

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 3 juin 2019

Composition : M. STOUDMANN, président
Mme Rouleau et M. Maillard, juges
Greffière : Mme Vuagniaux

Parties à la présente cause :

X._____, prévenu et appelant, représenté par Me Manuela Ryter Godel,
défenseur de choix à Yverdon-les-Bains,

et

MINISTERE PUBLIC, intimé, représenté par le Procureur du Ministère
public central, division affaires spéciales.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 29 novembre 2018, le Tribunal des mineurs a constaté que X._____, né le [...] 2003, écolier, s'était rendu coupable de pornographie (I), lui a infligé quatre demi-journées de prestations personnelles, à exécuter sous forme de travail, avec sursis pendant un an (II), et a mis à sa charge les frais de procédure arrêtés à 300 fr. (III).

B. Par annonce du 29 novembre 2018, puis déclaration motivée du 28 février 2019, X._____ a fait appel de ce jugement, en concluant à sa libération de l'infraction de pornographie, avec indemnisation.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. X._____ est fils unique et vit avec sa mère à [...]. Il voit son père un week-end sur deux. Il est scolarisé en 10^e HarmoS, en voie pré-gymnasiale (VP). Il a été diagnostiqué à haut potentiel (HP) et est actuellement suivi par une psychologue.

2. Au début du mois de mars 2018, sur le groupe WhatsApp de classe auquel 24 élèves entre 12 et 14 ans avaient accès, X._____ a envoyé une photographie montrant une femme tirant la langue de manière sexuée et soutenant de ses mains sa poitrine dénudée floutée, avec le commentaire suivant : « *Ici la mère à [...] en action pour que sa fille obtienne un 6* ».

Le 7 mars 2018, la doyenne du collège a été informée des faits précités et a contacté la police cantonale.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), par une partie ayant qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour (a) violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) constatation incomplète ou erronée des faits et (c) inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 X. _____ reproche aux premiers juges de s'être fondés sur la pièce 502, versée au dossier la veille de l'audience du 28 novembre 2018, alors qu'il n'avait pas été informé de son existence. Il considère que ce procédé a gravement porté atteinte à son droit d'être entendu, d'autant que les premiers juges se sont référés à cette pièce pour retenir le caractère pornographique de l'image.

3.2 Tel que garanti par les art. 3 al. 2 let. c CPP et 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier (ATF 126 I 7 consid. 2b), de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 135 II 286 consid. 5.1). Le prévenu doit pouvoir

consulter le dossier pour connaître préalablement les éléments dont dispose l'autorité et jouir ainsi d'une réelle possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure. Pour que cette consultation soit utile, le dossier doit être complet. Dans une procédure pénale, cela signifie que les moyens de preuve doivent être disponibles dans les pièces de l'instruction, en tous cas lorsqu'ils ne sont pas présentés directement lors des débats devant le tribunal. C'est une condition pour qu'il puisse sauvegarder d'une manière générale ses droits de la défense, comme l'exige l'art. 32 al. 2 Cst. (ATF 129 I 85 consid. 4.1). Concrétisant le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) ainsi que les garanties relatives à un procès équitable et aux droits de la défense (art. 32 al. 2 Cst. et 6 par. 3 CEDH), l'accès au dossier est en outre garanti en procédure pénale aux parties de manière générale par les art. 101 al. 1 et 107 al. 1 let. a CPP (TF 6B_123/2013 du 10 juin 2013 consid. 1.1 ; TF 1B_445/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.2 ; TF 6B_723/2014 du 24 novembre 2014 consid. 1.1).

3.3 En l'espèce, la pièce 502 est une capture d'écran d'un commentaire d'une vidéo de YouTube intitulée « [...]» - dont est extraite la photographie litigieuse -, selon lequel les trois femmes qui jouent dans le clip sont des actrices pornographiques. Or peu importe en réalité qu'un commentateur de YouTube croie savoir que la femme tirant la langue soit une actrice pornographique. Cette pièce n'a aucune incidence sur la cause à juger, dès lors que le caractère pornographique de l'image relève de l'appréciation du juge (cf. infra, consid. 4.3) et non de commentaires sur YouTube. Au demeurant, c'est le lieu de préciser que le dossier de la cause était consultable en tout temps et qu'il n'appartient pas à la direction de la procédure d'informer les parties à chaque fois qu'une pièce nouvelle est versée au dossier. Le moyen est infondé. De plus, vu le large pouvoir d'examen de la Cour d'appel, un éventuel vice serait couvert par l'instruction menée en deuxième instance.

4.

4.1 L'appelant conteste le caractère pornographique de l'image, au motif que celle-ci ne montre pas d'organes génitaux, mais uniquement une poitrine dénudée floutée.

4.2

4.2.1 Aux termes de l'art. 197 al. 1 CP, se rend coupable de pornographie quiconque offre, montre, rend accessibles à une personne de moins de 16 ans ou met à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les diffuse à la radio ou à la télévision.

L'infraction est conçue pour favoriser un développement sexuel paisible des jeunes de moins de 16 ans, auxquels le législateur a voulu épargner les évocations pornographiques (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.2 ; ATF 117 IV 457 consid. 3a).

L'acte délictueux consiste à rendre le message pornographique accessible à des jeunes. La liste des comportements réprimés étant rédigée en des termes généraux, la manière de procéder importe peu (Corboz, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, n. 25 ad art. 197 CP ; Meng, *Basler Kommentar*, 3^e éd., n. 33 ad art. 197 CP). Parmi les exemples cités par la doctrine, figure notamment le fait de laisser traîner une revue pornographique sur la table d'une salle d'attente (Corboz, *loc. cit.*) ou dans un logement occupé par des enfants de moins de 16 ans (Stratenwerth/Jenny/Bommer, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, 7^e éd., 2010, p. 211). L'objet ou la représentation visé doit toutefois avoir un caractère pornographique. Tel est notamment le cas d'un cliché, pris en gros plan, d'un pénis en érection (TF 6S.26/2005 du 3 juin 2005 consid. 2.1). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'enfant prenne effectivement connaissance du matériel pornographique. Il suffit que l'offre s'adresse à un jeune ou même à un cercle indéterminé de personnes susceptible de comprendre des enfants, si aucune mesure efficace n'est prise pour éviter que ceux-ci n'y accèdent réellement (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.2).

Deux conditions doivent être réalisées pour que le caractère pornographique puisse être retenu. Premièrement, la représentation doit

être objectivement de nature à exciter sexuellement le consommateur (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.1). La mise en évidence des parties génitales, la position de la personne, l'expression de son regard en sont des indices (ATF 131 IV 64 consid. 10.2). Deuxièmement, il est indispensable que la sexualité soit si éloignée du caractère humain et émotionnel qu'elle implique que la personne en question apparaisse comme un pur objet sexuel à la disposition de chacun (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.1 et 10.1.2). C'est l'impression générale qui est décisive (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.1). Sur le plan subjectif, il est nécessaire que l'auteur agisse intentionnellement. L'intention doit en particulier porter sur le caractère pornographique de l'objet ou de la représentation en question. Le dol éventuel suffit (ATF 100 IV 233 consid. 4).

Peuvent être qualifiées de pornographiques tant les images montrant des parties génitales primaires que celles montrant des parties génitales secondaires (TF 6B_826/2017 du 26 janvier 2018 consid. 1.5.1 ; TF 6B_180/2015 du 18 février 2016 ; TF 6B_587/2014 du 12 août 2014 consid. 2.2).

4.2.2 Selon l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

Pour qu'il y ait erreur sur l'illicéité, il faut que l'auteur ne sache ni ne puisse savoir que son comportement est illicite. L'auteur doit agir alors qu'il se croyait en droit de le faire (ATF 129 IV 238 consid. 3.1). Il pense, à tort, que l'acte concret qu'il commet est conforme au droit. Déterminer ce que l'auteur d'une infraction a su, cru ou voulu et, en particulier, l'existence d'une erreur relève de l'établissement des faits (ATF 135 IV 152 consid. 2.3.2 ; TF 6B_139/2010 du 24 septembre 2010 consid. 4.1, JdT 2010 I 576).

4.3 Dans le cas particulier, l'image diffusée montre des seins floutés. Cette partie du corps entre dans la catégorie des parties génitales secondaires, soit qui ne participent pas directement à l'appareil

reproducteur. Le fait que la poitrine soit floutée ne change rien à cette appréciation, puisque l'on devine immédiatement ce dont il s'agit. Cette photographie présente à l'évidence une connotation sexuelle. La posture de la femme, qui tient sa poitrine dénudée entre ses deux mains et qui tire la langue en direction de celle-ci, ainsi que son regard suggestif, sont objectivement de nature à provoquer une certaine excitation sexuelle chez le consommateur. L'intéressée y est clairement représentée en tant qu'objet sexuel, dépourvue de tout caractère humain et émotionnel. L'appelant était en outre parfaitement conscient de l'image à caractère sexuel qu'il véhiculait, puisqu'il a ajouté un commentaire sous la photographie en faisant référence à une faveur sexuelle accordée par la mère de [...] à l'enseignant de cette dernière afin que l'élève obtienne la note de six.

Cela étant, se pose la question de savoir si, au moment où il a envoyé l'image et le message litigieux, l'appelant savait ou pouvait savoir que son comportement était illicite. Interrogé par la police sur les raisons de sa présence dans ses locaux, l'adolescent a répondu qu'il n'en savait rien. Confronté ensuite à l'image envoyée, il a expliqué qu'il avait fait cela pour « charrier » une de ses camarades de classe et que cela était un jeu pour lui. Au cours de l'audience d'appel, il a ajouté qu'il n'avait pas eu l'impression qu'il faisait quelque chose de mal, parce qu'il avait déjà vu des choses bien pires dans des magazines. On ne saurait ignorer qu'aujourd'hui de nombreux supports d'images à caractère sexuel sont facilement accessibles et librement consultables par tout un chacun, ce qui peut effectivement laisser penser à de jeunes adolescents qu'ils ne font rien de répréhensible pénalement. On peut admettre que l'appelant est de bonne foi lorsqu'il dit qu'il ne voulait faire qu'une plaisanterie et qu'il ne pensait pas qu'il faisait quelque chose de mal, d'autant qu'il n'était âgé que de quatorze ans et demi au moment des faits et qu'il n'a pas été rapporté qu'il aurait été averti auparavant du caractère illicite d'une telle attitude. L'appelant ne savait donc pas ni ne pouvait savoir qu'il se comportait d'une manière contraire au droit. Ayant ainsi agi sous l'emprise d'une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP, l'appelant doit être libéré

du chef de prévention de pornographie, respectivement de la sanction prononcée avec sursis.

5. Dès lors que le prévenu a eu un comportement civilement répréhensible, les frais de première instance, par 300 fr., seront laissés à sa charge et il ne lui sera alloué aucune indemnité à forme de l'art. 429 CPP.

6. Il résulte de ce qui précède que l'appel doit être partiellement admis et le jugement entrepris réformé dans le sens des considérants qui précèdent. Vu l'issue de la cause, les frais d'appel, par 1'470 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 1 CPP).

L'appelant, qui obtient gain de cause sur l'essentiel, a droit à des dépens pour la procédure d'appel. La liste des opérations produite, qui indique un montant de 1'711 fr. correspondant à 5 h 45 d'activité à 250 fr. l'heure, 120 fr. pour une vacation, 2 % de forfait pour les débours et la TVA par 7,7 %, est admise. S'y ajoute une heure d'activité pour l'audience d'appel, soit 269 fr. 25 TVA incluse, de sorte que l'indemnité totale s'élève à 1'980 fr. 25. Elle sera laissée à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 21 ad 197 al. 1 CP et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est partiellement admis.

II. Le jugement rendu le 29 novembre 2018 par le Tribunal des mineurs est réformé comme il suit :

- « I. Libère X._____, fils de [...] et de [...], né le [...] 2003, à [...], écolier, domicilié légalement chez sa mère, [...], du chef de prévention de pornographie.
- II. Les frais de procédure, par 300 fr., sont mis à la charge de X._____.
- III. Il n'est pas alloué d'indemnité à forme de l'art. 429 CPP à X._____. »

III. Les frais d'appel sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. Une indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP d'un montant de 1'980 fr. 25 est allouée à X._____ pour la procédure d'appel, à la charge de l'Etat.

V. Le jugement motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 3 juin 2019, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Manuela Ryter Godel, avocate (pour X. _____),
- M. [...],
- Mme [...],
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal des mineurs,
- Ministère public central, division affaires spéciales,
- Office fédéral de la police,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :