu (consid. 4.8).

d. Le 8 janvier 2021, la société A_____ SÀRL a déposé plainte pénale contre C_____ et B_____, en leur qualité de représentants de [l'association] D_____, pour faux dans les titres (art. 251 CP).

Ils avaient fourni, dans le cadre de l'offre soumise le 15 février 2019, des informations "*non conformes à la réalité*", notamment en ce qui concernait le respect par D_____ de la CCT à laquelle cette dernière était soumise. En particulier, ils avaient signé des documents "*de manière fallacieuse*", notamment le "*Formulaire 5*", par lequel D_____ affirmait que les "*indications, informations et preuves fournies dans et avec l'offre* [étaient] *exactes et conformes à la réalité*". Ces informations "*mensongères*" avaient pour but d'échapper à l'exclusion d'office du marché public et de se voir attribuer celui-ci, obtenant de la sorte un avantage illicite.

e. Le 3 février 2021, A_____ SÀRL a versé à la procédure une demande de révision déposée le 20 janvier précédent devant la CACJ, invoquant comme motif l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné. Parmi les pièces produites se trouvaient un "*Rapport d'évaluation du dispositif d'interprétariat communautaire de D_____*" de l'Institut E_____, daté du mois de mars 2013. Ce rapport, qui avait pour objectif "*d'évaluer l'adéquation des prestations fournies par le* [Service d'interprétariat communautaire] *de D_____*", mentionnait que "*même si elle n'est pas respectée, une clause dans la convention collective à laquelle* [les interprètes] *sont soumis leur interdit de travailler plus de 14 heures par semaine*" et recommandait de "[s]*upprimer la limite de 14 heures maximales de travail par semaine*".

f. Le 5 février 2021, C_____ et B_____ ont chacun sollicité du Ministère public le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière, arguant, en substance, que les éléments constitutifs de l'infraction de faux intellectuel alléguée par A_____ SÀRL n'étaient pas remplis.

g. Le 26 avril 2021, A_____ SÀRL a complété sa plainte. Dans le cadre de la procédure administrative parallèle, D_____ avait déclaré, dans des déterminations du 19 mars 2021, que l'HOSPICE GÉNÉRAL savait, depuis 2013 déjà, que la clause litigieuse de la CCT "*n'était concrètement pas appliquée par nombre d'interprètes*".

La nature de la collaboration entre ces deux entités et le rôle de l'HOSPICE GÉNÉRAL dans l'affaire devaient donc faire l'objet d'investigations complémentaires. En outre, la situation contractuelle entre l'HOSPICE GÉNÉRAL et D_____ demeurait incertaine. Les deux précités avaient affirmé, au Tribunal fédéral et à la CACJ, avoir déjà conclu un contrat-cadre, tandis que des requêtes en octroi de l'effet suspensif dans la procédure administrative étaient encore pendantes devant ces autorités. Des investigations complémentaires devaient être ordonnées pour clarifier la situation et répondre aux questions suivantes: "*est-ce que prétendre être lié par un contrat inexistant pour procurer à D_____ un avantage illicite serait susceptible de potentiellement constituer: un faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP ? un faux au sens de l'art. 317 CP ? une autre infraction réprimée par le Code pénal ?*".

h. Le 11 mai 2021, C_____ et B_____ ont été entendus par la police.

Le premier a contesté toute falsification de documents dans l'appel d'offres. Le plafond des 14 heures était une "*contrainte*" pour les interprètes, qui devaient travailler un minimum d'heures pour subvenir à leurs besoins. Le dépassement de cette limite n'était ainsi pas une violation de la CCT car il n'y avait pas de dommage pour le collaborateur. Au contraire, c'était une amélioration des conditions de travail. Par ailleurs, ce plafond avait été supprimé par la Commission paritaire en mai 2018.

La seconde a déclaré que le non-respect du plafond des 14 heures n'était pas une violation de la CCT dès lors qu'il s'agissait d'une demande de la part des interprètes qui souhaitaient faire davantage d'heures hebdomadaires. Cette limite avait en outre été supprimée, en accord avec la Commission paritaire, avant la soumission à l'appel d'offres. L'HOSPICE GÉNÉRAL savait que ce plafond était couramment dépassé depuis plusieurs années, ayant participé à l'élaboration d'un rapport public faisant état de cela. Ce n'était "*un secret pour personne*".

C. Dans son ordonnance querellée, le Ministère public relève que les documents incriminés, soit le "*Formulaire F1*", le "*Formulaire 5*" et l'attestation de l'OCIRT ne remplissaient pas l'exigence de crédibilité nécessaire pour être qualifiés de titres avec une valeur probante accrue. Il s'agissait de simples formulaires, aux formulations génériques, censés établir la bonne foi et l'engagement du soumissionnaire, sans toutefois dispenser l'adjudicataire d'effectuer des vérifications. Pour le surplus, rien ne permettait de retenir que, pour C_____ et B_____, les informations contenues dans ces documents ne reflétaient pas la réalité. Le procès-verbal de la Commission paritaire du 30 mai 2018 actait la suppression du plafond de 14 heures dans l'intérêt des interprètes, lequel n'était en tout état plus appliqué. Les deux mis en cause n'avaient ainsi aucune intention d'établir un éventuel document mensonger. Le complément de plainte ne contenait aucun soupçon concret de la commission d'une quelconque infraction, les écritures déposées par une partie devant une juridiction constituant de simples allégués.

D. **a.** Dans son recours, A_____ SÀRL soutient que chacun des documents incriminés, pris individuellement, était l'un des éléments "*constitutifs et indissociables*" de l'offre de D_____, faisant notamment partie de la liste des documents à remettre obligatoirement, au risque sinon d'être écarté du processus d'adjudication. Les documents incriminés devaient donc se voir reconnaître la qualité de titres. En outre, le Tribunal fédéral avait constaté que le plafond de 14 heures hebdomadaires imposé par la CCT avait été dépassé et que pour cette raison, D_____ ne remplissait pas un critère d'aptitude légal pour participer au marché public. Or, le Ministère public avait retenu que ledit plafond avait été supprimé en date du 30 mai 2018. L'ordonnance querellée violait ainsi le droit et constatait de manière incomplète et erronée les faits. Il existait enfin un doute sérieux quant à la véracité des déclarations de D_____ et de l'HOSPICE GÉNÉRAL au sujet de la conclusion du contrat résultant du marché litigieux, doute qui devait être éclairci par des investigations complémentaires. À ce titre, le Ministère public devait ordonner la production des factures émises par D_____ pour les services d'interprétariat fournis à l'HOSPICE GÉNÉRAL aux mois de septembre à décembre 2019, ainsi que de janvier à mars 2020; la production des avis de crédit/débit des comptes bancaires respectifs de D_____ et de l'HOSPICE GÉNÉRAL en lien avec les factures précitées; l'audition de F_____ et G_____ (employées de l'HOSPICE GÉNÉRAL); la production des échanges de courriels/courriers/fax entre les employés de l'HOSPICE GÉNÉRAL et ceux de D_____ en lien avec la signature du contrat d'attribution du marché; et la production du contrat conclu entre les deux entités portant sur le marché public litigieux. L'HOSPICE GÉNÉRAL, dont il n'était plus contesté qu'il connaissait le dépassement de la limite de 14 heures, avait délibérément attribué un marché à D_____ alors que cette dernière ne remplissait pas l'un des critères d'aptitude, ce qui présupposait une "*connivence*" entre les deux entités, qui nécessitait une enquête plus approfondie.

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

EN DROIT :

1. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP).

Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

2. **2.1.** Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerne une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émane de la plaignante (art. 104 al. 1 let. b CPP).

2.2. Au vu de l'issue du recours, la question de l'existence d'un intérêt juridique à recourir (art. 382 al. 1 CPP) dans le cadre d'une infraction alléguée de faux dans les titres sera laissée ouverte (ATF 140 IV 155 consid. 3.3.3, p. 159).

Partant, sous cette réserve, le recours sera déclaré recevable.

3. La recourante fait grief au Ministère public d'avoir constaté les faits de manière incomplète et erronée.

Dès lors que la Chambre de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition en droit, en fait et en opportunité (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197), les éventuelles constatations inexactes ou incomplètes du Ministère public auront été corrigées et complétées dans l'état de fait établi ci-dessus. Au demeurant, le fait que le plafond de 14 heures soit transgressé ou non n'était pas de nature à modifier la conclusion du Ministère public selon laquelle les documents incriminés n'étaient pas des titres au sens de l'art. 251 CP.

Partant, ce grief sera rejeté.

4. La recourante reproche au Ministère public de ne pas être entré en matière sur les faits dénoncés dans sa plainte.

4.1. Selon l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le ministère public rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière s'il ressort de la dénonciation ou du rapport de police que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage "*in dubio pro duriore*". Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 al. 1 CPP) et signifie qu'en principe une non-entrée en matière ne peut être prononcée 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. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement 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 p. 243).

4.2. Se rend coupable de faux dans les titres, celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à mains réelles d'autrui pour fabriquer un titre

supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre (art. 251 ch. 1 CP).

4.2.1. Sont des titres tous les écrits destinés et propres à prouver un fait ayant une portée juridique et tous les signes destinés à prouver un tel fait (art. 110 al. 4 CP).

L'art. 251 ch. 1 CP – qui doit être appliqué de manière restrictive (ATF 117 IV 35 consid. 1d) – vise non seulement un titre faux ou la falsification d'un titre (faux matériel), mais aussi un titre mensonger (faux intellectuel). Ce dernier vise la constitution d'un titre vrai mais mensonger. Un simple mensonge écrit ne constitue cependant pas un faux intellectuel. La confiance que l'on peut avoir à ne pas être trompé sur la personne de l'auteur est plus grande que celle que l'on peut avoir à ce que l'auteur ne mente pas par écrit. Pour cette raison, la jurisprudence exige, dans le cas du faux intellectuel, que le document ait une crédibilité accrue et que son destinataire puisse s'y fier raisonnablement (on parle de valeur probante accrue : arrêt du Tribunal fédéral 6B_55/2017 du 24 mars 2017 consid. 2.2). Une simple allégation, par nature sujette à vérification ou discussion, ne suffit pas; il doit résulter des circonstances concrètes ou de la loi que le document est digne de confiance, de telle sorte qu'une vérification par le destinataire n'est pas nécessaire et ne saurait être exigée (ATF 138 IV 130 consid. 2.1 p. 134; 132 IV 12 consid. 8.1 p. 14 s.; 129 IV 130 consid. 2.1 p. 133 s.; 126 IV 65 consid. 2a p. 67 s.).

4.2.2. Sur le plan subjectif, le faux dans les titres est une infraction intentionnelle. L'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs. Le dol éventuel suffit (ATF 141 IV 369 consid. 7.4). Ainsi, l'auteur doit être conscient que le document est un titre. Il doit savoir que le contenu ne correspond pas à la vérité. Enfin, il doit avoir voulu (faire) utiliser le titre en le faisant passer pour véridique, ce qui présuppose l'intention de tromper (ATF 135 IV 12 consid. 2.2).

4.3. En l'espèce, au regard de la jurisprudence, restrictive, susmentionnée, force est de constater qu'aucun des documents incriminés par la recourante ne revêt la qualité d'un titre au sens de l'art. 110 al. 4 CP. Le "*Formulaire F1*" équivaut à une brochure de présentation auto-rédigée, dont la vocation est de rendre le soumissionnaire attractif. Cette origine et cette nature déchargent son contenu de toute force probante. Le "*Formulaire 5*", préétabli, sert principalement de récapitulatif des engagements pris par les soumissionnaires en participant à la procédure d'adjudication, sans pour autant garantir, ni même promettre la véracité de ces engagements, de manière qui n'appellerait aucun contrôle ultérieur ou le dissuaderait. Au contraire, parmi les modalités acceptées par la signature de ce même formulaire se trouve la vérification, par l'adjudicateur, des "*indications, informations et preuves fournies avec* [l']*offre*". Quant à l'attestation de l'OCIRT, son contenu n'engage que cette autorité, dont rien ne permet au demeurant de remettre en cause la bonne foi de la déclaration. Ainsi, le

fait que, selon la recourante, ces documents ne correspondent pas à la réalité ne permet pas d'imputer aux mis en cause, qui ne sont du reste signataires que de l'un seul d'entre eux, une infraction à l'art. 251 CP. Enfin, les affirmations avancées par les parties ou les pièces produites dans le cadre de la procédure administrative, en particulier concernant la conclusion du contrat relatif au marché public, relèvent d'allégués visant à soutenir la thèse défendue par les deux entités concernées. En définitive, aucun document ne revêt la qualité de titre.

Par conséquent, les éléments objectifs de l'infraction de faux dans les titres, en particulier la condition de la valeur probante accrue du document, ne sont pas remplis. C'est donc à juste titre que le Ministère public n'est pas entré en matière sur les faits dénoncés par la recourante.

Du reste, les actes d'enquête sollicités par la recourante ne visent qu'à établir si un contrat a été conclu entre D_____ et l'HOSPICE GÉNÉRAL et portent sur des questions étrangères à toute considération pénale. Ils doivent par conséquent être rejetés.

Il en va de même, par identité de motifs, des autres griefs développés dans le recours et qui n'auraient pas fait l'objet de développements *supra*. Ces griefs doivent être soulevés devant d'autres instances.

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

6. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 1'500.- (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 A_____ SÀRL aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 1'500.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Sarah RYTER, greffière.

La greffière :	La présidente :
Sarah RYTER	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/535/2021 **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	1'415.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'500.00**