

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3857/2018

AARP/268/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du 6 août 2019

Entre

A _____, p.a. B _____, rue _____, comparant par M^c C _____, avocat, _____,

appelante,

contre le jugement JTDP/1432/2018 rendu le 7 novembre 2018 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.** Par courrier expédié le 16 novembre 2018, A_____ a annoncé appeler du jugement du 7 novembre 2018, dont les motifs lui seront notifiés le 11 janvier 2019, par lequel le tribunal de première instance l'a reconnue coupable de représentation de violence (art. 135 al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP -RS 311.0]), de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la loi sur les étrangers et l'intégration [LEI, nouvelle appellation dès le 1^{er} janvier 2019 ; anciennement : loi sur les étrangers, LEtr, étant précisé que la teneur des dispositions citées ci-après n'a pas été modifiée - RS 142.20]), ainsi que d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. c LEI) et l'a condamnée à une peine pécuniaire de 90 jours-amende à CHF 30.- avec sursis (délai d'épreuve : trois ans), ainsi qu'aux frais de procédure et ordonné la confiscation et la destruction du téléphone portable.
- b.** Par déclaration du 31 janvier 2019, A_____ conclut à son acquittement du chef de représentation de la violence et au prononcé d'une peine plus clémente.
- c.** Par acte expédié le 25 février 2019, le Ministère public forme appel joint et conclut au prononcé d'une peine pécuniaire de 150 jours-amende à CHF 30.-.
- d.** Selon l'ordonnance pénale du 4 mai 2018, il est reproché à A_____, d'avoir, à Genève :
- le 4 février 2018 entre 19h56 et 20h34, au moyen de son téléphone portable, distribué à trois reprises depuis son compte D_____ [réseau social] (1_____) une vidéo mettant en scène des actes violents commis sur des enfants ;
 - entre à tout le moins le 1^{er} janvier 2017 et le 21 mars 2018, séjourné et exercé une activité lucrative, en qualité de femme de ménage, sur le territoire suisse alors qu'elle était démunie des autorisations nécessaires.
- B.** Les faits encore pertinents à ce stade de la procédure sont les suivants :
- a.a.** Lors de son audition à la police, A_____ a reconnu avoir partagé la vidéo incriminée à trois reprises, sans savoir que c'était interdit. Cette vidéo était accompagnée d'un message demandant de la partager au maximum pour qu'elle parvienne à la police, de sorte qu'elle n'avait pas pensé mal faire, voulant au contraire contribuer à la découverte des auteurs. Elle avait trouvé triste et déplorable qu'un père "*fasse cela*" à son enfant et n'avait pas pu regarder la vidéo jusqu'à la fin. Elle regrettait son geste et avait désormais compris qu'il s'agissait d'une infraction. A_____ était très émue durant son audition.

Sur opposition à ordonnance pénale, elle a confirmé avoir agi sans savoir que c'était illicite, mais pensant aider la police et qu'elle ne l'aurait pas fait si elle avait alors su que cette dernière effectuait de toute façon une surveillance de ce genre de vidéos. Elle ignorait également qu'il était possible de signaler les contenus inappropriés sur D_____.

Sur question du premier juge, A_____ a réitéré qu'elle n'avait pas compris "*qu'il s'agissait de quelque chose d'illégal*" en regardant la vidéo, avant de déclarer sur nouvelle question qu'elle ne la montrerait pas à des inconnus dans la rue car ce n'était "*pas beau*", ajoutant qu'elle ne le ferait pas parce qu'elle comprenait que cela était illégal. Même au Brésil, elle ne le ferait pas car ce n'était pas permis.

a.b. A_____ a par ailleurs d'emblée admis faire du ménage auprès de huit foyers.

b. Deux témoins de moralité entendues par le tribunal ont expliqué avoir toute confiance en A_____ à qui elles confiaient la garde de leurs enfants.

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

b.a. Le Ministère public (MP) persiste dans ses conclusions en se référant aux faits constatés dans le jugement entrepris, soulignant qu'aucun élément au dossier ne justifiait de s'écarter de la peine requise dans l'ordonnance pénale du 4 mai 2018.

b.b. Aux termes de son mémoire d'appel, A_____ persiste également dans ses conclusions. Elle aurait dû être mise au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité découlant de l'art. 21 CP. Elle avait partagé la vidéo litigieuse pour des raisons louables, à savoir aider la justice, ce qu'on ne saurait lui reprocher. Sa situation personnelle devait également être prise en compte. Elle avait arrêté l'école à l'âge de 16 ans, au Brésil, et n'avait jamais entrepris de formation particulière, de sorte qu'elle n'avait pas développé un réel esprit critique. Elle était en état de choc depuis l'ouverture de la procédure pénale.

b.c. Le MP soutient dans son mémoire-réponse que A_____ avait conscience de l'illicéité de ses actes. Même sans connaissances juridiques et/ou technologiques particulières, elle avait reconnu qu'elle n'aurait jamais montré la vidéo litigieuse à des inconnus dans la rue car cela n'était pas permis. En outre, elle n'avait pas pu regarder la vidéo dans son intégralité, précisément en raison de la violence de son contenu. Elle l'avait diffusée sans chercher à se renseigner sur la possibilité de la signaler aux administrateurs de D_____ ou à la police. Son mobile n'était pas propre à la disculper, le moyen utilisé pour avertir la police étant parfaitement inapproprié, ce qu'elle ne pouvait ignorer. Indépendamment de son manque de formation, elle avait

pleinement conscience que la vidéo qu'elle diffusait comportait des actes de violence réprimés par la législation suisse.

b.d. Dans sa réplique, A_____ persiste dans ses griefs et conclusions.

- D.** A_____ est née le _____ 1962 à _____, au Brésil. Elle a suivi l'école obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans et n'a aucune autre formation. Elle est mariée et mère d'une fille, issue d'une précédente union, qui vit à Genève. Elle travaille comme femme de ménage et perçoit un salaire d'environ CHF 2'350.-. Son loyer est de CHF 1'000.- par mois. Elle souffre de problèmes de santé.

Selon l'extrait de son casier judiciaire, elle n'a pas d'antécédent.

- E.** M^e C_____, défenseur d'office de A_____, dépose un état de frais pour la procédure d'appel, comptabilisant, sous des libellés divers, 4h55 d'activité de chef d'étude.

EN DROIT :

- 1.** L'appel et l'appel joint sont recevables pour avoir été interjetés et motivés selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398, 399 et 400 du Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 [CPP ; RS 312.0]).

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.** Celui qui aura fabriqué, importé ou pris en dépôt, mis en circulation, promu, exposé, offert, montré, rendu accessibles ou mis à disposition des enregistrements sonores ou visuels, des images, d'autres objets ou des représentations qui illustrent avec insistance des actes de cruauté envers des êtres humains ou des animaux portant gravement atteinte à la dignité humaine, sans présenter aucune valeur d'ordre culturel ou scientifique digne de protection, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 135 CP).

2.2. 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 (art. 21 CP).

L'erreur sur l'illicéité vise ainsi 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.

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^{ère} phrase CP). En revanche, 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 p. 126) ou s'il a négligé de s'informer suffisamment alors qu'il savait qu'une réglementation juridique existait (ATF 120 IV 208 consid. 5b p. 215).

La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose ainsi 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 (arrêt du Tribunal fédéral 6B_526/2014 du 2 février 2015). Pour exclure l'erreur de droit, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit ou qu'il eût dû avoir ce sentiment.

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que seul celui qui avait des "raisons suffisantes de se croire en droit d'agir" pouvait être mis au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité. 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 p. 210 ; ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_403/2013 du 27 juin 2013 consid. 1.1).

Le caractère évitable de l'erreur doit être examiné en tenant compte des circonstances personnelles de l'auteur, telles que son degré de socialisation ou d'intégration (arrêt du Tribunal fédéral 6B_77/2019 du 11 février 2019 consid. 2.1., considérant non publié aux ATF 145 IV 17).

2.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que la diffusion de la vidéo litigieuse réalise les éléments constitutifs de l'art. 135 CP.

Reste à déterminer si l'appelante a agi de manière coupable au sens de l'art. 21 CP.

Elle a affirmé, de manière constante et convaincante, tant à la police que devant le MP, qu'elle ignorait l'illicéité de ses actes. Elle l'a d'ailleurs répété encore devant le premier juge et ce n'est que sur question, alors que son attention avait été attirée déjà lors des deux auditions précédentes sur ce caractère illicite, qu'elle a finalement déclaré qu'elle ne montrerait pas cette vidéo à des inconnus, que ce soit au Brésil ou en Suisse, car ce n'était "*pas beau*" et qu'elle se rendait compte que le simple fait de diffuser ce type d'images était prohibé.

L'appelante a indiqué qu'elle avait reçu la vidéo litigieuse accompagnée d'un message demandant de la diffuser un maximum afin qu'elle parvienne à la police pour que l'auteur soit démasqué, élément qui n'est pas contesté. Face à une telle injonction,

l'esprit critique d'une personne n'ayant entrepris aucune formation après l'âge de 16 ans doit être nuancé. On peut douter de ce qu'elle disposait des connaissances techniques lui permettant de signaler le contenu inapproprié directement au réseau social. L'appelante vivait en Suisse en situation irrégulière de sorte qu'elle n'était guère en mesure d'alerter la police sans risquer d'être expulsée. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir que compte tenu de ses circonstances personnelles, l'appelante ignorait qu'elle commettait une infraction, pensait avoir des raisons suffisantes d'agir et n'était pas en mesure d'éviter son erreur, de sorte qu'elle doit être mise au bénéfice d'une erreur de droit. On n'identifie au demeurant pas d'autre mobile que celui allégué.

L'appelante n'a dès lors pas agi de manière coupable au sens de l'art. 21 CP et sera acquittée du chef d'infraction à l'art. 135 CP.

L'appel sera admis sur ce point.

2.4. Par ailleurs, l'appelante ne conteste pas, à juste titre, sa culpabilité dûment établie pour les chefs d'infraction de séjour illégal et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation, punissables selon l'art. 115 al. 1 let. b et c LEI d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

- 3. 3.1.** 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).

3.2. Aux termes de l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la

peine de l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il ne peut toutefois excéder de plus de la moitié le maximum de la peine prévue pour cette infraction. Il est en outre lié par le maximum légal de chaque genre de peine.

L'exigence, pour appliquer l'art. 49 al. 1 CP, que les peines soient de même genre, implique que le juge examine, pour chaque infraction commise, la nature de la peine à prononcer pour chacune d'elle. Le prononcé d'une peine d'ensemble en application du principe de l'aggravation contenu à l'art. 49 CP n'est ensuite possible que si le juge choisit, dans le cas concret, le même genre de peine pour sanctionner chaque infraction commise. Que les dispositions pénales applicables prévoient abstraitement des peines de même genre ne suffit pas. Si les sanctions envisagées concrètement ne sont pas du même genre, elles doivent être prononcées cumulativement. La peine privative de liberté et la peine pécuniaire ne sont pas des sanctions du même genre (ATF 144 IV 313 consid. 1.1.1 p. 316).

3.3. Les nouvelles dispositions sur le droit des sanctions sont entrées en vigueur le 1er janvier 2018. Cette réforme marque globalement un durcissement. La peine pécuniaire est en particulier désormais limitée à 180 jours (art. 34 al. 1 CP).

A l'aune de l'art. 2 CP, cette réforme du droit des sanctions est moins favorable à la personne condamnée qui pourra ainsi revendiquer l'application du droit en vigueur au 31 décembre 2017 si les actes qu'elle a commis l'ont été sous l'empire de ce droit, comme c'est le cas en l'espèce.

L'ancien droit est donc applicable.

3.4. Conformément à l'art. 34 aCP, la peine pécuniaire est fixée en jours-amende dont le tribunal fixe le nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur (al. 1). Un jour-amende est 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).

La détermination du nombre de jours-amende est fonction de la culpabilité de l'auteur (première phase). Il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 47 CP, selon laquelle le tribunal, hormis la faute au sens étroit (art. 47 al. 2 CP), doit prendre en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (art. 47 al. 1 CP). Le nombre des jours-amende exprime la mesure de la peine.

3.5. L'art. 42 al. 1 CP dispose que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits.

3.6. En l'espèce, la faute de l'appelante ne peut être qualifiée de légère. Elle s'est affranchie des règles en matière de séjour en Suisse. Sa collaboration peut être qualifiée de bonne car elle a d'emblée admis vivre illégalement en Suisse depuis 11 ans et faire des ménages auprès de huit foyers différents. Elle n'a aucun antécédent. La période pénale retenue dans l'acte d'accusation est d'un peu plus d'une année et dès lors non négligeable.

Le séjour illégal justifie le prononcé d'une peine pécuniaire de 60 jours-amende.

A cette peine s'ajoutera une peine pécuniaire de 30 jours-amende pour tenir compte du concours avec l'infraction d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation, d'où une peine d'ensemble de 90 jours-amende.

Le montant du jour amende sera par ailleurs fixé à CHF 20.- afin de tenir compte de manière adéquate de la situation personnelle et économique de l'appelante.

Le sursis, au demeurant justifié, lui est acquis et le délai d'épreuve, qui n'est pas contesté explicitement, semble adéquat.

Le jugement de première instance sera réformé en conséquence.

4. 4.1.1. Selon l'art. 426 CPP, le prévenu supporte les frais de procédure s'il est condamné (al. 1). Lorsque la procédure fait l'objet d'une ordonnance de classement ou que le prévenu est acquitté, tout ou partie des frais de procédure peuvent être mis à sa charge s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci (al.2).

4.1.2. Les frais de première instance seront mis à la charge de l'appelante à raison de la moitié dans la mesure où elle est partiellement acquittée des faits initialement retenus contre elle.

4.2. L'appel ayant été admis, et l'appel joint rejeté, il ne sera pas perçu de frais (art. 428 CPP *a contrario*).

5. 5.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit (*cf.* art. 138 al. 1 CPP) est indemnisé conformément au tarif des avocats du canton du for du procès. L'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) dispose que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire de CHF 200.- pour le chef d'étude, débours de l'étude inclus (let. c). En cas d'assujettissement, l'équivalent de la TVA est versé en sus.

5.2 En l'occurrence, l'état de frais produit par le conseil de l'appelant paraît adéquat et conforme aux dispositions et principes qui précèdent, de sorte qu'il sera admis sans en reprendre le détail.

En conclusion, l'indemnité sera arrêtée à CHF 1'270.85 correspondant à 4h55 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 90.85.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A_____ et l'appel joint formé par le Ministère public contre le jugement JTDP/1432/2018 rendu le 7 novembre 2018 par le Tribunal de police dans la procédure P/3857/2018.

Admet l'appel et rejette l'appel joint.

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau:

Acquitte A_____ de représentation de la violence (art. 135 al. 1 CP).

Déclare A_____ coupable de séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b LEI) et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115 al. 1 let. c LEI).

Condamne A_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende.

Fixe le montant du jour-amende à CHF 20.-.

Met A_____ au bénéfice du sursis et fixe la durée du délai d'épreuve à 3 ans.

Avertit A_____ que si elle 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.

Ordonne la restitution à A_____, après destruction à ses frais du fichier litigieux, du téléphone portable figurant sous chiffre 1 de l'inventaire n° 2_____ du 21 mars 2018.

Fixe à CHF 3'726.40 l'indemnité de procédure due à M° C_____, défenseur d'office de A_____ pour la procédure de première instance.

Condamne A_____ à la moitié des frais de procédure de première instance, qui s'élèvent à CHF 1'471.-, y compris un émoluments de jugement de CHF 800.-, à savoir CHF 735.50.

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

Arrête à CHF 1'270.85, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e C_____, défenseur d'office de A_____ pour la procédure d'appel.

Notifie le présent arrêt aux parties.

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

Siégeant :

Madame Catherine GAVIN, présidente ; Mesdames Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE et Valérie LAUBER, juges.

La greffière :

Florence PEIRY

La présidente :

Catherine GAVIN

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).

P/3857/2018

ÉTAT DE FRAIS

AARP/268/2019

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 1'471.00

Condamne A_____ à ½ des frais de première instance, laisse le solde à la charge de l'Etat.

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

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 0.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 220.00

Procès-verbal (let. f) CHF 0.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 0.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 295.00

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

Total général (première instance + appel) : CHF 1'766.00