

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 25 août 2021

Composition : M. STOUDMANN, président
M. Pellet et Mme Kühnlein, juges
Greffière : Mme Choukroun

Parties à la présente cause :

C._____, prévenu, représenté par Me Arnaud Thiéry, défenseur d'office à Lausanne, appelant,

et

MINISTÈRE PUBLIC, représenté par le Procureur de l'arrondissement de La Côte, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 mars 2021, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a libéré C._____ des chefs de prévention de contrainte sexuelle et abus de la détresse (I), a constaté qu'il s'était rendu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (II), l'a condamné à une peine privative de liberté de six mois (III), a ordonné l'interdiction de C._____ de pratiquer dans le domaine des soins pour une durée de quatre ans (IV), a mis les frais de procédure, par 5'548 fr. 95, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me Arnaud Thiéry, arrêtée à 2'409 fr. 15, à la charge de C._____ (V), et dit que dite indemnité ne sera exigible que lorsque sa situation financière le lui permettra (VI).

B. Par annonce du 29 mars 2021 puis déclaration motivée du 4 mai 2021, C._____ a interjeté un appel contre ce jugement. Il a conclu, principalement à sa réforme en ce sens qu'il est libéré de tout chef de prévention, de toute peine et de toute mesure, avec suite de frais à la charge de l'Etat. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation du jugement. Il a requis la mise en œuvre de trois mesures d'instruction, à savoir la production par le médecin traitant de feu B.R._____ d'une attestation concernant la capacité de discernement de cette dernière, la production en mains de l'Apromad (Association pour la santé, la prévention et le maintien à domicile) du planning des passages réalisés entre le 1^{er} et le 31 août 2018 au domicile de feu B.R._____ et l'audition de [...], infirmière auprès de l'Apromad qui avait recueilli la plainte de feu B.R._____ le 10 septembre 2018.

Par avis du 2 juin 2021, le président de la Cour d'appel pénale a informé les parties qu'un exemplaire du jugement de ladite cour, rendu

le 17 novembre 2020 dans l'affaire PE17.006118 (arrêt CAPE n° 358), était versé au dossier de la présente cause.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. C._____ est né le [...] 1976 à [...], en [...]. Arrivé en Suisse en janvier 2013, il a obtenu l'asile, selon la décision rendue par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) le 11 janvier 2016 et est actuellement au bénéfice d'un permis de séjour B. Il est célibataire et vit avec une amie. Il a expliqué avoir eu sept enfants, que les plus âgés vivaient au Congo, qu'un de ses enfants majeurs vivait en Suisse, et qu'il avait reconnu en 2020 une petite fille de six ou sept ans vivant avec sa mère, à [...] et pour qui il déclare verser une centaine de francs par mois. Il travaille comme auxiliaire de santé pour un centre de soins à domicile et perçoit un salaire horaire de 22 fr. 90 avec un taux d'activité minimum garanti de 30%.

L'extrait du casier judiciaire suisse de C._____ ne comporte aucune inscription. Une procédure est toutefois actuellement pendante auprès du Tribunal fédéral - relative à des faits survenus entre la fin de l'année 2016 et avril 2017 et pour lesquels C._____ a été condamné pour représentation de la violence, contrainte sexuelle et pornographie à une peine privative de liberté de 24 mois, dont six à titre ferme et 18 avec sursis pendant quatre ans (cf. jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne du 24 février 2020, confirmé par la Cour de céans le 17 novembre 2020/358).

2. A [...], au chemin [...], le 7 septembre 2018, dans le cadre de soins à domicile dispensés à feu B.R._____, à son domicile, C._____, auxiliaire de santé, a palpé les seins de cette dernière à même la peau et après avoir enlevé ses gants de protection, de manière insistante et sans nécessité, alors qu'il devait lui appliquer ou qu'il appliquait de la crème hydratante.

Feu B.R._____ s'est plainte de ce comportement à X._____, auxiliaire de santé venue la doucher le 10 septembre 2018, qui

a transmis l'information à l'infirmière référente de cette patiente, Q._____. Celle-ci a rencontré B.R._____ le 12 septembre 2018. La patiente lui a confirmé qu'après s'être présenté en donnant son prénom, C._____ lui avait dit qu'elle était une très belle femme, lui avait fait prendre sa douche, puis, qu'au moment d'appliquer la crème hydratante, il avait retiré ses gants alors qu'il fallait les garder (la patiente étant sous chimiothérapie) et lui avait palpé avec insistance la poitrine, de manière volontaire. La patiente a ensuite indiqué que le but du prévenu était « de lui donner du plaisir et que ce n'était vraiment pas un geste involontaire de sa part ». Le mari de la patiente, qui était absent lors du soin, mais présent lors de la rencontre du 12 septembre 2018, a confirmé qu'il avait trouvé son épouse « totalement perturbée » à son retour à la maison.

La Direction générale de la santé a dénoncé les faits le 13 juin 2019 (P. 4).

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de C._____ 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 pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et pour inopportunité (let. c) (al. 3).

La voie de l'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel, laquelle ne peut se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier, mais

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 (TF 6B_481/2020 du 17 juillet 2020 consid. 1.2 ; TF 6B_952/2019 du 11 décembre 2019 consid. 2.1 ; TF 6B_727/2019 du 27 septembre 2019 consid. 1.3.1).

Si la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP précité), la procédure se fonde néanmoins sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP). En effet, l'immédiateté des preuves ne s'impose pas en instance d'appel (TF 6B_481/2020 précité).

3. L'appelant requiert trois mesures d'instruction, à savoir la production par le médecin traitant de feu B.R._____ d'une attestation concernant la capacité de discernement de cette dernière, la production en mains de l'Apromad du planning des passages réalisés entre le 1^{er} et le 31 août 2018 au domicile de feu B.R._____ et enfin l'audition de X._____ qui avait recueilli la plainte de feu B.R._____ le 10 septembre 2018. La première mesure d'instruction tend à déterminer la crédibilité des accusations portées par feu B.R._____, qui doit être appréciée en fonction de sa capacité de discernement, celle-ci ne pouvant être attestée que par un médecin ; la deuxième mesure tend à vérifier qu'il n'y a pas eu d'autre homme qui soit passé au domicile de B.R._____ pendant cette période, pour déterminer si celle-ci n'a pas été déstabilisée par la présence insolite de l'appelant, ce qui pourrait expliquer les accusations proférées. L'audition de X._____ doit permettre de savoir comment feu B.R._____ avait formulé ses plaintes, de manière à pouvoir apprécier sa crédibilité.

3.1 Conformément à l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité ou déjà suffisamment prouvés. Cette disposition codifie, pour la

procédure pénale, la règle jurisprudentielle déduite de l'art. 29 al. 2 Cst. en matière d'appréciation anticipée des preuves (TF 6B_312/2020 du 11 mai 2020 consid. 1.1 et les références citées). Le magistrat peut ainsi refuser des preuves nouvelles, lorsqu'une administration anticipée de ces preuves démontre qu'elles ne seront pas de nature à modifier le résultat de celles déjà administrées (ATF 136 I 229 consid. 5.3). Ce refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties et l'art. 389 al. 3 CPP que si l'appréciation anticipée effectuée est entachée d'arbitraire (cf. ATF 144 II 427 consid. 3.1.3 ; ATF 141 I 60 consid. 3.3 ; TF 6B_312/2020 précité consid. 1.1).

3.2 S'agissant de la première réquisition, on relève que la capacité de discernement se présume (art. 16 CC). Il n'existe en l'espèce aucun élément au dossier permettant de mettre en doute cette présomption. Sollicité expressément sur l'état de santé de feu B.R._____, (P. 8), l'Apromad a confirmé la pleine capacité de discernement de l'intéressée, qui souffrait d'une pathologie oncologique et de troubles musculo-squelettiques (P. 9). Comme le relève le jugement entrepris, le mari de feu B.R._____, professeur de neuropsychologie, a également confirmé la capacité de discernement de son épouse (cf. jgmt, p. 12). La victime a également semblé « cohérente » à Q._____ (PV aud. 2, l. 108-109). Le terme employé par B.R._____ quand elle s'en est ouverte à son mari (« peloter »), révèle également un choix de mot, désuet mais concis, qui atteste d'une précision de la pensée. En outre, la capacité de discernement est relative, et l'appréciation d'un acte à caractère sexuel relève du bas seuil, comparée à d'autres opérations plus complexes de la vie courante : si B.R._____ était en mesure d'accomplir les actes quotidiens, on doit d'autant plus en présumer qu'elle avait la capacité de comprendre la portée sexuelle d'un geste déplacé, même si elle pouvait être parfois fatiguée en raison de la chimiothérapie (cf. PV aud. 2, l. 66) ; qu'elle n'ait plus été capable de gérer elle-même sa médication n'y change rien. Cette lucidité d'esprit ressort encore de l'audition de l'époux de la victime, lorsqu'il explique que cette dernière s'était questionnée sur les conséquences qu'une plainte pourrait entraîner pour l'appelant mais qu'elle avait décidé de dénoncer son comportement afin de l'empêcher de

recommencer auprès d'autres patientes (PV aud. 3, l. 41-49). De plus, on ne voit pas sur quelle base un médecin pourrait se prononcer aujourd'hui sur la capacité de discernement suffisante pour apprécier la portée sexuelle d'un geste. Pour toutes ces raisons, il convient de rejeter la réquisition de preuve tendant à la production par le médecin traitant de feu B.R._____ d'une attestation concernant la capacité de discernement de cette dernière.

Il en va de même s'agissant de la deuxième réquisition, soit la production en mains de l'Apromad du planning des passages réalisés entre le 1^{er} et le 31 août 2018 au domicile de feu B.R._____, dans la mesure où même à supposer qu'il n'y avait pas eu d'autre homme, et encore moins d'autre homme noir, au domicile de la victime durant les semaines qui ont précédé les faits, cela ne change strictement rien à l'appréciation des éléments figurant au dossier.

Finalement, il faut aussi présager que l'audition de l'infirmière X._____, trois ans après les faits, ne changera rien au fond de l'affaire et rejeter cette réquisition de preuve. Si elle a relayé les plaintes qu'elle a reçues de feu B.R._____ le 10 septembre 2018, c'est nécessairement parce qu'elle les a tenues pour crédibles. On relève que les accusations de la victime, dont on ne doute pas de la capacité de discernement, sont cohérentes à l'égard d'un prévenu dont elle n'a jamais eu à souffrir et pour lequel elle n'a pas de raison d'éprouver du ressentiment. Son discours est précis et cohérent. Il n'y a aucune raison de douter de la véracité de ses propos et la démonstration que tente de faire l'appelant ne remet pas en cause les indices pris en compte par le tribunal de première instance.

4. Dans un premier grief, l'appelant se plaint d'une violation de la présomption d'innocence.

4.1 L'art. 10 CPP dispose que toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1). Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon

l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Il se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation (al. 3).

La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), 6 par. 2 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101) et 14 al. 2 Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; RS 0.103.2), ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, portent sur la répartition du fardeau de la preuve dans le procès pénal, d'une part, et sur la constatation des faits et l'appréciation des preuves, d'autre part. En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 consid. 2a ; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.2.1). Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective. Dans cette mesure, la présomption d'innocence se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 138 V 74 consid. 7 ; ATF 124 IV 86 consid. 2a ; ATF 120 la 31 consid. 2).

L'appréciation des preuves est l'acte par lequel le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens de preuve afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents

pour l'application du droit pénal matériel. Elle est dite libre, car le juge peut par exemple attribuer plus de crédit à un témoin, même prévenu dans la même affaire, dont la déclaration va dans un sens, qu'à plusieurs témoins soutenant la thèse inverse. Le juge peut fonder une condamnation sur un faisceau d'indices ; en cas de versions contradictoires, il doit déterminer laquelle est la plus crédible. En d'autres termes, ce n'est ni le genre ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (Verniory, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [ci-après : CR CPP], 2^e éd., Bâle 2019, nn. 29 et 34 ad art. 10 CPP).

4.2 L'appelant soutient tout d'abord que sa condamnation repose exclusivement sur les déclarations de feu B.R._____, qui n'a jamais pu être interrogée en cours d'enquête : l'appelant n'a donc jamais pu lui poser des questions en violation de l'art. 6 CEDH, ce qui justifierait, selon lui, d'annuler sa condamnation.

4.2.1 L'art. 6 par. 3 let. d CEDH garantit à tout accusé le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. Cette disposition exclut qu'un jugement pénal soit fondé sur les déclarations de témoins sans qu'une occasion appropriée et suffisante soit au moins une fois offerte au prévenu de mettre ces témoignages en doute et d'interroger les témoins, à quelque stade de la procédure que ce soit (ATF 140 IV 172 consid. 1.3 ; ATF 133 I 33 consid. 3.1 ; ATF 131 I 476 consid. 2.2 ; TF 6B 386/2020 du 14 août 2020 consid. 3.1 ; TF 6B 383/2019 du 8 novembre 2019 consid. 8.1.2 non publié aux ATF 145 IV 470). En tant qu'elle concrétise le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst., cette exigence est également garantie par l'art. 32 al. 2 Cst. (ATF 144 II 427 consid. 3.1.2 ; ATF 131 I 476 consid. 2.2)).

L'art. 147 al. 1 1^{ère} phrase CPP consacre le principe de l'administration des preuves en présence des parties durant la procédure d'instruction et les débats. Il en ressort que les parties ont le droit

d'assister à l'administration des preuves par le ministère public et les tribunaux, ainsi que de poser des questions aux comparants. Ce droit spécifique de participer et de collaborer découle du droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. b CPP). Il ne peut être restreint qu'aux conditions prévues par la loi (cf. art. 108, 146 al. 4 et 149 al. 2 let. b CPP ; cf. aussi art. 101 al. 1 CPP et Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1166 s. ch. 2.4.1.3). Les preuves administrées en violation de l'art. 147 al. 1 CPP ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente (art. 147 al. 4 CPP ; ATF 143 IV 397 consid. 3.3.1 ; ATF 140 IV 172 consid. 1.2.1 ; TF 6B_386/2020 du 14 août 2020 consid. 3.1).

Le droit de poser des questions consiste à se trouver en présence de la personne et à lui poser ou faire poser des questions. Ceci dans le but de permettre au prévenu, respectivement à son défenseur, de vérifier la crédibilité des déclarations de la personne entendue en sondant ses motivations, afin de pouvoir éventuellement jeter un doute sur le témoignage. Cette possibilité doit pouvoir en principe être effectuée en face à face, ce qui permet également d'apprécier la communication non verbale de la personne entendue, d'observer sa réaction aux questions et de constater d'éventuelles hésitations (Thormann/Mégevand, in : CR CPP, op. cit., n. 2 ad art. 147 CPP).

Exceptionnellement, le juge peut prendre en considération une déposition faite au cours de l'enquête alors que l'accusé n'a pas eu l'occasion d'en faire interroger l'auteur, en particulier s'il n'est plus possible de faire procéder à une audition contradictoire en raison du décès ou d'un empêchement durable du témoin (ATF 125 I 127 consid. 6c/dd ; ATF 105 la 396 consid. 3b).

4.2.2 En l'espèce, s'agissant de la possibilité donnée à l'appelant de poser des questions à feu B.R._____, on se trouve précisément dans la situation exceptionnelle envisagée par le Tribunal fédéral, puisqu'il n'est plus possible de faire procéder à une audition contradictoire en raison du décès de cette dernière le 9 novembre 2018. Cela signifie qu'il est

conforme à la jurisprudence d'admettre que le juge peut prendre en considération la déposition faite au cours de l'enquête. Le grief, mal fondé, doit être rejeté.

4.3 L'appelant affirme également que la dénonciation de l'Apromad correspond textuellement aux notes de l'infirmière référente Q._____, que celle-ci s'est contentée de relire devant le Ministère public lors de son audition du 3 décembre 2019 (PV aud. 2).

On ne voit cependant pas en quoi cela réduirait la force probante de la déclaration du témoin, ni pourquoi cela empêcherait le tribunal de la prendre en considération et de l'apprécier. Ce grief, mal fondé, doit être rejeté.

4.3 L'appelant ajoute encore que durant la période litigieuse, il a été le seul homme, « a fortiori c'est le seul homme noir » qui avait donné des soins à feu B.R._____, chez qui l'infirmière [...] avait, peu avant que l'appelant n'arrive chez la patiente, noté un ralentissement de la pensée, ce qui devait faire douter de la capacité de discernement de B.R._____. En plus, cette dernière, qui était fatiguée, avait été surprise que l'appelant se présente par son prénom. Selon lui, on ne peut donc exclure que B.R._____ ait eu « des craintes incohérentes en voyant arriver chez elle un homme noir ». Comme elle était fatiguée, on devait apprécier avec beaucoup de circonspection les propos de B.R._____ sur l'application de la crème hydratante.

Comme déjà relevé ci-dessus, il n'y a pas lieu de douter de la capacité de discernement de la victime au moment des faits objets de la présente cause (cf. consid. 3.2 supra). Force est de constater que la mise en cause de la capacité de discernement des personnes qui l'accusent constitue une stratégie de défense usuelle pour l'appelant, qui en a déjà vainement usé dans le cadre de sa précédente affaire (P. 7, p. 1). Le grief, mal fondé, doit être rejeté.

4.5 L'appelant reproche enfin au tribunal de s'être référé à la précédente affaire l'incriminant - encore pendante devant le Tribunal fédéral - et considère qu'en versant au dossier, après clôture de l'instruction, un exemplaire de travail du jugement rendu le 24 février 2020 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne en lien avec cette affaire (P. 35), le tribunal de première instance avait violé son droit d'être entendu.

Le reproche de l'appelant semble effectivement fondé (cf. PV des opérations, p. 4). La Cour de céans a toutefois averti les parties le 2 juin 2021 qu'elle versait au dossier de la présente cause, le jugement CAPE 2020/358 du 17 novembre 2020 relatif à la procédure dirigée contre l'appelant actuellement pendante au Tribunal fédéral. L'éventuelle violation du droit d'être entendu est ainsi guérie.

4.6 Compte tenu des éléments qui précèdent, le Tribunal de première instance n'a pas violé le principe de la présomption d'innocence en s'écartant de la version de l'appelant pour conclure que ce dernier avait effectivement commis les actes dénoncés par la victime, dont la version a été, à raison, jugée précise, cohérente et convaincante. L'appel est rejeté sur ce point.

5. L'appelant se plaint ensuite d'une violation de l'art. 191 CP. Il soutient, d'une part, qu'il n'y a pas d'incapacité de résistance si la victime a la possibilité de s'opposer aux actes, comme par exemple lors d'un massage par l'acupuncteur. D'autre part, l'appelant affirme qu'en retenant la capacité de discernement de la victime, le tribunal de première instance ne pouvait pas se fonder sur une incapacité de discernement pour le condamner. Selon l'appelant, même en retenant que la victime était affaiblie par la maladie, l'usage de la surprise que le tribunal prête à l'appelant ne suffisait pas pour retenir l'art. 191 CP.

5.1 L'art. 191 CP punit 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.

A la différence de la contrainte sexuelle ou du viol, la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes. Une personne est incapable de discernement au sens de l'art. 191 CP si, au moment de l'acte, elle n'est pas en état de former sa volonté et de s'y tenir. Elle est incapable de résistance si elle se trouve dans un état qui, concrètement, l'empêche de s'opposer aux visées de l'auteur.

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. Il faut cependant que celle-ci 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).

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. 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).

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 133 IV 49 précité consid. 7.3 ; ATF 103 IV 165, JdT 1978 IV 148). 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).

5.2 En l'espèce, il ressort clairement du jugement entrepris que l'appelant a été condamné pour avoir abusé d'une personne incapable de résister et non d'une personne incapable de discernement. Il n'y a donc aucune contradiction interne dans le jugement comme le prétend à tort l'appelant.

On peut retenir, avec les premiers juges, que l'appelant a agi par surprise, B.R._____ ne s'attendant pas à subir des attouchements. Il est également de fait que B.R._____ se trouvait dans une situation de vulnérabilité, sur le plan physique. Comme le soin impliquait notamment un toucher, ce n'est qu'une fois que l'appelant s'est attardé sur les seins que B.R._____ aurait pu, le cas échéant, réagir, c'est-à-dire à un stade où l'auteur avait déjà profité d'elle et où l'infraction était déjà réalisée.

Compte tenu de ce qui précède, tous les éléments constitutifs de l'art. 191 CP sont réunis et la critique de l'appelant est vaine. Le grief, mal fondé, doit être rejeté et la condamnation de l'appelant pour actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance doit être confirmée.

6. L'appelant critique encore la peine prononcée à son encontre, soit une peine privative de liberté de 6 mois. Il ne revient pas sur le choix

des premiers juges de fixer une peine indépendante et non pas complémentaire à celle prononcée le 24 février 2020, le jugement dans la première affaire n'étant pas encore définitif et exécutoire. Il estime en revanche qu'en l'absence d'antécédent judiciaire, il ne devrait pas être sanctionné par une peine privative de liberté. Il estime la peine trop lourde pour des actes que le jugement lui-même qualifie d'objectivement de peu de gravité. En outre, la sanction serait particulièrement sévère alors qu'il s'estime déjà durement touché par les accusations portées contre lui. Il conclut à une peine plus clémentaire assortie du sursis.

6.1

6.1.1 L'art. 47 CP prévoit que 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).

De la même manière, le juge fixe l'amende et la peine privative de liberté de substitution en tenant compte de la situation de l'auteur afin que la peine corresponde à la faute commise (art. 106 al. 3 CP).

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 142 IV 137 consid. 9.1 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1).

Selon l'art. 41 al. 1 CP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, le juge peut prononcer une peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire si une peine privative de liberté paraît justifiée pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (let. a) ou s'il y a lieu de craindre qu'une peine pécuniaire ne puisse pas être exécutée (let. b).

6.1.2 Aux termes de l'art. 42 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (al. 1). Si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de plus de six mois, il ne peut y avoir de sursis à l'exécution de la peine qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (al. 2).

Sur le plan subjectif, pour l'octroi du sursis, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit accorder le sursis. Celui-ci est ainsi la règle, dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2 ; TF 6B_301/2020 du 28 avril 2020 consid. 2.1). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée pour exclure le sursis (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1).

Toutefois, dans l'hypothèse dérogatoire visée par l'art. 42 al. 2 CP, la présomption d'un pronostic favorable, respectivement du défaut d'un pronostic défavorable, ne s'applique plus, la condamnation antérieure constituant un indice faisant craindre que l'auteur puisse commettre d'autres infractions. En l'absence de circonstances particulièrement favorables au sens de l'art. 42 al. 2 CP, l'octroi du sursis est dès lors en principe exclu (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.3). L'octroi du sursis n'entre donc

en considération que si, malgré l'infraction commise, on peut raisonnablement supposer, à l'issue de l'appréciation de l'ensemble des facteurs déterminants, que le condamné s'amendera. Le juge doit examiner si la crainte de récidive fondée sur l'infraction commise peut être compensée par les circonstances particulièrement favorables, soit des circonstances qui empêchent que l'infraction antérieure ne détériore le pronostic. Tel sera notamment le cas si l'infraction à juger n'a aucun rapport avec l'infraction antérieure ou que les conditions de vie du condamné se sont modifiées de manière particulièrement positive (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.3 ; TF 6B_42/2018 du 17 mai 2018 consid. 1.2 et les références). Cela étant posé, il n'est pas contestable que l'existence d'antécédents pénaux est un point non seulement pertinent mais incontournable du pronostic. Il n'est pas discutable non plus que, eu égard à leur gravité, les antécédents visés par l'art. 42 al. 2 CP pèsent lourdement dans l'appréciation d'ensemble et qu'un pronostic défavorable ne peut alors être exclu qu'en présence d'autres circonstances susceptibles de contrebalancer positivement cet élément négatif (TF 6B_42/2018 du 17 mai 2018 précité consid. 1.2 et les références).

6.2 En l'espèce, s'agissant tout d'abord du genre de peine, une peine privative de liberté se justifie à des fins de prévention spéciale. En effet, l'appelant n'a tenu aucun compte de l'autre procédure dirigée contre lui. Si, techniquement, il n'a pas d'antécédent, on peut néanmoins retenir qu'il a commis un crime alors qu'il savait qu'il faisait l'objet d'une autre enquête, précisément pour des infractions de nature sexuelle. Ensuite, la quotité de la peine fixée par les premiers juges n'est pas lourde, puisqu'elle se situe dans le vingtième inférieur du cadre légal, l'infraction à l'art. 191 CP étant passible d'une peine privative de liberté de 10 ans. Ensuite, même si les actes sont objectivement de peu de gravité, la culpabilité est lourde. La prise de conscience est inexistante. Le mobile est égoïste. S'en prendre à une personne atteinte dans sa santé est abject. Une précédente enquête n'a pas détourné l'appelant de l'infraction. Pour ces motifs, la peine est adéquate. Pour ces mêmes motifs, surtout la commission d'une infraction de nature identique à celles qui faisaient l'objet de la précédente enquête, le pronostic est clairement défavorable.

Compte tenu de ce qui précède, la peine privative de liberté ferme de six mois doit être confirmée et l'appel rejeté sur ce point également.

7. L'appelant conteste l'interdiction de pratiquer. Il soutient d'abord qu'il est innocent. Il relève ensuite qu'il n'a aucun antécédent et que ses dénégations ne suffisent pas à poser un pronostic défavorable conduisant l'interdiction d'exercer dans le domaine des soins.

7.1 L'art. 67 al. 2 CP dispose que si l'auteur a commis un crime ou un délit contre un mineur ou une autre personne particulièrement vulnérable et qu'il y a lieu de craindre qu'il commette un nouvel acte de même genre dans l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables, le juge peut lui interdire l'exercice de cette activité pour une durée d'une année à dix ans.

7.2 Les arguments de l'appelant ne sont pas convaincants, en particulier en ce qui concerne le risque de récidive, pour les motifs exposés ci-dessus (cf. consid. 6.2 supra). Il est en outre constant que la condamnation porte sur un crime, que les faits ont été commis dans le cadre d'une profession et que l'appelant s'en est pris à une personne particulièrement vulnérable au sens de l'al. 2 de l'art. 67 CP. On relève encore que la durée de l'interdiction, à savoir 4 ans, est adéquate au vu des antécédents de l'appelant tels qu'ils ressortent de la précédente enquête dont il a fait l'objet. Le grief, mal fondé, doit donc être rejeté.

8. En définitive, l'appel de C. _____ doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

Aucune indemnité de l'art. 429 CPP ne sera allouée à l'appelant, vu la confirmation de sa condamnation.

Me Arnaud Thiéry, défenseur d'office de C._____, a produit une liste d'opérations faisant état d'une activité d'avocat breveté de 10 heures, dont il n'y a pas lieu de s'écarter (P. 50). On ajoutera à cette durée le temps de l'audience d'appel, soit 1 heure et 50 minutes. L'indemnité due à Me Arnaud Thiéry pour la procédure d'appel est par conséquent fixée à 2'469 fr. 15, correspondant à des honoraires par 2'130 fr. (11h50 au tarif horaire de 180 fr.), à une vacation par 120 fr., des débours forfaitaires par 42 fr. 60 et la TVA au taux de 7,7%, par 176 fr. 55.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, soit l'émolument de jugement, 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 ; BLV 312.03.1]), l'indemnité du défenseur d'office de l'appelant, par 2'469 fr. 15, soit au total 5'039 fr. 15, seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

L'appelant ne sera tenu de rembourser à l'Etat l'indemnité en faveur de son défenseur d'office que lorsque sa situation le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 40, 47, 50, 67 et 191 CP
et 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le jugement rendu le 29 mars 2021 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne est confirmé selon le dispositif suivant :

- "I. **Libère** C. _____ des chefs de prévention de contrainte sexuelle et abus de la détresse ;*
- II. **Constate** que [...] s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ;*
- III. **Condamne** C. _____ à une peine privative de liberté de 6 (six) mois ;*
- IV. **Ordonne** l'interdiction de C. _____ de pratiquer dans le domaine des soins pour une durée de 4 (quatre) ans ;*
- V. **Met** les frais de procédure, par CHF 5'548.95, y compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, Me Arnaud Thiéry, arrêtée à CHF 2'409.15, à la charge de C. _____ et **DIT** que dite indemnité ne sera exigible que lorsque sa situation financière le lui permettra."*

- III.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 2'469 fr. 15, TVA et débours inclus, est allouée à Me Arnaud Thiéry.
- IV.** Les frais d'appel, par 5'039 fr. 15, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office, par 2'469 fr. 15, sont mis à la charge de C. _____.
- V.** C. _____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son conseil d'office prévue au ch. III. ci-dessus que lorsque sa situation financière le permettra.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **25 août 2021**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Arnaud Thiéry, avocat (pour C. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Procureur de l'arrondissement de La Côte,
- Office d'exécution des peines,
- Service de la population,
- Direction générale de la santé,

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 pénales ; 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 :