

# **GE\_GERICHTE P/2398/2022 vom 19. Oktober 2023**

GE Cour de justice, 2023-10-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_2398\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_2398_2022)

FR: GE\_GERICHTE P/2398/2022 du 19 octobre 2023

IT: GE\_GERICHTE P/2398/2022 del 19 ottobre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Une fois le jugement par défaut notifié, le condamné a la possibilité soit de demander un nouveau jugement, aux conditions de l'art. 368 CPP, soit de faire appel, soit de faire les deux (art. 371 al. 1 CPP ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_203/2016 du 14 décembre 2016 consid. 1 ; 6B\_1277/2015 du 29 juillet 2016 consid. 3.3.1). L'examen des conditions permettant l'engagement de la procédure par défaut incombe à la juridiction d'appel, de sorte qu'il appartient au prévenu de s'en plaindre dans le cadre de l'appel qu'il interjette à l'encontre du jugement rendu par défaut (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_562/2019 du 27 novembre 2019 consid. 1.1.2 ; 6B\_44/2020 du 16 septembre 2020 consid. 1.1.3). Afin d'éviter des jugements contradictoires, l'art. 371 al. 2 CPP prévoit que l'appel n'est recevable que si la demande de nouveau jugement a été rejetée.

### **E. 1.2**

En l'espèce, l'appelant n'a pas formé de demande de nouveau jugement. L'appel est partant recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2**

2.1.1. L'art. 366 al. 1 CPP prévoit que si le prévenu, dûment cité, ne comparaît pas aux débats de première instance, le tribunal fixe de nouveaux débats et cite à nouveau le prévenu ou le fait amener. Si le prévenu ne se présente pas aux nouveaux débats ou ne peut y être amené, ils peuvent être conduits en son absence (art. 366 al. 2 CPP). La procédure par défaut ne peut être engagée que si le prévenu a eu suffisamment l'occasion de s'exprimer auparavant sur les faits qui lui sont reprochés et si les preuves réunies permettent de rendre un jugement en son absence (art. 366 al. 4 CPP). La procédure par défaut présuppose l'absence du prévenu, malgré la notification valable d'un mandat de comparution. L'art. 366 al. 1 et 2 CPP n'attache aucune importance à la raison de l'absence à ce stade de la procédure ; ce n'est que lors de la demande d'un nouveau jugement en application de l'art. 368 CPP que le tribunal devra examiner si l'absence était excusable (N. SCHMID / D. JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar, 4<sup>ème</sup> éd., Zurich 2023, n. 6 ad art. 366 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_44/2020 du 16 septembre 2020 consid. 1.1.1). 2.1.2. Selon l'art. 87 al. 1 CPP, toute communication doit être notifiée au domicile, au lieu de résidence habituelle ou au siège du destinataire. Les parties qui ont leur domicile, leur résidence habituelle ou leur siège à l'étranger sont tenus de désigner un domicile de notification en Suisse ; les instruments internationaux prévoyant la possibilité de notification directe sont réservés (art. 87 al. 2 CPP). Si les parties sont pourvues d'un conseil juridique, les communications sont valablement notifiées à celui-ci (art. 87 al. 3

CPP). Lorsqu'une partie est tenue de comparaître personnellement à l'audience ou d'accomplir elle-même un acte de procédure, la communication doit lui être notifiée directement, son conseil ne recevant qu'une copie (art. 87 al. 4 CPP). En principe, la notification du mandat de comparution au conseil de l'intéressé ne suffit pas (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_552/2015 du 3 août 2016 consid. 2.3). Toutefois, dès lors que le destinataire est autorisé à indiquer une autre adresse de notification (ATF 139 IV 228 consid. 1.1 à 1.3), une partie est en droit de communiquer l'adresse de son conseil comme adresse de notification, y compris pour les mandats de comparution (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_673/2015 du 19 octobre 2016 consid. 1.2 et 1.3). Si tel est le cas, la notification doit intervenir en principe à cette adresse, sous peine d'être jugée irrégulière (ATF 139 IV 228 consid. 1.1 à 1.3). Le destinataire d'une décision n'a pas à pâtir d'une erreur dans la notification. La jurisprudence n'attache toutefois pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification. Il s'agit de procéder à une pesée des intérêts entre la sécurité du droit et le respect de la bonne foi. La protection des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré l'irrégularité. Dans chaque cas, il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances, si la partie intéressée a, de ce fait, subi un dommage (ATF 122 I 97 consid. 3 a/aa). Sous réserve des hypothèses dans lesquelles il existe des motifs sérieux de penser que la citation à comparaître n'a pas atteint l'intéressé (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_294/2009 du 3 juillet 2009 consid. 2.1), la personne condamnée par défaut ne saurait exiger la reprise de sa cause pour le seul motif que la citation à comparaître ou le jugement de condamnation lui ont été notifiés par l'entremise de son défenseur (ATF 132 I 249 consid. 7 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_801/2013 du 17 décembre 2013 consid. 2.1).

## **E. 2.2**

En l'espèce, l'appelant a, dès son audition au MP, élu domicile à l'adresse de l'étude de son conseil, en particulier pour l'envoi de mandats de comparution. Cette élection de domicile, qui n'a pas été révoquée ultérieurement, n'a pourtant pas été respectée, tous les mandats de comparution ayant été adressés à l'appelant chez son père. Cela étant, l'appelant ne saurait être suivi lorsqu'il indique qu'il n'a dès lors jamais été atteint. Après la convocation à la première audience, qui n'a certes pas été retirée à la poste, l'appelant a formulé une demande d'ajournement des débats, avec pièces justificatives à l'appui, au motif qu'il se trouvait au Kosovo au chevet de sa mère. À l'ouverture des débats, il a encore produit un nouveau document par le biais de son conseil pour justifier de son absence, démontrant de la sorte qu'il avait bien connaissance de la tenue de l'audience ce jour-là. Le second mandat de comparution, retiré à la poste par son père, a également été porté à la connaissance de l'intéressé, dans la mesure où son conseil a affirmé, à l'audience, que son client avait confirmé qu'il se présenterait. Des avis d'audience ont en outre été envoyés à l'adresse de son conseil, soit en son domicile élu. Il est ainsi établi que l'appelant a bien été atteint et a, de fait, été informé de la tenue des deux audiences convoquées par-devant le TP. Dans ces circonstances, l'intéressé n'a pas subi de dommage du fait de la convocation notifiée irrégulièrement à l'adresse de son père, puisqu'il a en réalité bien été informé de la tenue des audiences. Il n'a ainsi, pour des raisons autres mais dont il n'appartient pas à la CPAR d'examiner le bien-fondé, sciemment pas comparu aux débats de première instance. L'appelant ne peut, dès lors, rien déduire en sa faveur des modalités de notification des citations à comparaître aux audiences des 13 octobre 2022 et 4 mai 2023, qui ne sont manifestement pas la cause de son défaut. Précédemment, l'appelant a été entendu à deux reprises au cours de la procédure préliminaire, a été confronté aux éléments du dossier et a

pu se prononcer sur les faits et produire des pièces. La cause était ainsi en état d'être jugée. Les conditions de l'art. 366 al. 4 CPP étant remplies, c'est à juste titre que le TP a engagé la procédure par défaut.

### E. 3

3.1.1. 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, des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations pornographiques ayant notamment comme contenu des actes d'ordre sexuel non effectifs (1<sup>ère</sup> phrase) ou effectifs (2<sup>ème</sup> phrase) avec des mineurs. 3.1.2. Un contenu doit être considéré comme pédopornographique dès lors qu'il est reconnaissable que les actes reproduits tomberaient, en Suisse, sous le coup de l'art. 187 CP (ATF 133 IV 31 consid. 6.1.2 ; A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), Commentaire romand, Code pénal II, Partie spéciale : art. 111-392 CP, Bâle 2017, n. 56 ad art. 197 CP). Il est généralement admis qu'est illicite la figuration d'actes d'ordre sexuel commis par des enfants et des mineurs eux-mêmes ou exclusivement entre eux (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Strafrecht II : Art. 137-392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, n. 22c ad art. 197 ; A. DONATSCH, Strafrecht III : Delikte gegen den Einzelnen, Zurich 2018, p. 580 ad art. 197 ; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 57 ad art. 197). Certains auteurs considèrent néanmoins que, pour que de tels actes répondent à la définition de l'art. 187 CP, l'implication d'une personne d'au moins trois ans plus âgée, fût-ce en tant que spectateur-fabricant (photographe, cameraman, dessinateur), est nécessaire (A. MACALUSO / L. MOREILLON / N. QUELOZ (éds), op. cit., n. 58 ad art. 197 CP). La jurisprudence a néanmoins déjà retenu que la notion de l'art. 197 CP était plus large que celle de l'art. 187 CP (ATF 131 IV 74 consid. 11.2 ; B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2010, n. 57 ad art. 197), sans que la question des représentations d'actes sexuels entre mineurs, sans aucune intervention d'un adulte, ne soit toutefois abordée. Lors de la révision de l'art. 197 CP dans le cadre de l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (Convention de Lanzarote), entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2014, le législateur a rappelé que malgré l'introduction de l'art. 197 al. 8 CP qui consacre l'impunité du mineur âgé de 16 ans ou plus qui produit, possède ou consomme, avec le consentement d'un autre mineur âgé de 16 ans ou plus, des représentations pornographiques qui les impliquent, cette impunité n'avait toutefois pas pour effet de rendre légale la pornographie dure correspondante, lorsque cette représentation est montrée ou diffusée à des tiers. De tels agissements devaient rester punissables en vertu de l'art. 197 al. 4 CP, ceci pour mieux assurer la protection des jeunes photographiés ou filmés (Message du Conseil fédéral concernant l'approbation de la Convention de Lanzarote et sa mise en œuvre, FF 2012 7051, p. 7100 ; voir aussi M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, op. cit., n. 63f ad art. 197). Ce raisonnement vaut, a fortiori, pour contenus impliquant des enfants de moins de 16 ans. En effet, l'art. 197 al. 4 CP a pour but de protéger non seulement les spectateurs de telles représentations, mais également les "acteurs" potentiels contre l'exploitation sexuelle, la violence et les traitements humiliants ou indignes (ATF 131 IV 64 consid. 11.2 ; 128 IV consid. 3a), en particulier les "acteurs" mineurs de la représentation pornographique, dont la vie privée et l'image sont lésées par la seule existence et la circulation d'une image les représentant dans des actes relevant de leur sphère intime et sexuelle (L. TIRELLI, La répression pénale des

consommateurs de pédopornographie à l'heure de l'Internet : étude de droit comparé et de droit suisse, Genève 2008, n. 621, p. 341). C'est pourquoi, toute représentation de la sexualité impliquant des enfants et des mineurs est interdite (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, op. cit., n. 22c ad art. 197).

3.1.3. Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle, mais le dol éventuel suffit. L'auteur réalise l'élément subjectif de l'infraction s'il sait ou s'il doit savoir que son comportement se rapporte à des objets ou à des représentations relevant de la pornographie dure (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1260/2017 du 23 mai 2018 consid. 2.1).

3.2.1. 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, mais en croyant par erreur agir de façon licite (ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 ; ATF 129 IV 238 consid. 3.1). Les conséquences pénales d'une erreur sur l'illicéité dépendent de son caractère évitable ou inévitable. L'auteur qui commet une erreur inévitable est non coupable et doit être acquitté (art. 21 1<sup>ère</sup> phrase CP). Tel est le cas s'il a des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir (ATF 128 IV 201 consid. 2). Une raison de se croire en droit d'agir est "suffisante" lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse (ATF 128 IV 201 consid. 2 ; 98 IV 293 consid. 4a). En revanche, celui dont l'erreur sur l'illicéité est évitable commet une faute, mais sa culpabilité est diminuée. Il restera punissable, mais verra sa peine obligatoirement atténuée (art. 21 2<sup>ème</sup> phrase CP). L'erreur sera notamment considérée comme évitable lorsque l'auteur avait ou aurait dû avoir des doutes quant à l'illicéité de son comportement (ATF 121 IV 109 consid. 5) ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b). 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 (ATF 129 IV 238 consid. 3.1). Celui qui diffuse des produits pornographiques qui contiennent des actes d'ordre sexuel avec des excréments humains, comportant des actes de violence ou a fortiori pour des représentations d'actes d'ordre sexuel impliquant des enfants et des animaux, sans clarifier au préalable la situation juridique n'a pas de raisons suffisantes d'admettre qu'il ne commet pas un acte contraire au droit (ATF 128 IV 201 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1398/2022 du 12 mai 2023 consid. 1.3). Ayant eu à se pencher à plusieurs reprises sur la question, la CPAR a retenu une erreur sur l'illicéité dans un cas particulier où l'auteur avait partagé sur Facebook avec un seul autre utilisateur une vidéo représentant un adulte entretenant un rapport sexuel avec un enfant et qui exposait, de manière crédible, l'avoir fait dans le seul but de signaler le contenu choquant de la vidéo à un ami ( AARP/219/2020 du 23 juin 2020). Il en a été de même s'agissant d'une femme qui avait distribué à trois reprises depuis son compte Facebook une vidéo mettant en scène de la violence sur des enfants (art. 135 CP) et accompagnée d'un message demandant de la diffuser au maximum pour qu'elle parvienne à la police, étant donné qu'il était permis de douter qu'elle disposait des connaissances techniques lui permettant de signaler le contenu inapproprié directement au réseau social ( AARP/268/2019 du 6 août 2019). À l'inverse, ne pouvait se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité la femme qui avait partagé à une large audience sur Facebook une vidéo représentant des actes de violence sur des enfants, au sens de l'art. 135 CP, et qui exposait l'avoir fait dans l'espoir que l'auteur de ces faits fût démasqué ( AARP/178/2020 du 14 mai 2020).

3.3.1. En l'espèce, il est établi et admis que

l'appelant a envoyé la vidéo incriminée à huit de ses amis dans le cadre d'un groupe de discussion Messenger. Sous l'angle objectif, l'appelant remet en cause qu'il s'agisse de contenu pédopornographique puisque les deux "acteurs" sont mineurs et que l'intervention, même passive, d'un adulte ne ressort pas des images. Il se méprend toutefois sur la portée de l'ATF 133 IV 31 qu'il cite, dans la mesure où il était question de photographies prises à la volée d'une fillette nue à la plage sur une chaise longue. La question principale était ainsi de déterminer s'il s'agissait d'une représentation d'un acte d'ordre sexuel ou non. Dans le cas d'espèce, la vidéo incriminée figure un garçon et une fille mineurs – dont l'apparence montre qu'ils ont moins de 16 ans – entretenir une relation sexuelle effective. Tenant compte de la ratio legis et conformément aux considérations en droit ci-avant, il doit être retenu que toute diffusion d'une représentation d'actes clairement sexuels impliquant des enfants et des mineurs est interdite par l'art. 197 al. 4 CP, sans qu'il ne soit besoin de se poser la question, sous l'angle de l'art. 187 CP, si un adulte tiers les a poussés à avoir ce comportement ou si les protagonistes avaient une différence d'âge de plus de trois ans. Il en découle que la vidéo diffusée par l'appelant relève manifestement de la pédopornographie. Du point de vue subjectif, il reconnaît avoir vu la vidéo avant de l'envoyer et en connaissait le contenu. Il a d'ailleurs expliqué que de telles images étaient choquantes et qu'il voulait montrer à ses amis restés au Kosovo que la société était déviante, voire dénoncer ces pratiques. Il ressort néanmoins de l'extrait de la discussion qu'il a adressé cette vidéo sur le ton de la rigolade, la seule réaction de l'un de ses contacts étant des smileys qui rient, avant que l'appelant n'enjoigne son ami à aller se coucher. Dans la mesure où il a envoyé la vidéo dans un groupe de discussion, alors qu'il en connaissait le contenu pédopornographique, il a agi intentionnellement. L'appelant argue enfin ne pas avoir eu conscience que la diffusion de telles images était illégale en Suisse, compte tenu notamment de son faible niveau d'éducation et son arrivée récente en Suisse. Son argument est en contradiction avec ses déclarations en appel, dans la mesure où il a expliqué que, au moment de l'envoi déjà, il réprouvait ces images et que de tels agissements étaient, certes depuis peu après les faits, également réprimés au Kosovo. En tout état, vu le contenu des images manifestement pédopornographique, qui devait nécessairement le faire se questionner, l'appelant ne pouvait partir du principe que ses actes étaient conformes au droit sans tenter de clarifier la situation juridique. Il a dès lors accepté, à tout le moins par dol éventuel, l'hypothèse de commettre un acte illicite en partageant cette vidéo à ses amis. Son niveau d'éducation ne saurait le disculper, puisque même sans avoir fait de longues études, il n'avait aucune raison d'admettre que la diffusion de telles images n'était pas contraire au droit, l'admission d'une telle erreur dans le cas de diffusion de matériel pédopornographique étant particulièrement restrictive. Dans ce contexte, il n'est pas non plus déterminant qu'il ne se soit pas opposé à donner accès à son téléphone portable à la police. De plus, les casuistiques citées par l'appelant et reprises ci-avant diffèrent largement du cas d'espèce. Sur la base des messages entourant l'envoi de la vidéo, il apparaît clairement que son acte dénotait davantage de la plaisanterie de mauvais goût que de la dénonciation. Il ne pouvait ainsi penser agir à bon escient, contrairement aux jurisprudences invoquées. Par conséquent, la culpabilité de l'appelant de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 2<sup>ème</sup> phrase CP sera confirmée.

#### **E. 4**

4.1.1. L'infraction de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4 2<sup>ème</sup> phrase CP est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Le séjour illégal et l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. b et c LEI) sont passibles d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

4.1.2. Selon 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 juridique 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). 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). À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), 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 (ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; 129 IV 6 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_660/2013 du 19 novembre 2013 consid. 2.2).

4.1.3. 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 (art. 49 al. 1 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. 42 al. 4 CP, le juge peut prononcer, en plus d'une peine avec sursis, une amende selon l'art. 106 CP.

L'amende immédiate se justifie lorsque le sursis peut être octroyé, mais que, pour des motifs de prévention spéciale, une sanction ferme accompagnant la sanction avec sursis paraît mieux à même d'amener l'auteur à s'amender (ATF 134 IV 1 consid. 4.5.2 ; 134 IV 60 consid. 7.3.2).

4.2.1. En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas anodine. Il a diffusé, certes à une seule occasion mais à huit personnes différentes, une vidéo à caractère pédopornographique. En transférant cette vidéo à ses amis, même pour en rire, l'appelant a contribué à favoriser la circulation de matériel ayant pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs entre mineurs. Il ne pouvait ignorer qu'au-delà de ce qui était filmé, les mineurs visibles sur la vidéo étaient atteints dans leur intégrité sexuelle et qu'en procédant de la sorte, il favorisait indirectement la commission de comportements visant à les exploiter à des fins de satisfaction de pulsions sexuelles. Son mobile réside de manière générale dans un mépris des lois et interdits en vigueur. Il a agi de manière désinvolte, contrairement à ce qu'il prétend, dans un but de plaisanterie lors de la diffusion de la vidéo. Il sera néanmoins tenu compte du fait que le cercle des destinataires était limité à huit de ses amis. Il a en outre séjourné plus de trois ans et travaillé durant plus de deux ans sans autorisation sur le territoire suisse, soit sur une longue période, et ce par pure convenance personnelle, sa situation ne justifiant pas les faits. Il sera néanmoins tenu compte de ce que son activité salariée a été déclarée aux assurances sociales. Sa collaboration a été moyenne. Ses

déclarations ont en effet été évolutives et contradictoires, prétextant tout d'abord ne rien savoir de la vidéo avant de tenter de se disculper en disant avoir voulu dénoncer ces images. Il a toutefois admis matériellement les faits durant la procédure préliminaire, puis en appel. Sa prise de conscience est débutée. Il a exprimé sa désapprobation pour les vidéos à caractère pédopornographique, admettant avoir fait une "bêtise" et confirmant désormais avoir compris l'illicéité de la diffusion de tels contenus. Il a également présenté des excuses, lesquelles semblent sincères. Le prononcé d'une peine pécuniaire est acquis à l'appelant et justifié au vu des éléments qui précèdent. Il y a concours d'infractions passibles du même genre de peine. L'infraction abstraitement la plus grave est la pornographie, laquelle appellerait, à elle seule, une peine de base de 120 jours-amende. Elle sera augmentée de 60 jours supplémentaires en raison des infractions à la LEI (peines hypothétiques de 20 jours pour l'entrée illégale, de 40 jours pour le séjour illégal et de 60 jours pour le travail sans autorisation). La peine de 180 jours-amende prononcée par le premier juge doit ainsi être confirmée. Le montant du jour-amende, fixé à CHF 80.- par le premier juge, n'est pas contesté et tient adéquatement compte de la situation de l'appelant. L'octroi du sursis et la durée du délai d'épreuve de trois ans, non contestés en appel, sont acquis à l'appelant (art. 391 al. 2 CPP). Partant, le jugement querellé sera confirmé s'agissant de la peine principale. 4.2.2. En revanche, il sera renoncé à l'amende infligée à titre de sanction immédiate. Une telle sanction vise en particulier à prévenir la récidive en joignant à une peine prononcée avec sursis une peine ferme à titre d'avertissement (ATF 146 IV 145 consid. 2.2 ; 134 IV 60 consid. 7.3.1). En l'espèce, au vu de la faible probabilité de récidive s'agissant d'un prévenu sans antécédent ainsi que du temps écoulé depuis la commission de l'infraction, il n'apparaît pas nécessaire de prononcer une sanction ferme immédiate en sus de la peine pécuniaire prononcée à titre principal. Le jugement querellé sera ainsi réformé en ce sens.

## **E. 5**

5.1.1. Selon l'art. 67 al. 3 CP, le juge interdit à vie à l'auteur l'exercice de toute activité professionnelle et de toute activité non professionnelle organisée impliquant des contacts réguliers avec des mineurs, s'il a été prononcé contre lui une peine ou une mesure prévue aux art. 59 à 60, 63 ou 64 CP, pour des actes de pornographie au sens de l'art. 197 al. 4, si les objets ou représentations avaient comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des mineurs (let. d ch. 2). 5.1.2. L'art. 67 al. 4bis CP permet au juge de renoncer à l'interdiction à vie d'exercice de toute activité professionnelle et non professionnelle organisée 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 s'il ne souffre pas d'un trouble pédophile (4). Lorsque ces quatre conditions sont remplies, le juge pénal doit renoncer à l'interdiction à vie (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.7 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_852/2022 du 26 avril 2023 consid. 2.3). 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 ; peuvent par exemple être considérées comme infractions sexuelles de très peu de gravité, du fait de la légèreté de la peine abstraite qui leur est attachée, les désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel (art. 198 CP) ou l'exhibitionnisme (art. 194 CP), mais d'autres infractions sexuelles exposant leur auteur à des peines plus lourdes pourront aussi, dans certains cas, être considérées comme étant de très peu de gravité (actes d'ordre sexuel avec des enfants, art. 187 CP), notamment lorsque le juge relativise fortement la culpabilité de l'auteur et prononce une peine légère à

la suite d'une appréciation globale de l'infraction commise et de la situation de l'auteur (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_852/2022 op. cit. consid. 2.2.1). Le Message concernant la mise en œuvre de l'art. 123c Constitution fédérale (Cst.) (Message du 3 juin 2016 concernant la modification du code pénal et du code pénal militaire, FF 2016 5905) dont découle l'art. 67 al. 4bis CP, cite des exemples de cas qui pourront être qualifiés de peu de gravité, en faisant notamment mention de jeunes, qui ont entre 15 ans et plus de 18 ans, et partagent sur un groupe WhatsApp et/ou conservent une vidéo à caractère pornographique filmée par des participants à ce groupe de moins de 16 ans (cf. art. 197 CP ; exemple repris par le Tribunal fédéral dans l'ATF 149 IV 161 consid. 2.5.6 et dans l'arrêt 6B\_852/2022 op. cit. consid. 2.2.3). Pour déterminer si une interdiction à vie ne paraît pas nécessaire, le juge doit procéder à une appréciation globale en prenant en compte tous les éléments exploitables par les techniques de pronostic ; 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 le caractère de l'auteur et sur les 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, si nécessaire au moyen d'une expertise psychiatrique (ATF 149 IV 161 consid. 2.5.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_852/2022 op. cit. consid. 2.2.2).

5.2.1. L'appelant a été reconnu coupable d'une infraction qui entraîne en principe l'interdiction à vie d'exercer une activité avec des mineurs au sens de l'art. 67 al. 3 CP. Il convient toutefois de déterminer si la clause d'exception de l'art. 67 al. 4bis CP peut trouver application, dans la mesure où l'infraction commise n'entre pas dans le cadre de la liste des infractions exclues (let. a) et qu'aucun élément au dossier ne permet de conclure à un diagnostic de pédophilie chez le concerné (let. b). Sous l'angle de la première condition, l'infraction commise peut être qualifiée de très peu de gravité. En lien avec celle-ci, la CPAR a considéré que la sanction appropriée était une peine pécuniaire de 120 jours-amende, peine en soit minime comparée à la peine-menace de l'art. 197 al. 4 2<sup>ème</sup> phr. CP. La faute en lien avec cette dernière infraction peut être relativisée, l'appelant ayant agi à une seule et unique occasion, par légèreté, sans mesurer réellement les conséquences de ses actes. Il a adressé la vidéo à quelques amis, dans le cadre d'un groupe de discussion entre jeunes adultes de son âge. Son cas se rapproche ainsi du cas cité en exemple par le législateur et repris par le Tribunal fédéral, comme étant de peu de gravité. Sous l'angle de la seconde condition, l'interdiction ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres infractions du même type. L'appelant n'a aucun antécédent et le pronostic favorable a conduit à l'octroi du sursis. Il semble également avoir, à tout le moins en partie, compris sa faute, l'appelant ayant critiqué les faits, reconnu leur sérieux et fait part de ses excuses et de son intention d'agir différemment à l'avenir et ce, en dépit du fait qu'il a cherché à se disculper. Dès lors, il apparaît que l'infraction commise relève d'un unique dérapage de l'auteur, plutôt que de l'infraction d'un pédophile dont il y aurait à craindre une récidive. Prononcer ici une interdiction à vie d'exercer une activité avec des mineurs serait ainsi disproportionné. La clause d'exception de l'art. 67 al. 4bis CP sera admise et il sera renoncé à prononcer une telle interdiction à vie. L'appel sera donc admis sur ce point et le jugement réformé en ce sens.

## **E. 6**

6.1.1. Conformément à l'art. 66a al. 1 let. h CP, le juge expulse un étranger du territoire suisse pour une durée de cinq à 15 ans s'il est reconnu coupable de l'une des infractions énumérées, notamment en cas de condamnation pour pornographie au sens de l'art. 197 al. 4

2<sup>ème</sup> phrase CP, quelle que soit la quotité de la peine prononcée. L'art. 66a CP prévoyant l'expulsion obligatoire de l'étranger condamné pour une ou des infractions listées à l'al. 1 quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre, l'expulsion est donc en principe indépendante de la gravité des faits retenus (ATF 144 IV 332 consid. 3.2). 6.1.2. L'art. 66a al. 2 CP prévoit que le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave (première condition) et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse (deuxième condition). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 144 IV 332 consid. 3.3). 6.2.1. En l'espèce, l'appelant a commis une infraction qui tombe sous le coup de l'art. 66a al. 1 CP, une expulsion est ainsi obligatoire, sous la réserve de l'application de l'art. 66a al. 2 CP, voire de normes de droit international. L'appelant ne remplit manifestement pas les conditions du cas de rigueur. Il est arrivé en Suisse à l'âge adulte, en 2018 seulement. Il ne dispose d'aucun titre de séjour et fait l'objet d'une décision de renvoi, ses chances d'insertion légale dans le pays étant nulles. Au titre de ses relations familiales, il ne fait valoir que ses visites quotidiennes à sa mère, laquelle est arrivée en Suisse il y a très peu de temps, alors qu'il indique ne plus avoir de contacts avec son père. Les contacts avec ses parents pourront néanmoins se poursuivre au Kosovo, où ceux-ci pourront rendre visite à l'appelant. Il a encore de nombreux membres de sa famille et des amis au Kosovo, où il semble retourner régulièrement. Son expulsion vers son pays d'origine ne l'expose ainsi pas à une situation personnelle grave. L'appelant fait également grief que les faits qui lui sont reprochés sont de peu de gravité. La première condition de la situation personnelle grave n'étant pas remplie, une pesée des intérêts n'aurait même pas à être examinée. Il peut toutefois être relevé que l'arrêt zurichois cité par l'appelant ne lui est d'aucun secours, tant le cas examiné par la cour zurichoise diffère de celui de l'appelant. Par cet arrêt, la cour cantonale zurichoise avait renoncé à l'expulsion, sous l'angle du cas de rigueur, d'un prévenu, vivant en Suisse depuis 18 ans et marié à une Suissesse avec qui il avait deux enfants mineurs, retenant que cela le placerait dans une situation personnelle grave. Si la cour cantonale a effectivement tenu compte, dans le cadre de la pesée des intérêts, du peu de gravité de l'acte concrètement commis, elle a néanmoins laissé ouverte la question de savoir si une interprétation restrictive de l'art. 121 al. 3 Cst, faisant référence à des "délits sexuels graves", ne commandait pas d'exclure les cas particulièrement peu graves au sens de l'art. 67 al. 4 bis CP (arrêt de l'Obergericht du canton de Zurich du 14 septembre 2021 SB.210.174 consid. 4.7 ; se fondant ainsi sur l'ATF 145 IV 404 consid. 1.5 en lien avec des vols à l'étalage avec violation d'une interdiction de pénétrer dans un grand magasin). Le Tribunal fédéral ne s'est pas (encore) penché sur la question et il n'appartient pas à la CPAR de la trancher dans le cas d'espèce, la première condition du cas de rigueur n'étant pas remplie. Dans ces circonstances, il se justifie de prononcer son expulsion de Suisse, une durée de cinq ans paraissant adéquate. Cette mesure ne sera pas étendue à l'ensemble de l'espace Schengen, en vertu du principe de proportionnalité. 6.2.2. Partant, le jugement querellé sera également confirmé et l'appel rejeté sur ce point.

## **E. 7**

Vu l'issue de l'appel, partiellement admis, 60% des frais de la procédure d'appel, y compris un émolument de CHF 1'500.- seront mis à la charge de l'appelant, le solde étant laissé à la charge de l'État (art. 428 CPP). Étant donné la confirmation du verdict de culpabilité, il n'y a en revanche pas lieu de revenir sur la répartition des frais de la procédure préliminaire et de première instance (art. 426 al. 1 CPP).

## **E. 8**

Considéré globalement, l'état de frais produit par M e B\_\_\_\_\_, défenseur d'office de l'appelant, satisfait les exigences légales et jurisprudentielles régissant l'assistance judiciaire gratuite en matière pénale. Il convient de le compléter du temps d'audience, lequel sera indemnisé uniquement pour le chef d'étude, malgré la présence de l'avocate-stagiaire. La rémunération de M e B\_\_\_\_\_ sera partant arrêtée à CHF 1'744.75 correspondant à cinq heures et 55 minutes d'activité au tarif de CHF 200.-/heure plus la majoration forfaitaire de 20% et l'équivalent de la TVA au taux de 7.7% en CHF 124.75. \* \* \* \* \*

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