

# NE\_GERICHTE CMPEA.2023.29 vom 12. März 2024

NE Tribunal cantonal, 2024-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CMPEA.2023.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CMPEA.2023.29)

FR: NE\_GERICHTE CMPEA.2023.29 du 12 mars 2024

IT: NE\_GERICHTE CMPEA.2023.29 del 12 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1

\_\_\_\_\_ et sa petite sœur X

### E. 2

Conformément à l'article 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. Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage *in dubio pro duriore*. Celui-ci découle du principe de la légalité et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne peuvent être prononcés par le ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions de la poursuite pénale ne sont pas remplies. La procédure doit se poursuivre lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquiescement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. En effet, en cas de doute s'agissant de la situation factuelle ou juridique, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de trancher (arrêt du TF du 21.02.2023 [6B\_1177/2022] cons. 2.1). L'établissement de l'état de fait incombe principalement au juge matériellement compétent pour se prononcer sur la culpabilité du prévenu. Le ministère public – respectivement le juge des mineurs qui assume matériellement la poursuite pénale – n'ont dès lors pas, dans le cadre d'une décision de non-entrée en matière, respectivement à l'encontre d'un recours contre une telle décision, à établir l'état de fait comme le ferait le juge du fond. Des constatations de fait sont toutefois admises au stade de la non-entrée en matière, dans le respect du principe *in dubio pro duriore*, soit dans la mesure où les faits sont clairs, respectivement indubitables, de sorte qu'en cas de mise en accusation ceux-ci seraient très probablement constatés de la même manière par le juge du fond. Tel n'est pas le cas lorsqu'une appréciation différente par le juge du fond apparaît tout aussi vraisemblable. L'appréciation juridique des faits doit être effectuée sur la base d'un état de fait établi, soit sur la base de faits clairs (arrêt du TF du 17.04.2023 [6B\_764/2022] cons. 5.3). Il peut toutefois être renoncé à une mise en accusation lorsque la partie plaignante fait des dépositions contradictoires, rendant ses accusations moins crédibles ou encore lorsqu'une condamnation apparaît au vu de l'ensemble des circonstances a priori improbable pour d'autres motifs (arrêt du TF du 21.02.2022 [6B\_933/2021] cons. 2.1). La non-entrée en matière pour des motifs de fait peut se justifier lorsque la preuve de l'infraction n'est pas apportée par les pièces dont dispose le ministère public et qu'aucun acte d'enquête ne semble pouvoir étayer les charges contre la personne concernée (Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire CPP, 2<sup>e</sup> éd., n. 6 ad art. 310).

### **E. 3**

a) En vertu de l'article 197 al. 4 CP, quiconque, notamment, fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation ou encore montre ou rend accessible des objets ou représentations visées à l'article 197 al. 1 CP, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. b) Selon le Message du Conseil fédéral, la distinction faite entre les actes d'ordre sexuel « effectifs » et « non effectifs » oppose les représentations réelles ou représentations virtuelles (Message du 04.07.2012 in FF 2012 p. 7051 ss, p. 7099). On englobe dans les actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs notamment les bandes-dessinées ou les œuvres d'art ( Dupuis/Moreillon et al., PC CP, 2 e éd., n. 35a).

### **E. 4**

En l'espèce, la vidéo litigieuse contient des images d'enfants réelles de l'un et l'autre sexe, assis face à face avec leurs organes génitaux dénudés. Cette situation est visée par l'article 197 al. 4 CP 2 e phrase (et non de l'art. 197 al. 4 phrase 1 comme visé initialement par le rapport de dénonciation). La disposition de l'article 197 al. 1 CP évoquée par les recourants n'entre pas en considération. Dans la mesure où la disposition applicable prévoit une sanction de 5 ans au plus ou une peine pécuniaire, la prescription n'est pas atteinte (art. 36 DPMIn).

### **E. 5**

a) Les recourants et l'intimée admettent que le juge des mineurs a fondé sa décision sur un état de fait inexact. En effet, la vidéo litigieuse a été transmise à la mère de la prévenue 7 mois après le moment où elle a été réalisée. Le dossier ne contient aucun élément qui permettrait de retenir que l'accusée aurait transmis entretemps à d'autres personnes les images considérées. b) L'aspect sexuel de la vidéo n'est pas contesté. D'après le Tribunal fédéral, une œuvre est pédopornographique dès lors qu'il est reconnaissable que les actes reproduits tomberaient, en Suisse, sous le coup de l'article 187 CP ( ATF 133 IV 31 cons. 6.1.2, critiqué par Alessandra Cambi Favre-Bulle in Commentaire romand, n. 57 ad art. 197 CP). Selon la jurisprudence, ne sont pas pédopornographiques des photos à la volée d'une fillette nue, l'appareil génital n'étant pas particulièrement exposé, pour autant qu'aucune participation ne lui soit demandée, au contraire de celles où des enfants prennent des poses qui visent manifestement à exciter sexuellement le spectateur et ont nécessairement été incités à le faire ( ATF 133 IV 31 précité et ATF 131 IV 64 cons. 11.2). c) En l'espèce, considérées dans leur ensemble, les images litigieuses ont à n'en pas douter un caractère pédopornographique, ce qui se perçoit par le dialogue entre l'intimée, qui tient le téléphone, et les enfants interpellés, qui font allusion à un massage, ce à quoi il leur est répondu que ce n'est pas un massage ; le bandeau indiquant « je suis choquée » contribue également à lever tout doute sur la nature de la scène, peu importe qu'il s'agisse d'images prises à la volée par l'intimée comme celle-ci le prétend, ou alors d'une mise en scène effectuée a posteriori – soit quelques secondes après les faits, soit quelques jours plus tard, comme le subodorent les recourants. d) Il ne fait pas de doute non plus que l'intimée a réalisé là un des comportements réprimés par l'article 197 al. 4 CP. Elle a non seulement filmé la vidéo litigieuse, mais transféré (par l'intermédiaire du téléphone de sa propre mère) celle-ci à la mère des recourants. e) Le juge des mineurs a considéré que l'élément constitutif subjectif n'était pas réalisé, faute pour la prévenue d'avoir eu l'intention de créer et de diffuser de la pornographie. La scène avait été filmée pour se protéger, à savoir pour qu'on ne lui fasse

pas le reproche d'avoir incité les enfants à se mettre en scène de la sorte. Les infractions de l'article 197 CP sont des infractions intentionnelles. Selon la jurisprudence, l'intention doit porter sur tous les éléments constitutifs objectifs. Le dol éventuel suffit. En ce qui concerne la pornographie dure, la jurisprudence n'exige pas de l'auteur un dessein de transmettre la pornographie dure à autrui. Il suffit que l'auteur accomplisse un des comportements typiques prévus par la loi, même s'il n'agit qu'en vue de son usage personnel ( Dupuis/Moreillon et al , op. cit., n. 39 à 41). L'intention doit être distinguée d'autres éléments subjectifs comme le dessein, qui est parfois exigé dans le cadre des infractions contre le patrimoine (dessein d'enrichissement illégitime, art. 137 CP) ou encore le mobile, soit les raisons qui poussent l'auteur à agir (par ex. le mobile égoïste, cf. art. 115 CP) ; sur ces questions, cf. Villard/Corboz , Commentaire romand, n. 12 à 16 CP). En l'espèce, il est constant que la prévenue a pris les images litigieuses avec conscience et volonté. Il est aussi constant qu'elle avait conscience de leur contenu illicite. L'intimée n'invoque d'ailleurs ni erreur de droit, ni fait justificatif extra-légal. Les faits justificatifs légaux des articles 14ss CP (not. légitime défense, défense excusable, état de nécessité, et état de nécessité excusable) ne sont pas non plus donnés. Dans ces conditions, le mobile qu'elle avait n'est pas déterminant au stade de savoir si oui ou non les éléments constitutifs objectifs et subjectif de l'infraction de l'article 197 al. 4 CP est réalisé. Cet élément peut entrer en considération dans le contexte de la fixation de la peine selon l'article 47 CP.

#### **E. 6**

Au vu de ce qui précède, l'ordonnance de non-entrée en matière repose sur des faits constatés de manière inexacte et une analyse juridique erronée. Le recours doit être admis et l'ordonnance attaquée annulée dans la mesure où elle abandonne le fait d'avoir filmé les recourants mineurs dans une scène où ils sont assis, entièrement nus, se faisant face. Elle doit être confirmée pour le surplus.

#### **E. 7**

Selon l'article 428 CPP, les frais de la procédure de recours sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé. La partie dont le recours est irrecevable ou qui retire le recours est également considérée avoir succombé. Vu le sort de la cause, les frais de la procédure de recours, arrêtés à 400 francs, doivent être mis à la charge de la prévenue et intimée, qui succombe. Celle-ci a sollicité d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours. Comme ses conclusions n'étaient pas d'emblée vouées à l'échec, il y a lieu de faire droit à cette demande. Me H. \_\_\_\_\_ a déposé un mémoire d'honoraires pour ses activités réalisées jusqu'au 24 août 2023. Considéré globalement, celui-ci est raisonnable et peut être avalisé. B. \_\_\_\_\_ ne sera tenue de rembourser à l'Etat ce mémoire que lorsque sa situation financière le lui permettra (art. 135 al. 4 CPP). Les recourants qui ont conclu à l'admission de leur recours, frais de procédure à la charge de l'Etat, n'ont pas expressément demandé une indemnité au sens de l'article 433 CPP au prévenu, laquelle indemnité suppose d'ailleurs que le prévenu soit astreint au paiement des frais (art. 433 al. 1 let. b CPP). Ils ont néanmoins pris leurs conclusions sous suite de frais et dépens. Ils ont également déposé une note d'honoraires. On doit ainsi admettre qu'ils ont sollicité au moins par acte concluant, l'allocation d'une indemnité au sens de l'article 433 CPP. Les activités mentionnées sur la note d'honoraires du 21 décembre 2023 sont exagérées. Doivent être retranchés les actes du 19 mai 2023, 2 juin 2023, 6 juin 2023, 7 juin 2023, 15 août 2023 et 21 décembre 2023, qui ont une durée de 5 minutes et consistent en la lecture de courriers des transmissions au client (les lectures

cursives ne prenant que quelques instants à l'avocat et les activités relevant du travail de secrétariat entrant dans les frais généraux). On ne voit pas en quoi un courrier à l'Office de l'intégration et de l'action sociale entre dans le mandat. On ne voit pas non plus à quoi se rapporte le poste « travaux finaux », dans la mesure de toute manière où la procédure est amenée à continuer. L'activité prise en compte pour la fixation de l'indemnité sera dès lors de 350 minutes (5 + 15 + 320 + 10). En 2023, le tarif horaire appliqué dans le canton de Neuchâtel était de 270 francs, soit 4.50 francs la minute. A cela devait s'ajouter les débours, ainsi que la TVA, au taux de 7,7 % alors. En définitive, c'est ainsi à un montant de 1'780.90 francs qui doit être alloué aux recourants à titre de frais de défense au sens de l'article 433 CPP.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.