

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 30 janvier 2024

Composition : Mme KÜHNLEIN, présidente
Mme Bendani et M. Stoudmann, juges
Greffière : Mme Japona-Mirus

Parties à la présente cause :

J._____, partie plaignante, représentée par Me Zakia Arnouni, conseil
d'office à Lausanne, appelante,

et

MINISTERE PUBLIC, représenté par la Procureure de l'arrondissement de
Lausanne, intimé,

N._____, prévenu, représenté par Me Roxane Chauvet-Mingard, défenseur
d'office à Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 26 juin 2023, le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois a libéré N. _____ du chef de contrainte sexuelle et tentative d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (I), a renvoyé J. _____ à agir devant les tribunaux civils (II), a arrêté l'indemnité allouée à Me Roxane Chauvet-Mingard, défenseur d'office de N. _____, à 7'252 fr. 55, débours, vacations et TVA compris, sous déduction de l'avance de 2'500 fr. d'ores et déjà versée (III), a arrêté l'indemnité allouée à Me Zakia Arnouni, conseil d'office de J. _____, à 4'586 fr., débours, vacations et TVA compris (IV), a laissé les frais de justice à la charge de l'Etat (V) et a rejeté la demande d'indemnité de N. _____ fondée sur l'art. 429 CPP (VI).

B. Par annonce du 7 juillet 2023, puis déclaration motivée du 2 août 2023, J. _____ a formé appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement, à sa réforme en ce sens que N. _____ est condamné pour contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 al. 1 CP et tentative d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens des art. 22 al. 1 et 191 CP, à une peine fixée à dire de justice, qu'il lui doit immédiat paiement du montant de 4'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral et que l'entier des frais de justice sont mis à la charge de N. _____. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du jugement entrepris, le dossier de la cause étant renvoyé à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants à intervenir.

Par acte du 19 janvier 2024, J. _____ a requis que la cour de céans fasse application de l'art. 344 CPP, afin de s'écarter de l'appréciation juridique portée par le Ministère public sur l'état de fait

décrit dans le cas 2 de l'acte d'accusation, soit la contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP, et d'examiner les faits en question sous l'angle du chef de prévention d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. N._____, né le 16 juin 1987 à Sainte-Croix, est ressortissant suisse. Il a suivi la majeure partie de sa scolarité obligatoire à [...], à l'issue de laquelle il a fait un apprentissage de ramoneur. Au bénéfice d'un CFC, il exerce toujours la profession de ramoneur. Il perçoit à ce titre un revenu mensuel net de 5'785 fr. 65, versé treize fois l'an. Il est divorcé et sans enfant. Au mois d'août 2023, il a emménagé avec sa nouvelle compagne, avec laquelle il est en couple depuis un peu plus d'une année. Leur loyer mensuel s'élève à 1'323 fr., charges et place de parc comprises. Les primes d'assurance maladie obligatoire et complémentaire du prévenu s'élèvent à 437 fr. 80 et 18 fr. par mois. Le prévenu a un leasing pour son véhicule, dont les mensualités s'élèvent à 406 fr. 45. Il n'a pas d'autre dette. Il n'a pas de fortune.

L'extrait du casier judiciaire du prévenu est vierge de toute inscription.

2. Par acte du 29 novembre 2022, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a engagé l'accusation devant le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois contre N._____, en raison des faits suivants :

« 1. A Leysin, [...], durant la nuit du 12 au 13 mars 2022, N._____ a tenté d'insérer un doigt dans l'anus de J._____, alors que celle-ci dormait.

J._____ a déposé plainte le 20 mars 2022 et s'est constituée partie civile.

2. *Au même endroit, 13 mars 2022, N. _____ a, à l'occasion d'un rapport sexuel en position de levrette, inséré un doigt dans l'anus de J. _____ et l'a pénétrée analement sans son consentement.*

J. _____ a déposé plainte le 20 mars 2022 et s'est constituée partie civile. »

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP) par une partie ayant qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de J. _____ 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).

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 (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).

3.

3.1 Par acte du 19 janvier 2024, l'appelante a requis que la cour de céans fasse application de l'art. 344 CPP, afin de s'écarter de l'appréciation juridique portée par le Ministère public sur l'état de fait décrit sous le chiffre cas 2 de l'acte d'accusation, soit la contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP, et d'examiner les faits litigieux sous l'angle du chef de prévention d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP.

L'appelante invoque également une mauvaise application de l'art. 9 CPP. L'autorité intimée serait tombée à faux en retenant que les faits tels que décrits dans l'acte d'accusation n'avaient pas permis à N. _____ de comprendre de quoi il en retournait. Ledit acte indiquerait qu'il lui était reproché une pénétration anale sans consentement, ce qui devrait être compris comme « *sans violence physique* ». Le prévenu saurait ainsi, avec une parfaite précision, qu'il lui est fait grief d'avoir usé de violences psychiques à l'encontre de l'appelante et il l'aurait su même bien avant que l'acte d'accusation ait été dressé.

3.2 L'art. 9 CPP consacre la maxime d'accusation. Selon cette disposition, une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits. En effet, le prévenu doit connaître exactement les faits qui lui sont imputés et les peines et mesures auxquelles il est exposé, afin qu'il puisse s'expliquer et préparer efficacement sa défense (TF 6B_1498/2020 du 29 novembre 2021 consid. 2.1, non publié aux ATF 147 IV 505 ; ATF 143 IV 63 consid. 2.2 ; ATF 141 IV 132 consid. 3.4.1). Le tribunal est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation (principe de l'immutabilité de l'acte d'accusation), mais peut s'écarter de l'appréciation juridique qu'en fait le ministère public (art. 350 al. 1 CPP), à condition d'en informer les parties présentes et de les inviter à se prononcer (art. 344 CPP). Le principe de l'accusation est également déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS

101) (droit d'être entendu), de l'art. 32 al. 2 Cst. (droit d'être informé, dans les plus brefs délais et de manière détaillée, des accusations portées contre soi) et de l'art. 6 par. 3 let. a CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101) (droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation) (TF 6B_1498/2020 précité, ibidem).

L'art. 344 CPP est applicable par la juridiction d'appel (TF 6B_1281/2022 du 15 mai 2023 consid. 2.1 et les références citées).

Les art. 324 ss CPP règlent la mise en accusation, en particulier le contenu strict de l'acte d'accusation, étant précisé que l'ordonnance pénale tient lieu d'acte d'accusation lorsque, comme en l'espèce, le ministère public décide de la maintenir après l'opposition du prévenu (cf. art. 356 al. 1 CPP). Selon l'art. 325 al. 1 CPP, l'acte d'accusation désigne : (a) le lieu et la date de son établissement ; (b) le ministère public qui en est l'auteur ; (c) le tribunal auquel il s'adresse ; (d) les noms du prévenu et de son défenseur ; (e) le nom du lésé ; (f) le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés au prévenu, le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur ; (g) les infractions réalisées et les dispositions légales applicables de l'avis du ministère public.

En d'autres termes, l'acte d'accusation doit contenir les faits qui, de l'avis du ministère public, correspondent à tous les éléments constitutifs de l'infraction reprochée au prévenu. L'acte d'accusation définit l'objet du procès et sert également à informer le prévenu (fonction de délimitation et d'information) (TF 6B_1498/2020 précité, ibidem). Des imprécisions relatives au lieu ou à la date sont sans portée, dans la mesure où le prévenu ne peut pas avoir de doute sur le comportement qui lui est reproché (TF 6B_1498/2020 précité, ibidem).

3.3 Il est vrai que l'acte d'accusation est extrêmement sommaire pour les deux cas pour lesquels le prévenu a été renvoyé. En particulier pour le cas 2, on ne sait pas quel est le moyen de contrainte qui aurait été

utilisé. Cela n'a toutefois aucune incidence dans le cas particulier, dès lors que le prévenu doit de toute manière être libéré des chefs d'accusation qui lui sont reprochés, pour les motifs qui seront exposés ci-après.

S'agissant plus particulièrement de l'appréciation juridique du cas 2 de l'acte d'accusation, la direction de la procédure n'a pas informé les parties que la Cour se réservait de faire application de l'art. 344 CP. Peu importe en définitive, dès lors que les éléments constitutifs de l'art. 191 CP ne sont de toute manière pas réalisés (cf. ci-dessous consid. 5.3).

4.

4.1 L'appelante invoque une appréciation erronée des faits pour le cas 1 de l'acte d'accusation. Elle soutient que le prévenu aurait tenté de toucher son entrejambe lorsqu'elle dormait, les déclarations des parties divergeant quant à savoir si le prévenu visait le sexe ou l'anus. En toute hypothèse, cela importerait peu puisqu'elle était en incapacité de résister et ne voulait pas s'adonner à des actes d'ordre sexuel quels qu'ils soient, ce que le prévenu avait lui-même admis. Quoiqu'il en soit, il serait fantasque de retenir que le prévenu avait effleuré son anus involontairement, alors qu'il était en position dite de la cuillère et qu'il tentait d'atteindre son sexe par le haut du corps. Compte tenu des préférences sexuelles du prévenu pour la sodomie (jugement, pp. 4, 5 et 13 et P. 5/2), et alors même qu'il connaissait son dégoût pour cette pratique (P. 5/2), il fallait retenir qu'il avait voulu profiter de son sommeil pour assouvir des pulsions au moyen d'une pratique qui lui était refusée. L'appelante fait en outre valoir que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal de Police, on ne pourrait pas tenir son consentement pour acquis, pour le motif qu'elle avait déjà consenti à un rapport sexuel auparavant. Le prévenu aurait ainsi exploité le fait qu'elle dormait pour commettre un acte d'ordre sexuel dont il savait qu'elle ne voulait pas. Elle aurait d'ailleurs clairement signifié son refus de procéder à tout acte d'ordre sexuel lorsqu'elle s'était réveillée. Tous les éléments constitutifs de l'art. 191 CP seraient donc réunis au stade de la tentative.

4.2

4.2.1 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). Le tribunal 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).

S'agissant de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, le juge du fond évalue librement la valeur de persuasion des moyens de preuve à disposition et pondère ces différents moyens afin de parvenir à une conclusion sur la réalisation ou non des éléments de fait pertinents pour l'application du droit pénal matériel. 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, in : Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse [ci-après : CR CPP], 2e éd., Bâle 2019, n. 34 ad art. 10 CPP).

La présomption d'innocence, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.1 ; ATF 127 I 38 consid. 2a). 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 ; TF 68_47/2018 consid. 1.1). Comme règle d'appréciation des preuves, elle signifie que le juge ne doit pas se déclarer 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.

Lorsque l'appréciation des preuves et la constatation des faits sont critiquées en référence au principe *in dubio pro reo*, celui-ci n'a pas de portée plus large que l'interdiction de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3 ; ATF 143 IV 500 consid. 1.1 ; ATF 138 V 74 consid. 7).

4.2.2 Aux termes de l'art. 191 CP, se rend coupable d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance 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.

Selon la jurisprudence, est incapable de résistance la personne qui n'est pas apte à s'opposer à des contacts sexuels non désirés. Cette disposition protège les personnes qui ne sont pas en mesure de former, exprimer ou exercer efficacement une volonté de s'opposer à des atteintes sexuelles. L'incapacité de résistance peut être durable ou momentanée, chronique ou due aux circonstances. Elle peut être la conséquence d'un état mental gravement anormal, d'une sévère intoxication due à l'alcool ou à la drogue, ou encore d'entraves matérielles. Il faut cependant que la victime soit totalement incapable de se défendre. Si l'aptitude n'est que partiellement altérée ou limitée à un certain degré – par exemple en raison d'un état d'ivresse – la victime n'est pas incapable de résistance (ATF 133 IV 49, consid. 7.2 et les références citées ; voir également ATF 119 IV 230 consid. 3a ; TF 6B_995/2020 du 5 mai 2021 consid. 1.1.2).

L'exigence jurisprudentielle d'une incapacité de résistance ou de discernement « *totale* » ne recouvre pas exclusivement des états de perte de conscience complète mais délimite les situations visées par l'art.

191 CP de celles dans lesquelles, par exemple en raison de l'alcoolisation de la victime, celle-ci est simplement désinhibée (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 ; ATF 119 IV 230 consid. 3a ; TF 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.1.3). Toutefois, une incapacité de résistance peut être retenue lorsqu'une personne, sous l'effet de l'alcool et de la fatigue ne peut pas ou que faiblement s'opposer aux actes entrepris (cf. TF 6B_238/2019 du 16 avril 2019 consid. 2.1 ; TF 6B_232/2016 du 21 décembre 2016 consid. 2.2 ; TF 6B_128/2012 du 21 juin 2012 consid. 1.4).

La victime est considérée comme incapable de discernement au sens de l'art. 191 CP lorsqu'au moment de l'acte elle n'est pas capable de se déterminer en toute connaissance de cause et de comprendre le sens et la portée des relations sexuelles. Dès lors que l'incapacité de discernement est une notion relative, il appartient au juge de déterminer concrètement si la victime était ou non capable de se défendre et de consentir (ATF 120 IV 194 consid. 2c ; TF 6B_727/2019 du 27 septembre 2019 consid. 1.1). L'évaluation de cette incapacité, en particulier lorsqu'elle découle non d'un handicap mental mais d'une intoxication passagère, n'impose pas nécessairement de recourir à une expertise. Selon les cas, le juge peut ainsi conclure à une incapacité de consentir valablement à des actes d'ordre sexuel sur la base de ses propres constatations de fait (cf. par ex. TF 6B_586/2019 du 3 juillet 2019 consid. 1.4 ; TF 6B_578/2018 du 20 mars 2019 consid. 2.3.2 ; TF 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 2 ; TF 6B_17/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.4.2 ; TF 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.1).

Il s'agit donc de déterminer si, en raison de son état, la victime était ou non en mesure de s'opposer à un acte, soit si elle était ou non apte à en percevoir le caractère attentatoire à son intégrité sexuelle et, dans l'affirmative, si son état lui permettait de s'y opposer (TF 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.1.3). Est incapable de discernement celui qui n'est plus en mesure d'évaluer la véritable signification et la portée de son comportement, respectivement qui n'est pas conscient de ce qu'il fait et par conséquent, ne peut pas décider si et avec qui il souhaite un contact sexuel (cf. Maier in : Basler Kommentar, Strafgesetzbuch, 3^e éd. 2013, n. 5

ad art. 191 CP). Selon le Message, l'incapacité de discernement de l'art. 191 CP exclut tout consentement valable à l'acte d'ordre sexuel et toute responsabilité à cet égard (Message du 25 juin 1985 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire relative aux infractions contre la vie, l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille, FF 1985 II 1021 ss, p. 1093 ; voir également TF 6S.359/2002 du 7 août 2013 consid. 4.2 et les références citées). Il s'ensuit que si la personne a consenti aux actes lorsqu'elle était en mesure de le faire, par exemple avant d'être incapable de discernement, l'infraction ne s'applique pas. En revanche, une fois qu'elle est en état d'incapacité, elle n'est plus en mesure de se déterminer librement. Partant, son comportement importe peu, soit qu'elle ait pris des initiatives, soit qu'elle ne se soit simplement pas opposée aux actes. Il suffit alors que l'auteur se soit aperçu de l'incapacité et l'ait exploitée.

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP requiert l'intention, étant précisé que le dol éventuel suffit (TF 6B_578/2018 du 20 mars 2019 consid. 2.1 ; TF 6B_128/2012 du 21 juin 2012 consid. 1.6.1). 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 (TF 6B_69/2018 du 11 juin 2018 consid. 4.1 ; TF 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1 ; TF 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 (TF 6B_578/2018 du 20 mars 2019 consid. 2.1 ; TF 6B_996/2017 du 7 mars 2018 consid. 1.1 ; TF 6B_60/2015 du 25 janvier 2016 consid. 1.2.1). Déterminer ce qu'une personne a su, envisagé, voulu ou accepté relève des constatations de fait (ATF 142 IV 137 consid. 12 ; ATF 141 IV 369 consid. 6.3).

4.3 Il est exact que, s'agissant du cas 1, les déclarations du prévenu devant le Tribunal de Police, en réponse aux questions de la partie plaignante, portent essentiellement sur le positionnement des parties et l'alternative vagin ou anus, le prévenu évoquant des

maladresses dans ses tentatives pour trouver le sexe de la partie plaignante pendant son sommeil, en raison de son poids et des positions respectives des parties. De son côté, la plaignante affirme qu'il a touché son anus, alors même qu'elle lui avait déclaré ne pas être d'accord avec ces pratiques. Or, le prévenu a toujours indiqué qu'il voulait uniquement toucher la plaignante pour la réveiller et l'exciter en vue d'entretenir un nouveau rapport sexuel et il est parfaitement crédible à cet égard. En effet, quelques heures auparavant, les parties ont entretenu une première relation sexuelle, vaginale et consentie, puis elles se sont endormies. N. _____ était donc légitimé à penser que J. _____ aurait peut-être envie de recommencer pendant la nuit, étant d'ailleurs rappelé que les parties ont entretenu à tout le moins trois rapports sexuels consentis pendant le week-end qu'elles ont partagé. En outre, lorsque la plaignante s'est réveillée et qu'elle a signifié au prévenu qu'elle ne voulait pas avoir de rapport sexuel à ce moment-là, celui-ci a immédiatement stoppé tout geste et s'est rendormi. Preuve en est que la plaignante a toujours parlé de « *tentative de doigt dans le cul* » (P. 5/2 et PV aud. 1, R. 5). Ainsi, comme le reconnaît d'ailleurs l'appelante, la localisation des gestes importe peu en réalité, d'autant qu'ultérieurement, la plaignante adhérera à une pénétration anale (cf. consid. 5.3). Ce qui est déterminant, c'est qu'à aucun moment le prévenu n'a essayé de profiter du fait que la plaignante dormait pour lui faire subir un acte d'ordre sexuel. Il a eu une envie nocturne et a tenté de la partager. Constatant l'absence de réciprocité, il s'est arrêté. S'il y avait incapacité de résistance pendant les attouchements du fait que la plaignante dormait, à aucun moment le prévenu n'a exploité cet état. Le fait de réveiller une partenaire sexuelle, en tentant de la toucher à l'entrejambe, dans l'espoir qu'elle aura envie d'entretenir une relation sexuelle, ne remplit pas les éléments constitutifs de l'art. 191 CP.

Le grief doit donc être rejeté. La libération du prévenu du chef d'accusation d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance pour le cas 1 de l'acte d'accusation doit ainsi être confirmée.

5.

5.1 L'appelante invoque une violation de l'art. 189 CP. Elle reproche au Tribunal de police de ne pas avoir retenu la contrainte pour le cas 2 de l'acte d'accusation. Elle soutient avoir plaidé de manière très claire l'état de sidération dans lequel elle s'était trouvée plongée et l'autorité intimée n'en aurait pas fait état dans sa motivation. Cet état de sidération constituerait précisément une pression d'ordre psychique constitutive de contrainte. Elle aurait d'ailleurs sombré dans un important état dépressif par la suite, en raison des faits survenus durant le week-end du 12 et 13 mars 2023, ce dont on devrait déduire qu'elle était crédible. De plus, elle aurait clairement signifié à N._____ qu'elle refusait tout acte anal et aurait été très claire à ce sujet, y compris pendant l'acte, où elle lui aurait demandé d'arrêter. Les témoins entendus auraient tous déclaré savoir que le prévenu avait eu un rapport non consenti avec une fille. On devrait en déduire qu'il s'était confessé auprès de ses proches. L'appelante soutient que les faits devraient également être envisagés sous l'angle de l'art. 191 CP. Le prévenu aurait profité de la position de levrette dans laquelle elle se trouvait, respectivement de son incapacité de résistance, pour lui faire subir une sodomie.

5.2

5.2.1 Se rend coupable de contrainte sexuelle celui qui, notamment en usant de menace ou de violence envers une personne, en exerçant sur elle des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, l'aura contrainte à subir un acte analogue à l'acte sexuel ou un autre acte d'ordre sexuel (art. 189 CP). Celui qui, dans les mêmes circonstances, contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel se rend coupable de viol au sens de l'art. 190 CP.

Les art. 189 et 190 CP interdisent toute atteinte à la liberté sexuelle. Pour qu'il y ait contrainte en matière sexuelle, il faut que la victime ne soit pas consentante, que l'auteur le sache ou accepte cette éventualité et qu'il passe outre en profitant de la situation ou en utilisant un moyen efficace (ATF 122 IV 97 consid. 2b ; TF 6B_802/2021 du 10

février 2022 consid. 1.2 ; TF 6B_488/2021 du 22 décembre 2021 consid. 5.4.1 ; TF 6B_367/2021 précité consid. 2.2.1).

L'infraction visée par l'art. 190 CP exige donc non seulement qu'une personne subisse l'acte sexuel alors qu'elle ne le veut pas, mais également qu'elle le subisse du fait d'une contrainte exercée par l'auteur. A défaut d'une telle contrainte, de l'intensité exigée par la loi et la jurisprudence, et même si la victime ne souhaitait pas entretenir une relation sexuelle, il n'y a pas viol (TF 6B_159/2020 précité ; TF 6B_502/2017 précité ; TF 6B_710/2012 du 3 avril 2013 consid. 3.1).

Le viol et la contrainte sexuelle supposent ainsi l'emploi d'un moyen de contrainte. Il s'agit notamment de l'usage de la violence. La violence désigne l'emploi volontaire de la force physique sur la personne de la victime dans le but de la faire céder (ATF 122 IV 97 consid. 2b ; TF 6B_367/2021 précité consid. 2.2.1 ; TF 6B_995/2020 du 5 mai 2021 consid. 2.1). Il n'est pas nécessaire que la victime soit mise hors d'état de résister ou que l'auteur la maltraite physiquement. Une certaine intensité est néanmoins requise. La violence suppose non pas n'importe quel emploi de la force physique, mais une application de cette force plus intense que ne l'exige l'accomplissement de l'acte dans les circonstances ordinaires de la vie. Selon le degré de résistance de la victime ou encore en raison de la surprise ou de l'effroi qu'elle ressent, un effort simplement inhabituel de l'auteur peut la contraindre à se soumettre contre son gré (ATF 87 IV 66 consid. 1 ; TF 6B_367/2021 précité consid. 2.1 ; TF 6B_995/2020 précité consid. 2.1). Selon les circonstances, un déploiement de force relativement faible peut suffire. Ainsi, peut déjà suffire le fait de maintenir la victime avec la force de son corps, de la renverser à terre, de lui arracher ses habits ou de lui tordre un bras derrière le dos (TF 6B_367/2021 précité consid. 2.2.1 ; TF 6B_995/2020 précité consid. 2.1 ; TF 6B_326/2019 du 14 mai 2019 consid. 3.2.1).

Sur le plan subjectif, les art. 189 et 190 CP sanctionnent des infractions de nature intentionnelle, le dol éventuel étant suffisant dans les deux cas. L'auteur doit savoir que la victime n'est pas consentante ou en

accepter l'éventualité (TF 6B_1306/2017 du 17 mai 2018 consid. 2.1.2). L'élément subjectif se déduit d'une analyse des circonstances permettant de tirer, sur la base des éléments extérieurs, des déductions sur les dispositions intérieures de l'auteur. S'agissant de la contrainte en matière sexuelle, l'élément subjectif sera réalisé lorsque la victime a donné des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour l'auteur, tels des pleurs, des demandes d'être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d'amadouement ou d'essayer de fuir. La nature, les circonstances et la durée des rapports joueront également un rôle pour déterminer si l'auteur pouvait accepter l'éventualité que la victime était consentante (TF 6B_502/2017 du 16 avril 2018 consid. 2.1 et les arrêts cités).

5.2.2 Quant aux principes applicables à l'infraction d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP, il est renvoyé au considérant 4.2.3 ci-dessus.

5.3 En réalité, l'appelante plaide pêle-mêle l'état de sidération, les pressions psychologiques et le « *non* » clair qu'elle a exprimé pendant l'acte. Ce faisant, elle n'est pas très crédible dès lors qu'on peine à comprendre si elle était dans l'incapacité de réagir en raison d'un choc, si elle a renoncé à s'opposer en raison des pressions sur elle exercées ou si elle s'est clairement opposée et que cela n'aurait pas été respecté, ce qui exclut les deux premières versions. En réalité, peu importe cette multiplicité des versions au stade de l'appel. Les premières déclarations et les premiers messages échangés avec le prévenu ou encore avec une copine sont déterminants. Ainsi, dans la version de la plaignante, celle du prévenu n'étant d'ailleurs pas éloignée du tout, il y a eu plusieurs pénétrations vaginales le soir et au petit matin, toutes consenties, et, dans l'intervalle, une pénétration de l'anus avec le doigt, alors qu'ils étaient en position dite de levrette ; elle avait dit « non » ; il avait dit qu'il gérait. La plaignante a précisé qu' « *[Elle] n'y voit rien de bien méchant* » et qu'elle le « *laiss[e] continuer* » (PV aud. 1, R. 5). Elle a ajouté qu'elle pensait « *qu'il allait respecter son non* » et que cela ne la « *gênait pas plus que ça, qu'il utilise uniquement son doigt* ». Ensuite, il la pénètre avec son sexe et

elle reste dans cette position, étant relevé que ce n'est pas compliqué, en position de levrette, d'échapper à un abuseur, lorsque celui-ci ne maintient pas sa victime de force avec les mains par exemple, ce que le prévenu ne fait pas. Finalement, après des va-et-vient douloureux, elle lui dit «N._____ Stop » et il se retire. A sa copine, l'appelante dira, par message WhatsApp : « *Tentative de sodo, jusque là ok.* » (P. 5/3). On comprend de la suite des messages que c'est surtout le comportement adopté par le prévenu postérieurement aux actes d'ordre sexuel qui a fâché la plaignante (ibidem). Il n'y a pas de sidération, dès lors qu'à aucun moment, l'appelante aurait été en incapacité de s'exprimer. Celle-ci reproche au Tribunal de Police de ne pas avoir répondu à cet argumentaire, mais en réalité, l'absence d'effet de surprise a été discuté en pages 29 et 30 du jugement, et c'est bien de cela qu'il s'agit. En effet, comme la première juge, il y a lieu de retenir qu'au vu de l'acceptation par l'appelante d'une pénétration de l'anus avec le doigt et des conversations antérieures entre les parties, il n'était pas possible de comprendre comment l'appelante aurait concrètement pu être surprise, au vu de ce préliminaire auquel elle ne s'était pas opposée, que le prévenu la pénètre ensuite analement avec son pénis ; celui-ci n'a pas fait usage de surprise à cet égard, étant en outre relevé qu'une simple surprise ne suffit pas pour que l'infraction soit réalisée. Il faut encore que la surprise ait été propre à faire céder la victime. Or, cette prétendue surprise n'a nullement empêché l'appelante de dire « stop » au prévenu à deux reprises et avec suffisamment de force pour que ce dernier cesse l'acte. Tout au plus y aurait-il une furtive absence de consentement, dès lors qu'il s'écoule un bref moment entre les va-et-vient douloureux qui scellent l'absence de consentement et la fin de la pénétration (selon le prévenu 15 secondes : PV aud. 2, R. 5). Par ailleurs, il s'agit d'une relation d'un week-end après prise de contact sur les médias sociaux. Si l'on comprend bien, l'appelante plaide une confiance absolue en son agresseur, parce qu'ils avaient passé une agréable soirée ensemble. On est ainsi bien loin de l'emprise psychologique ou de pressions psychiques. On relèvera également que les déclarations du prévenu ne sont en réalité pas divergentes de celles de l'appelante. Celui-ci a en effet déclaré : « *Je précise que cet acte [la relation sexuelle avec la plaignante] avait commencé de manière*

classique, soit avec des préliminaires et une pénétration vaginale. Lorsque j'ai évoqué de tester la sodomie de manière différente, elle ne m'a pas répondu. A ce moment, je la prenais vaginalement et en levrette. Je lui ai mis le pouce sur la rondelle et je l'ai inséré dans son anus. Je lui ai demandé si ça allait et elle a répondu que oui. Je lui ai dit écoute, on met du lubrifiant, on essaie et si ça ne va pas, on arrête. Elle a juste répondu "ok". C'est à ce moment-là que c'est devenu foireux. Comme je ne bandais pas, j'ai mis beaucoup de lubrifiant. J'essayais d'avoir une érection et cela a duré environ 5 à 10 minutes. Elle attendait en levrette durant tout ce temps. Après avoir trouvé le trou, étant donné qu'elle est assez forte, j'ai finalement pu rentrer. Je lui ai redemandé si ça allait et elle m'a dit que oui. Je lui ai dit qu'on attendait un moment et j'ai commencé à bander. A ce moment, je l'ai prise gentiment en faisant des petits coups, uniquement avec la première partie de mon pénis. Pour vous répondre, je pense entre 3 et 4 centimètres. Elle n'a rien dit. J'ai donc accéléré mes coups et je l'ai prise complète, en allant jusqu'au fond. C'est à ce moment qu'elle a dit : "ça me fait mal, stop". Je n'ai pas réagi au premier stop. Elle m'a ensuite dit : "Damien, stop". C'est là que je me suis retiré immédiatement, comme si une alarme avait sonné dans ma tête » (PV aud. 2, R. 5, P. 4). Le prévenu s'excuse d'ailleurs et admet avoir parfois de la peine à s'arrêter (P. 5/2, message de 19 heures). Mais cela ne caractérise encore pas la contrainte. L'appelante essaie encore de tirer profit de certains témoignages, notamment des amis du prévenu, pour le motif qu'ils auraient eu connaissance des faits, parce que celui-ci se serait confessé. En réalité, ils ont appris les faits en raison des informations publiées par la plaignante elle-même sur Facebook. Il ne s'agit aucunement d'une confession et cela n'a aucune force probante (jugement, pp. 12 ss). Enfin, on ne peut que constater que l'appelante bénéficiait déjà d'un suivi psychologique avant les événements litigieux et qu'elle souffrait déjà d'eczéma, de sorte qu'on ne saurait déduire de son état qu'il y a nécessairement eu des événements traumatiques le week-end du 12 et 13 mars 2023.

Il résulte de ce qui précède que l'élément objectif de contrainte fait défaut. Le grief doit donc être rejeté. La libération du prévenu du chef d'accusation de contrainte sexuelle au sens de l'art. 189 CP pour le cas 2 de l'acte d'accusation doit ainsi être confirmée. En outre, on ne saurait considérer du simple fait que l'appelante se trouvait en position de levrette qu'elle n'avait pas la capacité de saisir ce qu'il se passait, ni de s'opposer aux actes du prévenu. Autrement dit, on ne saurait retenir que l'appelante était en incapacité de résistance au moment où le prévenu l'a pénétrée analement, puisque précisément elle a résisté, verbalement, et que cela a mis un terme à l'acte. L'art. 191 CP n'entre donc pas en considération pour le cas 2 de l'acte d'accusation.

6. En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement attaqué confirmé.

Le conseil d'office de J. _____ a produit une liste d'opérations dont il n'y a pas lieu de s'écarter, si ce n'est pour adapter à la baisse le temps surestimé consacré à l'audience d'appel. Au tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat breveté (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 26b TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), l'indemnité allouée à Me Zakia Arnouni doit être fixée, pour les opérations effectuées jusqu'au 31 décembre 2023, à 1'502 fr. 80, soit 1'368 fr. (7h36 x 180 fr.) à titre d'honoraires, 27 fr. 40 de débours forfaitaires à 2% (cf. art. 3bis al. 1 RAJ) et 107 fr. 40 de TVA au taux de 7,7% sur le tout (art. 2 al. 3 RAJ ; art. 25 al. 1 LTVA [Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée ; RS 641.20]), et, pour les opérations effectuées depuis le 1er janvier 2024, à 1'995 fr. 35, soit 1'692 fr. (9h24 x 180 fr.) à titre d'honoraires, 33 fr. 85 de débours forfaitaires à 2%, 120 fr. pour une vacation et 149 fr. 50 de TVA au taux de 8,1% sur le tout, ce qui porte l'indemnité à 3'498 fr. 15 au total.

Le défenseur d'office de N._____ a produit une liste d'opérations dont il n'y a pas lieu de s'écarter, si ce n'est pour adapter à la baisse le temps surestimé consacré à l'audience d'appel. Au tarif horaire de 180 fr. pour l'avocat breveté, l'indemnité allouée à Me Roxane Chauvet-Mingard doit être fixée, pour les opérations effectuées jusqu'au 31 décembre 2023, à 377 fr. 70, comme mentionné dans la liste des opérations, et, pour les opérations effectuées depuis le 1er janvier 2024, à 1'088 fr. 40, soit 864 fr. (4.8 heures x 180 fr.) à titre d'honoraires, 17 fr. 30 de débours forfaitaires à 2%, 120 fr. pour une vacation et 81 fr. 10 de TVA au taux de 8,1% sur le tout, ce qui porte l'indemnité à 1'460 fr. 10 au total.

Les frais de la procédure d'appel, par 7'228 fr. 25, constitués en l'espèce de l'émolument d'audience et de jugement, par 2'270 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), de l'indemnité allouée au conseil d'office de J._____, ainsi que de l'indemnité allouée au défenseur d'office de N._____, seront laissés à la charge de l'Etat.

La Cour d'appel pénale,
appliquant les art. 398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le jugement rendu le 26 juin 2023 par le Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois est confirmé selon le dispositif suivant :

I. libère N._____ du chef de contrainte sexuelle et tentative d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ;

II. renvoie J._____ à agir devant les tribunaux civils ;

III. arrête l'indemnité allouée à Me Roxane Chauvet-Mingard, défenseur d'office de N._____, à 7'252 fr. 55, débours, vacations et TVA compris, sous déduction de l'avance de 2'500 fr. d'ores et déjà versée ;

IV. arrête l'indemnité allouée à Me Zakia Arnouni, conseil d'office de J._____, à 4'586 fr., débours, vacations et TVA compris ;

V. laisse les frais de justice à la charge de l'Etat ;

VI. rejette la demande d'indemnité de N._____, fondée sur l'art. 429 CPP."

III. Une indemnité de conseil d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 3'498 fr. 15, TVA et débours inclus, est allouée à Me Zakia Arnouni.

IV. Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 1'460 fr. 10, TVA et débours inclus, est allouée à Me Roxane Chauvet-Mingard.

V. Les frais d'appel, par 7'228 fr. 25, y compris les indemnités allouées aux conseil et défenseur d'office, sont laissés à la charge de l'Etat.

VI. Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le **1^{er} février 2024**, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Zakia Arnouni, avocate (pour J._____),
- Me Roxane Chauvet-Mingard, avocate (pour N._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal de police de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,

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).

La greffière :