

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**Arrêt N°50/22 Ch. Crim.
du 16 novembre 2022**
(Not. 13795/19/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre criminelle, a rendu en son audience publique du seize novembre deux mille vingt-deux l'arrêt qui suit dans la cause

e n t r e :

le Ministère Public, exerçant l'action publique pour la répression des crimes et délits, **appelant**

e t :

PREVENU1.), né le (...) à (...) (Iraq), demeurant à L-(...), actuellement sous contrôle judiciaire,

prévenu et **appelant**

FAITS :

Les faits et rétroactes de l'affaire résultent à suffisance de droit d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre criminelle, le 22 décembre 2021, sous le numéro LCRI 95/2021, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« (...) »

De ce jugement, appel fut relevé le 13 janvier 2022 par déclaration déposée au guichet du greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg par le représentant du ministère public.

En vertu de cet appel et par citation du 7 février 2022, le prévenu PREVENU1.) fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 17 octobre 2022 devant la Cour d'appel de Luxembourg, chambre criminelle, pour y entendre statuer sur le mérite de l'appel interjeté.

A cette audience, le prévenu PREVENU1.), assisté de l'interprète assermentée à l'audience INTERPRETE1.), après avoir été averti de son droit de garder le silence et de son droit de ne pas s'incriminer lui-même, fut entendu en ses explications et moyens de défense

Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...), développa plus amplement les moyens de défense du prévenu PREVENU1.).

Madame l'avocat général Joëlle NEIS, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Le prévenu PREVENU1.) eut la parole en dernier.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 16 novembre 2022, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'**arrêt** qui suit :

Par déclaration du 13 janvier 2022 au guichet du greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, le procureur d'Etat de Luxembourg a interjeté appel d'un jugement rendu contradictoirement le 22 décembre 2021 par une chambre criminelle du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, jugement dont les motifs et le dispositif sont reproduits aux qualités du présent arrêt.

En date du 21 janvier 2022, le procureur d'Etat de Luxembourg a remis sa motivation d'appel au même greffe.

L'appel est recevable pour avoir été relevé dans les formes et délai de la loi.

Par le jugement entrepris, PREVENU1.) a été acquitté des infractions à l'article 375 alinéa 2, à l'article 385-2 (en relation avec le libellé sub II.)1.a.) ainsi qu'à l'article 383 du Code pénal. La juridiction de première instance a cependant déclaré PREVENU1.) convaincu d'avoir commis les infractions à l'article 385-2 alinéa 1^{er} du Code pénal (en relation avec le libellé sub II.)1.b), tout en limitant la période infractionnelle aux 1^{er} et 2 mai 2019) et à l'article 384 du Code pénal, a ordonné la suspension du prononcé de la condamnation pour une durée de trois ans et a ordonné diverses confiscations et restitutions.

A l'audience de la Cour d'appel du 17 octobre 2022, le représentant du ministère public a conclu à la réformation du jugement entrepris en ce qui concerne l'infraction de viol sur un mineur de moins de seize ans. Il expose que tel que la juridiction de première instance l'a retenu à bon droit, l'élément matériel du viol, à savoir la fellation, n'est pas contesté et l'absence de consentement de la victime, âgée au moment des faits de 11 ans, résulterait de la présomption de l'article 375 alinéa 2 du Code pénal. En ce qui concerne cependant l'élément moral, qui n'a pas été retenu par la juridiction de première instance, le représentant du ministère public fait valoir que le dol général serait admissible comme élément intentionnel et que l'élément moral serait également établi.

L'âge de la victime devrait être apprécié de façon objective, sans que le comportement de celle-ci n'ait une incidence, sinon la présomption d'absence de consentement de l'article 375 alinéa 2 du Code pénal serait vidée de toute portée.

Le prévenu, malgré ses doutes quant à l'âge de la victime, n'aurait cependant à aucun moment procédé à des vérifications dudit âge. L'apparence physique de la victime serait d'ailleurs celle d'une enfant de 12 à 13 ans.

L'erreur quant à l'âge de la victime pour être exonératoire devrait, à défaut d'être invincible, au moins être plausible.

Tous les éléments du viol seraient dès lors réunis de sorte qu'il y aurait lieu de retenir l'infraction de viol à l'égard du prévenu.

Le représentant du ministère public conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce qui concerne l'acquittement du prévenu pour l'infraction à l'article 385-2 alinéa 2 du Code pénal libellée sub II.)1.a.), l'élément moral pour cette infraction serait établi au vu des développements antérieurs quant au viol. En ce qui concerne l'infraction à l'article 385-2 alinéa 2 du Code pénal libellée sub II.)1.b.), il y aurait lieu d'y inclure également la date du 30 avril 2019, le prévenu ayant eu connaissance du caractère immoral de ses actes à cette date également et de confirmer le jugement entrepris pour autant qu'il a retenu l'infraction pour les dates du 1^{er} et 2 mai 2019.

Par réformation du jugement entrepris, l'infraction à l'article 383 du Code pénal serait elle aussi à retenir à charge du prévenu, l'intention criminelle du prévenu serait établie au vu des développements précédents.

Le jugement serait cependant à confirmer en ce qui concerne l'infraction à l'article 384 du Code pénal.

Les infractions à retenir à l'encontre du prévenu seraient « *en concours* » et la peine la plus forte serait celle prévue à l'article 375 alinéa 2 du Code pénal, soit au minimum un emprisonnement de trois ans en retenant des circonstances atténuantes, tel le casier vierge du prévenu, son jeune âge et sa situation professionnelle stable. Au vu des circonstances de l'espèce, le représentant du ministère public soutient qu'une peine d'emprisonnement de quatre ans est appropriée et il déclare ne pas s'opposer au sursis intégral.

Le représentant du ministère public conclut finalement encore à la confirmation de la confiscation du GSM d'PREVENU1.), telle qu'ordonnée par la juridiction de première instance.

A l'audience, PREVENU1.) déclare qu'il ne voulait vraiment pas faire « ça », sinon il n'aurait pas arrêté volontairement de contacter la victime. Il n'aurait pas non plus contacté d'autres mineurs. Il aurait été jeune au moment des faits et aurait commis une bêtise. Il fait valoir se trouver sous contrôle judiciaire depuis 4 ans et en avoir respecté les conditions.

Il fait encore valoir qu'il se trouve actuellement lié par un contrat d'apprentissage et qu'il touche le salaire minimum. Il demande à se voir accorder une chance.

Le mandataire du prévenu expose que certains éléments constitutifs du viol seraient certes établis, tels l'absence de consentement et l'élément matériel, il en serait cependant autrement de l'élément moral. Il expose ainsi qu'une intention coupable dans le chef de son mandant ferait défaut, le défaut de connaissance de l'âge de la victime suffirait pour confirmer la décision d'acquiescement, il appartiendrait d'ailleurs au ministère public de rapporter la preuve que l'auteur avait connaissance de l'âge de la victime.

Il fait encore valoir que la victime aurait déclaré avoir vingt ans, qu'elle se serait inscrite sur un site de rencontre réservé aux adultes afin de rechercher des hommes entre 18 et 22 ans et qu'elle aurait tenu des propos quant à ses préférences pornographiques, incompatibles avec un âge de 12 ans. D'ailleurs lors de la rencontre, la mineure MINEUR1.) aurait porté du maquillage ainsi que des boucles d'oreille afin de paraître plus âgée.

Le mandataire d'PREVENU1.) expose que la mineure MINEUR1.) aurait tout mis en œuvre afin de paraître plus âgée, elle aurait, par son comportement, activement cherché à induire les hommes en erreur par rapport à son âge réel. Le fait que la mineure MINEUR1.) ait déclaré avoir informé PREVENU1.) de son âge avant leur rapport sexuel serait à mettre en relation avec tous les mensonges dont elle aurait fait état lors de ses auditions, en changeant au fur et à mesure ses versions des faits. Ce serait elle qui aurait commencé la discussion de sujets sexuels et qui aurait proposé la fellation. Elle aurait finalement induit PREVENU1.) en erreur par ses agissements.

Il y aurait dès lors lieu de confirmer l'acquiescement d'PREVENU1.) en ce qui concerne l'infraction de viol.

Quant à l'infraction de grooming, le mandataire d'PREVENU1.) relève qu'en ce qui concerne les messages avant la rencontre physique du 30 avril 2019, aucun message de son mandant n'aurait contenu de proposition concrète d'une nature sexuelle et que ce serait la mineure MINEUR1.) qui aurait initié la rencontre.

En ce qui concerne les messages après la rencontre du 30 avril 2019, son mandant serait en aveu, il aurait eu connaissance de l'âge de MINEUR1.) Son mandant n'aurait cependant continué à échanger des messages avec cette

dernière que par simple curiosité et aurait cessé tout contact avec elle après seulement deux jours.

L'envoi d'images à caractère pornographique et notamment l'envoi d'une photo de son pénis serait contesté. Le seul fait que des chaussures de couleur rouge soient visibles sur la photo représentant un pénis photographié dans une voiture, et que des chaussures de couleur rouge ont été saisies au domicile du prévenu ne serait pas de nature à prouver que la photo ait été envoyée par le prévenu à MINEUR1.)

En ce qui concerne le visionnage de photos à caractère pédopornographique, son mandant ne s'en souviendrait pas avec certitude.

Il y aurait lieu en tout état de cause de retenir des circonstances atténuantes à l'égard de son mandant, consistant dans son jeune âge, de son casier vierge, de son aveu quant à la matérialité des faits, du respect de son contrôle judiciaire pendant trois ans, de sa vie stable ainsi que des efforts d'intégration fournis par le prévenu depuis son arrivée en tant que réfugié au Luxembourg.

Le mandataire du prévenu conclut en premier lieu à la confirmation du jugement entrepris, subsidiairement à des travaux dans l'intérêt général, plus subsidiairement à une peine d'emprisonnement ne dépassant pas 24 mois. Une éventuelle amende serait à adapter aux revenus de son mandant.

L'appréciation de la Cour d'appel

D'emblée, il convient de constater que certains faits reprochés à PREVENU1.) constituent des délits qui sont connexes au crime libellé à son encontre. Aussi est-ce à bon droit et par une motivation qu'il y a lieu d'adopter que le jugement a retenu que ces délits restent de la compétence de la chambre criminelle.

Les juges de première instance ont fourni par ailleurs une analyse détaillée des constatations policières, ainsi que des déclarations de la victime et des autres témoins entendus auxquelles il convient de se référer, les débats en instance d'appel n'ayant pas apporté d'éléments nouveaux par rapport à ceux qui ont été soumis à l'examen des juges de première instance.

- Quant au viol

Le viol suppose la réunion des éléments constitutifs suivants :

- un acte de pénétration sexuelle,
- l'absence de consentement de la victime. Cet élément constitutif est présumé de manière irréfragable si la victime est âgée de moins de seize ans,
- l'intention criminelle de l'auteur.

Les deux premiers éléments constitutifs sont restés établis en instance d'appel, il est en effet constant en cause que le 30 avril 2019, PREVENU1.) et la mineure MINEUR1.), née DATE1.), ont eu un rapport bucco-génital, à un moment où MINEUR1.) était âgée de 11 ans.

Il en résulte dès lors que l'absence de consentement de la victime est présumée de manière irréfragable en application de l'article 375 alinéa 2 du Code pénal.

Le consentement, même clairement établi, de la victime n'exonère pas l'auteur des faits en ce qui concerne les atteintes sexuelles, ceci même à supposer que la victime ait affiché un comportement aguicheur, entreprenant et provocateur, qu'elle ait dissimulé son âge, qu'elle ait eu une participation active durant les ébats, que c'est elle qui ait organisé le rendez-vous et choisi le lieu (cf. Cass. crim., 17 mars 2021, n° 20-86.318 : D. 2021, p. 881).

L'âge de la victime est une circonstance objective qui se rattache à toute infraction à l'article 375 alinéa 2 du Code pénal et qui existe en l'absence d'une intention spéciale de l'auteur ou d'une connaissance exacte de l'âge des personnes envers lesquelles certaines infractions sont commises (cf. Cour, 5 novembre 2013, 538/13V). L'âge de la victime est dès lors un fait public dont la preuve incombe au ministère public.

L'auteur ne peut exciper dans sa défense de l'ignorance de l'âge, par exemple en raison de l'âge apparent du mineur en cause ou des allégations de celui-ci. C'est à la personne poursuivie qu'il appartient de justifier qu'elle a légitimement pu se tromper sur l'âge de la victime (JurisClasseur Pénal, Art. 227-25 à 227-27 - Fasc. 20 : Atteintes sexuelles sans violence sur mineur, date du fascicule : 15 janvier 2022, n° 9).

Conformément aux principes généraux, l'ignorance de fait ou la bonne foi ne sont justificatives que si elles sont invincibles ; elles sont incompatibles avec une négligence ou un défaut de précaution. Ce n'est guère que dans des cas où l'agent aurait été induit en erreur par des documents qu'il n'avait pas de raison de suspecter, comme des actes faux ou erronés, que l'ignorance ou la bonne foi pourraient être envisagées à titre justificatif. (Rigaux et Trousse, Les crimes et les délits du Code pénal, t. V, Les crimes et les délits contre la sécurité publique, l'ordre des familles et la moralité publique, éd. 1968, p.248).

En l'espèce, PREVENU1.) n'établit pas d'erreur justificative, ses explications selon lesquelles il aurait été induit en erreur par les affirmations de MINEUR1.) quant à son âge, par le fait que lors de leur rencontre, elle se serait vieillie par son maquillage et sa façon de se vêtir, respectivement par sa sexualisation affichée ouvertement, ne sont pas de nature à établir une telle erreur. Il y a lieu de rappeler qu'PREVENU1.) a, d'ailleurs après réception des trois photos de MINEUR1.) en date du 29 avril 2019, immédiatement émis des doutes quant à l'âge de celle-ci. La réponse qu'il a obtenue de la part de MINEUR1.) suite à sa demande relative à l'âge de celle-ci, est pour le moins équivoque. La mineure lui a en effet écrit : « *Et si j'avais 12 ans (je n'ai pas 12 ans)* ». A cela s'ajoute que malgré une apparence physique de la mineure de tout au plus 13-14 ans, le prévenu n'a procédé à aucune vérification. L'erreur dans son chef n'est dès lors pas invincible, ni même excusable.

Par réformation du jugement entrepris, PREVENU1.) est dès lors à déclarer convaincu :

« I.) comme auteur ayant commis lui-même l'infraction,

le 30 avril 2019 entre 14.40 heures et 15.30 heures, à environ 260 mètres du lieu de rendez-vous situé à L-ADRESSE1.), dans un bois à LIEU1.),

en infraction à l'article 375 du Code pénal,

d'avoir commis un acte de pénétration sexuelle, sur une personne qui n'y consent pas, notamment en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre, avec la circonstance que l'acte de pénétration sexuelle a été commis sur la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans, partant en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre,

en l'espèce, d'avoir commis un acte de pénétration sexuelle sur la personne de MINEUR1.), née le DATE1.), partant sur la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans, et donc en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre, notamment en la soumettant à une fellation. »

- *Quant à l'infraction de grooming*

La Cour renvoie quant à l'infraction à l'article 385-2 du Code pénal aux développements en droit de la juridiction de première instance, auxquels elle se rallie.

Comme pour l'infraction de viol, l'âge de la victime pour l'infraction de grooming est une circonstance objective.

Etant donné que les échanges entre PREVENU1.) et MINEUR1.) ont eu lieu à l'aide d'un moyen de communication électronique, en l'espèce sur une plateforme de rencontres réservée aux personnes adultes, il y a lieu de retenir que jusqu'à l'envoi par MINEUR1.) des photos d'elle-même requises par PREVENU1.), ce dernier pouvait légitimement admettre qu'il était en train d'échanger avec une personne qui avait indiqué qu'elle était majeure. Etant donné cependant que MINEUR1.) a envoyé à PREVENU1.), peu de temps après le début de leur échange de messages en date du 29 avril 2019, trois photos d'elle-même, les explications de ce dernier quant à l'âge de la victime tombent à faux. La Cour rejoint en effet les enquêteurs qui ont retenu sur base de ces photos que l'apparence physique de MINEUR1.) était tout au plus de 13-14 ans. D'ailleurs, PREVENU1.) a, suite à la réception des photos, émis des doutes quant à l'âge de son interlocutrice.

A partir de la réception desdites photos, PREVENU1.) était dès lors conscient du fait qu'il échangeait des messages électroniques avec une mineure de tout au plus 13-14 ans, tel que cela a été développé ci-dessus.

Il y a cependant lieu de constater qu'il ne résulte pas de l'échange de messages, que le prévenu ait envoyé des messages à connotation sexuelle à la mineure MINEUR1.) de manière à l'entraîner à lui répondre « *je vais juste sucer ta Bite ok* », proposition qui émane de façon spontanée de la mineure MINEUR1.)

Il résulte encore de l'instruction menée en cause qu'PREVENU1.) a, suite à cette proposition, continué à échanger des messages avec la mineure tendant à fixer les modalités pratiques de leur rencontre et a même envoyé à la mineure un message à connotation sexuelle, tel que cela sera développé ci-dessous.

La Cour retient, en ce qui concerne l'envoi de la photo d'un pénis reprochée à PREVENU1.), que ce fait n'est pas établi à sa charge. Il résulte certes de l'exploitation des échanges entre PREVENU1.) et MINEUR1.) sur MEDIA1.) (rapport B.8) qu'PREVENU1.) a envoyé à MINEUR1.) le 30 avril 2019 un message par MEDIA1.) de la teneur suivante : « *Et te envoie de voiture ma bite* » et que dans les photos récupérées dans le téléphone de MINEUR1.), une photo d'une personne, assise sur le siège conducteur d'un véhicule automoteur, exhibant son pénis a été trouvée.

Une multitude de photos de sexes masculins a été trouvée sur le téléphone de la mineure MINEUR1.), photos qui d'après cette dernière lui auraient été adressées par des hommes avec lesquels elle aurait échangé des messages électroniques. L'exploitation des téléphones n'a cependant pas permis d'établir que la photo a été envoyée par PREVENU1.).

A cela s'ajoute que ni l'intérieur du véhicule, ni la chaussure de sport de couleur rouge, visibles sur la photo litigieuse, n'ont pu être attribués à l'abri de tout doute à PREVENU1.).

Au vu des développements qui précèdent, PREVENU1.) est, par réformation du jugement entrepris à retenir dans les liens de l'infraction libellée sub II.)1.)a), sauf à limiter les circonstances de temps à la période du 29 au 30 avril 2019.

Par réformation du jugement entrepris, PREVENU1.) est dès lors à déclarer convaincu :

« comme auteur ayant commis lui-même les infractions,

II.) entre le 29 et le 30 avril 2019 à L-ADRESSE2.) à LIEU1.),

1.) en infraction à l'article 385-2 du Code Pénal,

a) d'avoir, en tant que majeur, fait une proposition sexuelle à un mineur de moins de seize ans en utilisant un moyen de communication électronique, avec la circonstance aggravante que la proposition a été suivie d'une rencontre,

en l'espèce, d'avoir à une reprise fait une proposition sexuelle à la mineure MINEUR1.), préqualifiée, notamment sur MEDIA1.), en lui envoyant un message à connotation sexuelle, à savoir le message « et te envoie de voiture ma bite »,

partant sur la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans, par le biais d'un moyen de communication électronique, avec la circonstance aggravante que la proposition a été suivie d'une rencontre en date du 30 avril 2019, »

Quant à l'infraction retenue sub II.)1.)b), la Cour se rallie aux développements de la juridiction de première instance, notamment quant à la limitation de la période des faits postérieurement à la rencontre du 30 avril 2019. Il y a cependant lieu de faire abstraction dans le libellé du passage « *ou à une personne se présentant comme telle.* » Le libellé de cette infraction est dès lors à rectifier dans ce sens.

- *Quant à l'infraction à l'article 383 du Code pénal*

L'acquittement prononcé par la juridiction de première instance pour l'infraction à l'article 383 du Code pénal est à confirmer, sauf à préciser que l'acquittement intervient faute de preuve de l'envoi matériel de la photo litigieuse, et non comme retenu en première instance au vu du défaut de preuve du fait que le prévenu avait connaissance de l'âge de la victime au moment du fait.

- *Quant à l'infraction de détention et consultation de matériel à caractère pédopornographique*

La Cour se rallie en ce qui concerne cette infraction à la motivation de la juridiction de première instance qui a, pour de justes motifs, retenu PREVENU1.) dans les liens de celle-ci.

- *Quant aux peines et autres mesures*

Les infractions retenues à charge du prévenu se trouvent en concours réel, de sorte qu'il y a lieu à application de l'article 60 du Code pénal.

La peine la plus forte est celle portée par l'article 375 alinéa 2 du Code pénal, à savoir la réclusion de dix à quinze ans.

Par application de circonstances atténuantes, consistant dans l'absence d'antécédents judiciaires du prévenu, de son jeune âge et de sa situation professionnelle stable, la Cour condamne PREVENU1.) à une peine d'emprisonnement de 4 ans.

PREVENU1.) n'ayant pas encore subi de condamnation excluant le bénéfice du sursis et ne semblant pas indigne d'une telle mesure, il y a lieu d'assortir l'intégralité de la peine d'emprisonnement du sursis.

En application de l'article 78 du Code pénal et au vu des circonstances atténuantes susmentionnées, la Cour décide de remettre entièrement les interdictions des articles 11 du Code pénal devant être ordonnées suivant l'article 378 du Code pénal.

Les confiscations et restitutions ordonnées par les juges de première instance l'ont été à juste titre et sont partant également à confirmer.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, chambre criminelle, statuant contradictoirement, le prévenu PREVENU1.) entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

reçoit l'appel du ministère public ;

dit l'appel fondé;

réformant:

déclare PREVENU1.) convaincu des infractions aux articles 375 alinéa 2 et 385-2 du Code pénal libellées sub I.) et sub II.)1.)a) ;

rectifie le libellé de l'infraction à l'article 385-2 du Code pénal libellée sub II.)1.)b) ;

dit que les infractions retenues à charge d'PREVENU1.) se trouvent en concours réel ;

condamne PREVENU1.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de QUATRE (4) ANS ;

dit qu'il sera sursis à l'intégralité de cette peine d'emprisonnement ;

confirme pour le surplus le jugement déféré, quoique partiellement pour d'autres motifs ;

condamne PREVENU1.) aux frais de sa poursuite pénale en instance d'appel, liquidés à 26,00 euros;

Par application des textes de loi cités par la juridiction de première instance, tout en retranchant l'article 65 du Code pénal et les articles 621, 622 et 624 du Code de procédure pénale, et par application des articles 60, 74 et 78 du Code pénal ainsi que des articles 204, 221, 222, 626, 628 et 628-1 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, chambre criminelle, composée de Madame Valérie HOFFMANN, président de chambre, Monsieur Henri BECKER, premier conseiller, et Madame Tessie LINSTER, conseiller, qui ont signé le présent arrêt avec Monsieur Gilles FABER, greffier.

La lecture de l'arrêt a été faite en audience publique à la Cité Judiciaire, bâtiment CR, plateau du St. Esprit, par Madame Valérie HOFFMANN, président de chambre, en présence de Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général, et de Monsieur Gilles FABER, greffier.