

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/14914/2015

ACPR/494/2018

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale de recours**

**Arrêt du mardi 4 septembre 2018**

Entre

A \_\_\_\_\_, [domicilié] \_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> Gabriel RAGGENBASS, avocat, Étude  
OCHSNER & ASSOCIES, place de Longemalle 1, 1204 Genève,

recourant,

contre l'ordonnance rendue le 25 juin 2018 par le Juge des mineurs

et

**LE JUGE DES MINEURS**, rue des Chaudronniers 7, case postale 3686, 1211 Genève 3.

intimé

---

**EN FAIT :**

- A.** Par acte expédié le 9 juillet 2018 au greffe de la Chambre de céans, A\_\_\_\_\_ recourt contre l'ordonnance du 25 juin 2018, notifiée le surlendemain, par laquelle le Juge des mineurs (ci-après, JMin) a refusé d'entrer en matière sur sa plainte pénale du 9 février 2018 contre B\_\_\_\_\_.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision et à l'injonction "*au Tribunal des mineurs*" de prévenir B\_\_\_\_\_ d'infraction à l'art. 179<sup>ter</sup> CP.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

**a.** A\_\_\_\_\_, né en 1996, est prévenu de menaces (art. 180 CP), actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), contrainte sexuelle (art. 189 CP), tentative de viol (art. 22 et 190 CP) et inceste (art. 213 CP) pour avoir abusé de façon répétée de sa sœur B\_\_\_\_\_, née en 2000. Il conteste les faits.

**b.** Le 27 octobre 2017, le Ministère public a avisé les parties de son intention de classer la poursuite.

**c.** Le 27 novembre 2017, la curatrice de B\_\_\_\_\_ a remis au Procureur une conversation du 24 précédent avec le prévenu, expliquant que sa cliente l'avait enregistrée à l'insu de celui-ci au moyen de son téléphone portable. A\_\_\_\_\_ y reconnaît les abus sexuels reprochés. B\_\_\_\_\_ l'avait mis en confiance en lui affirmant avoir confié à sa curatrice qu'elle avait menti, et elle craignait la réaction de son frère lorsqu'il apprendrait qu'elle avait enregistré leur conversation.

**d.** Le 5 décembre 2017, le défenseur de A\_\_\_\_\_ a porté à la connaissance du Ministère public des événements récents, sur la base d'explications détaillées qu'il avait reçues de son client et des parents de celui-ci, à savoir que B\_\_\_\_\_ avait avoué avoir tout inventé et l'avait confié à sa curatrice.

**e.** Le 6 décembre 2017, le Procureur nouvellement chargé de l'affaire a écouté l'enregistrement en présence des parties. Lorsque le Procureur lui a annoncé que sa conversation du 24 novembre précédent avec sa sœur avait été enregistrée, A\_\_\_\_\_ a répondu : "*Et ? J'étais déjà informé*". Il a affirmé que les propos qu'il avait tenus exprimaient ses regrets sur son attitude générale avec sa sœur, mais non sur des atteintes à l'intégrité sexuelle de cette dernière.

**f.** Le 8 février 2018, A\_\_\_\_\_ a été prévenu de menaces et injures à raison d'événements survenus les 15 janvier et 7 février 2018. Le Procureur a décidé sur-le-champ de demander son placement en détention provisoire, invoquant en particulier

sur le contenu de l'enregistrement, qui pourrait être "*raisonnablement compris comme des aveux*". Le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après, TMC) y a fait droit le 9 février 2018.

**g.** Le même jour, soit le 9 février 2018, A\_\_\_\_\_ a demandé que l'enregistrement soit retiré du dossier et a déposé plainte pénale contre B\_\_\_\_\_.

Le 28 février 2018, le Ministère public a refusé d'écarter l'enregistrement du dossier. Les recours interjetés par A\_\_\_\_\_ ont été rejetés par la Chambre de céans (ACRP/195/2018 du 4 avril 2018) et par le Tribunal fédéral (arrêt 1B\_234/2018 du 27 juillet 2018).

**h.** Saisi de la plainte pénale de A\_\_\_\_\_, le JMin a reçu copie de rapports du Service de protection des mineurs (SPMi) de 2015 et 2018 (destinés au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, ci-après TPAE), de l'avis de prochaine clôture précitée, de lettres de la curatrice de B\_\_\_\_\_ au TPAE et d'un rapport de police sur les événements du 7 février 2018.

Selon le second rapport du SPMi, du 3 avril 2018, l'instauration de mesures de protection (de B\_\_\_\_\_) n'était pas nécessaire. B\_\_\_\_\_ est décrite comme une jeune fille à l'intelligence vive, sachant utiliser "*les ressources, les faits, parfois*", pour arriver à ses fins.

**i.** Le 15 juin 2018, A\_\_\_\_\_ s'est enquis des suites réservées à sa plainte.

**C.** Dans la décision querellée, le JMin estime que l'enregistrement litigieux montrait que A\_\_\_\_\_ reconnaissait les abus sexuels commis sur sa sœur, se doutait d'avoir été enregistré et l'avait " *finalement*" accepté. Il avait donc donné son consentement, ce qui annihilait la prévention d'infraction à l'art. 179<sup>ter</sup> CP. Même si les éléments constitutifs avaient été réunis, il eût convenu de renoncer à la poursuite sur le fondement de l'art. 5 al. 1 let. a PPMin et du peu de gravité des faits. La situation de B\_\_\_\_\_, désormais majeure, ne commandait au surplus pas de mesure éducative ou thérapeutique.

**D. a.** À l'appui de son recours, A\_\_\_\_\_ conteste avoir jamais reconnu d'infraction pendant l'enregistrement litigieux. Il met en avant des passages lors desquels sa sœur aurait feint la naïveté ou la vexation, donné des réponses cyniques et tenu des propos ironiques et mensongers. Dans sa lettre au Ministère public du 27 novembre 2017, la curatrice de B\_\_\_\_\_ ne s'en cachait d'ailleurs pas. Il insiste sur des passages dans lesquels il s'était montré méfiant quant à la possibilité d'être enregistré et où sa sœur se récriait d'une telle hypothèse. Soutenir qu'il avait consenti à la prise de son était donc absurde. Qu'il se soit déclaré "*déjà*" informé lors de l'audience d'instruction du

6 décembre 2017 ne signifiait pas qu'il se savait enregistré sur le moment même. L'infraction à l'art. 179<sup>ter</sup> CP était réalisée.

Le comportement de B\_\_\_\_\_ ne justifiait pas une renonciation à la poursuite, car il avait entraîné son placement en détention provisoire (entre les 8 février et 28 mars 2018) et relevait d'une manipulation de preuves pour empêcher le classement de la procédure dirigée contre lui.

b. À réception, le recours a été gardé à juger.

### **EN DROIT :**

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 3 al. 1 PPMin *cum* art. 396 al. 1, 390 al. 1 et 385 al. 1 CPP), contre une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 3 al. 1 et 39 al. 1 PPMin *cum* art. 20 al. 1 let. b, 310 al. 2, 322 al. 2 et 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la partie plaignante (art. 106 al. 2 CPP), partie à la procédure (art. 18 let. c PPMin) qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation de l'ordonnance querellée (art. 382 al. 1 CPP).
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, applicable en procédure pénale des mineurs par renvoi de l'art. 3 al. 1 PPMin). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.
3. En procédure pénale des mineurs, le JMin, et non le Tribunal des mineurs, conduit l'instruction préliminaire (art. 6 al. 2 let. a PPMin et 48 al. 1 LaCP). Aux termes de l'art. 310 al. 1 CPP (également applicable vu l'art. 3 al. 1 PPMin), le JMin rend immédiatement une ordonnance de non-entrée en matière notamment les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas réunis (let. a) ou lorsque les conditions mentionnées à l'art. 8 CPP imposent de renoncer à l'ouverture d'une poursuite pénale (let. c). Le JMin et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un certain 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'infraction grave (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.2; ATF 137 IV 285 consid. 2.5; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_417/2017 du 10 janvier 2018 consid. 2.1.2; 6B\_185/2016 du 30 novembre 2016 consid. 2.1.2 et les références). L'art. 5 al. 1 let. a PPMin prévoit que le JMin peut renoncer à toute poursuite pénale, notamment lorsque les conditions visées à l'art. 21 DPMIn sont remplies et qu'il n'y a pas lieu de prendre de mesures de protection.

4. Le recourant estime que l'enregistrement de sa conversation du 24 novembre 2017 avec la partie plaignante est une violation de l'art. 179<sup>ter</sup> CP, à laquelle il n'avait pas consenti et dont la gravité ne permettait pas de refuser de la sanctionner.

**4.1.** Les art. 179<sup>bis</sup> et 179<sup>ter</sup> CP protègent la communication humaine dans la sphère privée, comprise comme une composante de la personnalité protégée par le droit, respectivement le droit de s'exprimer de manière spontanée dans cette sphère, autrement dit la confidentialité des conversations privées. L'art. 179<sup>ter</sup> CP protège plus spécifiquement la teneur orale de la conversation, dans le sens d'une protection contre la retranscription des propos tenus en-dehors du cercle des personnes avec lequel l'orateur a choisi de partager ses opinions (ATF 133 IV 249 consid. 3.2.2 p. 253). Comme c'est le caractère privé de la conversation qui est protégé, il n'est pas nécessaire que le contenu soit secret (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, n. 4 ad art. 179<sup>bis</sup>). Savoir si la conversation est ou non privée implique l'analyse de l'ensemble des circonstances (*op. cit.*, n. 6). Le consentement de la personne écoutée n'est pas un fait justificatif (art. 14 ss. CP), mais la non-réalisation d'un élément constitutif de l'infraction (*op. cit.* n. 16). Pour que la typicité soit exclue, l'accord de la personne enregistrée doit être donné de manière expresse ou concluante et n'être pas révoqué avant l'achèvement de l'enregistrement, la simple passivité n'équivalant pas nécessairement à une approbation tacite (Ph. GRAVEN / B. STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1995, p. 69). La doctrine est divisée sur la question de savoir si l'interlocuteur enregistré, bien qu'en désaccord, laisse se poursuivre un enregistrement intervenant ouvertement (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *op. cit.*, n. 17). Il faut en tout cas qu'il n'ait pas été contraint à s'exprimer (S. TRECHSEL / M. PIETH (éds), *Schweizerisches Strafgesetzbuch : Praxiskommentar*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2018, n. 2 art. 179<sup>bis</sup>). Un téléphone portable est un porteur de son (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *op. cit.*, *op. cit.*, n. 13).

**4.2.** En l'occurrence, le recourant soutient avec force n'avoir jamais passé d'aveux pendant l'enregistrement litigieux. Il est vrai que le contraire ne se déduit pas des passages cités par le JMin dans la décision querellée. Ce nonobstant, le recourant ne peut rien en tirer pour lui : le premier juge n'avait à traiter que des conditions de réalisation de l'infraction à l'art. 179<sup>ter</sup> CP, parmi lesquelles ne figure pas la véracité des propos tenus par les interlocuteurs.

En revanche, en tenant à réitérées reprises des propos cherchant à endormir la méfiance de son frère sur l'utilisation d'un porteur de son – utilisant, pour paraphraser le SPMi, ses "*ressources*" pour arriver à ses fins –, B\_\_\_\_\_ laisse apparaître qu'elle avait conscience de se livrer à un enregistrement non autorisé. Et il est hors de doute que la nature de la conversation entre eux était éminemment privée, voire intime,

puisque les propos échangés portaient sur les accusations de celle-ci contre celui-là en matière d'atteinte à l'intégrité sexuelle, dans un contexte de fin prochaine – et annoncée – de l'instruction préliminaire.

Cela étant, si le recourant affirme n'avoir pas cessé de demander à sa sœur si leur conversation était enregistrée, ce soupçon ne l'a en tout cas pas incliné à mettre un terme à leur discussion; il ne prétend pas avoir été contraint de continuer à parler, et les extraits qu'il met en exergue dans l'acte de recours ne l'accréditent pas non plus. Il s'est ainsi placé dans la situation d'un interlocuteur qui, certes sans avoir la certitude d'être enregistré, s'accommode d'une telle éventualité, puisqu'il n'interrompt pas la discussion ou les échanges, mais au contraire les prolonge. Autrement dit, il a accepté, non pas par un comportement passif, mais, au contraire, par actes concluants, la continuation d'un enregistrement dont il se doutait. C'est si vrai qu'en s'affirmant, à l'audience du 6 décembre 2017, "*déjà informé*" de l'existence de cet enregistrement, le recourant n'a nullement protesté que sa bonne foi aurait été surprise le 24 novembre 2017 (ou après avoir reçu des informations dans l'intervalle précédant l'audience), mais il s'est, au contraire, laissé interroger sur le contenu de la conversation, dont il affirmait conserver le souvenir. La veille, son défenseur écrivait au Ministère public que B\_\_\_\_\_ avait confié à sa curatrice avoir tout inventé, mais – bien qu'affirmant s'exprimer sur la base d'explications détaillées qu'il avait reçues du client et de ses parents – il n'a pas évoqué d'enregistrement illicite.

Tout s'est donc passé comme si, jusqu'à la diffusion contradictoire de l'enregistrement, en audience, le recourant n'avait d'objection ni à l'enregistrement lui-même ni à l'exploitation de celui-ci en procédure, voire comptait l'utiliser à sa décharge. Du reste, il ne s'est avisé de la possible illégalité de l'enregistrement que le jour (9 février 2018) où le TMC le plaçait à nouveau en détention provisoire – soit deux mois plus tard –, le Ministère public s'étant expressément référé dans sa requête datée de la veille (8 février 2018) à un contenu auditif pouvant "*raisonnablement être compris comme des aveux*" d'abus sexuels.

5. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté, faute de prévention suffisante. Partant, il est inutile d'examiner si le premier juge a correctement appliqué les dispositions sur la renonciation à poursuivre (art. 5 PPMin.).
6. Le recourant, qui succombe dans toutes ses conclusions, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 800.- (art. 44 al. 2 PPMin, 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.

Met à la charge de A\_\_\_\_\_ les frais de la procédure de recours, y compris un émolument de CHF 800.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant et au Juge des mineurs.

Le communique pour information au Ministère public et à B\_\_\_\_\_ (soit, pour elle, sa curatrice).

**Siégeant :**

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Sandrine JOURNET EL MANTIH, greffière.

La greffière :

Sandrine JOURNET EL MANTIH

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/14914/2015

**ÉTAT DE FRAIS**

<b>COUR DE JUSTICE</b>
------------------------

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 (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	800.00
---------------------------------	-----	--------

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

---

<b>Total</b>	CHF	<b>895.00</b>
--------------	-----	---------------