

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 19 septembre 2019

Composition : M. MEYLAN, président
Mme Byrde et M. Perrot, juges
Greffière : Mme de Benoit

Art. 189 à 191 CP ; 30 et 36 DPMIn ; 319 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 19 août 2019 par **C.Z.**_____ et **B.Z.**_____ contre l'ordonnance de classement rendue le 2 août 2019 par la présidente du Tribunal des mineurs dans la cause n° **PM18.020992-VBK**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) Le 28 octobre 2018, une enquête a été ouverte contre T._____, né le [...] 1999, pour actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 CP [Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0]), contrainte sexuelle (art. 189 al. 1 CP) et viol (art. 190 al. 1 CP), à la suite de confessions d'T._____, né le [...] 2006, et de B.Z._____, née le [...]

2001, faites à leur mère A.Z._____, selon lesquelles T._____, le fils du compagnon de A.Z._____ de l'époque, avait commis des actes de nature sexuelle à leur rencontre.

b) Entendue par la police comme personne appelée à donner des renseignements le 26 octobre 2018, A.Z._____ a déclaré que, début 2018, sa fille lui avait indiqué en substance que T._____ ne lui avait pas seulement touché la poitrine, comme elle en avait déjà parlé une fois, par le passé, mais il l'avait également violée à deux reprises. A ces occasions et selon ses dires, T._____ l'avait pénétrée, à un endroit indéterminé, avec le sexe en érection. Selon ce que B.Z._____ aurait raconté à sa mère, l'enfant avait dit à T._____ qu'elle ne voulait pas et elle aurait eu mal sur le moment. B.Z._____ avait précisé à sa mère que son frère C.Z._____ avait été touché plus souvent qu'elle. La fille de A.Z._____ lui aurait précisé que les actes s'étaient passés une fois chez le père de T._____, à [...], et la seconde fois, selon les souvenirs que A.Z._____ avait des propos de sa fille, au Portugal, lors des vacances chez la grand-mère paternelle du prévenu.

A.Z._____ a encore déclaré que peu après, soit en mars 2018, son fils C.Z._____ s'était confié elle en lui indiquant que T._____ l'avait pénétré une dizaine de fois à [...], chez le père de ce dernier. T._____ lui avait également demandé de le « sucer », en échange de quoi il avait pu disposer de son téléphone portable pour jouer. T._____ l'avait enjoint à ne rien révéler de ses agissements, à défaut de quoi il ne le laisserait plus jouer sur son téléphone. C.Z._____ n'avait pas pu dire à sa mère s'il y avait eu une éjaculation de la part de T._____. Interrogée quant à d'éventuels changements de comportements chez son fils à l'époque des faits, A.Z._____ a indiqué qu'C.Z._____ avait eu des problèmes d'énurésie jusqu'à l'âge de 7 ou 8 ans.

c) Entendu par audition vidéo en présence d'une psychologue LAVI le 26 octobre 2018, C.Z._____ a indiqué ce qui suit, en résumé : le scénario-type, dans lequel les abus - commis à plusieurs reprises - s'étaient déroulés, avait été identique à chaque fois, en ce sens que

T._____ avait regardé des films pornographiques dans « la petite chambre » à [...] et lui avait demandé de reproduire les scènes visionnées sur lui. Il a précisé qu'il avait 6 ans à l'époque. Chaque fois, T._____ avait sollicité des faveurs sexuelles contre des cadeaux, alors que sa mère, A.Z._____, était absente. Il a expliqué que T._____ l'avait « enulé » et lui avait demandé de lui « sucer la bite ». Selon les déclarations d'C.Z._____, il avait au début refusé de s'exécuter, puis finalement avait accepté de lui faire une fellation. Le jeune homme a encore expliqué que T._____ s'était masturbé et qu'il l'avait imité. Parfois, T._____ le masturbait mais « ça ne marchait pas et avec lui ça marchait mieux », de sorte que T._____ lui avait aussi demandé de le masturber, ce qu'il avait fait. Il a rapporté que T._____ n'avait jamais éjaculé devant lui ou en lui, mais qu'il avait vu T._____ être en érection. C.Z._____ a encore indiqué qu'il était « d'accord » avec les actes précités, dès lors qu'il croyait que c'était normal de faire cela. Selon ses déclarations, T._____ lui avait demandé de ne rien dire à personne, mais ne l'avait pas menacé. Il a encore précisé n'avoir eu aucune douleur ensuite des événements.

d) Entendue par audition vidéo en présence d'une psychologue LAVI le 26 octobre 2018, B.Z._____ a fait état des épisodes suivants :

Selon ses déclarations, en France, alors qu'elle avait 11 ans environ, T._____ l'avait embrassée sur la bouche. Il avait tenté de le faire avec la langue, mais l'arrivée des grands-parents avait mis un terme à cet épisode.

Elle a encore déclaré qu'en Suisse, alors que la famille avait emménagé dans un studio, une nuit d'été, T._____ était venu dans son lit et s'était placé sur elle, faisant « la planche », puis il l'avait embrassée. Elle a expliqué que T._____ s'était frotté à elle, ce qui avait provoqué des chatouilles plutôt que de la douleur. Selon ses déclarations, il avait cherché l'entrée avec la main, sans la pénétrer avec ses doigts, puis il était entré « là où il ne faut pas », soit dans le vagin. Elle ne se souvenait

toutefois pas avoir eu mal. Il n'y avait selon elle pas eu de va-et-vient fluides, mais il s'amused à tourner n'importe comment. B.Z._____ a précisé que ça avait été « mouillé sous [s]es fesses », sans savoir « si [elle s'était] pissé[e] dessus ». Elle a expliqué qu'elle ne s'était pas débattue et n'avait rien dit, qu'elle n'avait pas bougé, ni touché T._____ durant l'acte. Le jour suivant, elle n'avait pas le souvenir d'avoir vu une tache de sang. Elle avait eu mal comme si l'on mettait de l'eau de Cologne sur une blessure : ça piquait plus que cela brûlait vraiment.

Elle a encore déclaré qu'au Portugal, chez la grand-mère du prévenu, T._____ lui avait caressé l'entrejambe à même la peau et tâté les seins, alors qu'elle était sur un matelas. Cela l'avait chatouillée. A une autre reprise, dans la chambre de la grand-mère, alors que cette dernière ronflait, il avait baissé son caleçon et s'était masturbé en visionnant un film érotique montrant une femme se masturbant, alors qu'elle-même se trouvait dans la même pièce. Il ne lui avait pas imposé de regarder ce film.

Toujours selon les déclarations de B.Z._____, à [...], alors qu'elle avait 12 ans environ, T._____ lui avait touché les seins. Ils en avaient ensuite discuté avec A.Z._____ et T._____ lui avait demandé pardon.

e) A.Z._____, représentant son fils C.Z._____ et sa fille B.Z._____, a déposé plainte. B.Z._____ a également déposé plainte. Les parties plaignantes ont conclu à l'allocation d'une indemnité pour tort moral de 8'000 fr. en faveur de B.Z._____ et de 9'000 fr. en faveur d'C.Z._____. Elles ont produit des attestations d'ESPAS (Espace de Soutien et de Prévention-Abus Sexuels), selon lesquelles C.Z._____ et B.Z._____ avaient tous deux été suivis dans le cadre de cette structure.

f) Entendu par la police le 28 octobre 2018 et par la présidente du Tribunal des mineurs le 29 mars 2019, T._____ a relaté deux épisodes s'agissant de B.Z._____ :

Selon lui, à [...], alors qu'ils dormaient dans la même pièce, il avait demandé à B.Z._____, âgée de 10, 11 ou 12 ans, de le rejoindre dans son lit, ce qu'elle avait fait. Il a déclaré qu'il lui avait « touché le sexe avec [s]es mains, par-dessous les habits ». Il a contesté toute pénétration. Il a admis l'avoir embrassée sur la bouche, sans la langue, et a expliqué que la venue de la mère de B.Z._____ avait mis fin à ses agissements. Selon lui, l'épisode avait duré au total 5 minutes. T._____ a précisé que selon lui, il n'avait pas forcé B.Z._____, que celle-ci ne parlait pas beaucoup et qu'elle ne lui avait pas dit « non ».

Il a encore indiqué qu'en France, chez les grands-parents de B.Z._____, alors qu'ils étaient seuls et couchés dans un même lit, T._____ avait touché le sexe de B.Z._____ à même la peau, sans pénétration digitale. Selon lui, elle était « assez d'accord », puisqu'elle était tranquille et qu'il ne l'avait pas forcée. Un bruit subit avait mis fin à ses agissements.

g) Concernant C.Z._____, T._____ a uniquement reconnu les deux épisodes suivants :

Selon ses déclarations, à [...], en journée, dans le couloir séparant le studio de la chambre, il avait demandé à C.Z._____, âgé de 5 ans ou plus, de sucer son sexe. Il a expliqué avoir sorti son sexe, qui n'était pas en érection, et qu'il lui avait montré comment procéder. Il a indiqué lui avoir dit : « tu sucés ». C.Z._____ avait alors procédé selon ses instructions. L'épisode, de courte durée selon lui, avait pris fin lorsqu'il avait requis qu'C.Z._____ s'arrête, sans avoir éjaculé.

Toujours selon les déclarations de T._____, quelques mois après l'épisode précité, au même endroit, il avait touché le sexe d'C.Z._____ en passant sa main dans sa culotte. Il lui avait aussi demandé de sucer son sexe, après l'avoir sorti de son pantalon. Son sexe n'était selon lui pas en érection. C.Z._____ lui avait alors fait une fellation, sans que T._____ n'ait éjaculé. A cette occasion, C.Z._____ lui avait également touché le sexe, sans masturbation.

T._____ a également admis avoir masturbé C.Z._____ avec sa main lors d'un des deux épisodes précités. Il a aussi mentionné qu'C.Z._____ ne parlait pas et n'avait jamais dit « non ». Il ne l'aurait à son sens pas forcé.

h) Quant à la chronologie des événements, A.Z._____ a précisé qu'elle avait entamé une relation avec C._____, le père du prévenu, en avril 2011, alors qu'ils étaient voisins à [...]. Sept mois plus tard, elle était retournée vivre dans le canton de Fribourg avec ses enfants, voyant C._____ durant les week-ends et les vacances. En été 2013, ils étaient tous partis en vacances au Portugal chez la grand-mère paternelle du prévenu. En septembre 2013, ils avaient emménagé ensemble à [...]. Quelques mois plus tard, C._____ avait sous-loué son appartement de [...] ; tous avaient alors déménagé à [...] durant quelques mois, avant de déménager à nouveau, en septembre 2014, à [...]. Le couple s'était séparé en décembre 2014.

Il ressort des extraits des contrôles des habitants que C._____ et son fils, T._____, ont été inscrits dans la commune de [...] du 1^{er} décembre 2013 au 31 août 2014 et que A.Z._____ et ses deux enfants ont été inscrits du 15 août 2011 au 6 décembre 2011 à [...], en résidence secondaire. Du 15 août 2011, en provenance de [...], au 30 avril 2017, A.Z._____ et ses enfants étaient inscrits auprès de la commune de [...], dans le canton de Fribourg.

B. Par ordonnance du 2 août 2019, la présidente du Tribunal des mineurs a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre T._____ (I), a statué sur les pièces à conviction (II), a dit qu'il n'y avait pas lieu d'allouer à T._____ une indemnité basée sur les art. 429 ss CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0) (III), a fixé les indemnités dues au défenseur d'office et au conseil juridique gratuit (IV et V) et a mis une participation aux frais de procédure, arrêtée à 300 fr., à la charge de T._____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (VI).

La présidente du Tribunal des mineurs a considéré qu'il n'y avait pas lieu de trancher quelle version des faits devait être retenue, entre les déclarations des parties plaignantes et celles du prévenu, dès lors que la procédure devait être classée. Il apparaissait que la différence d'âge entre B.Z._____ et T._____ était inférieure à trois ans, de sorte que l'infraction consacrée à l'art. 187 ch. 1 CP n'entraîne pas en ligne de compte. S'agissant d'C.Z._____, les faits s'étaient déroulés entre avril 2011 au plus tôt et juin 2014 au plus tard, soit il y a plus de cinq ans, de sorte que l'action pénale était prescrite. En ce qui concernait l'infraction de contrainte sexuelle, l'instruction n'avait pas permis d'établir que le prévenu avait sciemment fait usage d'un moyen de contrainte pour commettre les actes précités sur les deux enfants. C.Z._____ avait dans un premier temps refusé de procéder à des fellations, puis il avait accepté cet acte sexuel. S'agissant de B.Z._____, la présidente a considéré que le prévenu ne pouvait pas comprendre que la jeune fille n'était pas consentante, dans la mesure où elle n'avait ni parlé, ni bougé pendant l'acte, ni manifesté d'une quelconque manière son opposition. Par ailleurs, aucun élément au dossier ne permettait de retenir une ascendance que le prévenu aurait eue et utilisée sur les enfants. Ainsi, les éléments constitutifs des infractions de contrainte sexuelle et de viol n'étaient pas réalisées. S'agissant de l'infraction d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), pour la présidente, on ne pouvait pas retenir que B.Z._____ était incapable de discernement, puisqu'elle avait plus de 9 ans au moment des faits. En outre, aucun élément du dossier n'attestait d'une éventuelle incapacité de résistance. Quant à C.Z._____, il avait plus de 5 ans au moment des faits et aucun élément du dossier n'attestait d'une éventuelle incapacité de résistance. L'instruction n'avait pas permis d'établir que T._____, qui avait au moins 11 ans au moment des faits, avait eu conscience ou pouvait se rendre compte de l'éventuelle incapacité de discernement d'C.Z._____ et ait voulu en tirer profit. Par ailleurs, s'agissant de l'infraction de pornographie, les éventuels agissements du prévenu à l'égard de B.Z._____ et C.Z._____ avaient eu lieu au plus tard au mois de décembre 2014 (date de rupture du couple), soit il y a plus de trois ans,

de sorte que l'action pénale était prescrite en application de l'art. 36 al. 1 let. b DPMIn (loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 20 juin 2003 [droit pénal des mineurs] ; RS 311.1). Au demeurant, l'infraction de contravention contre l'intégrité sexuelle était prescrite en vertu de l'art. 36 al. 1 let. c DPMIn. La procédure dirigée contre T._____ devait ainsi être classée. Il n'y avait pas lieu d'allouer à T._____ une indemnité basée sur les art. 429 ss CPP, celui-ci ayant, de manière objective, illicitement et fautivement provoqué l'ouverture de la procédure, ses dépenses liées à l'instruction étant de surcroît insignifiantes (art. 430 al. 1 let. a et c CPP). Au surplus, ayant provoqué l'ouverture de la procédure par son comportement illicite, il convenait de mettre à sa charge une participation aux frais de procédure et de laisser le solde à la charge de l'Etat.

C. Par acte du 19 août 2019, B.Z._____ et C.Z._____, par leur conseil juridique gratuit, ont interjeté recours contre l'ordonnance de classement précitée, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi du dossier de la cause à l'autorité de première instance pour instruction dans le sens des considérants.

Le 29 août 2019, dans le délai imparti pour ce faire, la présidente du Tribunal des mineurs a indiqué qu'elle n'entendait pas déposer de déterminations.

Le 9 septembre 2019, dans le délai imparti pour déposer des déterminations, T._____ a adressé un mémoire par lequel il a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance de classement du 2 août 2019.

En droit :

1.

1.1 La PPMIn (loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs ; RS 312.1) régit la poursuite et le jugement

des infractions prévues par le droit fédéral commises par des mineurs au sens de l'art. 3 al. 1 DPMIn, ainsi que l'exécution des sanctions prononcées à l'encontre de ceux-ci (art. 1 PPMIn). Sauf dispositions particulières de la PPMIn, le CPP est applicable (art. 3 al. 1 et 2 PPMIn).

Selon l'art. 30 PPMIn, l'autorité d'instruction - qui, dans le canton de Vaud, est le juge des mineurs (art. 3 al. 1 let. b et 8 LVPPMin [loi vaudoise d'introduction de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 2 février 2010 ; BLV 312.05]) - dirige la poursuite pénale et effectue tous les actes de procédure nécessaires à l'établissement de la vérité (al. 1) ; lors de l'instruction, elle exerce les compétences et effectue les tâches que le CPP attribue au ministère public à ce stade de la procédure (al. 2). Le juge des mineurs, en tant qu'autorité d'instruction, est ainsi compétent pour rendre une ordonnance de non-entrée en matière aux conditions prévues à l'art. 310 CPP ou pour ordonner le classement de la procédure aux conditions prévues à l'art. 319 CPP (Hug/Schläfli, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozess-ordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 196-457 StPO - Art. 1-54 JStPO, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 30 PPMIn).

La recevabilité et les motifs du recours sont régis par l'art. 393 CPP (art. 39 al. 1 PPMIn). La compétence pour statuer sur les recours appartient à l'autorité de recours des mineurs (art. 39 al. 3 PPMIn; cf. art. 7 al. 1 let. c PPMIn) qui, dans le canton de Vaud, est la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 18 LVPPMin).

1.2 Déposé dans le délai légal de dix jours (art. 322 al. 2 CPP, applicable par le renvoi de l'art. 310 al. 2 CPP ; art. 396 al. 2 CPP) par les parties plaignantes, qui ont qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 Les recourants soutiennent que ce serait à tort que le classement a été prononcé pour les chefs d'accusation des art. 189 et 191 CP, du moins s'agissant de l'art. 191 CP. Ils relèvent certaines circonstances démontrant l'ascendance que le prévenu avait sur eux, d'une part, et d'autres circonstances démontrant que celui-ci aurait agi avec conscience et volonté, à tout le moins par dol éventuel, d'autre part.

2.2

2.2.1 L'art. 319 al. 1 CPP relatif aux motifs de classement est applicable par renvoi de l'art. 3 al. 1 et 2 *a contrario* PPMIn. Le juge des mineurs ordonne le classement de tout ou partie de la procédure notamment lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (art. 319 al. 1 let. a CPP), à savoir lorsque les soupçons initiaux qui ont conduit le ministère public à ouvrir une instruction n'ont pas été confirmés (Grädel/Heiniger, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (éd.), op. cit., n. 8 ad art. 319 CPP), ou lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), à savoir lorsque le comportement incriminé, quand bien même il serait établi, ne réalise les éléments constitutifs objectifs et subjectifs d'aucune infraction pénale (Grädel/Heiniger, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (éd.), op. cit., n. 9 ad art. 319 CPP).

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 (ATF 137 IV 219). 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.

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 consid. 2.2.2 et les arrêts cités ; TF 6B_874/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1 ; TF 6B_865/2017 du 25 juillet 2018 consid. 3.1). 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 consid. 2.2.2 ; TF 6B_874/2017 précité consid. 5.1 ; TF 6B_865/2017 précité consid. 3.1).

2.2.2 La prescription applicable aux actes commis par un mineur est réglée à l'art. 36 DPMIn.

L'art. 36 al. 1 DPMIn prévoit que l'action pénale se prescrit par cinq ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans en vertu du droit applicable aux adultes (let. a), par trois ans si l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus en vertu du droit applicable aux adultes (let. b) et par un an si l'infraction est passible d'une autre peine en vertu du droit applicable aux adultes (let. c).

L'art. 36 al. 2 DPMIn dispose qu'en cas d'infractions prévues aux art. 111 à 113, 122, 189 à 191, 195 et 196 CP dirigées contre un enfant de moins de 16 ans, la prescription de l'action pénale court en tout cas jusqu'au jour où la victime a 25 ans. En d'autres termes, le cours de la prescription des infractions précitées est suspendu jusqu'à ce que la victime atteigne 25 ans au plus (Geiger/Redondo/Tirelli, Petit commentaire DPMIn, Bâle 2019, n. 17 ad art. 36 DPMIn). Il en va de même lorsque ces infractions sont commises avant l'entrée en vigueur de la présente loi si la

prescription de l'action pénale n'est pas encore échue à cette date. L'art. 36 al. 2 DPMin retient ainsi une règle analogue à celle de l'art. 97 al. 2 CP, à la différence qu'elle ne mentionne pas les infractions aux art. 187 et 188 CP (Jeanneret, Aperçu général du nouveau droit, in : Bohnet (éd.), Le nouveau droit pénal des mineurs, Neuchâtel 2007, n. 76 p. 25 ; Gürber/Hug/Schläfli, in : op. cit., n. 8 ad art. 36 DPMin).

2.2.3 Aux termes de l'art. 189 al. 1 CP, 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.

Selon l'art. 190 al. 1 CP, se rend coupable de viol celui qui, notamment en usant de menace ou de violence, en exerçant sur sa victime des pressions d'ordre psychique ou en la mettant hors d'état de résister, aura contraint une personne de sexe féminin à subir l'acte sexuel.

Les infractions de contrainte sexuelle et de viol sont intentionnelles. En matière de viol, le dol éventuel suffit. L'auteur doit savoir que la victime n'est pas consentante ou en accepter l'éventualité. Il doit vouloir accepter que la victime soit contrainte par le moyen qu'il met en œuvre ou la situation qu'il exploite. Il doit enfin vouloir ou accepter le caractère sexuel de son acte, ce qui généralement va de soi (Corboz, Les infractions en droit suisse, 3^e édition, Berne 2010, nn. 23-24 ad art. 189 CP et n. 11 ad art. 190 CP).

Aux termes de l'art. 191 CP, est punissable 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.

Cette disposition punit les personnes qui, en connaissance de l'état d'incapacité de discernement et de résistance de la victime, entendent en profiter pour commettre un acte d'ordre sexuel. A la

différence de la contrainte sexuelle ou du viol, la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes (Dupuis et al., Petit commentaire, Code pénal, Bâle 2012., n. 2 ad art. 191 CP et les références citées). Est incapable de résistance la personne qui n'est pas apte à s'opposer à des contacts sexuels non désirés. Cette incapacité doit être totale. Si l'inaptitude n'est que partielle, par exemple en raison d'un simple état d'ivresse, et non d'une intoxication grave, la victime n'est pas incapable de résistance (Dupuis et al., op. cit., n. 10 ad art. 191 CP et les références citées). Selon la jurisprudence fédérale, l'incapacité doit exister au moment de l'acte (ATF 119 IV 230 c. 2a, JT 1995 IV 111). L'infraction est intentionnelle (Dupuis et alii, op. cit., n. 20 ad art. 191 CP). Il n'y a donc 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.

La capacité de discernement suppose deux éléments, soit un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément volontaire ou caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté (ATF 134 II 235 consid. 4.3.2 ; ATF 124 III 5 consid. 1a ; ATF 117 II 231 consid. 2a et les références citées). La capacité de discernement est relative : elle ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement, par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance, les facultés requises devant exister au moment de l'acte (ATF 134 II 235 consid. 4.3.2 ; ATF 118 la 236 consid. 2b in fine).

La jurisprudence ne fixe pas un âge déterminé à partir duquel un mineur est censé être raisonnable. Il faut apprécier dans chaque cas si l'enfant avait un âge suffisant pour que l'on puisse admettre que sa faculté d'agir raisonnablement n'était pas altérée par rapport à l'acte considéré (ATF 134 II 235 consid. 4.3.2). Dans ce cadre, on tiendra compte non seulement du développement individuel de l'enfant mais aussi de la marge de manœuvre décisionnelle dont il dispose concrètement, en particulier pour les décisions prises dans un contexte familial où les liens

de dépendance et les conflits de loyauté peuvent jouer un rôle prépondérant (Bucher/Aebi-Müller, Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, 2^e éd., Berne 2017, n. 88 ad art. 16 CC).

La preuve de la capacité de discernement pouvant se révéler difficile à apporter, la pratique considère que celle-ci doit en principe être présumée, sur la base de l'expérience générale de la vie (ATF 134 II 235 consid. 4.3.3 ; ATF 124 III 5 consid. 1b). Cette présomption n'existe toutefois que s'il n'y a pas de raison générale de mettre en doute la capacité de discernement de la personne concernée. En revanche, lorsqu'une personne est atteinte de déficience mentale ou de troubles psychiques, l'incapacité de discernement est présumée, car cette personne doit généralement être considérée, d'après l'expérience générale de la vie, comme étant, selon une vraisemblance prépondérante, dépourvue, en principe, de discernement (sous l'ancien droit de la tutelle : ATF 134 II 235 consid. 4.3.3 et les références, jurisprudence transposable au nouveau droit : TF 5A_617/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 4.2). Par analogie, on peut présumer qu'un tout petit enfant n'a pas la capacité de discernement alors que la capacité de discernement pourra être présumée pour un jeune proche de l'âge adulte. Dans la tranche d'âge intermédiaire, l'expérience générale de la vie ne permet cependant pas d'admettre cette présomption, car la capacité de discernement de l'enfant dépend de son degré de développement (Bucher/Aebi-Müller, op. cit., n° 160 ad art. 16 CC ; cf. dans l'hypothèse du choix d'un traitement médical : ATF 134 II 235 consid. 4.3.3). Il appartient alors à celui qui entend se prévaloir de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver, conformément à l'art. 8 CC (ATF 134 II 235 consid. 4.3.3).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 191 CP est applicable si l'auteur exploite le manque de maturité d'un enfant et abuse de son incapacité à juger ou à résister aux actes sexuels, en raison de son manque de maturité (ATF 120 IV 194 consid. 2c). Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt qu'un enfant de 4 ans et 11 mois au moment de l'infraction devait être considéré comme incapable de discernement en raison de son âge (*ibidem*, consid. 2d). Il était évident, pour le Tribunal

fédéral, que l'enfant n'avait pas compris l'importance des actes commis contre lui et n'avait pas pu se défendre contre les actes endurés (*idem*).

Dans une autre affaire, la Chambre de céans a considéré qu'il ne pouvait pas être exclu qu'une enfant de 10 ans ait été incapable de discernement, de sorte que l'infraction de l'art. 191 CP était susceptible d'être retenue (CREP du 9 mai 2018/335 consid. 2.2).

2.3

2.3.1 En l'espèce, les deux victimes avaient moins de 16 ans au moment où les actes en cause auraient été réalisés et elles n'ont pas encore atteint leurs 25 ans. La prescription des infractions des art. 189 à 191 CP ne peut donc pas être atteinte, conformément à l'art. 36 al. 2 DPMIn. Pour le surplus, le classement de la procédure doit être confirmé en tant qu'elle concerne les infractions des art. 187 et 197 CP, la prescription pénale prévue par l'art. 36 al. 1 DPMIn étant atteinte.

2.3.2 Il s'agit ainsi de déterminer si un classement pour les infractions des art. 189 à 191 CP se justifiait. En l'occurrence, tous les agissements dont les victimes se sont plaints ont eu lieu « entre quatre yeux », d'une part, et rien ne permet d'affirmer que les déclarations des victimes doivent être d'emblée écartées car elles seraient contradictoires ou moins crédibles que celles du prévenu, d'autre part. Dans cette mesure, en vertu du principe « *in dubio pro duriore* », la jurisprudence commande d'engager l'accusation (cf. ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1). En effet, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, une condamnation n'apparaît pas improbable.

Ainsi, si les déclarations des victimes ne doivent pas être écartées – ce qui paraît être le cas *prima face* mais reste à déterminer –, il n'est pas possible à ce stade d'exclure qu'elles aient été incapables de discernement et/ou de résistance, ou encore qu'il y ait eu une forme de contrainte psychique, comme elles le soutiennent. Il paraît en tout cas douteux de retenir qu'un enfant de 6 ans au moment des faits disposait de la capacité de discernement pour consentir valablement à des actes

d'ordre sexuel. Il convient donc d'instruire la question de la capacité de discernement et/ou de résistance d'C.Z._____ et de B.Z._____ par rapport aux actes dont ils auraient été les victimes.

Au vu de ce qui précède, il existe des incertitudes quant à la réalisation des éléments constitutifs des infractions des art. 189 à 191 CP.

3.

3.1 En conclusion, le recours formé par C.Z._____ et B.Z._____ doit être partiellement admis. L'ordonnance de classement du 2 août 2019 doit être partiellement annulée en tant qu'elle concerne les infractions des art. 189 à 191 CP et confirmée en tant qu'elle concerne les infractions des art. 187 et 197 CP. Le dossier de la cause sera renvoyé au Tribunal des mineurs pour qu'il procède dans le sens des considérants, puis que T._____ soit renvoyé le cas échéant en accusation devant le Tribunal des mineurs.

3.2 Le défenseur d'office de l'intimé, Me Julien Lanfranconi, a produit une liste d'opérations faisant état de 5 heures et 10 minutes d'activité. Au vu du mémoire produit, comprenant 5 pages (déduction faite de la page de garde et des conclusions) et reprenant en substance les déterminations du 30 avril 2019 (P. 906), déjà rémunérées en première instance, et au vu de la connaissance préalable du dossier par le défenseur d'office, il convient de rémunérer au total 3 heures d'activité, toutes opérations confondues. Au tarif horaire de 180 fr., les honoraires doivent ainsi s'élever à 540 fr., auxquels s'ajoutent des débours forfaitaires par 10 fr. 80 (cf. art. 26b TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1] qui renvoie à l'art. 3bis RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]) et la TVA sur le tout, au taux de 7,7%, par 42 fr. 40. Il se justifie ainsi d'allouer à Me Julien Lanfranconi une indemnité totale de 593 fr. 20.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 880 fr. (art. 20 al. 2 TFIP), de l'indemnité due au conseil d'office des recourants, Me Loïc Parein, fixée à 593 fr. 20 (= 3 heures x 180 fr. + débours + TVA), et de l'indemnité due au défenseur d'office de l'intimé, Me Julien Lanfranconi, par 593 fr. 20, soit au total 2'066 fr. 40, sont mis à la charge du prévenu T._____ par trois cinquièmes, soit par 1'239 fr. 85, les deux cinquièmes restant, soit 826 fr. 55, étant mis, solidairement entre eux, à la charge des recourants, qui succombent dans cette même proportion, dans la mesure où le classement est confirmé pour deux infractions sur les cinq qui étaient en cause (art. 428 al. 1 CPP).

T._____ ne sera tenu de rembourser à l'État de Vaud les trois cinquièmes des indemnités allouées à son défenseur d'office et au conseil d'office des recourants, soit par 591 fr. 85, que pour autant que sa situation financière le permette (art. 135 al. 4 CPP).

C.Z._____ et B.Z._____ ne seront tenus de rembourser à l'État de Vaud les deux cinquièmes des indemnités allouées à leur conseil d'office et au défenseur d'office de l'intimé, soit par 471 fr. 55, que pour autant que leur situation financière le permette (art. 135 al. 4 par renvoi de l'art. 138 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. L'ordonnance du 2 août 2019 est partiellement annulée, en tant qu'elle concerne les art. 189 à 191 CP, et confirmée en tant qu'elle concerne les art. 187 et 197 CP.
- III. La cause est renvoyée à la présidente du Tribunal des mineurs pour qu'elle procède dans le sens des considérants.

- IV.** L'indemnité allouée au conseil d'office des recourants, Me Loïc Parein, est fixée à 593 fr. 20 (cinq cent nonante-trois francs et vingt centimes).
- V.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de l'intimé, Me Julien Lanfranconi, est fixée à 593 fr. 20 (cinq cent nonante-trois francs et vingt centimes).
- VI.** Les frais d'arrêt, par 2'066 fr. 40 (deux mille soixante-six francs et quarante centimes), comprenant les indemnités allouées au conseil d'office et au défenseur d'office sous chiffres IV et V ci-dessus, sont mis à la charge d'C.Z. _____ et de B.Z. _____, solidairement entre eux, par deux cinquièmes, soit par 826 fr. 55 (huit cent vingt-six francs et cinquante-cinq centimes), le solde, par trois cinquièmes, soit par 1'239 fr. 85 (mille deux cent trente-neuf francs et huitante-cinq centimes) étant mis à la charge de T. _____.
- VII.** Le remboursement à l'Etat des deux cinquièmes des indemnités d'office allouées aux chiffres IV et V ci-dessus, soit par 471 fr. 55 (quatre cent septante-et-un francs et cinquante-cinq centimes), ne sera exigible que pour autant que la situation économique d'C.Z. _____ et de B.Z. _____ le permette.
- VIII.** Le remboursement à l'Etat des trois cinquièmes des indemnités d'office allouées aux chiffre IV et V ci-dessus, soit par 591 fr. 85 (cinq cent nonante-et-un francs et huitante-cinq centimes), ne sera exigible que pour autant que la situation économique de T. _____ le permette.
- IX.** 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 Loïc Parein, avocat (pour A.Z. _____ et C.Z. _____),

- Me Julien Lanfranconi, avocat (pour T. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Madame la présidente du Tribunal des mineurs,
- Service de la population, division étrangers,
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 sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; 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 sur l'organisation des autorités fédérales du 19 mars 2010 ; 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 :