

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 4 mars 2013

Présidence de Mme R O U L E A U, présidente
Juges : MM. Battistolo et Colelough
Greffière : Mme Bonnard

Parties à la présente cause :

F._____, prévenu, représenté par Me Alain Dubuis, avocat de choix à Lausanne, appelant,

et

C.A._____, **I.A.**_____ et **J.A.**_____, plaignants, représentés par Me Stefan Disch, avocat de choix à Lausanne, intimés,

Ministère public, représenté par la Procureure de l'arrondissement de Lausanne, intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 6 novembre 2012, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a constaté que F._____ s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance (I), l'a condamné à une peine privative de liberté de 24 mois (II), a suspendu l'exécution d'une partie de la peine privative de liberté portant sur 18 (dix-huit) mois et a fixé au condamné un délai d'épreuve de 3 ans (III), a dit que F._____ doit verser à C.A._____ les sommes de 20'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} février 2009, à titre de tort moral, 1'940 fr., sans intérêt, à titre de remboursement des frais médicaux et 15'000 fr. à titre de dépens pénaux (IV), a dit que les objets répertoriés sous fiches numéros 44149, 44150 et 44700 sont laissés au dossier à titre de pièce à conviction (V) et a mis les frais de justice, arrêtés à 16'256 fr. 75, à la charge de F._____ (VI).

B. Le 7 novembre 2012, F._____ a formé appel contre ce jugement. Par déclaration d'appel du 10 décembre 2012, il a conclu, avec suite de frais, principalement à son acquittement et au rejet des conclusions civiles, subsidiairement à la réforme des chiffres II à IV du dispositif en ce sens qu'il est condamné à une peine privative de liberté fixée à dire de justice, mais d'au maximum douze mois, avec sursis pendant trois ans et qu'il est reconnu débiteur de C.A._____ de la somme que justice dira à titre de réparation pour tort moral.

Par courrier du 21 décembre 2012, le Ministère public a déclaré qu'il n'entendait pas présenter une demande de non-entrée en matière ni déposer un appel joint. Aux débats, il a conclu au rejet de l'appel.

Le 3 janvier 2013, C.A._____, I.A._____ et J.A._____ ont déclaré ne pas présenter de demande de non-entrée en matière ni déposer d'appel joint. Aux débats d'appel, ils ont conclu au rejet des conclusions principales de l'appel.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. F._____, ressortissant de Chine, au bénéfice d'un permis d'établissement, est né le 5 juillet 1972 à Hong Kong, où il a été élevé. Après sa scolarité obligatoire, il a entrepris une première formation de technicien électricien qu'il a abandonnée. Il a travaillé pendant six ans dans un supermarché, puis a accompli une formation de boulanger, couronnée par l'équivalent d'un certificat fédéral de capacité (CFC). Il s'est installé en Suisse en 1996. Depuis lors, il a travaillé en qualité de cuisinier dans divers restaurants chinois. Il est actuellement employé d'un restaurant chinois à [...], pour un salaire mensuel de 3'700 francs. Il ne parle toujours pas le français. En 1999, il a épousé O._____. Le couple n'a pas d'enfant, l'épouse estimant que son mari n'est pas suffisamment mature pour cela.

L'appelant a été soumis à une expertise psychiatrique, qui n'a décelé aucune pathologie psychiatrique, juste, d'un point de vue psychologique, une certaine immaturité, avec toutefois une bonne intégration des différences intergénérationnelles (P. 93).

Le casier judiciaire de l'appelant ne comporte aucune inscription.

2. O._____ était la nounou des enfants d'I.A._____ et J.A._____, soit C.A._____, née le 26 juillet 2001, et A.A._____, né le 15 juin 2005, jusqu'au déménagement de la famille à Genève. Elle travaillait alors au domicile des parents. Depuis lors, elle ne gardait plus

ces enfants qu'occasionnellement. A cinq reprises, entre le 17 décembre 2007 et le 1^{er} février 2009, les enfants ont dormi au domicile de leur nounou - et donc de l'appelant - à Lausanne. Durant les visites des enfants, le prévenu jouait avec C.A._____. Il l'a embrassée à plusieurs reprises sur la bouche et lui a donné des bisous sur les fesses. Il lui a également fait des câlins et des caresses sur la taille, le dos et les fesses.

Quatre fois, l'appelant a dormi avec C.A._____. A ces occasions, il a touché le pubis de la fillette. La nuit du 31 janvier 2009 au 1^{er} février 2009, alors que la fillette était couchée sur le ventre, l'appelant a passé sa main par l'arrière de son pantalon de pyjama, lui a touché le pubis et a "fouillé" la vulve.

I.A._____ a déposé plainte le 3 février 2009.

En droit :

1. Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la communication du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit. La déclaration d'appel doit, quant à elle, être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP).

Interjeté dans les formes et délais légaux par une partie ayant qualité pour le faire (art. 382 al. 1 CPP) et dirigé contre un jugement d'un tribunal ayant clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel formé par F._____ est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus

du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, pour constatation incomplète ou erronée des faits et pour inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves (TF 6B_78/2012 du 27 août 2012). L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Luzius Eugster, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, n. 1 ad art. 398 CPP). L'immédiateté des preuves ne s'impose toutefois pas en instance d'appel. Selon l'art. 389 al. 1 CPP, la procédure d'appel se fonde sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance. La juridiction d'appel administre, d'office ou à la demande d'une partie, les preuves complémentaires nécessaires au traitement de l'appel (art. 389 al. 3 CPP).

3. F._____ conteste les faits retenus par les premiers juges et estime que ces derniers ont violé la présomption d'innocence.

3.1

3.1.1 La constatation des faits est incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et tous les moyens de preuve déterminants pour le jugement n'ont pas été pris en compte par le tribunal de première instance. Elle est erronée lorsque le tribunal a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces, par exemple (Kistler Vianin, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 19 ad art. 398 CPP).

3.1.2 Selon l'art. 10 CPP, toute personne est présumée innocente tant qu'elle n'est pas condamnée par un jugement entré en force (al. 1).

Le tribunal apprécie librement les preuves recueillies selon l'intime conviction qu'il retire de l'ensemble de la procédure (al. 2). Lorsque subsistent des doutes insurmontables quant aux éléments factuels justifiant une condamnation, le tribunal se fonde sur l'état de fait le plus favorable au prévenu (al. 3).

La présomption d'innocence, garantie par les art. 14 par. 2 Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2), 6 par. 2 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101) et 32 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves.

En tant que règle relative au fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie que toute personne prévenue d'une infraction pénale doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie et, partant, qu'il appartient à l'accusation de prouver la culpabilité de celle-là (ATF 127 I 38 c. 2a; TF 6B_831/2009 du 25 mars 2010 c. 2.2.1).

Comme règle d'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* est violé si le juge du fond se déclare convaincu de faits défavorables à l'accusé sur lesquels, compte tenu des éléments de preuve qui lui sont soumis, il aurait au contraire dû, objectivement, éprouver des doutes; on parle alors de doutes raisonnables (cf. ATF 120 Ia 31 c. 2c; TF 6B_831/2009, précité, c. 2.2.2). 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. Bien plutôt, il doit s'agir de doutes importants et irréductibles, qui s'imposent au vu de la situation objective (ATF 127 I 38 c. 2a). Dans cette mesure, la présomption d'innocence se confond avec l'interdiction générale de l'arbitraire, prohibant une appréciation reposant sur des preuves inadéquates ou sans

pertinence (TF 6B_216/2010 du 11 mai 2010 c. 1.1.1 et 1.1.2 et la jurisprudence citée).

3.2 L'appelant estime d'abord que les premiers juges n'ont à tort pas considéré ses déclarations comme crédibles. Ses aveux partiels résulteraient selon lui d'un malentendu lié à la traduction.

L'appelant a été entendu trois fois en cours d'enquête (PV audition 2, 4 et 5) et une fois aux débats de première instance. Lors de ses deux premières auditions, il était assisté d'un interprète parlant le mandarin, dont il n'a que quelques notions, alors que sa langue maternelle est le cantonais. Les deux fois suivantes, à sa demande (P. 63), il était assisté d'un interprète parlant le cantonais. Si on se réfère à ces deux dernières auditions seulement, on constate que le prévenu admet seulement que C.A._____ l'a embrassé sur la bouche à plus de cinq reprises et qu'il a dormi trois fois avec elle. Il n'y aurait pas eu de « caresses » entre eux, « même durant les jeux ».

Lors de sa première audition, il avait admis que l'enfant et lui s'étaient embrassés sur la bouche et deux ou trois fois en se touchant la langue. Il lui avait aussi une fois fait des bisous sur les fesses, de même qu'il lui avait prodigué des « câlins », soit des caresses, sur la taille, le dos et les fesses. Il l'avait portée en la soulevant sous les fesses. Il lui avait aussi une fois mis de la pommade et l'avait peut-être involontairement touchée entre les jambes. Il l'avait enfin vue enlever sa culotte pour s'exhiber et se toucher le sexe, « peut-être parce que ça la grattait ». En jouant, l'enfant lui avait touché le sexe par-dessus les vêtements sans faire exprès. Il a reconnu que son comportement était peut-être trop intime.

Lors de sa deuxième audition, il a contesté « tout geste déplacé ». Concrètement, il admet avoir embrassé C.A._____ sur la bouche; celle-ci sortant parfois la langue, mais pas lui. Pour le reste, les explications sur des faits concrets demeurent les mêmes.

Dès lors, on peut constater que, dans l'ensemble, l'appelant ne parle pas si mal le mandarin puisqu'il a compris l'essentiel, si ce n'est toutes les subtilités linguistiques, et a pu se faire comprendre. Il a constamment nié les attouchements sur le sexe de l'enfant et, de façon générale, toute caresse à connotation sexuelle, n'admettant que des câlins affectueux ou des gestes anodins (jeux, hygiène, etc.). Les bisous sur la bouche restent admis au fil des procès-verbaux et seule la question de l'usage ou non de la langue a changé entre la première et la deuxième audition, soit avant le changement d'interprète.

En conséquence, il n'existe aucun malentendu lié à la traduction.

3.3 L'appelant soutient ensuite n'avoir jamais changé de version et qu'il serait crédible. Il aurait toujours affirmé avoir simplement mis de la crème à la fillette après la douche et, à cette occasion, l'avoir peut-être, fortuitement, touchée entre les jambes. Il n'aurait jamais embrassé l'enfant sur la bouche « avec la langue », c'est elle qui l'aurait embrassé et léché.

Les premiers juges ont considéré que l'appelant serait revenu sur une partie de ses premières déclarations pour tenter de se disculper (jgt, p. 24). Or, on ne peut pas suivre cette appréciation dans la mesure où, en substance, si ce n'est au mot près, les déclarations de l'intéressé sont constantes. Le fait de reconnaître que son comportement a peut-être été déplacé ne constitue pas l'aveu d'une infraction pénale, mais une réflexion autocritique. La contestation du baiser lingual est venue très rapidement, le premier jour (PV audition 4), et peut s'expliquer par une incompréhension.

3.4 L'appelant conteste avoir attribué à l'enfant des comportements érotiques (baisers avec la langue, masturbation) et soutient que les premiers juges se seraient mépris sur le sens de ses déclarations.

Le prévenu affirme certes que c'est C.A._____ qui l'embrassait sur la bouche, mais n'en fait pas un comportement équivoque; il dit seulement qu'elle faisait cela - à sa femme aussi - lorsqu'elle arrivait chez eux et qu'elle était contente. Le contact de la main de l'enfant avec le sexe de l'appelant, par-dessus les habits, est attribué par ce dernier au hasard du jeu. Le massage intime n'est pas expliqué, si ce n'est que l'hypothèse d'une démangeaison est évoquée.

Contrairement à ce que retiennent les premiers juges, l'appelant n'a jamais affirmé que l'enfant se masturbait. Les explications données par l'intéressé ne sont pas la signature d'un pervers.

3.5 L'appelant estime que les premiers juges ont retenu à tort que les déclarations de C.A._____ étaient crédibles.

Les accusations de l'enfant sont jugées crédibles par deux experts (P. 41 et 50), avec un score pas très élevé, certes, mais l'enfant, bien que jugée intelligente, est dans le bas de la fourchettes des âges à laquelle l'échelle chiffrée s'applique, le minimum requis étant moindre pour les plus jeunes (P. 41, p. 5). De plus, le visionnage du DVD de l'audition de C.A._____ donne dans l'ensemble l'impression d'un réel vécu, notamment lorsqu'elle explique et mime comment l'appelant glissait sa main dans son bas de pyjama, comment elle essayait - en vain - de s'y soustraire en se tournant ou en serrant la ceinture le plus possible, pourquoi elle s'était confiée à sa mère ou comment le prévenu éludait la question lorsqu'elle lui demandait pourquoi il faisait cela.

Toutefois, certains éléments sèment un certain doute. Tout d'abord, il est évident qu'avant son audition par la police, la fillette a assez longuement discuté avec ses parents, qui lui ont dit que l'appelant avait fait « ce qu'il ne fallait pas », que la nounou était vraisemblablement au courant, et qu'elle avait sauvé d'autres enfants en parlant (P. 38, p. 4). D'autre part, certains éléments de suggestion apparaissent dans le dossier. Le premier expert a estimé que la déclaration selon laquelle

l'appelant aurait pris la main de l'enfant pour que celle-ci touche le sexe pouvait être soit « le fruit de suggestions », soit « des corrections rendues possibles par les sujets abordés par l'inspectrice » (P. 41, p. 7). A cet égard, le second expert penche pour la deuxième hypothèse, l'enfant ne présentant pas de sensibilité à la suggestion (P. 50, p. 10). On peut faire le même constat. En effet, lors de son audition, C.A._____ dit que sa nounou n'a rien fait de mal, démontrant ainsi qu'elle n'est pas si influençable puisque ses parents ne sont pas du même avis. De plus, cet épisode, qu'elle ne raconte pas spontanément, ne situe pas dans le temps et l'espace, reste peu étayé.

Des accusations ont également été proférées contre O._____ par A.A._____, interrogé à son tour par sa mère, qui n'ont finalement, après un début d'enquête, pas été jugées crédibles (P. 50, p. 11) et ont fait l'objet d'un classement. Le résumé des Hôpitaux universitaires genevois (HUG, P. 17) démontre que la mère a posé des questions orientées et fermées. Elle a ainsi expressément demandé à A.A._____ « si O._____ avait mis sa main sous son pyjama ». Elle a demandé à C.A._____ si l'appelant « lui avait fait des bisous » ou « avait fait quelque chose avec son pénis ». En revanche, rien ne permet de penser que les policiers, assistants sociaux et autres médecins genevois qui ont entendu l'enfant avant l'audition filmée de la police vaudoise aient effectué une audition qui n'était pas dans les normes. Lors de son audition filmée, C.A._____, renfrognée, dit que c'est surtout sa mère qui a parlé à cette occasion parce qu'elle-même ne voulait pas le faire.

Au vu de ce qui précède, on peut partager l'avis des premiers juges quant à l'absence d'influence des premiers interrogatoires sur la crédibilité de l'enfant (jgt, pp. 25-26). Ensuite, si certains points du récit de la fillette sont difficilement compréhensibles, ce qui n'a rien d'anormal au vu de son jeune âge, il n'en demeure pas moins que son récit est authentique dans son ensemble et un certain nombre d'éléments n'ont pas pu lui être insufflés par sa mère. Pour le reste, la Cour de céans estime qu'il existe un doute prépondérant sur les éléments suivants, qu'elle ne retient donc pas, contrairement aux premiers juges:

- le fait que l'appelant se serait léché les doigts au préalable, C.A. _____ associant vraisemblablement son eczéma et/ou ses douleurs à un manque d'hygiène. C'est surtout le fait que le prévenu l'ait touché sans se laver les mains d'abord qui semble perturber la fillette;

- le fait que l'appelait aurait demandé à la fillette de lui toucher le pénis, cet événement n'étant pas spontanément raconté ni situé dans un contexte;

- le fait que les attouchements auraient eu lieu à cinq reprises, sans compter la nuit du 1^{er} février 2009, alors que C.A. _____ n'a dormi que quatre fois avec le prévenu, y compris la nuit du 1^{er} février 2009.

3.6 L'appelant relève que l'examen gynécologique effectué sur C.A. _____ n'a rien révélé.

La fillette a été examinée le 2 février 2009 dans l'après-midi, alors que le dernier attouchement daterait de la nuit du 31 janvier au 1^{er} février 2009 (P. 17). Le médecin a observé, au niveau uro-génital, « un hymen intact, pas de lésion vulvaire, pas d'hématome », et, au niveau de la peau, « quelques lésions eczématiformes centimétriques éparses au niveau des membres inférieurs, pas d'eczéma pubien », alors que la mère dit avoir constaté, la veille, un eczéma « localisé uniquement au niveau de la vulve et du pubis » (P. 4) et a déclaré aux débats de première instance qu'il s'agissait peut-être de rougeurs dues « à un frottement » (jgt, p. 13).

L'absence de lésion ne signifie pas nécessairement qu'il ne s'est rien passé. L'acte d'accusation ne retient pas une pénétration. L'enfant dit que le prévenu est allé « dedans » mais vu son jeune âge et sa connaissance forcément limitée de sa propre anatomie, elle peut se tromper, et ressentir une intrusion alors qu'il s'agit d'un attouchement entre les lèvres et le sexe.

3.7 L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir envisagé l'hypothèse émise par le témoin N._____, selon laquelle l'enfant aurait inventé cette histoire pour que ses parents s'occupent d'avantage d'elle.

Le témoin N._____ émet l'hypothèse que la mère culpabilisait de travailler et aurait peut-être trop réagi. La lecture du dossier ne donne pas l'impression que les parents ont eu une réaction anormale. Si par hypothèse, les questions suggestives de la mère ont provoqué un faux dévoilement, les encouragements des parents (« tu as sauvé les autres enfants », fête « du courage » à C.A._____) ont pu enfermer celle-ci dans un mensonge dont elle ne mesurait pas bien les conséquences. Cela étant, un mensonge intégral paraît peu vraisemblable vu les détails périphériques et crédibles racontés par la fillette. De plus, il aurait fallu que les parents aient très rapidement conditionné leur fille pour lui faire raconter une histoire cohérente, ou que celle-ci soit véritablement machiavélique pour inventer des détails qui sonnent si vrai.

L'hypothèse de « faux souvenirs » peut quant à elle être écartée par les expertises de crédibilité.

3.8 L'appelant soutient enfin que rien ne permet de penser qu'il éprouve une attirance sexuelle pour les enfants. Il relève que la fouille de son ordinateur n'a rien donné, que sa femme a témoigné de leurs relations intimes normales, et que l'expertise psychiatrique n'a révélé aucun trait pédophile ou pervers, l'expert aurait au contraire souligné sa bonne intégration des différences intergénérationnelles et son respect de la loi.

Avec l'appelant, il convient de constater que rien dans sa personnalité ne permet d'imaginer qu'il puisse commettre le type d'actes qui lui est reproché. Il ne recherche pas particulièrement les contacts avec des enfants, son épouse travaillant en général au domicile des parents et lui-même dans la cuisine d'un restaurant. Il n'a pas d'antécédents alors qu'il est âgé de 41 ans et qu'il vit en Suisse depuis quinze ans. Aucune autre plainte n'a été émise contre lui et il est en particulier soutenu par le

témoin N._____ qui a confié ses enfants à O._____. Certes, il serait un peu « immature », mais pas au point que l'expert, qui évoque l'hypothèse d'une intelligence « quelque peu limitée » (P. 97, p. 7), signale cela comme une pathologie.

3.9 En définitive, nonobstant la pertinence de certains griefs de l'appelant, la Cour est convaincue par les accusations de l'enfant dans la mesure indiquée plus haut et a donc retenus les faits susdécrits. Le prévenu est libéré des autres accusations au bénéfice du doute.

4. F._____ soutient que les faits avérés ne constituent pas des actes d'ordre sexuel au sens de l'art. 187 CP et conclut à son acquittement.

4.1 L'art. 187 ch. 1 al. 1 CP réprime le comportement de 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 (TF 6B_103/2011 du 6 juin 2011 c. 1.1; Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e édition, 2010, n. 4 ad art. 187 CP, p. 785; Andreas Donatsch, Strafrecht III, 9^e édition, 2008, p. 458; Guido Jenny, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Bes. Teil., vol. 4, 1997, n. 6 ad art. 187 CP, p. 24).

Par acte d'ordre sexuel, il faut entendre 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 (Bernard Corboz, op. cit., n. 6 ad art. 187 CP, p. 785; Andreas Donatsch, op. cit., 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 ou de la signification que le comportement a pour celui-ci ou pour la victime (TF 6B_7/2011 du 15 février 2011 c. 1.2; TF 6B_777/2009 du 25 mars 2010 c. 4.3; TF 6S.355/2006 du 7 décembre 2006 c. 3.1, non publié à l'ATF 133 IV 31). Dans les cas équivoques, qui n'apparaissent extérieurement ni neutres, ni clairement connotés sexuellement, il convient de tenir compte de l'ensemble des éléments d'espèce, notamment de l'âge de la victime ou de sa différence d'âge avec l'auteur, de la durée de l'acte et de son intensité, ainsi que du lieu choisi par l'auteur (ATF 125 IV 58 c. 3b p. 63). Il résulte de cette jurisprudence que la notion d'acte d'ordre sexuel doit être interprétée plus largement lorsque la victime est un enfant. Dans ce cas, il faut se demander si l'acte, qui doit revêtir un caractère sexuel indiscutable, est de nature à perturber l'enfant (TF 6B_103/2011 précité; Bernard Corboz, op. cit., n. 7 ad art. 187 CP, p. 786).

Un baiser sur la bouche ou une tape sur les fesses sont des actes insignifiants qui ne sont pas des actes d'ordre sexuel. En revanche, un baiser lingual ou des baisers insistants sur la bouche revêtent indiscutablement un caractère sexuel (ATF 125 IV 58 c. 3b p. 63; TF 6B_7/2011 du 15 février 2011 c. 1.4). Il en va de même d'une caresse insistante du sexe, des fesses ou des seins, même par-dessus les habits (Trechsel/Bertossa, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, n. 6 ad art. 187 CP). Lorsque la victime est un enfant, la pratique tend à admettre l'existence d'un acte d'ordre sexuel même pour des attouchements furtifs par-dessus les habits, qui entraîneraient plutôt, entre adultes, l'application de l'art. 198 al. 2 CP (TF 6B_103/2011 précité; Bernard Corboz, op. cit., n. 7 ad art. 187 CP, p. 786).

D'un point de vue subjectif, l'auteur d'un acte d'ordre sexuel doit agir intentionnellement, l'intention devant porter sur le caractère sexuel de l'acte et sur le fait que la victime est âgée de moins de seize ans (TF 6B_103/2011 précité).

4.2 L'art. 191 CP vise à protéger la liberté et l'honneur sexuels des personnes psychiquement ou physiquement incapables à se défendre contre des sollicitations d'ordre sexuel (ATF 120 IV 198 c. 2b, JT 1996 IV 42). Outre un acte d'ordre sexuel, cette infraction suppose que l'auteur a agi sur une personne incapable de discernement, soit lorsque les aptitudes mentales de la personne ne lui permettent pas de comprendre la signification et la portée des relations sexuelles, et de se déterminer en toute connaissance de cause. La question de l'incapacité de discernement en raison du jeune âge est délicate. Le Tribunal fédéral a jugé qu'est incapable de discernement en raison de son très jeune âge l'enfant âgé de quatre ans et onze mois, car il ne réalisait manifestement pas la signification des actes dont il a été victime. Lorsque l'enfant est plus âgé, l'art. 191 CP est applicable à l'auteur que si celui-ci a profité d'une incapacité de discernement ou de résistance allant manifestement au-delà d'une simple immaturité (Dupuis et al., Petit Commentaire du Code pénal, Bâle 2012, nn. 1 et 9 ad art. 191 CP et les références citées).

Sur le plan subjectif, l'art. 191 CP définit une infraction intentionnelle. Selon la doctrine dominante, la formule « en sachant » n'exclut pas le dol éventuel (Dupuis et al., op. cit., n. 20 ad art. 191 CP).

Pour le Tribunal fédéral, lorsque des actes d'ordre sexuel sont commis sur un enfant qui, en raison de son âge, est incapable de discernement, on doit admettre qu'il y a concours idéal entre les art. 187 et 191 CP puisque les dispositions protègent des biens juridiques différents (Dupuis et al., op. cit., n. 26 ad art. 191 CP et les références citées).

4.3 En l'espèce, les attouchements du sexe sous le pyjama tombent manifestement sous le coup de l'art. 187 CP, mais aussi sous le coup de l'art. 191 CP vu le jeune âge de la fillette qui a déclaré expressément qu'elle ne se rendait pas compte, avant de parler avec ses parents, que les agissements de l'appelant étaient anormaux. Subjectivement, l'appelant ne pouvait pas ignorer le caractère sexuel de ses attouchements, que C.A. _____ était âgée de moins de seize ans et

qu'elle n'était pas en mesure de se défendre et de comprendre les actes qu'elle subissait.

En revanche, rien ne permet d'affirmer que les bisous, câlins et caresses prodigués pendant des jeux aient eu une connotation sexuelle. Il en va de même des baisers sur la bouche. Tous ces gestes ont eu lieu devant O._____ qui n'y a rien trouvé à redire. Le caractère sexuel des actes précités ne sera pas retenu au bénéfice du doute.

5. F._____ soutient que la peine infligée par les premiers juges est excessive et qu'il ne devrait pas être condamné à une peine excédant 12 mois, avec sursis.

5.1 Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 136 IV 55 c. 2.1; ATF 134 IV 17 c. 2.1; ATF 129 IV 6 c. 6.1).

5.2 D'après 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. Il découle de l'art. 42 al. 2 CP que le sursis total est exclu sauf circonstances particulièrement favorables si, durant les cinq ans qui ont précédé l'infraction, l'auteur a été condamné, notamment, à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. Aux termes de l'art. 43 al. 1 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute.

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, respectivement du sursis partiel, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit accorder le sursis. Celui-ci est ainsi la règle, dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable et hautement incertain (TF 6B_88/2011 du 18 avril 2011 c. 2.1 et les références citées). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée par le juge pour exclure le sursis. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'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 (ATF 135 IV 180 c. 2.1; 135 IV 152 c. 3.2.1 non publié; Kuhn, Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, n. 17 ad art. 42). Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents.

5.3 En l'espèce, les actes reprochés à F._____ sont, sur l'échelle de l'horreur, d'une gravité modérée à moyenne. A charge, il convient de tenir compte du concours d'infraction, du mobile égoïste, de l'absence de considération pour le bien-être de l'enfant, de l'abus de son innocence et de sa confiance, du jeune âge de la victime ainsi que de ses dénégations persistantes. A décharge, on prendra en considération le bon comportement de l'appelant depuis les faits qui remontent à plusieurs années, son immaturité, sa bonne réputation jusque là et son intégration professionnelle.

Compte tenu de la culpabilité de l'appelant et de sa situation personnelle, une peine privative de liberté de 15 mois paraît adéquate.

S'agissant de l'octroi du sursis, il est difficile de déterminer si l'appelant a pris conscience de ses actes, tout acte répréhensible étant contesté et l'autocritique concernant des comportements qui ne sont en définitive pas l'objet de la procédure, tel que dormir avec des enfants, n'étant pas un indice de prise de conscience. Les dénégations ne sont à l'inverse pas une preuve d'absence de prise de conscience; elles peuvent être liées à un sentiment de honte. Le risque de récidive est quant à lui tout aussi difficile à évaluer. Toutefois, en l'absence d'antécédent, il n'existe pas d'éléments suffisants permettant d'affirmer que le pronostic quant au comportement futur du prévenu est défavorable ou même mitigé, et qu'une peine assortie d'un sursis ne déploierait aucun effet dissuasif. Dans ces circonstances, l'appelant peut bénéficier d'un sursis, dont le délai d'épreuve sera fixé à trois ans pour tenir compte de la nature des actes reprochés et de la prise de conscience discutable.

6. L'appelant estime enfin que l'indemnité pour tort moral allouée à la victime par les premiers juges est excessive.

6.1 L'art. 47 CO étant un cas particulier de l'action générale en réparation du tort moral prévue par l'art. 49 CO, le lésé n'a droit à une réparation que pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie (Tercier,

Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1982, nn. 2047 ss). On définit le tort moral comme les souffrances physiques ou psychiques que ressent la personne lésée à la suite d'une atteinte à sa personnalité. L'art. 49 al. 1 CO exige une atteinte d'une certaine gravité, dépassant la mesure de ce qu'une personne doit normalement supporter sans recourir au juge, que ce soit sur le plan de la durée des souffrances ou de leur intensité (Deschenaux/Tercier, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 1982, nn. 24 ss.; Tercier, op. cit., n. 2029 et nn. 2047 ss; Tercier, La réparation du tort moral : crise ou évolution ?, in : Mélanges Deschenaux, Fribourg 1977, pp. 307 ss, spéc. p. 313, ch. 3).

Alors que le calcul du dommage se fonde autant que possible sur des données objectives, l'évaluation du tort moral échappe par sa nature à une appréciation rigoureuse, puisqu'elle concerne des valeurs par définition non mesurables. En effet, nul ne peut réellement évaluer la souffrance d'autrui (Werro, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 1271). Selon la jurisprudence, le juge ne peut dès lors se fonder sur un tarif préétabli mais doit bien davantage prendre en considération l'ensemble des circonstances. De façon générale, la fixation de la réparation morale devrait s'effectuer en deux phases, la phase objective principale permettant de rechercher le montant de base au moyen de critères objectifs et la phase d'évaluation faisant intervenir les facteurs d'augmentation ou de réduction du tort moral ainsi que les circonstances du cas particuliers tels que la cause de la responsabilité, la gravité de la faute, une éventuelle faute concomitante et les conséquences dans la vie particulière du lésé (ATF 132 II 117 c. 2.2.3; TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007 c. 7.3).

Les facteurs de réduction des art. 43 et 44 CO sont applicables par analogie à l'indemnité pour tort moral (Werro, Commentaire romand, n. 16 ad art. 49 CO). On précisera encore que la réparation a un caractère compensatoire, à l'exclusion de toute fonction pénale, et que la gravité de la faute ne joue un rôle que dans la mesure où elle rend encore plus douloureuses les circonstances qui ont entouré la survenance de l'atteinte,

aggravant ainsi l'intensité des douleurs dont souffre la victime (Tercier, op. cit., spéc. pp. 314 s., II.1.a, et p. 325, ch. 2.1).

Comme il s'agit d'une question d'équité – et non pas d'une question d'appréciation au sens strict, qui limiterait son pouvoir d'examen à l'abus ou à l'excès du pouvoir d'appréciation –, il faut examiner librement si la somme allouée tient suffisamment compte de la gravité de l'atteinte ou si elle est disproportionnée par rapport à l'intensité des souffrances morales causées à la victime (ATF 130 III 699 c. 5.1, JT 2006 I 193, SJ 2005 I 152; ATF 129 IV 22 c. 7.2; ATF 125 III 269 c. 2a, SJ 1999 I 431).

6.2 C.A._____ a ressenti des douleurs et a parlé de ce qu'elle vivait parce qu'elle avait peur d'avoir attrapé une maladie; ces événements ont donc été pour elle une source de souffrances physique et psychologique. Toutefois, dans un premier temps, après la dénonciation, la fillette a d'abord été déçue, et « même angoissée et triste », de ne plus pouvoir aller chez sa nounou, attachée qu'elle était à cette dernière et à l'appelant (P. 27). Ensuite, elle a ressenti des sentiments de peur « que le prévenu s'en prenne à elle et qu'O._____ lui en veuille » (jgt, p. 5). Après quelques temps de thérapie, la fillette a pu parler et des sentiments de colère, de déception, de perte de l'innocence sont apparus, mais elle ne s'est « pas effondrée », parce qu'elle est intelligente (jgt, pp. 9-10).

Au vu de tous ces éléments, l'atteinte est relativement modérée et l'indemnité de 20'000 fr. allouée par les premiers juges est excessive. Compte tenu de la casuistique en la matière (notamment CCASS, 19 mars 2009, n°103; CCASS, 21 mai 2007, n° 110; CCASS, 21 mai 2007, n° 106; CCASS, 28 décembre 2006, n° 456), une indemnité de 8'000 fr. paraît justifiée et sera allouée à C.A._____.

7. En conclusion, l'appel formé par F._____ doit être partiellement admis.

Vu l'issue de la cause, les frais d'appel sont mis par moitié à la charge de l'appelant, le solde étant laissé à la charge de l'Etat (art. 428 al. 1 CPP).

Compte tenu de la complexité de l'affaire et des opérations effectuées en appel, ces dernières ayant consisté en quelques courriers, la préparation et la participation à l'audience d'appel, il convient d'allouer à C.A._____, I.A._____ et J.A._____, à charge de F._____, une indemnité à titre de dépens d'un montant de 2'500 francs.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant les art. 40, 42, 44 al. 1, 47, 49, 50, 187 ch. 1 et 191 CP;
398 ss CPP,
prononce :

- I. L'appel formé par F._____ est partiellement admis.
- II. Le jugement rendu le 6 novembre 2012 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne est modifié aux chiffres II à IV de son dispositif, ce dernier étant désormais le suivant :
 - I. *Constata que F._____ s'est rendu coupable d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance.*
 - II. *Condamne F._____ à une peine privative de liberté de 15 (quinze) mois.*
 - III. *Suspend l'exécution de la peine et fixe à F._____ un délai d'épreuve de 3 (trois) ans.*
 - IV. *Dit que F._____ doit verser à C.A._____ les sommes de :*
 - *8'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} février 2009, à titre de réparation du tort moral;*

- 1'940 fr. sans intérêt à titre de remboursement des frais médicaux;

- 15'000 fr. à titre de dépens pénaux.

V. Dit que les objets répertoriés sous fiches numéros 44149, 44150 et 44700 sont laissés au dossier à titre de pièces à conviction.

VI. Met les frais de justice arrêtés à 16'256 fr. 75 à la charge de F. _____."

III. F. _____ doit à C.A. _____, I.A. _____ et J.A. _____ un montant de 2'500 fr. à titre de dépens pénaux.

IV. Les frais d'appel, arrêtés à 2'790 fr., sont mis pour moitié à la charge de F. _____, le solde étant laissé à la charge de l'Etat.

V. Le présent jugement est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du 6 mars 2013

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué à l'appelant et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Alain Dubuis, avocat (pour F. _____),

- Me Stefan Disch, avocat (pour C.A._____, I.A._____ et J.A._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne,
- Mme la Procureure de l'arrondissement de Lausanne,
- Service de la population (Division Etrangers, 05.07.1972),

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :