

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16512/2012

ACPR/244/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 3 juin 2013

Entre

A. _____, domicilié _____, comparant en personne,

recourant

contre l'ordonnance du Ministère public du 21 mars 2013,

Et

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

B. _____, p.a. Secrétariat du commandant de la Gendarmerie, case postale 236, 1211
Genève, 8, comparant en personne,

intimés.

Communiqué l'arrêt aux parties en date du lundi 3 juin 2013.

EN FAIT

A. Par acte expédié le 12 avril 2013 au greffe de la Chambre pénale de recours, A. _____ recourt contre l'ordonnance du 21 mars 2013 par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte du 2 novembre 2012 contre un gendarme, qui s'avérera être B. _____, à la suite d'un contrôle d'identité et d'une fouille, le 31 octobre 2012, dans les bois de Versoix. Il demande à l'autorité de recours d'accepter son recours, sans autre précision.

B. Il résulte du dossier les faits suivants :

a) Dans sa plainte pénale, A. _____ expliquait avoir été interpellé par un garde-faune, alors qu'il téléphonait, tout en se promenant en lisière de forêt. Il avait dû abrégé son appel, ouvrir son sac à dos pour contrôle et remettre sa pièce d'identité. Le garde-faune avait averti la police, et les gendarmes, arrivés, avaient à nouveau fouillé ses effets. L'un d'eux s'était emparé de l'appareil photo qu'il portait, l'avait allumé et avait refusé de l'éteindre lorsque A. _____ le lui avait demandé, au motif que pouvaient s'y trouver des « *choses compromettantes* ». A. _____ avait tenté de lui arracher l'appareil des mains. Le collègue du gendarme s'était interposé. Son automobile avait été fouillée. Il s'estimait contrôlé en moyenne tous les 6 mois par la police, en donne des exemples et demande que les « *affaires* » qui lui ont été confisquées lui soient restituées. Pour lui, le visionnage du contenu de l'appareil photo était constitutif d'abus d'autorité.

b) Interrogé le 6 février 2013 par l'Inspection générale des services (IGS) sur mandat du Ministère public, B. _____ a expliqué avoir été requis auprès d'un garde-faune qui contrôlait une personne récalcitrante. Sur place, le garde-faune lui avait expliqué qu'il y avait du braconnage dans les bois de Versoix et qu'il ne parvenait pas à contrôler la personne avec lui. A. _____ s'était montré agressif et défiant ; il n'avait ouvert son sac qu'à contre-cœur. Il détenait un appareil électronique, téléphone portable ou appareil photo : compte tenu du soupçon de braconnage, B. _____, qui dit avoir tenu compte de l'état « *psychiquement fragile* » de A. _____, a voulu vérifier si l'appareil contenait des photos de ce genre de délit ; il avait aussi en tête la recherche d'un homme, se déplaçant à vélo, qui se masturbait aux abords des abribus. Si A. _____ avait été plus coopératif, les investigations n'auraient pas été poussées aussi loin. Après la fouille de l'automobile de celui-ci, un couteau et une lame avaient été saisis ; ils se trouvaient toujours « *au poste* », où A. _____ savait qu'il pourrait les récupérer mais n'était jamais venu le faire.

c) Le 18 février 2013, l'IGS a rendu son rapport, qui se limite à un résumé des dépositions de A. _____ et de B. _____. Elle y a joint l'enregistrement, non retranscrit ni résumé, des appels entre la centrale police et le garde-faune et entre la centrale et la patrouille de gendarmerie et un extrait du journal des événements. Elle indique solliciter l'audition, en qualité de témoins, du garde-faune et de l'autre gendarme présent sur les lieux. Ces propositions sont restées lettre morte.

- d) Dans son ordonnance, querellée, le Ministère public a retenu que B. _____ pouvait légitimement soupçonner A. _____ d'infraction à la loi sur la faune du 7 octobre 1993 (M 5 05). Le visionnage de photos entrainé dans la notion de fouille. Le gendarme était autorisé à y procéder, car des manipulations simples permettaient d'effacer le contenu d'un appareil photo numérique. Il n'avait par conséquent pas commis d'abus d'autorité.
- C. a) À l'appui de son recours, A. _____ estime que le Ministère public ne semble pas vouloir respecter « *le droit suisse* » ni la CEDH. La surveillance généralisée était interdite, car elle portait une atteinte disproportionnée à la vie privée. Ce qui lui était reproché n'était pas grave, ni même avéré.
- b) B. _____ n'a pas présenté d'observations.
- c) Le Ministère public tient le recours pour irrecevable, faute de qualité pour agir. A. _____ n'indiquait pas en quoi la consultation du contenu de son appareil photo lui avait causé un dommage. Sur le fond, la fouille s'entendait aussi de l'accès aux données et informations disponibles dans des appareils photographiques ou téléphoniques. Le travail des autorités pénales serait compliqué à l'excès s'il ne pouvait être procédé à ces vérifications que sur le fondement d'une perquisition préalable.
- d) A. _____ a répliqué. Téléphoner en lisière de bois n'était pas un comportement en lui-même suspect.

EN DROIT

1. Le recours, au sens des art. 393 ss. CPP, est ouvert. En effet, les ordonnances de non-entrée en matière rendues par le Ministère public peuvent être attaquées par la partie plaignante conformément aux dispositions sur le classement (art. 104 al. 1, let. b, 310 al. 2, 322 al. 2 et 382 CPP). Au surplus, l'acte de recours contient des précisions suffisantes sur les points attaqués (art. 385 al. 1 let. a CPP) et les motifs qui commandent une autre décision (art. 385 al. 1 let. b CPP).

En expédiant son recours deux jours après la date de l'ordonnance querellée, le recourant a agi en temps utile (art. 396 al. 1 CPP). Il importe donc peu que le dossier remis à la Chambre de céans ne comporte pas de trace de notification de celle-ci (art. 85 al. 2 CPP).

2. Le Ministère public conteste, cependant, que le recourant ait un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2.1. Lorsque l'infraction protège en première ligne l'intérêt collectif, les particuliers ne sont considérés comme lésés que si leurs intérêts privés ont été effectivement touchés par les actes en cause, de sorte que leur dommage apparaît comme la conséquence directe de l'acte dénoncé (ATF 129 IV 95 consid. 3.1 p. 99; 123 IV 184 consid. 1c p. 188; 120 Ia 220 consid. 3). L'atteinte doit par ailleurs revêtir une certaine gravité. À cet égard, la qualification de l'infraction n'est pas déterminante ; sont décisifs les effets

de celle-ci sur le lésé (ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1 p. 218), lesquels doivent être appréciés de manière objective, et non en fonction de la sensibilité personnelle et subjective de ce dernier (arrêt du Tribunal fédéral 6B_266/2009 du 30 juin 2009 consid. 1.2.1). L'art. 312 CP garantit, certes, en premier lieu des intérêts collectifs (arrêt du Tribunal fédéral 1B_201/2011 du 9 juin 2011 consid. 2.2.). Mais si celui qui – à l'instar du recourant – se dit victime d'un abus d'autorité (art. 312 CP), sans atteinte directe à son intégrité physique ou psychique, n'est pas une victime au sens de l'art. 116 CPP (cf. M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, Bâle 2012, n. 10 avant art. 312), ni victime d'un traitement inhumain ou dégradant au sens d'instruments internationaux liant la Suisse (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1B_441/2012 du 4 mars 2013 consid. 1.2.3.), il n'en reste pas moins qu'il dispose, comme tout citoyen, du droit à ne pas être exposé à un déploiement de puissance étatique incontrôlé et arbitraire, qui est le bien juridique protégé par l'art. 312 CP (ATF 127 IV 209 consid. 1b p. 212). Un dommage n'est pas nécessaire ni pour être lésé, au sens de l'art. 115 CPP, ni pour recourir, au sens de l'art. 382 al. 1 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_261/2012, destiné à la publication, consid. 3.3.4 paru *in* SJ 2013 I 276).

2.2. Il résulte de ce qui précède que le recourant doit se voir reconnaître un intérêt juridiquement protégé à recourir, dès lors que la norme qu'il invoque garantit aussi ses intérêts particuliers, sans qu'il soit besoin, en sus, d'exiger un autre dommage ou préjudice ; faute de quoi le justiciable ne pourrait plus faire contrôler judiciairement le respect effectif de son droit ou ne pourrait le faire que si une autre lésion (corporelle ou matérielle) que ce droit propre entraine en concours avec l'abus d'autorité dont il se plaint. Tel ne peut être le sens et le but de l'art. 312 CP. En outre, comme le relève, à propos de l'appel (art. 398 CPP), le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité (*loc. cit.*), il n'y a pas de raison de priver le lésé d'une voie de recours lorsque – comme en l'espèce – le prévenu serait un agent de l'État contre lequel il n'aurait pas d'action civile directe. Or, l'art. 382 al. 1 CPP, disposition générique en matière de qualité pour recourir (arrêt précité, consid. 3.1.), s'applique aussi pour le recours (art. 393 CPP).

En tant que tel, l'accès aux prises de vue d'un appareil photographique ne serait, d'ailleurs, pas nécessairement de peu de gravité, sous l'angle des conséquences directes de l'acte reproché à l'intimé, puisqu'un tel comportement n'est pas dépourvu d'analogies avec l'atteinte, punissable, à des secrets privés (art. 179 CP), dans la mesure où un appareil photographique n'est pas différent d'un « contenant » fermé au sens de cette disposition (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *op. cit.*, n. 5 ad art. 179).

Distincte est la question – relative au fond du recours – de savoir si cette gravité, le cas échéant combinée avec la saisie du couteau et de la lame, est suffisante pour constituer un abus, au sens de la loi.

3. Le recourant estime que les soupçons pour procéder à la fouille de son appareil photo étaient insuffisants et que le gendarme y ayant procédé avait porté une atteinte disproportionnée à sa vie privée. À l'inverse, le Ministère public considère que les conditions d'une fouille (art. 249 CPP) étaient réunies, de sorte que l'agent était légitimé à agir ainsi qu'il l'avait fait.

3.1. À teneur de 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 que les éléments constitutifs de l'infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis. Au moment de statuer sur l'ouverture éventuelle de l'instruction, le ministère public doit examiner si les conditions d'exercice de l'action publique sont réunies, c'est-à-dire si les faits qui sont portés à sa connaissance sont constitutifs d'une infraction pénale, et si la poursuite est recevable. Des motifs de fait peuvent justifier la non-entrée en matière. 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. Il s'agit de mettre ce dernier en situation d'apprécier s'il dispose d'éléments suffisants pour ouvrir l'instruction, ce qu'il ne pourra décider qu'une fois éclairé par un rapport de police (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, Zurich 2009, n. 8 ad art. 309).

3.2. L'art. 312 CP réprime l'abus d'autorité, soit notamment le fait, pour un fonctionnaire, d'avoir abusé des pouvoirs de sa charge, notamment dans le dessein de nuire à autrui. Le Tribunal fédéral interprète restrictivement la formule très générale qui définit l'acte litigieux. L'auteur n'abuse de son autorité que lorsqu'il use de façon non permise de ses pouvoirs officiels, c'est-à-dire lorsqu'en vertu de sa charge il en dispose – avec effet obligatoire – en dépassant toutefois les limites de ce que ses pouvoirs lui permettent. L'art. 312 CP ne vise donc pas tous les actes illicites qu'un fonctionnaire peut commettre alors qu'il exerce ses fonctions. Il faut qu'il ait accompli un acte ou pris une mesure entrant dans ceux que ses fonctions lui commandent d'accomplir. Il en est également ainsi lorsque le fonctionnaire, bien que poursuivant un but légitime, use pour l'atteindre de moyens de contrainte disproportionnés aux circonstances (ATF 113 IV 29 consid. 1 et les arrêts cités). L'incrimination pénale doit être interprétée restrictivement, compte tenu de la formule très générale qui définit l'acte litigieux. L'auteur n'abuse ainsi de son autorité que lorsqu'il use de manière illicite des pouvoirs qu'il détient de sa charge, c'est-à-dire lorsqu'il décide ou contraint en vertu de sa charge officielle dans un cas où il ne lui était pas permis de le faire. L'infraction peut aussi être réalisée lorsque l'auteur poursuit un but légitime, mais recourt pour l'atteindre à des moyens disproportionnés (ATF 127 IV 209 consid. 1a/aa et b p. 211 s. et arrêts cités; M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht II : Art. 111-392 StGB*, 2^e éd., Bâle 2007, n. 4 ss. ad art. 312). Une violation insoutenable des pouvoirs confiés n'est en revanche pas nécessaire.

3.3. En l'espèce, la question de savoir s'il eût fallu un ordre de perquisition en bonne et due forme, avant de procéder au visionnage des images de l'appareil photo, peut rester indécise. En matière de fouille, il fallait de toute manière – c'est-à-dire hors motif

de sécurité (art. 241 al. 4 CPP), ce que l'intimé n'a, à juste titre, pas invoqué en l'espèce – que l'appareil photo pût contenir des « objets » à séquestrer (art. 249 CPP). Or, les indices à l'appui d'une telle présomption étaient inexistants.

3.3.1. Selon la plainte pénale, le garde-faune n'avait pas eu de difficulté à contrôler l'identité du recourant ; c'était, au contraire, avec son passeport en mains que le garde-faune avait appelé des « collègues ». Cette assertion est vérifiée par l'écoute de l'enregistrement versé au dossier, puisque le garde-faune donne à son interlocuteur de la centrale police l'identité du recourant. Ni l'IGS, spontanément – la transmission de la plainte à la police ne comportait pourtant aucune limitation particulière d'acte d'enquête, au sens des art. 306 al. 2 let. b et 309 al. 2 CPP – , ni le Ministère public n'ont interrogé le garde-faune. À teneur de la déposition de l'intimé, celui-ci l'avait informé, sur les lieux, de la suspicion de braconnage nourrie contre le recourant. Mais l'écoute de l'enregistrement montre que le garde-faune s'était, tout au plus, plaint à la centrale police d'avoir été insulté par le recourant ; par ailleurs, ce dernier a allégué, sans que rien au dossier ne permette de le démentir, qu'il téléphonait en lisière de forêt. Même à imaginer qu'il fût en train d'avertir un braconnier de la présence ou de l'arrivée du garde-faune, ce que rien n'étaye mais qui permettrait d'appréhender sous ce prétexte tout promeneur sylvestre téléphonant, on ne voit pas ce que le visionnage des photos pouvait amener à l'appui du soupçon de braconnage. L'argument de l'intimé selon lequel le recourant aurait pu avoir photographié ses pièges ou proies est inconsistant, dès lors que la fouille du véhicule, situé à proximité, du recourant apparaît autrement plus pertinente et adéquate sous cet angle. Or, de celle-ci – qu'il exécutera, mais postérieurement à l'examen de l'appareil photo – , l'intimé a retiré un couteau et une lame, qu'il n'a à aucun moment mis en relation avec une chasse prohibée, ni même avec une détention non conforme à la législation sur les armes. On est dès lors en droit de se demander sur quelle base légale ces objets ont été amenés « *au poste* », c'est-à-dire mis en sûreté au sens de l'art. 306 al. 2 let. a CPP.

3.3.2. Quant à l'explication *a posteriori* de l'intimé, à savoir l'identification d'un exhibitionniste, aucun des détails qu'il donne à cet égard ne correspond aux circonstances concrètes auxquelles il a été confronté en arrivant sur les lieux de son intervention.

3.3.3. En conclusion, le dossier ne permet pas de se convaincre que le recourant se serait opposé à un contrôle de son identité – ce qui pose la question de la légitimité même de l'appel du garde-faune à la police – ni à la fouille de son sac et de son véhicule, ni que des soupçons d'une infraction justifiaient le visionnage des images contenues dans son appareil photo. L'IGS n'a pas indiqué si, dans ces conditions, le comportement de l'intimé, qui plus est mis en présence d'une personne qu'il décrira comme « *psychiquement fragile* », était conforme aux prescriptions de service.

4. L'art. 312 CP doit, on l'a vu, être appliqué restrictivement. Par ailleurs, cette disposition n'est pas exclusive d'autres sanctions, notamment disciplinaires (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *op. cit.*, n. 33 ad art. 312). Il s'ensuit qu'au vu de

l'instruction lacunaire de la cause, l'autorité de céans n'est pas en mesure de vérifier si le soupçon d'abus de pouvoir, que l'état du dossier accrédite (art. 309 al. 1 let. a CPP), revêt un caractère de gravité suffisant pour tomber sous le coup de l'art. 312 CP plutôt que du droit disciplinaire cantonal.

Le Ministère public ne s'est pas non plus prononcé sur ces questions, puisque sa position consiste, en réalité, à soutenir que l'intimé était « *légitimé* » à agir ainsi qu'il l'avait fait, ce qui, sous cette acception, revient à dire que l'intimé avait pris une mesure, la fouille, entrant dans ses fonctions – ce que le recourant ne contestait pas – mais sans aborder si la mesure était en elle-même abusive, c'est-à-dire constitutive d'un abus d'autorité.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'annuler l'ordonnance querellée et de renvoyer la cause au Ministère public pour qu'il instruisse plus avant et rende une nouvelle décision. En effet, on ne peut pas considérer, en l'état, que des éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 312 CP n'étaient manifestement pas réunis en l'espèce, au sens de l'art. 310 al. 1 let. a CPP.

5. Le recourant, qui a gain de cause, n'aura pas à assumer les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Reçoit le recours interjeté par A. _____ contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 21 mars 2013 par le Ministère public.

L'admet, annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Ministère public pour nouvelle décision au sens des considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Siégeant :

Messieurs Christian COQUOZ, président ; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges ; Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

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.