

## **VD\_FINDINFO AP / 2010 / 216 vom 12. April 2010**

VD Tribunal cantonal, 2010-04-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_AP\\_\\_\\_2010\\_\\_\\_216](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_AP___2010___216)

FR: VD\_FINDINFO AP / 2010 / 216 du 12 avril 2010

IT: VD\_FINDINFO AP / 2010 / 216 del 12 aprile 2010

### **Regeste**

ERREUR SUR LES FAITS {DROIT PÉNAL}, FIXATION DE LA PEINE, RÉVOCATION DU SURSIS | 187 CP, 42 CP, 46 al. 1 CP, 411 let. h CPP

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Invoquant l'art. 411 let. h CPP, le recourant reproche au Tribunal correctionnel d'avoir ignoré la taille de K. \_\_\_\_\_ entre août 2007 et fin novembre 2008. Ce grief est vain. En effet, si les premiers juges ont précisé ignorer la taille exacte du jeune homme entre août 2007 et fin novembre 2008, ils ont en revanche admis qu'il était de grande taille. Ils ont relevé que, dans un rapport d'audition établi par un psychologue LAVI en décembre 2008, il était décrit comme très grand et semblant avoir plus de 15 ans et que, selon divers témoignages, il était plus grand que la moyenne dès son adolescence. Ils ont également constaté, lors des débats, que K. \_\_\_\_\_ était effectivement de grande taille puisqu'il mesurait environ 1m 90. Le fait que la victime ait grandi de 20 centimètres entre 2005 et 2010 ne permet pas d'arrêter précisément la taille de cette dernière au moment des faits, mais uniquement de procéder à une certaine évaluation. Celle-ci ne permet toutefois pas de conclure que le jugement de première instance serait lacunaire ou insuffisant, dès lors que les premiers juges ont clairement reconnu la grande taille du jeune homme.

#### **E. 5**

Se prévalant de l'art. 411 let. h CPP, le recourant reproche au Tribunal correctionnel d'avoir fondé sa conviction en se basant sur l'immatunité de la victime et de ne pas avoir considéré l'apparence physique de cette dernière comme étant déterminante. a) Selon les faits retenus, le recourant a rencontré, entre août 2007 et le 28 novembre 2008, K. \_\_\_\_\_ à une vingtaine de reprises dans les toilettes d'un magasin. Il résulte d'un rapport d'audition établi par un psychologue LAVI qu'en décembre 2008, le jeune homme était décrit comme très grand et semblant avoir plus de quinze ans. Il résulte également de divers témoignages que la victime, dès son adolescence, a été plus grande que la moyenne. Deux photos produites en mai 2009 donnent également des indications sur son apparence physique. Enfin, le Tribunal a pu forger sa propre appréciation lors des débats en auditionnant K. \_\_\_\_\_, qui est effectivement de grande taille, puisqu'il mesure environ 1m 90. Selon les premiers juges, outre la taille et la première apparence physique, il y a toutefois lieu de considérer également l'impression laissée par le jeune homme dès qu'il s'exprime; dès cet instant, il apparaît avec évidence, que l'on a affaire à un adolescent immature et non pas à une personne adulte. De plus, le Tribunal a pu voir la victime lors de l'audience alors que le jeune homme était âgé de dix-sept ans et quatre mois environ et, à dire de témoins, l'impression juvénile et d'immatunité était encore sensiblement plus grande au moment des faits. Au regard de ces éléments, les premiers juges ont tenu pour impossible que l'accusé

ait pu considérer que K. \_\_\_\_\_ avait plus de 16 ans lorsqu'ils s'étaient rencontrés en 2007 et 2008. b) Au regard des photos produites au dossier, de l'impression donnée par la victime lors des débats, alors que celle-ci était âgé de plus de 17 ans, et des témoignages attestant que l'impression de jeune âge et d'immatunité de la victime était encore plus grande au moment des faits, les premiers juges pouvaient, sans arbitraire, admettre que le recourant ne pouvait considérer que son partenaire avait plus de 16 ans lors de leurs rapports. En effet, l'aspect de la personne ne résulte pas uniquement de son physique ou de sa grande taille, mais peut également ressortir de la manière dont celle-ci s'exprime et de l'impression générale qu'elle donne. Au demeurant, le recourant a rencontré le jeune homme à une vingtaine de reprises durant plus d'une année et a eu des échanges verbaux avec lui. L'accusé est né en 1964, a immigré et a été marié, de sorte qu'il a déjà une expérience certaine de la vie. La victime, quant à elle, a toujours refusé les invitations de l'intéressé, lui expliquant pourquoi il ne pouvait pas venir chez lui. Au regard de ces éléments, le recourant ne pouvait que se rendre compte de l'immatunité de son partenaire et donc accepter l'éventualité que ce dernier n'était pas encore âgé de 16 ans au moment des agissements litigieux. Par ailleurs, la victime a également affirmé avoir indiqué au recourant, après deux ou trois rencontres et en réponse à une question de ce dernier, qu'elle avait quatorze ans. Or, aucun élément ne permet de douter de cette déclaration. En effet, le jeune homme n'a jamais cherché à charger le recourant, reconnaissant au contraire qu'il n'avait jamais été contraint, ni forcé, mais qu'il avait agi de façon consentante (cf. jugement p. 7). Sur le vu de ce qui précède, le grief doit être rejeté. III. Recours en réforme

#### **E. 6**

Saisie d'un recours en réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1er CPP). Elle est cependant liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2 CPP).

#### **E. 7**

. Le recourant affirme avoir agi sous l'influence d'une erreur, dès lors que tous les éléments lui laissaient penser que son partenaire était âgé de plus de 16 ans. a) L'art. 187 ch. 1 CP punit d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire 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 (Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, Berne 2002, n. 4 ad art. 187; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8e éd., p. 404; Jenny, Kommentar zum schweizerisches Strafrecht, vol. 4, Berne 1997, p. 24, n. 6 ad art. 187). L'art. 187 ch. 4 CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui a agi en admettant par erreur que sa victime était âgée de 16 ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu l'éviter. Cette disposition vise l'hypothèse où l'auteur adopte intentionnellement le comportement objectivement délictueux, mais en croyant par erreur que l'enfant a atteint l'âge de 16 ans. S'il accepte l'éventualité que le jeune ait moins de 16 ans, il agit par dol éventuel et ne peut bénéficier de l'art. 187 ch. 4 CP (Corboz, op cit, n. 45 ad art. 187). b) Selon les faits retenus, à Lausanne, au magasin C. \_\_\_\_\_, entre août 2007 et le 28 novembre 2008, B. \_\_\_\_\_ a rencontré à une vingtaine de reprises K. \_\_\_\_\_, né le 29

novembre 1992, dans les toilettes de ce magasin, où ils se sont masturbés mutuellement jusqu'à éjaculation. Lors de ces rencontres, K. \_\_\_\_\_ a parfois pénétré B. \_\_\_\_\_. Ce dernier lui a également fait des fellations à plusieurs reprises. Le recourant avait manifestement la conscience et la volonté de commettre les actes décrits ci-dessus. De plus, il ne pouvait que savoir ou, à tout le moins, accepter, notamment au vu de l'immatunité et de l'apparence de jeune âge de son partenaire, que celui-ci avait moins de 16 ans au moment des faits. Il ne peut donc invoquer l'erreur. Au regard de ces éléments, le recourant s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants au sens de l'art. 187 ch. 1 CP.

#### **E. 8**

Invoquant une violation de l'art. 42 al. 1 CP, le recourant soutient que les premiers juges auraient dû lui octroyer le sursis. a) Selon l'art. 42 al. 1 CP, le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Sur le plan subjectif, le juge doit poser un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. Il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable (ATF 134 IV 1 c. 4.2.2 p. 5 s.). Pour émettre ce pronostic, le juge doit se livrer à une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Il doit tenir compte de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il ne peut accorder un poids particulier à certains critères et en négliger d'autres qui sont pertinents (ATF 134 IV 1 c. 4.2.1 p. 5). b) En l'espèce, le recourant n'a pas assumé la responsabilité de ses actes. Il n'a pas non plus pris conscience de leur gravité. En effet, il a continué, même lors des débats, à soutenir que l'initiative des faits ne lui revenait pas et qu'elle devait être assumée par la victime. Jusques et y compris dans sa déclaration finale à la fin de l'audience, alors même que son avocat avait plaidé avec mesure, le recourant est allé jusqu'à affirmer que le jeune homme lui aurait quasiment imposé, par la violence, certains des actes dont il s'est lui-même rendu coupable. L'accusé a également des antécédents. En effet, il a déjà été condamné, le 10 mars 2005, pour alcool au volant et opposition à une prise de sang, à une peine d'emprisonnement de 40 jours avec sursis pendant 3 ans, puis le 8 août 2008, pour dommages à la propriété, injure et menaces, à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à 30 fr, avec sursis pendant deux ans. Contrairement à ce que semble penser le recourant et conformément à la jurisprudence et à la doctrine, des antécédents relatifs à d'autres types de délits ne sont pas sans pertinence pour l'établissement du pronostic en vue de l'octroi ou du refus du sursis (ATF 98 IV 76 c. 2, p. 82; Roland Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2e éd., art. 42 n. 59). Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le pronostic défavorable posé par le Tribunal de première instance est fondé. Un tel pronostic exclut l'octroi du sursis. Mal fondé, le grief tiré de la violation de l'art. 42 CP doit être rejeté.

#### **E. 9**

Invoquant une violation de l'art. 46 CP, le recourant conteste la révocation des sursis dont il avait bénéficié en 2005 et 2008. a) Selon l'art. 46 CP, si, durant le délai d'épreuve, le condamné commet un crime ou un délit et qu'il y a dès lors lieu de prévoir qu'il commettra de nouvelles infractions, le juge révoque le sursis ou le sursis partiel (al.1). S'il n'y a pas lieu de prévoir que le condamné commettra de nouvelles infractions, le juge renonce à ordonner

la révocation (al. 2). La commission d'un crime ou d'un délit durant le délai d'épreuve n'entraîne pas nécessairement une révocation du sursis. Seul un pronostic défavorable peut justifier la révocation. A défaut d'un tel pronostic, le juge doit renoncer à celle-ci. Autrement dit, la révocation ne peut être prononcée que si la nouvelle infraction laisse entrevoir une réduction sensible des perspectives de succès de la mise à l'épreuve (ATF 134 IV 140 c. 4.2 et 4.3 p. 142 s.). Lors de l'examen de l'éventuelle révocation du sursis pour une peine privative de liberté, il y a également lieu de tenir compte du fait que la nouvelle peine est prononcée avec ou sans sursis. Le juge peut notamment renoncer à révoquer le sursis si une peine ferme est prononcée et, à l'inverse, lorsque le sursis est révoqué, compte tenu de l'exécution de la peine, il peut être amené à nier un pronostic défavorable. L'effet préventif de la peine à exécuter doit ainsi être pris en compte (ATF 134 IV 140 c. 4.5 p. 144). b) Ainsi, conformément à la jurisprudence précitée, le juge doit tenir compte, dans le cadre de l'examen de la révocation de sursis antérieurs, des effets prévisibles de l'exécution de la nouvelle peine infligée. En l'occurrence, le Tribunal correctionnel n'a pas examiné cette question et ne s'est donc pas prononcé sur le fait de savoir si l'exécution de sept mois de peine privative de liberté serait suffisante pour détourner le recourant de la commission de nouvelles infractions et ainsi améliorer le pronostic. Dans le cas particulier, on doit admettre que l'exécution de la peine privative de liberté de sept mois, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 8 août 2008 par le Juge d'instruction de l'arrondissement de Lausanne, aura un effet d'avertissement et de choc suffisant pour dissuader le recourant de commettre de nouvelles infractions. En effet, d'une part, la peine à exécuter est d'une durée non négligeable. D'autre part, l'intéressé n'a encore subi aucune incarcération, ni d'ailleurs exécuté la moindre peine jusqu'ici. En conséquence, il n'y a pas lieu de révoquer les sursis accordés précédemment à l'intéressé. Le grief est donc admis.

#### **E. 10**

Le recourant soutient que la mère de la victime n'est pas plaignante et qu'elle ne saurait par conséquent requérir une indemnité pour tort moral. Ce grief est vain. En effet, la mère de la victime a déposé plainte lors de son audition par la police le 1<sup>er</sup> décembre 2008 (cf. pièce n° 5) et, en application de l'art. 94 CPP (Code de procédure pénale du 12 septembre 1967; RSV 312.01) elle est par conséquent de plein droit partie civile et donc habilitée à prendre des conclusions civiles.

#### **E. 11**

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être très partiellement admis et le jugement attaqué réformé dans le sens des considérants.

#### **E. 12**

. Les frais de deuxième instance sont mis à raison de  $\frac{3}{4}$  à la charge d' B. \_\_\_\_\_, le solde restant à la charge de l'Etat.

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