

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 8 mai 2017

Composition : M. STOUDMANN, président
M. Battistolo et Mme Rouleau, juges
Greffière : Mme Jordan

Parties à la présente cause :

B._____, prévenu, représenté par Me Charles Munoz, défenseur d'office
à Yverdon-les-Bains, appelant,

et

Ministère public, représenté par la Procureure de l'arrondissement du
Nord vaudois, intimé,

M._____, partie plaignante, représentée par Me Baptiste Viredaz, conseil
d'office à Lausanne, intimée.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 9 janvier 2017, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné B._____ pour viol à une peine privative de liberté d'une année, avec sursis pendant 2 ans (I), dit qu'il doit immédiat paiement à M._____ des sommes de 1'110 fr. 65 à titre de dommages et intérêts et de 5'000 fr. à titre de réparation du tort moral (II) et mis les frais de la cause, par 10'473 fr. 90, à la charge d'B._____ (III).

B. Par annonce du 12 janvier 2017, puis déclaration motivée du 16 février suivant, B._____ a formé appel contre ce jugement en concluant à son acquittement, les frais de la cause étant laissés à la charge de l'Etat, subsidiairement réduits dans une large proportion.

Aux débats de ce jour, le Ministère public et M._____ ont conclu au rejet de cet appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. B._____ est né le [...] 1968 en France, pays dont il est ressortissant. Divorcé et domicilié à [...], il était employé communal et percevait un revenu mensuel de l'ordre de 5'400 fr. avant d'être licencié au 31 mars 2017. Depuis le mois d'août 2016 jusqu'à une date qu'il n'a pas indiquée, il bénéficiait d'un arrêt de travail sans que l'on en connaisse précisément les raisons. Il a en outre été victime d'un accident au mois de mars 2017 qui l'a rendu incapable de travailler plus d'un mois. Il ignore quel sera le montant des indemnités de chômage ou de perte de gain qu'il devrait percevoir désormais. Il vit en concubinage et s'acquitte d'un montant de 1'000 fr. pour son loyer. Ses charges mensuelles se

composent également d'une contribution d'entretien de 750 fr. pour son fils de 13 ans, d'une prime d'assurance maladie de 343 fr. et d'un acompte d'impôt de 756 francs. Il n'a pas de dettes ni de poursuites.

Le casier judiciaire suisse d'B._____ est vierge de toute inscription.

2. A Lausanne, le 13 juin 2015, B._____ s'est rendu chez M._____, qu'il avait rencontrée quelques temps auparavant par le biais du site de rencontres Tinder et avec qui il avait eu un premier rendez-vous au restaurant deux jours plus tôt. Après le repas, le couple a entrepris une relation sexuelle consentie. M._____ a demandé à B._____ de mettre un préservatif, ce qui était pour elle une condition à l'acte sexuel, et B._____ s'est exécuté.

A un moment donné, alors qu'il était couché sur elle, B._____ s'est légèrement redressé, s'est mis sur le côté et a demandé à M._____ de pouvoir éjaculer dans sa bouche. Celle-ci a refusé, le repoussant légèrement en disant « non ». Il lui a alors dit « tu vas le faire, tu vas le faire », ce à quoi elle a répondu « non, non ». Alors qu'il avait retiré le préservatif qu'il portait et bien qu'il sût qu'elle était opposée à tout acte sexuel avec lui sans protection, B._____ s'est ensuite couché sur la plaignante et l'a pénétrée vaginalement en lui maintenant les bras. M._____, qui n'avait pas remarqué qu'il ne portait plus de préservatif, est restée tétanisée sans comprendre ce qui se passait et n'a pas résisté. B._____ a éjaculé en elle et elle ne s'est rendu compte de l'absence du préservatif que lorsqu'il s'est retiré.

M._____ a déposé plainte le 22 juin 2015.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux par une partie ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel d'B._____ est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé (a) pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) pour constatation incomplète ou erronée des faits et (c) pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement. L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP ; TF 6B_78/2012 du 27 août 2012 consid. 3.1).

3.

3.1 Invoquant une constatation incomplète ou erronée des faits, l'appelant conteste les faits retenus à son encontre. Il fait valoir que les premiers juges n'auraient pas correctement pris en compte le contexte des événements, rappelant que les parties s'étaient rencontrées par l'intermédiaire d'un site de rencontres, qu'elles ne s'étaient vues qu'une fois auparavant et qu'elles avaient consommé de l'alcool. Il soutient ensuite que l'instruction n'aurait pas permis d'établir comment ni pourquoi il ne portait plus de préservatif à la fin de leur rapport. A cet égard, il fait

valoir que la plaignante ne l'a pas vu le retirer et que, pour sa part, pris « dans le feu de l'action » et alcoolisé, il ne se rappelle pas du déroulement exact des événements. Plusieurs scénarios seraient ainsi envisageables, le préservatif ayant pu soit se déchirer, « glisser » ou avoir été négligemment oublié après avoir été ôté lors d'une pause. L'appelant relève également que le préservatif en question n'aurait jamais été retrouvé. Dans ces circonstances, en application du principe *in dubio pro reo*, on ne saurait retenir qu'il l'aurait volontairement enlevé. De plus, c'est à tort que le jugement ne retiendrait pas qu'il était également important pour lui que la relation soit protégée, dès lors qu'il avait notamment déclaré qu'il craignait que sa partenaire tombe enceinte. Il ne serait au demeurant pas établi que c'est consciemment qu'il avait pénétré la plaignante sans préservatif. L'élément subjectif d'une infraction ne serait par conséquent pas réalisé, ce d'autant plus qu'il aurait démontré qu'il respectait la volonté de sa partenaire en se pliant à son refus de le laisser éjaculer dans sa bouche. Enfin, il serait faux d'affirmer qu'il savait que la plaignante refusait toute relation non protégée : le couple n'aurait jamais discuté de sexualité et le fait qu'un préservatif ait été mis au début de la relation n'indiquerait pas que la plaignante aurait particulièrement insisté sur ce point.

3.2 La constatation des faits est incomplète au sens de l'art. 398 al. 3 let. b CPP lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

Lorsque l'autorité a forgé sa conviction sur la base d'un ensemble d'éléments ou d'indices convergents, il ne suffit pas que l'un ou l'autre de ceux-ci ou même chacun d'eux pris isolément soit à lui seul insuffisant. L'appréciation des preuves doit être examinée dans son

ensemble. Le principe in dubio pro reo est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables au prévenu sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes ; on parle alors de doutes raisonnables (ATF 120 la 31 consid. 2c ; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.2). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 consid. 2a; ATF 136 III 552 consid. 4.2).

3.3 Le contexte et les prémisses de la relation sexuelle qu'ont entretenue les parties le soir des faits en question ne sont pas remis en cause. Il n'est pas contesté qu'elles se sont rencontrées par l'intermédiaire du site de rencontres Tinder, qu'elles ont eu un premier rendez-vous deux jours auparavant, qu'elles se sont revues le samedi soir suivant et ont pris un repas accompagné de vin. Il n'est pas non plus contesté que la relation sexuelle qui s'est ensuivie était consentie et que la plaignante a demandé au prévenu de mettre un préservatif. C'est ensuite que les versions des parties divergent.

En l'occurrence, les premiers juges ont considéré que les déclarations d'B._____ étaient à « géométrie variable ». Cette appréciation doit être confirmée. Lors de sa première audition, le prévenu a affirmé que le préservatif qu'il portait se serait cassé, qu'il l'aurait dit à la plaignante, qu'il l'aurait alors enlevé et qu'il y aurait eu une pause avant qu'il n'entame un nouveau rapport en oubliant de se protéger (PV d'audition n. 2, l. 51 à 55). Entendu une seconde fois par la procureure, il a réaffirmé, en traitant la plaignante de menteuse, qu'ils auraient fait une pause après la rupture de son préservatif et précisé qu'ils se seraient rendus sur le balcon pour fumer une cigarette et parler de cet incident (PV d'audition n. 5, l. 60 à 64). A la question de savoir s'il avait demandé de pouvoir éjaculer dans la bouche de la plaignante, le prévenu a répondu qu'il était « possible » qu'il ait fait une telle demande et qu'il était également « possible » qu'il ait enlevé son préservatif à ce moment-là (PV

d'audition n. 5, l. 71 à 75). Devant le Tribunal correctionnel, après avoir tergiversé, il a finalement reconnu avoir demandé une fellation que la plaignante lui a refusée. Il a déclaré que c'était à ce moment-là qu'ils auraient fait une pause et qu'il serait allé fumer sur le balcon dans le plus simple appareil mais toujours porteur de son préservatif. S'agissant de la suite des événements, le prévenu a tenu ensuite et successivement des propos totalement contradictoires. Il a d'abord déclaré qu'il ne se souvenait pas s'il avait remis un préservatif, puis qu'il aurait oublié d'en remettre un « dans le feu de l'action » et enfin, qu'il en aurait toujours eu un, mais qu'il se serait cassé, ce qu'il aurait constaté en se retirant après avoir éjaculé (jugement, p. 5-6). Devant la Cour de céans, l'appelant a une nouvelle fois modifié sa version en réaffirmant qu'il aurait constaté que son préservatif se serait cassé avant que le couple n'interrompe sa relation sexuelle pour faire une pause. Ils en auraient parlé sur le balcon et la plaignante ne se serait pas fâchée. Il a déclaré qu'ensuite, il n'aurait pas eu conscience qu'il n'avait pas de préservatif, avant d'affirmer qu'il ne voulait pas dire qu'il n'avait pas remarqué qu'il ne portait plus de préservatif mais qu'il n'avait pas pensé à en remettre un après la pause (cf. pp. 3-4 du présent arrêt).

A la différence du prévenu, les déclarations de M. _____ sont constantes et cohérentes. Dans sa plainte, elle affirme qu'à un moment donné pendant le rapport sexuel, le prévenu lui a demandé de pouvoir éjaculer dans sa bouche, d'une manière qu'elle a ressentie comme étant agressive. Elle a refusé et le prévenu, en la maintenant par les bras, l'a à nouveau pénétrée. Ce n'est que lorsqu'il s'est retiré après avoir éjaculé qu'elle a remarqué qu'il ne portait plus de préservatif et qu'elle lui en a fait le reproche. Le prévenu lui a alors dit qu'il avait ôté son préservatif « juste avant » et que ce n'était pas grave car elle devait être ménopausée (P. 4). La plaignante a contesté l'existence d'une pause-cigarette au cours de leur rapport ainsi que d'une discussion au sujet d'un préservatif qui aurait cassé. Sa version devant la procureure et les premiers juges n'a pas varié. Elle est également identique à celle qu'elle a donnée à son amie [...] alors qu'elle n'avait pas encore déposé plainte (PV d'audition n. 4), ainsi qu'à sa psychiatre, qui a décrit, dans un courrier du

11 février 2016, le mal-être et l'anxiété que la plaignante avait ressentis après les faits (P. 13). Enfin, le prévenu a lui-même déclaré qu'il était « possible » qu'il ait enlevé le préservatif après avoir demandé de pouvoir éjaculer dans la bouche de la plaignante, avant de la pénétrer à nouveau sans protection et sans le lui dire (cf. PV d'audition n. 5., l. 74 à 76).

En soutenant que les premiers juges n'auraient pas correctement pris en compte le fait que les parties se sont connues par le biais d'un site de rencontres et qu'elles ont entretenu un rapport sexuel dès leur deuxième rendez-vous, le prévenu laisse entendre que la crédibilité et le besoin de protection de la plaignante seraient moindres. Ce raisonnement n'est pas soutenable. Non seulement le contexte de leur rencontre ne joue aucun rôle dans l'appréciation du comportement qui lui est reproché, mais en outre et surtout, le droit à l'intégrité sexuelle d'une victime ne saurait faire l'objet d'un traitement différent en fonction des circonstances dans lesquelles elle a rencontré son agresseur.

Cela étant, aucun des multiples scénarios avancés par le prévenu pour expliquer qu'il ne portait plus de préservatif à la fin du rapport n'est crédible. En effet, au vu de la configuration des lieux qui ressort des photographies au dossier (P. 18/1 à 18/5), les déclarations de l'appelant selon lesquelles il serait allé fumer une cigarette totalement nu, préservatif en place, sur le balcon du première étage, aisément visible depuis la rue, est hautement invraisemblable. Il en va de même s'agissant de la thèse de « l'accident de préservatif » avant ladite pause, et de celle de l'oubli « dans le feu de l'action ». Il n'est guère concevable d'oublier de se protéger à nouveau si cette question a réellement été au centre d'une conversation quelques minutes auparavant. Il est surtout totalement invraisemblable, au vu de sa réaction lorsqu'elle a remarqué qu'il ne portait plus de préservatif (« elle s'est fâchée », p. 4 du présent arrêt) et de l'anxiété qui ressort des messages qu'elle a adressés les jours suivants au prévenu, que la plaignante n'ait pas manifesté la moindre inquiétude avant d'entamer un nouveau rapport sexuel, qui plus est sans être attentive à ce que son partenaire remette un préservatif.

Peu importe que l'on ne sache pas ce qu'il est advenu du préservatif : il s'agit d'un élément neutre dont on ne peut rien déduire. Par ailleurs, on ne reproche pas au prévenu un « accident de préservatif ». Même si celui-ci s'était déchiré et qu'il l'avait enlevé, ce n'est pas cette rupture qui lui est imputée, mais bien le fait de n'avoir pas remis un préservatif avant de pénétrer à nouveau la plaignante. Il en va de même dans l'hypothèse où il aurait enlevé le préservatif pendant la pause ou celle où il aurait remarqué pendant cette pause que le préservatif s'était cassé. Peu importe finalement que l'appelant ait enlevé le préservatif parce qu'il s'était déchiré ou pour un autre motif, puisque c'est l'étape ultérieure, c'est-à-dire la nouvelle pénétration vaginale, qui est décisive pour le sort de la cause.

Pour cette étape, l'appelant soutient qu'il ne serait pas établi qu'il avait remarqué qu'il ne portait plus de préservatif. Entendu aux débats de ce jour, il a maintenu qu'il n'avait pas conscience de ne plus avoir de préservatif avant de déclarer toutefois qu'il ne voulait pas dire qu'il n'avait pas remarqué qu'il ne portait plus de préservatif mais qu'il n'avait pas pensé à en remettre un après la pause (cf. pp. 3-4 du présent arrêt). Or, comme retenu précédemment, la thèse de l'oubli est invraisemblable. Il est en outre évident qu'un homme sait s'il porte ou non un préservatif. Il faut donc retenir que l'appelant savait qu'il procédait à une pénétration non protégée.

A cet égard, la consommation d'alcool n'est pas un élément qui permettrait de réduire le caractère illicite de l'acte. Si elle a certes un effet désinhibiteur, aucun des intéressés n'a pour autant déclaré que son partenaire était ivre au point de tenir des propos incohérents par exemple. On relèvera en outre qu'à l'exception précisément de la fin de la relation sexuelle litigieuse et de la question du préservatif, le prévenu n'indique pas qu'il ne souvient pas du reste de la soirée. On ne saurait par conséquent retenir que la conscience de l'appelant aurait été altérée par sa consommation d'alcool ni que celle-ci aurait eu une influence sur sa responsabilité, ce qu'il n'a au demeurant pas soutenu.

L'appelant reproche également aux premiers juges de n'avoir pas retenu qu'il tenait à ce que la relation soit protégée. Cet argument doit lui aussi être écarté. D'une part, l'appelant souligne lui-même qu'il craignait avant tout que la plaignante ne tombe enceinte (« mon grand souci c'était que M. _____ tombe enceinte » jgt p. 5). C'est d'ailleurs pour ce motif qu'il pensait que la pilule du lendemain résoudrait la situation (« j'étais plus inquiet concernant la pilule du lendemain » PV d'audition n. 5, l. 82). Dès lors, le préservatif ne remplissait plus qu'un rôle moindre, permettant d'éviter une grossesse non désirée, risque qui pouvait être écarté par l'absorption d'une gélule. D'autre part, le souhait d'éjaculer dans la bouche de la plaignante démontre au contraire que le prévenu n'accordait pas une importance aussi capitale au rôle du préservatif. Enfin, à nouveau, si tel avait été réellement le cas et s'il faisait des analyses de sang toutes les trois semaines comme il l'a prétendu, on ne comprend guère comment il aurait pu oublier de se protéger avec une partenaire dont il ignorait l'état de santé (« je ne savais pas si ma partenaire était saine » p. 3 du présent arrêt), de surcroît après avoir eu, soi-disant, un premier préservatif cassé et une discussion sur cette question quelques minutes plus tôt.

L'appelant conteste enfin avoir su que la plaignante refuserait toute relation non protégée. Cet argument n'a pas davantage de poids. Si M. _____ a demandé à l'appelant, avant le début de la relation, de mettre un préservatif, cette exigence ne peut se comprendre que pour l'entier de l'acte. On ne voit pas ce qui aurait permis au prévenu d'imaginer que cette exigence ne valait que pour une partie des ébats ; d'ailleurs, lui-même ne s'en explique pas. Il a de surcroît déclaré lors de sa première audition « elle ne voulait pas de relation non-protégée, ce que je comprends » (PV d'audition n. 2, l. 49) et aux débats de ce jour « il était convenu que si nous entretenions une relation sexuelle, celle-ci serait protégée » (p. 3 du présent arrêt).

En définitive, les éléments qui précèdent ne laissent place à aucun doute et commandent de retenir que les déclarations de M. _____ sont conformes à la réalité. Non seulement, le prévenu a volontairement

enlevé son préservatif au cours de leur relation sexuelle, mais c'est également en toute connaissance de cause et en sachant qu'elle ne consentirait pas à un tel acte, qu'il a pénétré la plaignante sans protection. L'état de fait des premiers juges doit donc être approuvé.

4.

4.1

4.1.1 L'appelant conteste s'être rendu coupable de viol au sens de l'art. 190 CP. En relevant que les premiers juges ont retenu que la plaignante n'avait pas compris ce qu'il s'était passé et qu'elle n'avait pas résisté, il soutient qu'il n'aurait fait usage ni de menaces, ni de violence, ni de contrainte et qu'il n'aurait pas mis sa partenaire hors d'état de résister. De plus, même un simple mensonge – qui plus est par omission – sur le fait qu'il ne portait plus de préservatif, ne réaliserait pas l'élément de la contrainte. Enfin, l'élément subjectif ferait défaut. D'une part, il ne serait pas établi qu'il était conscient du fait qu'il pénétrait sa partenaire sans préservatif et d'autre part, même s'il était retenu que tel avait été le cas, il n'aurait pas eu conscience de commettre un viol.

Anticipant ensuite un changement de qualification juridique, l'appelant conteste s'être rendu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP. Il remet en avant l'absence de conscience d'avoir procédé sans préservatif, puis renouvelle la thèse de « l'accident de préservatif » en ajoutant que la plaignante ne se trouvait pas incapable de résister, dans la mesure où elle aurait pu vérifier si son partenaire était toujours porteur d'un préservatif. Elle aurait dû être d'autant plus attentive à cette question qu'elle ne connaissait pas le prévenu.

L'appelant conclut en exposant qu'en réalité, on se trouverait en dehors des biens juridiques couverts par les art. 190 et 191 CP, qui protègent la liberté et l'honneur sexuels. Au fond, la plaignante aurait déposé plainte parce qu'elle avait eu peur d'avoir été contaminée par une maladie sexuellement transmissible et qu'elle avait dû entreprendre de nombreuses démarches médicales. Elle ne se prévaudrait ainsi pas d'une

atteinte à son intégrité sexuelle, mais des conséquences de l'acte en question, plus précisément de l'incertitude quant à la transmission d'une maladie.

4.1.2 Pour sa part, invoquant un récent article américain, la plaignante considère que le comportement du prévenu (désigné dans ledit article sous le terme « stealthing », « stealth » signifiant furtif) serait une grave déviance sexuelle constitutive de viol au sens de l'art. 190 CP. Si le rapport sexuel était consenti au départ, il aurait en revanche été imposé dans un deuxième temps, lorsque le préservatif a été retiré à son insu. Le prévenu aurait précisément procédé de la sorte car il savait qu'elle s'y opposerait, la privant ainsi de toute capacité de résistance. Demandant à la Cour de céans de faire jurisprudence sur cette question, la plaignante soutient que dans le cas particulier, la contrainte résiderait dans le fait d'imposer par la tromperie un autre acte d'ordre sexuel que celui consenti initialement, soit un acte sexuel non protégé.

Le Ministère public s'en remet quant à lui à l'appréciation de la Cour de céans s'agissant de la qualification juridique des faits reprochés à l'appelant, tout en considérant que ce dernier a profité de la situation pour imposer à la plaignante un rapport sexuel auquel elle ne consentait pas.

4.2

4.2.1 Aux termes de l'art. 190 al. 1 CP, celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de un à dix ans. Si l'auteur a agi avec cruauté, notamment s'il a fait usage d'une arme dangereuse ou d'un autre objet dangereux, la peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins (art. 190 al. 3 CP).

L'art. 190 CP, comme l'art. 189 CP (contrainte sexuelle), protège des atteintes à la libre détermination en matière sexuelle. Le viol est une forme spéciale et aggravée de la contrainte sexuelle, en ce sens

qu'il se caractérise par le fait que la victime est une femme d'une part, et que l'acte répréhensible est l'acte sexuel proprement dit, d'autre part (TF 6B_206/2015 du 8 octobre 2015 consid. 1.1).

Le viol et la contrainte sexuelle supposent l'emploi des mêmes moyens et la même situation de contrainte (TF 6B_493/2016 du 27 avril 2017). Il s'agit notamment de l'usage de la menace, de la violence, de l'exercice de pressions d'ordre psychique ou de la mise hors d'état de résister. Ainsi, pour que la contrainte soit réalisée, il faut que l'auteur crée une situation de contrainte dans un contexte donné, ce qui n'implique pas que la contrainte soit à nouveau utilisée pour chacun de ses actes. Il suffit que la victime ait dans un premier temps opposé de la résistance dans la mesure où elle pouvait le faire et que par la suite l'auteur réactualise sa contrainte de manière à pouvoir encore abuser de sa victime (Dupuis et al. [éd.], Petit commentaire, Code pénal, Bâle 2017, n. 13 ad art. 189 CP et les références citées). Faute de résistance à vaincre, l'utilisation de la surprise ou de la ruse n'est pas considérée comme un moyen de contrainte (Dupuis et al. [éd.], op. cit., n. 26 ad art. 189 CP et les références citées).

4.2.2 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.

Une personne est incapable de résistance si elle n'est pas en mesure d'opposer une résistance à un contact sexuel non désiré. Cette disposition protège ainsi les personnes incapables de discernement ou de résistance qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. Il suffit que la victime soit momentanément incapable de résistance. L'incapacité de résistance peut être durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances. Elle peut être la conséquence par exemple d'un état mental gravement anormal, d'une sévère intoxication due à l'alcool ou à la drogue, ou de

l'accumulation de la somnolence, de l'ébriété et d'une erreur sur l'identité du partenaire sexuel confondu avec le conjoint. Il faut cependant que la victime soit totalement incapable de se défendre. Si l'inaptitude n'est que partielle - par exemple en raison d'un état d'ivresse - la victime n'est pas incapable de résistance. Il y a abus lorsque l'auteur de l'infraction profite de l'incapacité de se défendre de la victime (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 ; JdT 2009 IV 17 et la jurisprudence citée).

Le Tribunal fédéral a reconnu l'incapacité de résister des patientes allongées sur une chaise d'examen gynécologique. Leur volonté est affectée par leur position sur la chaise d'examen, qui ne leur permet pas de voir ce qu'il se passe, alors que la capacité d'une personne à réagir selon sa volonté dépend précisément d'une perception préalable des phénomènes extérieurs par les sens. Faute de perception visuelle, seules demeurent les sensations corporelles au niveau génital, lesquelles ne permettent aux victimes de réagir qu'à un stade où l'auteur a déjà profité d'elles (ATF 103 IV 165 ; JdT 1978 IV 148 ; ATF 133 IV 49 précité consid. 7.3). L'incapacité de résistance au sens de l'art. 191 CP est également admise lorsqu'en raison de la position particulière de son corps, la patiente se trouve dans l'incapacité de discerner l'atteinte du thérapeute à son intégrité sexuelle et qu'il abuse sexuellement d'elle par surprise (ATF 133 IV 49 précité consid. 7.4).

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP définit 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. Selon la doctrine dominante, le dol éventuel suffit. Agit donc 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 (TF 6S.359/2002 du 7 août 2003 consid. 5.2 et les références citées).

4.3. En l'espèce, il est établi que l'appelant a ôté son préservatif sans le dire à la plaignante, mais qu'il n'a pas usé de contrainte ou de menaces et qu'il n'a pas dû briser la résistance de sa victime pour la pénétrer. Celle-ci, ne sachant pas que son partenaire entendait lui imposer un rapport non protégé, ne lui a opposé aucune résistance (« je me suis dit qu'il se passait quelque chose de pas normal car il me maintenait. Je ne me suis pas vraiment débattue car je n'ai pas vraiment compris. Je pense que j'aurais pu le repousser si je m'étais vraiment débattue » PV d'audition n. 1, l. 83 à 86). S'il s'agissait certes d'une condition sine qua non pour la plaignante, le fait de ne pas lui avoir révélé le retrait du préservatif ne suffit toutefois pas à réaliser la condition de contrainte exigée par l'art. 190 CP. Comme indiqué ci-dessus, l'utilisation de la surprise ou de la ruse n'est pas considérée comme un moyen de contrainte. Par conséquent, le prévenu n'ayant dû surmonter aucune résistance, la qualification juridique de viol au sens de l'art. 190 CP est exclue.

C'est en revanche sous l'angle de l'art. 191 CP que les faits doivent être appréciés. Couchée sur le dos sous le prévenu et surprise par le comportement de ce dernier qu'elle a ressenti comme étant agressif lorsqu'elle a refusé qu'il éjacule dans sa bouche, la plaignante ne pouvait pas se rendre compte que son partenaire ne portait plus de préservatif lorsqu'il l'a à nouveau pénétrée ni s'attendre à ce qu'il revienne sur son engagement. Il est constant qu'elle ne consentait pas à un acte sexuel non protégé et que l'appelant le savait (« il était convenu que si nous entretenions une relation sexuelle, celle-ci serait protégée » p. 3 du présent arrêt). Les conditions émises par la plaignante étant ainsi sans équivoque pour le prévenu, il n'y a aucune place pour la responsabilité partagée évoquée par son défenseur : la plaignante n'avait pas à vérifier tout au long du rapport si son partenaire était porteur d'un préservatif et pouvait encore moins s'attendre à ce que celui-ci prenne l'initiative de le retirer sans l'en aviser. N'en déplaise à l'appelant qui a plaidé le contraire, il s'agit bien d'un rapport de confiance qu'il a trahi, qu'ils fussent amants d'un soir ou de longue date. Si le prévenu n'a pas contraint la plaignante à l'acte sexuel en lui-même, il a en revanche sciemment profité de la

situation pour lui imposer de fait un rapport sexuel non protégé et passer ainsi outre sa volonté. D'une part, comme indiqué précédemment, il savait qu'elle n'accepterait pas un tel acte et d'autre part il savait, ou tout au moins s'en est largement accommodé, qu'elle était incapable de se rendre compte qu'il ne portait plus de préservatif et qu'elle ne pourrait s'en apercevoir que le fait accompli. Ainsi dupée, la plaignante a été privée de toute possibilité de résistance. Par conséquent, tous les éléments constitutifs d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP sont réalisés.

En définitive, l'appel doit être partiellement admis, l'appelant ne devant plus être reconnu coupable de viol mais d'acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

5.

5.1 Il reste à fixer la peine. Les art. 190 et 191 CP prévoient la même sanction maximale de 10 ans de peine privative de liberté. En revanche, contrairement à l'art. 190 CP, qui fixe un seuil d'un an de privation de liberté, l'art. 191 CP prévoit la possibilité de prononcer une peine pécuniaire, sans minimum.

5.2 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de

l'auteur. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 134 IV 17 consid. 2.1; ATF 129 IV 6 consid. 6.1).

5.3 En l'occurrence, les faits reprochés au prévenu sont graves et la requalification juridique qui précède n'atténue pas son comportement. Retirer un préservatif à l'insu de sa partenaire au cours d'un rapport consenti constitue une violence sexuelle aux conséquences potentiellement dangereuses qui doit être sévèrement réprimée. Atteinte dans sa dignité et sa libre détermination en matière sexuelle, la plaignante a souffert psychologiquement comme en atteste son médecin (P. 13), mais également physiquement puisqu'elle a été contrainte de suivre un traitement prophylactique aux lourds effets secondaires. Modifiant une énième fois sa version, l'appelant a tenté encore aujourd'hui de former un écran de fumée sur les faits qui lui étaient reprochés pour échapper à sa responsabilité. Il a encore déclaré aux débats de ce jour qu'il n'avait rien à se reprocher s'agissant de la relation sexuelle elle-même, répétant que celle-ci avait été consentie. Le regard qu'il porte ainsi sur les faits, deux ans plus tard, dénote une prise de conscience bien médiocre voire inexistante quant à l'illicéité de son acte.

L'appelant a déclaré qu'il ressentait par contre de la culpabilité pour le comportement dont il avait fait preuve par la suite, en s'enregistrant aux abonnés absents et en laissant la plaignante de long mois dans la crainte d'être affectée par le HIV, raison pour laquelle il aurait renoncé à contester les conclusions civiles allouées à cette dernière. Dont acte. Cette prise de conscience, outre qu'elle n'entre pas en considération s'agissant des faits dont il est reconnu coupable, doit être largement nuancée par le fait qu'il n'a rien versé à ce jour à la plaignante, prétextant qu'il ne savait pas qu'il fallait le faire. Pour le surplus, on peine à discerner des éléments à décharge, l'appelant, qui a plaidé son acquittement,

n'ayant au demeurant pas invoqué une mauvaise appréciation des juges quant à la fixation de sa peine.

Au regard des éléments qui précèdent, c'est une peine privative de liberté que des motifs de prévention spéciale imposent. Il peut être renvoyé à l'appréciation des premiers juges pour le surplus (jugement pp. 13-14). La peine d'une année, assortie d'un sursis de deux ans, qu'ils ont prononcée est adéquate et doit être confirmée.

6. En définitive, l'appel d'B. _____ doit être partiellement admis et le jugement rendu le 9 janvier 2017 réformé dans le sens du considérant 4.3 qui précède.

7. Sur la base des listes des opérations produites par les avocats, dont il n'y a pas lieu de s'écarter, une indemnité d'un montant de 2'268 fr. sera allouée à Me Baptiste Viredaz et de 2'291 fr. à Me Charles Munoz, TVA et débours inclus. A cet égard, il y a lieu de relever que le dispositif communiqué aux parties à l'issue de l'audience est entaché d'une erreur manifeste dans la mesure où les montants indiqués ne comprenaient pas la TVA. Cette erreur sera rectifiée d'office dans le dispositif qui suit.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, par 7'129 fr., constitués en l'espèce de l'émolument du présent arrêt, par 2'570 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), et des indemnités allouées aux défenseur et conseil d'office précitées, seront mis par trois quarts à la charge d'B. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

B. _____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat les trois quarts des indemnités allouées aux défenseur et conseil d'office que lorsque sa situation financière le permettra.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 40, 42, 47 et 191 CP et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Le jugement rendu le 9 janvier 2017 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne est modifié comme il suit au chiffre I de son dispositif, le dispositif du jugement étant désormais le suivant :

"I. condamne B._____ pour acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance à une peine privative de liberté de 1 (une) année, avec sursis pendant 2 (deux) ans ;

II. dit qu'B._____ doit immédiat paiement à M._____ des sommes de :

- 1'110 fr. 65 (mille cent dix francs et soixante-cinq centimes), avec intérêts à 5% l'an dès le 10 janvier 2017, à titre de dommages et intérêts ;

- 5'000 fr. (cinq mille francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 13 juin 2015, au titre de réparation du tort moral;

III. met les frais de la cause, par 10'473 fr. 90, à la charge d'B._____, montant incluant l'indemnité allouée à son défenseur d'office, par 4'194 fr. 70, et l'indemnité au conseil juridique de la partie plaignante, par 3'499 fr. 20, indemnités dont le remboursement à l'Etat n'est exigible que lorsque la situation financière du débiteur le permettra."

III. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'291 fr., TVA et débours inclus, est allouée à Me Charles Munoz.

- IV.** Une indemnité de conseil d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'268 fr., TVA et débours inclus, est allouée à Me Baptiste Viredaz.
- V.** Les frais d'appel, par 7'129 fr., y compris les indemnités allouées au défenseur et au conseil d'office, sont mis par trois quarts à la charge d'B._____, soit par 5'346 fr. 75, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.
- VI.** B._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat les trois quarts des indemnités en faveur des défenseur et conseil d'office prévues aux chiffres III et IV ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.
- VII.** Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **10 mai 2017**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Charles Munoz, avocat (pour B._____),
- Me Baptiste Viredaz, avocat (pour M._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement du Nord vaudois,
- Service de la population, secteur E,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités fédérales; RS 173.71]. Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :