

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 30 décembre 2016

Composition : M. MAILLARD, président
MM. Krieger et Abrecht, juges
Greffière : Mme Mirus

Art. 187 CP ; 319 ss, 393 ss CPP

Statuant sur le recours interjeté le 21 novembre 2016 par **T.S.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 31 octobre 2016 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause n° **PE13.019661-ERY**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) Le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a ouvert une instruction pénale notamment contre B.S._____ pour voies de fait qualifiées, abus de confiance, recel, actes d'ordre sexuel avec des enfants, violation du devoir d'assistance et d'éducation.

S'agissant plus particulièrement de l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, il est reproché au prénommé d'avoir, entre 2011 et 2013, à plusieurs reprises caressé sa fille T.S._____, née le 16 avril 2000, par-dessus les vêtements, au niveau des seins, des fesses et de l'entrejambe et de l'avoir plusieurs fois épiée par le trou de la serrure de la salle de bain, alors qu'elle prenait sa douche. Le 15 septembre 2012, B.S._____ a en outre été filmé par sa fille, alors qu'il se dandinait tout nu dans l'appartement, se touchant le sexe, en présence de ses enfants T.S._____ et S.S._____, ainsi que de son épouse, L.S._____.

b) Par ordonnance du 3 décembre 2014, le Ministère public a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre B.S._____ pour voies de fait qualifiées et actes d'ordre sexuel avec des enfants.

Le procureur a en substance considéré que les déclarations de T.S._____ étaient à prendre avec circonspection, celle-ci étant fusionnelle avec sa mère et très proche de l'ami de sa mère. Il a également expliqué que les gestes effectués par B.S._____ n'étaient pas assez insistants pour entrer dans la notion d'actes d'ordre sexuel au sens de l'art. 187 CP. Enfin, il a considéré que même si le prévenu avait parfois une attitude et des gestes inadéquats compte tenu de l'âge de sa fille, devenue adolescente, il ne s'agissait en aucun cas d'un comportement à caractère sexuel, l'élément subjectif de l'infraction faisant ainsi également défaut.

c) Ensuite du recours déposé par T.S._____, représentée par sa curatrice, la Cour de céans a, par arrêt du 29 avril 2015 (n° 287), annulé cette ordonnance et renvoyé le dossier de la cause au Ministère public. Elle a en effet d'abord relevé que les déclarations constantes et pondérées de T.S._____ paraissaient crédibles, qu'elles étaient confirmées par celles de sa mère, que l'enfant avait clairement perçu les agissements du père comme ayant une connotation sexuelle et qu'il n'était pas possible de suivre les propos de l'assistante sociale selon lesquels le prévenu n'était pas animé de mauvaises intentions. La Cour de céans a donc considéré que les chances d'une condamnation étaient

supérieures à celle d'un acquittement et que B.S._____ devait être renvoyé en jugement pour infraction à l'art. 187 CP.

d) Le 5 novembre 2015, soit après la reddition de l'arrêt précité, le Centre d'expertises du CHUV a déposé son rapport d'expertise psychiatrique concernant B.S._____ (P. 98). Les experts ont relevé que le prénommé présentait un retard mental moyen, qu'il souffrait aussi d'épilepsie, affection neurologique chronique qui paraissait stabilisée par son traitement médicamenteux, et qu'il présentait également un trouble mixte de la personnalité à traits immatures et anxieux. Ces troubles étaient permanents et entraînaient des distorsions des relations interpersonnelles et dans tous les domaines de la vie quotidienne. Ces troubles étaient à considérer comme sévères. Il n'y avait en revanche pas de signes psychologiques et cliniques en faveur d'une préférence sexuelle organisée sur un mode déviant de type pédophilique. Les experts ont conclu à une responsabilité moyennement diminuée tant sur sa capacité à reconnaître le caractère illicite de ses actes que sur sa capacité à se déterminer d'après cette appréciation.

B. Par ordonnance du 31 octobre 2016, le Ministère public a, notamment, ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre B.S._____ pour voies de fait qualifiées, abus de confiance, recel, actes d'ordre sexuel avec des enfants et violation du devoir d'assistance et d'éducation (I), a dit qu'il n'était pas alloué d'indemnité au sens de l'art. 429 CPP à B.S._____ (IV), a fixé l'indemnité d'avocat d'office due à Me Tiphonie Chappuis pour la défense de B.S._____ à 7'975 fr., débours et TVA compris, dont 583 fr. 20 déjà versés (VI), a constaté qu'une indemnité partielle, définitive et exécutoire, avait déjà été accordée à Me Tiphonie Chappuis, par 3'569 fr. 40, débours et TVA compris, le 11 novembre 2014 (VII), et a laissé les frais de procédure relatifs à cette ordonnance à la charge de l'Etat (VIII).

S'agissant plus particulièrement de l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, le procureur, en se fondant sur l'attitude générale du prévenu remarquée en audience, sur les constatations faites

par l'assistante sociale du Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) - qui, au sujet des attouchements sur les seins et les fesses, a expliqué qu'il n'y avait aucune mauvaise intention de la part du prévenu, celui-ci ne comprenant pas le sens que pouvaient avoir de tels gestes, que l'intéressé avait agi en parfaite méconnaissance des principes de la propriété du corps et qu'elle-même n'avait jamais décelé d'indices qu'il puisse avoir un comportement « sexuel » déplacé envers sa fille - et sur le rapport d'expertise psychiatrique, le procureur a constaté que B.S._____, en raison de son retard mental, ainsi que de son immaturité intellectuelle et de jugement, notamment dans les relations affectives, tenait parfois des propos ou adoptait une attitude pouvant paraître inadéquats à l'observateur extérieur, compte tenu des circonstances. T.S._____ elle-même, questionnée sur son ressenti au moment des faits, était incapable de discerner si les gestes de son père étaient connotés sexuellement ou non. En outre, sur l'enregistrement vidéo du 12 septembre 2012 sur lequel on voyait B.S._____ tout nu dans l'appartement familial, se trémoussant et se touchant le sexe, il ne faisait aucun doute, au vu des images et des explications données, que le prévenu ne se masturbait pas ni n'adoptait de comportement à caractère sexuel. Ce jour-là et selon ses dires, confirmés par T.S._____, B.S._____, qui s'était déshabillé pour prendre sa douche et attendait que L.S._____ vienne l'aider en raison de son hémiplégie, se moquait de l'amant de cette dernière en voulant le mimer. Au demeurant, on voyait sur l'enregistrement L.S._____ continuer tranquillement à vaquer à ses occupations à la cuisine pendant que son mari se trémoussait à côté d'elle. Il n'y avait pas de connotation sexuelle dans l'attitude du prévenu, la scène s'inscrivant dans un contexte familial où les limites dans l'intime étaient presque inexistantes, compte tenu notamment des propres repères familiaux du prévenu et de sa capacité de jugement restreinte. Comme le relevait le rapport d'expertise, c'était en raison de sa personnalité à caractère immature que le prévenu, qui tentait de se moquer de l'amant de son épouse sur un mode très infantile, n'avait pas la lucidité de saisir l'aspect inadéquat de son comportement. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le procureur a admis que les gestes de B.S._____, certes objectivement déplacés, ne remplissaient toutefois pas

les conditions d'application de l'art. 187 CP, en particulier sous l'angle de l'élément subjectif. Les éléments recueillis démontraient, d'une part, que ce n'était pas une recherche de la jouissance sexuelle qui l'animait lorsqu'il adoptait ces attitudes objectivement équivoques et, d'autre part, que le prévenu n'avait jamais eu la conscience et la volonté de commettre des actes d'ordre sexuel à l'encontre de sa fille et ce même sous l'angle du dol éventuel. Enfin, même à supposer que les faits puissent être constitutifs d'une contravention contre l'intégrité sexuelle au sens de l'art. 198 CP, ils étaient prescrits en vertu de l'art. 31 CP, puisqu'ils étaient antérieurs de plus de trois mois à la plainte déposée par L.S. _____ le 3 octobre 2013. L'élément subjectif faisait en outre défaut.

C. Par acte du 21 novembre 2016, T.S. _____ a recouru auprès de la Chambre des recours pénale contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation partielle en ce sens que la procédure pénale dirigée contre B.S. _____ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants ne soit pas classée, le dossier de la cause étant renvoyé au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants à intervenir.

Il n'a pas été ordonné d'échanges d'écritures.

En droit :

1. Les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement rendue par le ministère public en application des art. 319 ss CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0) dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 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 du 19 mai 2009 d'introduction du code de procédure pénale suisse; RSV 312.01]; art. 80

LOJV [loi vaudoise du 12 décembre 1979 d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

Déposé dans le délai légal (art. 396 al. 1 CPP) par la partie plaignante, qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), et satisfaisant en outre aux conditions de forme posées par la loi (cf. l'art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2. Selon l'art. 319 al. 1 CPP, le Ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales (let. e).

De manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement » (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp.1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose donc lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude. La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.1.1). Le principe *in dubio pro duriore* exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement (ATF 137 IV 219 consid. 7; ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1; ATF 138 IV 186 consid. 4.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 consid. 3.1.1).

3.

3.1 La recourante invoque une violation du principe *in dubio pro duriore* s'agissant des faits relatifs à l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 CP. Elle soutient que depuis la reddition de l'arrêt CREP 29 avril 2015/287, le seul élément nouveau et pertinent au regard de l'infraction précitée serait la remise du rapport d'expertise. Or, ce rapport n'indiquerait pas que le prévenu était incapable de se rendre compte que les gestes envers T.S._____ revêtaient un caractère sexuel. Il conclurait que le prévenu était capable de se rendre compte du fait que ces gestes étaient interdits, respectivement constitutifs de l'infraction précitée, même si sa capacité de reconnaître cette illicéité était réduite, tout comme sa capacité à se déterminer d'après cette appréciation. Le rapport conclurait en effet à une responsabilité moyennement diminuée et non à une absence de responsabilité. Par ailleurs, le fait que les experts n'ont pas conclu à l'existence d'une préférence sexuelle de type pédophile ne permettrait pas de démontrer qu'il n'y a pas eu d'actes d'ordre sexuel sur T.S._____.

3.2 L'art. 187 ch. 1 al. 1 CP réprime le comportement de celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de seize ans. Cette disposition a pour but de permettre aux enfants un développement sexuel non perturbé. Elle protège le jeune en raison de son âge, de sorte qu'il est sans importance qu'il ait ou non consenti à l'acte. Définissant une infraction de mise en danger abstraite, elle n'exige pas que la victime ait été effectivement mise en danger ou perturbée dans son développement (TF 6B_103/2011 du 6 juin 2011 consid. 1.1; Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd., 2010, n. 4 ad art. 187 CP; Donatsch, Strafrecht III, 9^e éd., 2008, p. 458; Jenny, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Bes. Teil., vol. 4, 1997, n. 6 ad art. 187 CP).

Par acte d'ordre sexuel, il faut entendre une activité corporelle sur soi-même ou sur autrui qui tend à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins (Corboz, op. cit., n. 6 ad art. 187 CP; Donatsch, op. cit., p. 459). Selon la jurisprudence, il faut d'abord distinguer les actes n'ayant aucune apparence sexuelle, qui ne tombent

pas sous le coup de la loi, des actes clairement connotés sexuellement du point de vue de l'observateur neutre, qui remplissent toujours la condition objective de l'infraction, indépendamment des mobiles de l'auteur ou de la signification que le comportement a pour celui-ci ou pour la victime (TF 6B_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.2; TF 6B_777/2009 du 25 mars 2010 consid. 4.3; TF 6S.355/2006 du 7 décembre 2006 consid. 3.1, non publié à l'ATF 133 IV 31). Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni clairement connotés sexuellement, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce, notamment de l'âge de la victime ou de sa différence d'âge avec l'auteur, de la durée de l'acte et de son intensité, ainsi que du lieu choisi par l'auteur (ATF 125 IV 58 consid. 3b). Il résulte de cette jurisprudence que la notion d'acte d'ordre sexuel doit être interprétée plus largement lorsque la victime est un enfant. Dans ce cas, il faut se demander si l'acte, qui doit revêtir un caractère sexuel indiscutable, est de nature à perturber l'enfant (TF 6B_103/2011 précité; Corboz, op. cit., n. 7 ad art. 187 CP).

Un baiser sur la bouche ou une tape sur les fesses sont des actes insignifiants qui ne sont pas des actes d'ordre sexuel. En revanche, un baiser lingual ou des baisers insistants sur la bouche revêtent indiscutablement un caractère sexuel (ATF 125 IV 58 consid. 3b; TF 6B_7/2011 du 15 février 2011 consid. 1.4). Il en va de même d'une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits (Trechsel/Bertossa, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, n. 6 ad art. 187 CP). Lorsque la victime est un enfant, la pratique tend à admettre l'existence d'un acte d'ordre sexuel même pour des attouchements furtifs par-dessus les habits, qui entraîneraient plutôt, entre adultes, l'application de l'art. 198 al. 2 CP, lequel réprime sur plainte les attouchements sexuels inopportuns (TF 6B_103/2011 précité; Corboz, op. cit., n. 7 ad art. 187 CP).

D'un point de vue subjectif, l'auteur d'un acte d'ordre sexuel doit agir intentionnellement, l'intention devant porter sur le caractère sexuel de l'acte et sur le fait que la victime est âgée de moins de seize ans (TF 6B_103/2011 précité).

3.3 En l'espèce, comme le relève à juste titre la recourante, le fait que les experts écartent toute tendance pédophilique n'empêche pas que le prévenu pourrait avoir commis les faits qui lui sont reprochés, soit avoir caressé sa fille par-dessus les vêtements, au niveau des seins, des fesses et de l'entrejambe. Cela étant, quand bien même les éléments objectifs de l'infraction d'actes d'ordre sexuel avec un enfant paraissent bien réalisés, se pose encore la question de savoir si l'élément subjectif de cette infraction l'est également, respectivement si le prévenu avait la conscience et la volonté de commettre un acte d'ordre sexuel à l'égard de sa fille. Or, sur ce point, le rapport d'expertise du 5 novembre 2015 apporte un éclaircissement nouveau. En effet, les experts ont d'abord posé le diagnostic de retard mental moyen, précisant que ce trouble semble générer des difficultés de compréhension au prévenu quant à la réalité qui l'entoure, relevant l'incompréhension de l'intéressé de certaines situations et son besoin d'étayage moral. Ils ont en outre posé le diagnostic de trouble mixte de la personnalité de type immature, qui se manifeste chez le prévenu par la persistance d'une naïveté et de références affectives non socialement élaborées, ainsi que par un certain retard dans le développement des relations affectives avec une tendance à la suggestibilité, évoquant presque une forme d'affectivité infantile. Selon les experts, ce trouble dévoile aussi une certaine immaturité intellectuelle ou de jugement, avec une carence du sens critique et de la conscience morale que tout choix exige. Les experts ont en outre intégré à leur rapport l'appréciation de l'assistante sociale du SPJ au sujet de l'incompréhension du prévenu quant à l'inadéquation de certains gestes ou attitudes de sa part. Certes, les experts n'ont pas conclu à une irresponsabilité du prévenu. Toutefois, sa responsabilité est diminuée de façon sensible, ce qui rend sa perception des faits difficile à évaluer. Quoiqu'il en soit, à la lumière des éléments mis en avant dans le rapport d'expertise, combinés avec les réponses données par B.S. _____ lors de son audition du 18 juin 2014 (PV aud. 5), qui sont particulièrement parlantes quant à l'immaturité et à l'incompréhension du prévenu, on peut exclure que ce dernier ait perçu la connotation sexuelle de ses

agissements. Dans ces conditions, l'élément subjectif de l'infraction précitée fait défaut.

Par conséquent, le classement de la procédure pénale dirigée contre B.S._____ pour actes d'ordre sexuel avec des enfants ne prête pas le flanc à la critique.

4. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et l'ordonnance attaquée confirmée.

Les frais de la procédure de recours sont constitués de l'émolument d'arrêt, par 1'100 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), et des frais imputables à l'assistance judiciaire gratuite, par 540 fr., plus la TVA, par 43 fr. 20, soit au total 583 fr. 20. S'agissant des frais d'arrêt, ils ne peuvent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 428 al. 1 CPP), mais doivent être provisoirement laissés à la charge de l'Etat (Harari/Corminboeuf, in : Kuhn/Jeanneret [éd.], Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2011, n. 51 ad art. 136 CPP), dès lors que la recourante bénéficie de l'assistance judiciaire, qui comprend notamment l'exonération des frais de procédure (art. 136 al. 2 let. b CPP). La recourante sera toutefois tenue de rembourser ces frais à l'Etat dès que sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 CPP et 138 al. 1 CPP ; Harari/Corminboeuf, op. cit., n. 11 ad art. 138 CPP). Quant aux frais imputables à l'assistance judiciaire gratuite, ils seront laissés à la charge de l'Etat, dès lors qu'en sa qualité de victime, la recourante peut se prévaloir de l'art. 30 al. 3 LAVI, qui prévoit que la victime et ses proches ne sont pas tenus de rembourser les frais de l'assistance gratuite d'un défenseur (ATF 141 IV 262).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** L'ordonnance du 31 octobre 2016 est confirmée.
- III.** L'indemnité allouée au conseil juridique gratuit de T.S. _____ est fixée à 583 fr. 20 (cinq cent huitante-trois francs et vingt centimes), à la charge de l'Etat.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'100 fr. (mille cent francs), sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat.
- V.** La recourante est tenue de rembourser à l'Etat les frais fixés au chiffre IV ci-dessus dès que sa situation financière le permettra.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Cyrielle Kern, avocate (pour T.S. _____),
- Me Tiphane Chappuis, avocate (pour B.S. _____),
- Me Angelo Ruggiero, avocat (pour L.S. _____),
- Ministère public central ;

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,

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).

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

La greffière :