

FR_GERICHTE 501 2021 21 vom 5. Mai 2021

FR Kantonsgericht, 2021-05-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_501_2021_21

FR: FR_GERICHTE 501 2021 21 du 5 mai 2021

IT: FR_GERICHTE 501 2021 21 del 5 maggio 2021

Regeste

Arrêt de la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal | Strafrecht

Erwägungen

E. 1.1

L'appel, déposé en temps utile contre un jugement final rendu par un tribunal de première instance (art. 398 al. 1, 399 al. 1 et 3 CPP), est recevable. A. _____, prévenu condamné, a qualité pour interjeter appel (art. 104 al. 1 let. a, 382 al. 1 et 399 al. 1 et 3 CPP).

E. 1.2

Saisie d'un appel contre un jugement ne portant pas que sur des contraventions, la Cour d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (art. 398 al. 2 CPP): elle revoit la cause librement en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP; cf. arrêt TF 6B_43/2012 du 27 août 2012 consid. 1.1), sans être liée par les motifs invoqués par les parties ni par leurs conclusions, sauf lorsqu'elle statue sur l'action civile (art. 391 al. 1 CPP). Elle n'examine toutefois que les points attaqués du jugement de première instance, sauf s'il s'agit de prévenir – en faveur du prévenu – des décisions illégales ou inéquitable (art. 404 CPP).

E. 1.3

La procédure est en principe orale (art. 405 CPP), sauf exceptions non réalisées en l'espèce (art. 406 al. 1 et 2 CPP). La Cour se fonde en principe sur les preuves administrées pendant la procédure préliminaire et la procédure de première instance (art. 389 al. 1 CPP). Elle peut toutefois répéter l'administration des preuves déjà examinées en première instance si les dispositions en matière de preuves ont été enfreintes, si l'administration des preuves était incomplète ou si les pièces relatives à l'administration des preuves ne semblent pas fiables (art. 389 al. 2 CPP). A l'instar du tribunal de première instance, elle conserve en ces cas la possibilité de faire administrer une nouvelle fois toutes les preuves qui lui sont essentielles pour juger de la culpabilité et de la peine ou qui sont importantes pour forger la conviction intime des membres du tribunal (CR-CPP – CALAME, 2019, art. 389 n. 5). La Cour d'appel peut également administrer, d'office ou sur requête, les preuves complémentaires nécessaires au traitement du recours (art. 389 al. 3 CPP). Par ordonnance du 21 avril 2021, la direction de la procédure a rejeté la réquisition de preuve de l'appelant tendant à la mise en œuvre d'une expertise afin de déterminer si une quelconque opération consistant à communiquer (« distribution »), par quelque procédé que cela soit, la vidéo litigieuse, a été faite, le 22 mai 2019, depuis son compte Instagram. En séance de ce jour, le prévenu n'a pas réitéré sa réquisition de preuve. Il n'y a donc pas matière à aller au-delà de son audition.

E. 2.1

A. _____ ne conteste pas avoir visionné la vidéo incriminée via son compte Instagram, sur son téléphone portable. Il ne conteste pas non plus avoir fait une opération, depuis son compte Instagram, de telle sorte que la vidéo litigieuse s'est ainsi retrouvée dans sa photothèque, ce qui correspond à l'enregistrement. Il fait en revanche grief à l'autorité de première instance d'avoir procédé à une constatation erronée des faits pertinents et d'avoir méconnu le principe juridique *in dubio pro reo* en retenant qu'il a transmis la vidéo litigieuse à un tiers. Il soutient qu'il n'a jamais fait la moindre opération, depuis son compte Instagram, pour envoyer, distribuer, ou adresser le fichier contenant la vidéo litigieuse à toute autre personne.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 9

E. 2.2

La présomption d'innocence, garantie par les art. 10 CPP, 32 al. 1 Cst., 14 par. 2 Pacte ONU II et 6 par. 2 CEDH, ainsi que son corollaire, le principe *in dubio pro reo*, concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large. En tant que règle sur le fardeau de la preuve, elle signifie, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu. Comme règle d'appréciation des preuves, la présomption d'innocence signifie que le juge ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable à l'accusé si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes quant à l'existence de ce fait. Il importe peu qu'il subsiste des doutes seulement abstraits et théoriques, qui sont toujours possibles, une certitude absolue ne pouvant être exigée. Il doit s'agir des doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective.

E. 2.3

En l'espèce, il n'est plus contesté que le fichier litigieux a été visionné par le prévenu via son compte Instagram et qu'il a été enregistré par le prévenu dans la photothèque de son téléphone portable. S'agissant du transfert de la vidéo incriminée, le rapport du National Center of Missing and Exploited Children mentionne expressément comme type d'incident : « possession, manufacture and distribution » (DO 2'011), ce qui signifie que le fichier a été transféré. Or, il ressort également de ce rapport que le fichier a été « uploaded », le 22 mai 2019, à 21 :09, dans le système Instagram (DO 2'011). Il est précisé que la question de savoir si ce fichier a été rendu public ou non n'est pas connue. De plus, aucune mention ne permet de savoir à qui il aurait éventuellement été transféré. Ainsi, dans la mesure où le prévenu conteste fermement avoir transmis cette vidéo, vu les informations précitées contenues dans la dénonciation d'Instagram, et en l'absence d'autres éléments à charge, on ne peut exclure que la vidéo ait été « uploadée » automatiquement dans le système d'Instagram lorsque le prévenu l'a enregistrée dans sa photothèque ou son compte Instagram, sans qu'il ne l'ait véritablement transmise à une autre personne, voire ait eu l'intention de le faire. Partant, dans le doute, il convient de retenir que le prévenu a uniquement visionné et enregistré la vidéo incriminée contenant de la pornographie dure mettant en scène des actes d'ordre sexuel effectifs impliquant un enfant et un animal.

E. 2.4

S'agissant de la qualification juridique des faits, la Juge de police a exposé de manière exhaustive l'énoncé de fait légal et la jurisprudence relative à l'infraction réprimée par l'art. 197 al. 1 et 4 CP (cf. jugement attaqué, p. 5 s.). On peut dès lors y renvoyer (art. 82 al. 4 CPP). Il convient cependant d'ajouter qu'à teneur de l'art. 197 al. 5 CP quiconque

consomme ou, pour sa propre consommation, fabrique, importe, prend en dépôt, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. L'art. 197 al. 5 CP vise le même type d'objets ou de représentations que l'art. 197 al. 4 CP. En ce qui concerne le comportement typique, le législateur a voulu interdire le fait d'acquérir, d'obtenir par voie électronique ou d'une autre manière et de posséder les objets ou représentations. La consommation est punissable en tant que telle, y compris la consommation sans possession sur internet. Les actes individuels destinés à une consommation strictement personnelle, sont mis au

Tribunal cantonal TC Page 5 de 9 bénéficie d'un traitement privilégié, la peine se limitant à une privation de liberté d'un an au plus ou à une peine pécuniaire, la sanction étant élevée jusqu'à un maximum de trois ans au plus si les objets ou représentations mettent en présence des mineurs effectifs (PC CP, 2ème éd. 2017, art. 197 n. 36 s.).

E. 2.5

En l'espèce, A. _____ a consulté, via Instagram, une vidéo mettant en scène un enfant ayant un rapport sexuel avec un âne et a enregistré ce fichier dans la mémoire de son téléphone portable. Il ne conteste en outre pas qu'il était conscient du caractère pédopornographique du fichier. Le comportement du prévenu est donc constitutif de l'infraction prévue à l'art. 197 al. 5 CP qui réprime les consommateurs de représentations ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel effectifs ou non effectifs avec des mineurs. Il s'agit d'un cas d'une gravité atténuée par rapport à l'art. 197 al. 4 CP, prévu pour les auteurs qui se livrent uniquement à une consommation strictement personnelle, ce qui est le cas en l'espèce du prévenu. Partant, l'appelant doit être reconnu coupable de pornographie dure (possession d'une vidéo montrant des actes d'ordre sexuel réels avec des mineurs), au sens de l'art. 197 al. 5 2ème phr. CP, tous les éléments constitutifs de l'infraction étant remplis.

E. 3.1

Dans la mesure où l'infraction à l'art. 197 al. 4 2ème ph. CP reprochée au prévenu a été requalifiée à la baisse en infraction à l'art. 197 al. 5 2ème ph. CP, la quotité de la peine doit être refixée.

E. 3.2

Aux termes de l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur; il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier, ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution ("objektive Tatkomponente"). Dans ce cadre, le juge tiendra compte également du mode d'exécution et,

éventuellement, de la durée ou la répétition des actes délictueux. Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur ("subjektive Tatkomponente"), de même que la liberté de décision dont il disposait au moment d'agir; plus il aurait été possible de respecter la loi, plus grave apparaît alors sa décision de la violer. A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même ("Täterkomponente"), à savoir les antécédents, la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (arrêt TF 6B_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 1.1 et les références citées). L'art. 47 CP n'énonce ni la méthode, ni les conséquences exactes qu'il faut tirer de tous les éléments précités quant à la fixation de la peine. Il confère donc au juge un large pouvoir d'appréciation. Dans sa décision, le juge doit exposer les éléments essentiels – relatifs à l'acte ou

Tribunal cantonal TC Page 6 de 9 à l'auteur – qu'il prend en compte. Ainsi, le condamné doit connaître les aspects pertinents qui ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés. Le juge peut passer sous silence les éléments qui, sans abus du pouvoir d'appréciation, lui paraissent non pertinents ou d'une importance mineure. La motivation doit justifier la peine prononcée, en permettant de suivre le raisonnement adopté. Cependant, le juge n'est nullement tenu d'exprimer en chiffres ou en pourcentages l'importance qu'il accorde à chacun des éléments qu'il cite. Plus la peine est élevée, plus la motivation doit être complète (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 et les références citées). Le critère essentiel pour fixer la peine reste celui de la faute. L'art. 47 CP ajoute comme critère l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales, la peine devant toujours être proportionnée à la faute (arrêt TF 6B_823/2007 du 4 mars 2008 consid. 2 et les références citées). L'art. 47 CP est violé si le juge ne considère pas les critères susmentionnés ou si la peine est dictée par des considérations étrangères à cette norme (ATF 134 IV 17 consid. 2.1; 116 IV 288 consid. 2b).

E. 3.3

A. _____ a été reconnu coupable de pornographie dure (possession d'une vidéo montrant des actes d'ordre sexuel réels avec des mineurs) au sens de l'art. 197 al. 5 2ème phr. CP. Cette infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans ou plus ou d'une peine pécuniaire. Concernant le type de peine et sa quotité, en application de l'interdiction de la reformatio in pejus, l'appelant est passible d'une peine pécuniaire de 30 jours-amende au plus. En l'espèce, compte tenu de la culpabilité légère du prévenu qui n'a visionné et enregistré qu'un seul fichier, des antécédents chargés du prévenu qui compte, bien qu'ils ne soient pas en lien générique avec l'infraction qui lui est reprochée ce jour, 8 inscriptions au casier judiciaire, la Cour considère qu'une peine pécuniaire de 10 jours-amende est adéquate pour sanctionner son comportement. Le montant du jour-amende a été arrêté, en première instance, sur la base de la situation financière du prévenu (cf. jugement attaqué, p. 9) à CHF 70.-. Il n'a pas été contesté en appel de sorte qu'il doit être confirmé.

E. 4.1

L'appelant conteste l'absence d'octroi du sursis à l'exécution de sa peine. Il allègue qu'une peine ferme ne se justifie pas compte tenu des circonstances et à défaut de lien générique

avec les précédentes infractions au demeurant déjà anciennes.

E. 4.2

Le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits (art. 42 al. 1 CP). Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère de l'accusé et ses chances d'amendement. Le sursis est donc la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ; il prime en cas d'incertitude (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 et 4.2.2).

E. 4.3

En l'espèce, force est d'admettre que seul un pronostic défavorable peut être posé sur le comportement futur de l'appelant. Si certes, l'appelant n'a pas d'antécédent en matière

Tribunal cantonal TC Page 7 de 9 d'infractions sexuelles, son casier judiciaire fait état de 8 condamnations entre 2012 et 2019, pour des infractions à la loi sur la circulation routière, à la loi sur les étrangers, à la loi sur l'AVS et pour détournement de valeurs patrimoniales mises sous main de justice. Malgré des condamnations antérieures à des peines privatives de liberté et des peines pécuniaires fermes, l'appelant a toutefois à nouveau commis une infraction. Seule l'exécution de sa peine sera de nature à lui faire prendre conscience de ses actes et de permettre ainsi d'éviter toute nouvelle récidive. Partant, un sursis ne peut être accordé au prévenu et la peine prononcée sera ferme.

E. 5

En application de l'art. 66a al. 2 CP, il est renoncé à prononcer l'expulsion judiciaire du territoire suisse de A._____.

E. 5.1

En l'espèce, l'appel du prévenu est partiellement admis. Les faits reprochés au prévenu ont été requalifiés à la baisse et sa peine a été adaptée en ce sens. Ces modifications ne justifient toutefois pas une mise à la charge partielle de l'Etat des frais de procédure de première instance, l'appelant ayant été condamné. En l'absence d'acquiescement, il n'y a pas lieu de revoir la répartition des frais de première instance. S'agissant des frais de la procédure d'appel, celui-ci étant partiellement admis, il se justifie de mettre 1/4 des frais de la procédure d'appel à la charge de l'appelant. Ils sont fixés à CHF 2'200.- conformément aux art. 424 CPP, 124 LJ, 33 à 35 et 43 RJ (émolument: CHF 2'000.-; débours: CHF 200.-).

E. 5.2

En vertu de l'art. 436 al. 2 CPP, le prévenu qui a obtenu partiellement gain de cause a droit à une juste indemnité pour ses dépens. L'art. 429 al. 2 CPP précise que l'autorité pénale, qui peut enjoindre le prévenu à chiffrer et justifier ses prétentions, les examine d'office. L'Etat prend en charge les frais de défense du prévenu aux conditions prévues à l'art. 429 al. 1 let. a CPP notamment. L'indemnité prévue concerne les dépenses engagées par le prévenu pour

un avocat choisi (ATF 138 IV 205 consid. 1) dans les cas où le recours à celui-ci apparaît raisonnable (ATF 142 IV 45 consid. 2.1). Le CPP ne donne aucune indication sur le montant horaire qui doit être retenu à titre d'indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP. Toutefois, la législation fribourgeoise prévoit depuis le 1er juillet 2015 que cette indemnité est calculée sur un tarif horaire de CHF 250.- qui peut cependant être augmenté dans certains cas particulièrement complexes et nécessitant des connaissances spécifiques jusqu'à CHF 350.- (art. 75a al. 2 RJ), non concernés en l'espèce. En l'espèce, A._____ est représenté par un mandataire choisi. Dès lors qu'il a partiellement obtenu gain de cause sur le sort de son appel, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (cf. art. 429 al. 1 let. a CPP), pour la seconde instance. Aucune indemnité ne lui sera en revanche accordée pour la première instance, vu que les frais ont été laissés à sa charge. En l'espèce, sur la base de la liste de frais qu'il a produite ce jour, laquelle fait état d'opérations justifiées, la Cour retient que Me Nicolas Charrière a consacré utilement 9 heures à la défense de son mandant pour la procédure d'appel. Les honoraires sont donc arrêtés à CHF 2'250.- (CHF 250.-/h), auxquels s'ajoutent les débours par CHF 112.50 (5%) et la TVA par CHF 184.20 (7.7%), ce qui porte le total à un montant de CHF 2'576.70. S'y ajoute un montant de CHF 79.95 pour des débours externes. Afin de tenir compte de la répartition des frais de justice telle que fixée

Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 plus haut (cf. supra consid. 5.1.), l'indemnité pour la seconde instance sera arrêtée à concurrence de 3/4 de ce montant, soit CHF 1'932.50, TVA incluse, plus CHF 60.-.

E. 5.3

Aux termes de l'art. 442 al. 4 CPP, les autorités pénales peuvent compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure pénale. La créance de la collectivité portant sur les frais de procédure ne peut cependant être compensée qu'avec l'indemnité accordée à la partie débitrice, mais non avec la réparation du tort moral allouée à celle-ci (cf. ATF 139 IV 243 consid. 5.1). L'indemnité accordée à l'appelant n'étant pas liée à la réparation d'un tort moral mais allouée en vertu de l'art. 429 CPP, il sera fait application de l'art. 442 al. 4 CPP. Partant, la peine pécuniaire, les frais de justice d'appel et les frais judiciaires de première instance seront compensés avec l'indemnité accordée à l'appelant pour la seconde instance. la Cour arrête : I. L'appel est partiellement admis. Partant, le jugement de la Juge de police de l'arrondissement de la Gruyère du 21 janvier 2021 est réformé et prend la teneur suivante : 1. A._____ est reconnu coupable de pornographie (possession d'une vidéo montrant des actes d'ordre sexuel effectifs entre un mineur et un animal). 2. En application des art. 34, 47 et 197 al. 5 2ème phr. CP, A._____ est condamné à une peine pécuniaire de 10 jours-amende, sans sursis. Le montant du jour-amende est fixé à CHF 70.-. 3. Le sursis assortissant la peine prononcée le 30 août 2013 par le Ministère public du canton de Fribourg n'est pas révoqué. 4. En application de l'art. 67 al. 4bis CP, il est renoncé à prononcer une interdiction de l'exercice d'une activité professionnelle ou d'une activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs.

E. 6

En application des art. 421 et 426 CPP, les frais de procédure sont mis à la charge de A._____. Ils sont fixés à CHF 250.- pour l'émolument de justice, auxquels s'ajoutent l'émolument du Ministère public par CHF 310.-, et à CHF 75.- pour les débours, soit CHF

635.- au total.

E. 7

(supprimé).

Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 II. Les frais de procédure d'appel dus à l'Etat sont fixés à CHF 2'200.- (émolument: CHF 2'000.- et débours: CHF 200.-). En application de l'art. 428 al. 1 CPP, ils sont mis à la charge de A. _____ à raison de 1/4, soit CHF 550.- le solde étant laissé à la charge de l'Etat. III. Une indemnité réduite au sens de l'art. 436 al. 2 CPP est accordée à A. _____ à charge de l'Etat. Elle est fixée à CHF 1'932.50, TVA incluse, plus CHF 60.-. En application de l'art. 442 al. 4 CPP, celle-ci est compensée avec la peine pécuniaire, les frais de la procédure d'appel et les frais de la procédure de première instance. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours dès la notification de l'arrêt rédigé. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 5 mai 2021/say Le Président : La Greffière-rapporteure :

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