

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 25 juillet 2022

Composition : Mme BYRDE, présidente
MM. Kaltenrieder et Maillard, juges
Greffier : M. Valentino

Art. 122, 123, 191 et 198 CP ; 310 al. 1 let. a CPP

Statuant sur le recours interjeté le 23 mai 2022 par **X.** _____
contre l'ordonnance de non-entrée en matière rendue le 6 mai 2022 par le
Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause
n° PE22.006063-JUA, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** Le 29 mars 2022, vers 01h45, X. _____, née le [...] 1995
en Italie, a fait l'objet d'un contrôle de circulation sur l'autoroute A9, alors
qu'elle était au volant de sa voiture. A cette occasion, elle a expliqué
qu'elle était en route pour le [...] afin d'effectuer un examen médical à la

suite d'une relation sexuelle au cours de laquelle son partenaire avait retiré son préservatif sans son accord et à son insu.

La Division des mœurs de la Brigade criminelle a été informée de la situation et a pris contact téléphoniquement avec la jeune femme quelques heures plus tard. Cette dernière a fait part de sa volonté de déposer plainte pénale. Dès lors, une rencontre a été fixée avec l'intéressée le lendemain.

Ainsi, le 30 mars 2022, X. _____ a été entendue (PV aud. 1) en qualité de personne appelée à donner des renseignements « *dans le cadre d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (stealthing) dont [elle avait] été victime* » (Q. 2). Interrogée sur les circonstances de son contrôle de police de la veille au cours duquel elle avait indiqué se rendre à l'hôpital à la suite d'une « *relation sexuelle consentie mais où [s]on partenaire avait retiré son préservatif à [son] insu* » (Q. 6), X. _____ a expliqué qu'en février 2022, alors qu'elle vivait en Italie, elle avait réussi à obtenir un poste de médecin dans les [...] avec une entrée en fonction le 1^{er} avril 2022. Elle avait alors cherché, via les réseaux sociaux, à faire des rencontres avec des personnes domiciliées en Suisse romande. C'est ainsi qu'elle avait fait la connaissance de W. _____, âgé de 49 ans et domicilié à [...], chez qui elle était venue s'installer. Elle l'avait rencontré en personne la première fois le 27 mars 2022. Après avoir soupé ensemble dans un restaurant de Montreux, ils s'étaient rendus au domicile de W. _____ et avaient dormi chacun dans une chambre séparée. Le lendemain, elle s'était rendue aux [...] et W. _____ à son travail à l'[...]. Le soir, ils s'étaient retrouvés à la gare de Lausanne et avaient soupé ensemble. Sur le retour au domicile de W. _____, celui-ci avait commencé à se montrer tactile avec elle, ce qui l'avait surprise, mais elle n'avait pas émis d'objection et l'avait laissé faire. Une fois chez W. _____, après avoir bu un digestif ensemble, celui-ci lui avait proposé de s'allonger sur son canapé pour lui faire un massage au dos, ce qu'elle avait accepté.

X._____ a encore expliqué qu'après environ une heure de massage, au cours duquel W._____ lui avait retiré sa brassière sans qu'elle émette de résistance, il lui avait enlevé son pantalon. Elle a déclaré avoir tout de suite compris son intention et lui avoir dit que c'était « *trop tôt* » pour elle, ce à quoi il avait répondu « *I go slowly but fast* ». Elle a indiqué qu'elle avait compris qu'il voulait prendre son temps mais qu'il voulait que le rapport sexuel ait lieu ce soir-là, qu'elle s'était à nouveau allongée sur le canapé, vêtue uniquement d'une culotte, que W._____ s'était dénudé et qu'il avait commencé à lui caresser les seins et à lui embrasser le cou et les oreilles. Elle a précisé qu'elle n'avait pas envie de relation sexuelle car elle ne se sentait pas encore assez en confiance avec lui, qu'elle l'avait toutefois laissé faire, tout en lui tournant le dos sur le canapé, qu'elle lui avait repoussé la main lorsqu'il avait tenté de lui toucher le sexe, que W._____ lui avait ensuite retiré la culotte et qu'il avait tenté de la pénétrer vaginalement avec son sexe, mais sans y parvenir, car elle n'était pour sa part « *pas excitée* ». Il avait alors continué à la toucher et à l'embrasser, avant de réussir à la pénétrer vaginalement, après environ 15 minutes. X._____ a expliqué qu'elle avait eu mal mais qu'elle ne lui avait rien dit à ce moment-là, qu'après cinq minutes de va-et-vient, elle lui avait demandé de mettre un préservatif, ce qu'il avait fait sans rechigner, et que le rapport sexuel avait continué. Par la suite, W._____ lui avait proposé de le suivre dans sa chambre, ce qu'elle avait fait. Elle a affirmé qu'après plusieurs minutes de rapport sexuel avec pénétration, alors qu'elle était allongée sur le ventre, il s'était retiré d'elle, qu'elle avait touché son sexe et s'était aperçue qu'il n'avait plus de préservatif, qu'interrogé par elle à ce sujet, il lui avait répondu qu'il l'avait enlevé peu avant tout en confirmant qu'il avait éjaculé en elle, qu'elle avait alors été très choquée et s'était mise à pleurer et à trembler, soucieuse du risque de tomber enceinte et d'attraper une maladie sexuellement transmissible (MST), qu'il s'était excusé, qu'elle avait alors quitté l'appartement en emportant toutes ses affaires et qu'elle s'était rendue au [...], où il lui avait été recommandé de contacter son partenaire sexuel pour lui demander de venir effectuer une prise de sang afin de pouvoir établir s'il était porteur ou non d'infections sexuellement transmissibles (IST), ce qu'elle avait fait. W._____ s'était

rendu au [...] vers 08h00 et elle avait pu être rassurée l'après-midi même par le personnel médical sur l'absence d'IST du prénommé (R. 9 et 11).

Au cours de son audition, X. _____ a confirmé vouloir porter plainte pénale contre W. _____ et s'est constituée partie civile (R. 13).

b) Les tests effectués par X. _____ immédiatement après les faits se sont révélés négatifs aux hépatites B et C et au virus du VIH (P. 8/1.6). La prénommée a en revanche appris, à la suite d'examens médicaux, avoir contracté la « *chlamydia trachomatis* » (P. 8/1.8). Le 12 avril 2022, le [...] lui a délivré une ordonnance médicale pour la « *prise unique* » d'un médicament (P. 8/1.9).

c) Entendu le 3 avril 2022 en qualité de prévenu en présence d'un interprète en langue anglaise (PV aud. 2), W. _____, assisté d'un avocat de la première heure, a expliqué avoir fait la connaissance de X. _____ sur un site de rencontres, précisant n'avoir toutefois jamais su ce que la jeune femme cherchait réellement. Pour le reste, sa version de leur rencontre concorde avec celle de la prénommée (R. 7 et 8). S'agissant des faits survenus dans la nuit du 28 au 29 mars 2022, il a déclaré que la relation sexuelle avait débuté au salon sans préservatif et que ce n'était que dans un deuxième temps, lorsqu'ils s'étaient dirigés vers la chambre, que la plaignante lui avait demandé d'en mettre un, ce qu'il avait fait. Il a affirmé qu'il avait par la suite retiré son préservatif, à la vue de sa partenaire, car il commençait à avoir chaud et à perdre son érection, de sorte que la première phase de leur relation sexuelle avait connu un terme. Ensuite, après s'être faits des câlins, il avait connu une reprise d'excitation et avait à nouveau pénétré sa partenaire, sans préservatif. Il a reconnu avoir commis une erreur en ne réussissant pas à retenir son excitation et en éjaculant avant d'avoir pu se retirer de sa partenaire. Il a relevé avoir tenté de la respecter au maximum en cessant de l'embrasser sur la bouche après avoir compris qu'elle ne voulait pas et en n'insistant pas pour caresser son sexe ni pour lui prodiguer du sexe oral au vu des gestes qu'elle avait faits à ces moments-là. Sa partenaire n'ayant pas réclamé de préservatif lorsqu'il l'avait pénétrée pour la première fois, il

avait pensé qu'elle prenait une contraception, puis, quand elle lui avait parlé du préservatif, il avait pensé « *qu'elle voulait rappeler que c'était une bonne pratique d'en utiliser, notamment pour les MST* » (R. 12).

Confronté aux déclarations de la plaignante, W._____ a confirmé la version de cette dernière selon laquelle ils étaient encore sur le canapé lorsqu'il était allé chercher le préservatif et l'avait mis (R. 10). Pour le reste, Il s'est dit très surpris par le ressenti de X._____. Il a affirmé sur ce point qu'il avait mal interprété « *les signaux et réactions* » de la prénommée, pensant qu'elle avait réellement eu du plaisir pendant le rapport sexuel (R. 19).

d) Il ressort des messages échangés entre les parties immédiatement après les faits que W._____ a donné à X._____ la même version que celle livrée à la police au sujet du retrait de son préservatif et de son éjaculation (PV aud. 2, annexe, messages des 29 au 31 mars 2022).

e) L'attestation médicale du 10 mai 2022 de la Dre [...], des [...], fait état de ce qui suit, concernant X._____ (P. 8/1.7) : « *Mme X._____ présente depuis 2-3 semaines des signes d'épuisement et difficultés de concentration en lien avec une agression sexuelle subie fin mars. Elle commence à s'isoler de plus en plus chez elle, avec des comportements d'évitements, car elle a peur de se promener seule dans la ville (...). Elle a des troubles du sommeil de type insomnie avec des cauchemars répétitifs en lien avec l'agression, l'empêchant de se rendormir. Elle a des flashbacks, et le sentiment de détresse est accompagné par des épistaxis régulières, ainsi que des céphalées. (...) De plus, elle présente des idées suicidaires passives (...). En lien avec le contact sexuel non protégé, elle doit faire encore des tests, ce qui augmente le stress et les souvenirs reviennent à chaque fois.* » Enfin, sur le plan somatique, ce médecin a indiqué que la patiente avait dû prendre un antibiotique, car elle avait attrapé, « *après cette agression non consentie et non protégée* », une infection transmissible sexuellement.

B. Par ordonnance du 6 mai 2022, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Ministère public ou le procureur) a refusé d'entrer en matière (I) et a laissé les frais à la charge de l'Etat (II).

Le procureur a en substance considéré que les éléments constitutifs de l'infraction d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP [Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0]) n'étaient pas réalisés. Il a laissé indécise la question générale de savoir si le fait d'ôter un préservatif durant l'acte sexuel contre la volonté de son partenaire et avec la volonté de le faire sans que cela soit perçu par celui-ci était constitutif de l'infraction visée par l'art. 191 CP, deux recours étant à cette époque pendants sur cette question devant le Tribunal fédéral. Il a relevé, dans le cas particulier, qu'aucune intention dolosive ne pouvait être retenue à l'encontre du prévenu W._____. Celui-ci n'aurait notamment pas compris sur le moment que la condition de protection était importante, voire nécessaire pour sa partenaire, les relations ayant débuté sans préservatif. Pour le procureur, la plaignante avait aussi manqué de clarté sur ses intentions et ses exigences. Pour ces raisons, les conditions à l'ouverture de l'action pénale n'étaient pas réunies (art. 310 al. 1 let. a CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), ce qui justifiait de ne pas entrer en matière sur la plainte.

C. Par acte du 23 mai 2022, X._____ a formé recours contre cette ordonnance, en concluant, à son annulation et au renvoi du dossier de la cause au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois, frais et dépens à la charge de l'Etat. La recourante a en outre requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance. Enfin, elle a produit un bordereau de pièces, dont certaines, notamment les rapports médicaux établis ensuite de sa consultation au [...] le 29 mars 2022 (P. 8/1.6 et 8/1.8) et l'attestation médicale des [...] du 10 mai 2022 (P. 8/1.7), sont nouvelles.

Par courrier du 8 juillet 2022, soit dans le délai imparti à cet effet, le procureur a conclu au rejet du recours. Il reproche à la recourante une lecture différente du dossier, retenant par ailleurs « *pour la bonne forme* », en complément à la motivation de l'ordonnance attaquée à laquelle il se réfère pour se surplus, que le Tribunal fédéral a « *désormais statué sur la punissabilité du comportement incriminé et a retenu dans les jugements rendus dans les causes 6B_34/2020 ou 6B_265/2020 que le "stealth" n'était pas constitutif d'un acte d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance au sens de l'art. 191 CP* ».

En droit :

1.

1.1 Les parties peuvent attaquer une ordonnance de non-entrée en matière rendue par le Ministère public en application de l'art. 310 CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0). Le recours doit être motivé et adressé par écrit dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée à l'autorité de recours (art. 310 al. 2, 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP ; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP) qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [Loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

1.2 En l'espèce, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente, par la partie plaignante qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable. Les pièces nouvelles produites avec le recours sont également recevables (art. 389 al. 3 CPP).

2.

2.1 La recourante critique tout d'abord l'interprétation que le procureur a faite du contexte de la rencontre des parties l'ayant conduit à mettre en doute ses déclarations. Elle fait valoir à cet égard, d'une part, que pendant les semaines qui ont précédé leur rencontre, les parties n'ont jamais fleureté par message comme il pouvait être d'usage sur les sites de rencontres et, d'autre part, que, contrairement à ce qu'a retenu le procureur, aucune de leurs « *activités communes* » entre son arrivée en Suisse et les faits litigieux semblaient indiquer que les parties « *se trouvaient bel et bien aux prémises d'une relation amoureuse* ». Invoquant ensuite une violation de l'art. 191 CP, la recourante soutient que les conditions dans lesquelles le prévenu a retiré le préservatif pendant l'acte sexuel ne sont pas claires, qu'à ce moment-là, elle était, compte tenu de l'obscurité de la pièce et sans ses lunettes, dans l'impossibilité de distinguer les gestes de l'intimé, ce que ce dernier ne pouvait ignorer. Selon elle, c'est consciemment et volontairement que le prévenu a ignoré ses injonctions, en profitant de la pénombre pour retirer son préservatif. Dans ces circonstances et au vu des explications données par l'intimé pour justifier son acte, il s'imposait au Ministère public d'ouvrir une instruction pénale afin de clarifier les faits et les intentions de chacun.

2.2

2.2.1 Conformément à l'art. 310 al. 1 let. a CPP, le Ministère public rend immédiatement - c'est-à-dire sans qu'une instruction soit ouverte - une ordonnance de non-entrée en matière lorsqu'il apparaît, à réception de la dénonciation (art. 301 ss CPP) ou de la plainte (Grodecki/Cornu, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge, Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, nn. 1-2 ad art. 310 CPP) ou après une procédure préliminaire limitée aux investigations de la police (art. 300 al. 1 et 306 ss CPP), que les éléments constitutifs d'une infraction ou les conditions à l'ouverture de l'action pénale ne sont manifestement pas réunis (TF 6B_212/2020 du 21 avril 2021 consid. 2.2). Cette disposition doit être appliquée conformément à l'adage « *in dubio pro duriore* », qui découle du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst. et art. 2 al. 2 CPP ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 ; TF 6B_510/2020 du 15 septembre 2020 consid. 3.2) et signifie qu'en principe un classement ou une non-entrée en matière ne

peuvent être prononcés par le Ministère public que lorsqu'il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies (ATF 146 IV 68 consid. 2.1). En d'autres termes, il faut être certain que l'état de fait ne constitue aucune infraction.

Une ordonnance de non-entrée en matière ne peut être rendue que dans les cas clairs du point de vue des faits, mais également du droit. S'il est nécessaire de clarifier l'état de fait ou de procéder à une appréciation juridique approfondie, le prononcé d'une ordonnance de non-entrée en matière n'entre pas en ligne de compte. En règle générale, dans le doute, il convient d'ouvrir une enquête pénale (ATF 146 IV 68 consid. 2.1 ; ATF 138 IV 86 consid. 4.2 ; ATF 137 IV 285 consid. 2.3 et les références, JdT 2012 IV 160). En revanche, le Ministère public doit pouvoir rendre une ordonnance de non-entrée en matière dans les cas où il apparaît d'emblée qu'aucun acte d'enquête ne pourra apporter la preuve d'une infraction à la charge d'une personne déterminée (TF 6B_541/2017 du 20 décembre 2017 consid. 2.2). Il en va de même lorsque la partie plaignante fait état de simples suppositions ; en effet, les indices relatifs à la commission d'une infraction impliquant l'ouverture d'une instruction doivent être importants et de nature concrète (TF 6B_212/2020 du 21 avril 2021 consid. 2.2 et les références citées ; TF 6B_844/2020 du 24 mars 2021 consid. 2.1).

Dans les procédures où l'accusation repose essentiellement sur les déclarations de la victime, auxquelles s'opposent celles du prévenu et lorsqu'il n'est pas possible d'estimer que certaines dépositions sont plus crédibles que d'autres, le principe *in dubio pro duriore* impose en règle générale que le prévenu soit mis en accusation (ATF 143 IV 241 précité consid. 2.2.2 et les arrêts cités ; TF 6B_1164/2020 du 10 juin 2021 consid. 2.2. et les références citées). Cela vaut en particulier lorsqu'il s'agit de délits commis typiquement « *entre quatre yeux* » pour lesquels il n'existe souvent aucune preuve objective. Il peut toutefois être renoncé à une mise en accusation lorsque la partie plaignante fait des dépositions contradictoires, rendant ses accusations moins crédibles ou encore

lorsqu'une condamnation apparaît, au vu de l'ensemble des circonstances, *a priori* improbable pour d'autres motifs (ATF 143 IV 241 précité consid. 2.2.2). En outre, face à des versions contradictoires des parties, il peut être exceptionnellement renoncé à une mise en accusation lorsqu'il n'est pas possible d'apprécier l'une ou l'autre version comme étant plus ou moins plausible et qu'aucun résultat n'est à escompter d'autres moyens de preuve (TF 6B_1164/2020 précité consid. 2.2 ; TF 6B_1239/2018 du 11 mars 2019 consid. 3.2.1 et les arrêts cités).

2.2.2 Aux termes de l'art. 191 CP, 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.

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).

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP requiert l'intention, étant précisé que le dol éventuel suffit (TF 6B_488/2021 précité consid. 5.5 ; TF 6B_995/2020 précité consid. 1.1.2; TF 6B_1362/2019 du 11 mars 2020 consid. 4.1; TF 6B_578/2018 du 20 mars 2019 consid. 2.1). 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. 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_995/2020 précité consid. 1.1.2; TF 6B_1362/2019 précité consid. 4.1; TF 6B_578/2018 précité consid. 2.1).

Dans deux arrêts récents, le Tribunal fédéral a considéré que le « *stealthing* » (soit le fait de retirer son préservatif à l'insu de son ou sa partenaire durant un rapport sexuel) entrerait dans la catégorie des infractions visées par l'art. 191 CP (TF 6B_265/20202 du 11 mai 2022 consid. 4.3 et TF 6B_34/2020 du 31 mai 2022 consid. 3.3 : « *Demnach entspricht Stealthing dem Tatbestandselement einer sexuellen Handlung gemäss Art. 191 StGB* »). Il a retenu en substance que la pénétration non protégée ne saurait être réduite à une simple circonstance, une modalité du rapport sexuel consenti, et que le fait de retirer le préservatif contre la volonté et à l'insu du/de la partenaire marquait une rupture avec le rapport sexuel précédemment consenti (*ibidem*). Dans ces deux arrêts, l'infraction de l'art. 191 CP n'a finalement pas été retenue au motif que l'élément de contrainte – soit l'incapacité de la victime de se défendre – faisait défaut (TF 6B_265/2022 consid. 5.5 et TF 6B_34/2020 du 31 mai 2022 consid. 4.5). Le Tribunal fédéral a néanmoins admis les recours et renvoyé les causes à l'autorité inférieure afin qu'elle examine si les faits dénoncés ne tombaient pas sous le coup de l'art. 198 CP (TF 6B_265/20202 consid. 6 et TF 6B_34/2020 consid. 5).

2.2.3 Aux termes de l'art. 198 CP, celui qui aura causé du scandale en se livrant à un acte d'ordre sexuel en présence d'une personne qui y aura été inopinément confrontée (al. 1) ou celui qui aura importuné une personne par des attouchements d'ordre sexuel ou par des paroles grossières (al. 2) sera, sur plainte, puni d'une amende.

L'art. 198 CP s'inscrit parmi les dispositions protégeant l'intégrité sexuelle et la libre détermination en matière sexuelle. Son alinéa 2 protège plus spécifiquement la pudeur personnelle (Message du

Conseil fédéral concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire [Infractions contre la vie et l'intégrité corporelle, les mœurs et la famille] du 26 juin 1985 [ci-après : Message], FF 1985 II 1021, p. 1110). Cette notion doit être comprise selon le sens moral du citoyen moyen (ATF 128 IV 260 consid. 2.1).

Il y a lieu de tenir compte de la mesure dans laquelle la victime peut se soustraire au comportement de l'auteur. Plus généralement, le cadre et les circonstances dans lesquelles l'auteur a agi doivent être pris en considération (Kummer, Sexuelle Belästigung nach Art. 198 StGB, Berne 2001, p. 88).

Il faut également tenir compte de l'âge de la victime et de sa différence d'âge d'avec l'auteur et examiner si elle a consenti ou provoqué le comportement ou les propos dont elle se plaint (Queloz/Illànez, in : Macaluso/Moreillon/Queloz [éd.], Commentaire romand, Code pénal II, Bâle 2017, nn. 25-26 ad art. 198 CP).

Sur le plan subjectif, l'auteur doit avoir agi intentionnellement (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. 1, 3^e éd., Berne 2010, p. 902 n. 18).

2.2.4 Les autres infractions qui, à ce stade, pourraient entrer en ligne de compte sont celles de lésions corporelles (art. 122 et 123 CP) et de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP).

2.2.4.1 Selon l'art. 122 CP, celui qui, intentionnellement, aura blessé une personne de façon à mettre sa vie en danger (al. 1), celui qui, intentionnellement, aura mutilé le corps d'une personne, un de ses membres ou un de ses organes importants ou causé à une personne une incapacité de travail, une infirmité ou une maladie mentale permanentes, ou aura défiguré une personne d'une façon grave et permanente (al. 2), celui qui, intentionnellement, aura fait subir à une personne toute autre atteinte grave à l'intégrité corporelle ou à la santé physique ou mentale (al. 3), sera puni d'une peine privative de liberté de six mois à dix ans.

Les lésions corporelles simples au sens de l'art. 123 CP sont définies par exclusion des lésions corporelles graves au sens de l'art. 122 CP. Cette disposition protège l'intégrité corporelle et la santé tant physique que psychique. Elle concerne les pathologies psychiques lorsque celles-ci revêtent une certaine importance. D'après la jurisprudence, il faut tenir compte du genre et de l'intensité de l'atteinte, d'une part, et, d'autre part, de son impact sur le psychisme de la victime. Un simple trouble passager du sentiment de bien-être ne suffit pas. En revanche, une atteinte objectivement propre à générer une réelle souffrance psychique aux effets relativement durables et importants peut caractériser des lésions corporelles (ATF 134 IV 189 consid. 1.4). Le cas de figure type dans ce contexte se rapporte à la création d'un état dépressif (Corboz, op. cit., n. 14 ad art. 123 CP ; Dupuis et al., Petit Commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 7 ad art. 123 CP). A titre d'exemples d'atteintes à la santé tombant sous le coup de l'art. 123 CP, la jurisprudence cite également tout acte qui provoque un état maladif, l'aggrave ou en retarde la guérison, comme les blessures, les meurtrissures, les écorchures ou les griffures, sauf si ces lésions n'ont pas d'autres conséquences qu'un trouble passager et sans importance du sentiment de bien-être (ATF 134 IV 189 consid. 1 et les réf. citées ; TF 6B_218/2019 du 27 juin 2019 consid. 1.1 ; TF 6B_1283/2018 du 14 février 2019 consid. 2.1).

2.2.4.2 L'art. 231 CP punit celui qui, intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible.

Le comportement délictueux consiste à transmettre la maladie à au moins une personne, que ce soit par le sang, le sperme ou tout autre moyen. S'il n'est pas certain que la maladie ait été transmise, la tentative est concevable (TF 6B_808/2009 du 3 décembre 2009).

L'infraction peut être commise intentionnellement ou par négligence. Selon la jurisprudence, la personne séropositive qui, connaissant son infection et le risque de contamination, entretient des relations sexuelles non protégées avec un partenaire qui n'est pas au

courant de son état de santé, agit par dol éventuel, et non par négligence consciente (ATF 131 IV 1 consid. 2.2. p. 5; ATF 125 IV 242 consid. 3f p. 253). La personne qui doit admettre, en raison d'indices concrets, qu'elle a peut-être été contaminée par le VIH doit s'abstenir de rapports sexuels non protégés aussi longtemps qu'elle ne peut exclure avec une certitude suffisante l'hypothèse de sa contamination. Si elle agit autrement, elle crée pour les biens juridiquement protégés de ses partenaires, au mépris du devoir général de prudence, un danger qui dépasse le risque admissible (ATF 134 IV 193 consid. 8.1 p. 205).

2.3 En l'espèce, les versions des parties autour du port du préservatif, particulièrement en relation avec les circonstances dans lesquelles il a été enlevé par le prévenu, sont divergentes, celui-ci ayant déclaré que la plaignante l'avait vu retirer son préservatif, ce que cette dernière conteste fermement. La recourante soutient aussi qu'elle se trouvait dans une situation où elle ne pouvait pas résister et que le prévenu n'a pas tenu compte du fait qu'elle n'entendait pas entretenir de relation sexuelle non protégée. Le Ministère public a écarté ce dernier moyen, en remettant en cause la crédibilité de ses explications et en retenant qu'elle avait été quelque peu ambiguë à ce sujet. Sur ce point, le fait que, dans un premier temps, une partie de la relation sexuelle se soit déroulée sans protection et sans que l'intéressée ne s'oppose à cette manière de procéder, comme cela ressort de ses propres déclarations (PV aud. 1, R. 6, p. 4 : « *Au bout de 5 minutes de va-et-vient, je lui ai demandé de mettre un préservatif.[...] Il est allé dans la chambre et en a ramené un. Je l'ai vu le mettre. En revenant au canapé, il m'a tournée et m'a mise sur le dos puis il s'est placé au-dessus de moi. Il a recommandé à me pénétrer et je l'ai laissé faire* ») – au contraire de ce qu'elle soutient dans son recours (pp. 25 et 28) –, n'est à lui seul pas déterminant. Peu importe également le fait que les parties se soient connues sur un site de rencontres ou qu'elles se soient adonnées à certaines « *activités communes* » – comme le procureur l'indique sans toutefois expliquer lesquelles – entre l'arrivée de la plaignante en Suisse et les faits litigieux. Cela étant, le Ministère public n'a au demeurant pas relevé de contradictions dans les déclarations des parties qui permettraient d'entrée

de cause d'écarter une version au profit de l'autre, et n'a en particulier pas prétendu qu'une condamnation était *a priori* improbable. Le constat selon lequel les versions des parties sont divergentes ne suffit pas pour refuser d'entrer en matière, vu la jurisprudence susmentionnée (cf. consid. 2.2.1 *supra*). D'ailleurs, le prévenu lui-même s'est contredit sur un élément décisif, affirmant d'abord que ce n'était que lorsqu'ils s'étaient dirigés vers la chambre que la plaignante lui avait demandé de mettre un préservatif, avant d'admettre, après avoir été confronté aux déclarations de cette dernière, qu'ils étaient encore sur le canapé lorsqu'il était allé chercher le préservatif et l'avait mis (PV aud. 2, R. 8 et 10).

Dans ces circonstances, le principe *in dubio pro duriore* impose d'ouvrir une instruction, d'autres mesures d'instructions pertinentes pouvant être mises en œuvre dans ce dossier, comme une audition de confrontation des deux parties. Cette solution s'impose d'autant plus que, comme indiqué ci-avant (cf. consid. 2.2.2 *supra*), le Tribunal fédéral a récemment reconnu que le « *stealth* » entré dans la catégorie des infractions visées par l'art. 191 CP. Dans les deux arrêts en question, cette infraction n'a pas été retenue au motif que l'incapacité de discernement ou de résistance de la victime n'avait pas pu être démontrée. Ce point doit dans la présente cause faire l'objet d'une instruction plus poussée. Par ailleurs, toujours dans ces arrêts, comme on l'a vu, le Tribunal fédéral a néanmoins admis les recours et renvoyé les causes à l'autorité inférieure pour examiner si les faits dénoncés ne tombaient pas sous le coup de l'art. 198 CP. Cette question devrait aussi à tout le moins être examinée par le Ministère public si définitivement, il devait considérer que les conditions du 191 CP ne sont pas réunies. Enfin, comme ce dernier le relève dans ses déterminations (P.10), on ignore les résultats des tests effectués par W. _____ au [...] peu après les faits (PV aud. 2, R. 8, p. 7 *in fine*), de sorte qu'à ce stade, il n'est pas non plus exclu que celui-ci ait été, au moment du rapport sexuel litigieux, porteur de maladies ou d'infections sexuellement transmissibles, notamment de la « *Chlamydia trachomatis* » qui a été détectée chez la recourante (P. 8/1.8). Cette dernière devant également faire d'autres tests « *en lien avec le contact sexuel non protégé* », selon l'attestation médicale des [...] du 10

mai 2022 (P. 8/1.7), on ne peut pas non plus, en l'état, écarter l'infraction de lésions corporelles (art. 122 ou 123 CP [cf. consid. 2.2.4.1 *supra*]), comme le procureur semble l'admettre lui-même (P. 10), ni celle de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP [cf. consid. 2.2.4.2 *supra*]). Il y a donc lieu d'investiguer sur ces questions également.

Il s'ensuit que les conditions d'un refus d'entrer en matière posées par l'art. 310 al. 1 let. a CPP ne sont pas réunies et qu'il convient d'ouvrir une instruction pénale, puis de procéder à tout acte d'instruction propre à élucider les faits.

3. En définitive, le recours doit être admis, l'ordonnance entreprise annulée et le dossier de la cause renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants.

La recourante demande l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours. Elle joint des pièces (P. 10) sur sa situation financière dont il ressort, d'une part, qu'elle perçoit un salaire mensuel brut de 8'230 fr. 65, dont à déduire notamment 1'316 fr. 05 d'impôt à la source, ce qui donne un salaire mensuel net de 5'601 fr. 95, et, d'autre part, qu'elle s'acquitte d'un loyer d'un montant de 600 fr. par mois et d'un abonnement de téléphone à 37 fr. 15 par mois, en sus d'un abonnement CFF demi-tarif dont on ignore le montant. Cela lui laisse de quoi couvrir les honoraires de son conseil pour la procédure de deuxième instance, de sorte que sa requête tendant à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite doit être rejetée, la condition de l'indigence n'étant pas remplie (art. 136 al. 1 let. a CPP).

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt (art. 422 al. 1 CPP), par 1'650 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP), l'intimé n'ayant pas été invité à se

déterminer sur le recours, dès lors qu'une instruction n'est pas encore ouverte.

La recourante, qui obtient gain de cause et qui a procédé avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits pour la procédure de recours. Au vu du mémoire produit et de la nature de l'affaire, cette indemnité sera fixée à 1'200 fr. (4 heures à 300 fr.), auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 19 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6], applicable par renvoi de l'art. 26a al. 6 TFIP), par 24 fr., plus un montant correspondant à la TVA, par 94 fr. 25, soit à un montant arrondi de 1'319 fr. au total. Elle sera laissée à la charge de l'Etat.

Vu l'issue de la cause et ce qui précède, la requête d'assistance judiciaire gratuite pour la procédure de recours est pour le surplus sans objet.

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 6 mai 2022 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** La requête d'assistance judiciaire gratuite pour la procédure de recours est rejetée.

- V.** Une indemnité de 1'319 fr. (mille trois cent dix-neuf francs) est allouée à X. _____ pour la procédure de recours, à la charge de l'Etat.
- VI.** Les frais d'arrêt, par 1'650 fr. (mille six cent cinquante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VII.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Lida Lavi, avocate (pour X. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de l'Est vaudois,
- Me Jérémie Mas, avocat (pour W. _____),

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt 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).

Le greffier :