

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3709/2013

AARP/30/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 1^{er} février 2016

Entre

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

appelant,

contre le jugement JTDP/670/2014 rendu le 9 octobre 2014 par le Tribunal de police,

et

A _____, domicilié _____ comparant par M^e B _____, avocat, _____,

intimé.

EN FAIT :

A. a. Par courrier du 15 octobre 2014, le Ministère public a annoncé appeler du jugement du Tribunal de police du 9 octobre 2014, dont les motifs ont été notifiés le 9 décembre 2014, par lequel A_____ a été acquitté du chef d'infraction de pornographie (art. 197 ch. 3bis du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]), une indemnité de CHF 7'350.- lui étant allouée pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, mais ses conclusions en réparation du dommage économique subi rejetées, des mesures de confiscation ou de restitution étant encore ordonnées et les frais de la procédure laissés à la charge de l'Etat.

b. Par déclaration d'appel transmise par messagerie sécurisée le 22 décembre 2014 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), le Ministère public conteste le jugement "dans son ensemble" et conclut à l'annulation du jugement attaqué, à ce que A_____ soit reconnu coupable de pornographie au sens de l'art. 197 ch. 3bis CP et condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 130.- l'unité, sans s'opposer à l'octroi du sursis, et à une amende de CHF 3'000.- à titre de sanction immédiate, assortie d'une peine privative de liberté de substitution de 22 jours, la confiscation et la destruction des objets figurant aux inventaires des 28 février et 1^{er} mars 2013 devant être ordonnées et les frais de la procédure, arrêtés à CHF 18'500.-, mis à la charge du prévenu.

c. Par ordonnance pénale du 4 avril 2014 valant acte d'accusation, il est reproché à A_____ d'avoir, à Genève, entre le 25 mai et le 30 octobre 2012, téléchargé, à 30 reprises et par le biais d'un réseau *peer-to-peer*, 22 images dont huit ont été identifiées comme étant des fichiers à caractère pédopornographique.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Le 1^{er} novembre 2012, le Service de coordination de la lutte contre la criminalité sur Internet (ci-après : SCOCI) a dénoncé à la police genevoise un soupçon d'infraction à l'art. 197 CP à l'encontre de A_____. Ce dernier était en effet le propriétaire d'un raccordement identifié par le système de surveillance du réseau *peer-to-peer* "C_____" comme étant possesseur, à plusieurs reprises, de fichiers illégaux.

En moyenne, une recherche par mois était effectuée par l'utilisateur entre mai et octobre 2012. Les titres des fichiers téléchargés étaient notamment les suivants :

- (X) Mst - Lsm- Little Girl (147m)o.avi
- Babyshivid – 3Yo Charlene & Dad (Full Version).mpg

- ((Hussyfan)) (Virginz Info) Kristina – 15Yo Shaving in Bath, Masturbating On Bed – No pthc.avi
- Latin 12yo and man [preteen preteen tween].mpg
- Raygold – 2 Women & 9Yo Danish Boy, A Man & 14Yo Girl.mpg
- (Pthc) (Hussyfan) (Kingpass) (Vicky) (Lordofthering) (Moscow) (Liluplanet) (Nablot) (St Petersburg) (R@Ygold) (Babyshivid) Babyj Complete2.mpg
- Mylola – Alicia 8Yo Vicky 10Yo.mpg
- ??????(Lolita) Lsm – Special Pthc 2 (Super High Quality).avi
- (TheAdultPornArchives)(Adult 18+ Models) (Playboy Hustler Magazine Watch4Beauty FTVGirls MPLStudios DDGirls BodyInMind FTV Girls Gone Wild Victoria's Secret Angels Hegre MET Art FHM LS FemJoy Galitsin-News LSM).avi
- (Pthc) Pedo Maria (Incest – Horny Uncle Takes His Young Teen Niece On A Picnic Then Drugs And Fucks Her).mpg
- (pthc) Mylola – Nina and Max real PreTeen (14yo).avi
- Ls Magazine – Video Angels – Lsm-02-06-01 – Nude Girlsls Magazine – Video Angels – Lsm-02-06-01 – Nude Girls.wmv
- Fm Lsm – Sheila.mpg
- XXXX Amateur Wife Voyeur Mexican Preteen Sex Latina Babe Private Girl Mature College Spy Porn Black Women Fat Bbw Big Tits.avi
- 14yr x 2 Thais, Hj, Bj & Fk 1 Big Ck – Raygold Bangkok Extreme 10 (VLP405M).mpg
- Gargosidad Pthc & Kingpass (148).avi
- Cute Fuck Cumshot Blowjob Facial Creampie Fuck Slut Bj Sex Not For Kids Hussyfan Pedo Pthc Qwerty Re.mpg

b.a. Selon le rapport de police du 1^{er} mars 2013, 30 fichiers dont les noms laissaient supposer un caractère pédopornographique avaient été téléchargés par l'intéressé entre le 25 mai et le 30 octobre 2012. Au total, 22 vidéos différentes avaient été obtenues, puisque certains fichiers avaient été comptés à plusieurs reprises par le logiciel de surveillance du SCOCI, dont huit qui étaient déjà connues des services de police pour contenir de la pédopornographie.

b.b. A la police, A_____ a reconnu télécharger, depuis son domicile, des films pornographiques légaux sur le logiciel *peer-to-peer* "C_____" depuis environ deux ans. En moyenne, il se procurait de la sorte environ 30 films pornographiques par semaine. Il les enregistrerait ensuite sur un disque dur externe puis les supprimait de son ordinateur portable. Pour rechercher ces fichiers, le mot-clé qu'il utilisait le plus

souvent était "inceste", dès lors qu'il aimait le côté "tabou" de telles vidéos. Il était conscient qu'il était "un peu bizarre" d'aimer observer des actes sexuels entre familiers mais précisait qu'il n'appréciait que les films mettant en scène des adultes, s'agissant d'ailleurs de rapports supposés incestueux mais joués par des acteurs, et ne recherchait pas de vidéos mettant en scène des mineurs. Il avait également utilisé les mots-clés comme "sex in familial", "sex in deutschland" (qui permettait selon l'intéressé également d'obtenir des vidéos sur le thème de l'inceste), "incesto", "taboo" et "pig italia", ce dernier étant un label de film.

Dès lors qu'il sélectionnait plusieurs fichiers à la fois lorsqu'il lançait un téléchargement, il avait obtenu des fichiers à caractère pédopornographique, dont les noms mentionnaient des âges inférieurs à 18 ans, de la pédophilie ou du sexe violent. Il les avait détruits après les avoir en général consultés "par curiosité". Il avait agi par négligence, sans regarder avec attention ce qu'il téléchargeait.

c.a. Entendu par le Ministère public le 22 mai 2013, A_____ a confirmé ses précédentes déclarations. Il avait téléchargé "en gros" ses fichiers, à savoir des pages entières de sites Internet, mais cherchait de la pornographie entre adultes. Lorsque les fichiers étaient téléchargés, quelques jours ou une semaine plus tard, il les ouvrait et tombait parfois sur de la pédopornographie. Dans ce cas, il les refermait tout de suite et les supprimait, n'ayant pas d'intérêt pour cela et sachant que c'était illégal. Bien qu'il soit déjà tombé sur des fichiers pédopornographiques, il avait continué à télécharger en sélectionnant machinalement tous les fichiers correspondant au mot-clé de la recherche, sans regarder les titres des films, qui ne correspondaient pas forcément à leur contenu. D'ailleurs, il ne pouvait pas visionner le contenu des fichiers avant de les avoir téléchargés. Les mots-clés utilisés étaient tirés de films qu'il avait déjà vus ou de labels de films qui lui avaient plu.

c.b. L'analyse des disques durs externes et de l'ordinateur personnel de A_____ a fait l'objet d'un rapport de police du 11 janvier 2014. Il en ressort qu'aucun fichier illégal n'a été trouvé sur ces supports, qui contenaient "une grande quantité" de films pornographiques, classés méthodiquement et dont les titres contenaient pour la plupart le mot "inceste" en différentes langues. Les films avaient été téléchargés *via* le logiciel "C_____", les mots-clés de recherche utilisés étant généralement en lien avec le terme "inceste", étant précisé que le terme "Extreme Teen" avait également été utilisé. La police a également analysé la liste des fichiers téléchargés, en cours de téléchargement ou partagés par l'utilisateur, consignée dans un fichier "Known.met". Trois fichiers téléchargés contenaient l'abréviation "pthc", soit *pre-teen hardcore*. De très nombreux titres de films contenaient le mot "inceste", tel que "Inceste – Frère Baise Sœur 001.avi", "Russian – Incest – Blissmature Mother And Son.avi", etc., étant précisé que la liste contient plus de 900 titres de films.

c.c. Par courrier du 19 mars 2013, A_____ a formé opposition à l'ordonnance pénale du Ministère public du 11 mars 2013.

d. Devant le Tribunal de police, A_____ a confirmé ses précédentes déclarations. Il avait obtenu un ou plusieurs fichiers pédopornographiques non souhaités qu'il avait immédiatement supprimés. Avec du recul, il ne lui paraissait pas étonnant d'obtenir de tels fichiers en tapant le mot-clé de recherche "inceste". Lors de chaque recherche, il utilisait des mots-clés différents en fonction de titres de films qu'il avait achetés auparavant. Il avait peut-être utilisé plusieurs fois le même mot-clé, relatif à un label, afin de retrouver d'autres films produits par le même label, même si des fichiers pédopornographiques avaient pu être téléchargés avec ce mot-clé par le passé. A ces occasions, il n'avait pas fait attention et, dans sa tête, de tels téléchargements non désirés n'allaient pas se reproduire. En utilisant le terme "*extreme teen*", il pensait à un film licite qu'il possédait et s'attendait à obtenir des contenus licites mettant en scène des étudiantes d'âge légal, étant précisé qu'il n'avait pas de connaissance particulière en anglais. Lorsqu'il effectuait une recherche, en général une fois par mois, il sélectionnait l'intégralité des fichiers répertoriés, sans même prendre connaissance des titres, et laissait sa machine télécharger les contenus, parfois pendant une semaine, avant de vérifier les fichiers pour supprimer ceux qui ne l'intéressaient pas ou qui étaient "vides" ou contenaient un "écran noir".

C. a. A l'appui de sa déclaration d'appel, le Ministère public produit l'impression du fichier "knownmet.xlsx", extrait du CD-Rom annexé au rapport de police du 11 janvier 2014, dont le premier juge n'aurait pas pris connaissance, et requiert l'audition, en qualité d'expert, de l'inspecteur D_____, auteur dudit rapport, ou de l'un de ses collègues de la Brigade de criminalité informatique (ci-après : BCI).

b. Par courrier du 27 janvier 2015, A_____ n'a pas présenté de demande de non-entrée en matière, ni formé appel joint, mais s'est opposé à l'audition d'un membre de la BCI, *a fortiori* en qualité d'expert, au motif notamment que cette réquisition de preuve, qui n'était pas motivée et présentée pour la première fois au stade de l'appel, n'était pas nécessaire au traitement de l'appel, le contenu et les conclusions du rapport de police précité apparaissant limpides.

c. Par ordonnance OARP/213/2015 du 26 juin 2015, la Présidente de la CPAR a rejeté la réquisition de preuve présentée par le Ministère public, ordonné la procédure orale, imparti à A_____ un délai pour le dépôt de ses éventuelles conclusions chiffrées en indemnisation au sens de l'art. 429 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), accompagnées de leurs justificatifs, et cité les parties à comparaître aux débats d'appel.

d. Par écritures des 12 et 13 octobre 2015, A_____ fait valoir des conclusions en indemnisation selon l'art. 429 CPP tendant au paiement de la somme de

CHF 4'566.60, hors TVA, au titre des honoraires de son conseil, correspondant à 11 heures et 25 minutes d'activité.

e.a. Lors de l'audience d'appel du 15 octobre 2015, les parties n'ont pas soulevé de questions préjudicielles.

e.b. A_____ a confirmé ses précédentes déclarations. Il avait procédé à des téléchargements "globaux", en ce sens qu'il cliquait sur tous les fichiers proposés. Il contrôlait ensuite le contenu, une fois ce dernier téléchargé, pour vérifier qu'il n'y eut pas "juste un écran noir ou du son". Il n'avait pas prêté une attention particulière aux titres des fichiers, qui étaient composés de longues phrases. Ainsi, il n'avait pas remarqué si certains titres comportaient des indications telles que "12yo", "13yo", "J'encule ma sœur 13 ans" ou "fille de 13 ans suce en voiture".

Par la voix de son conseil, il a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, tout en s'en rapportant à justice quant au tarif horaire devant être appliqué aux honoraires de Me B_____. Le nombre d'images pédopornographiques, soit huit pour un total de 22 images ayant déclenché le système d'alerte du SCOCI, était révélateur du fait qu'il n'était pas amateur de pédopornographie, au vu du nombre de fichiers téléchargés et de la durée d'utilisation du logiciel "C_____", supérieure à deux ans. Le contenu de ses disques durs, classé de manière structurée, démontrait également qu'il recherchait des films à caractère incestueux entre participants adultes et non mineurs. Il n'avait pas eu la maîtrise sur le contenu des films litigieux, puisqu'il n'avait pas délibérément cherché à se les procurer et qu'il ne les avait pas conservés. Son intention ne pouvait donc pas être admise.

e.c. Le Ministère public a persisté dans ses conclusions et conclu au rejet des prétentions en indemnité de A_____. Le nombre d'alertes enregistrées par la surveillance du SCOCI, la fréquence des recherches et le nombre de fichiers téléchargés permettaient de retenir la culpabilité de l'intéressé. Le mot-clé de recherche "inceste" était en soi ambigu et risqué quant aux résultats qu'il était susceptible de trouver ; le fait que A_____ recommence à effectuer des recherches avec ce terme, en ayant déjà constaté qu'il permettait de trouver des films pédopornographiques, permettait d'exclure la négligence au profit, à tout le moins, du dol éventuel. En outre, les titres des films étaient évocateurs et faisaient expressément référence à l'âge des enfants impliqués. Enfin, Me B_____ ne pouvait pas prétendre au tarif de CHF 400.- de l'heure, applicable aux chefs d'études, au vu de son statut de collaborateur, de sorte qu'il se justifiait, en cas de confirmation du verdict, de réduire l'indemnité octroyée en première instance.

D. A_____, né le _____ 1976, célibataire, sans enfant, travaille en qualité de menuisier-charpentier et déclare réaliser un revenu annuel net de l'ordre de CHF 64'165.-, ses charges mensuelles de loyer et assurance-maladie étant de l'ordre

de CHF 1'260.-. Il n'a pas de fortune et a contracté une dette de CHF 15'000.-. Il indique avoir une relation stable avec sa concubine, ses pratiques sexuelles "ne sortant pas de la norme" et sa sexualité avec elle étant en outre "épanouie".

Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____ n'a aucun antécédent.

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 du Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g).

La CPAR 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. 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, conclue à Rome le 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.

En tant que règle sur le fardeau de la preuve, ce principe signifie qu'il incombe à l'accusation d'établir la culpabilité de l'accusé, et non à ce dernier de démontrer son innocence. Il est violé lorsque le juge rend un verdict de culpabilité au seul motif que l'accusé n'a pas prouvé son innocence, mais aussi lorsqu'il résulte du jugement que, pour être parti de la fausse prémisse qu'il incombait à l'accusé de prouver son innocence, le juge l'a condamné parce qu'il n'avait pas apporté cette preuve (ATF 127 I 38 consid. 2a et les arrêts cités).

Comme règle de l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* interdit au juge de se déclarer convaincu d'un état de fait défavorable à l'accusé, lorsqu'une appréciation objective des éléments de preuve recueillis laisse subsister un doute sérieux et insurmontable quant à l'existence de cet état de fait. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent certes pas à exclure une

condamnation. La présomption d'innocence n'est invoquée avec succès que si le recourant démontre qu'à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves, le juge aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles sur sa culpabilité (ATF 124 IV 86 consid. 2a ; 120 Ia 31 consid. 2).

3. **3.1.** L'art. 2 CP délimite le champ d'application de la loi pénale dans le temps. Son alinéa 1 pose le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, en disposant que cette dernière ne s'applique qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur. Son alinéa 2 fait exception à ce principe pour le cas où l'auteur est mis en jugement sous l'empire d'une loi nouvelle ; en pareil cas, cette dernière s'applique si elle est plus favorable à l'auteur que celle qui était en vigueur au moment de la commission de l'infraction (*lex mitior*).

Pour déterminer quel est le droit le plus favorable, il y a lieu d'examiner l'ancien et le nouveau droit dans leur ensemble et de comparer les résultats auxquels ils conduisent dans le cas concret (ATF 134 IV 82 consid. 6.2.1). Doivent en principe être examinées au premier chef les conditions légales de l'infraction litigieuse. Lorsque le comportement est punissable tant en vertu de l'ancien que du nouveau droit, il y a lieu de procéder à une comparaison d'ensemble des sanctions encourues. L'importance de la peine maximale joue un rôle décisif. Si les peines à prononcer en application de l'ancien et du nouveau droit dans le cas concret sont du même genre, le juge doit, alors, tenir compte des différences que l'un et l'autre présentent dans les modalités d'exécution de cette peine. Par modalités d'exécution, il faut entendre aussi bien les possibilités d'obtenir le sursis, intégral ou partiel (ATF 134 IV 82 consid. 7.1), que celles d'obtenir la suspension de l'exécution de la peine en faveur de l'exécution d'une mesure prioritaire.

En l'occurrence, la teneur de l'art. 197 CP a changé avec effet au 1^{er} juillet 2014 afin de rendre le droit suisse compatible avec la Convention de Lanzarote (Message concernant 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] et sa mise en œuvre [modification du code pénal] du 4 juillet 2012, FF 2012 7051). Pour l'essentiel, le nouveau droit étend la punissabilité à des actes qui ne tombaient jusque-là pas sous le coup de la loi pénale, telle que la consommation de représentations de pornographie dure sans téléchargement, et prévoit une distinction, quant à la peine, selon que les actes sexuels commis dans le cadre des représentations concernées sont effectifs ou non (soit une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans au lieu d'un an, alternativement à une peine pécuniaire).

Dans le cas concret, le nouvel art. 197 al. 5 CP n'est donc pas plus favorable à l'intimé que l'art. 197 ch. 3bis aCP qui lui est reproché et qui était en vigueur lors des faits. Dès lors, cette dernière disposition est applicable (art. 2 CP).

3.2. Aux termes de l'art. 197 ch. 1 aCP, celui qui aura offert, montré, rendu accessibles à une personne de moins de 16 ans ou mis à sa disposition des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou des représentations pornographiques, ou les aura diffusés à la radio ou à la télévision, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Celui qui aura fabriqué, importé, pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à la disposition des objets ou représentations visés au ch. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 197 ch. 3 aCP).

Celui qui aura acquis, obtenu par voie électronique ou d'une autre manière ou possédé des objets ou des représentations visés au ch. 1 qui ont comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants ou des animaux ou comprenant des actes de violence, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (197 ch. 3bis aCP).

L'art. 197 ch. 3bis aCP punit donc notamment, comme cas atténué, l'obtention d'un fichier électronique par téléchargement puis sa possession, si ledit fichier contient une représentation pornographique d'actes d'ordres sexuels avec des enfants (B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. I, 3^e éd., Berne 2010, n° 63 ad art. 197).

Celui qui entre en possession de représentations de pornographie infantile même sans en avoir l'intention, en prend connaissance puis les conserve, est punissable selon l'art. 197 ch. 3bis aCP (ATF 131 IV 64 consid. 11.4).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, celui qui télécharge de manière ciblée des données sur son ordinateur, depuis Internet (*download*), afin de les sauvegarder pour une certaine durée, "fabrique" une copie desdites données et tombe sous le coup de l'art. 197 ch. 3 aCP (et non ch. 3bis) si les fichiers concernés constituent une représentation de pornographie dure (ATF 137 IV 208 consid. 2.2 ; 131 IV 16 consid. 1.4). En revanche, la fabrication de copies résultant d'un processus purement automatique, indépendant de la volonté de l'auteur, *a fortiori* si la copie n'est que temporaire, par exemple les copies en mémoire "cache" ou les disques miroirs, ne sont pas visées (arrêt du Tribunal fédéral 6B_289/2009 du 16 septembre 2009 consid. 1.4.5).

Cette jurisprudence a été vivement critiquée en doctrine, certains auteurs estimant qu'elle ne tenait pas compte des spécificités de certains processus informatiques

susceptibles d'être mis en œuvre indépendamment de la volonté de l'utilisateur, qu'elle vidait de son sens l'art. 197 ch. 3bis aCP qui avait précisément pour but de permettre la répression de l'acquisition de représentations par le biais d'Internet, et qu'elle conduirait à des incohérences dans les sanctions (arrêt du Tribunal fédéral 6B_289/2009 précité, consid. 1.3 ; M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar Strafrecht II : Art. 111-392 StGB*, 3e éd., Bâle 2013, n° 60 ad art. 197).

Selon le nouvel art. 197 CP, tous les actes de consommation de pornographie dure sont désormais traités sur un pied d'égalité et punis dans leur intégralité. L'interprétation retenue par le Tribunal fédéral, critiquée par la doctrine, qui assimilait le téléchargement et la sauvegarde de fichiers pour une consommation exclusivement personnelle à un acte de fabrication au sens de l'art. 197 ch. 3 aCP (passible d'une peine plus sévère), n'a donc plus cours (Message précité, p. 7096).

Enfin, tant le ch. 3 que le ch. 3bis de l'art. 197 aCP sont des infractions intentionnelles, le dol éventuel étant suffisant (B. CORBOZ, *op. cit.*, n° 64 ad art. 197). Selon le Message du Conseil fédéral sur le nouvel art. 197 al. 5 CP, lequel nécessite également l'intention de l'auteur, il appartient au juge de déterminer quelles circonstances permettent de retenir l'intention, étant précisé qu'il ne s'agit pas de qualifier de consommation intentionnelle tout contact avéré avec des représentations relevant de la pornographie dure. Pour la consommation *via* Internet notamment, le nombre d'images et de pages consultées, ainsi que la provenance des fichiers, devraient être déterminants (Message précité, p. 7097).

3.3. En l'espèce, il est établi que l'intimé s'est livré à de très nombreux téléchargements de films pornographiques portant sur le thème de l'inceste. Ce faisant, il procédait à des recherches par le biais de mots-clés, environ une fois par mois, puis téléchargeait en masse tous les fichiers répertoriés par le logiciel "C_____". Ceci découle du rapport SCOCI et de l'analyse du fichier "Known.met", qui fait état de tous les films téléchargés (ou dont le téléchargement a été sollicité), le recoupement du nombre de recherches par mois et du nombre significatif de titres de films convoités permettant de constater que chaque recherche donnait effectivement lieu à un téléchargement en masse.

La CPAR tient également pour établi que l'intimé ne disposait pas de connaissances particulières en anglais ni en informatique, comme il l'affirme et comme cela ressort de ses auditions. Elle retient également que les logiciels *peer-to-peer* ne permettent pas de consulter un fichier avant de le télécharger : une recherche permet d'obtenir une liste de résultats comprenant diverses informations (titre du fichier, taille, utilisateur qui le partage, etc.), sans que la visualisation d'une image ou d'une vidéo ne soit possible à ce stade. L'utilisateur doit ainsi télécharger les fichiers qui l'intéressent puis les ouvrir.

Sur les plus de 900 titres qui ont fait l'objet d'un téléchargement ou d'un début de téléchargement, seuls 22 ont déclenché les alertes du logiciel de surveillance du SCOCI. Huit d'entre eux étaient connus par la police pour leur contenu pédopornographique, tandis que les titres des autres étaient évocateurs de telles pratiques. En effet, les noms desdits films contenaient des indications relativement explicites sur l'âge des protagonistes impliqués : "3Yo Charlene", "Latin 12yo", "9Yo Danish Boy", "Alicia 8Yo Vicky 10Yo", le terme "Yo" voulant dire "year-old", soit "âgé de". D'autres termes étaient également explicites, tels que "pre-teen" ("pré-adolescent", plus précisément "dont l'âge est inférieur à 13 ans" selon la langue anglaise) ou "Pthc" ("*pre-teen hardcore*"). En outre, l'intimé utilisait des mots-clés de recherches "ambigus", tels que ceux liés à l'inceste ou les termes "*extreme teen*", qui peuvent se comprendre comme "un adolescent extrême" (par exemple, un individu de 16-19 ans dont les pratiques sexuelles sont "extrêmes") ou "un adolescent très proche de l'âge de 13 ans" ("*thirteen*"), soit très jeune. Après les avoir visionnés, l'intimé a, selon ses déclarations que la CPAR tient pour crédibles et que le Ministère public ne contredit pas, immédiatement supprimé ces fichiers de son ordinateur et/ou de son disque dur externe, ce qu'atteste également l'analyse effectuée par la police et constatant l'absence desdits fichiers sur ces supports.

La question pourrait déjà se poser de savoir si le comportement reproché à l'intimé doit être appréhendé sous l'angle de l'art. 197 ch. 3bis aCP, comme le soutient le Ministère public, ou ch. 3 aCP (dont la peine menace est de trois ans), au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Toutefois, l'interdiction de la *reformatio in pejus* s'applique (cf. art. 391 al. 2 CPP). De plus, il est établi que l'intimé a procédé à des téléchargements en masse et a supprimé les fichiers litigieux immédiatement après avoir constaté leur caractère illicite, de sorte qu'il ne saurait s'agir de téléchargements "ciblés" et destinés à être sauvegardés "pour une certaine durée", comme l'exige la jurisprudence relative à la "fabrication" au sens de l'art. 197 ch. 3 aCP. En outre, les principes jurisprudentiels développés par le Tribunal fédéral ne sont plus valables selon le nouvel art. 197 CP, qui, s'il s'appliquait à la présente cause, appréhenderait le comportement reproché sous l'angle de la consommation propre obtenue par voie électronique, au sens de l'al. 5, punissable d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire, en l'absence d'éléments concrets sur la nature des rapports mis en scène dans les films litigieux (effectifs ou non, pédopornographie réelle ou simulée) en application du principe *in dubio pro reo*. Pour toutes ces raisons, l'application de l'art. 197 ch. 3 aCP ne serait en tout état pas envisageable, le nouvel art. 197 al. 5 CP devant cas échéant s'appliquer à titre de *lex mitior*.

La question se pose ensuite de savoir si l'intimé avait l'intention d'obtenir les 22 films qui font l'objet de la présente procédure, étant rappelé qu'un contact avéré avec des représentations de pornographie dure ne suffit pas pour retenir l'intention de l'auteur (cf. Message précité).

A cet égard, la CPAR tient pour crédibles les déclarations de l'intimé, qui ont été constantes et relativement spontanées, ce dernier n'hésitant pas à admettre qu'il avait ouvert les films illicites pour vérifier leur contenu. Ses explications sont en outre corroborées par les éléments figurant à la procédure. Ainsi, les supports informatiques de l'intimé contenaient de très nombreux films pornographiques sur le thème de l'inceste, méticuleusement classés, mais aucun film à caractère pédopornographique. Le pourcentage de films illicites ou ayant déclenché des alertes sur le logiciel de surveillance du SCOCI est très faible ; sur plus de 900 films (téléchargés ou dont le téléchargement a été lancé), seuls 22 ont suscité une alerte, soit moins de 2,45% de la masse téléchargée. Or, par expérience, il semble usuel de constater une moyenne de 5 à 10% de fichiers pédophiles obtenus lors de téléchargements en bloc de pornographie (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_685/2010 du 4 avril 2011 consid. 3.3.1). Ce pourcentage est d'autant plus faible que l'intimé utilisait des termes de recherches ambigus, notamment "inceste".

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'intimé, certes intéressé par le thème de l'inceste, n'avait pas l'intention de chercher ni d'obtenir des films concernant des relations incestueuses à caractère pédopornographique, en raison notamment du nombre important de téléchargements licites effectués puis soigneusement sauvegardés.

Contrairement à ce que soutient le Ministère public, il n'est pas déterminant que l'intimé ait continué à télécharger des fichiers "en masse" alors qu'il avait déjà constaté que cette méthode permettait d'obtenir des films pédopornographiques. D'une part, le pourcentage de films illicites obtenus est très faible, comme relevé ci-dessus, et les recherches auxquelles se livrait l'intimé étaient, somme toute, relativement peu fréquentes. D'autre part, les mots-clés de recherche utilisés, certes ambigus, ne désignaient pas forcément des scènes de pédopornographie, tant une mise en scène incestueuse peut demeurer licite sous l'angle de l'art. 197 CP et comporter, par exemple, des frères et sœurs majeurs ou une mère et sa fille majeure. Il en va de même du terme "*extreme teen*", qui peut se comprendre de diverses manières, comme évoqué ci-dessus, et notamment désigner des étudiantes aux mœurs "extrêmement" légères. Enfin, l'intimé utilisait plusieurs mots-clés de recherche différents, de sorte que l'on ne saurait lui reprocher d'avoir agi de manière identique après avoir pourtant constaté que des fichiers illicites pouvaient être obtenus avec un terme précis (même si certains de ces termes ont pu être utilisés à deux ou plusieurs reprises, étant relevé que les opérations de recherche étaient en général mensuelles). L'intention de l'intimé, à savoir obtenir des films licites sur le thème de l'inceste, est ainsi corroborée par la nature licite des films effectivement conservés par l'intimé sur son ordinateur et son disque dur externe.

De même, le titre des films litigieux, quoiqu'explicite pour qui parle un peu l'anglais et/ou connaît les abréviations utilisées dans le milieu pédophile, ne saurait suffire pour établir l'intention de l'intimé, puisque ce dernier ne maîtrise pas cette langue et

que l'utilisateur du logiciel "C_____" ne peut pas vérifier le contenu d'un fichier avant de l'avoir téléchargé, étant rappelé que ce contenu ne correspond en pratique pas forcément au titre ou que le fichier peut être dépourvu de contenu ("écran noir"). En outre, ces titres, formulés en allemand, français, anglais ou espagnol notamment, sont d'une longueur certaine, de sorte qu'il se conçoit que l'utilisateur qui procède à des téléchargements massifs ne prenne pas la peine de vérifier s'ils contiennent une abréviation, telle que "pthc" ou "12Yo", à supposer qu'il en connaisse le sens. A nouveau, une intention délictueuse de la part de l'auteur aurait déclenché plus tôt les alertes du SCOCI, au vu du nombre de fichiers téléchargés et de la période d'utilisation, supérieure à deux ans.

Partant, l'acquiescement de l'intimé sera confirmé en appel.

4. Vu l'issue de l'appel et la qualité de l'appelant, les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 CPP), l'admission, très partielle, de l'appel sur l'indemnité de défense de première instance (cf. *infra* consid. 5.3) n'ayant pas d'incidence sur les frais.
5. **5.1.** Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, applicable à la procédure d'appel par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

Cette disposition a pour objectif de protéger les intérêts d'une personne accusée à tort par l'Etat, qui se trouve mêlée contre sa volonté à une procédure pénale (ATF 138 IV 197 consid. 2.3.5).

L'indemnité concerne les dépenses du prévenu pour un avocat de choix (ATF 138 IV 205 consid. 1). Elle couvre en particulier les honoraires d'avocat, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure. L'Etat ne prend en charge les frais de défense que si l'assistance d'un avocat était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et donc les honoraires étaient ainsi justifiés (Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, p. 1313), compte tenu de la durée de la procédure et de son impact sur la vie personnelle et professionnelle du prévenu. Dans les cas juridiquement simples, l'activité de l'avocat doit se limiter au minimum, soit tout au plus à une simple consultation (ATF 138 IV 197 consid. 2.3.5).

Les démarches superflues, abusives ou excessives ne sont pas indemnisées (cf. ATF 115 IV 156 consid. 2d ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd Bâle 2014, n^o 16 *ad* art. 429 CPP). Le juge, qui

dispose d'une marge d'appréciation à cet égard, devrait ne pas se montrer trop exigeant dans l'appréciation rétrospective qu'il porte sur les actes nécessaires à la défense du prévenu et, s'il s'écarte notablement de la note d'honoraires présentée, en motiver les raisons (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *op. cit.*, n° 18 et 19 *ad art.* 429 CPP).

Les honoraires d'avocat se calculent selon le tarif usuel du barreau applicable dans le canton où la procédure se déroule (arrêt du Tribunal fédéral 6B_392/2013 du 4 novembre 2013 consid. 2.3). Bien que le canton de Genève ne connaisse pas de tarif officiel des avocats, il n'en a pas moins posé, à l'art. 34 de la loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2002 (LPAv; RS E 6 10), les principes généraux devant présider à la fixation des honoraires, qui doivent en particulier être arrêtés compte tenu du travail effectué, de la complexité et de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée, du résultat obtenu et de la situation du client. Sur cette base, la Cour de justice retient en principe un tarif horaire entre CHF 400.- et CHF 450.- pour un chef d'étude (ACPR/279/2014 du 27 mai 2014 ; ACPR/112/2014 du 26 février 2014 ; cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_725/2010 du 31 octobre 2011 consid. 3 et 2C_25/2008 du 18 juin 2008 consid. 3, en matière d'assistance juridique, faisant référence aux tarifs usuels d'un conseil de choix à Genève).

Pour un avocat breveté exerçant en tant que collaborateur, la CPAR a admis un tarif horaire de CHF 350.- (AARP/286/2015 du 30 juin 2015 consid. 8.2, par ailleurs cité par l'intimé dans sa demande d'indemnisation du 13 octobre 2015).

L'autorité pénale compétente pour liquider l'indemnisation est celle qui a prononcé l'abandon de la poursuite pénale (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n° 51 *ad art.* 429 CPP ; G. PIQUEREZ / A. MACALUSO, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd. Genève 2011, n° 2286 p. 729).

5.2. En l'espèce, l'appelant a droit à une indemnité pour les frais de défense occasionnés par la présente procédure pénale, au vu de l'issue de cette dernière.

En appel, il sollicite une indemnité de CHF 4'566.60 correspondant à 11 heures et 25 minutes d'activité, y compris une heure pour la durée de l'audience d'appel, dite estimation s'étant avérée correcte. En soi, le temps consacré par Me B_____ pour la procédure d'appel paraît adéquat et ne comporte pas de poste manifestement abusif. En revanche, le tarif horaire retenu sera ramené à CHF 350.-, précédemment appliqué à un collaborateur, l'intimé s'en étant d'ailleurs remis à justice sur ce point.

Ainsi, l'indemnité pour la procédure d'appel sera admise à concurrence de CHF 3'995.85, auxquels s'ajoutent la TVA en 8%, soit CHF 319.70, pour un total de CHF 4'315.55.

5.3. A titre subsidiaire, le Ministère public conteste le montant de l'indemnité octroyée par le premier juge, qui avait retenu un taux horaire de CHF 400.- pour 18 heures d'activité de collaborateur. Dès lors que son appel porte sur le jugement de première instance "dans son ensemble", cette conclusion est recevable. Au vu des considérations qui précèdent, elle doit être au demeurant admise, de sorte que l'indemnité de défense pour la première instance sera ramenée à CHF 6'300.- correspondant à 18 heures d'activité au tarif de CHF 350.-, auxquels s'ajoutent CHF 504.- de TVA en 8%, pour un total de CHF 6'804.-.

Sur ce point, l'appel sera donc admis.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par le Ministère public contre le jugement JTDP/670/2014 rendu le 9 octobre 2014 par le Tribunal de police dans la procédure P/3709/2013.

L'admet très partiellement.

Annule ce jugement en tant qu'il alloue à A_____ une indemnité de CHF 7'350.- à titre d'indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

Le confirme pour le surplus.

Alloue à A_____ une somme de CHF 6'804.- (TVA comprise) à la charge de l'État de Genève, au titre de l'indemnité due pour l'exercice de ses droits de procédure en première instance.

Laisse les frais de la procédure d'appel à la charge de l'État de Genève.

Alloue à A_____ une somme de CHF 4'315.55 (TVA comprise) à la charge de l'État de Genève, au titre de l'indemnité due pour l'exercice de ses droits de procédure en appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, à l'autorité inférieure.

Siégeant :

Madame Yvette NICOLET, présidente; Monsieur Pierre MARQUIS, juge; Madame Carole BARBEY, juge suppléante; Monsieur Adrien RAMELET, greffier-juriste.

Le greffier :

Jean-Marc ROULIER

La présidente :

Yvette NICOLET

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, sous la réserve qui suit.

Dans la mesure où il a trait à l'indemnité de l'avocat désigné d'office ou du conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel, et conformément aux art. 135 al. 3 let. b CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (LOAP; RS 173.71), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 39 al. 1 LOAP, art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzona).