REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18659/2020 **ACPR/653/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 26 septembre 2022

Entre

A_____, domiciliée _____, comparant par M^e^ Bernard NUZZO, avocat, Djaziri & Nuzzo, rue Leschot 2, 1205 Genève,

recourante,

contre l'ordonnance de classement rendue le 29 mars 2022 par le Ministère public,

et

B_____, domicilié c/o C_____, _____, comparant par M^e^ D_____, 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 déposé le 11 avril 2022, A_____ recourt contre l'ordonnance du 29 mars 2022, notifiée le 31 suivant, aux termes de laquelle le Ministère public a classé sa plainte contre B_____.

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision querellée et au renvoi de la cause au Ministère public afin qu'il engage l'accusation contre le prénommé.

b. La recourante a versé les sûretés en CHF 1'000.- qui lui étaient réclamées par la Direction de la procédure.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a.a. Le 2 octobre 2020, A_____ s'est présentée à la Brigade des mœurs afin de déposer plainte contre son ancien petit-ami, B_____.

Étudiante en première année à l'Université de Genève, elle a expliqué y avoir fait la connaissance du précité, au mois de septembre 2019, et avoir noué une relation sentimentale avec lui vers la fin dudit mois ou début octobre de la même année. L'intéressé avait, au départ, fait preuve de beaucoup de gentillesse à son égard et n'avait jamais usé de violence ni d'agressivité envers elle.

Dès le mois d'octobre 2019, ils avaient entretenu des rapports sexuels à raison de deux ou trois fois par semaine. Elle n'en avait jamais eu envie, mais ne lui avait rien dit, ayant le sentiment de devoir coucher avec lui, au motif qu'ils formaient un couple et, qu'à défaut, il aurait mis un terme à leur relation. Il ne l'avait jamais menacée de le faire, mais c'était son ressenti. Aussi, il la "*manipulait*" de manière à ce qu'elle fasse ce qu'il voulait. L'intéressé était son premier petit-ami et partenaire sexuel, de sorte qu'elle ignorait tout d'une relation de couple.

Par ailleurs, depuis ses onze ou douze ans, il lui arrivait fréquemment de perdre connaissance, surtout lorsqu'elle n'avait pas suffisamment mangé ou dormi, voire après une séance de sport intensive. Elle n'était toutefois pas en mesure de dire à quelle fréquence cela lui arrivait, ce n'était jamais régulier. Elle s'en rendait compte cinq ou dix secondes avant, sentant sa tête "*tourner*", puis tombait "*dans les vapes*" généralement entre cinq et vingt minutes. B_____ était au courant de ses problèmes de santé, puisqu'elle avait perdu connaissance devant lui à quelques reprises. Lorsque cela était arrivé, il lui avait donné de l'eau et avait posé une serviette froide sur son front.

Lors d'une soirée, aux alentours du mois de novembre/début décembre 2019, ils avaient entretenu un rapport sexuel dans son salon (à elle). Ayant commencé à se sentir mal, elle avait demandé pour la première fois depuis le début de leur relation à B_____ d'interrompre le rapport, ce qu'il avait fait. Elle s'était allongée sur son lit, tandis que le prénommé s'était assis à côté d'elle et avait ôté son préservatif; ils étaient alors tous les deux dévêtus. Quelques instants plus tard, elle avait ressenti de vives douleurs à la tête et avait été incapable d'ouvrir les yeux, de même que de bouger son corps, comme si elle ne "*contrôlait plus rien*". Elle avait alors senti ses jambes bouger et B_____ la pénétrer vaginalement. Dans la mesure où elle se trouvait dans un "*état second*" et avait très mal à la tête, elle n'avait pas saisi si l'acte était bien réel ou s'il s'agissait d'un cauchemar. Ensuite, elle avait totalement perdu connaissance. Lorsqu'elle avait repris ses esprits, l'intéressé n'était plus à côté d'elle, mais vraisemblablement dans la salle de bain; elle ne lui avait rien dit, puisqu'elle ne se souvenait "*de rien*". Le lendemain ou peut-être durant la nuit, les faits lui étaient revenus mais, convaincue qu'il s'agissait d'un mauvais rêve, elle n'en avait pas parlé. Interrogé à ce propos, quelques jours plus tard, B_____, avait néanmoins reconnu les faits. Elle lui avait donc demandé de ne plus jamais la contacter et avait bloqué son numéro de téléphone.

De plus, le prénommé l'avait, à deux ou trois reprises, à des dates indéterminées, pénétrée digitalement lorsqu'elle dormait. À son réveil, elle ne lui avait jamais rien dit et, constatant qu'il était "*excité*", avait eu un rapport sexuel avec lui, malgré le fait qu'elle n'en eut pas envie.

Elle ne s'était pas tout de suite rendu compte du caractère blâmable des agissements de son petit ami. Elle ne voulait pas le perdre car, en dehors de leur vie sexuelle, il s'agissait de "*quelqu'un de bien*" et elle ne connaissait personne d'autre à Genève. Elle ne s'était pas non plus rendue immédiatement chez un médecin après les faits, car elle était "*confuse*" et n'avait pas réalisé que les agissements dénoncés étaient constitutifs de "*viol*".

a.b. À l'appui de sa plainte, A_____ a notamment produit deux rapports de la Consultation ambulatoire de gynécologie des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), datés des 13 janvier et 4 mars 2020. Il en ressort qu'elle avait consulté ledit service le 18 décembre 2019, alléguant avoir été "*agressée sexuellement*" par son ancien petit ami, le 13 novembre précédent; et qu'elle ne s'est pas présentée à son second rendez-vous "*post-constat d'agression sexuelle (CAS)*" prévu le 13 janvier 2020.

Elle a également versé à la procédure des captures d'écran des messages WhatsApp échangés le 4 décembre 2019 avec B_____ – dont le numéro est enregistré sous "*E_____*" –, en anglais, dont la traduction libre est notamment la suivante :

A_____ : "*Hey, es-tu debout? Je me suis souvenue des cauchemars et pense savoir sur quoi ils reposaient. Mais je n'en suis pas certaine. J'espère que cela ne t'a pas réveillé, il n'y a pas de quoi s'inquiéter pour le moment, je voulais juste que tu le saches."* [à 00:11]

A_____ *: "J'ai besoin de te parler aujourd'hui, il s'agit de quelque chose de sérieux et de très important.*" [à 11:35]

B_____ : "*Okay, je peux venir après mon cours à 12h00. J'imagine que cela concerne notre relation.*" [à 11:36]

[…]

A_____ : "*Oui, et je pense que tu sais de quoi il s'agit.*" [à 11:37]

B_____ : "*J'ai besoin de prendre mes distances, j'ai réalisé hier soir que cela devenait trop intense et avais l'impression de ne plus être moi-même à tes côtés. Je ne veux pas te blesser et pense l'avoir fait et oui, je pense juste que nous avons besoin de prendre nos distances.*" [à 11:38]

A_____ : "*Ce n'est pas que j'ai besoin de distance, c'est que je ne veux plus jamais te revoir de toute ma vie. Tu me dégoutes tellement.*" [à 11:39]

B_____ : [Deux émoticônes "*salut de la main*"] [à 11:39]

A_____ : "*Tu as trahi ma confiance et je n'ai jamais été aussi dégoutée de toute ma vie. Comment as-tu pu me baiser alors que j'avais perdu connaissance ? J'étais inconsciente et tu as continué, je ne me souviens que des premières secondes, donc j'ignore combien de temps cela a duré."* [à 11:40]

B_____ : "*Juste quelques secondes et ensuite j'ai immédiatement arrêté. Genre tout de suite.*" [à 11:40]

b. Le 11 décembre 2020, le Ministère public a ouvert une instruction pénale contre B_____ pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP).

c. Entendu le 15 décembre suivant par la police en qualité de prévenu, en présence d'un interprète de langue anglaise, B_____ a affirmé n'avoir jamais contraint A_____ à entretenir des relations sexuelles, celles-ci ayant toujours été consenties. Il ne l'avait pas non plus pénétrée digitalement durant son sommeil, ignorant pour quelles raisons elle l'accusait de ces faits.

Il avait rencontré la plaignante au mois de septembre 2019, à l'Université de Genève, et avait noué une relation sentimentale avec elle environ trois semaines plus tard. Il s'agissait d'une personne gentille mais leur relation était stressante. Ils avaient rompu une première fois, après qu'elle l'eut accusé, à tort, de profiter financièrement d'elle.

Il était au courant des "*moments d'excès d'émotion"* de A_____, durant lesquels il arrivait à cette dernière de perdre connaissance. Elle s'était confiée sur ses problèmes de santé, probablement au mois d'octobre 2019, mais en tous les cas avant leur première relation sexuelle, qui avait eu lieu à la mi ou fin dudit mois. Il s'agissait du premier rapport de l'intéressée, qui s'était bien passé. Par la suite, ils avaient entretenu des relations sexuelles à raison d'environ une fois par semaine.

Lors d'une soirée du mois de décembre 2019, ils avaient commencé à avoir un rapport sexuel sur le canapé du salon de A_____, puis s'étaient déplacés dans sa chambre à coucher. Alors qu'il était allongé sur le corps de l'intéressée, elle lui avait dit "*avoir le tournis*", de sorte qu'ils avaient interrompu l'acte, avant de le reprendre "*peu après*", lui toujours allongé sur elle. À cet instant, sous le coup "*de l'émotion"*, il n'avait pas compris qu'elle était sur le point de perdre connaissance. Il avait effectué deux ou trois mouvements de "*va-et-vient*" avant de réaliser qu'elle s'était évanouie. Lorsqu'il s'en était rendu compte, il s'était retiré puis était allé chercher une serviette humide; il avait placé une couverture sur le corps de l'intéressée, l'avait revêtue d'un short et avait attendu qu'elle reprenne ses esprits.

Durant le rapport en question, elle ne lui avait jamais dit d'arrêter, mais seulement déclaré avoir la tête "*qui tournait*". Lorsqu'il lui avait demandé s'il devait interrompre l'acte, elle lui avait répondu n'avoir besoin "*que d'un moment*". Il contestait par ailleurs lui avoir écarté les jambes pour la pénétrer vaginalement, puisqu'il était déjà allongé sur son corps.

Il avait effectivement concédé, par messages, avoir effectué deux ou trois mouvements de va-et-vient, avant de s'arrêter, mais n'avait pas pu expliquer à la plaignante les circonstances exactes de ces faits, puisqu'elle avait bloqué son numéro de téléphone.

d. À la suite d'un avis de prochaine clôture, rendu le 6 mai 2021 par le Ministère public, lequel envisageait un classement de la procédure, A_____ a sollicité la tenue d'une audience de confrontation.

e. Le 2 novembre 2021, les deux protagonistes ont été entendus par la Procureure lors d'une audience contradictoire.

e.a A_____ a déclaré que, le jour des faits litigieux, B_____ et elle-même avaient entretenu un rapport sexuel dans son salon, lors duquel elle avait commencé à se

sentir mal et avoir des vertiges. Elle avait indiqué au prénommé qu'ils devaient arrêter et qu'elle ne voulait "*plus continuer*". Ensuite, elle avait ouvert la fenêtre de sa chambre et s'était allongée sur le lit. Elle ne se souvenait pas si l'intéressé l'avait immédiatement rejoint ou seulement quelques minutes plus tard. Elle ne se sentait pas bien et tentait de ne pas perdre connaissance. Elle s'était évanouie quelques minutes après s'être allongée et ne se souvenait pas si elle était seule ou en présence de B_____. Elle avait eu une sensation étrange, comme si elle était "*sous l'eau*", mais était néanmoins capable de sentir si quelqu'un la touchait et d'entendre si on lui parlait. Elle était allongée sur le dos et avait senti que son partenaire lui écartait les jambes. Elle se souvenait avoir été pénétrée vaginalement durant une "*certaine période*"; il s'agissait d'une "*très courte*" durée. Ensuite, elle ne se souvenait de rien.

Lorsqu'ils avaient débuté le rapport sexuel en cause, dans le salon, l'acte était consenti, même si elle n'en avait pas envie. Lorsqu'elle avait dit à B_____ d'arrêter, il s'était exécuté et avait enlevé son préservatif. Au moment où il lui avait écarté les jambes, elle n'était pas encore inconsciente mais comme "*sous l'eau*", ayant perdu connaissance pendant qu'il la pénétrait vaginalement.

Pour le surplus, elle confirmait qu'à des dates indéterminées, B_____ l'avait, à deux ou trois reprises, pénétrée digitalement durant son sommeil. À son réveil, elle ne lui avait pas demandé d'arrêter car elle pensait que "*c'était normal*" et ne voulait pas le contrarier, craignant qu'il mette un terme à leur relation.

e.b. B_____ a exposé que le rapport litigieux avait débuté dans le salon de la plaignante, s'était poursuivi dans la cuisine et enfin dans la chambre. À ce moment-là et alors qu'il était allongé sur le corps de l'intéressée, elle lui avait indiqué ne pas se sentir bien. Ils avaient interrompu l'acte car elle le lui avait demandé. D'après ses souvenirs, il lui avait ensuite posé la question de savoir s'ils pouvaient continuer. Dans la mesure où elle lui avait donné son accord, ils avaient poursuivi l'acte, durant lequel elle avait perdu connaissance. Il l'avait pénétrée vaginalement à deux ou trois reprises, jusqu'à ce qu'il réalise qu'elle s'était évanouie. À cet instant-là, il s'était arrêté et était allé chercher une serviette humide pour la lui poser sur le front. Il avait ensuite attendu qu'elle reprenne ses esprits, ce qui avait pris environ trois minutes. Au réveil de la plaignante, il était resté chez elle mais ne se souvenait plus de leur discussion.

Durant l'acte en cause, ils avaient fait une pause, mais avaient gardé la même position. Il était convaincu d'avoir obtenu l'accord de sa petite amie pour poursuivre le rapport, sinon il n'aurait pas continué. Il ne se souvenait pas si elle avait utilisé le terme "*oui*", mais elle avait manifesté son accord verbalement. Lorsqu'il lui avait demandé si elle allait bien, elle avait répondu qu'elle "*pourrait*" perdre connaissance. Il lui avait reposé la question, lui demandant s'il pouvait continuer, ce à quoi elle avait répondu par l'affirmative. Aussi, il n'avait pas songé à mettre un terme définitif au rapport, car elle lui avait dit qu'elle pourrait perdre connaissance, non pas qu'elle

allait. Lorsqu'ils avaient repris la relation sexuelle, l'intéressée était encore consciente et "*bougeait"*. Au moment où elle s'était évanouie, il était allongé sur elle et ce n'était qu'après deux ou trois mouvements – "*moins rapides*" qu'auparavant – qu'il avait réalisé que quelque chose n'allait pas. À l'instant où il s'en était rendu compte, il s'était arrêté. Enfin, il contestait catégoriquement l'avoir pénétrée digitalement lorsqu'elle dormait.

f. Par courrier de son conseil du 23 novembre 2021, A_____ a produit diverses pièces médicales datant de 2014, 2015 et 2020, dont il ressort, en substance, qu'elle souffrait "*de malaise récurrents*", à raison d'une ou deux fois par mois, qui commençaient par des vertiges d'une durée de quatre à cinq minutes, et qui s'accompagnaient d'une perte de conscience pendant quelques secondes, voire minutes. L'intéressée récupérait ensuite "*facilement sans fatigue ni nausées ni vomissements*, *avec une céphalée occipitale pulsatile*" durant une heure ou une heure et demie.

g. Par avis de prochaine clôture du 2 mars 2022, le Ministère public a informé A_____ de son intention de rendre une ordonnance de classement et l'a invitée à présenter ses éventuelles réquisitions de preuve ou requérir une indemnisation.

h. Par lettre de son conseil du 7 mars suivant, elle a demandé le renvoi en jugement de B_____.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public retient qu'il n'était pas contesté que les deux protagonistes avaient entretenu un rapport sexuel entre la fin du mois de novembre et le début du mois de décembre 2019. Si les souffrances et problèmes de santé de A_____ n'étaient pas non plus remis en cause, cette dernière n'avait toutefois pas explicitement déclaré à B_____ ne pas avoir envie de poursuivre l'acte sexuel litigieux, lorsqu'elle était encore consciente. De plus, le prénommé s'était immédiatement arrêté lorsqu'il avait constaté qu'elle avait perdu connaissance. Dans ces circonstances, la plaignante n'était pas incapable de résister avant de s'évanouir et le rapport litigieux était consenti, dès lors qu'elle ne s'était pas opposée à celui-ci.

A_____ avait, par ailleurs, expliqué avoir toujours accepté d'entretenir des relations sexuelles avec le prévenu, lorsqu'ils formaient un couple, même si elle n'en avait pas envie. Elle avait encore précisé qu'il n'avait jamais fait montre de violence ni de menace à son égard. Dans ces circonstances, les éléments constitutifs d'une infraction à l'art. 191 CP ou d'une autre infraction pénale n'étaient pas réunis. Par conséquent, le classement de la procédure était ordonné pour ces faits (art. 319 al. 1 let. b CPP).

Pour le surplus, B_____ contestait catégoriquement avoir pénétré digitalement la plaignante durant son sommeil. Cette dernière, quant à elle, avait indiqué que ces faits s'étaient déroulés à deux ou trois reprises mais n'avait pas été en mesure de donner de date précise. En l'absence de témoin ou d'autres éléments de preuve, aucun

acte d'enquête ne semblait pouvoir étayer ces allégations. Ainsi, aucun soupçon ne justifiait une mise en accusation du prévenu et la procédure, ouverte à son encontre, était classée (art. 319 al. 1 let. a CPP).

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ reproche au Ministère public une constatation erronée des faits, pour avoir retenu qu'elle n'aurait pas opposé son refus à l'intimé, lorsqu'elle était encore consciente.

Il ressortait pourtant de ses déclarations qu'elle avait demandé à B_____ d'interrompre l'acte sexuel, dans la mesure où elle risquait de perdre connaissance. Elle avait en outre précisé avoir commencé à se sentir mal et avoir des vertiges, en avoir informé l'intéressé, lui ayant dit "*ne plus vouloir continuer*". Quant à ce dernier, il avait concédé avoir mis un terme au rapport sexuel, sur sa demande à elle. Si, par la suite, et pour les besoins de sa cause, il avait affirmé avoir obtenu son accord pour la reprise du rapport sexuel, ses déclarations n'avaient pas été constantes sur ce point. En effet, il avait tout d'abord déclaré qu'elle avait répondu affirmativement à sa demande de poursuivre le rapport, avant de se raviser et d'indiquer ne pas se souvenir si elle avait dit "*oui*", mais qu'elle lui aurait néanmoins donné son aval pour continuer. Le prévenu avait ainsi non seulement admis qu'elle lui avait bien demandé de mettre un terme au rapport litigieux, mais aussi qu'elle avait attiré son attention sur le risque qu'elle perdît connaissance. En outre, il avait reconnu avoir entretenu un rapport avec elle, alors qu'elle était inconsciente et, partant, incapable de discernement et de résistance. Ainsi, les éléments constitutifs objectifs de l'art. 191 CP étaient réalisés. Seule la question de l'intention restait à examiner.

Or, le prévenu connaissait ses problèmes de santé, avait déjà assisté à des épisodes de pertes de connaissance et était au courant de "*la procédure à suivre*" dans ce genre de situation. Il avait également reconnu qu'elle lui avait dit se sentir mal et qu'elle ne voulait plus continuer. Il avait ainsi accepté le risque qu'elle s'évanouisse durant l'acte et, partant, d'entretenir une relation sexuelle avec une personne incapable de discernement. Dès lors qu'il avait agi, à tout le moins par dol éventuel, l'élément subjectif de la disposition précitée était également réalisé.

b. Dans ses observations du 7 juin 2022, B_____ conclut au rejet du recours, à la confirmation de l'ordonnance entreprise et à l'octroi d'une indemnité pour ses frais de défense d'office.

S'il n'était pas contesté que la recourante avait exprimé, lors du rapport litigieux, avoir besoin d'une pause – et ce quels que fussent les mots employés – l'acte sexuel s'était néanmoins poursuivi, dès lors qu'elle avait manifesté son accord pour ce faire. Le moment qui avait suivi avait été relaté de diverses manières par la recourante, mais elle avait indiqué s'en rappeler. Elle avait également expliqué se souvenir d'une pénétration vaginale de très courte durée et qu'elle n'était pas encore inconsciente. Dans ces circonstances, ses propos laissaient entendre qu'elle n'était pas totalement

incapable de discernement et/ou de résistance et qu'elle savait que la pénétration fut brève. Aussi, ce n'était ni par dessein ni par dol éventuel qu'il avait poursuivi l'acte sexuel.

c. Dans ses observations du 17 juin 2022, le Ministère public conclut au rejet du recours, sous suite de frais.

S'il était établi que la recourante avait, durant le rapport litigieux, perdu connaissance, elle n'était toutefois pas incapable de résister avant de s'évanouir. De plus, l'acte sexuel était consenti, puisqu'elle ne s'était pas opposée à celui-ci. Le prévenu avait donné une description complète des faits et aucun élément de preuve ne permettait de mettre en doute sa crédibilité. Il n'était pas non plus possible de retenir qu'il aurait sciemment profité de l'état d'incapacité de sa partenaire.

d. 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), 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. Dès lors que la Chambre de céans dispose d'un plein pouvoir de cognition en droit, en fait et en opportunité (art. 393 al. 2 CPP) (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197; arrêt du Tribunal fédéral 1B_524/2012 du 15 novembre 2012 consid. 2.1), les éventuelles constatations incomplètes ou inexactes du Ministère public auront été corrigées dans l'état de fait établi ci-avant.

Partant, le grief y relatif sera rejeté.

3. La recourante reproche au Ministère public d'avoir classé sa plainte contre B_____ pour actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

3.1. Aux termes de 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* qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et 2 al. 2

CPP en relation avec les art. 319 al. 1 et 324 CPP). Il 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 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'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; 138 IV 86 consid. 4.1.2 et les références citées ; arrêt 6B_635/2018 du 24 octobre 2018).

3.2. 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; arrêt du Tribunal fédéral 6B_116/2019 du 11 mars 2019 consid. 2.1). En outre, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_174/2019 du 21 février 2019 consid. 2.2 et les références citées).

3.3. L'art. 191 CP prévoit que celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Cette disposition protège, indépendamment de leur âge et de leur sexe, les personnes incapables de discernement ou de résistance dont l'auteur, en connaissance de cause, entend profiter pour commettre avec elles un acte d'ordre sexuel (ATF 120 IV 194 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_10/2014 du 1er mai 2014 consid. 4.1.1).

Son but est de protéger les personnes qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. À la différence de la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et du viol (art. 190 CP), la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes. L'art. 191 CP vise une incapacité de discernement totale,

qui peut se concrétiser par l'impossibilité pour la victime de se déterminer en raison d'une incapacité psychique, durable (p. ex. maladie mentale) ou passagère (p. ex. perte de connaissance, alcoolisation importante, etc.), ou encore par une incapacité de résistance parce que, entravée dans l'exercice de ses sens, elle n'est pas en mesure de percevoir l'acte qui lui est imposé avant qu'il ne soit accompli et, partant, de porter jugement sur celui-ci et, cas échéant, le refuser (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_10/2014 du 1er mai 2014 consid. 4.1.1).

L'art. 191 CP exige que l'auteur ait profité de l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime, autrement dit qu'il ait exploité l'état ou la situation dans laquelle elle se trouvait. Cela ne signifie pas que tous les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance sont punissables. L'infraction n'est ainsi pas réalisée si c'est la victime qui a pris l'initiative des actes sexuels ou si elle y a librement consenti (arrêt du Tribunal fédéral 6B_10/2014 du 1er mai 2014 consid. 3.2.1).

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP est une infraction intentionnelle. La formule "*sachant que*" signifie que l'auteur a connaissance de l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime. Il appartient par conséquent au juge d'examiner avec soin si l'auteur avait vraiment conscience de l'état d'incapacité de la victime. Le dol éventuel suffit. Agit intentionnellement celui qui s'accommode de l'éventualité que la victime ne puisse pas être, en raison de son état physique ou psychique, en situation de s'opposer à une sollicitation d'ordre sexuel, mais lui fait subir malgré tout un acte d'ordre sexuel (arrêts 6B_69/2018 du 11 juin 2018 consid. 4.1; 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1; 6B_128/2012 du 21 juin 2012 consid. 1.6.1). Il n'y a pas d'infraction si l'auteur est convaincu, à tort, que la personne est capable de discernement ou de résistance au moment de l'acte (arrêts 6B_578/2018 précité consid. 2.1; 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1; 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.2.1).

3.4. En l'espèce, il est établi que les deux protagonistes ont, entre la fin du mois de novembre et le début du mois de décembre 2019, entretenu une relation sexuelle – consentie – lors de laquelle, sans que cela soit contesté, l'intimé s'est arrêté, lorsque la recourante, qui ne se sentait pas bien, le lui a demandé. Leurs versions divergent toutefois sur la suite des évènements.

La recourante allègue ne pas avoir consenti à la poursuite du rapport concerné et avoir été pénétrée vaginalement, alors qu'elle n'était plus capable d'exprimer efficacement son opposition, étant inconsciente. Le prévenu, quant à lui, affirme ne pas s'être vu opposer un refus de la part de la recourante mais, au contraire, avoir obtenu son consentement verbal pour poursuivre – après une brève interruption – le rapport litigieux.

En l'occurrence, à supposer même que la recourante se soit effectivement trouvée dans un état d'incapacité totale de discernement et de résistance – et, partant, que la première condition d'application de l'art. 191 CP soit réalisée – il faut encore que l'intimé en ait eu conscience et qu'il en ait profité.

Or, au regard des récits des intéressés, tel ne paraît pas être le cas.

En effet, l'intimé a affirmé, de manière constante, que la recourante était encore consciente lorsqu'ils avaient poursuivi la relation sexuelle. S'il ne conteste pas qu'elle lui aurait indiqué ne pas se sentir bien et avoir besoin d'une pause, il soutient, en revanche, qu'elle lui aurait donné son accord pour poursuivre le rapport litigieux. Il a encore précisé ne pas s'être rendu compte, au moment des faits, et sous le coup de l'émotion, qu'elle était sur le point de perdre connaissance.

À cet égard, la recourante a elle-même déclaré ne pas avoir immédiatement perdu ses esprits, ayant, durant ledit rapport, d'abord eu la sensation d'être "*comme sous l'eau*", tout en ayant conservé le sens du toucher et l'ouïe. Dans ces circonstances, il apparaît vraisemblable que l'intimé ait pu penser, de bonne foi, que l'état de la recourante lui permettait toujours de se déterminer d'après son libre arbitre et qu'elle n'était pas incapable de résister.

En outre, et surtout, l'intimé a soutenu avoir mis un terme à l'acte dès l'instant où il a réalisé que la recourante avait perdu connaissance, soit après avoir effectué deux ou trois mouvements de "*va-et-vient*", lesquels auraient duré seulement quelques secondes. En l'état, aucun élément du dossier ne permet d'infirmer ces allégations, qui sont d'ailleurs corroborées par les messages WhatsApp échangés entre les parties, juste après les faits, ainsi que par les dires de la recourante elle-même, qui a déclaré se souvenir d'avoir été pénétrée vaginalement par l'intimé durant une "*très courte*" durée.

En l'état, rien ne permet donc de retenir que le prévenu aurait eu conscience, même par dol éventuel, avant de s'arrêter, d'une incapacité totale de réagir de la recourante, durant le court laps de temps concerné. Le fait, non contesté, qu'il ait interrompu l'acte sexuel, lorsque la recourante le lui a demandé, permet, au contraire, de retenir qu'il n'a pas voulu exploiter son état pour entretenir une relation sexuelle avec elle.

Dans ces conditions, le Ministère public était fondé à classer ces faits, au vu des probabilités d'acquittement nettement plus élevées que celles de condamnation.

Enfin, les accusations selon lesquelles l'intimé aurait, à deux ou trois reprises, à des dates indéterminées, pénétré digitalement la recourante durant son sommeil – fermement contestées par l'intéressé –, ne sont objectivées par aucun élément du

dossier. De plus, dans son recours, la recourante ne consacre aucun développement à cet égard.

Partant, en l'absence de soupçons suffisants justifiant une mise en accusation du prévenu, un classement s'imposait également pour ces faits.

4. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

5. La recourante, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 1'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

6. L'intimé, prévenu, qui obtient gain de cause, requiert une indemnité de CHF 1'389.35, TVA incluse, pour ses frais de défense d'office.

6.1. À teneur de l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. À Genève, le tarif est édicté à l'art. 16 RAJ (E 2 05 04); il prévoit une indemnisation sur la base d'un tarif horaire de CHF 110.- pour avocat stagiaire (let. a), CHF 150.- pour collaborateur (let. c) et CHF 200.- pour un chef d'étude (let. c).

6.2. Seules les heures nécessaires sont retenues; elles sont appréciées en fonction, notamment, de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la qualité du travail fourni ainsi que du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ).

6.3. En l'espèce, le conseil de l'intimé a produit un état de frais de CHF 1'389.35, TVA et forfait téléphone/courrier de 20% inclus, correspondant à 30 minutes d'activité au tarif de chef d'Étude (CHF 200.-) et 6h30 d'activité au tarif de collaborateur (CHF 650.-). Eu égard à l'activité déployée, soit des observations de 10 pages, dont deux pages de garde et de conclusions, son indemnité sera arrêtée à CHF 753.90, correspondant à 30 minutes d'activité au tarif horaire de CHF 200.- et 4 heures d'activité au taux de CHF 150.- – étant précisé que le forfait de 20% ne se justifie pas en instance de recours (ACPR/762/2018 du 14 décembre 2018) – TVA à 7.7% incluse.

Cette somme sera mise à la charge de l'État (ATF 147 IV 47 consid. 4.2.5 p. 53 s.), la partie plaignante qui succombe devant l'autorité de recours n'ayant pas à supporter l'indemnité des frais de défense du prévenu lorsque la décision attaquée est une ordonnance de classement ou de non-entrée en matière (ATF 139 IV 45 consid. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_357/2015 du 16 septembre 2015 consid. 2.2).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 1'000.-.

Dit que ce montant sera prélevé sur les sûretés versées.

Alloue à B_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 753.90 TTC, pour ses frais de défense dans le cadre de la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux parties, soit pour elles leurs conseils respectifs, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; 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).

P/18659/2020 **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	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	905.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'000.00**