

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/8029/2020

ACPR/562/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 24 août 2020

Entre

A _____, domiciliée c/o B _____ SÀRL, _____, comparant par M^e C _____, avocate,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 20 mai 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 2 juin 2020, A_____ recourt contre l'ordonnance du 20 mai 2020, notifiée par pli simple, par laquelle le Ministère public, après avoir refusé d'entrer en matière sur les faits qui lui étaient reprochés, a ordonné la confiscation des sommes de CHF 4'050.- et "CHF" 370.- (sic) (ch. 2 du dispositif), la confiscation et la destruction de son téléphone portable (ch. 3 du dispositif) et l'a condamnée aux frais de la procédure arrêtés à CHF 500.- (ch. 4 du dispositif).

La recourante conclut, avec suite de frais et dépens chiffrés à CHF 1'478.25, préalablement, à ce que l'assistance judiciaire lui soit octroyée, qu'elle soit dispensée de toute avance de frais et que M^e C_____ soit désignée comme défenseur d'office, principalement à l'annulation des ch. 2, 3 et 4 du dispositif de l'ordonnance précitée et à ce que les biens confisqués lui soient restitués.

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

a. Le 3 mai 2020, A_____, alias D_____, a été interpellée par des agents de police, après qu'ils eurent répondu à une publicité érotique de celle-ci pour des "*massages tantra avec finition*" via un site internet dédié à la prostitution et qu'elle leur eut proposé un "*massage tantra naturiste avec une finition lingam (à la main)*". L'annonce expliquait également qu'elle travaillait uniquement avec les mains et les avant-bras pour un massage inoubliable avec "*happy-end*", qu'il s'agissait d'un service pour homme calme et correct, et qu'elle n'était pas une "*escort*" mais une masseuse tantra.

Lors de son interpellation, la police a saisi les sommes de CHF 4'050.- et EUR 370.-, ainsi que son téléphone portable, lesquels ont été séquestrés et portés à l'inventaire du 3 mai 2020.

Il était reproché à la mise en cause d'avoir pratiqué, entre le 27 avril et le 3 mai 2020, des massages érotiques nonobstant l'interdiction de cette activité imposée par le Conseil fédéral, le 16 mars 2020, durant la pandémie de la covid 19.

b. Lors de son audition le même jour, A_____ a expliqué qu'elle était au courant de l'interdiction, mais qu'après s'être renseignée auprès de l'association E_____, elle pensait de bonne foi pouvoir reprendre son activité dès le 27 avril 2020, au même titre que les massages et services à la personne. Depuis cette date, elle avait eu une dizaine de clients. Sur l'argent confisqué, CHF 1'800.- représentaient des économies constituées avant le confinement et le solde provenait de son activité depuis la reprise.

À teneur du courriel de E_____, du 14 avril 2020, les personnes pratiquant des massages tantra à Genève n'étaient pas soumises à la loi sur la prostitution. En revanche, avec la crise de la covid 19, dès le 16 mars [2020] la pratique des massages tantra était interdite comme l'ensemble des activités professionnelles impliquant un rapport avec le corps, cela étant valable aussi pour "*les masseur.ses et les travailleurs.ses du sexe*".

- C. Aux termes de sa décision querellée, le Ministère public retient que les massages tantriques proposés par la mise en cause constituaient une activité interdite et punissable conformément à l'art. 6 al. 2 let. c de l'Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (RS 818.101.24; Ordonnance 2 COVID-19). Cependant, l'élément subjectif de l'infraction visée à l'art. 10f al. 1 de ladite Ordonnance n'était pas réalisé dans la mesure où les normes précitées nécessitaient l'intention et que la reprise de son activité par la mise en cause relevait d'une erreur par négligence.

Néanmoins, au vu de sa provenance délictuelle, l'argent séquestré devait être confisqué et "*le téléphone utilisé pour se faire contacter par les clients*", confisqué et détruit. Il convenait de mettre la totalité des frais de la procédure à la charge de A_____ dès lors qu'elle avait provoqué, de manière illicite et fautive, l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci en ne procédant pas à des vérifications officielles.

- D. a. Dans son recours, A_____ explique que, le Ministère public ayant retenu qu'aucune infraction n'avait été commise, les conditions de l'art. 70 CP n'étaient pas remplies concernant ses avoirs et son téléphone portable. Par ailleurs, un montant de CHF 1'800.- au minimum provenait de l'activité professionnelle légale.

À l'appui de sa demande d'assistance judiciaire, elle précise disposer de moyens financiers extrêmement limités – en particulier durant la pandémie dès lors qu'elle n'avait pas pu exercer son métier –, et ne pas être en mesure de défendre ses intérêts juridiques elle-même, son manque de compréhension du système légal et administratif l'ayant conduite à la présente procédure. Elle a produit une note d'honoraires de son avocate, portant sur CHF 1'478.25 correspondant à un total de 3h55 d'activité à environ CHF 335.- de l'heure et CHF 60.- relatifs aux frais de l'étude, avec TVA à 7.7%.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours, sous suite de frais. L'argent et le téléphone demeuraient confiscables dès lors qu'une telle mesure "*ne nécessit[ait] en effet pas la punissabilité de son auteur (cf. PC CP ad art. 70 no 12)*" et que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction étaient réalisés.

c. A_____ n'a pas répliqué et la cause a été gardée à juger.

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) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, concerner un point du dispositif d'une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la prévenue 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).

2. La recourante reproche au Ministère public d'avoir confisqué les sommes de CHF 4'050.- et EUR 370.-, ainsi que son téléphone portable et ordonné la destruction de ce dernier.

2.1. L'art. 70 al. 1 CP autorise le juge à confisquer des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits.

Inspirée de l'adage selon lequel "*le crime ne paie pas*", la confiscation de valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction a pour but d'éviter qu'une personne puisse tirer avantage d'une infraction (ATF 139 IV 209 consid. 5.3 et les arrêts cités).

2.2. La confiscation suppose un comportement qui réunit les éléments objectifs et subjectifs d'une infraction et qui est illicite. Elle peut toutefois être ordonnée alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, que l'auteur ne peut être puni en l'absence de culpabilité ou parce qu'il est décédé. De la même manière, la confiscation pourra être prononcée en l'absence de plainte, s'agissant d'infractions non poursuivies d'office (ATF 141 IV 155 consid. 4.1).

En matière de délits intentionnels, l'intention doit être établie (ATF 129 IV 305 consid. 4.2.1; SJ 2004 I 98).

2.3. Dès le 17 mars 2020, l'Ordonnance 2 COVID-19 (RS 818.101.24) a ordonné, à l'art. 6 al. 2 let. c, la fermeture des salons érotiques.

Dès le 27 avril 2020, la disposition précitée a étendu la mesure aux services de prostitution, y compris ceux proposés dans les locaux privés.

La fermeture a été levée le 6 juin 2020.

Quiconque, intentionnellement, s'opposait aux mesures de l'art. 6 al. 2 let. c susvisé, était puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins qu'il n'eût commis une infraction plus grave au sens du code

pénal (art. 10f al. 1 Ordonnance 2 COVID-19, dans ses versions applicables à la période pénale, soit entre le 27 avril et le 3 mai 2020).

2.4. En l'espèce, la question de savoir si l'ensemble de l'argent confisqué provient de l'activité professionnelle de la recourante durant l'épidémie de covid 19 peut rester ouverte au regard de ce qui suit.

En effet, le Ministère public a rendu l'ordonnance querellée au motif que, faute d'intention, l'élément subjectif de l'infraction reprochée n'était pas réalisé. Dès lors, conformément à la jurisprudence sus-rappelée, en l'absence d'un des éléments constitutifs de l'infraction, la confiscation ne peut être ordonnée.

L'argument du Ministère public selon lequel une telle mesure "*ne nécessit[ait] en effet pas la punissabilité de son auteur*" ne s'applique pas en l'espèce. Ce cas de figure est applicable lorsqu'aucune personne déterminée n'est punissable car l'auteur n'a pu être identifié, est décédé ou irresponsable, ou encore s'il ne peut être poursuivi en Suisse pour d'autres raisons, par exemple parce qu'il s'est enfui à l'étranger et qu'il n'a pas été extradé (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, 2^e éd., Bâle 2017, n. 12 ad art. 70). Or, ici la recourante était l'auteur des faits pour lesquels une non-entrée en matière a été prononcée, faute d'intention.

Partant, le grief sera admis et les avoirs, ainsi que le téléphone portable, restitués à la recourante, sous réserve des retenues détaillées ci-après.

3. La recourante, sans le motiver, fait grief au Ministère public d'avoir mis les frais de la procédure à sa charge.

3.1. Aux termes de 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 la cause peuvent être imputés au prévenu s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure.

La condamnation d'une personne acquittée à supporter les frais doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst féd. et 6 § 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 ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête.

À cet égard, seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte

(ATF 144 IV 202 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1268/2018 du 15 février 2019 consid. 4.1). Le lien de causalité entre le comportement reproché et les frais doit être adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1180/2019 du 17 février 2020 consid. 3 et 6B_453/2019 du 3 octobre 2019 consid. 1.5). Le rapport de causalité est qualifié d'adéquat lorsque, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le comportement était propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 138 IV 57 consid. 4.1.3; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1180/2019 précité, consid. 3).

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 119 la 332 consid. 1b; arrêt 6B_301/2017 précité consid. 1.1).

3.2. En l'occurrence, la recourante, en omettant de se renseigner sur les normes et catégories auxquelles son activité de masseuse "*tantra*" était soumise, en particulier en période de pandémie, a contrevenu à la norme de comportement impliquant que toute personne, qui entend pratiquer une profession, doit s'informer auprès des autorités officielles ou d'un service étatique sur les règles applicables à sa pratique. En outre, pour exercer son métier, la recourante a posté une publicité érotique, sur un site d'annonces dédié à la prostitution. Elle a ensuite proposé aux agents de police un "*massage tantra naturiste avec une finition lingam (à la main)*". En agissant de la sorte, soit en ne se renseignant pas sur les règles applicables à son activité, en proposant des services, qui laissaient penser à une activité érotique, voire de prostitution – interdite durant la pandémie –, et en ne tenant pas compte de la mise en garde sur l'interdiction liée à la covid 19 contenue dans le courriel de [l'association] E_____ du 14 avril 2020, elle a créé un état de fait de nature à provoquer l'intervention des autorités de poursuite pénale. Ainsi, la recourante a fautivement et illicitement provoqué l'ouverture de la procédure pénale. Ce n'est, en effet, qu'après l'ouverture de celle-ci que les autorités pénales ont pu avoir connaissance des éléments ayant mené à la décision de non-entrée en matière.

Partant, l'imputation à la recourante des frais de la procédure est exempte de critique dans son résultat.

4. Partiellement fondé, le recours sera admis; partant les ch. 2 et 3 du dispositif de l'ordonnance querellée seront annulés.
5. La recourante sollicite d'être mise 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 de la recourante peut rester ouverte compte tenu 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 confiscation de valeurs patrimoniales de CHF 4'050.- et EUR 370.- et d'un téléphone portable et la mise à la charge des frais de la procédure.

Partant, l'assistance d'un conseil n'était pas justifiée et cette requête sera rejetée.

6. La recourante, qui obtient partiellement gain de cause, supportera, le tiers des 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).
7. La recourante a conclu au versement d'une indemnité valant participation aux honoraires de son conseil.

7.1. L'art. 429 al. 1 let. a CPP prévoit que si le prévenu est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. Cette disposition, qui vaut également en présence d'une ordonnance de non-entrée en matière, s'applique aux voies de recours (y inclus l'appel) en vertu de l'art. 436 al. 1 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 6B_65/2012 du 23 février 2012 consid. 2; ATF 139 IV 241 consid. 1).

Cette indemnité n'est due qu'à concurrence des dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure du prévenu et seules les heures nécessaires passées effectivement et à bon escient à la préparation de la défense doivent être retenues, le juge devant s'inspirer des règles en vigueur en matière de défraiement de l'avocat d'office, de manière à éviter que les activités qui ne sont pas directement et raisonnablement en rapport avec les besoins effectifs de la conduite du procès soient indemnisées (J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse - Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich/St-Gall 2012, n. 1349 p. 889; N. SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich 2009, n. 751).

7.2. La recourante chiffre à CHF 1'478.25 (3h55 au tarif d'environ CHF 335.-/heure et CHF 60.- de frais d'étude, TVA à 7.7% comprise) ses prétentions. Il apparaît cependant raisonnable de ramener celles-ci à deux heures d'activité au total, compte tenu de la faible difficulté de la cause et de l'écriture de recours dont seules deux pages sont pertinentes au regard de la discussion juridique. De plus, elle n'obtient que partiellement gain de cause. La recourante se verra donc allouer, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 721.60 TVA à 7.7% incluse pour ses frais de défense.

8. Conformément à l'art. 442 al. 4 CPP *in fine*, les frais de procédure de première instance et ceux de la procédure de recours seront prélevés sur les valeurs séquestrées à due concurrence et le solde restitué à la recourante, l'autorité judiciaire pénale étant compétente pour ce faire (ATF 143 IV 293).

Partant, les frais de la procédure, en CHF 800.- au total, seront prélevés sur les sommes figurant à l'inventaire du 3 mai 2020 et le solde, soit EUR 370.- et CHF 3'250.- (CHF 4'050.- – CHF 800.-) restitué à la recourante.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet partiellement le recours.

Annule les chiffres 2 et 3 du dispositif de l'ordonnance querellée.

Ordonne la restitution du téléphone portable à A_____.

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

Condamne A_____ au paiement du tiers des frais de recours, arrêtés en totalité à CHF 900.-, soit CHF 300.-.

Ordonne la compensation des frais mis à la charge de A_____ en première instance (CHF 500.-) et sur recours (CHF 300.-), soit CHF 800.-, à due concurrence, avec les sommes séquestrées.

Ordonne la levée du solde des valeurs figurant à l'inventaire du 3 mai 2020, et sa restitution à A_____.

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

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 721.60 (TVA à 7.7% incluse) pour ses frais de recours.

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 Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :

Arbenita VESELI

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/8029/2020

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	815.00
---------------------------------	-----	--------

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

Total	CHF	900.00
--------------	------------	---------------