

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/22190/2019

ACPR/456/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 30 juin 2020

Entre

A _____, domiciliée _____ (GE), comparant par M^e B _____, avocat, _____ (VD),

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 24 avril 2020 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 6 mai 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 24 avril 2020, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte.

La recourante conclut, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire, à la nomination de M^c B_____ en qualité de défenseur d'office, et à la mise à disposition du dossier à ce dernier, avec l'octroi d'un délai de 10 jours, dès consultation, pour déposer un mémoire ampliatif ; et, principalement, à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public afin qu'il ouvre une instruction et procède à toutes mesures utiles.

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

a. Le 16 septembre 2019, A_____, entendue par la police, a déposé plainte contre son ancien compagnon, C_____, pour avoir, durant leur relation, pris une photographie d'elle, dénudée, en train de dormir, l'avoir partagée avec des amis et, le 15 septembre 2019, l'avoir publiée sur le réseau social D_____, via le compte utilisateur « I_____ ».

Elle a expliqué que, deux ans et demi auparavant, ils s'étaient fréquentés durant six mois. La photographie avait été prise dans la chambre de C_____. Lorsqu'elle lui avait demandé des explications, après avoir vu sa photographie sur D_____, il avait reconnu l'avoir prise durant leur relation et l'avoir, à l'époque, envoyée à des amis. Il avait nié être l'auteur de la publication sur [le réseau social] D_____, qui avait pu être effectuée par l'un des copains à qui il avait envoyé l'image à l'époque ou par le détenteur de son portable, l'appareil lui ayant été dérobé quelques jours auparavant. Elle ignorait la raison pour laquelle C_____ aurait publié cette photographie, leur séparation s'étant bien passée.

b. Entendu le 11 octobre 2019 par la police, C_____ a déclaré que lorsqu'ils étaient en couple, A_____ et lui se photographiaient mutuellement et envoyaient chacun les clichés à leurs amis respectifs. Tant les prises de vues que leur partage avaient systématiquement été faits avec l'accord du modèle. A_____ était consciente d'être photographiée et y avait consenti. Sur la photographie, elle apparaissait les yeux ouverts, en train de sourire et de caresser un chien. Il avait transmis le portrait à deux amis, E_____ et F_____, après avoir obtenu l'accord de l'intéressée. Il ne connaissait pas le compte « I_____ » avant que A_____ lui en parle. Il ignorait qui avait transféré la photographie à ce profil, lui-même s'étant fait voler son portable le 7 septembre 2019 - preuves à l'appui -, et n'étant plus en possession du cliché. Pour télécharger l'ensemble du contenu de son téléphone mobile, il suffisait de le brancher à un ordinateur.

- c. Dans son rapport de renseignements du 5 novembre 2019, la police a expliqué que les démarches entreprises auprès [du réseau social] D_____, afin d'identifier le détenteur du compte « I_____ » s'étaient révélées infructueuses, D_____ n'étant pas en mesure de donner une quelconque information relative au compte concerné.
- C. Aux termes de sa décision querellée, le Ministère public considère que la culpabilité de C_____ ne pouvait être établie, tant s'agissant du partage de la photographie sur [le réseau social] D_____, faute de prévention pénale suffisante à son encontre, que de l'envoi du cliché à ses amis, compte tenu de l'absence d'élément de preuve et des déclarations contradictoires des parties quant au consentement de la plaignante.
- D. a. À l'appui de son recours, A_____ soutient que le Ministère public aurait dû rendre une ordonnance de classement, le prononcé d'une décision de non-entrée en matière n'étant plus possible lorsque plusieurs actes d'instruction avaient été réalisés par « l'autorité de poursuite pénale » – audition de la partie plaignante et du mis en cause, démarches auprès de l'entreprise D_____ –. En outre, l'absence d'ouverture d'instruction avait eu pour conséquence de violer son droit d'être entendue. En particulier, elle n'avait pas pu se déterminer sur les éléments du dossier, notamment les déclarations de C_____. À cet égard, elle contestait les propos de ce dernier quant au fait qu'ils se prenaient mutuellement en photographie durant leur relation ; qu'elle aurait consenti à de tels actes ainsi qu'à l'envoi de clichés à E_____ et F_____. Elle contestait aussi avoir, à l'époque de leur relation, envoyé des images de C_____, dénudé, à ses propres amis. L'absence d'avis de prochaine clôture l'avait privée de la possibilité de formuler d'éventuelles réquisitions de preuve ou d'apporter des informations utiles permettant d'identifier l'auteur.

En outre, elle estimait que les conditions de l'art. 310 al. 1 let. a CPP n'étaient pas remplies. Elle sollicitait l'audition d'un témoin, présent lors de sa discussion du 15 septembre 2019 avec C_____, au cours de laquelle ce dernier avait admis qu'elle ignorait que la photographie querellée avait été prise ; l'analyse des téléphones portables de E_____ et F_____, afin de clarifier dans quelles circonstances le cliché leur avait été adressé et la photographie prise ; l'analyse des ordinateurs de C_____, afin de regarder s'il était en possession d'autres photographies dénudées d'elle, la prise de photographies étant une habitude usuelle selon ses dires ; l'analyse des données de son propre téléphone mobile et de celles de son "G_____" [hébergement informatique] afin de prouver qu'elle n'avait pas pris de photographies de C_____, dénudé ; l'audition des amies mentionnées par ce dernier, afin d'établir qu'elle ne leur avait jamais adressé de photographies de ce dernier, dénudé ; l'analyse des métadonnées de la photographie publiée sur D_____, permettant de renseigner sur la date de sa création, sa transmission ou sa modification.

Par ailleurs, elle relève que la publication [sur le réseau social] D_____ était accompagnée d'un texte, « A_____ » [prénom uniquement] . La connaissance de

l'identité du sujet réduisait ainsi considérablement le champ des auteurs possibles, le voleur de portable n'étant pas en possession de cette information. Enfin, la plupart des téléphones portables étaient protégés par un code d'identification PIN, nécessaire pour télécharger les informations s'y trouvant, de sorte que le contournement d'un tel mécanisme n'était pas à la portée du premier voleur venu.

À l'appui de sa demande d'assistance judiciaire, elle explique être étudiante et ne percevoir aucun revenu.

b. À réception du recours, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT :

1. **1.1** 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) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la partie plaignante qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. b 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).

1.2. Il n'y a pas lieu de donner suite à la conclusion de la recourante relative à la consultation du dossier et à l'octroi d'un délai supplémentaire, étant précisé que la motivation d'un acte de recours doit être entièrement contenue dans l'acte lui-même. Elle ne saurait dès lors être complétée ou corrigée ultérieurement, l'art. 385 al. 2 CPP ne devant pas être appliqué afin de détourner la portée de l'art. 89 al. 1 CPP, qui interdit la prolongation des délais fixés par la loi (arrêts du Tribunal fédéral 1B_363/2014 du 7 janvier 2015 consid 2.1 ; 1B_183/2019 du 20 novembre 2012 consid 2).

2. 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.

3. La recourante estime que, des actes d'enquête ayant été menés dans le cadre de ce dossier, il n'était plus possible de rendre une ordonnance de non-entrée en matière et qu'en l'absence de l'ouverture d'une instruction son droit d'être entendue avait été violé.

3.1. Le ministère public ne peut pas rendre une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP) après avoir ouvert une instruction. Une telle ordonnance doit

ainsi être rendue à réception de la plainte et ceci avant qu'il ne soit procédé à de plus amples actes d'enquête et qu'une instruction soit ouverte, sous réserve de quelques opérations simples de la part du ministère public au préalable (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, Bâle 2016, n. 4 ad art. 310 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_368/2012 du 13 mai 2013 consid. 3.2.).

Ainsi, avant de rendre une telle ordonnance, le ministère public peut demander des compléments d'enquête à la police, non seulement lorsqu'il s'agit de compléter un précédent rapport au sens de l'art. 307 CPP, mais aussi lorsque la dénonciation elle-même apparaît insuffisante (arrêt du Tribunal fédéral 1B_368/2012 du 13 mai 2013 consid. 3.2). Lorsqu'il agit ainsi, le ministère public n'ouvre pas d'instruction et l'enquête se poursuit ou est entamée dans le cadre de l'investigation policière (art. 306 CPP ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2^{ème} éd., Bâle 2019, n. 22 ad art. 309). Diverses mesures d'investigation peuvent être mises en œuvre avant l'ouverture d'une instruction, telle que l'audition des lésés et suspects par la police sur délégation du ministère public (art. 206 al. 1 et 306 al. 2 let. b *cum* art. 309 al. 2 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_875/2018 du 15 novembre 2018 consid. 2.2.1).

3.2. Avant de rendre une ordonnance de non-entrée en matière, le ministère public n'a pas à en informer les parties et il n'a pas à leur donner la possibilité d'exercer leur droit d'être entendu, lequel sera assuré, le cas échéant, dans le cadre de la procédure de recours (arrêt du Tribunal fédéral 6B_4/2013 du 11 avril 2013 consid. 2.1; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 19-21 ad art. 310).

3.3. En l'occurrence, les actes d'enquête ont été menés à l'initiative de la police, dans le cadre de son pouvoir d'investigation. Elle s'est limitée à entendre la recourante lors de son dépôt de plainte, à l'audition de la partie mise en cause et à des vérifications auprès [du réseau social] D_____. Conformément à la jurisprudence précitée, le Ministère public n'était dès lors pas tenu d'ouvrir une instruction et était par la suite en droit de rendre une ordonnance de non-entrée en matière.

Par ailleurs, le Ministère public étant en mesure de rendre une ordonnance de non-entrée en matière, il n'était pas tenu de donner la possibilité à la recourante d'exercer son droit d'être entendue, lequel l'a été dans le cadre de la procédure de recours, en particulier par le biais de son écriture de recours, dans lequel la recourante a eu l'occasion de prendre position sur les faits retenus dans l'ordonnance querellée et suggérer des actes d'enquête.

Partant, ce grief sera rejeté.

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

4.1. Aux termes 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 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.

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. Il suffit que l'un des éléments constitutifs de l'infraction ne soit manifestement pas réalisé pour que la non-entrée en matière se justifie (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.*, n. 8 ad art. 310).

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 faut que l'insuffisance de charges soit manifeste. De plus, le Procureur doit examiner si une enquête, sous une forme ou sous une autre, serait en mesure d'apporter des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée. Ce n'est que si aucun acte d'enquête ne paraît pouvoir amener des éléments susceptibles de renforcer les charges contre la personne visée que le ministère public peut rendre une ordonnance de non-entrée en matière. En cas de doute sur la possibilité d'apporter ultérieurement la preuve des faits en question, la non-entrée en matière est exclue (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.*, n. 9 ad art. 310).

4.2. À teneur de l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité pénale ou déjà suffisamment prouvés.

Le Tribunal fédéral a en outre considéré que le Ministère public pouvait renoncer à des actes d'instruction jugés disproportionnés en rapport avec les intérêts en jeu (arrêt 1B_67/2012 du 29 mai 2012 consid. 3.2 ; ACPR/540/2012 du 28 novembre 2012).

4.3. Selon l'art. 179^{quater} CP se rend coupable de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues, celui qui, sans le consentement de la personne intéressée, aura observé avec un appareil de prise de vues ou fixé sur un porteur d'images un fait qui relève du domaine secret de cette personne ou un fait ne pouvant être perçu sans autre par chacun et qui relève du domaine privé de celle-ci (al. 1); celui qui aura tiré profit ou donné connaissance à un tiers d'un fait qu'il savait ou devait présumer être parvenu à sa propre connaissance

au moyen d'une infraction visée à l'al. 1 ; celui qui aura conservé une prise de vues ou l'aura rendue accessible à un tiers, alors qu'il savait ou devait présumer qu'elle l'avait obtenue au moyen d'une infraction visée à l'al.1.

4.4. En l'espèce, la recourante conteste avoir donné son consentement à la prise de la photographie litigieuse ainsi qu'à son partage avec des tiers.

Les déclarations des parties sont contradictoires sur ce point et l'on ne voit pas quel acte d'instruction complémentaire serait de nature à apporter un quelconque élément probant à cet égard. Les actes d'enquête sollicités par la recourante apparaissent disproportionnés et non pertinents pour établir l'existence d'un accord ou non de sa part au moment des faits. Elle mentionne certes la présence d'un témoin à la discussion du 15 septembre 2019 au cours de laquelle le mis en cause aurait admis son absence de consentement. Elle s'est toutefois contentée de mentionner l'existence de ce témoin, sans plus de précision, de sorte qu'il n'est pas possible d'apprécier sa fiabilité ni *a fortiori* de procéder à son audition. Par ailleurs, pour ce qui est d'une éventuelle pratique du couple consistant à se prendre mutuellement en photographie, dénudés, et à transmettre ces clichés à leurs amis respectifs, les actes d'instruction sollicités ne sont pas probants. L'existence ou non d'une telle habitude ne renseignerait pas sur la question de savoir si la recourante avait donné son accord à la prise de la photographie litigieuse ni sur le partage de celle-ci avec des tiers, seuls pertinents dans le cas présent.

S'agissant de la publication du cliché litigieux sur [le réseau social] D_____, le 15 septembre 2019, son auteur n'a pu être identifié, malgré les investigations effectuées par la police. Au surplus, il est établi qu'à cette date le mis en cause n'était plus en possession de son téléphone portable, puisqu'il se l'était fait dérober quelques jours auparavant. En outre, quand bien même il aurait été en possession d'une copie numérique de la photographie via un autre support, les actes d'instruction requis ne seraient pas de nature à démontrer qu'il serait l'auteur de la publication. Une prévention pénale suffisante à l'égard du mis en cause ne peut ainsi être établie. Enfin, le fait que le nom de la recourante apparaisse sur la publication ne suffit pas à prouver que l'auteur serait le mis en cause, cette information pouvant provenir d'un fichier image enregistré sous ce nom.

Au regard de ce qui précède, force est de constater qu'aucun des actes d'instruction proposés n'est en mesure d'apporter d'élément supplémentaire probant sur la présente cause. C'est ainsi à juste titre que le Ministère public n'est pas entré en matière sur les faits dénoncés.

En conséquence, ce grief sera également rejeté.

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

6. La recourante sollicite d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire.

6.1. À teneur de l'art. 136 al. 1 CPP, la direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles lorsqu'elle est indigente (let. a) et que l'action civile ne paraît pas vouée à l'échec (let. b). L'assistance judiciaire, comprend, notamment, l'exonération des frais de procédure (art. 136 al. 2 let. b CPP).

La cause du plaignant ne doit pas être dénuée de toute chance de succès. L'assistance judiciaire peut donc être refusée lorsqu'il apparaît d'emblée que la démarche est manifestement irrecevable, que la position du requérant est juridiquement infondée ou que la procédure pénale est vouée à l'échec, notamment lorsqu'une ordonnance de non-entrée en matière ou de classement doit être rendue (arrêts du Tribunal fédéral 1B_173/2014 du 17 juillet 2014 consid. 3.1.1 et 1B_254/2013 du 27 septembre 2013 consid. 2.1.1 et les références citées).

6.2. In casu, quand bien même la recourante serait indigente, le recours était manifestement voué à l'échec. D'ailleurs, celle-ci n'explique nullement dans quelle mesure elle pourrait faire valoir d'éventuelles prétentions civiles à l'encontre du mis en cause.

La requête ne peut dès lors qu'être rejetée.

7. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 900.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

8. Le refus de l'assistance judiciaire sera, quant à lui, rendu sans frais (art. 20 RAJ ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_215/2018 du 14 juin 2018 consid. 1.2).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Rejette la requête d'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 900.-.

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; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

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/22190/2019

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 815.00

- CHF

Total CHF **900.00**