

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/2597/2018

AARP/174/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 6 mai 2020

Entre

A _____, domicilié chemin _____, _____ (GE), comparant par M^e B _____, avocat,
_____, rue _____, _____ Genève,

appelant,

contre le jugement JTDP/1528/2019 rendu le 5 novembre 2019 par le Tribunal de police,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B,
case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. a. En temps utile, A_____ a annoncé appeler du jugement du 5 novembre 2019, dont les motifs lui ont été notifiés le 7 février 2020, par lequel le Tribunal de police (TP) l'a déclaré coupable de pornographie (art. 197 al. 4 du code pénal suisse du 21 décembre 1937[CP - RS 311.0]) et d'infraction à l'art. 116 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI [anciennement LEtr] - RS 142.20), condamné à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, sous déduction d'un jour-amende, correspondant à un jour de détention avant jugement, assortie du sursis, délai d'épreuve de trois ans. Le TP a renoncé à son expulsion, ordonné la confiscation et la destruction du téléphone saisi, rejeté ses conclusions en indemnisation (art. 429 du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 [CPP - RS 312.0]) et l'a condamné aux frais de la procédure, par CHF 1'711.-, y compris un émolument global de jugement de CHF 900.-.

b. Aux termes de sa déclaration d'appel, A_____ conteste le verdict de culpabilité du chef d'infraction à l'art. 116 al. 1 let. a LEI, la peine et le rejet de ses conclusions en indemnisation. Il conclut à son acquittement dudit chef d'infraction, au prononcé d'une peine pécuniaire moindre, à une indemnisation sur la base de l'art. 429 CPP, à la réduction des frais de première instance mis à sa charge et à ce que l'émolument complémentaire de jugement soit laissé à celle de l'Etat.

c. Selon l'ordonnance pénale du 5 mars 2019, valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir :

- le 11 septembre 2017 à 23h08, distribué et mis à disposition d'autres utilisateurs une vidéo pédopornographique en utilisant son adresse email et son profil E_____ (*Réseau social*) ainsi que d'avoir, le 12 mars 2018, détenu sur son téléphone portable trois vidéos pédopornographiques ;
- le 13 juin 2018, en voiture depuis l'Italie, facilité l'entrée en Suisse de C_____ alors que ce dernier n'était pas au bénéfice des autorisations nécessaires pour pénétrer sur le territoire helvétique.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

i) Faits relatifs à l'infraction de pornographie

a. Par rapport du 29 novembre 2017, la police judiciaire fédérale a transmis à la police genevoise une dénonciation du FBI (*Federal Bureau of Investigation/USA*) concernant une suspicion de distribution de pornographie infantine via internet. A teneur des informations reçues, l'utilisateur de l'adresse email D_____@_____.com, identifié comme étant A_____, avait le 12 septembre

2017, via E_____ (*Réseau social*), distribué et mis à la disposition d'autres personnes une vidéo pédopornographique. L'analyse du téléphone portable de celui-ci a permis la découverte de trois autres vidéos pédopornographiques sur l'application F_____ (*messagerie*).

b.a. Entendu par la police, A_____ a admis avoir envoyé la vidéo à quatre collègues de travail pour "*rigoler*", car ceux-ci lui envoyaient également des vidéos à caractère pornographique. Il avait conscience qu'il s'agissait d'enfants, mais n'avait pas fait attention à leur âge. Il ne se souvenait pas avoir vu les autres vidéos à caractère pédopornographique reçues par F_____ (*messagerie*) et enregistrées automatiquement dans son téléphone. Il n'était pas sexuellement attiré par les enfants.

b.b. Devant le Ministère public (MP), A_____ a en substance renouvelé ses précédentes déclarations. Il n'avait pas regardé intégralement la vidéo avant de la transférer, mais concédait qu'on voyait qu'il s'agissait de mineurs et comprenait aujourd'hui le problème. Il avait reçu beaucoup de vidéos sur un groupe F_____ (*messagerie*), mais ne les avait pas toutes regardées.

b.c. En première instance, A_____ a déclaré ne pas avoir agi intentionnellement. Il savait faire la différence entre du matériel pornographique et pédopornographique, mais n'avait pas réalisé que c'était des enfants sur la vidéo en cause, ni que c'était illégal. Il avait agi stupidement, ne recommencerait plus et réalisait qu'il n'y avait rien de "*drôle*". Il n'avait pas regardé les autres vidéos. Après son audition à la police, il avait demandé à ses amis de cesser de lui envoyer ce genre de vidéos ; il n'en avait pas reçu de telles avant les faits du 12 septembre 2017.

c. Il ressort du rapport d'évaluation du 28 janvier 2019 du Dr H_____ et de I_____, psychologue spécialiste en sexologie, qu'aucun élément ne permet de retenir un diagnostic de pédophilie, ni d'autres paraphilies, chez A_____. Il avait émis des sentiments de regrets et de culpabilité pour son acte dont il reconnaissait le caractère immoral et illicite, comprenant qu'il y avait des réelles victimes. Le risque de récidive était presque inexistant et un suivi sexologique ou psychiatrique ne s'imposait pas.

ii) Faits relatifs à l'infraction à la LEI

d. A teneur du rapport du 13 juin 2018 de l'Administration fédérale des douanes (AFD) du Haut-Valais, il ressort que le jour-même A_____ a été contrôlé au volant de sa voiture au poste frontalier de G_____, en provenance d'Italie.

Il était accompagné de C_____, lequel n'était pas en possession d'un visa valable. Il a déclaré que tous deux venaient de Milan et se rendaient à Genève. Il ignorait que le permis de séjour de C_____ avait expiré.

e. Par courrier du 4 octobre 2019, le conseil de A_____ a produit la copie du titre de séjour italien pour les résidents de longue durée de C_____, délivré le 4 décembre 2017 et valable de manière illimitée.

f. Devant le TP, A_____ a expliqué ignorer que C_____, établi en Italie, n'avait pas les autorisations nécessaires pour entrer en Suisse. Il ne l'avait pas questionné à ce propos car celui-ci avait déjà effectué plusieurs aller-retours entre la Suisse et l'Italie. C_____, qu'il considérait comme son frère, se rendait à Genève pour le mariage d'un ami.

g. Par la plume de son conseil, A_____ a fait valoir qu'il savait que C_____ disposait d'un titre de séjour italien qui lui permettait de circuler dans l'espace Schengen, ce qui lui avait été confirmé par l'intéressé.

h. Le conseil de A_____ a produit en première instance une note de frais et honoraires d'un montant total de CHF 4'662.33, correspondant à une activité de 12h55 de chef d'étude, au tarif horaire de CHF 450.-, frais et durée des débats inclus.

C. a. Avec l'accord des parties, la Chambre d'appel et de révision (CPAR) a ordonné l'instruction de la cause par la voie de la procédure écrite.

b. Aux termes de son mémoire d'appel, A_____ persiste dans ses conclusions et chiffre à CHF 8'505.83, TVA à 7.7% incluse, ses conclusions en indemnisation fondées sur l'art. 429 CPP pour la première et la seconde instance. Selon l'état de frais du 16 avril 2020, l'activité, "*uniquement en lien avec l'infraction à la LEI*" facturée du 8 août 2018 au 13 novembre 2019 correspond à 9h55 d'activité de chef d'étude au tarif horaire de CHF 450.- et 25 minutes de stagiaire au tarif de CHF 200.-/heure. S'y ajoutent sur cette même période trois vacations du chef d'étude (CHF 600.-) et une vacation du stagiaire (CHF 100.-), ainsi que CHF 80.- de frais de copie. Pour la période du 11 février au 16 avril 2020, ce sont 6h10 d'activité au tarif horaire de CHF 450.- qui sont facturées, dont 3h30 pour la rédaction du mémoire d'appel motivé, plus CHF 105.- de frais de photocopies.

L'appelant précise que la peine, amenée à sanctionner l'infraction à l'art. 197 CP ne doit pas excéder 90 jours-amende, à CHF 30.- l'unité, assortie du sursis, délai d'épreuve de deux ans et que les frais de première instance mis à sa charge doivent être arrêtés à CHF 740.-, leur solde, de même que les frais de la procédure d'appel devant être laissés à charge de l'Etat.

Il expose en substance que le rapport de l'AFD ne renseignait pas sur le document d'identité présenté par C_____ à son entrée en Suisse, indiquant seulement une "*absence de visa valable*". Le prévenu n'avait fait que rendre service à son ami de longue date, également originaire du Sri Lanka, légalement établi en Italie et qui

devait assister au même mariage que lui. La situation était toute autre que celle visée à l'art. 116 LEI censée sanctionner le trafic de migrants contre rémunération. Ni l'AFD, ni le MP ne démontraient à satisfaction que C_____ n'était pas en possession d'un titre de séjour italien valable lui permettant de franchir légalement la frontière. Or celui figurant à la procédure en copie était valable du 4 décembre 2017 pour une durée illimitée et permettait à son détenteur de passer la frontière suisse sans visa. Dans le cas d'espèce, le principe de la confiance commandait de retenir que l'appelant pouvait compter sur le fait que son ami était en droit de pénétrer légalement en Suisse. Il ne l'avait au demeurant à aucun moment dissimulé dans la voiture par exemple en le cachant dans le coffre.

Le TP, dans le cadre de la fixation de la peine, avait omis de prendre en compte que A_____ s'était volontairement soumis à des consultations psychiatriques aux termes desquelles le corps médical avait qualifié de quasi inexistant le risque de récidive. L'appelant avait aussi, dans ce cadre, verbalisé un sentiment de regret et de culpabilité par rapport à son acte. Il avait agi de manière irréfléchie pour se faire accepter par ses collègues de travail. Les faits les plus graves, à savoir le transfert de vidéo, dataient de plus de trois ans et demi. Ainsi tous les voyants étaient au vert pour fixer le délai d'épreuve minimal.

c. Le MP et le TP se réfèrent au jugement entrepris.

d. La CPAR a informé les parties par courriers du 27 avril 2020 auxquels elles n'ont pas réagi que la cause était gardée à juger.

- D. A_____, ressortissant sri-lankais né le _____ 1987, vit en Suisse depuis 2011. Il est au bénéfice d'un permis B. Marié et père de deux enfants, il est _____ et touche un salaire mensuel de CHF 3'600.- net. Son loyer est de CHF 2'200.- et son assurance maladie de CHF 300.-. Il indique n'avoir ni dette ni fortune.

Il n'a pas d'antécédents judiciaires, mais fait l'objet d'une procédure pénale dans le canton de Fribourg pour violation grave des règles sur la circulation routière.

EN DROIT :

1. L'appel est 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).

2. **2.1.** 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 du 4 novembre 1950 (CEDH – RS 0.101) et, sur le plan interne, par les art. 32 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101) 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. 2.2.3.1 ; ATF 127 I 28 consid. 2a).

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. La présomption d'innocence est violée lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que le prévenu n'a pas prouvé son innocence (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 40) ou encore lorsque le juge condamne le prévenu au seul motif que sa culpabilité est plus vraisemblable que son innocence. En revanche, l'absence de doute à l'issue de l'appréciation des preuves exclut la violation de la présomption d'innocence en tant que règle sur le fardeau de la preuve (ATF 144 IV 345 consid. 2.2.3.3).

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 144 IV 345 consid. 2.2.3.3).

2.2.1. Aux termes de l'art. 116 al. 1 let. a LEI, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque en Suisse ou à l'étranger, facilite l'entrée, la sortie ou le séjour illégal d'un étranger ou participe à des préparatifs dans ce but.

La facilitation de l'entrée illicite d'un étranger peut consister en de multiples activités. La doctrine cite à titre d'exemples la recherche de clients pour les passeurs, la planification d'itinéraire, la fourniture aux candidats au passage illégal de la frontière de faux documents officiels, de moyens de subsistance ou de titres de transport, ou encore leur hébergement durant le trajet menant à la destination promise. Ce nonobstant, le passage effectif de la frontière de l'auteur n'est pas une condition de la répression. Il n'est pas non plus nécessaire que l'auteur use d'astuce dans ses manœuvres. Ainsi, est également punissable celui qui transporte dans son véhicule des étrangers démunis de titre de séjour en traversant la frontière officielle. S'agissant d'une infraction de mise en danger de la souveraineté territoriale, il n'est pas déterminant que le passage illégal de la frontière par les clandestins ait pu se dérouler d'une autre manière que par l'entremise de l'auteur, le facteur décisif étant celui du rapport de causalité entre les actes de l'auteur et l'entrée illicite par le

clandestin (M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR (éds), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Berne 2010, n. 14 ad art. 116).

Sur le plan subjectif, les infractions de facilitation de l'entrée, respectivement du séjour illégal sont intentionnelles, mais le dol éventuel suffit. Néanmoins, la connaissance par l'auteur de l'illégalité du franchissement de la frontière, respectivement du séjour, ne doit pas être admise trop facilement. En vertu du principe de la confiance, tout un chacun doit pouvoir compter sur le comportement licite des autres (M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR [éds], *op. cit.*, n. 17 ad art. 116). La commission par omission est également envisageable, pour autant que l'auteur occupe une position de garant (M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR [éds], *op. cit.*, n. 9 ad art. 116).

2.2.2. Depuis l'introduction de l'accord d'association à Schengen, l'entrée illégale et l'incitation à l'entrée illégale ne sont possibles qu'aux frontières extérieures de Schengen. En Suisse, cela concerne les aéroports internationaux. Lorsqu'une personne entre en Suisse en passant par une frontière intérieure de Schengen sans remplir les conditions d'entrée, elle peut être sanctionnée pour séjour illégal. L'entrée en Suisse par la frontière intérieure n'est donc pas une entrée en Suisse au sens de la loi mais bien un "séjour" dans l'espace Schengen (C. FAVRE / M. PELLET / P. STAUDMANN [éds], *Droit pénal accessoire : code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale : DPA, LEtr, LFAIE, LCD, LFMG, LArm, LIFD, LPA, LEaux, LChP, LAVS, LStup, LLP*, Lausanne 2018, n° 9 ad art. 116 LEtr).

2.2.3. Aux termes de l'art. 5 LEI, tout étranger doit, pour entrer en Suisse, remplir les conditions suivantes : avoir une pièce de légitimation reconnue pour le passage de la frontière et être muni d'un visa si ce dernier est requis (let. a), disposer des moyens financiers nécessaires à son séjour (let. b), ne représenter aucune menace pour la sécurité et l'ordre publics ni pour les relations internationales de la Suisse (let. c) et ne faire l'objet d'aucune mesure d'éloignement (let. d). Ces prescriptions sont cumulatives (AARP/323/2017 c. 3.3.2 et 3.3.3).

Cette disposition, relative à l'entrée en Suisse, n'est applicable que dans la mesure où les accords d'association à Schengen ne contiennent pas de dispositions divergentes (cf. art. 2 al. 4 LEI). Aux termes de l'art. 3 de l'ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas [OEV ; RS 142.204], les conditions d'entrée pour un séjour n'excédant pas 90 jours ou à des fins de transit sont régies par l'art. 6 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par des personnes [Code frontières Schengen ; JO L 77/1 du 23 mars 2016].

L'art. 6 par. 1 du Code frontières Schengen, dont le contenu coïncide largement avec celui de l'art. 5 al. 1 LEI précité, prescrit que pour un séjour prévu sur le territoire des

États membres, d'une durée n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours, les conditions d'entrée pour les ressortissants de pays tiers sont les suivantes :

- être en possession d'un document de voyage en cours de validité autorisant son titulaire à franchir la frontière dont les critères sont les suivants : (i) la durée de validité du document est supérieure d'au moins trois mois à la date à laquelle le demandeur a prévu de quitter le territoire des États membres, sous réserve de dérogations en cas d'urgence dûment justifiée, et (ii) il a été délivré depuis moins de dix ans (let. a) ;
- être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, sauf s'ils sont titulaires d'un titre de séjour en cours de validité (let. b) ;
- justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens (let. c) ;
- ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS ; let. d) ;
- ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs (let. e).

2.2.4. Les ressortissants des États énumérés à l'annexe I du règlement (CE) no 539/2001 (en vigueur jusqu'au 17 décembre 2018), comme le Sri Lanka, sont soumis à l'obligation de visa pour l'entrée en vue d'un séjour d'une durée n'excédant pas 90 jours (cf. art. 3 al. 1 OEV cum art. 6 par. 1 let. b hyp. 1 du Code frontières Schengen).

Sont libérées de l'obligation de visa, en dérogation à l'art. 6 al. 1 let. b hyp. 1 du Code frontières Schengen, notamment les personnes titulaires d'un titre de séjour valable délivré par un État (État Schengen) lié par l'un des accords d'association à Schengen (art. 6 par.1 let. b hyp. 2 du Code frontières Schengen).

Font notamment partie des titres de séjour valables ceux ayant une période de validité comprise entre trois mois et cinq ans au maximum et portant indication du motif du séjour (annexe 2 du Manuel des visas I ; Règlement (CE) N° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers). En ce qui concerne l'Italie, il s'agit notamment des titres de séjour UE pour les résidents de longue durée (en application de la directive 2003/109/CE ; annexe 2 – liste des titres de séjour délivrés par les états membres).

2.2.5. A leur entrée en Suisse, les étrangers doivent être munis d'un document de voyage valable et reconnu par la Suisse (cf. art. 6 OEV). Selon l'art. 6 al. 4 OEV, un document de voyage est reconnu par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) s'il fait état de l'identité du titulaire et de son appartenance à l'État ou à la collectivité territoriale qui l'a délivré (let. a), s'il a été établi par un État, une collectivité territoriale ou une organisation internationale reconnus par la Suisse (let. b), si l'État ou la collectivité territoriale qui l'a délivré garantit en tout temps le retour de ses ressortissants (let. c) et si le document présente les éléments de sécurité requis conformément aux critères internationaux (let. d) (cf. annexe 9 de la Convention relative à l'aviation civile internationale. Il s'agit en pratique des documents qui établissent l'identité du titulaire et son appartenance à l'Etat ou à la collectivité territoriale qui l'a délivré, soit concrètement les passeports (ou autres cartes d'identité).

Un document de voyage est en cours de validité pour les ressortissants d'États tiers qui possèdent un titre de séjour valable délivré par un État Schengen lorsqu'il est encore valable au moment de l'entrée et pendant la durée du séjour en Suisse ou dans un autre État de Schengen (cf. annexe 1, liste 1 des prescriptions en matière de document de voyage et de visas selon la nationalité, version du 1^{er} décembre 2019).

2.3. En l'espèce, il ressort du rapport de l'AFD du 13 juin 2018 que l'appelant a tenté de traverser le poste frontière de G_____, en provenance d'Italie, au volant de sa voiture, accompagné de C_____, de nationalité sri-lankaise, lequel n'était pas au bénéfice d'un visa valable. Le dossier ne contient toutefois pas d'indications relatives aux documents alors présentés aux douaniers par C_____, hormis le fait que l'appelant leur a déclaré ignorer que le permis de séjour de son passager avait expiré.

Cela étant, durant la procédure, l'appelant a produit une copie du titre de séjour italien de C_____ pour les résidents de longue durée, délivré le 4 décembre 2017 et valable de manière illimitée ("*VALIDO FINO AL ILLIMITATA*"). On ignore tant si son détenteur l'a présenté aux douaniers suisses de même qu'un document de voyage, à savoir un passeport ou une carte d'identité valide. La présentation cumulée de ces deux documents lui aurait en effet permis d'entrer valablement en Suisse, pour autant qu'il eût pu remplir les autres conditions de l'art. 5 LEI, problématique qui n'est toutefois pas en cause en l'espèce et nullement reprochée à l'appelant. Toutefois, le

fait que l'AFD ait constaté l'absence de visa, lequel est usuellement imprimé dans le passeport, laisse à penser qu'un passeport a été présenté et que C_____ n'était pas porteur de son titre de séjour italien. Il s'agit cependant d'une simple hypothèse.

Il apparaît ainsi qu'à teneur des éléments figurant à la procédure, la culpabilité du prévenu n'est pas établie au-delà de tout doute insurmontable, ce qui doit conduire à son acquittement.

Par surabondance de moyens, il sera relevé que dans la mesure où les circonstances décrites par l'appelant selon lesquelles C_____ lui avait confirmé avoir le droit de circuler dans l'espace Schengen sont corroborées par le titre de séjour italien de longue durée produit en copie en cours de procédure. Dans ces circonstances, on ne peut faire le reproche à l'appelant, en vertu du principe de la confiance, de ne pas avoir vérifié que son passager était effectivement porteur des deux documents requis pour son entrée en Suisse.

Pour ces motifs, l'appelant sera acquitté de ce chef d'infraction et le jugement attaqué réformé en conséquence.

4. **4.1.** 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 142 IV 137 consid. 9.1 p. 147 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; ATF 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20).

4.2. Considérant la peine pécuniaire qui va être concrètement prononcée - nombre d'unités -, la question de l'application du nouveau droit des sanctions en vigueur

depuis le 1^{er} janvier 2018 ou de l'ancien droit ne se pose pas (art. 2 al. 2 CP ; *lex mitior*).

En application tant de l'art. 34 CP que de l'art. a34 CP, le juge fixe le nombre de jours-amende en fonction de la culpabilité de l'auteur. Le jour-amende est de CHF 3'000.- au plus et le juge en fixe 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. L'art. 34 CP concrétise désormais le montant minimum jurisprudentiel de CHF 10.-.

4.3. Conformément à l'art. 42 al. 1 aCP, le juge suspend en règle générale l'exécution de la peine pécuniaire lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

S'il suspend totalement ou partiellement l'exécution de la peine, le juge impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans (art. 44 al. 1 CP).

4.4. En l'espèce, la faute de l'appelant n'est pas négligeable. Il a contribué à propager une vidéo à caractère pédopornographique et avait d'autres films représentant des actes d'ordre sexuel avec des enfants enregistrés, fût-ce automatiquement, dans son téléphone. Ces agissements constituent notamment une grave mise en danger, compte tenu des risques de circulation et de visualisation de ces images par des tiers.

Les mobiles de l'intéressé étaient purement égoïstes et visaient à divertir un groupe de personnes, au mépris de la mise en danger créée, de la dignité des enfants filmés et du caractère immoral et illicite de ces vidéos.

Sa prise de conscience n'apparaît, quant à elle, pas aboutie, l'intéressé s'étant évertué à évoquer différentes explications à ses actes au cours de la procédure, invoquant tantôt avoir été conscient qu'il s'agissait d'enfants, tantôt qu'il ne pouvait pas se rendre compte que c'était des mineurs, avant de finalement expliquer qu'il n'avait pas réalisé qu'il s'agissait d'enfant jusqu'à ce que son compte E_____ (*Réseau social*) soit bloqué. Il a également persisté à expliquer qu'il avait trouvé la vidéo "*drôle*" en dépit de la nature univoque des images pédopornographiques qui rendent immédiatement visibles la présence de jeunes enfants se livrant à des actes sexuels.

La situation personnelle de l'intimé ne saurait justifier ni expliquer d'une quelconque façon son comportement, étant relevé qu'aucun motif ne saurait justifier ni même excuser la diffusion d'images pédopornographiques. Au contraire, celui-ci bénéficiait d'un environnement stable avec son épouse et ses deux enfants.

Au vu de la nature de la faute de l'appelant, une peine pécuniaire de 100 jours-amende représente la sanction adaptée aux éléments qui précèdent, laquelle tient compte, à décharge, de la prise de conscience qu'il a amorcée.

Le montant du jour-amende de CHF 30.-, non contesté, est conforme à la situation financière de l'appelant.

Le sursis, dont les conditions sont au demeurant réalisées, lui est acquis (art. 391 al. 2 CPP). Le délai d'épreuve de trois ans, tel que retenu par le TP, est adéquat et de nature à le détourner de la commission de nouvelles infractions.

L'appel sera donc partiellement admis.

- 5. 5.1.** Dans le cadre du recours, les frais de la procédure sont mis à la charge des parties dans la mesure où elles ont obtenu gain de cause ou succombé (art. 428 al. 1 CPP). Pour déterminer si une partie succombe ou obtient gain de cause, il faut examiner dans quelle mesure ses conclusions sont admises en deuxième instance (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1261/2017 du 25 avril 2018 consid. 2 et 6B_363/2017 du 1er septembre 2017 consid. 4.1). Lorsqu'une partie obtient gain de cause sur un point, mais succombe sur un autre, le montant des frais à mettre à sa charge dépend de manière déterminante du travail nécessaire à trancher chaque point (arrêt du Tribunal fédéral 6B_369/2018 du 7 février 2019 consid. 4.1 non publié aux ATF 145 IV 90).

5.2. En l'espèce, les conclusions de l'appelant étant presque toutes admises, hormis la réduction du délai d'épreuve à deux ans, seul 1/6^{ème} des frais d'appel, qui comprendront un émolument CHF 1'600.- (art. 14 al. 1 let. e du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 [RTFMP - E 4 10.03]), seront mis à sa charge.

- 6. 6.1.** Si l'autorité de recours rend elle-même une nouvelle décision, elle se prononce également sur les frais fixés par l'autorité inférieure (art. 426 al. 3 CPP).

Selon l'art. 426 al. 1 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure de première instance s'il est condamné. Si sa condamnation n'est que partielle, les frais ne doivent être mis à sa charge que de manière proportionnelle, en considération des frais liés à l'instruction des infractions pour lesquelles un verdict de culpabilité a été prononcé. Il convient de répartir les frais en fonction des différents états de fait retenus, non selon les infractions visées (arrêts du Tribunal fédéral 6B_572/2018 du 1er octobre 2018 consid. 5.1.1 et 6B_726/2017 du 20 octobre 2017 consid. 5.1).

6.2. En l'espèce, l'appelant est reconnu coupable de pornographie (art. 197 al. 4 CP), mais est acquitté de l'infraction de l'art. 116 al. 1 let. a LEI. Les faits en lien avec les

vidéos pédopornographiques ayant cependant nécessité des actes d'instruction plus importants que ceux en lien avec l'infraction à la LEI, l'appelant sera condamné aux 4/5^{èmes} des frais de première instance, arrêtés à CHF 1'111.- avant émoluments complémentaires, soit CHF 888.80, et le solde d'1/5^{ème} sera laissé à la charge de l'Etat.

Le prévenu, conformément à la clé de répartition retenue pour les frais d'appel, ne supportera que le 1/6^{ème} de l'émolument complémentaire de CHF 600.-, soit CHF 100.-.

Ainsi, le total des frais de première instance mis à sa charge s'élèvera à CHF 988.80.

7. **7.1.1.** Selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, si le prévenu est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement, il a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. La question de l'indemnisation du prévenu doit être traitée en relation avec celle des frais. Dans cette mesure, la décision sur les frais préjuge de la question de l'indemnisation. Cela a principalement pour conséquence que si le prévenu supporte les frais en application de l'art. 426 al. 1 ou 2 CPP, une indemnité est en règle générale exclue (ATF 137 IV 352 consid. 2.4.2).

7.1.2. L'art. 436 CPP règle les prétentions en indemnités et en réparation du tort moral pour la procédure de recours. Il vise la procédure de recours en général, à savoir les procédures d'appel et de recours (au sens des art. 393 ss CPP). Le renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP aux art. 429 à 434 CPP ne signifie pas que les indemnités doivent se déterminer par rapport à l'issue de la procédure de première instance. Au contraire, elles doivent être fixées séparément pour chaque phase de la procédure, indépendamment de la procédure de première instance. Le résultat de la procédure de recours est déterminant (ATF 142 IV 163 consid. 3.2.2 p. 169 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_620/2016 du 17 mai 2017 consid. 2.2.3 ; 6B_118/2016 du 20 mars 2017 consid. 4.5.1).

7.1.3. L'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure concerne les dépenses du prévenu pour un avocat de choix (ATF 138 IV 205 consid. 1). En particulier, les démarches doivent apparaître nécessaires et adéquates (cf. ATF 139 IV 102 consid. 4.3 concernant la partie plaignante).

L'indemnité doit correspondre au tarif usuel du barreau applicable dans le canton où la procédure se déroule et englober la totalité des coûts de défense (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1183/2017 du 24 avril 2018 consid. 3.1 et 6B_47/2017 du 13 décembre 2017 consid. 1.1). La Cour de justice applique au chef d'étude un tarif horaire de CHF 450.- (arrêt du Tribunal fédéral 2C_725/2010 du 31 octobre 2011 ; ACPR/279/2014 du 27 mai 2014) ou de CHF 400.- (ACPR/282/2014 du 30 mai 2014), notamment si l'avocat concerné a lui-même calculé sa prétention à ce taux-là

(ACPR/377/2013 du 13 août 2013). Elle retient un taux horaire de CHF 350.- pour les collaborateurs (AARP/65/2017 du 23 février 2017) et de CHF 150.- pour les avocats stagiaires (ACPR/187/2017 du 22 mars 2017 consid 3.2 ; AARP/65/2017 du 23 février 2017).

7.2. Dans la mesure où le prévenu est acquitté en appel de l'infraction à l'art. 116 LEI et que son conseil a d'ores-et-déjà circonscrit dans son état de frais du 16 avril 2020 l'activité liée à cette seule infraction, la CPAR ne peut appliquer la clé de répartition usuelle, à savoir une indemnisation inversement proportionnelle à la mise à charge des frais de la procédure.

7.3. Il apparaît qu'une activité de près de 10h pour le chef d'étude, plus 25 minutes pour le stagiaire est excessive en première instance pour ce seul volet de la procédure et sera partant réduite à 8h pour le chef d'étude, au tarif horaire demandé de CHF 450.- (CHF 3'600.-), plus trois vacations à CHF 200.- (CHF 600.-). L'activité du stagiaire sera indemnisée à raison de 25 minutes au tarif horaire jurisprudentiel de CHF 150.- (CHF 62.50), plus une vacation à CHF 75.-. S'y ajouteront les frais de photocopies de CHF 80.-, ce qui représente une indemnisation de CHF 4'757.65, TVA à 7.7% (CHF 340.15) incluse.

7.4. L'activité déployée en appel correspond à une défense raisonnable et sera pleinement indemnisée, à savoir 6h10 au tarif horaire de CHF 450.- (CHF 2'775.-), plus CHF 105.- de frais de photocopies et la TVA à 7.7% en CHF 221.75, soit un total de CHF 3'101.65.

- 8.** Conformément à l'art. 442 al. 4 CPP, la part des frais de la procédure supportée par l'appelant sera compensée à due concurrence avec les indemnités qui lui sont octroyées pour ses frais de défense.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ contre le jugement JTDP/1528/2019 rendu le 5 novembre 2019 par le Tribunal de police dans la procédure P/2597/2018.

L'admet partiellement.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Acquitte A_____ d'infraction à l'art. 116 al. 1 let. a LEI.

Déclare A_____ coupable de pornographie (art. 197 al. 4 CP)

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 100 jours-amende, sous déduction de 1 jour-amende, correspondant à 1 jour de détention avant jugement (art. 34 CP).

Fixe le montant du jour-amende à CHF 30.-.

Met A_____ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à 3 ans (art. 42 et 44 CP).

Avertit A_____ que s'il devait commettre de nouvelles infractions durant le délai d'épreuve, le sursis pourrait être révoqué et la peine suspendue exécutée, cela sans préjudice d'une nouvelle peine (art. 44 al. 3 CP).

Renonce à ordonner l'expulsion de Suisse de A_____ (art. 66a al. 2 CP).

Ordonne la confiscation et la destruction du téléphone figurant sous chiffre 1 de l'inventaire n° 1_____ du 12 mars 2018 (art. 69 CP).

Condamne A_____ aux 4/5^{èmes} des frais de la procédure de première instance, qui s'élèvent, avant émoluments complémentaires de jugement, à CHF 1'111.- (art. 426 al. 1 CPP).

Condamne A_____ au 1/6^{ème} de l'émolument complémentaire de jugement de CHF 600.-, soit CHF 100.-.

Laisse le solde de ces frais à la charge de l'Etat.

Alloue à A_____ une indemnité de CHF 4'757.65 pour ses frais de défense en première instance (art. 429 al. CPP).

Arrête les frais de la procédure d'appel à CHF 1'775.-, y compris un émolument de CHF 1'600.-.

Condamne A_____ au 1/6^{ème} de ces frais.

Laisse le solde à la charge de l'Etat.

Alloue à A_____ une indemnité de CHF 3'101.65 pour ses frais de défense en appel (art. 429 al. 1 let. a CPP).

Compense à due concurrence la créance de l'Etat portant sur les frais de la procédure mis à la charge de A_____ avec sa créance en couverture de ses frais de défense.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, au Tribunal de police, au Secrétariat d'Etat aux migrations, à l'Office cantonal de la population et des migrations et au Service des contraventions.

Siégeant :

Madame Valérie LAUBER, présidente ; Messieurs Pierre BUNGENER et Gregory ORCI, juges.

La greffière :

Andreia GRAÇA BOUÇA

La présidente :

Valérie LAUBER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale.

P/2597/2018

ÉTAT DE FRAIS

AARP/174/2020

COUR DE JUSTICE

Selon les art. 4 et 14 du règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal de police : CHF 1'711.00

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 00.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 100.00

Procès-verbal (let. f) CHF 00.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 1'600.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 1'775.00

Total général (première instance + appel) : CHF **3'486.00**