

## **VD\_FINDINFO HC / 2009 / 192 vom 28. Januar 2009**

VD Tribunal cantonal, 2009-01-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2009\\_\\_\\_192](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2009___192)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2009 / 192 du 28 janvier 2009

IT: VD\_FINDINFO HC / 2009 / 192 del 28 gennaio 2009

### **Regeste**

ACTE D'ORDRE SEXUEL SUR UN INCAPABLE DE DISCERNEMENT, PHYSIOTHÉRAPEUTE, IN DUBIO PRO REO, FAUX TÉMOIGNAGE, RÉSISTANCE, LIBRE APPRÉCIATION DES PREUVES | 191 CP, 411 let. h CPP, 411 let. i CPP

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le recourant a pris des conclusions tant en nullité qu'en réforme. En pareil cas, il appartient à la Cour de cassation de déterminer la priorité d'examen des moyens invoqués, d'après la nature de ceux-ci et les questions soulevées (Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, JT 1996 III 66 ss, spéc. pp. 106 s. et les réf. cit.; Besse-Matile/Abravanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, JT 1989 III 98 ss, spéc. p. 99 et les réf. cit.). En l'espèce, il convient d'examiner les moyens de nullité en premier lieu, ceux-ci pouvant faire apparaître des insuffisances, des lacunes ou des contradictions dans l'état de fait retenu par le tribunal (art. 411 let. h CPP) ou encore des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (art. 411 let. i CPP), éventualités qui ne sont en principe plus examinées dans le cadre du recours en réforme. I. Recours en nullité

#### **E. 2**

a) Invoquant l'art. 411 let. h et i CPP, le recourant soutient qu'à plusieurs égards l'état de fait du jugement est insuffisant, lacunaire ou contradictoire et qu'il existe des doutes sur l'existence des faits retenus. b) Le moyen tiré de l'art. 411 let. h CPP, comme celui de l'art. 411 let. i CPP que l'on verra plus loin, est conçu comme un remède exceptionnel. En effet, la Cour de cassation n'est pas une juridiction d'appel. Le tribunal de première instance établit souverainement les faits selon sa conviction, en appréciant tous les éléments d'instruction réunis en cours d'enquête et lors des débats et en exposant de façon claire, précise et complète les circonstances qu'il retient ( Bovay/Dupuis/ Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3 e éd., Bâle 2008 , n. 8.1 ad art. 411 CPP; JT 1999 III 83, c. 6b; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 103). Le recours en nullité ne doit pas permettre au recourant de discuter à nouveau librement les faits devant l'autorité de recours, à laquelle il appartiendrait de choisir la version la plus vraisemblable ( Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit., n. 8.1, 10.3 et 11.1 ad art. 411 CPP; JT 1991 III 45; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 103). c) L'existence d'une lacune ou d'une insuffisance de l'état de fait ne peut être retenue comme moyen de nullité, conformément à l'art. 411 let. h CPP, que si elle porte sur des points de nature à exercer une influence sur le dispositif du jugement attaqué, soit essentiellement sur des éléments de fait qualificatifs de l'infraction ou sur des critères déterminants de la culpabilité de l'auteur (Bersier, op. cit., p. 81). En revanche, la motivation donnée par le premier juge à l'appui de sa conviction quant

aux faits ne constitue pas comme telle des faits importants au sens de cette disposition (Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 104). d) Le moyen de nullité de l'art. 411 let. i CPP est ouvert s'il existe des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause. Un léger doute, un doute théorique ou encore abstrait ne suffit pas à entraîner l'annulation du jugement. Seul un doute concret, d'une certaine consistance, en d'autres termes un doute raisonnable, peut conduire à cette sanction ( Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit., n. 11.1 ad art. 411 CPP; Bersier, op. cit., p. 83; JT 1991 III 45). Tel n'est pas le cas lorsque le premier juge n'a méconnu aucun des éléments de l'instruction et que, pour fixer le point litigieux, on ne peut que s'en référer à son appréciation (JT 2003 III 70, consid. 2a; Cass., 18 octobre 1978, n° 220, cité par Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit., n. 11.6 ad art. 411 CPP). Il ne suffit pas non plus qu'une solution différente puisse être tenue pour également concevable, ou apparaisse même préférable (JT 2003 III 70, précité, consid. 2b; ATF 126 I 168, consid. 3a; ATF 125 I 166, consid. 2a). La cour de céans, comme le Tribunal fédéral, n'invalide la solution retenue par le juge de la cause que lorsque celui-ci a outrepassé son pouvoir d'appréciation et a interprété les preuves de manière arbitraire. Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par exemple si l'autorité s'est laissé guider par des considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs (Cass., 9 mars 1999, n° 249; Bersier, op. cit., p. 83; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 104 et les réf. cit.). Le principe *in dubio pro reo* ne figure expressis verbis dans aucune disposition de notre ordre juridique (Corboz, *In dubio pro reo*, RJB 1993, pp. 403 ss, spéc. p. 404), mais découle de la présomption d'innocence (Corboz, op. cit., p. 405), garantie par l'art. 6 par. 2 CEDH et figurant également expressément à l'art. 32 al. 1 Cst. Il concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves. Comme règle d'appréciation des preuves, il signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait (TF, 9 août 2000, consid. 2a, ad Cass., 27 octobre 1999, n° 447; Cass., 30 mai 2000, n° 395; Cass., 19 juillet 1999, n° 388; ATF 120 Ia 31, consid. 2c; Corboz, op. cit., p. 425). Sur ce point, des doutes simplement abstraits et théoriques ne suffisent pas, car de tels doutes sont toujours possibles et une certitude absolue ne peut être exigée. Il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38, consid. 2a; Cass., 30 mai 2000, n° 395, précité; ATF 124 IV 86, consid. 2a, JT 1999 IV 136; SJ 1994, p. 541, spéc. p. 545, consid. 2c). Dans cette mesure, le principe *in dubio pro reo* se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans pertinence ( Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit., n. 11.4 ad art. 411 CPP; Besse-Matile/Abravanel, op. cit., p. 102). Il est donc examiné sous l'angle de l'art. 411 let. i CPP (JT 2003 III 70, consid. 2a et les réf. cit.; JT 1997 III 124). Il existe néanmoins une nuance entre l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et la mise en œuvre du principe *in dubio pro reo*. Ce principe ne dit pas comment les preuves doivent être appréciées et comment le juge doit former sa conviction. Il n'intervient donc pas à ce stade, qui est régi par la seule interdiction de l'arbitraire (Corboz, op. cit., p. 422). D'un point de vue chronologique, le juge doit d'abord apprécier les preuves et se demander s'il parvient à une conviction personnelle excluant tout doute sérieux. Ce n'est que si cette première phase se solde par un doute sur un fait pertinent qu'il doit ensuite appliquer l'adage *in dubio pro reo* et trancher la question de

fait dans le sens favorable à l'accusé (Piquerez, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, n° 1905 ss, spéc. n° 1918 s., p. 403; Corboz, op. cit., pp. 422 s.; Arzt, In dubio pro reo vor Bundesgericht, RJB 1993, pp. 1 ss, spéc. p. 21, n. 5).

### **E. 3**

a) Invoquant l'art. 411 let. h CPP, L. \_\_\_\_\_ reproche au Tribunal correctionnel d'avoir retenu qu'hormis les précisions apportées en relation avec la position exacte sur la table de massage et la signification des bruits de l'accusé au terme de la seconde manipulation du 17 mai 2005, les déclarations d'A. \_\_\_\_\_ n'avaient pas varié au cours de la procédure. Se fondant sur les rapports d'audition de la victime, il fait valoir que cette dernière s'est également contredite au sujet des dates des séances de physiothérapie, de l'appel téléphonique qu'elle aurait reçu de son ami [...], à l'issue de la séance du 17 mai 2005, et du déroulement du prétendu acte sexuel. Au vu de ces contradictions, il estime que les premiers juges ne pouvaient préférer la version de la victime à celle de l'accusé sans procéder à une appréciation arbitraire des preuves et par là même violer le principe in dubio pro reo. b) Il convient tout d'abord de rappeler que, dans le cadre d'un recours en nullité fondé sur l'art. 411 let. h CPP, les procès-verbaux d'audition ne constituent pas des pièces pouvant fonder le motif de contradiction ou de lacune ou faire naître des doutes sérieux sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause ( Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit., n. 10.4 ad art. 411 CPP). Pour ce motif déjà, le moyen du recourant doit être rejeté. Ensuite, le fait que la victime n'ait pas été toujours très précise s'agissant des dates des consultations et qu'elle ait déclaré, lors de l'inspection locale qui s'est déroulée environ deux ans après les faits dénoncés, soit le 28 mars 2007, et ce contrairement à ses premières déclarations à la police, ne pas avoir reçu d'appel de son ami à l'issue de la dernière séance est sans pertinence, ces éléments ou imprécisions ne suffisant pas pour mettre en doute sa crédibilité, laquelle est attestée par de multiples éléments pertinents, comme les témoignages concordants de ses confidents, à savoir du psychiatre [...], de l'infirmier [...] et de l'éducatrice [...], la similitude frappante avec les actes dénoncés en 1998 par trois anciennes patientes de l'accusé et les nombreuses contradictions ou invraisemblances contenues dans les déclarations de ce dernier. Enfin, contrairement aux affirmations du recourant, on ne discerne pas, dans les déclarations de la victime, de contradictions relatives au déroulement des faits litigieux. Sur le vu de ce qui précède, le grief invoqué devrait aussi être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

### **E. 4**

a) Invoquant l'art. 411 let. i CPP, L. \_\_\_\_\_ reproche au Tribunal correctionnel d'avoir préféré la version de la victime à la sienne en se livrant à une appréciation arbitraire des preuves et en violant ainsi le principe in dubio pro reo. b) Le recourant fait valoir qu'A. \_\_\_\_\_ avait été approximative quant à la durée estimée de la séance du 17 mai 2005 et avait exagéré des éléments en cours de procédure. S'agissant de l'approximation d'A. \_\_\_\_\_ quant à la durée de la séance du 17 mai 2005, les premiers juges ont tout d'abord exposé les raisons possibles de l'imprécision de l'intéressée dans son observation et sa relation à l'heure. Ils ont ensuite constaté que cette éventuelle approximation ne permettait pas de conclure que les déclarations de la victime étaient intégralement mensongères. En effet, ce seul indice ne revêtait qu'une importance minime dans l'appréciation de l'ensemble des preuves et plus particulièrement au regard des éléments bien plus nombreux démontrant l'absence de crédibilité de L. \_\_\_\_\_, comme l'inexistence de la quatrième séance, la contestation de sa position derrière la victime

pendant la thérapie, l'inexistence d'une cabale ou le fait qu'il avait encore facturé à la caisse d'assurance les cinquième et sixième séances qui n'avaient jamais eu lieu (cf. jugement p. 23 et 24). Dans son argumentation, le recourant se contente d'affirmer que la victime a mal estimé la durée de la séance du 17 mai 2005, ce qui ne suffit manifestement pas pour démontrer l'arbitraire dans l'appréciation précitée. Par ailleurs, cette dernière est cohérente et repose sur des éléments pertinents. Le grief invoqué doit donc être écarté. A propos des bruits émis par le recourant à l'issue de la séance du 17 mai 2005, la Cour de première instance a exposé les déclarations successives de la victime à ce sujet. Elle a considéré qu'hormis les précisions apportées en relation avec la position exacte sur la table de massage lors de la manipulation litigieuse et la signification des bruits de L. \_\_\_\_\_ au terme de la consultation du 17 mai 2005, les déclarations d'A. \_\_\_\_\_ n'avaient pas varié au cours des différentes étapes de la procédure (cf. jugement p. 12 et 13). Le recourant voit dans les imprécisions contenues dans les déclarations de la prénommée une propension à exagérer la situation qui serait de nature à mettre en doute la véracité des propos de la victime de manière plus générale. Son argumentation se réduit donc à contester la crédibilité de la victime en opposant sa propre appréciation des preuves à celle de l'autorité, ce qui ne suffit manifestement pas à faire admettre l'arbitraire allégué. La critique est par conséquent infondée. c) Le recourant estime que les témoignages de l'infirmier, du psychiatre et de l'assistante sociale n'ont qu'une très faible force probante, dès lors que ceux-ci se sont contentés de relater la version des faits qui leur avait été présentée par A. \_\_\_\_\_. Le Tribunal correctionnel a très largement et précisément exposé les confidences qui avaient été faites par la victime à son infirmier, psychiatre et éducatrice, dans les jours suivants les événements du 17 mai 2005 (cf. jugement p. 19 à 21). Il a considéré que la constance des déclarations de l'intéressée aux trois personnes précitées constituait un élément concret de crédibilité. Il a précisé que ces trois intervenants s'accordaient à relever l'état psychique perturbé de la patiente à l'évocation des faits et qu'il paraissait difficilement concevable qu'A. \_\_\_\_\_ eut pu simuler un état psychique perturbé devant trois personnes la connaissant de longue date, et de surcroît professionnels de la prise en charge médicale ou sociale, sans que ceux-ci ne décelassent une telle simulation. Il a encore relevé que tous trois excluaient une propension de la victime à l'exhibitionnisme, à la nymphomanie ou à adopter des comportements sexuels inadéquats. Il a conclu que l'opinion de ces trois proches A. \_\_\_\_\_, professionnellement parlant, tendait à mettre à néant l'existence de fausses allégations volontaires et d'une attitude séductrice de celle-ci à l'égard du recourant (cf. jugement p. 21 et 22). L'argumentation du recourant se réduit à nier la force probante des témoignages précités, ce qui ne suffit manifestement pas à faire admettre l'arbitraire dans l'appréciation de l'autorité de première instance telle qu'exposée ci-dessus. Le grief est donc vain. d) Le recourant reproche aux premiers juges d'avoir retenu que la similitude entre les faits décrits par la victime et ceux dénoncés en 1998 tendait à confirmer la version d'A. \_\_\_\_\_. Il relève tout d'abord que les faits dénoncés en 1998 ont abouti à un non-lieu, le comportement incriminé n'ayant aucunement été établi. Il évoque ensuite une possible suggestibilité, voire machination, A. \_\_\_\_\_ connaissant l'une des précédentes dénonciatrices. Les premiers juges ont relevé que les actes dénoncés par A. \_\_\_\_\_ présentaient une similitude frappante avec ceux dénoncés, courant 1998, au médecin cantonal ou à l'autorité pénale par K. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_, patientes de L. \_\_\_\_\_ à l'époque où il exerçait au Centre thermal d'Yverdon-les-Bains et ont très précisément décrit les actes en question (cf. jugement p. 22). Ils ont admis que l'existence d'actes antérieurs analogues, de surcroît au

préjudice de femmes adultes ou d'âge mûr comme A. \_\_\_\_\_ au moment des faits, était extrêmement troublante et tendait à confirmer les propos de la prénommée (cf. jugement p. 23). Le Tribunal correctionnel a clairement exposé que la procédure administrative ouverte suite aux faits dénoncés en 1998 avait abouti, en première instance, à un retrait temporaire d'une année de l'autorisation de pratiquer du recourant, ramené à six mois après recours. Il a également précisé que, dans le cadre de la procédure pénale, le juge avait rendu un non-lieu le 10 février 1999, exposant de surcroît les motifs de cette décision. Ce faisant, il n'a pas ignoré l'issue des premières procédures ouvertes à l'encontre de L. \_\_\_\_\_. Par ailleurs, au regard des témoignages de K. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_ et G. \_\_\_\_\_, non contestés par le recourant et tels qu'exposés à la page 22 du jugement entrepris, les premiers juges n'ont commis aucun arbitraire en admettant que la similitude des faits tendait à confirmer la version d' [...] Le Tribunal correctionnel a également exclu que cette dernière ait été victime d'un phénomène de suggestibilité (cf. jugement p. 23). Il a reconnu qu'A. \_\_\_\_\_ connaissait une des trois femmes entendues administrativement et pénalement en 1998, à savoir G. \_\_\_\_\_. Il a toutefois admis que cette dernière n'avait jamais fait de confiance à A. \_\_\_\_\_ au sujet du comportement à connotation sexuelle à son endroit en se fondant, d'une part, sur les déclarations de ce témoin, et, d'autre part, sur son attitude et sa volonté de discrétion (cf. jugement p. 16). Cette appréciation est convaincante et dénuée de tout arbitraire. En conclusion, les moyens, essentiellement appellatoires, invoqués par le recourant ne peuvent qu'être rejetés dans la mesure où ils sont recevables. e) Le recourant reproche au Tribunal correctionnel d'avoir écarté le témoignage de Q. \_\_\_\_\_. Les premiers juges se sont fondés sur plusieurs éléments pour écarter le témoignage précité. Premièrement, Q. \_\_\_\_\_ n'avait pas vu la patiente et ne pouvait incriminer directement A. \_\_\_\_\_. Deuxièmement, ce témoin n'avait pas non plus indiqué quel était le jour exact de son passage impromptu au cabinet de l'accusé et la mention temporelle faite par Q. \_\_\_\_\_ était insuffisante à démontrer qu'elle était effectivement présente le 17 mai 2005. Troisièmement, les déclarations de ce témoin comportaient certaines contradictions avec celles de l'accusé: ainsi, d'une part, Q. \_\_\_\_\_ n'avait pas entendu la patiente questionner le thérapeute au sujet du volume de ses seins dans le sens médical du terme; d'autre part, L. \_\_\_\_\_ avait fait plusieurs déclarations aux débats qu'il n'avait jamais faites auparavant et qui se trouvaient, de manière suspecte et surprenante, être en soudaine adéquation avec le témoignage de Q. \_\_\_\_\_; enfin, cette dernière avait exclu avoir entendu le recourant déclarer à sa patiente que le traitement se poursuivrait exclusivement sous la forme de thérapie passive et l'inviter à consulter un autre physiothérapeute, alors que L. \_\_\_\_\_ avait été ferme et constant lors de la relation de ce propos. Quatrièmement, compte tenu du programme de l'accusé le 17 mai 2005, en fin d'après-midi, il paraissait invraisemblable que Q. \_\_\_\_\_, si elle avait été présente ce jour-là, à 17 heures 45, n'eût croisé personne, ni observé d'allées et venues dans le cabinet. Cinquièmement, le comportement décrit par Q. \_\_\_\_\_ ne correspondait pas à la personnalité d'A. \_\_\_\_\_, ni son éducatrice, ni son infirmier, ni son psychiatre n'ayant relevé, chez l'intéressée, une quelconque tendance à l'exhibitionnisme, à la nymphomanie ou à tout autre comportement sexuel inadéquat (cf. jugement p. 16 à 19). L'argumentation du recourant se réduit à une rediscussion purement appellatoire de l'appréciation des indices retenus par le Tribunal de première instance pour écarter le témoignage de Q. \_\_\_\_\_. Il se borne en effet à opposer sa propre appréciation des éléments retenus à celle de l'autorité cantonale, ce qui ne suffit manifestement pas pour démontrer l'arbitraire au sens défini ci-dessus. Par ailleurs, l'appréciation précitée est complète, convaincante et fondée sur des éléments pertinents. Par

conséquent, le grief doit être écarté. Le recourant estime encore que le Tribunal correctionnel aurait dû ordonner une expertise de crédibilité dès lors qu'il émettait des doutes quant à la véracité des dépositions de Q.\_\_\_\_\_. Or, dans la mesure où l'accusé entendait se prévaloir d'une irrégularité relative aux débats, à savoir la renonciation à une expertise, il devait procéder par voie incidente et, en cas de rejet de sa requête, recourir en nullité en invoquant le moyen tiré de l'art. 411 let. f CPP ( Bovay/Dupuis/Moreillon/Piguet, op. cit , n. 7.2 ad art. 411 CPP). Ne l'ayant pas fait, il ne saurait s'en plaindre à ce stade de la procédure.

#### **E. 5**

a) Invoquant l'art. 411 let. i CPP, L.\_\_\_\_\_ fait grief aux premiers juges d'avoir tenu pour établi qu'il était en érection et qu'il avait effectué des mouvements répétés de pression de son sexe contre les fesses d'A.\_\_\_\_\_ pendant quelques minutes et non de façon furtive. Il reproche au Tribunal de ne s'être basé que sur les déclarations directes ou indirectes de la victime et d'avoir écarté les éléments à décharge comme le témoignage de Q.\_\_\_\_\_. b) Le Tribunal correctionnel a exposé précisément le déroulement des faits de la séance du 17 mai 2005 tel qu'allégué par la victime et expliqué, de manière claire et complète, les motifs pour lesquels il a préféré la version de cette dernière à celle de l'accusé, avançant, notamment, les déclarations constantes de la victime, les contradictions ou invraisemblances contenues dans les propos de L.\_\_\_\_\_, les témoignages des confidents d'A.\_\_\_\_\_, à savoir du psychiatre [...], de l'infirmier [...] et de l'éducatrice [...] ainsi que la similitude frappante avec les actes dénoncés en 1998 par trois anciennes patientes de l'accusé. Il s'est également très clairement prononcé sur les éléments à décharge tels que le témoignage de Q.\_\_\_\_\_. Sur la base de l'ensemble de ces éléments, force est de constater que la version des faits retenue par le Tribunal correctionnel se fonde sur une saine et exhaustive appréciation des preuves à sa disposition et qu'elle ne laisse subsister aucun doute susceptible d'entraîner l'application du principe in dubio pro reo. Mal fondé, le grief doit être rejeté. II. Recours en réforme

#### **E. 6**

a) Le recourant invoque une violation de l'art. 191 CP. b) Cette norme prévoit que "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 de la réclusion pour dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire". aa) Cette disposition protège, indépendamment de leur âge et de leur sexe, les personnes incapables de discernement ou de résistance dont l'auteur, en connaissance de cause, entend profiter pour commettre avec elles un acte d'ordre sexuel (ATF 120 IV 194 consid. 2a p. 196). Son but est de protéger les personnes qui ne sont pas en état d'exprimer ou de manifester physiquement leur opposition à l'acte sexuel. A la différence de la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et du viol (art. 190 CP), la victime est incapable de discernement ou de résistance, non en raison d'une contrainte exercée par l'auteur, mais pour d'autres causes. Selon la jurisprudence, 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'incapacité n'est que partielle - par exemple en raison d'un état d'ivresse - la victime n'est pas incapable de résistance (ATF 133 IV 49 consid. 7.2 p. 56; 119 IV 230 consid. 3a p. 232). Le Tribunal fédéral a jugé comme incapable de résistance une femme qui était installée sur une table

gynécologique et qui se trouvait dans l'incapacité de suivre les mouvements du médecin, qui, par surprise, lui faisait subir l'acte sexuel (ATF 103 IV 165 s.). Il a également admis une incapacité de résistance dans le cas d'une patiente ayant subi des attouchements de la part de son physiothérapeute, alors qu'elle était étendue, sur le ventre, sur la table de massage, qu'elle ne pouvait observer les gestes de l'auteur et que celui-ci, par surprise, abusait sexuellement d'elle (ATF 133 IV 49 consid. 7.4 p. 56 s.). bb) Constitue un acte d'ordre sexuel au sens de cette disposition 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, Les infractions en droit suisse, vol. I, 2002, n. 6 ad art. 187 CP; Donatsch, Strafrecht III, 9e éd. 2008, 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. Dans les cas équivoques, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce (ATF 125 IV 58 consid. 3b p. 63). Selon la doctrine, une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits constitue un acte d'ordre sexuel (Corboz, op. cit. n. 11 ad art. 187 CP; Maier, in Basler Kommentar, Strafrecht, 2e éd. 2007, n° 31 ad art. 189 CP; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6e éd. 2003, §

#### **E. 7**

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et le jugement attaqué confirmé. Les frais de deuxième instance sont mis à la charge du recourant, conformément à l'art. 450 al. 1 CPP.

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