

N° 7407<sup>2</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2018-2019

**PROPOSITION DE LOI**

**modifiant la loi du 11 août 1982  
concernant la protection de la vie privée**

\* \* \*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour Supérieure de Justice.....	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg (29.5.2019).....	1
3) Avis de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette (14.5.2019).....	4
4) Avis de la Justice de Paix de Diekirch (27.5.2019).....	4
5) Avis commun des Parquets de Diekirch et de Luxembourg et du Parquet Général (24.5.2019).....	7

\*

**AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE**

Le projet soumis à la Cour prévoit l'introduction d'une nouvelle infraction, le délit de captation d'images impudiques, dans la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

Il a pour but de combler une lacune de notre droit et de réprimer les personnes qui filment ou photographient sous les jupes des femmes (ou hommes), à leur insu, dans les lieux publics (transports en commun, rues, etc).

L'idée de légiférer répond au constat du manque d'outils juridiques sanctionnant efficacement le voyeurisme.

Il s'agit de clarifier la situation pour que les faits de voyeurisme soient plus faciles à prouver et à réprimer.

La Cour peut approuver l'initiative consistant à créer un délit spécifique pour de tels agissements.

Le texte proposé est inspiré de la législation française. Il n'appelle aucun commentaire de la part de la Cour, sauf à constater que le taux de l'amende sanctionnant le délit d'upskirting en France est bien plus élevé que celui proposé par Monsieur le député Gilles Roth.

\*

**AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT  
DE ET A LUXEMBOURG**

(29.5.2019)

La proposition de loi entend introduire un délit de voyeurisme par modification de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée afin de rendre pénalement répréhensible le phénomène dit de « upskirting » par l'introduction d'un nouvel article 2bis dans ladite loi.

Il ressort de l'exposé des motifs que l'auteur de la proposition de loi fait allusion à une affaire de septembre 2017 dans le cadre de laquelle un homme avait filmé sous les jupes des filles et suite à

laquelle il se serait avéré que tels faits ne seraient pas susceptibles de qualification pénale. En effet, au vu de l'interprétation stricte de la loi pénale, tels faits ne constitueraient ni l'infraction d'attentat à la pudeur ni l'infraction d'outrage aux bonnes moeurs ni l'infraction atteinte à la vie privée réprimée par l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

Ainsi, il est proposé de sanctionner pénalement « *le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis l'insu ou sans le consentement de la personne.* »

A cet égard, dans le commentaire de l'article, l'auteur de la proposition de loi souligne que de par l'introduction du délit de voyeurisme, le dispositif législatif à introduire permettrait d'appréhender les personnes, qui notamment dans les transports en commun, utilisent un miroir ou leur téléphone portable ou de petits appareils photo ou de petites caméras, afin de regarder ou filmer l'entrejambe des femmes, assises ou debout lorsque celles-ci sont en robe ou en jupe ainsi que tous les faits de « voyeurisme » qui peuvent par exemple survenir lorsqu'une personne regarde en cachette une autre dans une cabine d'essayage ou dans des espaces sanitaires ou toilettes publiques.

Ainsi, il serait possible d'appréhender notamment tout comportement « voyeuriste » basé sur l'attirance à observer l'intimité d'une personne sans l'interaction du voyeuriste avec la victime, comportement constituant une forme grave d'harcèlement sexuel et moral commis au détriment de la victime.

Le nouvel article 2bis complet proposé, article inspiré de la législation française, a la teneur suivante :

*« Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 5.000 euros.*

*Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis d'un d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 10.000 euros :*

- 1° lorsqu'ils sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*
- 2° lorsqu'ils sont commis sur un mineur ;*
- 3° lorsqu'ils sont commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son tige, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur;*
- 4° lorsqu'ils sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ou dans le cadre d'une organisation criminelle;*
- 5° lorsqu'ils sont commis dans un moyen collectif de transport de personnes ou dans un lieu destiné à l'accès à un tel moyen collectif de transport de personnes ;*
- 6° lorsque des images ont été foxées, enregistrées ou transmises. »*

Le Tribunal rejoint, sous réserve et sans préjudice de la qualification pénale éventuellement donnée par les tribunaux à des faits similaires dont ils seraient saisis dans le cadre d'affaires leur dévolues ainsi que dans le respect du principe d'opportunité des poursuites, l'avis exprimé par l'auteur de la proposition de loi que tels faits ne sont à priori pas constitutifs de l'infraction d'attentat à la pudeur alors que telle infraction réprime tout acte impudique exercé directement sur une personne ou à l'aide d'une personne de l'un ou de l'autre sexe.

En effet, il y a lieu de rappeler que «

*Pour être constitué, l'attentat à la pudeur visé à l'article 372 du Code pénal suppose la réunion des conditions suivantes :*

- une action physique contraire aux moeurs d'une certaine gravité accomplie sur la personne ou à l'aide d'une personne*
- une intention coupable*
- une condition d'âge... » et*

que « *L'attentat à la pudeur est caractérisé par tout acte impudique exercé directement sur une personne ou à l'aide d'une personne de l'un ou de l'autre sexe et qui ne constitue pas le crime de viol. (Garçon, Code pénal annoté art.331 à 333, n°. 520, art 372 CP). Il peut encore être défini comme tout*

*acte contraire à la pudeur de la victime et mettant directement en cause le corps de celle-ci, à l'exception toutefois des actes de pénétration sexuelle commis avec violence (Roger Merle et André Vitu, Traité de droit criminel, droit pénal spécial n° 1862).*

*L'attentat à la pudeur suppose donc une agression contre l'intégrité sexuelle, c'est-à-dire l'acte matériel d'attentat à la pudeur, qui consiste en un acte contraire aux mœurs, acte immoral ou impudique exercé directement sur une personne ou à l'aide d'une personne (Alain Nauw, Invitation au droit pénal spécial, n° 398 ; Dalloz, Répertoire de droit pénal et procédure pénale, verbo attentat aux mœurs). »*

Il en est de même pour l'infraction d'outrage public aux bonnes mœurs prévue à l'article 385 du Code pénal qui comporte trois éléments, à savoir une action qui blesse la pudeur (telle qu'à titre d'exemple l'étalage de nudités tout au moins des parties sexuelles), la publicité de cette action et un élément moral, et qui protège la pudeur de tous et non la pudeur d'un individu en particulier.

Quant à la condition de publicité, il est de jurisprudence constante que

*« C'est par la publicité que l'action est de nature à heurter le sentiment général de pudeur. Le but du législateur est de protéger non pas la décence des lieux publics, mais la pudeur de quiconque. Dès lors, la condition de publicité est réalisée non tant en raison du lieu où l'action a été commise, qu'en raison des circonstances. (Les crimes et les Délits du Code Pénal, Rigaux et Trousse, sub Outrage public aux bonnes mœurs, p 438 et ss.)*

*Lorsqu'un lieu est accessible au public, fût-ce à un public restreint ou réunissant certaines conditions, l'action qui y est accomplie est publique, même si elle n'a été vue par personne, parce qu'en pareil lieu elle était susceptible de blesser la pudeur de quelqu'un qui y serait survenu, même fortuitement.*

*Lorsqu'un fait est commis dans un lieu privé, la publicité est liée aux circonstances. Ainsi l'acte immoral commis à l'intérieur d'un lieu privé parfaitement clos est punissable lorsqu'il est imposé à ceux qui s'y trouvent. »*

Au vu de ce qui précède, le Tribunal rejoint donc l'auteur de la proposition de loi que le fait de filmer en public dans un lieu ouvert au public, et ce notamment au vu de l'émergence des réseaux sociaux et des nouvelles technologies, plus particulièrement la généralisation de l'utilisation en public de téléphones portables, ne permet pas de caractériser la notion de publicité telle que requise pour l'infraction d'outrage public aux bonnes mœurs.

En ce qui concerne l'infraction prévue à l'article 2 de la loi du 11 août 1982, le Tribunal rejoint encore l'argumentaire de l'auteur de la proposition de loi que les dispositions de telle article (notamment l'article 2.2° de ladite loi) ne permettent à priori pas d'appréhender les faits spécifiques visés par la présente proposition de loi.

Au vu des considérations qui précèdent, le Tribunal est d'avis que les dispositions de la proposition de loi sous avis sont susceptibles de combler un vide juridique en créant un nouveau délit d'« upskirting » et que le libellé de l'Article unique tel que proposé est adapté afin de viser et de réprimer tels faits spécifiques visés par la proposition de loi.

Dans ce contexte, le Tribunal tient cependant à remarquer qu'à son avis des problèmes d'interprétation du terme « lieu clos » par les tribunaux risquent de se poser au cas où cette notion ne serait pas complétée par une liste d'endroits étant visés (liste certes non exhaustive) par telles dispositions.

Bien que de par principe le Tribunal n'émettra pas d'avis sur le principe même et le taux des sanctions pénales A prévoir, le Tribunal tient cependant encore à donner à considérer,

et ce au vu des circonstances aggravantes prévues par les dispositions de la proposition de loi sous avis, plus spécifiquement celles visant l'abus de son autorité par à une personne de l'autorité lui conférée de par sa fonction ainsi que la minorité ou la particulière vulnérabilité de victime de ces faits),

s'il n'y a pas encore lieu d'envisager de compléter le texte proposé par des dispositions prévoyant la possibilité pour les tribunaux de condamner les coupables de tels faits à l'interdiction des droits indiqués aux numéros 1, 3, 4, 5 et 7 de l'article 11 du Code pénal ainsi qu'à l'interdiction pour certaine durée, d'exercer une activité professionnelle, bénévole ou sociale impliquant un contact habituel avec des mineurs.

En effet, telles possibilités de condamnation sont actuellement déjà notamment prévues par l'article 378 du Code pénal en relation avec l'infraction d'attentat à la pudeur, par l'article 381 du Code pénal pour les infractions de prostitution et de proxénétisme ainsi que par l'article 386 du Code pénal pour l'infraction d'outrage public aux bonnes mœurs.

A titre de conclusion, le Tribunal d'arrondissement est d'avis, en se référant aux observations formulées ci-avant, que les dispositions de la proposition de loi lui soumis pour avis sont susceptibles de compléter et d'adapter utilement le dispositif législatif afin de réprimer des comportements répréhensibles de ce genre, comportements qui deviennent de plus en plus fréquents au vu de l'émergence des réseaux sociaux et des nouvelles technologies ainsi que de l'utilisation généralisée des smartphones et tablettes dans la vie quotidienne.

\*

## AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-SUR-ALZETTE

(14.5.2019)

La Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette n'a pas d'observations à formuler au sujet de la proposition d'insérer un nouvel article 2bis dans la loi du 11 août 1982 tendant à sanctionner le phénomène dénommé en anglais « upskirting » ou encore appelé délit de voyeurisme.

Esch-sur-Alzette, le 14 mai 2019

*Le Juge de Paix directeur,*  
Georges MUHLEN

\*

## AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX DE DIEKIRCH

(27.5.2019)

Retourné à Madame le Procureur Général d'Etat avec les observations suivantes :

La demande d'avis concerne l'introduction en droit luxembourgeois de l'infraction de « *voyeurisme* » en introduisant un article 2bis dans la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

L'auteur de la proposition de loi s'inspire étroitement du législateur français qui a introduit cette infraction en insérant un article 226-3-1 dans son code pénal et dont la teneur est similaire au texte proposé.

Par l'introduction dans le droit pénal français et belge – *article 371/1 du code pénal belge* – le législateur de nos pays limitrophes a entendu faire barrage à l'émergence d'un fléau des temps modernes, consistant à regarder ou filmer l'entrejambe d'une femme à l'aide d'un miroir ou d'un téléphone portable lorsque celle-ci est en robe ou en jupe. Les textes adoptés concernent également les personnes qui espionnent leur victime aux toilettes ou dans des cabines d'essayage.

En Belgique, un fait avait déféré la chronique avant l'introduction de la nouvelle loi. Ainsi, au début de l'année 2011, des enquêteurs retrouvaient dans deux ordinateurs appartenant à l'entraîneur d'un club de basket quelque 23 fichiers remplis de photos et de vidéos de fillettes dont il assurait l'entraînement sportif. Il apparut alors que l'homme avait filmé en cachette et en toute impunité à travers un trou de serrure. Parmi les documents, il y avait des photos de fillettes nues, en train de prendre une douche, alors qu'elles ne soupçonnaient rien.

Légiférer devenait ainsi urgent.

Un journal français a pu écrire à la suite de l'introduction de la nouvelle infraction par la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, portée par Marlène Schiappa, secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes, dans un texte plus général « *que c'en est terminé de l'impunité pour les voyeurs qui se rincent l'oeil en faisant un trou dans une cabine d'essayage, en regardant sous la porte des toilettes ou depuis le bas des escalators ou en accrochant leurs smartphones à une perche pour voir sous les jupes des femmes* ».

Il est admis qu'au Luxembourg, actuellement les amateurs d'*upskirting* qui ne font que « *regarder* » peuvent agir en toute impunité, car ces agissements ne relèvent ni de l'agression sexuelle, ni d'une atteinte de l'intimité de la vie privée et seul est réprimé l'enregistrement des images à l'insu de la

victime par le truchement des dispositions de l'article 2 – 2° de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

En France, grâce à la loi « Schiappa », même ceux qui regardent sans enregistrer sont punis.

En suivant une dynamique lancée en Belgique et en France, instaurer en infraction le fait décrit n'est pas sans intérêt.

La proposition de loi déposée suscite cependant certaines remarques de la part de la justice de paix de Diekirch.

Il y a lieu de s'interroger sur le choix d'intégrer cette infraction dans la loi sur la protection de la vie privée de 1982, plutôt que comme l'ont fait nos voisins dans le code pénal. Or ce choix semble suivre une logique de formalisme juridique. En effet, le droit pénal luxembourgeois a déjà réglementé les infractions portant atteinte à la vie privée par une loi spéciale, alors que le code pénal français dispose d'une section – DE L'ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE qui fait partie du chapitre V intitulé – DES ATTEINTES À LA PERSONNALITÉ qui fait défaut dans le code pénal luxembourgeois.

Comme il s'agit tant en France qu'en Belgique d'une législation assez récente, la jurisprudence n'est pas abondante en la matière, de sorte que l'on ne peut se référer qu'à une doctrine, elle-même peu étoffée, pour se forger une idée quant à l'interprétation qui pourrait être donnée au nouveau texte de loi.

Ainsi Laurent Saenko et Stéphane Detraz ont pu écrire dans le Dalloz 2018 (sub. article 226-3-1) quant à l'incrimination du voyeurisme que :

*25. Le nouvel article 226-3-1 du code pénal punit désormais d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis cr l'insu ou sans le consentement de la personne ». Est de la sorte incriminé le voyeurisme, comportement de la « personne, généralement un homme, qui tire son plaisir de la vue de la nudité, des fonctions excrétoires, des rapports sexuels d'autrui » (53). Le législateur a pris soin d'attribuer au délit certaines caractéristiques, qui en assurent l'appartenance aux atteintes à la vie privée. La victime – vêtue ou se trouvant dans un lieu clos (maison, cabine, véhicule, etc.) – ne doit ainsi ni s'exposer elle-même, serait-ce involontairement (il n'y a pas de voyeurisme punissable sur une plage nudiste ou à profiter d'une fenêtre ouverte), ni consentir à être vue, mais être surprise dans son plus simple appareil. Quant à l'auteur, il agit afin » (dol spécial n'ayant pas à se concrétiser matériellement) d'apercevoir les a parties intimes » (c'est-à-dire les zones sexuelles stricto sensu, les fesses et les seins des femmes).*

*26. L'infraction permet ainsi la répression d'agissements que les incriminations d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles sur mineurs n'englobent pas (54), celles-ci requérant un a contact corporel » avec la victime (55). En revanche, un risque de concours de qualification existe avec le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée établi à l'article 226-1 du code pénal (56), en raison de leur possible convergence in concreto (57) ; c'est alors ce dernier qui doit l'emporter, eu égard au montant plus élevé de l'amende qui le sanctionne (45 000 €), faute de pouvoir nettement caractériser la spécialité de l'un des textes (58). En outre, le fait que le délit de voyeurisme soit de type formel (l'usage du moyen est punissable même s'il n'est pas fructueux) n'atténue pas la difficulté, car la tentative de l'infraction de l'article 226-1 (comme celle d'ailleurs de l'article 226-3-1 (59)) est réprimée par l'article 226-5 (60).*

Force est de constater que le législateur français a pris soin de veiller à ce que la tentative d'infraction visée par l'article 226-3-1 du code pénal français soit réprimée.

Tel n'est cependant pas le cas de l'infraction ressortant de la proposition de loi. En effet, l'infraction étant qualifiée délit, il y a lieu de renvoyer à l'article 53 du code pénal qui dispose que *la loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits*. Or, tant la loi sur la protection de la vie privée, que le texte proposé, sont muets à ce sujet.

En ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction, les remarques suivantes s'imposent :

### **Quant à l'élément matériel.**

L'usage de moyens appropriés pour

1. apercevoir les parties intimes d'une personne

2. que celle-ci à cachée à la vue des tiers
  - a. dans un lieu clos
  - b. par son habillement
3. à l'insu de la victime ou sans son consentement

Quant au lieu clos, faute de jurisprudence spécifique on pourrait s'inspirer du *lieu privé* défini par un jugement rendu le 6 juillet 1995 par la 17<sup>e</sup> chambre du TGI de Paris, (P : 94 167 200029), inspiré par plusieurs décisions antérieures (V. notamment, *CA Besançon*, 5 janv. 1978: D. 1978, p. 357, note Lindon).

Le tribunal de grande instance de Paris a ainsi énoncé, à propos de la piscine du centre de thalasso-thérapie de l'Hôtel Royal à La Saule que *le lieu privé est défini comme un endroit qui n'est ouvert à personne, sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire (notamment une chambre d'hôtel, le bureau d'une entreprise, les parties communes d'un immeuble), alors que le lieu public est celui qui est accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent ou inconditionnel ou subordonné à certaines conditions (telles une plage accessible à tous, une église). Il importe peu que la piscine ait été fréquentée, lors de la prise de vue par d'autres personnes que la (demanderesse), rien n'empêchant que l'intimité de la vie privée d'un individu soit partagée par des tiers dont la présence est admise par celui-ci. L'accès à ladite piscine étant ainsi très limité par des considérations intuitu personae, le caractère privé de ce lieu ne peut être raisonnablement contesté.*

Quant à l'absence de consentement, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée présuppose par définition une intrusion dans la sphère privée à l'insu de la victime.

L'absence de consentement résulte le plus souvent des moyens clandestins utilisés pour capter et fixer les images.

Dans le cadre de la prise de clichés à l'aide de téléphones portables dans un transport en commun bondé en usant d'artifices, il ne pourra être que difficilement contesté que les images aient été réalisées de manière clandestine. Dans ces cas de figure les circonstances interdisent de considérer que la victime ait pu consentir à ces actes.

Par contre, si les clichés sont pris au vu et au su de la victime, il appartient à celle-ci d'établir qu'elle avait manifesté son désaccord.

### **Quant à l'élément moral.**

La justice de paix de Diekirch estime que le texte, en se limitant à la seule intention d'apercevoir les parties intimes d'une personne, est trop restrictif quant à son champ d'application.

En effet, le délit prévu n'est pas constitué s'il n'y a pas eu intention de le commettre. Suivant la formulation du texte, il faut que son auteur ait eu la volonté explicite d'apercevoir les parties intimes de sa victime. Il appartient à la partie poursuivante de rapporter la preuve de cette intention. Or, sauf aveu du prévenu, respectivement photographie documentée sur un support technique, il sera difficile au ministère public de rapporter positivement la preuve de l'intention de l'auteur présumé de l'infraction, que son geste avait pour but d'apercevoir les parties intimes de sa victime. En considérant l'interprétation stricte en matière répressive, l'issue d'une procédure engagée contre un prévenu déclarant avoir uniquement eu l'intention d'apercevoir la lingerie de sa victime n'est pas certaine.

Se pose partant la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu de formuler les éléments constitutifs de l'infraction par des termes plus généraux.

*Le Juge de Paix directeur,*  
Pascal PROBST



## AVIS COMMUN DES PARQUETS DE DIEKIRCH ET DE LUXEMBOURG ET DU PARQUET GENERAL

(24.5.2019)

### Remarques introductives et éléments de droit comparé :

La proposition de loi n° 7407 de Monsieur le Député Gilles ROTH concerne le phénomène de l'« upskirting », pratique consistant à filmer les dessous des femmes à leur insu. Ce phénomène connaît une popularisation ces dernières années avec e.a. l'apparition des smartphones. Le terme de « upskirting » peut être scindé en deux parties : « up » signifie « en haut » et « skirt » se traduit par jupe. Il est ainsi question de prendre des photos sous les jupes des femmes dans des lieux publics.

Un mouvement s'est mis en marche en Angleterre où une femme victime d'un tel fait a porté plainte après qu'elle avait réalisé qu'on avait pris une photo sous sa jupe. Les autorités lui ont répondu que les faits ne constituaient pas d'infraction pénale spécifique et que la plainte allait être classée sans suite. Déçue d'apprendre l'absence de texte réprimant pareille atteinte, une pétition a été lancée et a connu un grand succès.

L'Angleterre a réagi et désormais, la loi britannique considère la pratique de l'*upskirting* comme une infraction punissable par la loi. Cette loi prévoit jusqu'à deux ans d'emprisonnement pour un individu condamné pour avoir pris des photos sous les vêtements d'une personne sans son consentement.

Le but poursuivi et avoué était de faire figurer l'*upskirting* explicitement dans les textes en tant qu'infraction indépendante avec des éléments constitutifs propres, et non pas de rechercher des éléments constitutifs dans d'autres infractions qui pourraient le cas échéant correspondre. Pour éventuellement être en mesure de poursuivre un tel acte, il fallait aller puiser dans les infractions qui traitent des attentats à la pudeur ou les atteintes à la vie privée. Cette approche était insatisfaisante et a finalement conduit à l'élaboration d'un texte qui interdit spécifiquement la pratique de l'*upskirting* en établissant des sanctions pénales propres à cette infraction.

En Belgique, l'*upskirting* tombe sous le coup de la loi de mai 2014 relative à la lutte contre le sexisme dans l'espace public, qui réprime le fait de réduire une personne à sa dimension sexuelle.

Au Canada, « *quiconque sciemment publie, distribue, transmet, vend ou rend accessible une image intime d'une personne [...] sachant qu'elle n'y a pas consenti* » encourt jusqu'à cinq ans de prison.

La France, confrontée au même problème, a réagi assez récemment<sup>1</sup> parce que les problèmes juridiques pour poursuivre les auteurs d'*upskirting* étaient les mêmes qu'au Luxembourg. En effet, il semblait impossible de poursuivre les prévenus pour atteinte à la vie privée puisque les faits se déroulaient dans des lieux publics. Mais, toujours selon la loi française, il était aussi impossible de les poursuivre en justice pour agression sexuelle puisqu'il n'y a pas eu de contacts physiques.

Etant donné qu'il n'existait pas encore de délit spécifique, dans la pratique, les juridictions s'appuyaient sur différents textes, au cas par cas, notamment ceux relatifs aux violences volontaires pour pouvoir prononcer une sanction.

Un autre texte parfois invoqué était l'article 226-2-1 du code pénal, qui sanctionne de deux ans de prison et de 60.000 euros d'amende les « *paroles ou images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé* ».

Finalement, le législateur français a réagi et a instauré l'*upskirting* en tant qu'infraction indépendante, mais donne toutefois une définition qui va au-delà du fait d'aller regarder en dessous des jupes des femmes. Il englobe toutes les formes de voyeurisme puisqu'est pénalisé *le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a cachées à la vue d'un tiers*.

En Allemagne, le phénomène a conduit à une large réflexion suite à l'adoption en Angleterre d'un texte réprimant en fait pénal punissable la pratique de l'*upskirting*. Mais la réponse actuelle donnée à ce phénomène en Allemagne est jugée insatisfaisante. En effet, l'*upskirting* en tant que tel n'est pas considéré comme une infraction. Il faut ainsi puiser dans d'autres textes pour espérer une éventuelle

<sup>1</sup> Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes ayant introduit un article 226-3-1 dans le Code pénal français

poursuite, voire une condamnation, ce qui laisse les parties dans un flou juridique. Un cas a fait parler de lui en 2013. Un maire avait filmé à leur insu les parties intimes d'une centaine de femmes. Poursuivi pour « atteinte sexuelle », les tribunaux ont refusé de retenir la qualification pénale puisque le simple « harcèlement sexuel » ne peut pas être retenu comme une atteinte à l'honneur, l'auteur n'ayant pas recherché à offenser les victimes qui d'ailleurs pour la plupart n'avaient même pas remarqué la prise de photos. Le tribunal a toutefois retenu l'attitude du prévenu comme étant constitutif d'une contravention suivant paragraphe 118 de la loi sur les contraventions, « *Belästigung der Allgemeinheit* » et l'a condamné à une amende de 750 euros. En d'autres termes, la victime elle-même est désarmée face à une telle attitude et ne peut rien entreprendre, alors qu'au contraire, un tiers témoin de tels faits de *upskirting* et qui se sentirait offensé par cette pratique aurait la possibilité de porter plainte.

Au Luxembourg, trois procès-verbaux pour des faits de « voyeurisme » dans des lieux publics ont été dressés en 2016. Dans deux de ces cas, les faits en cause étaient non punissables car il s'agissait de simples tentatives.

En puisant dans l'arsenal juridique existant, il est possible d'énumérer plusieurs qualifications pénales susceptibles de s'appliquer à ce genre de situation, à condition qu'une analyse des faits concrets permette de conclure que tous les éléments constitutifs des infractions soient réunis.

Il s'agit en l'espèce :

- de l'article 2 de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée,
- de l'article 372 du code pénal : attentat à la pudeur,
- de l'article 385 du code pénal : outrage public aux bonnes moeurs,
- de l'article 398 du code pénal : coups et blessures volontaires.

Toutefois, pour chacune de ces qualifications, il y a toujours un élément constitutif qui fait défaut ou qui va prêter à forte discussion.

Le Ministère Public à l'époque avait donc décidé de ne pas poursuivre ces faits, ceux-ci ne tombant sous aucune qualification pénale.

Les amateurs d'*upskirting* pouvaient en conséquence jusqu'ici agir pratiquement en toute impunité grâce à un flou juridique. Ces agissements ne relevaient ni de l'agression sexuelle, ni de l'atteinte à la vie privée.

Les parquets de Diekirch et de Luxembourg ainsi que le Parquet Général saluent donc l'initiative prise par le biais d'une proposition de loi afin d'ériger le phénomène de *upskirting* en une infraction pénale.

De même, les soussignés estiment que cette nouvelle qualification pénale trouve sa juste place au sein de la loi de 1982 concernant la protection de la vie privée, prévoyant déjà des infractions similaires. Le choix de ne pas insérer le nouveau délit dans le Code pénal paraît donc être judicieux.

### **Observations quant au texte de loi proposé :**

La proposition de loi 7407, hormis quelques légères modifications, reprend le texte tel qu'il a été adopté par le législateur français.

Il est rédigé de la manière suivante :

*« Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 5.000.- euros. »*

Le terme « apercevoir », signifiant, selon le Nouveau Petit Robert<sup>2</sup>, « voir, en un acte de vision généralement bref, qu'il y ait eu ou non attention », semble trop limitatif, dès lors que dans le phénomène pré-décrit de *upskirting*, l'auteur de l'infraction cherche justement à regarder les parties intimes cachées à la vue. Ce n'est pas le fait d'entrevoir par hasard lesdites parties intimes ou d'y jeter un bref coup d'oeil qui est incriminé, mais le fait de mettre en oeuvre des moyens ou de déployer des efforts plus ou moins poussés pour ce faire.



Il est dès lors proposé d'insérer le verbe « observer » dans le libellé du délit. En effet, ce terme, qui signifie « considérer avec une attention soutenue, afin de connaître, d'étudier »<sup>3</sup>, reflète mieux l'attitude de l'auteur des faits incriminés et se trouve en concordance avec l'article 2, 2° de la loi de 1982 concernant la protection de la vie privée qui utilise le même verbe<sup>4</sup> et qui réprime l'auteur de faits similaires vis-à-vis d'une personne qui se trouve dans un lieu non public.

Concernant le terme de « parties intimes », qui vise en réalité les parties génitales au sens large, en ce qu'il ne concerne non seulement le sexe, mais également d'autres parties du corps telles que notamment les seins<sup>5</sup>, semble trop restrictif, dès lors qu'en général les personnes qui se trouvent dans un endroit public portent non seulement des vêtements, mais aussi des sous-vêtements. Par conséquent, si l'auteur réussit à regarder ou à filmer sous la jupe d'une femme, il ne verra de toute façon que la lingerie de la dame en cause et non pas ses parties intimes elles-mêmes.

Il est dès lors à craindre qu'en cas de poursuite pénale, le prévenu avance comme moyen de défense qu'il n'était nullement intéressé par les parties intimes, donc le sexe, de sa victime, et qu'il ne les a d'ailleurs ni vues, ni filmées, mais qu'il était uniquement fixé sur le sous-vêtement porté par celle-ci. Etant donné qu'il est loin d'être évident que le terme « parties intimes » englobe également les sous-vêtements, il n'est pas certain que la poursuite pénale puisse dans ce cas aboutir à une condamnation.

Il est vrai que le législateur français utilise le même terme de « parties intimes ». Toutefois, comme cette nouvelle infraction dite de « voyeurisme » n'a été introduite dans le Code pénal français que par une loi très récente, datant d'octobre 2018, on ne trouve pas encore de jurisprudences à ce sujet.

Par précaution, les soussignés proposent d'ajouter le terme de « sous-vêtements » au libellé de l'infraction, afin que le fait de regarder ou de filmer soit en-dessous d'une jupe d'une personne portant de la lingerie, soit une personne qui se trouve en sous-vêtements dans un lieu clos, tel qu'un vestiaire ou une cabine d'essayage, soit également répréhensible.

En tenant compte des propositions ci-dessus, le texte se lirait donc comme suit :

*« Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir ou d'observer les parties intimes ou les sous-vêtements d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 5.000.– euros. »*

La peine proposée pour le délit de base, sans circonstances aggravantes, qui est d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende obligatoire de 251.– à 5.000.– euros semble adaptée à la gravité objective des faits incriminés.

Il se pose toutefois la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu, dans un souci de cohérence, de modifier alors la peine prévue par l'article 2 de la loi de 1982 concernant la protection de la vie privée. Si l'emprisonnement y prévu est le même, l'amende est toutefois moindre et uniquement facultative. Le taux de l'amende prévue date de 1982 et ne semble plus guère adapté au contexte économique actuel.

Le texte proposé prévoit une série de circonstances aggravantes.

Tout d'abord, dans un ordre d'idées général, les soussignés suggèrent de prévoir les mêmes circonstances aggravantes pour les infractions prévues par l'article 2 de la loi de 1982 relative à la protection de la vie privée<sup>6</sup>. Il n'existe en effet aucune raison ou justification valable pourquoi les faits seraient aggravés envers certaines catégories de personnes ou si elles sont commises par certaines catégories d'auteurs, si elles sont commises dans un lieu public et non pas lorsqu'elles sont commises dans un lieu privé.

Le taux de la peine aggravée, à savoir un emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 251 à 10.000.– euros, est adéquat et proportionnel par rapport à la sanction prévue pour le délit simple.

3 Nouveau Petit Robert, même édition

4 Article 2, 2° : « en observant ou en faisant observer, au moyen d'un appareil quelconque, une personne se trouvant dans un lieu non accessible au public, sans le consentement de celle-ci, en fixant ou en faisant fixer, en transmettant ou en faisant transmettre dans les mêmes conditions l'image de cette personne. »

5 Revue Droit Pénal, n°10, Octobre 2018: Commentaire des principales dispositions de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes, par Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, professeur à l'Université de Bordeaux

6 Sauf le point 6°, déjà prévu par l'article 2,1° et 2° de la loi de 1982

Le point 1°, à savoir l'auteur qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, n'appelle aucune observation particulière.

Il en est de même pour le point 2°, lorsque la victime est mineure.

Concernant le point 3°, visant la victime d'une vulnérabilité particulière, il faut constater et approuver qu'il se trouve rédigé dans exactement les mêmes termes que la circonstance aggravante de même nature prévue par l'article 377, 5°, 1<sup>er</sup> tiret, du Code pénal.

Quant au point n°4, aggravant le délit lorsque les faits sont commis dans le cadre d'une organisation criminelle, les soussignés se demandent si cette circonstance représente une plus-value par rapport à la pluralité d'auteurs, également visée par ledit point 4°. En effet, le fait que plusieurs auteurs aient agi ensemble aggrave déjà la peine. Aucune sur-aggravation n'est prévue si, de surcroît, ces auteurs ont agi dans le cadre d'une organisation criminelle. De plus, il est toujours compliqué et fastidieux de rapporter la preuve de l'existence d'une organisation criminelle. Finalement, les articles 322 et suivants du Code pénal incriminent le fait de faire partie d'une association de malfaiteurs ou d'une organisation criminelle, de sorte qu'il sera de toute façon toujours possible de libeller ces infractions à part.

Le point 5° prévoit une circonstance aggravante en fonction du lieu de commission de l'infraction. A noter que l'expression « moyen collectif de transport de personnes » diffère des termes employés par le législateur français<sup>7</sup>. Cette différence s'explique et se trouve justifiée par l'alignement des termes utilisés par l'article 563, 10° du Code pénal luxembourgeois, concernant la dissimulation du visage dans les lieux publics.

Si l'on peut encore comprendre que la commission de l'infraction en cause est réprimée de manière plus sévère lorsqu'elle a lieu au sein d'un transport en commun, puisque les passagers doivent y avoir une certaine attente légitime de sécurité et que ces lieux constituent un terrain privilégié pour la perpétration de ce genre de délits, il est plutôt étonnant de voir que même les « lieux destinés à l'accès à un tel moyen collectif de transport de personnes » sont visés par la circonstance aggravante. Pourquoi l'infraction serait-elle plus grave si elle commise dans un aribus ou dans une gare que si elle a lieu sur une place publique ? Il est difficile d'entrevoir une explication objective et il faut se demander s'il est vraiment utile de suivre dans ce cas l'exemple du législateur français.

Pour ce qui est du point 6°, les soussignés proposent d'ajouter le terme « diffuser », dès lors qu'il vise une action plus large que le verbe utilisé par le texte, « transmettre », et semble dès lors plus adapté à l'action de publier les images captées via internet et les réseaux sociaux. Le verbe « diffuser » est d'ailleurs, par exemple, utilisé dans le même sens par les articles 383 et 383ter du Code pénal.

Luxembourg, le 24 mai 2019

Aloyse WEIRICH  
*Procureur d'Etat  
à Diekirch*

David LENTZ  
*Procureur d'Etat Adjoint  
à Luxembourg*

Simone FLAMMANG  
*Premier Avocat Général*

---

7 « véhicule affecté au transport collectif de voyageurs »

