

COUR D'APPEL PENALE

Audience du 16 février 2021

Composition : Mme FONJALLAZ, présidente
Mme Rouleau et M. Maillard, juges
Greffière : Mme Vuagniaux

Parties à la présente cause :

X._____, prévenu et appelant, représenté par Me Robert Fox, défenseur
d'office à Lausanne,

et

MINISTERE PUBLIC, intimé, représenté par la Procureure de
l'arrondissement du Nord vaudois.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 19 août 2020, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a libéré X._____ des chefs de prévention d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (I), a constaté que X._____ s'était rendu coupable de tentative de pornographie et de pornographie (II), a condamné X._____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 30 fr. (III), a ordonné la confiscation et la destruction de l'ordinateur portable avec alimentation séquestré sous fiche n° 50411/18 (IV), a ordonné le maintien au dossier, à titre de pièce à conviction, du CD rapport complet logiciel Griffeye sous fiche n° 50412/18 (V), a arrêté l'indemnité de défenseur d'office allouée à l'avocat Robert Fox à 5'930 fr. 25, TVA et débours compris (VI), a dit que les frais de la cause, par 10'555 fr. 25, comprenant l'indemnité du défenseur d'office allouée sous chiffre VI, étaient mis par moitié à la charge de X._____, soit par 5'277 fr. 65, le solde étant laissé à charge de l'Etat (VII), et a dit que la moitié de l'indemnité de défense d'office allouée sous chiffre VI était remboursable à l'Etat de Vaud par le condamné dès que sa situation financière le permettrait (VIII).

B. Par annonce du 20 août 2020, puis déclaration motivée du 22 septembre 2020, X._____ a fait appel de ce jugement, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa libération de toute accusation, subsidiairement à la réforme du jugement attaqué en ce sens qu'il soit condamné à une peine pécuniaire fixée à dire de justice, avec sursis fixé à dire de justice, mais en tout cas pas supérieur à quatre ans.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1. X._____, de nationalité suisse, divorcé, est né le [...] 1957. Il a été élevé avec les deux filles du premier mariage de sa mère. Après sa

scolarité obligatoire, il a obtenu un CFC de ferblantier-couvreur et a travaillé dans ce domaine jusque dans les années nonante. Il a eu deux filles avec son ex-épouse, dont Z._____, née le [...] 1990. En raison de problèmes de dos, il a obtenu une demi-rente de l'assurance-invalidité, puis une rente complète dès 2001 ou 2002, laquelle s'élève actuellement à environ 3'200 fr. par mois. Mensuellement, il paie 1'050 fr. pour son loyer, charges comprises, et 160 fr. pour sa prime d'assurance-maladie, subside déduit. Il n'a pas de fortune ni d'autres revenus. Au 17 novembre 2017, le montant total des actes de défaut de biens délivrés à son encontre s'élevait à 215'374 fr. 80.

Le casier judiciaire suisse de X._____ est vierge. En 1999, il a été condamné à deux ans et demi de réclusion pour actes d'ordre sexuel avec des enfants et contrainte sexuelle (en l'occurrence sur sa nièce adolescente).

2. A Payerne, à tout le moins le 5 avril 2018, ainsi qu'entre début juin 2018 et le 3 juillet 2018, X._____ a téléchargé sur son ordinateur au moins 103 images à caractère pornographique impliquant des enfants de moins de seize ans, un grand nombre d'entre elles comprenant des actes sexuels effectifs avec des enfants. Il a également téléchargé et mis à disposition de tiers via un logiciel peer-to-peer à tout le moins une vidéo représentant la sodomie d'un garçonnet âgé de deux à quatre ans, selon le titre de dite vidéo. Enfin, il a tenté de télécharger via un logiciel peer-to-peer sept fichiers vidéo contenant des actes sexuels effectifs avec des enfants de moins de seize ans.

En droit :

1. Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 al. 1 et 399 CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]), contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), par une partie qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour (a) violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) constatation incomplète ou erronée des faits et (c) inopportunité (al. 3).

L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier ; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

3.

3.1 L'appelant conteste les faits qui lui sont reprochés. Il soutient qu'il ne sait pas de quelle manière les téléchargements incriminés ont pu se retrouver sur ses supports informatiques ni de quelle manière son adresse IP a pu être utilisée à but de téléchargement. En tout état de cause, il ne peut expliquer ces faits que par le phénomène selon lequel ces éléments pornographiques ont pu s'insinuer dans des téléchargements licites. Il conteste toute intention et volonté dans le téléchargement de ces images et vidéos.

3.2 Conformément à l'art. 197 al. 4 CP, quiconque fabrique, importe, prend en dépôt, met en circulation, promeut, expose, offre, montre, rend accessible, met à disposition, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine

privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.

Le législateur incrimine ainsi le fait d'obtenir, par voie électronique ou d'une autre manière, comme de posséder les objets décrits à l'art. 197 al. 1 CP. Le législateur vise ici le fait d'accéder à ce type de contenus sans téléchargement, soit la consommation sans possession (Dupuis et alii, Petit commentaire du Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, n. 34 ad art. 197 CP ; FF 2012 7096).

L'art. 197 al. 5 CP prévoit que quiconque consomme ou, pour sa propre consommation, fabrique, importe, prend en dépôt, acquiert, obtient par voie électronique ou d'une autre manière ou possède des objets ou représentations visés à l'al. 1, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des animaux, des actes de violence entre adultes ou des actes d'ordre sexuel non effectifs avec des mineurs, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Si les objets ou représentations ont pour contenu des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, la sanction est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Par mineur, on entend toute personne de moins de 18 ans (Dupuis et alii, op. cit., n. 29 ad art. 197 CP). L'interdiction de la pornographie dure sert au premier chef la protection des mineurs, mais protège aussi les adultes, dès lors qu'elle vise à empêcher l'effet corrompant (imitation) de tels actes sur le spectateur et indirectement à protéger les « acteurs » potentiels contre l'exploitation sexuelle, la violence et les traitements humiliants ou indignes (Dupuis et alii, op. cit., n. 4 ad art. 197 CP). L'art. 197 al. 5 CP punit la consommation en tant que telle, y compris la consommation sans possession via Internet (TF 6B_1260/2017 du 23 mai 2018 consid. 2.1).

L'infraction est intentionnelle, le dol éventuel suffit (Dupuis et alii, op. cit., n. 41 ad art. 197 CP). Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté ; l'auteur agit

déjà intentionnellement lorsqu'il tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12 al. 2 CP). Agit par négligence quiconque, par une imprévoyance coupable, commet un crime ou un délit sans se rendre compte des conséquences de son acte ou sans en tenir compte. L'imprévoyance est coupable quand l'auteur n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle (art. 12 al. 3 CP).

3.3 Dans le cas particulier, la procédure s'est déroulée en deux temps. Tout d'abord, le 19 juin 2017, Z. _____ a déposé plainte contre l'appelant (son père), le soupçonnant d'avoir commis des gestes d'ordre sexuel à l'encontre de son fils [...], né le [...] 2014. Le lendemain, la police a saisi le matériel informatique de l'appelant (un ordinateur et deux disques durs), mais n'a rien constaté d'illicite dans leur contenu. Mis en accusation par le Ministère public pour les infractions d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, le prévenu a été libéré par le Tribunal correctionnel de ces infractions au bénéfice du doute (jugement, p. 16). Dans un deuxième temps, le 24 avril 2018, l'Office fédéral de la police a signalé le comportement illégal d'un internaute (via l'adresse IP de l'appelant) utilisant le réseau peer-to-peer [...] et qui avait mis à disposition des autres utilisateurs de ce réseau, le 5 avril 2018, une vidéo de pornographie infantile. Dans le nouvel ordinateur que l'appelant s'était procuré, saisi le 3 juillet 2018 à son domicile, il a été découvert un fichier intitulé « [...] » qui listait les derniers titres téléchargés sur le logiciel [...] et dans lequel sept des noms recensés sur 41 étaient évocateurs de pédophilie ; le logiciel [...] avait été désinstallé et les fichiers vidéo évocateurs de pédophilie avaient été partiellement téléchargés. En outre, un logiciel avait permis de récupérer des images illicites dans le répertoire intitulé « I. _____ », à savoir 103 images de pornographie infantile effective (la plupart des enfants concernés étant âgés de moins de trois ans, voire d'une année) (P. 14).

L'appelant n'est absolument pas crédible lorsqu'il affirme que ces vidéos et fichiers se seraient retrouvés à son insu sur son ordinateur.

En effet, il a des compétences informatiques, ce qui ressort de ses propres déclarations, notamment de ses auditions des 3 juillet 2018 et 19 août 2020 (PV aud. 5 ; jugement, pp. 9-11), ainsi que des déclarations du témoin [...] : « X. _____ est un champion avec l'ordinateur et un dépanneur hors pair en électricité » (jugement, p. 4). Il savait que lorsqu'il laissait le logiciel [...] ouvert, le contenu des fichiers qu'il avait lui-même téléchargés était partagé avec des tiers (jugement, p. 11). Le prévenu était en outre le seul à avoir accès à cet ordinateur et à l'utiliser. Par ailleurs, il a créé sur cet ordinateur un dossier intitulé « 1. _____ » dans lequel 103 images de pédopornographie dure étaient classées. Non seulement ces clichés ont été présents sur le disque dur mais les répertoires où ils figuraient ont aussi été parcourus dans l'explorateur Windows. Il ne pouvait donc que savoir que ces images étaient sur son ordinateur et ce qu'elles représentaient. Les sept fichiers partiellement téléchargés l'ont été sur deux jours, soit les 14 et 15 juin 2018. Enfin, c'est le 5 avril 2018 que, depuis son adresse IP, une vidéo de pornographie infantile a été mise à disposition des autres utilisateurs du réseau [...]. Compte tenu du nombre d'images illicites téléchargées, de l'écoulement du temps entre la première activité illicite le 5 avril 2018 et celles des 14 et 15 avril 2018, et des compétences en informatique du prévenu, la thèse du piratage peut être exclue. C'est donc de manière intentionnelle que l'appelant a téléchargé, tenté de télécharger, mis à disposition et consommé des images et vidéos de pornographie dure.

L'infraction de pornographie dure selon les art. 197 al. 4 et 5 CP doit par conséquent être confirmée.

4.

4.1 L'appelant requiert que la peine pécuniaire, qu'il ne conteste pas dans sa quotité, soit assortie du sursis.

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

Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement de l'auteur. En l'absence de pronostic défavorable, il doit accorder le sursis. Celui-ci est ainsi la règle, dont le juge ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable ou hautement incertain (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.2). En d'autres termes, la loi présume l'existence d'un pronostic favorable et cette présomption doit être renversée pour exclure le sursis. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner le prévenu de commettre de nouvelles infractions doit être tranchée sur la base d'une appréciation d'ensemble, tenant compte des circonstances de l'infraction, des antécédents de l'auteur, de sa réputation et de sa situation personnelle au moment du jugement, notamment de l'état d'esprit qu'il manifeste. Le pronostic doit être posé sur la base de tous les éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère du prévenu et ses chances d'amendement (ATF 134 IV 1 consid. 4.2.1 ; TF 6B_805/2020 du 15 juillet 2020 consid. 2.2 ; TF 6B_317/2020 du 1^{er} juillet 2020 consid. 4.1). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière (ATF 145 IV 137 consid. 2.2 ; ATF 135 IV 180 consid. 2.1 ; ATF 134 IV 1 consid. 5.2 ; TF 6B_392/2016 du 10 novembre 2016).

4.3 En l'espèce, si certes, l'appelant n'a pas d'antécédents inscrits à son casier judiciaire, il n'en demeure pas moins qu'il persiste à feindre l'étonnement de manière éhontée et à nier les faits de manière crasse. La prise de conscience du caractère illicite de ses agissements est donc nulle. Son argument selon lequel il n'a plus accès à Internet est absurde tant il est aisé de se connecter ailleurs qu'à son domicile, dans l'espace public notamment. En outre, alors que son matériel informatique avait déjà été saisi une première fois parce que sa fille le soupçonnait d'avoir commis des actes d'ordre sexuel à l'encontre de son petit-fils, cela ne l'a pas empêché de se procurer un nouvel ordinateur et de commettre les actes incriminés. Cela démontre à quel point il se croit au-dessus des lois. Le pronostic quant au comportement futur de l'appelant étant ainsi clairement défavorable, la seule menace de sanction apparaît insuffisante pour emporter la conviction qu'il ne commettra plus de nouveaux crimes

ou délits. Le refus de l'octroi du sursis à la peine pécuniaire prononcée doit par conséquent être confirmé.

5. Il résulte de ce qui précède que l'appel de X. _____ doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

La liste d'opérations produite par Me Robert Fox, défenseur d'office de l'appelant, indiquant 2h30 d'activité est admise. Il faut y ajouter une heure pour l'audience d'appel. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a et 3 al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], par renvoi de l'art. 26b TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), le défraiement s'élève à 630 francs. S'y ajoutent 2 % pour les débours (art. 3bis RAJ par renvoi de l'art. 26b TFIP), une vacation à 120 fr. et 7,7 % de TVA sur le tout, de sorte que l'indemnité d'office s'élève au total à 821 fr. 30.

Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure d'appel, soit l'émolument de jugement par 1'390 fr. (art. 21 al. 1 et 2 TFIP) et l'indemnité du défenseur d'office de l'appelant par 821 fr. 30, soit au total 2'211 fr. 30, seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

L'appelant ne sera tenu de rembourser l'indemnité en faveur de son défenseur d'office que lorsque sa situation financière le permettra (art. 135 al. 4 let. a CPP).

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
statuant en application des art. 34, 47, 50, 69, 22 al. 1 ad 197 al. 4 et 5,
197 al. 4 et 5 CP et 398 ss CPP,
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. Le jugement rendu le 19 août 2020 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois est confirmé comme il suit :

« **I. Libère** X._____ du chef de prévention d'actes d'ordre sexuel avec des enfants et d'actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance.

II. Constate que X._____ s'est rendu coupable de tentative de pornographie et de pornographie.

III. Condamne X._____ à une peine pécuniaire de 90 (nonante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 30 (trente) francs.

IV. Ordonne la confiscation et la destruction de l'ordinateur portable HP avec alimentation séquestré sous fiche n° 50411/18.

V. Ordonne le maintien au dossier, à titre de pièce à conviction, du CD rapport complet logiciel [...] sous fiche n° 50412/18.

VI. Arrête l'indemnité de défenseur d'office allouée à l'avocat Robert Fox à 5'930 fr. 25 (cinq mille neuf cent trente francs et vingt-cinq centimes), TVA et débours compris.

VII. Dit que les frais de la cause s'élèvent à 10'555 fr. 25 (dix mille cinq cent cinquante-cinq francs et vingt-cinq centimes), montant comprenant l'indemnité du défenseur d'office allouée sous chiffre VI, les **met** par moitié à la charge de X._____, soit par 5'277 fr. 65 (cinq mille deux cent septante-sept francs et soixante-cinq centimes), et **laisse** le solde à charge de l'Etat.

VIII. Dit que la moitié de l'indemnité de défense d'office allouée sous chiffre VI est remboursable à l'Etat de Vaud

par le condamné dès que sa situation financière le permettra. »

- III.** Une indemnité de défenseur d'office pour la procédure d'appel d'un montant de 821 fr. 30, TVA et débours inclus, est allouée à Me Robert Fox.
- IV.** Les frais d'appel, par 2'211 fr. 30, y compris l'indemnité allouée au défenseur d'office sous chiffre III, sont mis à la charge de X._____.
- V.** X._____ ne sera tenu de rembourser à l'Etat le montant de l'indemnité en faveur de son défenseur d'office prévue au chiffre III que lorsque sa situation financière le permettra.
- VI.** Le jugement motivé est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 18 février 2021, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Robert Fox, avocat (pour X._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois,
- Mme la Procureure de l'arrondissement du Nord vaudois,
- Office fédéral de la police,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent jugement peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [loi sur l'organisation des autorités pénales du 19 mars 2010 ; RS 173.71]). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :