

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/11116/2020

ACPR/866/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 10 décembre 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [GE], comparant par M^e D_____, avocate, _____ Genève

recourant

contre l'ordonnance de classement rendue le 29 octobre 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.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 11 novembre 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 29 octobre 2021, notifiée le 1^{er} novembre 2021, par laquelle le Ministère public a classé la procédure ouverte à son encontre (ch. 1), l'a condamné au paiement des frais de la procédure arrêtés à CHF 560.- (art. 426 al. 2 CPP) (ch. 2) et a refusé de lui allouer une indemnité (art. 430 al. 1 let. a CPP) (ch. 3).

Le recourant conclut préalablement à l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours et à la nomination de M^c D_____ à sa défense; principalement, il conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des chiffres 2 et 3 de l'ordonnance querellée, à ce que les frais de la procédure soient laissés à la charge de l'État et qu'une indemnité de CHF 5'498.25 fondée sur l'art. 429 CPP lui soit allouée; subsidiairement, il conclut à ce que la cause soit renvoyée au Ministère public afin qu'il complète l'instruction.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

- a.** A_____ et B_____ se sont mariés le _____ 2015 et ont eu ensemble deux enfants, nés respectivement les _____ 2015 et _____ 2016.

Statuant sur mesures provisionnelles par ordonnance OTPI/304/2019 du 24 mai 2019 (C/1_____/2018-9) dans le cadre de leur procédure de divorce, le Tribunal de première instance de Genève a donné acte à A_____ de son engagement à payer, en mains de B_____, par mois et d'avance, une contribution d'entretien de CHF 350.- par enfant dès le prononcé de la décision. Il y était condamné en tant que de besoin.

- b.** Le 23 juin 2020, B_____ a déposé plainte à l'encontre de A_____ pour violation d'une obligation d'entretien (art. 217 CP).

A_____ avait totalement cessé de payer les contributions d'entretien dévolues à ses enfants depuis le mois de novembre 2019. Elle n'avait pas connaissance d'une modification de sa situation financière depuis l'ordonnance du Tribunal de première instance susmentionnée, annexée à sa plainte.

Elle a produit ses relevés bancaires pour les mois de septembre 2019 à juin 2020.

- c.** Par courrier du 23 juin 2020, le Ministère public a interpellé A_____ sur le fait que tout paiement partiel ou intégral de l'arriéré des contributions d'entretien pourrait être apprécié comme un élément à sa décharge.

d. Par courrier du 12 août 2020, A_____ a transmis au Ministère public les preuves du paiement de l'intégralité des arriérés de contributions d'entretien en faveur de B_____, soit un montant total de CHF 7'000.- pour la période de novembre 2019 à août 2020.

e. Le 4 février 2021, le Ministère public a tenu une audience de confrontation, lors de laquelle A_____ a déclaré avoir accepté de payer les contributions d'entretien car les enfants résidaient à Genève, tel que cela ressortait de l'arrêt ACJC/1388/2019 de la Chambre civile de la Cour de justice du 24 septembre 2019 statuant sur appel contre l'ordonnance précitée du Tribunal de première instance.

Il ressort de la partie en droit dudit arrêt – produit à l'audience – que A_____ s'était engagé à verser la somme mensuelle de CHF 350.- pour l'entretien de chacun de ses enfants, dans l'hypothèse – réalisée en l'espèce – où ces derniers demeuraient à Genève. L'autorité d'appel a confirmé le chiffre du dispositif de l'ordonnance OTPI/304/2019 consacré aux contributions d'entretien dues par le père.

f. Par avis de prochaine clôture de l'instruction du 9 juin 2021, le Ministère public a informé les parties de son intention de classer la procédure et leur a imparti un délai pour présenter leurs éventuelles réquisitions de preuves et/ou demandes d'indemnisation.

g. Par courrier du 30 juin 2021, A_____ a notamment sollicité une indemnité de CHF 4'581.23 pour les 9 heures 40 d'activité de son avocate, produisant le relevé y relatif.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public a considéré qu'en remboursant en une fois la totalité des arriérés de contributions d'entretien dus, A_____ avait fourni tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il avait causé. Il convenait de renoncer à toute poursuite pénale en vertu de l'art. 53 CP et le classement était ordonné sur la base de l'art. 319 al. 1 let. e et 8 CPP.

Les frais devaient être mis à la charge de A_____ sur la base de l'art. 426 al. 2 CPP, dès lors que le motif du classement impliquait nécessairement la commission d'un acte illicite. En ne versant pas les contributions d'entretien malgré la condamnation en ce sens, il avait, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure pénale à son encontre. Pour les mêmes motifs, aucune indemnité ne lui était octroyée (art. 430 al. 1 let. a CPP).

D. a. Dans son recours, A_____ invoque la violation des art. 426 al. 2 et 430 al. 1 let a CPP. Étant dans l'impossibilité d'exercer son droit de visite en raison du départ au Portugal de ses enfants avec leur mère, il considérait que les conditions de son engagement à payer les contributions d'entretien en leur faveur n'étaient plus réunies,

vu l'absence de domicile à Genève. Il avait été conforté dans cette appréciation par son précédent conseil, lequel lui avait confirmé qu'il ne devait plus s'acquitter des sommes en question. C'était à tort que les dispositifs des décisions civiles ne mentionnaient pas la condition du domicile en Suisse de ses enfants, laquelle figurait dans leur motivation. Après avoir procédé à un changement de mandataire en juillet 2020, il avait immédiatement effectué les paiements, ce qui attestait de sa bonne foi. Il existait dès lors une erreur sur l'illicéité (art. 21 CP), inévitable, non fautive et licite, et le classement des faits ne pouvait être prononcé sur la base de l'art. 53 CP.

Ainsi, les conditions des art. 426 al. 2 et 430 al. 1 let. a CPP n'étaient pas réalisées, puisqu'il n'avait pas provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure pénale.

À l'appui de son recours, il produit un jugement de divorce du 28 juin 2021, duquel il ressort que le Tribunal de première instance avait rejeté, le 11 octobre 2019, sa requête tendant à ce qu'il soit fait interdiction à B_____ de déplacer le domicile des enfants, en refusant toutefois d'autoriser celle-ci à transférer leur lieu de résidence au Portugal. Dans son dispositif, le juge donne acte à la mère de ce qu'elle a renoncé à toute prétention en versement d'une contribution d'entretien en faveur des enfants.

En outre, il se justifiait de le mettre au bénéfice de l'assistance judiciaire, sa situation financière étant précaire et la cause présentant une certaine complexité dès lors qu'il est question d'une erreur sur l'illicéité.

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

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du prévenu qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

Les pièces nouvelles produites par le recourant devant la Chambre de céans sont également recevables (arrêt du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.2 *in fine*).

2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390

al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

3. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir mis les frais de la procédure à sa charge, malgré le classement ordonné.

3.1. Selon l'art. 426 al. 2 CPP, lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci.

3.1.1. La condamnation d'un prévenu acquitté à supporter tout ou partie des frais doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH. Celle-ci interdit de rendre une décision défavorable au prévenu libéré en laissant entendre que ce dernier serait néanmoins coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Une condamnation aux frais n'est ainsi admissible que si le prévenu a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours. À cet égard, seul entre en ligne de compte un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés (ATF 119 Ia 332 consid. 1b p. 334 ; ATF 116 Ia 162 consid. 2c p. 168 ; ATF 144 IV 202 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_556/2017 du 15 mars 2018 consid. 2.1 ; 6B_301/2017 du 20 février 2018 consid. 1.1).

3.1.2. Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble, dans le sens d'une application par analogie des principes découlant de l'art. 41 CO. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (ATF 144 IV 202 consid. 2.2 ; ATF 119 Ia 332 consid. 1b p. 334). Il peut s'agir d'une norme de droit privé, de droit administratif ou de droit pénal, d'une norme de droit écrit ou non écrit, de droit fédéral ou cantonal. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (ATF 119 Ia 332 consid. 1b p. 334 ; ATF 116 Ia 162 consid. 2c p. 170 = SJ 1991 27 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_156/2017 du 22 décembre 2017 consid. 4.4 ; 6B_1172/2016 du 29 août 2017 consid. 1.3 ; 6B_1146/2016 du 14 juillet 2017 consid. 1.3 = SJ 2018 I 197), sans égard aux intérêts que cette norme vise à protéger (arrêts du Tribunal fédéral 6B_886/2018 du 31 octobre 2018 consid. 2.1.1 ; 6B_156/2017 du 22 décembre 2017 consid. 4.4).

3.1.3. L'art. 426 al. 2 CPP exige non seulement que le prévenu ait adopté un comportement illicite ayant causé l'ouverture de la procédure pénale, mais également une faute. La notion de faute visée par l'art. 426 al. 2 CPP s'apprécie à la lumière d'une application par analogie de l'art. 41 CO (ATF 124 III 297 consid. 5b p. 301 ; 123 III 306 consid. 4a p. 312 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_156/2017 du 22

décembre 2017 consid. 5 et les références citées). La faute exigée doit s'apprécier selon des critères objectifs : il ne suffit pas que l'attitude du prévenu contrevienne à l'éthique (ATF 116 la 162 consid. 2d p. 171 = SJ 1991 27). L'acte répréhensible n'a pas à être commis intentionnellement. La négligence suffit, sans qu'il y ait besoin qu'elle soit grossière (ATF 109 la 160 consid. 4a p. 163 s. ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_156/2017 du 22 décembre 2017 consid. 5 ; 6B_184/2013 du 1er octobre 2013 consid. 7.1).

3.2. L'art. 53 CP s'intègre dans une section du Code pénal intitulée *"Exemption de peines et suspension de la procédure"*, qui regroupe les art. 52 à 55a CP. L'art. 52 CP subordonne notamment la renonciation à poursuivre l'auteur, à renvoyer celui-ci devant le juge ou à lui infliger une peine, au peu d'importance de sa *"culpabilité"*. L'art. 54 CP évoque quant à lui l'*"atteinte"* subie par l'auteur consécutivement à son acte. Enfin, l'art. 53 CP règle le sort de la procédure pour le cas où l'auteur aura réparé le *"dommage"* ou compensé le *"tort"* causé. Chacune de ces dispositions repose donc sur la prémisse selon laquelle l'auteur a commis un acte illicite, pour lequel il porte une part de culpabilité (cf. art. 52 CP), ou par lequel il a causé une *"atteinte"* (cf. art. 54 CP), un *"dommage"* ou un *"tort"* (cf. art. 53 CP). À cet égard, la loi prévoit certes que le ministère public et les tribunaux rendent, le cas échéant, une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement (cf. art. 8 al. 4 CPP). Cette décision, en ce qu'elle n'emporte pas condamnation et ne se prononce pas sur la culpabilité, ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence dont bénéficie le prévenu. Néanmoins, compte tenu de l'acte illicite nécessairement commis et en dépit duquel une non-entrée en matière ou un classement est prononcé, une mise à sa charge des frais s'avère en tous les cas justifiée (ATF 144 IV 202 consid. 2.3).

Dans le cas qui lui était soumis, le Tribunal fédéral a jugé que si l'intimé avait pu réparer le dommage qu'il avait causé, par une tromperie, à ses cocontractants, et ainsi bénéficier d'un classement fondé sur l'art. 53 CP, rien ne s'opposait à ce que cette même tromperie, qui avait entraîné l'intervention de l'autorité pénale, fût par ailleurs retenue pour justifier la mise à sa charge des frais de procédure (ATF 144 IV 202 consid. 2.3).

3.3. Aux termes de l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. Pour qu'il y ait erreur sur l'illicéité, il faut que l'auteur ne sache ni ne puisse savoir que son comportement est illicite. L'auteur doit agir alors qu'il se croyait en droit de le faire. Il pense, à tort, que l'acte concret qu'il commet est conforme au droit (ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 p. 343 et les références ; ATF 138 IV 13 consid. 8.2 p. 27). Si la licéité du comportement considéré est sujette à caution, l'auteur est tenu de s'informer auprès des autorités compétentes (ATF 129 IV 6 consid. 4.1 et les références ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_494/2016 du 17 mai 2017 consid. 1.1). Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru ou voulu et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits (ATF 141 IV

336 consid. 2.4.3 p. 343 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1369/2016 du 20 juillet 2017 consid. 5.1).

Celui qui s'adresse à un conseiller juridique en raison de la nature particulièrement complexe du problème peut se voir reconnaître le bénéfice de l'erreur sur l'illicéité, à double condition que le conseiller se soit prononcé en faveur des actes commis ensuite par l'auteur et qu'il ait examiné sous tous leurs aspects juridiques l'ensemble des éléments de faits connus de l'auteur (ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303 = JdT 1973 IV 143 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_784/2018 du 4 octobre 2018 consid. 1.1.2).

3.4. En l'espèce, il est établi que le recourant a cessé de verser à son ex-épouse les contributions d'entretien dévolues à ses enfants entre novembre 2019 et juin 2020, alors même que sa condamnation en ce sens ressort clairement du dispositif de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 24 mai 2019 du Tribunal de première instance et n'est assortie d'aucune condition résolutoire. Ce n'est qu'en instance d'appel, alors que le départ de la mère avec les enfants au Portugal était discuté, que le recourant a précisé que, dans sa conception, son engagement à payer les contributions d'entretien n'existerait que pour autant que les enfants demeurent à Genève. L'instance d'appel a considéré que tel était le cas lorsqu'elle a rendu son arrêt en septembre 2019 et a confirmé l'ordonnance entreprise en tant qu'elle statuait sur l'entretien des enfants. Ce n'est que par jugement rendu le 28 juin 2021 que le juge du divorce a pris acte de la renonciation par la mère à toute prétention financière en lien avec les enfants, mettant ainsi fin aux obligations correspondantes.

Dans ces circonstances, le recourant ne saurait se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité car sa condamnation au paiement des contributions d'entretien, sur mesures provisionnelles, était sans équivoque. De plus, il n'est nullement vraisemblable qu'il aurait été conforté dans son erreur par son précédent conseil. En cessant les paiements, il a contrevenu à ses obligations d'entretien découlant du droit de la famille et n'a pas respecté une décision judiciaire. Ce faisant, il a adopté un comportement illicite et fautif – à tout le moins par négligence –, lequel a provoqué l'ouverture de la procédure pénale à son encontre.

Le Ministère public était ainsi fondé à classer les faits sur la base de l'art. 53 CP, après avoir constaté que le recourant avait réparé en totalité le dommage causé, et pouvait ainsi mettre les frais à sa charge.

4. Le recourant sollicite une indemnité pour ses frais de défense de première instance.

La question de l'indemnisation du prévenu (art. 429 CPP) doit être traitée en relation avec celle des frais (art. 426 CPP) et en principe celle-ci préjuge de la question du droit à l'indemnité. Si le prévenu supporte les frais en application de l'art. 426 al. 2

CPP, une indemnité est en règle générale exclue. L'autorité pénale peut réduire ou refuser l'indemnité lorsque le prévenu a provoqué illicitement et fautivement l'ouverture de la procédure (art. 430 al. 1 let. a CPP). L'art. 430 al. 1 let. a CPP est le pendant de la règle énoncée à l'art. 426 al. 2 CPP. La jurisprudence relative à cette disposition est applicable par analogie à l'art. 430 al. 1 let. a CPP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_77/2013 du 3 mars 2013 consid. 2.).

Au regard des développements *supra*, c'est à juste titre que le Ministère public a refusé une indemnisation au recourant au sens de l'art. 430 al. 1 let. a CPP.

5. Justifiée, l'ordonnance querellée sera confirmée.
6. Le recourant sollicite d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire au sens de l'art. 132 al. 1 let. b et al. 2 CPP.

En l'occurrence, la question de l'indigence du recourant peut rester ouverte dès lors que la seconde condition de l'art. 132 al. 1 let. b CPP n'est pas réalisée. En effet, la cause apparaît de peu de gravité et ne présente pas de difficultés particulières dès lors que l'assistance judiciaire n'est sollicitée que pour la procédure de recours et que celle-ci n'a pour objet que la mise à charge des frais de la procédure en première instance arrêtés à CHF 560.- et l'indemnité fondée sur l'art. 429 CPP pour ses frais de défense. Partant, l'assistance d'un conseil n'était pas justifiée et cette requête sera rejetée.

7. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, arrêtés à CHF 1'000.- (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.

Rejette la demande d'assistance judiciaire.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 1'000.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

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

La greffière :

Olivia SOBRINO

La présidente :

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/11116/2020

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	915.00
---------------------------------	-----	--------

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

Total	CHF	1'000.00
--------------	------------	-----------------