

GE_GERICHTE AARP/442/2024 vom 10. Dezember 2024

GE Cour de justice, 2024-12-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_442_2024

FR: GE_GERICHTE AARP/442/2024 du 10 décembre 2024

IT: GE_GERICHTE AARP/442/2024 del 10 dicembre 2024

Erwägungen

E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale [CPP]).

La Chambre n'examine que les points attaqués du jugement de première instance (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP), sans être liée par les motifs invoqués par les parties ni par leurs conclusions, à moins qu'elle ne statue sur une action civile (art. 391 al. 1 CPP).

E. 2.1

L'appelant soutient à titre préalable que le procès-verbal de son audition à la police effectuée hors la présence de son avocat est inexploitable, s'agissant d'un cas de défense obligatoire.

- 6/22 - P/23547/2022

E. 2.1.1

À teneur de l'art. 130 CPP, le prévenu doit notamment avoir un défenseur lorsqu'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion (défense obligatoire ; art. 130 let. b CPP).

E. 2.1.2

Conformément à l'art. 131 al. 3 CPP, les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à la condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration. Ainsi, si le prévenu choisit d'exercer son droit de voir l'acte d'instruction administré une nouvelle fois en présence de son défenseur, seule cette seconde administration de preuves sera prise en compte et exploitable durant la suite de la procédure (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE [éds], Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., Bâle 2019, n. 18 ad art. 131).

E. 2.1.3

En l'occurrence, l'appelant a été entendu par la police, hors la présence d'un avocat, alors qu'il se trouvait dans un cas de défense obligatoire, ce que le MP avait indiqué dans son mandat d'amener. Au vu de ce qui précède, le procès-verbal d'audition à la police du 9 décembre 2022 sera considéré comme inexploitable et donc retiré du dossier. Les passages du rapport d'arrestation s'y référant ne seront pas pris en compte. Il ne se justifie toutefois pas de l'écarter en totalité, compte tenu de ce qui suit.

E. 2.2

L'appelant se prévaut en outre de l'illicéité, respectivement de l'inexploitabilité des preuves transmises par le NCMEC, ainsi que de leurs dérivés.

E. 2.2.1

Le CPP ne régit que la collecte de preuves par les autorités pénales étatiques, mais ne se prononce pas expressément sur le traitement des preuves collectées par des particuliers.

E. 2.2.2

Selon la jurisprudence, les moyens de preuves obtenus de façon licite par des personnes privées sont exploitables sans restriction (arrêt du Tribunal fédéral 6B_902/2019 du 8 janvier 2020 consid. 1.2).

E. 2.2.3

Les preuves recueillies illicitement par les particuliers sont quant à elles exploitables pour autant qu'elles aient pu être obtenues légalement par les autorités pénales et qu'elles ne sont pas concernées par des restrictions (telles celles prévues aux art. 264 ou 269 al. 2 CPP). En revanche, l'existence d'un soupçon d'infraction ainsi que les considérations de proportionnalité, qui impliquent une appréciation des circonstances concrètes de l'obtention des preuves dans le cas d'espèce, ne doivent pas être évaluées (arrêt du Tribunal fédéral 6B_385/2024 du 30 septembre 2024 destiné à la publication consid. 2.6.2.4, précision de ATF 147 IV 16 consid. 1.1.). Les preuves considérées comme illégales sont notamment celles obtenues en violation de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD). Aux termes de l'art. 31 al. 1 LPD, une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le

- 7/22 - P/23547/2022 consentement de la personne concernée, par un intérêt privé ou public prépondérant, ou par la loi. En présence d'un motif justificatif, la preuve peut être utilisée sans restriction (arrêt du Tribunal fédéral 6B_219/2022 du 15 mai 2024 consid. 1.3.3).

E. 2.2.4

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a eu à statuer sur la licéité, respectivement l'exploitabilité de preuves recueillies par le NCMEC et transmises à la police fédérale suisse (arrêt 6B_219/2022 du 15 mai 2024). Cet arrêt traitait d'un fichier vidéo incriminé détecté, lors de son envoi le 13 février 2020 par un chat de groupe INSTAGRAM, par un algorithme du fournisseur de services électroniques FACEBOOK. Cette transmission avait eu lieu parce qu'une comparaison automatique des valeurs de hachage associées aux fichiers envoyés avec les valeurs de hachage de fichiers connus pour être illégaux avait montré une correspondance avec une valeur associée à un fichier illégal. INSTAGRAM avait alors transmis un rapport au NCMEC qui avait déterminé la localisation approximative de l'utilisateur, puis communiqué les informations à la police fédérale suisse. Aux termes de sa décision, le TF a tout d'abord confirmé que la collecte d'informations concernant le fichier vidéo incriminé et leur attribution au requérant constituait une collecte de preuves privée. Il a ensuite retenu (sur la base de l'examen de diverses informations contenues dans les conditions d'utilisation et la politique de confidentialité d'INSTAGRAM ainsi que la politique de données FACEBOOK) que cette collecte de preuves était licite dans la mesure où le requérant avait consenti au traitement de ses données par la plateforme, selon les conditions d'utilisation et la politique de confidentialité qui contenaient des informations détaillées sur l'étendue de la collecte des données et leur transmission à des tiers. Le

consentement du recourant au traitement de ses données pouvait ainsi être qualifié de fondé sur des informations suffisantes et suffisamment reconnaissables pour lui. Partant, les informations collectées et les preuves qui en découlaient pouvaient être utilisées en procédure pénale.

E. 2.2.5

Selon l'art. 139 al. 2 CPP, il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits non pertinents, notoires, connus de l'autorité pénale ou déjà suffisamment prouvés. Les faits notoires, qu'il n'est pas nécessaire d'alléguer ni de prouver, sont ceux dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction du juge, qu'il s'agisse de faits connus de manière générale du public ("allgemeine notorische Tatsachen") ou seulement du juge ("amtskundige oder gerichtskundige Tatsachen"). Pour être notoire, un renseignement ne doit pas être constamment présent à l'esprit ; il suffit qu'il puisse être contrôlé par des publications accessibles à chacun (ATF 138 II 557 consid. 6.2 p. 564 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_645/2011 du 27 janvier 2012 consid. 3.4.2).

E. 2.2.6

En l'occurrence, il est admissible pour la Chambre de céans de se référer aux conditions générales de FACEBOOK, ainsi qu'à sa politique de données (sur les aspects pertinents de la présente cause) dans la mesure où celles-ci doivent non seulement être connues de l'appelant (cf. infra 2.2.7), mais qu'elles posent en outre des règles qui relèvent du bon sens et qui doivent, partant, être considérées comme connues

- 8/22 - P/23547/2022 de manière générale du public. Qui plus est, le Tribunal fédéral a lui-même fait référence à ces notions dans son arrêt 6B_219/2022 susmentionné de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir plus en détail.

E. 2.2.7

Cette jurisprudence, qui porte sur des faits survenus peu avant ceux de la présente cause, trouve application dans le cas d'espèce, dès lors que l'on se trouve dans une configuration similaire à celle qu'a eu à traiter notre Haute-Cour, la collecte d'informations concernant le fichier vidéo incriminé et leur attribution à l'appelant ayant été effectuée par FACEBOOK, en collaboration avec le NCMEC. L'appelant ne conteste pas avoir accepté les conditions d'utilisation et la politique de confidentialité de ladite plateforme au moment de la création de son compte, respectivement de manière implicite à chaque utilisation des services y relatifs. Le fait qu'il ait pu obtenir de l'aide pour créer son compte ne change par ailleurs rien à ce qui précède, ce d'autant plus qu'il lui était loisible de retirer son consentement à tout moment. Au demeurant, il est notoire que FACEBOOK et les services liés à ladite plateforme interdisent tout contenu illégal, dont la pédopornographie fait partie, ce dont l'appelant devait nécessairement avoir conscience. Tout utilisateur qui publie, partage ou interagit avec ce type de contenu enfreint ainsi directement les règles de la plateforme (accessibles à tout utilisateur). Dans ce cas, diverses mesures peuvent être prises par le prestataire de services comme la suppression ou la restriction du contenu litigieux, la désactivation du compte ou encore le signalement aux autorités compétentes. Dans la mesure où il est notoire que la pédopornographie est illicite, il va de soi que l'activité liée à ce type de contenu n'est pas protégée. Partant, l'appelant devait s'attendre à ce que son comportement fasse l'objet d'une dénonciation aux autorités compétentes, ce dernier ayant au demeurant consenti au traitement de ses données conformément aux conditions d'utilisation de la plateforme FACEBOOK. Pour ce motif déjà, les preuves reçues par le

NCMEC et transmises à FEDPOL ont été recueillies licitement et sont dès lors parfaitement exploitables par les autorités pénales. En tout état, la lutte contre la pédocriminalité et la prolifération de contenu de cette nature primerait l'éventuelle atteinte à la personnalité de leur consommateur, de sorte que la collecte de preuve s'avérerait également licite pour ce motif. Les autres questions préjudicielles soulevées par l'appelant sont dès lors rejetées.

E. 3.1

Le principe *in dubio pro reo*, qui découle de la présomption d'innocence, garantie par l'art. 6 ch. 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) et 10 al. 3 CPP, concerne tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves au sens large (ATF 144 IV 345 consid.

- 9/22 - P/23547/2022 2.2.3.1). En tant que règle sur le fardeau de la preuve, la présomption d'innocence signifie, au stade du jugement, que ce fardeau incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu (arrêts du Tribunal fédéral 6B_519/2018 du 29 août 2018 consid. 3.1 ; 6B_377/2018 du 22 août 2018 consid. 1.1). 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 de doutes sérieux et irréductibles, c'est-à-dire de doutes qui s'imposent à l'esprit en fonction de la situation objective (ATF 138 V 74 consid. 7 ; 127 I 38 consid. 2a ; 124 IV 86 consid. 2a). 3.2.1. Aux termes de l'art. 197 al. 4 CP, est punissable quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation, promeut, expose, offre, montre, rend accessible, met à disposition, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets ou représentations pornographiques ayant notamment comme contenu des actes d'ordre sexuel non effectifs (1ère phrase) ou effectifs (2ème phrase) avec des mineurs. 3.2.2. Pour qu'un contenu doive être considéré comme pornographique, il faut qu'il soit objectivement de nature à conduire à l'excitation sexuelle et que les personnes représentées agissent comme des objets sexuels et non comme des personnes douées de sensibilité (ATF 144 II 233 consid. 8.2.3 ; 133 IV 31 consid. 6.1.1 ; 131 IV 64 consid. 10.1.1). La notion d'actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs fait quant à elle référence à la représentation de mineurs réels dans un contenu pornographique (arrêts du Tribunal fédéral 6B_304/2021 du 2 juin 2022 consid. 1.3.1 ; 6B_997/2018 du 25 février 2019 consid. 2.1.1 ; 1B_189/2018 du 2 mai 2018 consid. 3.2). Comme cela ressort du texte de l'art. 197 al. 4 et 5 CP, tout acte sexuel impliquant une personne âgée de moins de 18 ans est visé par cette norme (arrêts du Tribunal fédéral 7B_62/2022 du 2 février 2024 consid. 6.2.2 ; 6B_1260/2017 du 23 mai 2018 consid. 2.1 ; AARP/207/2023 du 12 juin 2023 consid. 3.1). Sur le plan subjectif, l'art. 197 al. 4 CP consacre une infraction de nature intentionnelle ; le dol éventuel suffit (arrêts du Tribunal fédéral 7B_62/2022 du 2 février 2024 consid. 6.2.3 ; 6B_557/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3 in fine ; AARP/323/2023 du 28 août 2023 consid. 2.2). 3.3.1. En vertu de l'art. 135 aCP (dans sa teneur en vigueur au moment des faits), est punissable celui qui aura fabriqué, importé ou pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à disposition des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux portant gravement atteinte à la dignité

humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel

- 10/22 - P/23547/2022 ou scientifique digne de protection (al. 1). Il en va de même de celui qui aura acquis, obtenu par voie électronique ou d'une autre manière ou possédé des objets ou des représentations visés à l'al. 1, dans la mesure où ils illustrent des actes de violence contre des êtres humains ou des animaux (al. 1bis). 3.3.2. Une représentation de violence n'est illicite qu'en l'absence de valeur culturelle ou scientifique digne de protection, notion qui doit s'interpréter de façon large (M. DUPUIS / L. MOREILLON / C. PIGUET / S. BERGER / M. MAZOU / V. RODIGARI [éds], Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, N 10 ad art. 135). Le caractère digne de protection s'examine du point de vue d'un spectateur ouvert aux différentes formes d'expression artistique, dans le cercle visé par ladite représentation (ATF 131 IV 64 consid. 10.1.3 = JdT 2007 IV 161). Il ne peut être retenu de valeur digne de protection lorsque les contenus ont pour unique objectif l'apologie ou la banalisation de la violence, ou le divertissement du public. L'absence d'intérêt digne de protection doit toutefois être manifeste ; en cas de doute, l'illicéité doit être déniée (jugement de la Cour des affaires pénales SK.2019.49 du 3 septembre 2020 consid. 6.3.6). Même lorsqu'elles proviennent originellement de sources à caractère scientifique, les représentations ne sont pas dignes de protection lorsqu'elles sont présentées hors de leur contexte initial, sans lien avec celui-ci (jugement de la Cour des affaires pénales SK.2019.38 du 26 juin 2020 consid. 6.1.3). Par contre, des images imprécises d'assassinat de civils dont on ne peut exclure qu'elles soient assimilables à celles d'un reportage de guerre, des images de cadavres défigurés se référant à un fait d'actualité visant à dénoncer une action de la police ou des images d'assassinat reprises d'un reportage officiel n'ont pas été considérées comme illicites, car elles pouvaient relever de l'illustration de faits d'actualité (jugement de la Cour des affaires pénales SK.2007.4 du 21 juin 2007 consid. 6.2.4 à 6.2.6). 3.3.3. La possession suppose objectivement la maîtrise physique, directe ou à tout le moins indirecte, sur une chose et subjectivement la volonté d'exercer cette maîtrise. La notion de possession correspond à celle utilisée généralement en droit pénal, notamment dans l'application de CP 139. Celui qui a l'usage exclusif du support ou d'une partie du support, à l'instar du titulaire d'un compte de messagerie électronique sur lequel sont stockées des images illicites appartenant à un tiers, peut également être considéré comme possesseur (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), Commentaire romand, Code pénal II, vol. II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017 n. 30 et 31 ad art. 135). 3.3.4. L'art. 135 CP est une infraction intentionnelle. Le dol éventuel suffit (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op. cit., n. 73 ad art. 135).

E. 3.4

Conformément à 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. L'erreur sur l'illicéité vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et donc avec intention,

- 11/22 - P/23547/2022 mais en croyant par erreur agir de façon licite (ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 ; 129 IV 238 consid. 3.1). La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que son ignorance ne le protège que dans des cas exceptionnels. Pour exclure l'erreur de droit, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit ou qu'il eût dû avoir ce sentiment. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'erreur de l'auteur

peut lui être reprochée (ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_77/2019 du 11 février 2019 consid. 2.1 non publié aux ATF 145 IV 17) 3.5.1.

L'appelant ne conteste pas le caractère pédopornographique de la vidéo litigieuse, laquelle met en scène trois enfants de moins de dix ans en train d'entretenir des rapports sexuels. S'il n'exclut pas l'avoir reçue, il dit en revanche en avoir ignoré le contenu et ne pas l'avoir transférée à des tiers. Il ressort pourtant de la dénonciation du NCMEC (laquelle est intervenue à la suite d'un signalement de FACEBOOK), que l'utilisateur du compte "A_____", identifié comme étant l'appelant, a téléchargé une vidéo pédopornographique et l'a envoyée à des tiers. S'il n'est pas possible d'affirmer que la vidéo litigieuse a effectivement été reçue par ses destinataires (l'épouse de l'appelant et E_____), cette question souffre de rester ouverte dès lors qu'il est établi, à teneur du dossier, que le précité a bien procédé à son envoi via le service MESSENGER. Il n'y a en effet pas lieu de douter de la force probante et de la crédibilité de la dénonciation initiée par FACEBOOK et traitée par le NCMEC, ces preuves étant d'une part parfaitement licites et admissibles (cf. supra consid. 2.2.4 et 2.2.7), les informations transmises à FEDPOL étant, d'autre part, vérifiées par ce dernier. À cet égard, une erreur dans l'identification de la vidéo litigieuse confine à l'impossible et rien, à teneur du dossier ne permet d'asseoir cette théorie. En effet, le fichier vidéo incriminé a pu être détecté grâce à une comparaison automatique des valeurs de hachage associées au fichier envoyé avec celles de fichiers connus pour être illégaux. Cette comparaison a montré une correspondance avec un fichier illégal dont une copie se trouve au dossier. Qui plus est, l'appelant n'est pas crédible lorsqu'il affirme, d'une part, ne pas avoir connaissance du contenu de la vidéo litigieuse et, d'autre part, de ne pas l'avoir transférée à des tiers. En effet, s'il affirme qu'il se serait souvenu avoir reçu une vidéo de ce type, il n'exclut néanmoins pas la possibilité d'avoir reçu la vidéo litigieuse, ce qui est contradictoire. De plus, il a expliqué que s'il devait transférer quelque chose c'était à son épouse, laquelle était précisément l'une des deux destinataires de la vidéo. Enfin, il a admis échanger du contenu pornographique avec E_____ et expliqué vérifier le contenu des fichiers envoyés, ce qui laisse fortement à présumer qu'il connaissait le caractère pédopornographique de la vidéo envoyée à ce dernier. Au vu de ce qui précède, l'appelant s'est bien rendu coupable de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 2ème phrase CP, ce dernier ayant agi à tout le moins par dol éventuel.

- 12/22 - P/23547/2022 3.5.2. Il est établi à teneur du dossier que l'appelant possédait une vidéo à caractère violent représentant des actes de cruauté envers des êtres humains dans son téléphone portable, laquelle lui a été envoyée par message. Le précité ne nie pas le caractère éminemment violent de ladite vidéo ni n'allègue que son contenu aurait un intérêt scientifique ou culturel. L'explication de l'appelant selon laquelle il ignorait avoir reçu une telle vidéo et ne pas avoir su que du contenu pouvait se télécharger automatiquement sur son téléphone ne lui est d'aucun secours. En effet, il lui appartenait de vérifier les paramètres d'utilisation de son téléphone et des diverses messageries qu'il utilise, précisément pour éviter ce type "d'incident". La responsabilité de l'appelant est d'autant plus importante qu'il a expliqué, au cours de la procédure, que s'il ne lui arrivait pas de recevoir et/ou de partager des vidéos au contenu violent, il recevait en revanche des messages concernant la diaspora, précisant que "Quand quelque chose se passe, ils montrent à la diaspora ce qui se passe" – laissant sous-entendre que ce type de fichier pouvait circuler dans ces groupes de discussion. En outre, il a ajouté recevoir des messages qu'il n'ouvrait pas, ce qui paraît pour le moins surprenant puisqu'en parallèle il les désigne comme décrivant "ce qui se passe". En réalité, ces explications sont de circonstance: la vidéo en

question, unique en son genre, n'a certainement pas échappé à l'appelant, même s'il n'en a peut-être pas gardé un souvenir précis. Il faut dès lors retenir que l'appelant, sachant pertinemment qu'il avait reçu ces images, a accepté de les conserver et donc de se trouver en possession de fichiers illicites. Compte tenu de ce qui précède, l'infraction à l'art. 135 al. 1bis CP est réalisée, à tout le moins par dol éventuel, étant précisé que la seule possession d'un tel contenu suffit à remplir les conditions de l'infraction sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer précisément les circonstances entourant l'acquisition du matériel litigieux. L'appelant se contredit lorsqu'il explique d'une part ne pas avoir su qu'une vidéo de décapitation se trouvait dans son téléphone, et d'autre part se prévaut de l'art. 21 CP, qui suppose que l'auteur ait agi en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction. Cela étant, la Cour de céans retient que l'appelant se savait, à tout le moins par dol éventuel, détenir des images de violence extrême. Il ne peut toutefois pas se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité, dans la mesure où il a bien eu conscience – la Cour en veut pour preuve ses dénégations – de l'illicéité de telles images. Le verdict de culpabilité sera entièrement confirmé.

E. 4

4.1.1. L'infraction de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 2ème phrase CP est réprimée par une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, tandis que la représentation de la violence au sens de l'art. 135 al. 1bis aCP (dans sa teneur en vigueur au moment des faits, plus favorable au prévenu, art. 2 al. 2 a contrario CP) est punie d'une peine privative de liberté d'un an au plus "ou de l'amende" selon la version française. Les versions allemande et italienne de la disposition précitée prévoient toutefois comme sanction non pas une amende, mais bien une peine

- 13/22 - P/23547/2022 pécuniaire, de sorte que, s'agissant d'une erreur manifeste de traduction en français, il sera tenu compte de la version allemande.

4.1.2. Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Celle-ci 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. 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. À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même, à savoir les antécédents, 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 (ATF 149 IV 395 consid. 3.6.2 ; 149 IV 217 consid. 1.1 ; 141 IV 61 consid. 6.1.1 ; 136 IV 55 consid. 5.5, 5.6 et 5.7), ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. L'absence d'antécédent a un effet neutre sur la fixation de la peine (ATF 141 IV 61 consid. 6.3.2 ; 136 IV 1 consid. 2.6.4). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (ATF 149 IV 395 consid. 3.6.1 ; 144 IV 313 consid. 1.2 ; 135 IV 130 consid. 5.3.1 ; 134 IV 35 consid. 2.1). 4.1.3. Si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte – conditions cumulatives – sont peu importantes, l'autorité compétente renonce notamment à lui infliger une peine (art. 52 CP). 4.1.4. Conformément à l'art. 34 CP, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende, le juge fixant leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Un jour-amende est de CHF 30.- au moins et de CHF 3'000.- au plus. Le juge en arrête le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses

obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital (al. 2). 4.1.5. Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine. Lorsqu'il s'avère que les peines envisagées concrètement sont de même genre, l'art. 49 al. 1 CP impose au juge, dans un premier temps, de fixer la peine pour l'infraction abstraitement ■ d'après le cadre légal fixé pour chaque infraction à sanctionner ■ la plus grave, en tenant compte de tous les éléments pertinents, parmi lesquels les circonstances aggravantes ou atténuantes. Dans un second temps, il augmentera cette peine pour sanctionner chacune des autres infractions, en tenant là aussi compte de toutes les circonstances y relatives (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.2).

- 14/22 - P/23547/2022 4.1.6. Conformément à l'art. 42 al. 1 CP, 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. 4.1.7. Si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit un délai d'épreuve de deux à cinq ans (art. 44 al. 1 CP). 4.2.1. La faute de l'appelant n'est pas anodine. Si sa culpabilité ne porte que sur le partage d'une vidéo de pornographie "dure" et sur la possession d'une vidéo à caractère violent, il a tout de même, par son comportement contribué, ou du moins pris le risque de contribuer, à la propagation d'une vidéo mettant en scène trois enfants de moins de dix ans entretenant des rapports sexuels. L'appelant a agi pour des motifs égoïstes qui relèvent très probablement d'une curiosité malsaine. Il y a concours d'infractions, ce qui constitue un facteur d'aggravation de la peine. Sa collaboration a été mauvaise au cours de la procédure, dès lors qu'il s'est enfermé dans des dénégations et explications peu crédibles, malgré les éléments de preuve matériels au dossier. Il ne semble au demeurant pas avoir pris conscience de la gravité de son comportement axant sa défense sur l'ignorance, respectivement la négligence dont il aurait fait preuve. Sa situation personnelle n'explique ni ne justifie ses agissements, bien au contraire. En tant que père de trois enfants mineurs, il se devrait d'être sensible à la problématique de la pédopornographie, tout comme de la présence de contenu violent sur son téléphone, et éviter toute propagation de fichiers illicites. L'absence d'antécédent a un effet neutre sur la fixation de la peine. 4.2.2. En l'espèce, l'infraction abstraitement la plus grave, soit la pornographie, commande, tenant compte de l'interdiction de la reformatio in pejus (art. 391 al. 2 CPP), le prononcé d'une peine pécuniaire de base de 35 jours-amende, aggravée de 10 jours-amende (peine hypothétique 20 jours-amende) pour sanctionner l'infraction à l'art. 135 al. 1bis aCP, étant considéré que dans la mesure où la culpabilité du prévenu ne saurait être qualifiée de peu d'importance, l'art. 52 CP ne trouve pas application. L'octroi du sursis est par ailleurs acquis à l'appelant et la durée du délai d'épreuve arrêté à trois ans en première instance apparaît adéquat pour dissuader l'appelant de récidiver. Le jugement querellé sera ainsi confirmé sur ce point.

E. 4.3

Dans la mesure où seul le prévenu a formé appel, il n'y a pas lieu de revenir sur la renonciation à son expulsion de Suisse.

- 15/22 - P/23547/2022

E. 5

5.1.1. S'il a été prononcé contre l'auteur une peine ou une mesure prévue aux art. 59 à 61, 63 ou 64 notamment pour pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 CP, le juge lui interdit à vie l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs (art. 67 al. 3 let. d ch. 2 CP).

5.1.2. L'art. 67 al. 4bis CP permet au juge de renoncer exceptionnellement à une telle sanction dans les cas de très peu de gravité (1), si une telle mesure ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres infractions passibles de cette même mesure (2), s'il n'a pas commis l'une des infractions listées à l'art. 67 al. 4bis let. a CP (3) et qu'il ne souffre pas d'un trouble pédophile (4). Lorsque ces quatre conditions sont remplies, le juge pénal doit renoncer à l'interdiction (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.7. et arrêt du Tribunal fédéral 6B_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.3). La notion "exceptionnellement" appelle une interprétation restrictive de la disposition et implique qu'elle ne s'applique que pour certaines infractions, l'interdiction à vie étant la règle (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.1 et arrêt du Tribunal fédéral 6B_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.2). La clause d'exception doit permettre d'éviter que le principe de proportionnalité ne soit violé de manière choquante, dans des cas de très peu de gravité où l'auteur n'est pas pédophile et ne risque pas de commettre à nouveau l'une des infractions sexuelles visées (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.1 et arrêt du Tribunal fédéral 6B_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.2).

5.1.3. Pour déterminer s'il existe un cas de très peu de gravité, il faut tenir compte, d'une part, de la gravité inhérente de l'infraction fondant la potentielle interdiction d'activité à vie et, d'autre part, de la culpabilité et des circonstances personnelles de l'auteur eu égard à l'infraction commise (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.4 et arrêt du Tribunal fédéral 6B_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.2.1).

5.1.4. Une interdiction ne paraît pas nécessaire si un pronostic suggère que rien ne permet de craindre une récidive. Comme pour le sursis à l'exécution de la peine (art. 42 al. 1 CP), la question de l'utilité ou non d'une interdiction quant au risque de récidive doit être tranchée par le juge sur la base d'une appréciation globale. Tous les éléments exploitables par les techniques de pronostic doivent être pris en compte. Outre les circonstances de l'infraction, on considérera les antécédents et la réputation de l'auteur, ainsi que tous les éléments pouvant fournir des indications fiables sur son caractère et sur le succès d'une mise à l'épreuve. L'évaluation du risque de récidive doit comprendre un examen aussi complet que possible de la personnalité de l'auteur (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.5. et arrêt du Tribunal fédéral 6B_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.2.2; FF 2016 5948, ch. 2.1).

5.1.5. Dans un arrêt AARP/323/2023 du 28 août 2023, la Cour de céans a renoncé à prononcer l'interdiction à vie d'un père qui avait diffusé à quatre hommes de sa famille

- 16/22 - P/23547/2022 via son compte FACEBOOK une vidéo à caractère pédopornographique, mettant en scène des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, au motif que la mesure serait disproportionnée. Il a été retenu que le condamné avait agi, à une seule et unique reprise, par légèreté, sans mesurer réellement les conséquences de ses actes, qu'il n'avait pas d'antécédent, que sa peine concrète était moindre en comparaison avec la peine menacée, qu'il avait été mis au bénéfice du sursis et qu'il avait compris, à tout le moins partiellement, sa faute en dépit du fait qu'il avait cherché à se disculper.

5.2.1. Il n'est pas contesté que l'appelant a été reconnu coupable d'une infraction figurant dans la liste de celles qui entraînent, en principe, l'interdiction à vie d'exercer une activité avec des mineurs. Cela étant, dans la mesure où la pornographie n'entre pas dans la liste des infractions exclues de la cause d'exception et qu'aucun élément du dossier ne permet de retenir un diagnostic de pédophilie, la renonciation à l'interdiction n'est pas d'emblée exclue.

5.2.2. La

réalisation de l'infraction de pornographie n'est pas en soi légère et la culpabilité de l'appelant n'est, comme évoqué supra (cf. consid. 4.2.1), pas anodine. Sa faute doit néanmoins être relativisée ainsi que cela se reflète d'ailleurs dans la peine prononcée, dont la quotité demeure très en deçà de la peine menacée encourue. L'appelant a en effet réalisé une seule occurrence et rien ne permet de penser qu'il a agi à d'autres reprises et autrement qu'en banalisant, quoique fautivement, le caractère pornographique d'un fichier illicite, ce qui laisse penser que son comportement relève en réalité d'une erreur isolée. Il n'a de surcroît aucun antécédent et le pronostic favorable a conduit à l'octroi du sursis. Partant, et bien que sa prise de conscience soit inexistante – le prévenu ayant persisté à contester sa culpabilité tout au long de la procédure – il n'y a pas de raison de redouter une récidive, pas plus qu'un éventuel passage à l'acte. Dans ces circonstances, le prononcé d'une interdiction à vie apparaît disproportionné en l'espèce, de sorte qu'il y sera renoncé. Le jugement querellé sera ainsi réformé en ce sens.

E. 6.1

Selon l'art. 69 CP, le juge prononce la confiscation d'objets qui ont servi ou devaient servir à commettre une infraction ou qui sont le produit d'une infraction, si ces objets compromettent la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public (al. 1). Le juge peut ordonner que les objets confisqués soient mis hors d'usage ou détruits (al. 2). Il doit y avoir un lien de connexité entre l'objet à confisquer et l'infraction, en ce sens que celui-ci doit avoir servi ou devait servir à la commission d'une infraction (*instrumenta sceleris*) ou être le produit d'une infraction (*producta sceleris*). En outre, cet objet doit compromettre la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public. Cela signifie que, dans le futur, ce danger doit exister et que, précisément pour cette raison,

- 17/22 - P/23547/2022 il faut ordonner la confiscation en tant que mesure de sécurité. Par conséquent, le juge doit poser un pronostic quant à la vraisemblance suffisante que l'objet, dans la main de l'auteur, compromette à l'avenir la sécurité des personnes, la morale ou l'ordre public (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1150/2014 du 19 novembre 2015 consid. 4). La confiscation d'objets dangereux constitue une atteinte à la garantie de la propriété selon l'art. 26 Cst. et elle est soumise pour cette raison au principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.). Le respect de ce dernier implique d'une part que la mesure qui porte atteinte à la propriété est propre à atteindre le but recherché et d'autre part que ce résultat ne peut pas être obtenu par une mesure moins grave (*subsidiarité* ; ATF 137 IV 249 consid. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_35/2017 du 26 février 2018 consid. 9.1). Ces principes s'appliquent, en particulier, aussi aux supports de données numériques (arrêts du Tribunal fédéral 6B_35/2017 du 26 février 2018 consid. 9.1 ; 6B_279/2011 du 20 juin 2011 consid. 4.1 ; 6B_748/2008 du 16 février 2009 consid. 4.5.3 et 4.5.4).

E. 6.2

En l'espèce, l'analyse du téléphone du prévenu a révélé la présence d'une vidéo violente dans ses messages, laquelle avait été sauvegardée sur cet appareil. L'appelant a indiqué tout au long de la procédure ignorer sa provenance, de même que de l'avoir détenue sur son téléphone, précisant qu'il appartenait à des groupes dans lesquels des informations s'échangeaient sans qu'il ne regarde ce qui s'y envoyait. Partant, le téléphone ayant servi à commettre l'infraction, sa confiscation et sa destruction seront confirmées. L'ordinateur de l'appelant ayant d'ores et déjà été restitué, il n'y a pas lieu de statuer sur cette question.

E. 7.1

L'appelant, obtenant très partiellement gain de cause – la question de l'interdiction à vie n'ayant pas été plaidée par son défenseur de surcroît –, il supportera 80% des frais de la procédure d'appel, comprenant un émolument d'arrêt de CHF 1'000.-, le solde étant laissé à la charge de l'État.

E. 7.2

Vu la confirmation du verdict de culpabilité, les frais de la procédure de première instance ne seront pas revus.

E. 8.1

Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique (RAJ) s'applique. Cette dernière disposition prescrit que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : chef d'étude CHF 200.- (let. c). En cas d'assujettissement, l'équivalent de la TVA est versé en sus.

- 18/22 - P/23547/2022

Conformément à l'art. 16 al. 2 RAJ, seules les heures nécessaires sont retenues. Elles sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu.

On exige de l'avocat qu'il soit expéditif et efficace dans son travail et qu'il concentre son attention sur les points essentiels. Des démarches superflues ou excessives n'ont pas à être indemnisées (M. VALTICOS / C. M. REISER / B. CHAPPUIS / F. BOHNET (éds), Commentaire romand, Loi sur les avocats : commentaire de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), 2ème éd. Bâle 2022, n. 257 ad art. 12). Dans le cadre des mandats d'office, l'État n'indemnise ainsi que les démarches nécessaires à la bonne conduite de la procédure pour la partie qui jouit d'une défense d'office ou de l'assistance judiciaire. Il ne saurait être question d'indemniser toutes les démarches souhaitables ou envisageables. Le mandataire d'office doit en effet gérer son mandat conformément au principe d'économie de procédure (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2013.22 du 31 octobre 2013 consid. 5.2.3). Par voie de conséquence, le temps consacré à la rédaction d'écritures inutiles ou reprenant une argumentation déjà développée, fût-ce devant une autorité précédente, ne saurait donner lieu à indemnisation ou à indemnisation supplémentaire (AARP/295/2015 du 12 juillet 2015 consid. 8.2.2.3, 8.2.2.6, 8.3.1.1 et 8.3.2.1).

E. 8.2

L'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure est majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, décomptées depuis l'ouverture de la procédure pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi les décisions de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4.1 et 4.2 et BB.2015.85 du 12 avril 2016 consid. 3.5.2 et 3.5.3). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur d'opérations dont la couverture ne serait pas assurée par le forfait.

E. 8.3

Le temps de déplacement de l'avocat est considéré comme nécessaire pour la défense d'office au sens de l'art. 135 CPP (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2015.33 du 28 juillet 2015 consid. 4.3 et les références). La rémunération forfaitaire de la vacation aller/retour au et du Palais de justice est arrêtée à CHF 100.- pour les chefs d'étude, dite rémunération étant allouée d'office par la juridiction d'appel pour les débats devant elle.

E. 8.4

En l'occurrence, il convient de retrancher de l'état de frais produit par le défenseur d'office de l'appelant les activités suivantes: 2h40 d'étude du jugement motivé et du dossier de la procédure et rédaction d'une déclaration d'appel, 1h25 de rédaction de déclaration d'appel et réquisitions de preuve, 15min d'étude d'un courrier de la CPAR, 10min de déterminations à la CPAR sur la procédure écrite, 30min d'étude du jugement motivé et 15min d'étude de pièces reçues de la CPAR, dans la mesure où ces activités, totalisant 5h15, sont d'ores et déjà couvertes par le forfait, étant au demeurant souligné qu'il est difficile de distinguer la réelle activité du défenseur lorsque l'intitulé du poste regroupe plusieurs activités différentes. Les postes "étude du dossier et consultation

- 19/22 - P/23547/2022 du dossier à la Cour de justice" (1h15) et "travail sur le dossier en vue de l'audience d'appel" (2h30) sont compris comme correspondant à une étude du dossier, laquelle doit être ramenée à 1h00, le dossier – peu fourni – étant au demeurant bien connu du conseil de l'appelant. Pour le reste, le décompte – auquel il convient d'ajouter la durée effective des débats d'appel (2h20 au tarif du chef d'étude) et la vacation au Palais de justice pour la consultation du dossier et les débats d'appel (CHF 200.- au total) – satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance juridique gratuite en matière pénale.

En conclusion, la rémunération sera arrêtée à CHF 2'313.30 correspondant à 8h05 d'activité du chef d'étude au tarif horaire de CHF 200.- (CHF 1'616.70), plus la majoration forfaitaire de 20% (CHF 323.30), CHF 200.- à titre de vacations au Palais de justice et l'équivalent de la TVA au taux de 8.1% en CHF (173.30). * * * * *

- 20/22 - P/23547/2022

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