Jugt no 3313/2006

D E F A U T

AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 NOVEMBRE 2006

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, chambre correctionnelle, a rendu le jugement qui suit:

Dans la cause du Ministère Public contre

ex.p. **PREVENU 1.)**,
étr. né le (…) à Aalst / Belgique,
conf. demeurant à B-(…), (…);

p r é v e n u -

F A I T S :

Par citation du ***1er décembre 2005*** Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du ***5 janvier 2006*** devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur la prévention suivante:

Infraction à l'article 384 du Code Pénal.

A l'audience du ***5 janvier 2006***, l'affaire fut remise à plusieurs reprises pour comparaître utilement à l'audience du ***17 octobre 2006***.

Le prévenu ***PREVENU 1.)*** ne comparut pas à l'audience du ***17 octobre 2006***.

Le mandataire du prévenu ***PREVENU 1.)***, Maître Walter VAN STEENBRUGGE, demanda de pouvoir représenter son mandant à l'audience de cette date, en application de la législation européenne et des droits de l'Homme, plus particulièrement en application de l'article 6 alinéa 3 de la Convention européenne des droit de l'homme.

Les témoins **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** furent entendus en leurs déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Le représentant du Ministère Public, Monsieur Frank NEU, substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu en son réquisitoire.

Le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été refixé,

le jugement qui suit:

Vu la citation du 1er décembre 2005 régulièrement notifiée au prévenu.

Le Ministère Public reproche à **PREVENU 1.)** d'avoir sciemment détenu sur son ordinateur portable Packard Bell iPower 5000 Notebook, des images et extraits de films à caractère pornographique, impliquant et présentant des mineurs âgés de moins de 18 ans.

A l'audience du 17 octobre 2006, date à laquelle l'affaire avait été contradictoirement refixée, le prévenu ne se présentait pas.

Le mandataire du prévenu Maître Walter VAN STEENBRUGGE, entendait représenter son mandant à l'audience en application de la législation européenne et des droits de l'Homme, plus particulièrement en application de l'article 6 § 3 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

Le Ministère Public s'est opposé à ce que le prévenu soit représenté par son mandataire au motif que les conditions de l'article 185 du code d'instruction criminelle ne sont pas remplies.

Le tribunal décida de ne pas autoriser Maître Walter Van Steenbrugge à représenter le prévenu.

L'article 6 §1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur les droits et obligations de caractère civil, soit du bien-être fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

§3 Tout accusé a droit notamment à….

b) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix.

Il est vrai qu'une certaine jurisprudence de la Cour Européenne des Droit de l'Homme admet que si le législateur doit pouvoir décourager les absences injustifiées, il ne peut les sanctionner en dérogeant au droit à l'assistance d'un défenseur. Les exigences légitimes de la présence des accusés aux débats peuvent être assurés par d'autres moyens que la perte du droit de la défense (cf. arrêt VG. de la CEDH du 21 janvier 1999).

Cependant le droit luxembourgeois prévoit en la matière à l'article 185 du Code d'instruction criminelle: « Dans les affaires relatives à des délits qui n'entraîneront pas la peine d'emprisonnement, le prévenu pourra se faire représenter par un avoué; le tribunal pourra néanmoins ordonner la comparution en personne ».

En vertu de l'article 186 du Code d'instruction criminelle : « Si le prévenu ne comparaît pas, il sera jugé par défaut ».

En matière correctionnelle la représentation n'est permise que dans trois cas:
- lorsque l'infraction n'est sanctionnée que par une peine d'amende,
- si les débats ne portent pas sur le fond de l'affaire,
- même si l'infraction est sanctionnée par une peine d'emprisonnement et les débats portent sur le fond, "*si aucune opposition ne s'est produite ou si le Ministère Public déclare formellement qu'il est d'accord avec la représentation du prévenu en cas d'empêchement légitime"*.
(R THIRY; Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, T I, n° 450).

Ainsi à l'instar d'autres législations européennes et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le Code d'instruction criminelle prévoit le principe de la comparution personnelle du prévenu.

Le même Code d'instruction criminelle n'impose pas au prévenu l'obligation de se faire assister par un avocat pour faire valoir ses droits, mais il s'agit d'une faculté et non d'un droit laissé à sa libre appréciation.

Il est également libre de se faire présenter à l'audience ou non.

En cas d'absence non justifiée et s'il a été régulièrement touché et que le Ministère Public demande de retenir l'affaire par défaut, le Tribunal ne peut remettre l'affaire à une autre audience, mais doit statuer par défaut.

Le Tribunal ne dispose pas de moyens de coercition contraignants pour obliger un prévenu récalcitrant, respectivement qui refuse de comparaître, à se présenter au Tribunal à l'exception de prononcer un jugement par défaut contre lequel il dispose de différentes voies de recours.

Le jugement prononcé sera dans ces conditions, en son absence, toujours un jugement par défaut contre lequel il pourra former opposition et/ou interjeter appel. Il dispose donc de la voie de recours de l'opposition ainsi que du double degré de juridiction pour faire valoir ses moyens.

L'article 187 du Code d'instruction criminelle ouvre, en effet, en cas de condamnation, au prévenu la possibilité de former opposition à l'exécution du jugement à intervenir. Le tribunal statuera alors à nouveau sans que le prévenu perde un degré de juridiction.

Il convient encore de souligner que la Cour Européenne des Droits de l'Homme retient que la comparution personnelle du prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit que celui-ci a d'être entendu, que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts ainsi que des témoins (en ce sens : arrêts P. et VG. précités).

Les faits reprochés au prévenu **PREVENU 1.)**, à savoir le fait de détenir sciemment des images, photographies et films à caractère pornographique impliquant ou représentant des mineurs âgés de moins de 18 ans sont sanctionnés aux termes de l'article 384 du Code Pénal d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251.- euros à 12.500.- euros.

Les conditions pour autoriser la représentation du prévenu ne sont pas remplies en l'espèce, alors que les faits sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement, que les débats devraient porter sur le fond de l'affaire et que le Ministère Public n'a pas *déclaré formellement qu'il est d'accord avec la représentation du prévenu en cas d'empêchement légitime.*

Par ailleurs, en l'occurrence, la comparution personnelle de **PREVENU 1.)** aurait été d'autant plus importante vu qu'il conteste les faits lui reprochés.

Il convient encore de constater que le prévenu n'a pas fourni personnellement, mais, par l'intermédiaire de son représentant comme explication quant à son absence à l'audience, le fait que le Ministère Public ne pouvait pas lui garantir de ne pas exécuter un mandat d'arrêt, en vertu d'une procédure d'extradition pendante.

Ainsi, le prévenu ne fournit pas l'explication d'un empêchement légitime, alors que la cause de son absence est le fait de vouloir échapper à l'exécution d'une procédure judiciaire.

Le prévenu a donc délibérément renoncé à son droit d'être présent à l'audience.

Par ailleurs, les affaires jugées dans divers arrêts de la CEDH sanctionnant une violation de la Convention ne sont pas identiques à la présente espèce.

En effet, la différence entre, notamment l'arrêt VG. et le cas d'espèce est la même que celle relevée dans un arrêt de la Cour d'Appel 6ième chambre, du 15 mars 2002 (no 734/2002):

« Quant à l'arrêt VG. du 21.01.1999 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme versé par Maître KRIEPS en cours de délibéré:

Cet arrêt concerne la possibilité de représenter un client pour des développements liés à un point de droit, en l'espèce la prescription de l'action publique.

Ce cas de figure ne se pose pas en l'occurrence, où il s'agissait de plaider le fond de l'affaire.

D'ailleurs cet arrêt n'innove pas dans la mesure où la règle établie par l'article 185 du Code d'instruction criminelle ne concerne que le fond de la représentation et ne s'applique pas aux demandes de remises de causes et aux exceptions préjudicielles indépendantes du fond, pour lesquelles le prévenu peut se faire représenter par un mandataire (Bull. Laurent, T.2, 399).

La jurisprudence luxembourgeoise suit depuis au moins 1852 le même raisonnement: « L'obligation pour le prévenu de comparaître en personne, lorsque le délit, objet de la poursuite, est passible de la peine d'emprisonnement, ne concerne que le jugement du fond de la prévention; le seul fait de contester la recevabilité de l'action pour défaut de qualité de la partie civile, n'implique pas la nécessité d'entrer dans l'examen du fond-même de la cause et les moyens proposés peuvent être invoqués et discutés hors la présence du prévenu (Cour 30.10.1852, Journal 1852, p. 192; Cour 13.12.1913, 9, 221).

S'il est loisible au prévenu poursuivi du chef d'un délit passible d'une peine d'emprisonnement de se faire représenter pour le jugement d'exceptions préjudicielles indépendantes du fond, il est tenu de comparaître personnellement quand il s'agit d'exceptions qui s'y rattachent (Cour 7.6.1931, 12, 426).

Le principe du refus de représentation du prévenu par son mandataire en dehors des conditions de l'article 185 du Code d'instruction criminelle a d'ailleurs été confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel du 10 mars 2003 (6ième chambre, numéro 67/03).

La jurisprudence même de la CEDH ne semble pas être définitivement fixée au vu des avis séparés à la suite de ces arrêts.

Comme il s'agit d'une matière fluctuante, changeante, en cas de renversement de la majorité, un revirement de la jurisprudence de la Cour, eu égard aux avis séparés ne peut être exclu.

En outre, l'article 185 du Code d'instruction criminelle ne se trouve pas en contradiction avec l'article 6 §1 et §3 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, directement applicable et primant les lois nationales, qui ne confère pas expressis verbis le droit du mandataire du prévenu de solliciter de sa propre initiative à pouvoir représenter son client en cas d'absence injustifiée.

Par ailleurs, si le tribunal donnait suite à la demande du mandataire du prévenu, il risquerait de violer le serment prêté par application de l'article 110 de la Constitution, de commettre l'infraction prévue à l'article 237 alinéa 2 du Code Pénal et le cas échéant de commettre une faute disciplinaire au sens de l'article 155 de l'Organisation judiciaire sanctionnée par les peines correctionnelles et disciplinaires prévues par ces dispositions, en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois a fortiori les articles précités du Code d'instruction criminelle.

Finalement, il faut noter que **PREVENU 1.)** avait été entendu en date du 9 février 2005 par la police grand-ducale, service de police judicaire, protection de la jeunesse et interrogé le 9 février 2005 par le juge d'instruction sur les faits et avait à ce moment déjà la possibilité de faire valoir son point de vue et ses arguments.

Dans les circonstances données, les droits de la défense ne sont pas lésés.

Il s'ensuit, qu'il n'y a pas violation de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Vu les procès-verbaux no 5-328/2003 du 9 décembre 2003 et 2-589/2003 du 29 septembre 2003 des agents de la police grand-ducale, SPJ, protection de la jeunesse, no 2005/10322/57/more du 14 février 2005, SPJ, section nouvelles technologies, no 13-48/05 du 18 février 2005 et no 13-54/05 du 23 février 2005, SPJ, protection de la jeunesse, 2005/6652/127/DUGE du 12 avril 2005 et 2005/6652/121 du 25 mars 2005, 2005/10322/57 du 14 février 2005 SPJ section nouvelles technologies.

Vu l'interrogatoire du prévenu en date du 9 février 2005 et les auditions des témoins **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** à l'audience du 17 octobre 2006.

L'article 384 instaure la détention de matériel pornographique impliquant ou présentant des mineurs en infraction autonome, incriminée et punissable indépendamment de la poursuite d'autres intervenants, de sorte que la poursuite dirigée contre le seul client final **PREVENU 1.)** est recevable.

La détention des images ou en général de représentations à caractère pornographique par voie d'INTERNET, peut se concevoir de deux manières : soit l'internaute importe les fichiers via sa messagerie électronique et les stocke sur le disque dur de son ordinateur ou les enregistre sur un support informatique, actes qui constituent une détention au sens de l'article 384 du Code pénal (Trib. arr. du 20 juin 2002 (XII), confirmé par la Cour d'appel du 13 mai 2003 arrêt n° 134/03 V), soit il consulte un site où sont visibles des représentations pornographiques de mineurs, mais sans les stocker ou enregistrer sur son ordinateur.

Dans cette dernière hypothèse il est toutefois acquis que techniquement les fichiers binaires (images, vidéos,…), lorsqu'ils sont simplement consultés sur un site Web sans être enregistrés spécifiquement dans un répertoire, sont néanmoins présents sur l'ordinateur dans une portion volatile de la mémoire (appelée « cache »), sous forme de fichiers temporaires. Ces fichiers sont effectivement téléchargés et exploités par le système informatique, sans pour autant être stockés dans une partie

stable de la mémoire. Après un certain temps les fichiers inscrits en « cache » disparaissent automatiquement et sont remplacés par d'autres (Frédéric-Jérôme PANSIER et Emmanuel JEZ, La criminalité sur Internet, p. 89-90, éd PUF).

Les fichiers sont bien physiquement présents sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute.

Il s'ensuit qu'en visitant un site sur lequel il visualise des images pornographiques ou en téléchargeant ces images mais sans les stocker sur une partie de son ordinateur, **PREVENU 1.)** a bien « *détenu* » au sens de l'article 384 du Code pénal les images litigieuses sur une partie du disque dur de son ordinateur. La circonstance qu'il en effaçait une partie dès qu'il les avait visualisées n'anéantit pas l'infraction, étant donné il y avait « détention » pendant un laps de temps très court dans la portion volatile de la mémoire de l'ordinateur, de sorte qu'il y a eu détention d'images pornographiques au sens de l'article 384 du Code pénal.

Les spécimens de photos versées au dossier par les enquêteurs du Service de Police Judiciaire permettent au tribunal de constater le caractère pornographique des photos particulièrement odieuses, de sorte que cette condition est également remplie.

En prévoyant que la détention doit se faire "*sciemment*", le législateur a exigé que l'auteur commette l'infraction avec le dol spécial, donc avec intention de produire le résultat ou avec "*la conscience de causer un préjudice*" (Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation de droit pénal comparé n°124 cité par Merle et Vitu dans Traité de droit criminel, T I , n°519).

En effet le nombre important des photos détenus, leur recherche par des moteurs informatiques sous des expression non équivoques faisant référence à des scènes pornographiques impliquant des enfants et en tenant compte des constatations des enquêteurs consignées dans les rapports, il est établi que **PREVENU 1.)** a recherché sur INTERNET, de manière volontaire et consciente, les représentations pornographiques impliquant des mineurs et a volontairement visualisé ces photos et films.

Le prévenu **PREVENU 1.)** est convaincu par les éléments du dossier répressif ensemble les dépositions à l'audience sous la foi du serment des témoins **TEMOIN 1.)** et **TEMOIN 2.)** d'avoir:

« comme auteur ayant exécuté lui-même l'infraction,

le 29 septembre 2003, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, à l'hôtel Sheraton à Luxembourg,

d'avoir sciemment détenu des images, photographies et films à caractère pornographique impliquant et présentant des mineurs d'âges de moins de 18 ans, en l'espèce,

avoir sciemment détenu sur son ordinateur portable Packard Bell iPower 5000 Notebook, des images et 3 extraits de films à caractère pornographique, impliquant et représentant des mineurs âgés de moins de 18 ans. »

La gravité des faits commis justifie la condamnation du prévenu à une peine d'emprisonnement et à une peine d'amende appropriée.

Il y a encore lieu de confisquer l'ordinateur portable Packard Bell iPower 5000 Notebook, ayant servi à commettre l'infraction.

P A R C E S M O T I F S :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, ***douzième chambre***, siégeant ***en matière correctionnelle***, statuant ***par défaut*** à l'égard du prévenu ***PREVENU 1.)***, le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

c o n d a m n e le prévenu ***PREVENU 1.)*** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***SIX (6) MOIS*** et à une amende de ***MILLE CINQ CENTS (1.500) EUROS***, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 32,72 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à jours;

o r d o n n e la confiscation de l'ordinateur portable Packard Bell iPower 5000 Notebook, ayant servi à commettre l'infraction;

f i x e le montant de l'amende subsidiaire à 1.000 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de cette amende à 20 jours.

Par application des articles 14, 15, 16, 27, 28, 29, 30, 66 et 384 du Code pénal; 2, 3, 154, 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle; 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; IX de la loi du 13.06.1994; 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Brigitte KONZ, vice-présidente, Nathalie JUNG, premier juge, et Caroline ROLLER, juge, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Jean-François BOULOT, premier substitut du Procureur d'Etat, attachée de Justice, et de Thierry THILL, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.