

BGE 119 IV 145

Bundesgericht (BGE), 1993-06-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_119 IV 145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_119_IV_145)

FR: ATF 119 IV 145

IT: DTF 119 IV 145

Regeste

Regeste Art. 197 StGB; Pornographie. Wer jedermann, unabhängig von dessen Alter, die Aufzeichnung unzüchtiger Äusserungen oder Gespräche zugänglich macht, die unter die weiche Pornographie fallen, erfüllt sowohl den Tatbestand von Art. 204 aStGB als auch von Art. 197 StGB (E. 2). Art. 58 StGB; Einziehung. Bei der Frage der Einziehung des Gewinns aus einer solchen Handlung ist zu prüfen, ob eine Möglichkeit bestanden hätte, den Zugang zu diesen Aufzeichnungen auf jene Personen zu beschränken, die das Schutzalter überschritten haben. Ist eine solche Einschränkung durchführbar, darf nur jener Gewinn als unrechtmässig eingezogen werden, der dadurch erzielt worden ist, dass man auf die Zugangsbeschränkung verzichtet hat (E. 3).

Erwägungen

E. 2

Celui qui aura exposé ou montré en public des objets ou des représentations visés au chiffre 1 ou les aura offerts à une personne qui n'en voulait pas, sera puni de l'amende. Celui qui lors d'expositions ou de représentations dans des locaux fermés, aura d'avance attiré l'attention des spectateurs sur le caractère pornographique de celles-ci ne sera pas punissable.

E. 3

Celui qui aura fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à la disposition des objets ou représentations visés au chiffre 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Les objets seront confisqués.

E. 4

Si l'auteur a agi dans un dessein de lucre, la peine sera l'emprisonnement et l'amende.

E. 5

Les objets ou représentations visés aux chiffres 1 à 3 ne seront pas considérés comme pornographiques lorsqu'ils auront une valeur culturelle ou scientifique digne de protection. Cette disposition remplace l'ancien art. 204 CP, dont le titre marginal était "publications obscènes" et le texte: 1. Celui qui aura fabriqué ou détenu des écrits, images, films ou autres objets obscènes en vue d'en faire le commerce ou la distribution ou de les exposer en public, celui qui, aux fins indiquées ci-dessus, aura importé, transporté, ou exporté de tels objets, ou les aura mis en circulation d'une manière quelconque, celui qui en aura fait le commerce public ou clandestin, ou les aura distribués ou exposés en public, ou fera métier de les donner en location, celui qui aura annoncé ou fait connaître par n'importe quel moyen, en

vue de favoriser la circulation ou le trafic prohibés, qu'une personne se livre à l'un quelconque des actes punissables prévus ci-dessus, BGE 119 IV 145 S. 149 celui qui aura annoncé ou fait connaître comment et par qui de tels objets peuvent être obtenus directement ou indirectement, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. 2. Celui qui aura remis ou exhibé de tels objets à une personne âgée de moins de 18 ans sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. 3. Le juge ordonnera la destruction des objets. Les faits retenus en l'espèce se sont produits sous l'empire de l'ancien droit, lequel est donc en principe applicable (art. 2 al. 1 CP). Toutefois, la Cour de cassation cantonale, qui, contrairement à l'autorité de première instance, a statué après l'entrée en vigueur du nouveau droit, a jugé en application de celui-ci, qu'elle a estimé plus favorable à l'accusé (art. 2 al. 2 CP). Le recourant conteste que tel soit le cas. Il nie tout d'abord avoir été "mis en jugement" au sens de cette disposition après l'entrée en vigueur du nouveau droit, car il estime que la Cour de cassation vaudoise ne doit pas être considérée comme un juge de répression. Il soutient en outre que son comportement n'est pas punissable selon l'ancien art. 204 ch. 2 CP , dont la formulation est moins appropriée au cas d'espèce que celle du nouvel art. 197 ch. 1 CP . a) Pour ce qui est des objets visés par l' art. 204 ch. 2 CP , cette disposition renvoie à l' art. 204 ch. 1 CP , qui contient une énumération non exhaustive (cf. STRATENWERTH, Bes. Teil II, 3e éd., p. 70 no 23). Comme il est admis qu'un écrit, un film (art. 204 ch. 1 al. 1 CP), une vidéocassette (HAUSER/REHBERG, Strafrecht IV p. 65) peuvent constituer des objets obscènes, on ne voit pas pourquoi il en irait différemment avec des cassettes enregistrées contenant des propos obscènes (dans ce sens: TRECHSEL, Kurzkomentar, art 204 no 3; RUDOLF GERBER, Unzüchtige Veröffentlichungen [Art. 204 StGB] und Gefährdung Jugendlicher durch unsittliche Schriften und Bilder [Art. 212 StGB], Kriminalistik 1967 p. 380). Il n'y a aucune raison de penser qu'un écrit puisse être obscène et que des propos enregistrés ne puissent pas l'être. Savoir ce qu'il en serait s'il n'y avait aucune bande enregistrée et si une personne se bornait, de vive voix, à tenir des propos obscènes est une question qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici, vu les constatations de fait de l'autorité cantonale (sur cette question: cf. GERBER, op.cit., p. 380). Par leur contenu, ces cassettes enregistrées, décrivant et évoquant constamment, de manière insistante et en des termes crus, des pratiques sexuelles, l'excitation et l'orgasme, relèvent de la pornographie douce, telle qu'elle a été définie à l' ATF 117 IV 276 ss, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté. BGE 119 IV 145 S. 150 Selon la jurisprudence actuelle, la notion d'objets obscènes, figurant à l' art. 204 CP , doit être interprétée à la lumière du nouveau droit, dans la mesure où celui-ci reflète l'évolution des moeurs; ainsi, les objets relevant de la pornographie dure doivent toujours être qualifiés d'obscènes au sens de l' art. 204 CP , tandis que les objets relevant de la pornographie douce ne doivent être considérés comme tels que s'ils sont accessibles à des personnes âgées de moins de 18 ans. Il a été jugé qu'un film de pornographie douce projeté dans une salle réservée aux personnes de plus de 18 ans ne contrevenait pas à l' art. 204 CP pour autant que les spectateurs aient été préalablement rendus attentifs au sujet et au caractère du film (ATF 117 IV 281 consid. 3e et 4). En revanche, l' art. 204 CP protège les jeunes et les enfants contre le risque d'être confrontés à des revues pornographiques, même relevant de la pornographie douce, exposées dans un kiosque (ATF 117 IV 456 s.). Pour ne pas tomber sous le coup de l' art. 204 CP , un sex-shop, exposant des objets de pornographie douce, ne doit pas être accessible aux jeunes de moins de 18 ans (ATF 117 IV 461 consid. 3). Une vidéothèque où des enfants peuvent se trouver en face d'images de pornographie douce tombe sous le coup de l' art. 204 CP (ATF ATF 117 IV 465 consid. 3). Il est manifeste, dans le système mis en place par le

recourant, que des jeunes peuvent être tentés, au vu des annonces publiées, d'appeler l'un des numéros indiqués, par exemple en utilisant l'appareil téléphonique de leur domicile en l'absence de leurs parents, et il est choquant qu'ils entendent alors une voix féminine leur tenir les propos figurant au dossier. Ces enregistrements de pornographie douce sont donc rendus accessibles, sans aucune difficulté, à des jeunes de moins de 18 ans, de sorte qu'il faut les considérer comme des objets obscènes au sens de l'art. 204 CP, en application de la jurisprudence rappelée ci-dessus. Le juge de première instance a admis que les faits imputés au recourant étaient constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 204 ch. 2 CP. Cette disposition vise plutôt le cas où des objets obscènes sont mis à disposition de jeunes de moins de 18 à titre purement privé (cf. HAUSER/REHBERG, op.cit., p. 66; STRATENWERTH, op.cit., p. 72 no 32; GERBER, op.cit., p. 543). Lorsque des objets de pornographie douce sont mis à la disposition du public, y compris des jeunes de moins de 18 ans, il faut en principe appliquer l'art. 204 ch. 1 al. 3 CP, qui a une portée très générale (cf. STRATENWERTH, op.cit., p. 71 no 27 et les arrêts cités ci-dessus). Au sens de cette disposition, distribue de tels objets celui qui les porte à la connaissance d'un grand nombre BGE 119 IV 145 S. 151 de personnes (ATF 83 IV 22; TRECHSEL, Kurzkomentar n. 9 ad art. 204, STRATENWERTH, op.cit., loc.cit.). Ce dernier auteur relève que la présentation d'un film est considérée comme une distribution (STRATENWERTH, op.cit., loc.cit.). On voit bien ainsi que l'art. 204 ch. 1 al. 3 CP vise tout acte permettant à de nombreuses personnes d'accéder au message obscène fixé sur un support matériel; peu importe que celui-ci soit ou non manipulé par le destinataire. Les circonstances d'espèce correspondent manifestement à cette définition. Il n'est dès lors pas nécessaire de déterminer si le recourant a, comme l'a admis l'autorité de première instance, contrevenu au ch. 2 de l'art. 204 CP. En effet, dès lors que l'art. 204 ch. 1 et l'art. 204 ch. 2 CP prévoient exactement les mêmes peines, cette question de qualification revêt un caractère purement théorique puisqu'elle ne peut affecter ni le verdict de culpabilité, ni les peines ou mesures et qu'un pourvoi ne peut pas être admis dans le seul but de modifier les considérants en droit de la décision attaquée (ATF 101 IV 135 consid. 3b). Ce qui importe est de constater que, contrairement aux allégations du recourant, son comportement était réprimé par l'ancien droit. b) Le nouvel art. 197 ch. 1 CP prévoit expressément la répression de celui qui aura rendu accessibles à une personne de moins de 16 ans des enregistrements sonores ayant un contenu pornographique. Les actes reprochés au recourant sont de toute évidence compris dans cette définition. c) Dès lors que son comportement est punissable en application de l'ancien comme du nouveau droit, il y a lieu de déterminer quelle est la loi la plus favorable au recourant. A cette fin, il faut considérer l'ancien et le nouveau droit dans leur ensemble (ATF 114 IV 4 s.) et comparer les résultats auxquels l'un et l'autre conduisent pour le cas d'espèce; l'importance de la peine maximale encourue joue un rôle décisif (ATF 114 IV 82 consid. b), mais il faut néanmoins tenir compte de toutes les règles applicables, notamment celles relatives à la prescription et au droit de porter plainte (GERHARD DANNEKER, Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993, p. 501). Il est exclu de combiner les deux droits et d'appliquer en partie l'un et en partie l'autre (ATF 114 IV 82 consid. 6). Alors que l'ancien droit protégeait les jeunes jusqu'à 18 ans, le nouvel art. 197 CP fixe à 16 ans la limite d'âge au-delà de laquelle est autorisé l'accès à la pornographie douce, seule en cause dans le cas d'espèce. Cependant, comme il est reproché au recourant d'avoir rendu accessibles des messages pornographiques même à de jeunes enfants capables d'utiliser un téléphone, il apparaît que cette BGE 119 IV 145 S. 152 différence d'âge ne joue pas de rôle. Pour ce qui est des peines, les deux dispositions prévoient l'emprisonnement ou l'amende; le

nouveau droit paraît plus sévère dans la mesure où il rend obligatoire le cumul de l'emprisonnement et de l'amende lorsque l'auteur a agi dans un dessein de lucre (art. 197 ch. 4 CP), alors que l'ancien droit ne prévoyait le cumul qu'à titre facultatif (art. 50 al. 1 CP); il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si cela pourrait jouer un rôle en l'espèce. Il suffit de constater que l'on ne distingue pas en quoi le nouveau droit pourrait être plus favorable au recourant. Cette conclusion apparaît de manière d'autant plus évidente que la cour cantonale, appliquant le nouveau droit, est arrivée exactement aux mêmes conclusions concrètes que l'autorité de première instance, qui avait appliqué l'ancien droit et dont elle a confirmé le jugement. Dès lors qu'il n'est pas établi que le nouveau droit soit plus favorable, l' art. 2 al. 2 CP impose l'application de l'ancien droit. Cette conclusion rend superflu l'examen de la question, soulevée par le recourant, de la qualité de la cour cantonale. En effet, même si l'on parvenait à la conclusion qu'elle a statué en tant que juge de réforme - c'est-à-dire comme juge de répression - et qu'elle avait la possibilité d'appliquer le nouveau droit, il faudrait admettre qu'elle l'a fait à tort dans le cas d'espèce. Cela ne signifie toutefois pas que l'arrêt attaqué doive être annulé. Il a en effet été constaté que l'application de l'ancien droit ne conduisait pas à une décision différente en ce qui concerne le verdict de culpabilité, la peine ou les mesures, et un pourvoi en nullité ne peut être admis s'il ne s'agit que de modifier les considérants de la décision attaquée (ATF 101 IV 135 consid. b, 330 consid. d). 3. L'autorité cantonale a admis que, l'ensemble de l'activité du recourant étant illicite puisque tous les messages pornographiques qu'il a diffusés étaient accessibles sans distinction d'âge, la totalité des gains qu'il a réalisés par le télékiosque devait être confisquée. Le recourant soutient qu'il faut opérer une distinction entre les appels téléphoniques émanant d'adultes et ceux qui provenaient de jeunes protégés par le CP, seul le produit de ces derniers pouvant être confisqué en application de l' art. 58 CP . Aux termes de l' art. 58 al. 1 let. a CP , "alors même qu'aucune personne déterminée n'est punissable, le juge prononcera la confiscation des objets et valeurs qui sont le produit ou le résultat d'une infraction ou qui ont servi à la commettre ou qui étaient destinés à la commettre, s'il y a lieu de supprimer un avantage ou une situation illicite". L'avantage dont il est question ici peut consister en un gain qui est BGE 119 IV 145 S. 153 réalisé d'une manière illégale, mais également en une dépense qui est ainsi évitée (ATF 119 IV 16 consid. 4 c bb). Il a déjà été relevé que le système exploité par le recourant était illégal parce que les messages pornographiques qu'il a diffusés par le biais du télékiosque étaient accessibles à tous, sans distinction d'âge, dès lors que l'utilisateur était capable de faire fonctionner le téléphone. Il ne respectait donc pas la limite mise par la loi et la jurisprudence concernant la transmission de messages pornographiques à des jeunes. Par conséquent, ce qui rend illicites les avantages acquis de cette manière par le recourant est le fait qu'il n'ait pas mis en oeuvre un système permettant d'effectuer une sélection en fonction de l'âge du correspondant, afin que seuls ceux qui n'étaient plus protégés par la loi aient accès aux messages diffusés. Comme un tel contrôle aurait eu pour conséquence de rendre ses agissements conformes à la loi, est seul illicite l'avantage que lui a procuré le fait d'avoir omis de le prévoir. Ainsi, l'autorité cantonale aurait dû déterminer si et de quelle manière il aurait été concevable de distinguer quels appels émanaient d'adultes et lesquels provenaient de jeunes de moins de 18 ans, afin d'éviter dans ce dernier cas de donner accès aux messages pornographiques. Dans la mesure où elle parvenait à la conclusion qu'une telle sélection était possible, elle aurait alors dû en évaluer le coût, et c'est ce montant, qu'a économisé le recourant en utilisant son système illégal, qui devait être confisqué en application de l' art. 58 al. 2 CP . Dès lors, le pourvoi doit être admis partiellement, l'arrêt attaqué annulé dans la mesure où il concerne la

question de la confiscation et la cause renvoyée à l'autorité cantonale afin qu'elle statue à nouveau dans le sens des considérants qui précèdent.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.