REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/16597/2020 **ACPR/67/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 3 février 2022

Entre

A_____, domiciliée p.a. Mme B_____, _____, comparant par M^e^ C_____, avocate,

recourante,

contre l'ordonnance de classement partiel rendue le 6 septembre 2021 par le Ministère public,

et

D_____, domicilié _____, comparant par M^e^ E_____, avocat,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

EN FAIT :

A. **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 20 septembre 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance de classement partiel du 6 septembre 2021, notifiée le 10 septembre suivant, par laquelle le Ministère public a classé la procédure à l'égard de D_____ en ce qu'elle concernait les infractions de contrainte sexuel et/ou de viol et l'a reconnu coupable de violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vue.

La recourante conclut à l'annulation partielle de cette décision en tant qu'elle classe les infractions de contrainte sexuelle et de viol et au renvoi de la procédure au Ministère public afin qu'il poursuive son instruction.

b. A_____, qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique, a été exonérée de l'avance de sûretés (art. 136 al. 1 et al. 2 let. a, et art. 383 al. 1 CPP).

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, née le _____ 2005, a été placée par le Tribunal des mineurs, dès avril 2020, en tant qu'écolière au Centre F_____ à G_____ (VS), au bénéfice d'un accompagnement éducatif. La personne de ressource au sein de cet établissement était H_____.

b. Le 11 septembre 2021, A_____ a déposé plainte pénale contre D_____, né le _____ 2002, pour contrainte sexuelle, viol et violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vue, en se référant à un signalement de H_____ dont le contenu était le suivant:

Le 16 août 2020, A_____ était entrée en contact avec D_____, par le biais de l'application "*Snapchat*", et avait convenu de le retrouver à son domicile, où ils s'étaient accordés pour entretenir un rapport sexuel. D_____ lui avait demandé de lui prodiguer une fellation, ce qu'elle avait refusé dans un premier temps, avant de finir par accepter, malgré elle. Il avait chronométré l'acte, qui avait duré une minute. S'en était suivi un rapport sexuel agréable dans un premier temps. Puis, D_____ s'était montré de plus en plus violent, notamment en lui tirant les cheveux, et A_____ lui avait demandé d'arrêter. Malgré ses demandes répétées, il avait continué, lui disant "*ferme ta gueule*" tout en lui claquant les fesses. Il avait aussi filmé leur rapport avec son téléphone portable. Se trouvant au-dessus d'elle, il avait profité de son avantage physique pour la maintenir et le rapport avait été mené à son terme. Par la suite, A_____ avait questionné D_____ sur la vidéo. Il lui avait répondu qu'elle avait été supprimée.

c. A_____ a été entendue par un inspecteur, en présence d'une psychologue, le 28 septembre 2020, selon le processus EVIG. Elle a expliqué, avec ses mots et bien des hésitations, s'être rendue chez D_____, avec qui elle avait déjà entretenu des relations sexuelles à trois reprises, qu'ils avaient entamé un nouveau rapport d'une façon qui lui convenait au début. Il lui avait ensuite demandé une fellation qu'elle avait d'abord refusée. Elle n'aimait pas et cela la dégoûtait. Sur son insistance, elle avait accepté. Il avait pris son téléphone et mis le chronomètre. La fellation avait duré une minute. À un moment, il était allé vite et fort et elle lui avait demandé d'arrêter, qu'elle n'arrivait plus à tenir, qu'elle avait mal. Que cela la dégoûtait et lui faisait de la peine car il la prenait "*pour les filles des Pâquis*". Ils étaient en position de levrette et elle essayait en vain de le faire arrêter. Il faisait semblant de ne pas écouter et allait plus vite. Il avait repris son téléphone portable et l'avait filmée, lui claquant les fesses et lui disant "*Ouais c'est qui le boss ?*". Elle lui avait demandé d'arrêter de filmer et il lui avait répondu "*ferme ta gueule*". Il lui avait tiré les cheveux en lui demandant ce qu'elle avait dit à I_____ mais elle ne savait pas de quoi il parlait. À la fin, il avait voulu éjaculer sur son visage mais elle avait refusé, ce qui l'avait énervé et il l'avait fait sur ses fesses.

d. Entendu par la police le 12 octobre 2020, D_____ a expliqué qu'avant l'épisode décrit par A_____, il l'avait rencontrée à trois occasions et ils avaient déjà entretenu des rapports sexuels, dès l'été 2019. Il a contesté les faits qui lui étaient reprochés, leur relation étant librement consentie, mais admis l'avoir filmée, avec son consentement, à raison de deux fois dix secondes. Il n'avait pas chronométré la durée de la fellation. Durant leurs ébats, ils avaient changé plusieurs fois de position, notamment parce que A_____ lui avait dit avoir mal. Il avait éjaculé dans un préservatif. Il n'avait été ni violent ni insultant. Il avait supprimé les films le soir même, à la demande de A_____, sans les avoir envoyés à quiconque.

e. Le 19 janvier 2021, D_____ a été mis en prévention pour avoir, le 16 août 2020 à son domicile, filmé ses ébats avec A_____ à l'aide de son téléphone portable, sans son accord, et l'avoir forcée à lui prodiguer une fellation et à entretenir un rapport sexuel au cours duquel il l'avait pénétrée de manière violente et désagréable, lui avait tiré les cheveux et, alors qu'elle lui demandait d'arrêter, dit de "*fermer sa gueule*" et exigé de pouvoir éjaculer sur son visage. D_____ a persisté dans les contestations exprimées devant la police et expliqué qu'il ne voyait A_____ que pour des raisons sexuelles, sans relation amoureuse. En août 2020, après avoir parlé pendant une dizaine de minutes, ils s'étaient déshabillés et il avait demandé une fellation que A_____ lui avait d'abord refusée, n'aimant pas la faire longtemps. Il lui avait dit trente secondes et elle avait accepté. Leur rapport subséquent s'était déroulé normalement. Il ne lui avait pas tiré les cheveux, donné des claques ou insultée. Elle ne lui avait pas demandé d'arrêter. Elle savait qu'il la filmait et il avait effacé la vidéo dès qu'elle le lui avait demandé. Après ce jour, elle avait contacté un voisin, I_____, pour le revoir mais D_____ avait refusé car il s'était mis en couple avec une autre

femme. A_____ avait menti sur son âge, sinon, il n'aurait jamais accepté de parler à une fille de moins de trois ans que lui.

f. Le Ministère public a mentionné aux parties son intention de procéder à une confrontation mais le conseil de A_____ s'y est opposé, en raison de l'âge de sa cliente, sauf à respecter les conditions de l'art. 154 al. 4 CPP. Le Ministère public a renoncé à cette confrontation, en raison du risque d'atteinte psychologique grave évoqué par ledit conseil.

g. Le 25 mai 2021, le Ministère public a entendu J_____, frère cadet du prévenu, et K_____, ami de ce dernier. Le premier savait que son frère avait reçu A_____ dans sa chambre le 16 août 2020 mais ignorait ce qui s'y était passé et le second a expliqué qu'à une autre occasion, D_____ et A_____ étaient venus chez lui et avaient entretenu un rapport sexuel. De ce qu'il avait entendu, l'acte était consenti et, à sa connaissance, ils avaient régulièrement des relations sexuelles.

h. À la fin de cette audience, le Ministère public a imparti aux parties un délai au 15 juin 2021 pour l'informer de leurs éventuelles réquisitions de preuve. Le conseil de A_____ a sollicité, ainsi qu'il l'avait déjà fait les 11 février et 25 mai précédents, l'audition de H_____, sa référente lorsqu'elle séjournait à F_____, qui avait recueilli ses confidences et rédigé un signalement le 4 septembre 2020.

i. Le 25 mai 2021, le Ministère public avait refusé de procéder à cette audition, s'agissant d'une personne qui n'était pas un témoin direct. Ce refus a été réitéré après réception du courrier du conseil de la plaignante du 11 juin 2021.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public a, s'agissant d'un huis clos, examiné la crédibilité des déclarations de la victime et du prévenu, en lien avec les éléments objectifs figurant au dossier et les circonstances globales susceptibles de les étayer. Les déclarations des parties étant contradictoires, il a constaté qu'au terme de son instruction, aucun élément du dossier ne permettait de considérer que la version de la plaignante était plus crédible que celle du prévenu. S'il pouvait être retenu que la plaignante semblait regretter les faits, aucun élément objectif ne permettait d'établir qu'elle aurait été contrainte à subir un rapport sexuel ou un acte analogue et les motivations qui auraient poussé D_____ à agir de la sorte ne ressortaient pas de la procédure. Par conséquent, la probabilité d'un acquittement de D_____ paraissait bien supérieure à celle d'une condamnation et le principe "*in dubio pro duriore*" ne trouvait pas application dans le cas d'espèce, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'engager l'accusation de D_____ sur ces faits.

D. **a.** Dans son recours, A_____ fait grief à l'ordonnance querellée de n'avoir nullement pris en compte son audition EVIG pour juger de sa crédibilité, d'avoir

omis de mentionner ce qui figurait dans le formulaire de signalement du 4 septembre 2020 de H_____ et refusé d'entendre cette dernière au motif qu'il s'agissait d'un témoin indirect alors que le Ministère public avait pourtant entendu deux témoins tout aussi indirects. N'ayant pas recherché tous les faits pertinents, le Ministère public avait violé l'art. 6 al. 1 et 2 CPP. Il avait également violé le principe "*in dubio pro duriore*" en considérant, sans avoir effectué tous les actes d'instruction nécessaires, qu'une condamnation était exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude.

b. Dans ses observations, le Ministère public considère que A_____ avait refusé sa confrontation, raison pour laquelle il avait renoncé à l'organiser. La recourante, qui avait déjà entretenu à trois reprises des relations sexuelles avec l'intimé, s'était présentée chez lui pour un nouvel épisode semblable. Rien ne permettait dans le dossier de privilégier l'une ou l'autre des versions des parties concernées et il persistait en conséquence dans sa décision.

c. Pour sa part, D_____ soutient que les éléments constitutifs des infractions reprochées n'étaient pas réalisés et que l'interprétation du principe "*in dubio pro duriore*" ne devait pas être trop restrictive. Dans ce contexte, les éléments objectifs de menace ou de violence étant absents, les relations entretenues ayant toujours été voulues de part et d'autre, et l'élément subjectif des infractions ne pouvant être établi, le classement partiel s'imposait et le recours devait être rejeté.

d. Dans sa réplique, A_____ fait valoir que le Ministère public avait violé le principe "*in dubio pro duriore*", aucun élément au dossier ne permettant de privilégier l'une ou l'autre des versions en présence. Par ailleurs, elle ne s'était pas opposée à une confrontation mais avait sollicité d'être entendue dans le respect de l'art. 154 CPP, à savoir que l'audition devait être conduite par un enquêteur formé à cette fin et les éventuelles questions du prévenu déposées avant celle-ci. Enfin, le refus d'entendre sa référente, preuve pourtant essentielle, démontrait que l'instruction ne s'était pas faite avec un soin égal à charge et à décharge.

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), 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. La recourante reproche au Ministère public d'avoir classé sa plainte pour contrainte sexuelle et viol, après une instruction lacunaire.

2.1.1. Conformément à l'art. 319 al. 1 let. a CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi. 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; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 p. 91) 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 et l'autorité de recours disposent, dans ce cadre, d'un 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'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 se prononcer (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1 p. 243; 138 IV 86 consid. 4.1.2 p. 91 et les références citées).

2.1.2. Dans les procédures 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 (ATF 143 IV 241 consid. 2.2.2 p. 243 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_116/2019 du 11 mars 2019 consid. 2.1). Face à des versions contradictoires des parties, il peut être exceptionnellement renoncé à une mise en accusation lorsqu'il n'est pas possible d'apprécier l'une ou l'autre version comme étant plus ou moins plausible et qu'aucun résultat n'est à escompter d'autres moyens de preuve (arrêts du Tribunal fédéral 6B_174/2019 du 21 février 2019 consid. 2.2 et les références citées).

2.1.3. Durant l'instruction, le ministère public doit établir, d'office et avec un soin égal, les faits à charge et à décharge (art. 6 CPP) ; il doit statuer sur les réquisitions de preuves et peut rendre des décisions quant à la suite de la procédure (classement ou mise en accusation), voire rendre une ordonnance pénale pour laquelle il assume

une fonction juridictionnelle (ATF 124 I 76 consid. 2; 112 Ia 142 consid. 2b). Dans ce cadre, le ministère public est tenu à une certaine impartialité même s'il peut être amené, provisoirement du moins, à adopter une attitude plus orientée à l'égard du prévenu ou à faire état de ses convictions à un moment donné de l'enquête.

2.1.4. La victime qui a moins de dix-huit ans bénéficie des mesures spéciales prévues par l'art. 154 CPP, visant à protéger sa personnalité ; notamment, s'il est à prévoir que l'audition ou la confrontation pourrait entraîner une atteinte psychique grave, il est exclu de procéder à une confrontation, sauf si l'enfant le demande expressément (al. 4 let. a). Le nombre d'auditions auxquelles l'enfant peut être soumis est restreint : en principe, on ne peut procéder à plus de deux auditions sur l'ensemble de la procédure (al. 4 let. b). Les parties exercent leurs droits par l'intermédiaire de la personne qui mène l'audition (al. 4 let. e). À la différence de l'art. 147 CPP, il n'existe aucun droit pour les parties et leurs conseils de poser directement des questions (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, Zurich, 2e éd. 2013, n. 12 ad art. 154).

2.2. En l'espèce, les actes dénoncés se sont effectivement déroulés sans témoin, dans la configuration dite du délit commis *"entre quatre yeux"* et les versions des parties sont partiellement contradictoires. La décision querellée omet une série de considérations qui seraient propres à mieux cerner la crédibilité des propos tenus, sans recourir à une expertise de crédibilité, inenvisageable en l'occurrence au regard de l'âge de la recourante, s'agissant notamment de la prise en compte de sa déposition EVIG et de sa retranscription. En effet, aucun élément de la procédure ne permet a priori de contester sa version, certes hésitante, ce qui peut toutefois se concevoir au regard de la nature des faits et de son âge, mais a priori exempte de contradiction, et il aurait été utile d'entendre sa répondante en Valais pour savoir dans quelles circonstances et dans quel état psychique les confidences claires et détaillées figurant dans l'avis de renseignements avaient été recueillies. Il eût été de même pertinent d'interroger cette personne quant à la personnalité de la recourante. À cet égard, le refus de l'audition de H_____ est donc peu compréhensible, ce d'autant que le Ministère public a entendu deux témoins indirects dont l'apport à la compréhension des faits est négligeable et dont la teneur des dépositions était prévisible. Pareillement, il eût été utile de procéder à une seconde audition de la recourante, dans le respect des conditions de l'art. 154 al. 4 CPP, le Ministère public évoquant, contre la teneur du dossier, un renoncement de la recourante à ce sujet. Dès lors, et sans trop entrer à ce stade sur la question de l'interprétation du principe *"in dubio pro duriore*", il est prématuré de considérer que l'instruction était complète et suffisait à comparer la crédibilité des versions en présence. Pour cette raison, et compte tenu de la gravité des faits dénoncés, le recours doit être admis et le dossier renvoyé au Ministère public afin qu'il parachève son instruction.

3. Fondé, le recours sera admis et l'ordonnance querellée annulée, la cause étant renvoyée au Ministère public, dans le sens des considérants.

4. La recourante étant au bénéfice de l'assistance judiciaire et obtenant gain de cause, les frais afférents au recours seront laissés à la charge de l'État (art. 428 al. 4 CPP).

5. Il n'y a pas lieu de fixer à ce stade l'indemnité due au conseil juridique gratuit (art. 135 al. 2 et 138 al. 1 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Ministère public afin qu'il procède conformément aux considérants.

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

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux parties, soit pour elles leur conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Madame Daniela CHIABUDINI, juge; Monsieur Louis PEILA, juge suppléant ; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	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).