REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/13959/2021 **ACPR/215/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 29 mars 2022

Entre

A_____, domiciliée _____, comparant par M^e^ Lorella BERTANI, avocate, rue Ferdinand-Hodler 9, case postale 3099, 1211 Genève 3,

recourante,

contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 5 novembre 2021 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. **a.** Par acte déposé le 18 novembre 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 5 précédent, communiquée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur sa plainte.

La recourante conclut, avec suite de frais et équitable indemnité de procédure, à l'octroi d'un délai raisonnable pour compléter son recours, à l'annulation de ladite ordonnance, à ce que les faits dénoncés soient qualifiés de contrainte sexuelle et que la cause soit renvoyée au Ministère public pour instruction, notamment la confrontation des parties.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 900.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 29 décembre 2020, A_____ a déposé plainte pénale contre B_____, son supérieur hiérarchique de l'époque.

Début juin 2020, elle avait été engagée, pour une durée d'un mois, prolongeable pour six mois supplémentaires, à la cellule de crise COVID du service du médecin cantonal, en tant qu'infirmière. Le 15 suivant, à l'issue d'un entretien professionnel, B_____ lui avait dit *"tu as mon numéro privé, on peut s'appeler pour se voir. La cellule ferme à 19h, on peut se voir après la fermeture, on se donne rendez-vous et on se voit à la cellule, tu as la clé, tu peux entrer sans problème"*. Ce à quoi elle avait répondu qu'elle était une femme mariée, qu'elle ne viendrait pas à ces rendez-vous et qu'il perdait son temps.

Le 26 juin 2020, en fin de matinée, souhaitant s'entretenir avec son chef, elle s'était rendue dans son bureau, en laissant la porte entre-ouverte et s'était installée sur une chaise en face de lui, à environ un mètre de distance. Elle lui avait demandé un congé, afin d'assister à l'enterrement de la fille d'un proche, décédée la veille. Il lui avait répondu qu'il n'y avait pas de problème et elle l'avait remercié. Puis, d'un coup, il s'était approché d'elle, avait posé sa main droite (à lui) sur son sein droit (à elle), qu'il avait palpé. En même temps, il avait saisi sa main droite (à elle) et l'avait posée sur son sexe (à lui) en appuyant fortement pour le palper. Choquée, elle s'était reculée d'un coup sec et lui avait dit *"Mais qu'est-ce que tu fais ? Tu n'as pas compris, je t'ai déjà dit que j'étais une femme mariée"*. Il avait répondu que c'était pour la consoler car elle avait l'air très triste, ce à quoi elle avait répliqué *"C'est une drôle de façon de consoler les gens"*. Puis, elle était partie et ne l'avait pas revu de la journée.

Le 30 juin 2020, lors d'un entretien avec le médecin cantonal, on l'avait informée que son contrat prenait fin immédiatement. Elle n'avait pu s'entretenir avec personne des faits susmentionnés.

b. Entendu par la police le 7 juin 2021, B_____ a nié l'ensemble des faits reprochés, *"tout* [était] *inventé"*. Sur le lieu de travail, aucun endroit ne permettait d'être isolé, y compris le soir. Il avait toujours été bienveillant avec A_____. Le 26 juin 2020, alors qu'il était avec son adjointe, C_____, A_____ avait demandé à le voir. Il était alors sorti dans le couloir en face de son bureau et avait laissé la porte ouverte, à portée de regard de son adjointe. Il avait accepté le congé sollicité par A_____ et était retourné s'asseoir. La discussion avait duré dix secondes.

c. Entendue le 29 juin 2021 par la police, C_____ – adjointe de B_____, avec lequel elle partageait un bureau – a expliqué que, d'après ses souvenirs, elle n'avait assisté qu'à un seul entretien avec B_____ et A_____, trois semaines après l'arrivée de cette dernière. Elle n'était pas au courant ou, en tout cas, ne se souvenait pas d'un entretien entre B_____ et A_____ concernant le décès d'un proche de celle-ci.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public constate que les faits dénoncés, qui s'étaient produits les 15 et 26 juin 2020, pourraient être constitutifs de l'art. 198 CP. Or, l'infraction en question n'étant poursuivie que sur plainte, il existait un empêchement de procéder au sens de l'art. 310 al. 1 let. b CPP, la recourante ayant déposé plainte le 29 décembre 2020, soit hors délai (art. 31 CP).

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public d'avoir retenu une qualification juridique erronée. En lui palpant le sein droit et en la contraignant à palper son sexe (à lui) durant plusieurs secondes, jusqu'à ce qu'elle y mette un terme, B_____ avait commis des gestes constitutifs d'actes d'ordre sexuels (art. 189 CP). Elle demande à pouvoir compléter son acte de recours, en raison de la communication tardive, par le Ministère public, du dossier.

b. Dans ses observations, le Ministère public conclut au rejet du recours et persiste dans sa décision. Le comportement réprimé par l'art. 198 CP ne nécessitait pas un caractère soudain ni imprévu et à *"aucun moment, le prévenu n'a*[vait] *adopté un comportement insistant au point d'utiliser la force pour imposer des attouchements longs et insistants sur la poitrine de la recourante. En effet, la recourante a*[vait] *reculé sa chaise d'un coup sec, a*[vait] *réagi verbalement et a*[vait] *immédiatement quitté le bureau, sans avoir à se débattre et à user d'une force physique pour parvenir à se défaire de l'emprise de son agresseur"*. Il n'y avait manifestement pas d'intensité suffisante pour constituer un acte d'ordre sexuel au sens de l'art. 189 CP.

c. A_____ n'a pas répliqué.

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 une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner de la 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).

2. De jurisprudence constante, la motivation d'un acte de recours doit être entièrement contenue dans l'acte de recours lui-même et ne peut être complétée ou corrigée après l'échéance du délai de recours, lequel ne peut être prolongé (ATF 134 II 244 consid. 2.4.2 et 2.4.3; arrêt du Tribunal fédéral 1B_183/2019 du 18 avril 2019 consid. 2). Il n'y a ainsi pas lieu de faire droit à cette requête de la recourante, ce d'autant moins, qu'à la suite des observations formulées par le Ministère public, elle n'a pas usé de son droit de réplique.

3. La recourante conteste l'ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public.

3.1. Conformément à 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.

Selon la jurisprudence, cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage *"in dubio pro duriore"*. Celui-ci découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 1 CPP en relation avec les art. 309 al. 1, 319 al. 1 et 324 CPP) 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 à la poursuite pénale ne sont pas remplies. Le ministère public dispose, dans ce cadre, d'un pouvoir d'appréciation.

La procédure doit se poursuivre quand une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement ou lorsque les probabilités d'acquittement et de condamnation apparaissent équivalentes, en particulier en présence d'une infraction grave. Dans les affaires où l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu et lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dépositions sont plus crédibles que d'autres, le principe *"in dubio pro duriore"* impose, en règle générale, que le prévenu soit mis en accusation. Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement *"entre quatre yeux"* pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective. 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.

3.2. Conformément à l'art. 189 CP, se rend coupable de contrainte sexuelle celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel.

3.2.1. La notion d'acte d'ordre sexuel ne peut s'étendre qu'à des comportements graves, clairement attentatoires au bien juridique protégé (ATF 131 IV 100 consid. 7.1.; 125 IV 58 consid. 3a s. = SJ 1999 I 439). Doctrine et jurisprudence qualifient d'acte d'ordre sexuel ou d'acte analogue à l'acte sexuel une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits, de même que celui que commet l'auteur lorsqu'il met son sexe en contact particulièrement étroit avec le corps de la victime et, inversément, lorsque le corps de celle-ci touche étroitement celui de l'auteur (ATF 118 II 410 ; 86 IV 177 = JdT 1961 IV 13 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_103/2011 du 6 juin 2011 consid. 1.1 ; B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse, vol. I,* 3ème éd., Berne 2010, n. 11 ad art. 187 CP).

3.2.2. L'art. 189 CP ne protège des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle que pour autant que l'auteur surmonte ou déjoue la résistance que l'on pouvait raisonnablement attendre de la victime, notamment en usant de violence ou en exerçant des pressions psychiques (ATF 131 IV 167 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 6B_493/2016 du 27 avril 2017 consid. 2.2).

La violence désigne l'emploi volontaire de la force physique sur la personne de la victime dans le but de la faire céder (ATF 122 IV 97 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 6B_267/2007 du 3 décembre 2007 consid. 6.3). Il n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou que l'auteur la maltraite physiquement. Selon les circonstances, un déploiement de force relativement faible peut suffire (arrêts du Tribunal fédéral 6B_493/2016 du 27 avril 2017 consid. 2.2.1 ; 6B_570/2012 du 26 novembre 2012 consid. 1.2 ; 6S_126/2007 du 7 juin 2007 consid. 6.2).

Les pressions d'ordre psychique visent les cas où l'auteur provoque chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propres à la faire céder (ATF 131 IV 107 consid. 2.2; ATF 128 IV 106 consid. 3a/bb; ATF 122 IV 97 consid. 2b). La pression exercée doit revêtir une intensité particulière, comparable à celle d'un acte de violence ou d'une menace (ATF 133 IV 49 consid. 6.2). Une situation d'infériorité physique ou cognitive ou de dépendance sociale et émotionnelle peut suffire (arrêts du Tribunal

fédéral 6B_1150/2014 du 19 novembre 2015 consid. 2.4 et 6B_71/2015 du 19 novembre 2015 consid. 2.1.2).

Il suffit en définitive que, selon les circonstances concrètes, la soumission de la victime soit compréhensible (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1150/2014 du 19 novembre 2015 consid. 2.4 et 6B_71/2015 du 19 novembre 2015 consid. 2.1.2). Une appréciation individualisée est nécessaire, laquelle doit reposer sur des éléments suffisamment typiques (ATF 128 IV 97 consid. 2b ; 106 consid. 3a/bb).

3.3. L'art. 189 CP prime l'infraction visée par l'art. 198 al. 2 CP, qui vise, sous l'intitulé *"désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel"*, le fait d'importuner une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières. La loi sanctionne dans ce cas un comportement moins grave, à savoir un contact rapide, par surprise, avec le corps d'autrui. L'acte doit toutefois avoir objectivement une connotation sexuelle et l'auteur doit avoir agi sans le consentement de la victime. Sont visées en particulier les *"mains baladeuses"*. L'auteur touche par surprise les organes sexuels d'une autre personne, notamment les seins ou les fesses d'une femme, même par-dessus ses habits, ou se frotte à elle pour lui faire sentir son sexe en érection (arrêt du Tribunal fédéral 6B_303/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3). Il faut en outre tenir compte de la mesure dans laquelle la victime a pu se soustraire au comportement de l'auteur, car il est moins aisé de se soustraire lorsque l'auteur agit sur sa place de travail que dans un lieu public (arrêt du Tribunal fédéral 6S_336/2003 du 21 novembre 2003 consid. 6.1 ; M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI (éds), *Code pénal - Petit commentaire,* 2e éd., Bâle 2017, n. 10, 12 et 13 ad art. 198).

Pour déterminer s'il y a un acte d'ordre sexuel au sens de l'art. 189 CP ou une simple contravention (art. 198 al. 2 CP), l'intensité de l'attouchement est déterminante, soit s'il s'agit d'un geste fugace ou d'une caresse insistante (arrêt du Tribunal fédéral 6B_303/2008 du 23 janvier 2009 consid. 3).

3.4. À titre d'exemples, la contrainte sexuelle (art. 189 CP) a été retenue contre :

- un supérieur hiérarchique qui, à l'ouverture du magasin, alors qu'il était seul avec une employée en formation dans l'arrière-boutique, s'était mis face à elle, pantalon et caleçon baissés, laissant apparaître ses parties génitales, lui avait saisi la main droite et tenté de forcer à le caresser, sans succès, celle-ci étant parvenue à se libérer de son emprise. Le prévenu avait ainsi usé d'une certaine force physique et de son statut hiérarchiquement supérieur pour tenter d'imposer un acte d'ordre sexuel (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1154/2017 du 27 avril 2018 consid. 1.3.4);

- le gérant d'une cordonnerie qui avait bloqué, dans l'arrière-boutique de son magasin, une jeune fille de 22 ans, lui avait mis la main au niveau des fesses, s'était collé contre elle en érection en faisant des mouvements du bassin, tenu des propos déplacés et menacé de l'accuser de vol (AARP/366/2020 du 5 novembre 2020 consid. 2.4);

- un homme qui, à son domicile, avait plaqué une employée de l'IMAD contre le mur de la salle de bain et, dans cette position, lui avait caressé les seins et les fesses par-dessus ses vêtements, avec ses deux mains; l'employée était parvenue à le repousser et à s'enfuir (AARP/368/2020 du 11 novembre 2020 consid. 2.3).

3.5. En l'espèce, le soupçon, pour le mis en cause, de saisir la main de la recourante et de la poser sur son sexe en appuyant fortement pour le palper jusqu'à ce qu'elle recule, revêt objectivement une connotation sexuelle, même par-dessus les vêtements. À l'aune des principes et exemples sus-rappelés – en particulier l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1154/2017 précité –, ce geste va au-delà des attouchements visés par l'art. 198 CP. Au stade de l'enquête préliminaire, les allégations de la plaignante suffisent donc à retenir des soupçons de contrainte sexuelle, au sens de l'art. 189 CP.

Partant, la plainte n'est pas tardive et il appartiendra au Ministère public d'instruire les faits.

4. Fondé, le recours doit ainsi être admis. Partant, l'ordonnance attaquée sera annulée et la cause renvoyée au Ministère public (art. 397 al. 2 CPP) pour qu'il ouvre une instruction. Dans le cadre de celle-ci, l'autorité pourra déterminer si l'autre fait dénoncé (palpation du sein) s'apparente à des "*mains baladeuses*" au sens de l'art. 198 al. 2 CP ou revêt aussi les caractéristiques d'une contrainte sexuelle.

5. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP). Les sûretés versées par la recourante lui seront restituées.

6. Représentée par un avocat, la recourante, plaignante, n'a pas chiffré ni justifié de prétentions en indemnité au sens de l'art. 433 al. 2 CPP, applicable en instance de recours (art. 436 al. 1 CPP), de sorte qu'il ne lui en sera point alloué (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1345/2016 du 30 novembre 2017 consid. 7.2).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Ministère public pour l'ouverture d'une instruction.

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

Invite le Service financier du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ les sûretés versées, soit CHF 900.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Madame Daniela CHIABUDINI et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	Le président :
Julien CASEYS	Christian COQUOZ

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).