

## **BGer 6B\_33/2020 vom 24. Juni 2020**

Bundesgericht, 2020-06-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_33\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_33_2020)

FR: TF 6B\_33/2020 du 24 juin 2020

IT: TF 6B\_33/2020 del 24 giugno 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Dans le recours en matière pénale, le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise ( art. 105 al. 1 LTF ), sous les réserves découlant des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de l'arbitraire dans la constatation des faits (sur cette notion, v. ATF 145 IV 154 consid. 1.1 p. 155 s.). Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs, qui relèvent de la violation de droits fondamentaux, que s'ils sont invoqués et motivés par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée. Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1 p. 155 s.).

En l'espèce, l'argumentation de la recourante procède d'une large rediscussion des faits et de l'appréciation des preuves à laquelle a procédé la cour cantonale. Cette démarche est essentiellement appellatoire. On se limitera, dans la suite, à répondre aux griefs, dans la mesure où ils n'apparaissent pas d'emblée manifestement irrecevables pour ce motif. On peut aussi relever, dans ce contexte, que la recourante ne peut rien déduire en sa faveur des arrêts du Tribunal fédéral 6B\_586/2019 du 3 juillet 2019 consid. 1.1 et 6B\_663/2017 du 21 février 2018 consid. 2.3.2, auxquels elle se réfère pour soutenir que l'appréciation des déclarations du médecin serait contraire au droit, parce que la cour cantonale aurait " examiné isolément les éléments pour éviter de condamner le prévenu ", au lieu de se fonder sur un faisceau d'indices ou d'éléments convergents. Hormis le caractère très vague de ce reproche, les décisions citées ont, en effet, trait à l'examen par le Tribunal fédéral, sous l'angle de l'arbitraire, de griefs dirigés par des recourants condamnés contre des décisions cantonales reposant sur la discussion de versions des faits opposées présentées par les parties, respectivement l'appréciation de faisceaux d'indices convergents. On ne saurait déduire des exigences relatives à l'articulation de tels moyens devant le Tribunal fédéral des règles quant à l'administration des preuves par une autorité d'appel, dont l'activité est précisément régie par le principe de libre appréciation ( art. 10 al. 2 CPP ).

#### **E. 2**

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir établi arbitrairement les faits relatifs au ch. II de l'acte d'accusation en ne qualifiant pas le comportement du recourant comme un acte d'ordre sexuel, soit en niant l'intention de l'auteur au motif que son geste était justifié médicalement. En se référant au jugement de première instance, elle soutient que la durée de la stimulation opérée le 3 novembre 2014 serait sans pertinence, l'acte étant objectivement d'ordre sexuel. La question déterminante tiendrait à la réalité de la justification médicale. Reprenant ensuite, de manière très résumée, les consid. ba à bj de la décision querellée, la recourante tente de démontrer qu'ils procèdent d'un raisonnement insoutenable.

## **E. 2.1**

Qualifier un comportement comme acte d'ordre sexuel est une question de droit. La jurisprudence relative à ces actes (soit les activités corporelles sur soi-même ou sur autrui tendant à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins; par ex.: arrêt 6B\_103/2011 du 6 juin 2011 consid. 1.1 et les références citées) repose sur une classification tripartite. On distingue les gestes qui, d'un point de vue objectif, n'ont manifestement pas de connotation sexuelle de ceux qui, à l'inverse, ont un caractère sexuel manifeste et de ceux qui apparaissent équivoques. En présence d'un comportement de la seconde catégorie, point n'est besoin de s'interroger sur les intentions de l'auteur ou le sens que l'acte peut avoir pour lui ou la victime. En revanche, pour conclure sur le caractère sexuel ou non d'un comportement ambivalent, on prend en considération l'ensemble des circonstances, dans la perspective de la pertinence, respectivement de l'importance

(Erheblichkeit) du comportement au regard du bien juridique protégé, ainsi, notamment de la nature, de la durée et de l'intensité d'un contact avec les parties génitales (arrêt 6B\_1102/2019 du 28 novembre 2019 consid. 2.2). La jurisprudence range en particulier dans cette catégorie des comportements équivoques les soins corporels prodigués aux enfants ou aux personnes dépendantes ainsi que les examens médicaux, singulièrement gynécologiques et urologiques. Dans ce cadre spécifique, le fait que l'examen, respectivement le traitement ou les soins, sont indiqués médicalement et exécutés ou prodigués

lege artis joue un rôle essentiel. Il conduit, dans la règle, à exclure un acte d'ordre sexuel (arrêt 6S.355/2006 du 7 décembre 2006 consid. 3.1; v. déjà sous l'empire de l'ancien droit: ATF 105 IV 37 ). Seuls les actes non indiqués médicalement, respectivement non exécutés selon les règles de l'art, sont ainsi susceptibles de poser un réel problème de qualification (cf. PHILIPP MAIER, in Basler Kommentar, Strafrecht, 4e éd. 2019, no 35 des remarques préliminaires à l' art. 187 CP ; STRATENWERTH/JENNY/ BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 7e éd., 2010, § 7 n° 12), à moins que leur caractère sexuel ne soit objectivement rendu patent, dans le contexte médical, par la nature même du comportement, son caractère incongru et l'absence de tout lien rationnel avec la médecine (ainsi, d'actes tels que fessées, toucher vaginal conçu comme une " opération symbolique ", caresse insistante des seins, caresse du dos " pour faire chaud en bas ", introduction d'un couteau suisse [fermé] dans le vagin d'une patientes par un médecin généraliste, sous un prétexte " sexothérapeutique ": arrêt 6B\_785/2011 du 29 juin 2012).

## **E. 2.2**

Savoir si un geste est indiqué médicalement, respectivement effectué

lege artis, constitue une question de fait qui présente un caractère médico-technique évident et relève du domaine de l'expertise. Le juge apprécie librement une telle preuve et n'est, dans la règle, pas lié par les conclusions de l'expert. Toutefois, il ne peut s'en écarter que lorsque des circonstances ou des indices importants et bien établis en ébranlent sérieusement la crédibilité; il est alors tenu de motiver sa décision de ne pas suivre le rapport d'expertise ( ATF 142 IV 49 consid. 2.1.3 p. 53). Inversement, si les conclusions d'une expertise judiciaire apparaissent douteuses sur des points essentiels, le juge doit recueillir des preuves complémentaires pour tenter de dissiper ses doutes. A défaut, en se fondant sur une expertise non concluante, il pourrait commettre une appréciation arbitraire des preuves et violer l' art. 9 Cst. ( ATF 144 III 264 consid. 6.2.3 p. 273).

### **E. 2.3**

La cour cantonale s'est demandé si la stimulation du clitoris avec la main gantée, lors d'un examen proctologique, afin de tester le réflexe clitorido-anal durant 20 à 30 secondes, respectivement 4 à 5 minutes, était un acte médicalement reconnu. Le prévenu avait déposé plusieurs avis médicaux qu'il avait sollicités, à titre privé, auprès de médecins, lesquels avaient répondu que cet examen pouvait relever de la pratique médicale (avis des Drs C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_). Le ministère public avait ordonné la mise en oeuvre d'une première expertise qui avait été confiée au Dr G.\_\_\_\_\_, médecin chef au CHUV. Dans son rapport daté du 25 février 2016, ce dernier avait notamment indiqué qu'une " stimulation du clitoris lors d'un examen proctologique [lui était] personnellement inconnue. [Il ne l'avait] encore jamais pratiquée ". Après avoir recherché dans la littérature, il avait trouvé trois articles sur le sujet. Le réflexe clitoro-anal était ainsi testé entre autre pour rechercher une fonction anormale du nerf pudendal chez des patientes incontinentes. L'un de ces articles faisait état d'une telle stimulation au moyen d'une électrode avec enregistrement de la réponse sensorielle de la patiente. Dans un rapport complémentaire du 12 juin 2016, le Dr G.\_\_\_\_\_ avait estimé que la recherche du réflexe clitoro-anal se faisait en cas de suspicion de troubles de l'appareil sphinctérien en recherche d'une lésion du nerf pudendal et qu'après les multiples interventions chez la patiente avec éventuellement lésions des muscles du sphincter anal (interne ou externe) et en cas d'incontinence, ce test pouvait être justifié. Dans son rapport du 15 mars 2019, l'experte judiciaire H.\_\_\_\_\_ avait mentionné qu'elle ne pratiquait pas elle-même cet examen, mais que celui-ci était décrit dans les manuels de proctologie. Il pouvait être effectué à la main gantée et durer entre dix et trente secondes, une stimulation de quatre à cinq minutes apparaissant trop longue, même si la littérature ne précisait pas la durée d'un tel examen. L'experte indiquait aussi que les avis des Drs D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_ concordaient avec le sien. Dans une consultation proctologique, cet examen avait pour but de tester un réflexe. La patiente ne devait donc rien faire. Elle pouvait être amenée à ressentir une contraction des muscles bulbo-caverneux et du muscle sphinctérien anal (jugement d'appel consid. b.bi p. 22 s.).

### **E. 2.4**

A titre liminaire, la recourante reproche à la cour cantonale de n'avoir pas écarté les avis des Drs D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, produits en appel par l'intimé, alors que celui-ci n'aurait pas allégué dans sa déclaration d'appel que l'administration des preuves aurait été incomplète au sens de l' art. 389 al. 2 CPP .

La recourante perd de vue que cette norme permet à l'autorité de deuxième instance d'administrer d'office les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours ou de l'appel. Lorsque les preuves ont été admises, un éventuel défaut de motivation de l'annonce d'appel sur ce point précis demeure, partant, sans conséquence. Pour le surplus, la cour cantonale, qui a mis en oeuvre un complément d'expertise sur les questions médicales entourant l'acte litigieux, a considéré que l'instruction devait être complétée et cette appréciation n'apparaît pas insoutenable. Le grief est infondé.

### **E. 2.5**

La recourante objecte ensuite que selon deux des avis médicaux produits (Drs I.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_), ainsi que selon l'expert G.\_\_\_\_\_, la stimulation devrait être réalisée à l'aide d'électrodes.

Pour mémoire, l'expertise privée n'a pas la même valeur probante qu'une expertise judiciaire, l'expert mandaté par une partie n'étant ni indépendant ni impartial. Ainsi, les résultats issus d'une expertise privée réalisée sur mandat du prévenu sont soumis au principe de la libre appréciation des preuves et sont considérés comme de simples allégués de parties ( ATF 142 II 355 consid. 6 p. 359; 141 IV 369 consid. 6.2 p. 373 s.).

L'experte judiciaire H. \_\_\_\_\_ n'a pas ignoré que la stimulation du clitoris pouvait être effectuée par électrode. Elle a expliqué que ce test était beaucoup plus invasif, douloureux et cher, qu'il n'était pas facile de l'obtenir et qu'il n'était réalisé que dans des situations de paralysie (rapport du 15 mars 2019, p. 2, par. 2c). Quant à l'expert G. \_\_\_\_\_, mis en oeuvre par le ministère public, il a indiqué ne pas connaître la pratique de la stimulation du clitoris lors d'un examen proctologique et n'a fourni que les indications qu'il a trouvées dans un unique article scientifique sur la stimulation par électrode, sans affirmer que cette manière de faire se serait imposée de manière générale ou en l'espèce. Il n'était, dès lors, pas arbitraire de s'écarter des informations fournies sur ce point très précis par les Drs I. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, qui ne constituent pas des expertises judiciaires, au profit de l'avis, beaucoup plus complet et détaillé de l'experte H. \_\_\_\_\_ mise en oeuvre par la cour cantonale, qui ne contredit, du reste, pas vraiment l'avis de l'expert G. \_\_\_\_\_ sur cette question de l'électrode. Le grief est infondé.

## **E. 2.6**

La recourante reproche ensuite à la cour cantonale de n'avoir pas comparé le résultat de l'expertise judiciaire à tous les faits ressortant du dossier. On comprend qu'elle tente de démontrer que le geste effectué concrètement ne correspondrait pas à celui décrit par l'experte H. \_\_\_\_\_ comme réalisé

lege artis . La recourante relève que la description de l'examen pratiqué fournie par l'intimé aurait varié plusieurs fois, qu'il avait d'abord dit (audition du 16 février 2015, p. 5; audition confrontation du 23 août 2016, p. 11) avoir utilisé " quelque chose de froid ", comme " un diapason, une compresse ou une ampoule ", puis finalement, en première instance, avoir effectué " une petite caresse ou tapette avec la main gauche gantée ou une compresse ". Elle oppose aussi à cette dernière explication la pression ou le pincement avec les doigts décrits par la docteure H. \_\_\_\_\_. L'intimé n'aurait pas été crédible en déclarant ne pas se souvenir de la manière précise dont il avait pratiqué cette manipulation, alors qu'il avait par ailleurs posé qu'il s'agissait d'un acte médical courant et qu'il l'avait effectué durant de longues semaines de stage de formation. La recourante relève aussi qu'interrogé sur d'éventuels ennuis avec des patients ou patientes, l'intimé n'aurait pas répondu à la question mais aurait d'emblée présenté une justification médicale relative à la stimulation du clitoris, alors qu'interrogé spécifiquement sur un tel examen réalisé sur la recourante, il aurait répondu ne pas s'en souvenir. Cette dernière en conclut qu'il faudrait retenir les premières explications de l'intimé, soit qu'il s'agissait d'un examen peu courant et que le médecin aurait tenté, tout à la fois, de justifier et de nier l'acte. La recourante y oppose ses propres déclarations, notamment quant à la durée du geste et au fait que sa propre nudité n'aurait pas été justifiée durant les consultations. Elle en conclut que l'acte aurait un caractère exclusivement sexuel.

Eu égard à la nature de ces développements (v. supra consid. 1), on peut se limiter à relever que, compte tenu de l'objet des deux consultations des 3 novembre 2014 et 25 janvier 2015, encore en discussion devant la cour cantonale, la nudité de la patiente n'apparaît guère

révélatrice d'une intention potentiellement non médicale. Par ailleurs, invité à s'exprimer sur d'éventuels ennuis avec d'autres patients ou patientes, l'intimé a, contrairement à ce qu'affirme la recourante, répondu à la question qui lui était posée en citant un cas précédent ayant donné lieu à une procédure pénale à son encontre. Il a certes aussi évoqué, à ce propos, les nerfs desservant l'anus et le vagin, mais l'audition de l'intimé portait précisément sur un reproche relatif à une stimulation de cette zone et il venait d'en être informé (v. procès-verbal d'audition du 16 février 2015, p. 1 et 2; dossier cantonal p. 43). Cette réponse n'apparaît dès lors pas si évocatrice d'une stratégie d'anticipation défensive qu'il faudrait conclure à une appréciation arbitraire des preuves. Quant à la durée et aux modalités de l'acte qu'il lui était reproché d'avoir commis sur la recourante, l'intimé a d'emblée fait état d'une stimulation de l'ordre de quelques dizaines de secondes (audition du 16 février 2015, p. 5) et lors de l'audition confrontation à laquelle se réfère la recourante, s'il a évoqué disposer d'instruments pour pratiquer ce test (un diapason, une compresse ou une ampoule), il n'en a pas moins conclu " Comme le résultat était normal, je n'ai pas eu recours à un instrument ", indiquant, par ailleurs, une durée ne devant pas excéder 30 secondes (audience de confrontation du 23 août 2016, p. 11). On ne saurait ainsi, sur la question de la durée, reprocher à la cour cantonale d'avoir arbitrairement conclu qu'elle était confrontée aux déclarations contradictoires de la recourante et de l'intimé, et qu'aucun élément au dossier ne permettait de retenir une version plutôt qu'une autre, si bien que la version de l'intimé devait être retenue au bénéfice du doute (jugement d'appel consid. 6.b.bc p. 21). Quant aux modalités précises de la réalisation du test, il suffit de rappeler que les avis médicaux au dossier font état d'électrodes, de " pique-touche ", d'objets rugueux, tels que des compresses, ou d'attouchements avec les doigts ou la main (gantés), respectivement de pressions ou de pincements, ce qui révèle la grande diversité des pratiques et des opinions au sein du corps médical, parmi les proctologues en particulier (v. jugement d'appel consid. G p. 6 et consid. b.bi, p. 22 s.). Effectuée dans le laps de temps très restreint retenu par la cour cantonale (30 secondes au plus), la " petite caresse ou tapette avec la main gauche gantée ou une compresse " décrite par l'intimé ne révèle pas non plus une intention sexuelle si manifeste que l'appréciation de la cour cantonale apparaîtrait insoutenable.

### **E. 2.7**

En définitive, après avoir établi que la consultation avait pour objet des plaintes d'incontinence de la recourante, et retenu, au bénéfice du doute, que la durée de l'acte n'avait pas excédé 30 secondes, la cour cantonale pouvait, sans arbitraire, conclure des deux expertises judiciaires au dossier qu'il y avait là une indication médicale à la stimulation effectuée et que les renseignements plus détaillés fournis par la seconde experte confirmaient pour l'essentiel que l'examen décrit par l'intimé (un effleurement de la main gantée durant 20 à 30 secondes) correspondait à la réalisation

lege artis, de l'acte médical. Le grief doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

### **E. 3**

En relation avec la consultation du 26 janvier 2015, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir considéré que " seule l'absence de preuves matérielles ne permettait pas de condamner le prévenu " sans expliquer quelles preuves matérielles auraient dû être apportées par l'accusation, alors que la condamnation aurait aussi pu être fondée sur un faisceau d'indices. La cour cantonale aurait également, à tort, mis sur pied d'égalité les déclarations des deux parties quant à leur crédibilité respective. Elle relève ainsi qu'après

avoir dit, en se référant à l'appréciation de l'autorité de première instance, que les déclarations de la recourante avaient été constantes, claires et dépourvues de contradictions, la cour cantonale avait aussi indiqué que ses propos avaient été parfois contradictoires ou peu clairs. Selon la recourante il n'y aurait, en particulier, pas eu de contradiction lorsqu'elle avait, dans un premier temps, affirmé avoir senti le sexe en érection de l'intimé contre son vagin, puis qu'elle avait admis s'être demandé si l'intimé l'avait gardé dans son jeans ou l'en avait extrait. Cette évolution dans ses déclarations aurait simplement traduit, dans un premier temps, la recherche d'une explication rationnelle simple à ce qu'elle avait ressenti, puis sa conviction qu'il s'agissait bien du sexe de l'intéressé.

La recourante fait toutefois fausse route dans sa démarche sur le premier point. Que la cour cantonale ait constaté que le dossier ne contenait pas de preuves matérielles permettant d'étayer la version des faits contenue dans l'acte d'accusation ne lui imposait pas d'expliquer quelles preuves auraient dû être rapportées et ne l'ont pas été. La cour cantonale a, du reste, exposé qu'un examen biologique de la blouse du médecin, censément tachée de sperme selon les explications de la recourante, n'avait pu être réalisé, et que, de surcroît, la présence de ce liquide sur ce vêtement aurait supposé qu'après avoir traversé le sous-vêtement et le jeans de l'intéressé, cette substance eût été encore suffisamment abondante pour maculer la blouse, ce qui n'était pas évident (jugement d'appel consid. c.ck, p. 30). Or, la cour cantonale a également souligné qu'il était peu concevable que l'intimé ait pu sortir son sexe subrepticement de son pantalon, sans s'interrompre et sans faire de bruit, en pleine auscultation, à l'insu de la recourante (jugement d'appel

eodem loco ), ce que la recourante ne conteste pas précisément dans son recours. La cour cantonale pouvait aussi conclure sans arbitraire, sur un plan plus général, que les déclarations de la recourante, en tant qu'elles faisaient état de ce qu'elle avait ressenti ou vu, respectivement de l'interprétation donnée a posteriori de ce ressenti et de ses observations, en particulier quant à la pression sur son sexe alors que l'intimé était penché sur elle et à l'humidité sur la blouse du médecin, n'étaient pas à elles seules si convaincantes qu'elles puissent emporter d'emblée la conviction. Elles devaient donc être confrontées à celles de l'intimé, qui ne pouvaient, non plus, être écartées d'un revers de la main nonobstant quelques incohérences et des modifications intervenues au cours du temps. Cette approche n'est, en tout cas, pas insoutenable. Pas plus qu'il n'était insoutenable de conclure qu'il demeurait un doute quant à savoir si la recourante avait bien perçu la pression d'un sexe en érection et non celle d'un autre objet dans la poche de la blouse de l'intimé, tel un tube de gel d'examen. Si la décision cantonale présente effectivement à l'intervalle de quelques lignes les déclarations de la recourante respectivement comme claires et dépourvues de contradictions, en se référant à la décision de première instance, puis comme " parfois contradictoires ou peu claires ", la cour cantonale, qui disposait d'un plein pouvoir d'examen sur cette question, a exposé précisément en quoi consistaient, à ses yeux, ces contradictions et manques de clarté (jugement d'appel consid. c.ci, p. 27). Comme déjà évoqué, cette appréciation n'est pas insoutenable. La maladresse rédactionnelle demeure ainsi sans conséquence sur l'issue du litige.

Pour le surplus, la recourante se borne à fournir sa propre appréciation sur le contenu des poches de la blouse de l'intimé, sur la situation exacte de ces poches au moment où le médecin s'est penché sur elle, sur la position qu'aurait dû adopter l'intéressé durant cet examen, sur la justification des actes médicaux effectués à ce moment-là ainsi que sur la crédibilité des déclarations de l'une et de l'autre sur tous ces points et d'autres encore

(possibilité de fermer simultanément ou non les deux portes du cabinet donnant sur le secrétariat, présence de roulettes sous le mobilier et possibilité de le déplacer). Etant précisé que la cour cantonale n'a pas ignoré ces éléments et a, en particulier, noté, outre une certaine maladresse de l'intimé, de probables manquements à la déontologie de sa profession (jugement d'appel consid. c.ck in fine, p. 30 s.), il n'est pas nécessaire de se pencher plus avant sur ces développements de l'écriture de recours qui sont typiquement appellatoires (v. supra consid. 1).

#### **E. 4**

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas de raison de s'écarter des constatations de fait de la cour cantonale, qui a conclu à l'absence d'intention du recourant. Cela exclut la réalisation de l'infraction réprimée par l' art. 191 CP dans les deux cas encore litigieux en procédure fédérale.

#### **E. 5**

La recourante succombe. Elle supporte les frais de la procédure (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.