

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GENERAL

N° G1882833	Avocat général : Sandrine.Zientara
Mme F... X... Mme G... Y..., C/ M. H... Z...	2 octobre 2018

Arrêt n° 3675 du 23 janvier 2019 - Chambre criminelle - (18-82.833)

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Il sera référé pour le rappel des faits et de la procédure au rapport de Monsieur le conseiller.

Il suffira de rappeler, en se référant expressément au rapport, que le 24 juillet 2014, **Mme F... X...**, 33 ans, a déposé plainte auprès du procureur de la République de Nice pour des faits de viol contre un individu se disant "I... B...". Elle a expliqué avoir été en contact, sur un site de rencontre, avec "I... B...", 37 ans, 1,78 m, architecte d'intérieur travaillant à Monaco et demeurant à Nice ; il avait joint une photo de lui qui correspondait à cet âge.

Une relation amoureuse s'était instaurée par téléphone. Elle lui avait confié son passé sentimental, son enfance au cours de laquelle elle avait été victime d'attouchements et son manque de confiance envers les hommes.

Elle avait finalement accepté un premier rendez-vous au domicile de ce dernier et avait accepté un scénario pour cette première rencontre qui se devait d'être, selon l'expression employée par cet homme, "magique" : Mme X... devait entrer dans l'appartement plongé dans le noir, se bander les yeux sans l'avoir vu, se mettre nue et le rejoindre dans la chambre... Guidée par la voix d' "I... B..." jusqu'à la chambre, l'homme lui avait attaché les deux mains au montant du lit, alors que ce n'était pas prévu initialement. Ils avaient eu une relation sexuelle, Mme X... ne devant pas enlever son bandeau ni le toucher sous peine de "punition". La relation terminée, l'homme l'avait détachée et autorisée à enlever son bandeau : elle s'était alors aperçue que la

personne n'était pas du tout celle du profil "internet" mais correspondait à un "vieil homme", à la peau fripée et au ventre bedonnant.

L'enquête a alors permis de découvrir qu'I... B... était en réalité H... Z..., 68 ans, résidant à Nice et connu des services de police pour deux affaires similaires. M. Z... avait, en effet, déjà utilisé un mode opératoire identique pour attirer chez lui J... C... en 2009 et N... U... en 2013 et avoir avec ces dernières une relation sexuelle. Il n'y avait pas eu de poursuites pénales.

Placé en garde à vue le 19 novembre 2014, M. Z... reconnaissait utiliser sur différents sites de rencontres un faux profil et la photo d'un mannequin pour avoir des relations sexuelles avec des femmes dont il reconnaissait qu'elles ne seraient jamais venues chez lui si elles avaient su qui il était et quelle était son apparence physique réelle.

Les investigations menées, pendant l'enquête préliminaire, notamment à partir des données de son ordinateur, permettaient l'audition de cinq de ces femmes qui révélaient qu'il avait systématiquement utilisé le même mode opératoire pour avoir des relations sexuelles avec elles.

Laissé en liberté à l'issue de sa garde à vue, M. Z... utilisait à nouveau le même procédé, avec Mme G... Y..., mère célibataire en situation de détresse psychologique, à laquelle il avait fait croire au début d'une vraie relation amoureuse. Après l'acte, qui se déroulait au domicile de M Z... le 16 mars 2015, Mme Y..., en pleurs et choquée, sollicitait l'intervention des services de police en précisant qu'elle se trouvait en bas de l'immeuble de son violeur.

De nouveau placé en garde à vue, M. Z... a reconnu les faits, estimant également que Mme Y... avait consenti à cette relation sexuelle et qu'il n'avait pas exercé de violences sur elle ou les précédentes femmes avec lesquelles il avait eu des relations sexuelles.

Une information était ouverte le 19 mars 2015, contre M. Z... des chefs de viols sur des victimes non identifiées (ou qui ne voulaient pas porter plainte) entre 2009 et 2015, sur Mme C... en mai 2009, sur Mme X... en juin 2014 et sur Mme Y... le 16 mars 2015.

M. Z... a été mis en examen et placé en détention provisoire, puis mis en liberté sous contrôle judiciaire le 8 avril 2015.

L'exploitation d'un de ses ordinateurs saisis devait permettre la découverte d'environ 200 fichiers correspondant à chacune des femmes avec lesquelles M Z... avait été en relation et renfermant des photos intimes de ces personnes, parfois prises dans la chambre de M Z..., les yeux bandés et les mains attachées.

Etait aussi découvert un carnet permettant de dresser une liste de près de 350 femmes, dont environ 140 localisées dans le département, répertoriées selon des critères intimes ou familiaux.

Au cours de l'instruction, douze femmes étaient identifiées, contactées par téléphone et pour certaines auditionnées.

Si elles décrivaient un scénario quasi identique, avec rencontre sur internet, puis rapport sexuel dans le noir et les yeux bandés, seules Mme C... et Mme D... (pour des faits de 2002 ou 2003) se constituaient partie civile.

Par réquisitoire définitif en date du 10 juillet 2017, le procureur de la République a requis la mise en accusation de H... Z...des faits de viols par surprise sur des victimes non identifiées, et viols par surprise sur les personnes de J... C..., F... X... et G... Y....

Par ordonnance du 8 janvier 2018, le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Nice a dit qu'il ne résultait pas de l'information des charges suffisantes contre M. Z... qu'il ait commis par surprise un ou plusieurs actes de pénétration sexuelle sur des victimes non identifiées et a prononcé un non-lieu de ce chef.

Il a ordonné la mise en accusation de M. Z... devant la cour d'assises des Alpes-Maritimes pour avoir à Nice, par surprise, commis un ou plusieurs actes de pénétration sexuelle sur Mme J... C... (courant 2009), Mme F... X... (courant juin 2014) et Mme G... Y... (le 16 mars 2015), avec cette circonstance que les faits avaient été commis sur des victimes mises en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation d'un réseau de communication électronique.

Sur l'appel de M. Z..., la chambre de l'instruction de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, infirmant l'ordonnance, a, par arrêt du 12 avril 2018, dit n'y avoir lieu à suivre contre M. Z... du chef de viols commis par surprise

Le 16 avril 2018, Mmes X... et Y..., parties civiles, ont formé un pourvoi contre cet arrêt.

ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le mémoire ampliatif soutient un moyen unique de cassation, en quatre branches, pris de la violation des articles 222-22, 222-23 du code pénal, 2, 177, 186, 211, 212, 591 et 593 du code de procédure pénale et reproche à l'arrêt d'avoir prononcé un non-lieu en réfutant l'élément de surprise :

- alors que constitue un viol par surprise l'acte de pénétration sexuelle obtenu par un homme à l'aide d'un stratagème visant à tromper la victime sur son identité civile et physique parce qu'il savait que la victime n'aurait sinon jamais accepté d'avoir une relation sexuelle avec lui (première branche);

- alors que constitue un viol le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par la victime pour obtenir d'elle un rapport sexuel, a fortiori lorsque cette erreur d'identification est le fruit d'un stratagème minutieusement élaboré et que si les plaignantes avaient accepté la mise en scène de leur rencontre avec la personne qui se disait être I... B..., elles n'avaient en revanche jamais accepté d'avoir une relation sexuelle avec une autre personne que ce dernier (deuxième branche);

- alors que constitue un viol le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par une personne pour obtenir d'elle un rapport sexuel, a fortiori lorsque cette erreur d'identification est le fruit d'un stratagème minutieusement élaboré et que si les plaignantes avaient accepté de courir un risque en acceptant de ne voir qu'après l'acte sexuel un individu qu'elles avaient rencontré sur internet, la cour d'appel relève que le mis en examen ne prenait pour cible que des femmes fragiles psychologiquement, désarimées de la réalité, qui voulaient croire à une véritable histoire d'amour et dont le discernement était donc affaibli,(troisième branche);

- alors, en tout état de cause, que le manque de prudence de la victime n'est pas de nature à priver une infraction de ses éléments constitutifs et que l'imprudence dont les parties civiles auraient pu faire preuve n'était pas de nature à faire obstacle à la qualification de viol par surprise (quatrième branche).

DISCUSSION

Le pourvoi pose la question de la qualification juridique de viol par surprise de faits qui ont été rappelés et qui en l'espèce ne font l'objet d'aucune contestation.

Le viol par surprise est une notion ancienne, d'abord jurisprudentielle avant d'être introduite dans la loi pénale.

Le code pénal de 1810 sanctionnait le viol à l'article 332¹, sans en donner aucune définition légale. C'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a progressivement

¹ « Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps »
».

construit les notions de violence, contrainte, ou surprise pour tenter d'en préciser les contours. Dans un arrêt du 25 juin 1857, la Cour de cassation a ainsi défini le viol : « *Le crime de viol consiste dans le fait d'abuser une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou **de surprise** pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action.* »

La loi n° 80-104 du 23 décembre 1980 a donné, pour la première fois, une définition des éléments constitutifs de viol. Si le législateur a élargi les éléments matériels constitutifs de l'infraction (visant notamment "tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui"), il a, s'agissant de l'absence de consentement de la victime, repris les notions que la jurisprudence avait dégagées de violence, contrainte et surprise².

La notion de surprise est donc une des plus anciennes consacrées par la jurisprudence, précisément dans l'arrêt de 1857 sus évoqué par lequel la chambre criminelle a défini les éléments constitutifs du viol. Dans cette affaire emblématique, toujours citée par la doctrine et que rappelle votre rapporteur, le viol par surprise est caractérisé par le fait, pour un homme, profitant de l'obscurité et de l'absence du maître de maison, de se glisser subrepticement dans le lit d'une femme qui pense, dans son demi-sommeil, avoir affaire à son mari³.

Pour autant, la surprise est plus complexe à aborder que la contrainte ou la violence et a donné lieu à une jurisprudence moins abondante.

La surprise ne s'entend pas comme l'émotion, le sentiment produit par quelque chose d'inattendu. La surprise vise ici l'acte de surprendre. Il n'est pas inutile à cet égard de rappeler qu'une des acceptions du verbe proposée par Le Petit Robert est celle de "gagner artificieusement, obtenir par fraude, abuser, tromper quelqu'un". La surprise consiste à surprendre le consentement de la victime. Selon un auteur : "*Le consentement surpris est donc celui qui est donné, à la différence du consentement forcé par la violence, la contrainte ou la menace, mais qui n'est pas donné en connaissance de cause, qui manque de lucidité*"⁴.

²La menace a ensuite été introduite avec le nouveau code pénal en 1994.

³Crim., 25 juin 1857, Bull n°240, en matière de viol et 27 décembre 1883, Bull n°295, en matière d'attentat à la pudeur.

⁴MALABAT, Droit pénal spécial, 4e éd., 2009, coll. HyperCours, Dalloz, no 303 et Audrey Dassonville, répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz.

Michèle-Laure Rassat⁵ analyse plusieurs types de surprise :

Il y a surprise lorsque la victime est dans l'incapacité de consentir pour une raison liée à sa situation personnelle.

La surprise a ainsi pu être retenue notamment à l'égard de personnes particulièrement vulnérables présentant des troubles mentaux (cass crim, 8 juin 1994, Bull n° 226) ou "un état dépressif et de faiblesse mentale" (cass crim, 27 nov 1996).

La surprise est également retenue par la jurisprudence lorsque l'acte est accompli durant le sommeil de la victime (Crim., 21 mars 2007, pourvoi n°06-83.458, Crim, 28 mars 2012, pourvoi n°10-87.678) ou lors d'un état d'inconscience de cette dernière, lié par exemple à une consommation excessive d'alcool, de médicaments ou de produits stupéfiants. (Crim 28 Juin 2016⁶, Crim, 09 octobre 2012⁷, Crim16 mars 2016⁸)

Enfin, ML Rassat identifie une catégorie de "*surprise par tromperie*", dans laquelle le défaut de consentement résulte de l'utilisation de stratagèmes ou de la construction d'un engrenage, par lesquels l'auteur des faits a créé des conditions de nature à tromper les victimes sur la situation exacte. Elle définit ainsi la surprise comme le fait "*d'obtenir des faveurs sexuelles en trompant la victime sur la situation réelle ou en abusant de sa difficulté à appréhender celle-ci.*"⁹

Quelques décisions illustrent cette surprise par tromperie :

⁵Michèle-Laure Rassat, Jurisclasseur pénal, fasc 20.

⁶Pourvoi n° 16-82.661.

⁷Crim., 9 octobre 2012, pourvoi n° 12-85.141.

⁸Pourvoi n° 15-87.750.

⁹ Michèle-Laure Rassat, Dalloz, 7^{ème} éd., 2014, no 580 et 583.

La surprise du consentement a été retenue par la jurisprudence lorsque les actes ont été réalisés sous le prétexte d'un examen médical (Ass. Plén, 14 février 2003¹⁰ ; Crim, 25 octobre 1994¹¹).

Dans un arrêt du 14 juin 1995¹², la chambre criminelle a en outre retenu la tentative d'agression sexuelle par surprise dans une espèce où le mis en cause était entré en contact avec une jeune femme qui recherchait un emploi, puis s'était présenté sous la fausse qualité de médecin, l'avait conduite à son appartement sommairement aménagé pour l'occasion en cabinet médical et lui avait demandé de se déshabiller pour subir l'examen médical présenté comme un préalable obligatoire à son embauche.

De même, dans un arrêt du 22 janvier 1997, la chambre criminelle a estimé que caractérise la surprise ou la contrainte, la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable d'une agression sexuelle commise en novembre 1993, sur la personne d'une victime née le [...], constate souverainement l'existence d'un stratagème de nature à surprendre le consentement d'un adolescent de l'âge de cette victime. Les juges du fond avaient retenu que l'agresseur qui avait invité un jeune garçon de 15 ans à visiter sa propriété avait mis en place un « scénario de séduction » et organiser une mise en scène pour parvenir à ses fins et qu'il avait ainsi conditionné le mineur de sorte que celui-ci, surpris par ces manœuvres, n'avait pu se soustraire à ses avances.

Commentant cette décision, Yves Mayaud souligne que la chambre criminelle n'a pas considéré les circonstances de la rencontre comme une simple entreprise de séduction à laquelle la victime aurait succombé et a rejeté le pourvoi, en considération non seulement de l'âge de la victime mais surtout de la mise en oeuvre d'un stratagème. *« C'est dire que là où elle se double de manoeuvres, d'un « scénario » suffisamment élaboré pour emporter l'adhésion de la victime, la séduction perd de son caractère licite, par hypothèse inhérent à sa spontanéité, pour devenir instrument d'entrave à la liberté d'autrui, et être ainsi facteur d'agression Il en est de la séduction comme du mensonge (d'ailleurs, n'est-il pas une part obligée de mensonge dans la séduction ?). De même que le simple mensonge, en principe, n'est pas constitutif d'escroquerie ni de faux en écriture, de même la séduction, pour ce qu'elle représente d'acte dépourvu de toute ambiguïté, ne saurait relever du domaine pénal. C'est à la condition qu'elle ne se double pas d'un stratagème, tel celui retenu en l'espèce, qu'elle reste licite, ce qui rejoint alors le libéralisme de la loi dans le domaine sexuel pour les mineurs de plus de quinze ans. En l'espèce, la séduction a été supplantée par les artifices cumulés qui étaient destinés*

¹⁰ Ass. plén., 14 février 2003, pourvoi n° 96-80.088, Bull. crim 2003, Ass. plén., n° 1 .

¹¹ Crim., 25 octobre 1994, pourvoi n° 94-83.726 .

¹² Pourvoi n° 94-85.119, Bull. crim. 1995 N° 222.

*à déstabiliser la victime, de sorte que celle-ci a moins cédé à ce qu'elle représentait apparemment de licite, qu'à la machination qui en doublait le principe.*¹³

Enfin, dans un arrêt du 11 Janvier 2017¹⁴, la Chambre criminelle, a confirmé le jugement déclarant le prévenu coupable d'agression sexuelle dans une espèce où le mis en cause, invité à une fête se déroulant au domicile du compagnon de la victime, lui avait, par trois fois, fait des avances, clairement repoussées, s'était ensuite introduit dans la chambre de son hôte, où la victime, elle-même alcoolisée, s'était retirée pour dormir, avait pratiqué sur sa personne des baisers et caresses intimes que l'intéressée, dans un état de semi-conscience, avait cru être prodigués par son ami, avant de comprendre son erreur et de s'y opposer. Les juges du fond ont considéré qu'agissant ainsi, *"le prévenu a obtenu des faveurs sexuelles en abusant des difficultés de compréhension rencontrées par la victime, laquelle a pu croire, à juste titre, à la présence de son compagnon, venu la rejoindre"*. La chambre criminelle a estimé *"qu'en l'absence même de toute autre manœuvre, constitue le délit d'agression sexuelle commise par surprise, le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par une personne pour pratiquer sur elle des gestes à caractère sexuel"*. Dans cette affaire, la chambre criminelle ne semble plus exiger que la surprise soit créée par des manœuvres et un stratagème élaboré, ce qui a valu à l'arrêt les critiques d'une partie de la doctrine qui y a vu un risque *"d'extension indéfinie de l'infraction, si la surprise en venait à être retenue chaque fois que le consentement serait absent pour une autre raison que la violence, la menace ou la contrainte"*¹⁵.

Il ressort ainsi, à tout le moins, de ces jurisprudences de la chambre criminelle que l'existence de manoeuvres destinées à tromper le consentement de la victime, en abusant de ses difficultés à appréhender la situation réelle, est déterminante de la caractérisation du viol par surprise.

En l'espèce, on relèvera, premièrement que la chambre d'instruction, dans sa motivation a caractérisé des manoeuvres, qui se distinguent bien d'une simple

¹³RSC, 1998, p 325.

¹⁴Crim., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-86.680, Bull. crim. 2017, n° 15.

¹⁵ *"C'est tout le mécanisme original de la preuve, ci-dessus rappelé, qui serait réduit à néant. Or, n'a-t-on pas été jusqu'à soutenir qu'il y aurait viol de la part d'un malade séropositif à obtenir des relations sexuelles en dissimulant son état (V. études A. Prothais : D. 2006, chron. p. 1068. – B. Chapleau : Dr. pén. 2006, chron. 18) ? Fort excessives, de telles solutions, de proche en proche, menacent d'ériger en hypothèse d'agression sexuelle par surprise toute entreprise de séduction réussie par simple mensonge ou réticence – alors qu'en matière de mariage, trompe qui peut"*, Philippe Conte, Droit pénal numéro 5, mai 2017, comm 71.

entreprise de séduction emportant une part de mensonge, puisqu'elle relève « un stratagème en plusieurs étapes », avec notamment création d'un faux profil Internet, envoi successif de photos prétendument de lui, nombreux contacts « destinés à mettre en confiance » et enfin une mise en scène finale.

La chambre d'instruction énonce en effet que:

“Ce stratagème était composé de plusieurs étapes:

-la création d'un profil internet sur des sites de rencontre au nom le plus souvent de «I... B... », décrivant un homme paraissant âgé d'une trentaine d'années, au physique athlétique et très avantageux, photos à l'appui, dont il s'avérera que, récupérées sur internet, elles correspondaient à un mannequin faisant de la publicité .

-l'affirmation d'une certaine aisance financière dans le cadre d'une activité professionnelle valorisante (architecte décorateur) dans un cadre prestigieux (Monaco)

-une prise de contact avec les femmes et la confirmation auprès d'elles qu'il est bien l'homme figurant sur les photos avec, dans certains cas, l'envoi de nouvelles photographies confirmant le tableau initial;

-de nombreux échanges par messages et contacts téléphoniques, destinés à mettre en confiance les femmes contactées sur le caractère “exceptionnel” de leur rencontre, femmes souvent en situation fragile (rupture, mères célibataires, veuve);

-l'organisation d'une première rencontre "exceptionnelle" à l'image de la relation créée au domicile du mis en examen à l'exclusion d'un endroit public, selon un scénario bien détaillé: porte entr'ouverte , pénombre dans l'appartement, mise en place d'un bandeau sur les yeux (pour éviter de voir), mains attachées (pour éviter de toucher) enfin une relation sexuelle suivie ou précédée de prise de clichés.”

On relèvera que, deuxièmement, la chambre de l'instruction a retenu que ce stratagème avait été élaboré par son auteur dans le but de tromper les victimes. Elle retient en effet que H... Z... avait *”mis en place durant de nombreuses années un stratagème destiné à faire venir, à son domicile, des femmes qu'il estimait être incapable d'attirer sous sa véritable personnalité.”*

On relèvera, troisièmement que ce stratagème a bien eu pour effet de surprendre le consentement des victimes puisque la chambre d'instruction après avoir énoncé que les femmes ainsi attirées *“étaient souvent en situation fragile (rupture, mères célibataires, veuve)”* expose :

“qu'à une ou deux exceptions près, la découverte d'un homme âgé de plus de soixante ans, perçu puis vu comme voué, ridé, portant des lunettes, les cheveux teints et

dégarnis a été un choc du fait de la répulsion ressentie mais aussi du fait du sentiment d'avoir été abusé, certaines des femmes entendues faisant valoir un traumatisme durable, voire un bouleversement dans leur vie affective.

Toutes les femmes entendues par les enquêteurs ont indiqué qu'elles n'auraient jamais entretenu de conversations téléphoniques, n'auraient jamais envoyé de photos intimes et ne se seraient jamais rendues au domicile du mis en examen si elles avaient su et vu la véritable apparence de H... Z....”.

La chambre de l'instruction, dans sa motivation, reconnaît de surcroît : **“Ainsi, le consentement à l'acte sexuel donné par les parties civiles était un consentement donné à l'acte lui même mais aussi à la personne avec laquelle cet acte allait avoir lieu, à savoir, "I... B..."**.

En outre, la chambre de l'instruction mentionne dans l'exposé des faits que : *“F... X... examinée par un psychologue était jugée fragile, avec un trouble du développement affectif, en quête d'une relation amoureuse idéale, mais désarrimée de la réalité”*

Il ressort des constats de la chambre de l'instruction que le stratagème et la mise en scène construits par H... Z... visaient à surprendre le consentement des victimes, consentement à venir chez lui mais aussi consentement à la relation sexuelle, qu'elles auraient refusée, si elle n'avaient pas été trompées sur sa personne et notamment son apparence physique.

Nonobstant ces premiers constats, la chambre de l'instruction a infirmé l'ordonnance de renvoi devant la cour d'assises pour des motifs qui ne paraissent pas de nature à réduire à néant ces premiers éléments de fait, dont il ressortait que le consentement des victimes avait été surpris.

La chambre de l'instruction, en effet, n'a pas retenu la surprise, notamment aux motifs que :

“Dans le présent cas, les plaignantes sont demandeuses d'une relation sexuelle, capables d'analyser une situation pour le moins "originale" et le cas échéant, de s'y dérober.

Il est donc patent qu'au-delà même du consentement, les plaignantes ont également accepté le scénario mis en place par le mis en examen, à savoir, se rendre à son domicile, puis dans sa chambre, dans l'obscurité, de porter un bandeau sur les yeux et de se laisser attacher les mains, tous ces actes étant destinés à "rendre l'instant magique" selon "I... B..." mais qui impliquent aussi indubitablement la surprise de la découverte.

Elles soutiennent qu'elles se trouvaient "dans l'impossibilité d'appréhender ses mensonges" mais elles ont gardé, durant le déroulement des faits, la possibilité qui leur était offerte de refuser, tout d'abord, de se prêter au "jeu", puis de retirer à tout moment le bandeau. La menace d'une "punition" en cas de retrait paraît fort peu sérieuse au regard du contexte fort peu contraignant et alors qu'aucun acte de violence n'est signalé. Aucune d'entre elles ne l'a fait, démontrant bien ainsi que l'effet de "surprise" était accepté voire recherché. Leur consentement n'a donc pas été annihilé par le stratagème dénoncé.

En réalité, il apparaît donc que, dans ce cas précis, le stratagème utilisé a pu incontestablement constituer un moyen pour amener les plaignantes à se présenter au domicile de H... Z... en vue d'une relation sexuelle mais dès cet instant, les conditions qui leur étaient posées pouvaient parfaitement être refusées et impliquaient en tous cas, la découverte ultérieure de leur partenaire.

La question de savoir ensuite si la dite découverte allait s'avérer agréable ou non, n'a pas pu échapper aux plaignantes qui en ont cependant accepté le risque réel, s'agissant d'un individu rencontré sur internet, sur lequel elles ne disposaient d'aucun renseignement autre que ceux qu'il avait bien voulu leur fournir et dont le profil de "prince charmant" ne pouvait manquer de susciter quelques interrogations.

La notion de surprise qui ne peut pas être assimilée au sentiment d'étonnement ou de stupéfaction de la victime, ne saurait donc davantage s'accommoder d'une quelconque subjectivité liée au caractère bon ou mauvais de la dite surprise. Il sera souligné en ce sens que l'une des femmes a d'ailleurs poursuivi des relations avec H...Z... pendant plusieurs mois."

La chambre de l'instruction relève que le sentiment d'étonnement postérieur à l'acte ne saurait caractériser la surprise au sens de l'article 222-22 du code pénal . Or, si l'action de surprendre le consentement de la victime ne saurait effectivement se confondre avec la surprise exprimée par cette dernière, la seconde n'est pas exclusive de la première.

Le fait d'accepter le risque d'avoir une relation sexuelle, sans le voir, avec un individu rencontré sur Internet, sur lequel elles ne disposaient d'aucun renseignement autre que ce qu'il avait bien voulu fournir, s'il atteste de la crédulité des victimes, et de leur éventuelle difficulté à appréhender les mondes virtuels et réels, ne peut, en tant que tel, établir leur consentement, alors qu'il ressort des constats de la chambre de l'instruction que le consentement a été donné n'ont pas à un inconnu mais à un individu nommé I... B..., qui s'incarnait dans une histoire, un métier, une personnalité et une apparence physique, établie par des photos. L'identité, dans l'esprit des victimes entre la personne virtuelle rencontrée sur Internet et la personne réelle, chez laquelle elles acceptaient de se rendre ne fait pas de doute en l'état des constatations de l'arrêt. On peut à cet égard comparer cette situation avec celle où une victime accepterait de se rendre, à sa

demande, chez une personne avec laquelle elle entretiendrait déjà des relations sexuelles, pour une relation consentie, les yeux bandés, et s'apercevrait à l'issue que son partenaire a fait venir une tierce personne avec laquelle la relation a été consommée.

De même, l'argument selon lequel les victimes auraient pu à tout moment mettre fin à la relation, ou à tout le moins retirer le bandeau ou les liens, n'apparaît pas davantage opérant puisque le stratagème, notamment sur les deux victimes parties civiles et demanderesse au pourvoi, dont l'exposé des faits effectués par la chambre d'instruction atteste de la fragilité psychologique, avait précisément pour objet et pour effet de les en dissuader en les conditionnant psychologiquement.

Enfin, le fait qu'elles aient accepté de se prêter au scénario n'a pas davantage à entrer en ligne de compte pour qualifier les faits, dès lors que ce consentement a été donné à une autre personne que M Z....

En conséquence, les faits tels que relatés par la chambre de l'instruction paraissent, à ce stade, pouvoir constituer un viol par surprise et la chambre de l'instruction n'a pas tiré toutes les conséquences légales de ses propres constatations, faisant une fausse application de l'article 222-23 du code pénal.

Il appartiendra bien entendu à la juridiction de jugement d'apprécier ensuite la réalité des faits et notamment le degré de conditionnement psychologique opéré, pour chaque victime, par le stratagème utilisé.

La cassation de l'arrêt me paraît donc s'imposer, dans le sillage des jurisprudences antérieures sus évoquées sur la surprise par tromperie, depuis les plus anciennes, notamment celle, fondatrice, qui au milieu du XIX^{ème} siècle a retenu le viol par surprise précisément dans une affaire où le consentement de la victime à l'acte sexuel avait été vicié du fait d'une erreur sur la personne, provoquée par le stratagème utilisé par l'auteur, jusqu'aux plus récentes.

Le droit du viol fait actuellement l'objet de débats sociétaux et politiques de plus en plus prégnants.

Les débats sur le droit positif portent notamment sur sa capacité à sanctionner les agissements commis sur une personne qui n'a pu donner un consentement libre et éclairé (par exemple au regard de son jeune âge, de sa dépendance, de sa sidération, de sa fragilité, de son alcoolisation...)¹⁶ .

¹⁶Voir par exemple le dossier intitulé « Le traitement pénal des viols », dans l'AJ pénal, numéro 6/2017.

Outre la modification des règles de prescription et la création d'une présomption de non consentement pour les enfants, la révision des éléments constitutifs du viol sur le modèle de certaines législations étrangères¹⁷ sont par exemple demandées par certaines associations et certains parlementaires, comme l'expose le récent rapport d'information du sénat¹⁸, intitulé "Prévenir et combattre les violences faites aux femmes : un enjeu de société".

La loi du n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, dont l'objectif affiché¹⁹ était de mieux lutter contre "*les violences sexuelles protéiformes, destructives pour les victimes*" en améliorant l'arsenal répressif pour "*couvrir les angles morts de la législation pénale*", notamment à l'égard des mineurs de 15 ans, n'a pas modifié "*le socle*" actuel des éléments constitutifs du viol que sont la violence, la contrainte, la menace la surprise, "*qui ne sont qu'une manière de caractériser l'absence de consentement de la victime*", comme le souligne le Conseil d'Etat dans son avis consultatif du 21 mars 2018 sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs.

Dans le cadre de ces débats, l'évolution et la tendance actuelle de la jurisprudence, qui s'attache de plus en plus à garantir le caractère libre et éclairé du consentement, ont pu être mis en avant pour écarter l'utilité d'évolutions législatives contestables, eu égard au principe de la présomption d'innocence. A titre d'exemple, on peut rappeler que si par le passé la jurisprudence a pu se montrer hésitante à reconnaître qu'il puisse y avoir viol en cas de forte alcoolisation, quand la victime avait bu de son plein gré, jusqu'à en perdre la raison, et alors même qu'elle se trouvait en compagnie d'une personne sur les intentions sexuelles de laquelle elle en pouvait se tromper, tel n'est plus le cas aujourd'hui, comme cela ressort des arrêts sus évoqués. Peu important la situation dans laquelle s'est volontairement mise la victime, il y a viol si elle est hors d'état d'exprimer un consentement libre et éclairé.

¹⁷Voir notamment Catherine Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Archives de Politique Criminelle 2012/1 (n° 34), p. 223-240. Selon le droit pénal canadien le consentement n'est pas implicite ou présumé et il doit être exprimé, aux différents stades de la relation sexuelle, la validité de son expression devant être appréciée par la juridiction.

¹⁸ Rapport fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur les violences faites aux femmes en date du 12 juin 2018

¹⁹Assemblée nationale, 10 mai 2018 , Rapport n° 938, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, par Mme Alexandra Louis

Dans ce contexte, il apparaîtrait paradoxal de restreindre, par rapport à la jurisprudence antérieure, le champ de la notion de surprise, dans une espèce où l'existence d'un stratagème, particulièrement sophistiqué, échafaudé pendant plusieurs semaines, dépassant le simple jeu de la séduction et du mensonge, et élaboré précisément pour tromper la victime et obtenir son consentement, n'est pas contestée.

Proposition

Avis de cassation