Jugt no 333/2007

JUGEMENT SUR OPPOSITION

Audience Publique du 25 janvier 2007

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

Dans la cause du Ministère Public contre:

P1.), né le (…)à (…) (Japon),
demeurant à D-(…), (…) ;

- p r é v e n u -

F A I T S :

Le prévenu **P1.)** a été condamné par le jugement numéro 2956/2005 du 27 octobre 2005 rendu par défaut par le tribunal correctionnel à Luxembourg dont la motivation et le dispositif sont conçus comme suit:

Vu l'ordonnance de la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 mars 2005 ordonnant le renvoi de ***P1.)*** devant une chambre correctionnelle du même tribunal du chef d'infractions à l'article 384 du Code pénal pour avoir détenu des images, photographies et films à caractère pornographique impliquant et présentant des mineurs âgés de moins de 18 ans.

Vu la citation du 16 septembre 2005 régulièrement notifiée au prévenu ***P1.)***.

Vu l'instruction menée par le juge d'instruction.

Bien que régulièrement cité, ***P1.)*** ne se présenta pas à l'audience du tribunal correctionnel de sorte qu'il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

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 est recevable.

La détention des images ou en général de représentations à caractère pornographique par voie de l'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, acte qui constitue une détention au sens de l'article 384 du Code pénal (en ce sens 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.

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. Or 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 concernés 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, le prévenu a partant « *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 les effaçait dès qu'il les avait visualisées n'efface pas l'infraction.

Même en détruisant les fichiers en cours de téléchargement ou ultérieurement afin de libérer la mémoire de l'ordinateur, il y a « 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 spécimen de photos et d'images versés au dossier par les enquêteurs du Service de Police Judiciaire permettent au tribunal de constater tant le caractère pornographique des photos et images particulièrement odieuses, que la minorité d'âge des acteurs.

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 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 de dossiers répertoriés sous des mots clés expressifs, faisant référence à des scènes pornographiques présentant et impliquant des enfants et en tenant compte des constatations des enquêteurs consignées dans les rapports, il est établi que **P1.)** a recherché sur INTERNET, de manière volontaire et consciente, les représentations pornographiques impliquant des mineurs et a volontairement visualisé ces photos et films et a également détenu des images à caractère pornographique impliquant et présentant des mineurs d'âge.

P1.) est convaincu par les débats menés à l'audience, ensemble les éléments du dossier répressif et notamment par les déclarations du témoin **T1.)** sous la foi du serment:

« comme auteur, ayant commis lui-même l'infraction,
depuis août 1999 jusqu'au 4 mars 2004, dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg,

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

en l'espèce, d'avoir sciemment détenu notamment dans son domicile à (…) des images à caractère pornographique représentant des mineurs de moins de 18 ans plus amplement décrits aux rapports de la section de la Police Judiciaire – Protection de la Jeunesse n°13-68/04.»

Aux termes de l'article 384 du Code pénal sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 12.500 euros quiconque aura sciemment détenu des écrits, imprimés, images, photographies, films ou autres objets à caractère pornographique impliquant ou présentant des mineurs âgés de moins de 18 ans. La confiscation de ces objets sera toujours prononcée en cas de condamnation, même si la propriété n'en appartient pas au condamné ou si la condamnation est prononcée par le juge de police par l'admission de circonstances atténuantes.

Eu égard de la circonstance que les visiteurs de ces sites favorisent l'exploitation des enfants qui vivent le calvaire en finançant les sites et permettent aux fournisseurs et producteurs de telles images et vidéo de réaliser des gains, il convient de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement et une amende appropriée.

En présence de ces déviations du prévenu il y a lieu de prononcer conformément aux articles 11, 24 et 386 du Code pénal l'interdiction des droits prévus à l'article 11 aux points 1, 3, 4, 5, 7 pour une durée de dix ans.

Il y a encore lieu de confisquer:

- 1 PC Noname
- 1 magazine 'Bejean'
- 2 comics
- 85 CD-ROM / DVD
- 9 cassette vidéo
- 1 Pen Drive – USB Flash Drive

saisis suivant procès-verbal de perquisition et de saisie n° 1/3-47/04 du 4 mars 2004 de la Police Judiciaire – Protection de la Jeunesse, à titre d'instrument ayant servi à commettre l'infraction et produits résultant de l'infraction et dont le prévenu est propriétaire et objets de l'infraction.

Il convient encore de fixer l'amende subsidiaire à 1.000 euros pour le cas où la confiscation ne pourra pas être exécutée.

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 ***P1.)***, la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

c o n d a m n e le prévenu ***P1.)*** du chef de l'infraction retenue à sa charge à une peine d'emprisonnement de ***DIX-HUIT (18) MOIS*** et à une amende de ***DOUZE MILLE CINQ CENTS (12.500 €) EUROS***, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 16,17 euros;

f i x e la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à 250 jours;

p r o n o n c e en outre contre ***P1.)*** pour une durée de 10 ans l'interdiction des droits suivants:

1) de remplir des fonctions, emplois ou offices publics;

2) porter aucune décoration;
3) d'être expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements;
4) de faire partie d'aucun conseil de famille, de remplir aucune fonction dans un régime de protection des incapables mineurs ou majeurs, si ce n'est à l'égard de leurs enfants et sur avis conforme du juge des tutelles et du conseil de famille, s'il en existe;
5) de tenir école ou d'enseigner ou d'être employé dans un établissement d'enseignement;

o r d o n n e la confiscation de :

- 1 PC Noname
- 1 magazine 'Bejean'
- 2 comics
- 85 CD-ROM / DVD
- 9 cassette vidéo
- 1 Pen Drive – USB Flash Drive

saisis suivant procès-verbal de perquisition et de saisie n° 1/3-172/2004 du 28 avril 2004 de la Police Judiciaire – Protection de la Jeunesse;

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 11, 14, 15, 16, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 66 et 384 du Code pénal; articles 155, 179, 182, 184, 186, 189, 190, 190-1, 194, 194-1, 195 et 196 du Code d'instruction criminelle; articles 1, 2 et 17 de la loi du 19.11.1975; article IX de la loi du 13.06.1994 ainsi que des articles 1, 6 et 7 de la loi du 01.08.2001 qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Par lettre entrée au Ministère Public le 27 avril 2006, ***P1.)*** a fait relever opposition contre le prédit jugement numéro 2956/2005 du 27 octobre 2005.

Par citation du 26 septembre 2006 Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu ***P1.)*** de comparaître à l'audience publique du 9 novembre 2006 devant le tribunal correctionnel de ce siège, pour y entendre statuer sur l'opposition interjetée par lui.

A cette audience l'affaire fut contradictoirement remise au 11 janvier 2007.

A l'audience du 11 janvier 2007**,** Madame la vice-présidente constata l'identité du prévenu ***P1.)*** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Le prévenu ***P1.)*** fut assisté par l'interprète assermenté Julie POMPE.

Le représentant du Ministère Public souleva un problème de recevabilité de l'opposition.

Maître Roland MICHEL, avocat, demeurant à Luxembourg, fut entendu en ses moyens.

Le tribunal décida de limiter les débats au problème de la recevabilité de l'opposition.

Maître Roland MICHEL, défenseur de ***P1.)***, développa plus amplement ses moyens.

Le représentant du Ministère Public, Patrick KONSBRUCK, substitut du Procureur d'Etat, fut entendu en ses conclusions.

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

J U G E M E N T QUI S U I T:

Vu la citation à prévenu du 26 septembre 2006 notifiée à ***P1.)***.

Vu le dossier répressif constitué initialement par le Ministère Public sous la notice : 21957/01/CD.

Vu l'instruction menée par le juge d'instruction.

Vu l'ordonnance de la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 mars 2005 ordonnant le renvoi de ***P1.)*** devant une chambre correctionnelle du même tribunal du chef d'infractions à l'article 384 du Code pénal pour avoir détenu des images, photographies et films à caractère pornographique impliquant et présentant des mineurs âgés de moins de 18 ans.

Par jugement no 2956/2005 du 27 octobre 2005 le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre correctionnelle a condamné **P1.)** du chef d'infraction à l'article 384 du Code Pénal à une peine d'emprisonnement de 18 mois et à une amende de 12.500 euros, a prononcé contre **P1.)** l'interdiction de certains droits pour une durée de 10 ans et a ordonné la confiscation des objets repris au dispositif dudit jugement.

Ce jugement a été notifié le 9 décembre 2005 à **P1.)**.

Par courrier entré au Ministère Public le 27 avril 2006, le mandataire de **P1.)** releva opposition contre le prédit jugement.

A l'audience du 11 janvier 2007 le représentant du Ministère Public demande de déclarer l'opposition irrecevable, au motif que le délai légal pour faire opposition n'a pas été respecté.

Le mandataire de **P1.)** soulève la nullité de la notification du jugement pour autant qu'elle a été faite à personne, fait qu'il conteste également, au motif qu'étant rédigée en langue française, elle serait contraire autant à l'article 6 alinéa 3 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qu'à l'article 52.2 de la Convention d'application de l'accord de Schengen et à la loi luxembourgeoise du 8 août 1999.

Il est d'avis que si le destinataire d'un acte ne comprend pas la langue, dans laquelle il est rédigé, au moins les passages essentiels devaient être traduits dans une langue qu'il comprend.

Il soutient que **P1.)** ne parle que le japonais et l'anglais, de sorte que la notification du jugement faite en langue française serait nulle.

-quant à la notification à personne du jugement dont opposition

Le mandataire de **P1.)** émet un doute sur le fait si l'avis de réception valant notification du jugement par défaut a été signé de la main de son mandant.

Or, **P1.)** interrogé à l'audience à deux reprises sur le fait si la signature figurant sur l'avis de réception a été faite de sa main répond *« Maybe yes »* et *« this signature is similar to mine »*. Il n'exclut partant pas avoir signé l'avis de réception et son mandataire ne s'est pas inscrit en faux contre ledit document.

Il doit encore être relevé que le tribunal peut constater à l'œil nu que la signature figurant sur l'avis de réception a une forte ressemblance avec celle faite par le prévenu sur sa carte visa « Sumishin », de laquelle il a laissé copie au tribunal à l'audience, ainsi qu'à celles figurant sous la déposition du prévenu lors de son audition devant le service de police judiciaire, protection de la jeunesse en date du 8 mars 2004, sur le procès-verbal de notification de l'ordonnance de perquisition et sur le procès-verbal de perquisition du 4 mars 2004 (annexe 1 au p.v. no 1/3-68/04 du 11 mars 2004).

Par ailleurs, il est d'usage que la personne qui retire une lettre recommandée au bureau de poste, doit présenter sa carte d'identité. Or l'avis de réception de la notification du jugement rendu par défaut indique que la lettre recommandée a été retirée le 9 décembre 2005, dans la mesure où le destinataire n'avait pu être *« trouvé à l'adresse indiquée ».*

En l'absence de tout autre élément comme la mention de l'employé de poste sur le carton qu'il aurait remis l'envoi à une personne tierce, le fait pour **P1.)** de se borner à contester sa signature sans préciser qui aurait dans ce cas retiré le courrier, il convient de retenir que **P1.)** s'est vu notifier le jugement 2956/2005 du 27 octobre 2005.

Il doit dès lors être admis que **P1.)** a lui-même retiré l'envoi recommandé valant notification du jugement rendu par défaut.

L'argument doit partant être rejeté comme n'étant pas fondé.

-quant à la violation de l'article 6 alinéa 3 de la CEDH.

L'article 6 alinéa 3 de la CEDH prévoit que *« tout accusé a droit notamment à : être informé, dans le court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».*

L'accusé doit ainsi être informé de tous les éléments nécessaires pour lui permettre de préparer sa défense, c'est-à-dire non seulement des faits matériels qui lui son reprochés (cause de l'accusation), mais également de leur qualification juridique (nature de l'accusation). Cela implique qu'il soit également informé de tout changement de qualification. (Manuel de procédure pénale, Michel Franchimont, Ann Jacobs, Adrien Masset, 1989).

Tout accusé doit ainsi être informé de l'accusation portée contre lui dans une langue qu'il comprend. En cas de non compréhension de la langue utilisée, il a donc droit a une traduction ; celle-ci doit porter d'une part sur l'acte l'informant des poursuites entamées contre lui, et d'autre part doit intervenir pendant la procédure préparatoire et pendant le procès.

Il est nécessaire de notifier l'accusation à l'intéressé avec grand soin. Un accusé, à qui la langue employée par le tribunal n'est pas familière, peut en pratique se trouver désavantagé si on ne lui livre pas aussi une traduction de l'acte d'accusation, établi dans une langue qu'il comprenne.

Ce droit met donc une obligation positive à la charge de l'Etat. Le droit à traduction est ainsi un droit essentiel, mais il doit faire aussi l'objet des revendications de ses bénéficiaires.

C'est une application du principe de subsidiarité. L'Etat, déjà très sollicité par de nombreuses obligations positives qui s'imposent à lui, n'est pas tenu de tout savoir a priori concernant les capacités linguistiques des accusés (La défense du droit à un procès équitable NEMESIS, 1999, p. 108 et s.).

En l'occurrence, la notification du jugement no 2956/2005 du 27 octobre 2005 a été faite le 9 décembre 2005 en langue française, qui est une des langues officielles prévues par le régime sur les langues en matière judiciaire.

En effet, suivant l'article 3 de la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues en matière judicaire il peut être fait usage des langues française, allemande ou luxembourgeoise.

Les autorités juridictionnelles ont partant la liberté dans le choix de l'une des trois langues officielles du Grand-Duché. Si la langue employée traditionnellement en matière de rédaction des actes de procédure est le français, la raison en est que cette langue, qui aux termes de l'article 2 de la susdite loi, prime pour la rédaction des actes législatifs et leurs règlements d'exécution que les juridictions sont amenées à appliquer.

En l'occurrence, suite à une information ouverte contre inconnu en date du 4 décembre 2001 par le procureur d'état du chef d'infraction à l'article 384 du Code Pénal, le propriétaire d'une Master Card portant le numéro 5431933511369019 s'est avéré être **P1.)**.

P1.) a été entendu le 8 mars 2004 par le service de police judiciaire de la police grand-ducale en présence d'un traducteur japonais.

Il a été interrogé par le juge d'instruction en date du 12 novembre 2004 en présence d'un interprète en langue anglaise. Il avait renoncé à la présence d'un avocat. Sur réquisitoire du Ministère Public du 10 décembre 2004, **P1.)** a été renvoyé par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement par ordonnance datant du 8 mars 2005 devant une chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement.

L'ordonnance de renvoi a été notifiée ensemble avec le réquisitoire et le rapport du juge d'instruction au domicile de **P1.)** en date du 22 septembre 2005, notification qui a été faite en langue française et qui n'a pas été retirée jusqu'au 29 septembre 2005.

Le 16 septembre 2005 **P1.)** a été cité à l'audience du 4 octobre 2005. La citation a été faite à personne, mais le prévenu ne comparut pas et un jugement par défaut a été rendu en date du 27 octobre 2005.

Ledit jugement a été notifié à **P1.)** en date du 9 décembre 2005 à son adresse à (…)., 91, rue de Luxembourg.

Le 26 septembre 2006 **P1.)** a été cité à l'audience du 26 novembre 2006 en langue française, citation qui a été faite à personne à son adresse au Luxembourg.

Le tribunal constate que le prévenu a été interrogé en langue japonaise par la police judiciaire et en langue anglaise par le juge d'instruction et qu'il a partant été informé des charges pesant contre lui. Il n'a pas jugé utile de récupérer son courrier recommandé par lequel lui a été envoyé copie du réquisitoire et du renvoi, ainsi que le rapport du juge d'instruction.

Suite à la notification du jugement rendu par défaut, il n'a fait aucune demande de traduction dudit jugement, alors qu'il a personnellement retiré la lettre recommandée en date du 9 décembre 2005.

Le prévenu se présente à l'audience du 11 janvier 2007 assisté de son avocat, sans avoir fait auparavant de demande de traduction du jugement dont opposition, de sorte que l'Etat pouvait valablement croire que les connaissances du prévenu, qui habitait le Luxembourg et y occupait même un emploi rémunéré, ou des personnes qui l'assistent, étaient suffisantes pour prendre connaissance du jugement prononcé à son encontre.

Le moyen tiré de la violation de l'article 6 alinéa 3 de la CEDH n'est partant pas fondé.

- quant à l'argument tiré de la violation de l'article 52.2 de la convention d'application de la convention de Schengen du 14 juin 1985 reprise par la loi du 8 août 1999

Le mandataire de **P1.)** demande également la nullité de la signification du jugement par défaut sur base de l'article 52.2 de la convention d'application de la Convention de Schengen.

L'article 52 de ladite convention dispose que :

« 1. Chacune des Parties Contractantes peut adresser les pièces de procédure directement par la voie postale aux personnes qui se trouvent sur le territoire d'une autre Partie Contractante. Les Parties Contractantes communiquent au Comité Exécutif une liste des pièces pouvant être transmises par cette voie.

2. Lorsqu'il y a des raisons de penser que le destinataire ne comprend pas la langue dans laquelle la pièce est rédigée, cette pièce - ou au moins les passages importants de celle-ci - doit être traduite dans la ou une des langues de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle le destinataire se trouve. Si l'autorité qui envoie la pièce sait que le destinataire ne connaît qu'une autre langue, la pièce - ou au moins les passages importants de celle-ci - doit être traduite dans cette autre langue. »

Il ressort dudit article que la Convention d'application de l'accord de Schengen règle l'entraide judiciaire entre parties cocontractantes et ne concerne pas les notifications et signification nationales.

Dans la mesure où la notification litigieuse, à savoir celle du jugement par défaut, a été faite à **P1.)** à son domicile au Luxembourg, la Convention de Schengen ne s'applique pas et le moyen basé sur la violation de ladite convention n'est pas fondé.

Il y a encore lieu de noter que tout moyen soulevé en cours de délibéré, qui n'a pas été soumis à un débat contradictoire n'est pas pris considération. Il s'ensuit que le moyen relatif à la nullité de la citation introductive d'instance initiale contenu dans la note versée en cours de délibéré par le mandataire du prévenu qui n'a pas été soulevé en audience publique n'est pas considéré.

-quant au moyen relatif à la tardiveté de l'opposition.

En date du 27 avril 2006 le prévenu a relevé opposition du jugement rendu le 27 octobre 2005 par défaut et qui lui a été notifié le 9 décembre 2005.

Il s'ensuit que le délai de quinzaine imparti par l'article 187 du Code d'instruction criminelle est expiré et l'opposition faite tardivement n'est pas recevable.

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 **contradictoirement**, le prévenu **P1.)** et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère Public entendu en son réquisitoire,

d i t non–fondé le moyen tiré de la violation de l'article 6 alinéa 3 de la Convention Européenne des droits de l'homme, partant le rejette ;

d i t non-fondé le moyen tiré de l'article 52.2 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, partant le rejette ;

d i t que l'opposition formée par **P1.)** est irrecevable ;

c o n d a m n e P1.) aux frais de l'instance.

Par application des articles 179, 182, 184, 187, 189, 190, 190-1, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle; 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 Dominique PETERS, substitut du Procureur d'Etat, et de Andrée MOULIN, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.