Urteilskopf

119 IV 145

26. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 25 juin 1993 dans la cause A. c. Ministère public du canton de Vaud (pourvoi en nullité)
Regeste (de):
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).

Regeste (fr):
Art. 197 CP; pornographie.

Le fait de rendre accessible à tout public, sans distinction d'âge, l'enregistrement de propos obscènes relevant de la pornographie douce est réprimé tant par l'art. 204 aCP que par l'art. 197 CP (consid. 2).

Art. 58 CP; confiscation.

S'agissant de la confiscation du bénéfice tiré d'une telle opération, il y a lieu de déterminer s'il était possible d'effectuer un contrôle afin de ne donner accès à ces messages qu'aux personnes ayant dépassé l'âge de protection. Si une telle sélection s'avère réalisable, est seul illicite, et doit donc seul être confisqué, le gain réalisé en renonçant à mettre en oeuvre un tel système (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 197 CP; pornografia.

Il fatto di rendere accessibile a chiunque, senza distinzione d'età, la registrazione di discorsi osceni che entrano nell'ambito della pornografia leggera è punito sia dall'art. 204 previgente CP che dall'art. 197 CP attualmente in vigore (consid. 2).

Art. 58 CP; confisca.

Per quanto concerne la confisca del profitto conseguito da tale attività, occorre determinare se fosse esistita la possibilità di effettuare un controllo destinato a rendere accessibili questi messaggi soltanto a persone che avessero superato l'età protetta. Ove tale selezione fosse stata possibile, è illecito, e quindi soggetto a confisca, solo il profitto conseguito rinunciando a far capo a detto sistema (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 146

A.- En vue de diffuser au public, moyennant paiement, des messages érotiques et pornographiques, A. a obtenu des PTT, selon le système télékiosque, huit lignes téléphoniques commençant par le no 156, dont chacune permettait d'exploiter dix lignes supplémentaires. Le système télékiosque donne à toute personne disposant d'un raccordement téléphonique la possibilité d'accéder, en composant le numéro indiqué, aux messages proposés, moyennant une taxe facturée ensuite par les PTT, dont une quote-part revient au titulaire du no 156. A. a fait paraître des annonces publicitaires dans la presse pour informer le public qu'il offrait des messages érotiques sur les lignes téléphoniques qui lui avaient été attribuées. Il commença l'exploitation de ces lignes le 10 octobre 1991. Les messages, enregistrés sur cassettes, étaient diffusés lorsque le numéro de télékiosque adéquat était sélectionné et ne s'interrompaient que lorsque l'appelant raccrochait son téléphone. Il ressort des cinq messages, transcrits et versés à la procédure, qu'une voix féminine évoquait en termes crus des pratiques sexuelles, simulant le désir, voire l'orgasme. Il n'était fait cependant aucune allusion à des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence. Le 14 octobre 1991, le Ministère public du canton de Vaud fit savoir, par la voie de la presse, qu'il avait déposé une dénonciation pour publications obscènes. Le 31 octobre 1991, le Ministère public fédéral a publié un communiqué de presse faisant état des procédures en cours relatives à des publications obscènes par la voie du télékiosque. A. a eu connaissance de ces communications de presse et il a continué néanmoins à diffuser des messages érotiques jusqu'au

13 juin 1992 - alors même que la quote-part des taxes qui devait lui revenir pour certaines lignes avait fait l'objet d'un séquestre pénal -, expliquant sa persévérance par le fait qu'il avait investi des fonds importants dans cette affaire et que ses concurrents poursuivaient de leur côté leur activité.

B.- Par jugement du 7 juillet 1992, le Tribunal de police du district de Lausanne a condamné A., pour publications obscènes, à la peine d'un mois d'emprisonnement avec sursis pendant deux ans et à une amende de 10'000 francs avec délai d'épreuve et de radiation de même durée, mettant à sa charge les frais de la procédure; il a ordonné que, sur les fonds séquestrés, 157'781 fr. 65 soient restitués à la société A. SA, le solde étant confisqué et dévolu à l'Etat. Le tribunal a considéré en particulier que A. ne pouvait ignorer le risque concret que des enfants, par curiosité ou désoeuvrement, ayant vu les annonces publicitaires largement diffusées dans la presse, sélectionnent les numéros de téléphone en cause et reçoivent ces messages, relevant de la pornographie dite douce. Il a admis que l'accusé avait agi, au départ, sous l'emprise d'une erreur de droit, mais que, dès qu'il a eu connaissance du communiqué de presse du Ministère public, il n'avait plus de raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. Il a tenu compte de l'erreur de droit d'une part au stade de la fixation de la peine et d'autre part au stade de la confiscation, en permettant à l'accusé de récupérer une mise de fonds, fixée à 300'000 francs selon le chiffre qu'il a articulé aux débats. Par arrêt du 21 décembre 1992, la Cour de cassation cantonale a rejeté le recours formé par le condamné. Tenant compte de l'entrée en vigueur, le 1er octobre 1992, des nouvelles dispositions relatives aux infractions contre l'intégrité sexuelle, elle a estimé qu'il fallait appliquer le nouvel art. 197 CP, en tant que lex mitior.

C.- Contre cet arrêt, A. s'est pourvu en nullité à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral. Invoquant une violation des art. 2, 58, 204 (ancien) et 197 (nouveau) CP, il conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision attaquée, à ce qu'il soit acquitté et à ce que les séquestres pénaux soient levés et les montants restitués, les frais de la procédure étant à la charge de l'Etat.

D.- Invité à présenter des observations, le Ministère public a conclu, avec suite de frais, au rejet du pourvoi. La cour cantonale s'est, quant à elle, référée aux considérants de son arrêt.

BGE 119 IV 145 S. 148

Erwägungen

Considérant en droit:
2. Le 1er octobre 1992 (RO 1992 p. 1678) est entré en vigueur le nouvel art. 197 CP, intitulé "pornographie", dont la teneur est la suivante: 1. Celui qui aura offert, montré, rendu accessibles à une personne de moins de 16 ans ou mis à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les aura diffusés à la radio ou à la télévision, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. 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. 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.
4. Si l'auteur a agi dans un dessein de lucre, la peine sera l'emprisonnement et l'amende. 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. STRATEN-

WERTH, 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, Kurzkommentar, 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, Kurzkommentar 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

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

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.