

Arrêt N° /22 X.
du 9 mars 2022
(Not. 29191/18/CD)

La Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, a rendu en son audience publique du neuf mars 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 :

[prévenu 1], né le (...) à (...), demeurant à (...),

prévenu, **appelant**

F A I T S :

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 correctionnelle, le 20 mai 2021, sous le numéro 1095/2021, dont les considérants et le dispositif sont conçus comme suit :

« ... »

« ... »

De ce jugement, appel au pénal fut relevé au greffe du tribunal d'arrondissement de Luxembourg le 24 juin 2021 par le **[prévenu 1]** et le 25 juin 2021 par le représentant du ministère public.

En vertu de ces appels et par citation du 11 août 2021, le **[prévenu 1]** fut régulièrement requis de comparaître à l'audience publique du 10 janvier 2022 devant la Cour d'appel de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, pour y entendre statuer sur le mérite des appels interjetés.

A cette audience, le **[prévenu 1]**, renonçant à l'assistance d'un avocat par déclaration écrite, datée et signée conformément à l'article 3-6 point 8 du Code de procédure pénale et après avoir été averti de son droit de se taire et de ne pas s'incriminer lui-même, fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Le témoin **[témoin 1]** fut entendu en ses déclarations.

Le prévenu **[prévenu 1]** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

L'audience fut contradictoirement remise au 12 janvier 2022 pour continuation des débats.

A cette audience, le **[prévenu 1]** fut entendu en ses explications et moyens de défense.

Madame le premier avocat général Simone FLAMMANG, assumant les fonctions de ministère public, fut entendue en son réquisitoire.

Le prévenu **[prévenu 1]** eut la parole en dernier.

LA COUR

prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique du 9 mars 2022, à laquelle le prononcé avait été refixé, l'**arrêt** qui suit:

« ... »

Par réformation du jugement entrepris, la Cour se déclare incompétente pour connaître des infractions libellées sub 6) a) à c) à charge de **[prévenu 1]**, à savoir les infractions à la législation relative à la protection de la vie privée dans des zones de douche/sauna/wellness de centres aquatiques en Allemagne.

En effet, en application de l'article 5 alinéa 2 du Code de procédure pénale, les délits commis à l'étranger par un ressortissant luxembourgeois ne peuvent être poursuivis et jugés dans le Grand-Duché de Luxembourg que si le fait est qualifié délit par la loi luxembourgeoise et s'il est puni par la législation du pays où il été commis.

Quant à la condition de l'incrimination du fait par la législation étrangère, il faut relever qu'elle est indispensable et qu'il incombe au ministère public de rapporter la preuve que cette condition se trouve remplie (Roger Thiry, Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, n° 656, p. 357).

Contrairement aux développements du ministère public, qui soutient que les faits libellés sub 6) sont susceptibles d'être qualifiés d'infraction en application de l'article 201a) du StGB (code pénal allemand), il résulte d'une décision du OLG Koblenz du 11 novembre 2008 (1 Ws 535/08) que le sauna d'un centre de wellness ouvert au public n'est pas visé par l'article 201 a) précité.

Il en résulte que les faits litigieux ne sont, en l'état actuel de la jurisprudence allemande, pas susceptibles de qualification pénale en Allemagne.

Il n'y a pas lieu non plus de retenir la compétence des juridictions luxembourgeoises sur base du critère de l'indivisibilité, cette dernière supposant pour son application que les faits soient susceptibles de qualification pénale à l'étranger.

« ... »

Quant à l'élément moral, à savoir que la détention des images s'est faite sciemment, la Cour relève que les messages électroniques, tel que le soutient **[prévenu 1]**, ne sont pas reproduits dans leur intégralité au dossier. Ne figurent au dossier que quelques photos extraites des messages ainsi que des passages de textes extraits des messages. Il résulte des diverses parties de messages reproduites que contrairement aux développements de la juridiction de première instance, qui a retenu que les photos « *figuraient en tant que telles dans le texte de l'email, étant partant directement visibles lorsqu'on ouvre l'email en question* », les photos ont été envoyées en tant que pièces jointes. L'intégralité des photos envoyées par XXX à **[prévenu 1]** ne figure cependant pas non plus au dossier, de sorte qu'il n'est pas à exclure, tel que le soutient **[prévenu 1]**, que les messages électroniques contenaient essentiellement des photos d'adultes et parmi celles-ci « seulement » quelques photos pédopornographiques.

Les passages de textes versés dans le dossier ne permettent pas non plus de retenir que les commentaires d'encouragement de **[prévenu 1]** à l'adresse de **[prévenu 1]**, tel que retenu par la juridiction de première instance, se réfèrent aux photos pédopornographiques et non pas aux photos représentant des adultes figurant en pièces jointes aux messages électroniques. Or, au vu de l'absence de production de l'intégralité des messages et des pièces jointes, la Cour ne peut pas procéder à une telle vérification.

Il y a également lieu de relever que les photos pédopornographiques envoyées par XXX à **[prévenu 1]** n'ont pas été retrouvées sur le matériel informatique de ce dernier, matériel informatique qui contenait en tout 5.060.548 photos et vidéos.

Il résulte de ce qui précède qu'un doute subsiste quant à l'élément moral de la détention des photos pédopornographiques envoyées par XXX à **[prévenu 1]**, il

n'est en effet pas exclu que **[prévenu 1]** n'a sollicité que des photos d'adultes. Il n'est pas non plus exclu que **[prévenu 1]** n'a pas consulté les photos pédopornographiques réceptionnées.

« ... »

[prévenu 1] conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce qui concerne l'infraction à l'article 384 du Code pénal, libellée au point 2 de l'ordonnance de renvoi, portant sur les photos trouvées sur ses supports électroniques, qu'il qualifie de photos naturistes et nudistes. Il soutient qu'il aurait téléchargé ces photos de sites internet d'associations naturistes et que ces photos auraient été « *publiées à des fins de promotion de leurs activités sans but sexuel, lors d'activités de loisirs ou situations quotidiennes, ou bien de photos représentant un contexte documentaire* ».

Quant à ces photos, il résulte du rapport SPJ/JEUN/2018/70195-30/WIJE (ci-après rapport B06) de la police judiciaire du 27 juin 2019, que : « *ein überwiegender Teil dieser Bilder zeigen nackte Mädchen und Jungen der Altersparte zwischen schätzungsweise 6-16 Jahre. Keines dieser Bilder zeigen den Geschlechtsverkehr mit oder zwischen Minderjährigen. Auch wurden keine Bilder gefunden, auf denen ein Minderjähriger sexuell oder auf eine andere Art missbraucht wird.*

Auf diesen Bildern, welche offensichtlich aus dem Internet heruntergeladen worden sind, sind nackte Minderjährige zu erkennen z.B. bei einer Freizeitaktivität, im Urlaub, mit der Familie (Fkk Urlaub) oder sonstige Posen.

31 dieser 50 Bilder waren „logisch“ auf den jeweiligen Datenträger vorhanden. Die restlichen Bilder waren gelöscht. »

Il y a lieu de rappeler que pour constituer le délit de l'article 384 du Code pénal, l'image ou la représentation du mineur doit être pornographique.

A défaut de définition légale et à l'instar de la juridiction de première instance, la Cour se réfère à la définition de la « *pédopornographie* » telle que retenue à l'article 2.c) de la directive 2011/93/UE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil :

- « i) *tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé;*
- ii) *toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles ;*
- iii) *tout matériel représentant de manière visuelle une personne qui paraît être un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'une personne qui paraît être un enfant, à des fins principalement sexuelles ; ou*

iv) des images réalistes d'un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite ou des images réalistes des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles. »

Dans les cas où aucun comportement sexuel explicite n'est exposé, le caractère pédopornographique de l'image résulte du sentiment véhiculé par cette image, respectivement du fait que celle-ci inspire à celui qui la regarde un esprit de luxure (Cour, 13 janvier 2015, 14/15V ; Cour, 15 octobre 2019, 335/19V).

N'est pas en cause l'utilisation pornographique d'une image qui, au départ, n'en avait pas le caractère, que le mineur y soit représenté nu ou habillé, la nudité d'un enfant sur une photographie, en effet, n'est pas pornographique en elle-même (Jurisclasseur Communication, fasc. 71 : Délits d'exploitation de l'image pornographique d'un mineur, n° 11).

En l'espèce, la Cour retient que sur les 50 photos litigieuses, « uniquement » 8 photos rentrent dans les définitions précitées pour montrer en gros plan entre autres le vagin d'une fille mineure, des mineures prenant des poses lascives et invitant à la luxure, voire une mineure écartant son vagin avec la main.

« ... »

PAR CES MOTIFS,

la Cour d'appel, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant contradictoirement, le prévenu **[prévenu 1]** entendu en ses explications et moyens de défense et le représentant du ministère public en son réquisitoire,

déclare les appels recevables ;

dit la demande de remise de l'affaire présentée par **[prévenu 1]** non fondée ;

dit l'appel du ministère public non fondé ;

dit l'appel de **[prévenu 1]** partiellement fondé ;

réformant:

dit que les juridictions luxembourgeoises sont incompétentes pour connaître des infractions libellées sub 6) a) à c) à charge de **[prévenu 1]**;

acquitte [prévenu 1] de l'infraction non établie à sa charge ;

précise les libellés des infractions conformément à la motivation du présent arrêt ;

réduit la peine d'emprisonnement à 20 mois ;

ordonne la destruction des enregistrements vidéo et des photographies réalisés en violation des dispositions de la loi du 11 août 1982 ;

ordonne la confiscation des caméras « *Garmin Virb* », « Action Cam, Rollei, RCP-11-0141, 40204 » et « USB Pen Camera 2GB » saisies suivant procès-verbal de saisie SPJ/JEUN/2018/70195-27/WIJE du 26 juin 2019 ;

fixe l'amende subsidiaire à 200 euros, respectivement à 100 euros pour le cas où les confiscations des caméras « Action Cam, Rollei, RCP-11-0141, 40204 » et « USB Pen Camera 2GB » ne pourraient être effectuées ;

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende subsidiaire à 2 (DEUX) jours respectivement à 1 (UN) jour ;

ordonne la restitution des objets suivants à leur légitime propriétaire :

- Western Digital HDD 500GB (08 du rapport B06)
- Rollei microSD 4GB (63 du rapport B06),
- Sandisk Micro SD 8GB (60 du rapport B06),
- Philips USB Stick white 32GB (28 du rapport B06)
- USB Stick black 4GB (31 du rapport B06)
- iPod (S/N DCYLCMJTFJQ1)

saisis suivant procès-verbal SPJ/JEUN/2018/70195-19/WIJE du 2 avril 2019 établi par la police grand-ducale, service de police judiciaire, section protection de la jeunesse et infractions à caractère sexuel ;

- disque dur externe EMTEC Movie Cube K120
- disque dur externe EMTEC Movie Cube S800
- disque dur externe Giga Stoxx Jobo type GX0020 (S/N MU81325)

saisis suivant le procès-verbal SPJ/JEUN/2018/70195-27/WIJE du 26 juin 2019,

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

condamne [prévenu 1] aux frais de sa poursuite en instance d'appel, liquidés à 19,50 euros.

Par application des textes de loi cités par les juges de première instance et par application de l'article 11 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée et des articles 199, 203, 209, 210, 211 et 212 du Code de procédure pénale.

Ainsi fait et jugé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière correctionnelle, composée de Madame Valérie HOFFMANN, président de chambre, Monsieur Jean ENGELS, premier conseiller, et Monsieur Henri BECKER, premier 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 Monique SCHMITZ, avocat général, et de Monsieur Gilles FABER, greffier.