

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 2 juillet 2010

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. Battistolo et Winzap
Greffier : M. Ritter

Art. 43 al. 1, 47 CP; 411 let g, h et i, 415 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance à huis clos pour statuer sur le recours interjeté par J._____ contre le jugement rendu le 12 avril 2010 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte dans la cause dirigée contre le recourant.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 12 avril 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte a, notamment, condamné J._____, pour actes d'ordre sexuel avec une personne incapable de discernement ou de résistance et pornographie, à 18 mois de peine privative de liberté et au paiement des frais, par 26'418 fr. 95 (I), a dit que la peine est partiellement complémentaire à celle infligée le 14 mars 2007 (II) et a renoncé à révoquer le sursis accordé à J._____ le 14 mars 2007 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte, mais en a prolongé la durée de deux ans et demi, avec la règle de conduite qu'J._____ se soumette à un traitement psychiatrique, pour la durée que l'autorité d'exécution jugera nécessaire (III).

B. Ce jugement retient en substance ce qui suit, la cour de céans se référant pour le surplus à l'état de fait dans son intégralité :

1.a) L'accusé J._____, né en 1973, célibataire, rentier AI, effectue un stage dans un atelier de graphisme. Par jugement du 14 mars 2007, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte l'a condamné, pour pornographie, à une peine privative de liberté de 15 mois, avec sursis pendant cinq ans, à raison de faits s'étant déroulés entre 2003 et 2005. L'accusé avait alors été trouvé en possession de quelque 4'000 fichiers montrant des mineurs mêlés à des actes d'ordre sexuel et/ou des gros plans sur le sexe des mineurs, respectivement des mineurs dans des poses suggestives.

b) Un rapport d'expertise psychiatrique avait été déposé dans le cadre de cette procédure le 9 août 2006. Le diagnostic de trouble mixte de la personnalité avec des traits anti-sociaux et narcissiques organisé autour de l'axe pervers avait alors été posé. L'expert niait toute diminution de la responsabilité de l'expertisé et affirmait l'existence d'un risque de réitération.

L'accusé suit un traitement psychiatrique depuis l'automne 2006; il est ponctuel aux entretiens thérapeutiques. Le psychiatre traitant a établi des rapports à l'intention de l'Office d'exécution des peines. Il a été entendu aux débats le 13 mars 2009. Lors de sa déposition, protocolée, il a complété ses rapports. Il a en outre, les 20 mai et 9 décembre 2009, établi deux nouveaux avis écrits. Il a, à l'audience en particulier, fait état d'une évolution "peu favorable" et d'une grande difficulté du patient à se remettre en question; pour le reste, ses remises en questions apparaissent "peu consistantes" et "peu authentiques". De surcroît, le patient fait preuve d'une certaine "dissimulation" et se dépeint comme une victime dont on aurait abusé en profitant de sa dépression notamment.

c) En janvier 2004, l'accusé a fait la connaissance de W._____, née en 1989. L'intéressé étant photographe amateur, la jeune fille a posé pour lui, d'abord toute habillée et ensuite nue. En janvier 2006, elle a voulu goûter au LSD. L'accusé a dit pouvoir lui en procurer. A une date indéterminée, alors qu'elle se trouvait chez lui, il lui a offert une poudre bleue mélangée à du liquide, qu'elle a absorbée par voie buccale, après avoir déjà consommé passablement d'alcool. Elle a dit s'être retrouvée le lendemain nue dans le lit de l'accusé, sans conserver le moindre souvenir de la soirée passée avec lui, hormis le fait d'avoir senti son sexe en érection se frotter contre elle. Environ une semaine après ces faits, elle est à nouveau retournée chez l'accusé, qui lui a derechef offert de cette même poudre bleue. Après en avoir consommé, la jeune fille a perdu le contrôle d'elle-même. Dès lors, elle s'est mise à califourchon sur l'intéressé et a commencé à l'embrasser. Toutefois, réalisant ce qu'elle était en train de faire, elle s'en est allée.

W._____ a déposé plainte le 17 avril 2007.

Le tribunal correctionnel a retenu, s'agissant du premier complexe de faits, que l'accusé n'avait pas contraint la jeune fille à consommer des boissons alcoolisées. L'intéressé a soutenu qu'il n'avait

jamais été dans son intention de lui administrer du LSD ni toute autre substance prohibée. Bien plutôt, la poudre qu'il a admis avoir fabriquée et présentée à la jeune fille comme étant de la drogue provenait, selon lui, du pilage de bonbons à la menthe. Une fois évoqué le fait que les bonbons à la menthe sont d'ordinaire de couleur verte, l'accusé s'est rétracté pour ce qui est de ce dernier détail.

Ce n'est qu'après les faits, peu avant le dépôt de sa plainte, que W._____ a dit se souvenir de s'être réveillée le lendemain nue dans le lit de son hôte, ce dernier se trouvant derrière elle dans le lit, avec son sexe en érection et se frottant contre elle. Pour sa part, l'accusé a relevé que la jeune fille s'était effectivement endormie et qu'elle était donc inconsciente. Il l'avait alors, toujours selon lui, transportée dans son lit, s'était déshabillé et avait dévêtu la jeune fille à l'unique exception du string porté par cette dernière. Il se serait alors endormi paisiblement et en tout honneur à côté de son invitée, sur la personne de laquelle il a dit ne s'être livré à aucun acte illicite.

Une autre jeune fille, née en 1986, ayant aussi servi de modèle à l'accusé, a relevé que, généralement, la ou les jeunes modèles dormaient dans la chambre à coucher, tandis que l'intéressé dormait au salon. Elle a précisé que l'accusé lui avait confirmé "qu'il avait effectivement fait goûter du LSD à W._____ et que c'était un ami à lui qui lui avait fourni cette drogue". Elle a ajouté que l'accusé ne lui avait jamais dit avoir fait consommer des bonbons à son invitée en lui faisant croire qu'il s'agissait de drogue.

d) Un rapport d'expertise de médecine légale a été déposé le 5 octobre 2009 quant à la composition du breuvage en cause. Il est établi que, lors des faits qui lui sont reprochés, l'accusé s'était vu prescrire un médicament de couleur bleue, lequel pouvait, en outre, avoir favorisé les effets décrits par la plaignante. On ne sait cependant pas précisément quels médicaments il prenait effectivement à l'époque. De surcroît, les effets décrits par la jeune fille ne sont pas ceux du LSD, mais ne s'avèrent pas incompatibles avec ceux de GHB. Il n'est toutefois pas établi que

l'accusé eût possédé une telle drogue. Cela étant, les effets décrits par la plaignante peuvent aussi être dus à l'alcool.

e) A la suite de l'ouverture de la procédure, une visite domiciliaire a été effectuée chez l'accusé le 3 juin 2007. Ont alors été découverts des fichiers à caractère pornographique illicite, s'agissant notamment de pédophilie, ainsi que des CD où figuraient de nombreuses photos de jeunes filles nues, y compris certains clichés de caractère pornographique. Entendu, l'accusé a déclaré avoir, depuis le 14 mars 2007, continué à télécharger de la pornographie via la toile. Il a précisé qu'il n'avait cependant plus téléchargé d'images pédophiles dès fin mai ou début juin 2007. Pour le reste, il a fait valoir que, malgré le tri effectué, il avait par mégarde obtenu des fichiers de pornographie infantile. Le contenu de son ordinateur a d'emblée fait l'objet d'un rapport de police. Il n'a cependant pas été conservé. Un contrôle ultérieur des données informatique de l'accusé, effectué peu avant l'audience du tribunal correctionnel de février 2010, n'a révélé aucun contenu illicite.

A la requête du tribunal, le rapport de police a été enrichi d'un avis complémentaire établi le 1^{er} mars 2010 par l'inspecteur [...]. Il en ressort notamment que sept titres sur neuf retrouvés dans l'ordinateur de l'accusé contenaient des expressions à caractère pédophile comme "preteen", "pthc" et "12 yr old", vocables réputés connus des amateurs de pédophilie. Au surplus, 75 % des 54 fichiers contenaient des mots à caractère pédophile. Au vu des ces faits, l'inspecteur a affirmé que les constatations opérées, par l'ampleur du nombre de titres à connotation pédophile, ne correspondaient pas aux déclarations de l'accusé, selon lequel il était tombé sans le vouloir sur des fichiers pédophiles. En effet, le taux de 75 % dépasse de très loin la moyenne de 5 à 10 % de fichiers non désirés couramment charriés de manière aléatoire lors d'un tel téléchargement de masse.

2. Appréciant les faits de la cause, le tribunal correctionnel a considéré, s'agissant du second épisode faisant l'objet de la plainte de

W._____, que, faute pour les faits d'être établis, il n'apparaissait pas que l'accusé se fût conduit de manière pénalement répréhensible.

Pour ce qui est du premier complexe de faits, les premiers juges ont considéré que la composition de la mixture présentée par l'accusé à son invitée ne pouvait être établie. Il est en revanche, selon eux, avéré qu'il avait profité de l'inconscience de son invitée pour la déshabiller - ce que rien n'imposait - et pour dormir ensuite nu à ses côtés dans le même lit, ce que rien n'imposait non plus. Qui plus est, ce comportement a été qualifié d'"inédit", pour le motif que l'intéressé ne dormait d'habitude pas dans le même lit que les jeunes filles qui lui servaient de modèles de photos pornographiques, mais bien plutôt sur le canapé, son logement n'étant garni que d'un seul sommier. Au surplus, le tribunal correctionnel n'a pas jugé nécessaire d'épiloguer longuement sur le délai mis par la plaignante pour se manifester auprès de la police ni sur le moment auquel elle s'était souvenue de ce qui s'était passé. En effet, d'après les premiers juges, un laps de temps long après un semblable traumatisme n'étant pas inhabituel dans ce genre d'affaire, ce qui explique aussi que la jeune fille soit retournée chez l'accusé la semaine suivante. Enfin, l'accusé a admis que les photos qu'il prenait l'excitaient sexuellement et qu'il ne s'agissait donc pas seulement de simples clichés pris en quelque sorte dans un but exclusivement artistique. Dans ces conditions, la version de la plaignante a été tenue pour crédible. Ainsi, en frottant son sexe en érection contre sa victime en profitant de son absence de résistance, l'accusé s'était-il, de l'avis du tribunal correctionnel, rendu coupable d'actes d'ordre sexuel avec une personne incapable de discernement ou de résistance.

En ce qui concerne le téléchargement de fichiers pédophiles, le tribunal correctionnel a ajouté foi au rapport de l'inspecteur [...], spécialiste reconnu en matière de pornographie informatique. Il a considéré au surplus que l'argument de la défense selon lequel les images pédo-pornographiques avaient abouti sur l'ordinateur de l'accusé de manière aléatoire par l'effet d'un téléchargement massif était contredit par la propre assertion de l'intéressé, faite lors de son audition du 6 juin

2007, selon laquelle il ne téléchargeait dorénavant plus qu'une ou deux fois par mois. Aussi bien l'accusé s'était-il, toujours de l'avis du tribunal correctionnel, rendu coupable de pornographie.

3. Appréciant la culpabilité de l'accusé, les premiers juges ont tenu pour catastrophique l'impression donnée par l'intéressé aux débats. En effet, il s'était complu dans le déni de ses propres problèmes et dans le mensonge crasse pour ce qui concerne les actes commis au préjudice de la plaignante, même si celle-ci était alors déjà sexuellement majeure et s'était montrée trop familière avec lui. En ce qui concerne la pornographie, le caractère intensif du téléchargement a été pris en compte. Au surplus, la perpétration d'une infraction contre l'intégrité sexuelle montre, selon le tribunal correctionnel, que l'accusé, de consommateur, était devenu acteur. Enfin, les premiers juges ont, au vu des avis psychiatriques, considéré que l'accusé faisait preuve de déni et demeurait ainsi toujours potentiellement dangereux.

Le comportement réprimé par l'art. 191 CP étant antérieur au jugement du 14 mars 2007 et les autres actes illicites postérieurs à cette date, la peine à infliger a été tenue pour partiellement complémentaire à celle prononcée à l'époque. Le sursis a été exclu en raison du pronostic défavorable. En effet, l'accusé, récidiviste de pornographie pendant le délai d'épreuve, n'avait, selon la cour, tiré aucune leçon de sa première condamnation et était exposé à la réitération à dire de psychiatres. Au surplus, toujours selon les premiers juges, la détention favorisera la poursuite du traitement psychiatrique et éloignera l'accusé de la tentation du téléchargement compulsif.

C. En temps utile, J. _____ a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant principalement à sa nullité en ce sens qu'il est libéré de l'ensemble des chefs d'accusation retenus contre lui, respectivement que la cause est renvoyée à un tribunal de première instance d'un autre arrondissement que celui de La Côte pour nouvelle instruction et nouveau jugement.

Subsidiairement, il a conclu à la réforme du jugement en ce sens qu'il est condamné à une peine pécuniaire n'excédant pas trois mois, le sursis accordé le 14 mars 2007 n'étant ni révoqué ni prolongé.

Dans son préavis, le Ministère public a conclu au rejet du recours.

En droit :

1. Le recours est principalement en nullité, subsidiairement en réforme. La cour de céans détermine librement l'ordre d'examen des moyens invoqués (Besse-Matile/Abrevanel, Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois, *in* JT 1989 III 98, spéc. 99; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, *in* JT 1996 III 66, spéc. 107; Bovay/Dupuis/Monnier/Moreillon/Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, 3e éd., Lausanne 2008, n. 1.4 ad art. 411 CPP).

En l'espèce, il convient d'examiner en premier lieu les moyens de nullité, ceux-ci pouvant, en particulier, faire apparaître des doutes sur l'existence des faits admis et importants pour le jugement de la cause (art. 411 let. i CPP), éventualité qui n'est en principe plus examinée dans le cadre du recours en réforme.

2.a) Le recourant fait d'abord grief aux premiers juges d'avoir retenu que la plaignante était inconsciente, qu'elle était nue dans son lit et qu'il l'était également, à ses côtés. En reprochant au tribunal correctionnel d'avoir ajouté foi aux dires de la victime, le recourant oublie cependant qu'il avait lui-même admis que la plaignante s'était effectivement endormie et qu'elle était donc inconsciente après avoir consommé de l'alcool; de même, il avait reconnu l'avoir alors transportée dans son lit, s'être déshabillé et avoir dévêtu la jeune fille à l'unique exception du string porté par cette dernière, même s'il a dit ne s'être livré à aucun acte

illicite à son préjudice. Le recourant ne conteste pas ces aveux. En plaidant à leur encontre en deuxième instance, il tente ainsi d'opposer sa nouvelle version des faits à celle retenue par le jugement, ce qu'il ne peut faire. Dans cette mesure, l'argumentation du recours est purement appellatoire et doit, partant, être écartée.

b) Cela étant, il doit être entré en matière sur les moyens de nullité valablement articulés.

Le recourant voit un motif de nullité dans le fait que le jugement retient, contrairement aux dires de l'accusé, que la victime ne portait plus même son string le lendemain matin des faits, d'une part, et qu'il avait frotté son sexe en érection sur elle, d'autre part. Sur les deux points en question, les premiers juges ont procédé à une pesée soignée des versions contradictoires de la plaignante et de l'accusé. Ils ont ajouté foi aux dires de celle-là pour les motifs que rien n'imposait de déshabiller la plaignante ni de dormir ensuite nu à ses côtés dans le même lit; que ce comportement était "inédit" envers les jeunes modèles que l'accusé accueillait chez lui; que le délai mis par la plaignante pour se manifester auprès de la police et le moment auquel elle s'était souvenue de ce qui s'était passé n'étaient pas insolites de la part de la victime d'une agression à l'intégrité sexuelle, ce qui explique aussi que la jeune fille soit retournée chez l'accusé la semaine suivante; qu'enfin, l'accusé avait admis que les photos qu'il prenait l'excitaient sexuellement et qu'il ne s'agissait donc pas seulement de simples clichés à vocation exclusivement artistique.

Cette motivation est cohérente. Elle n'est infirmée par aucun élément du dossier. Le recourant excipe en particulier d'un sms que lui avait envoyé la victime le 31 janvier 2007, soit quelques semaines avant le dépôt de la plainte seulement, message dont le ton incontestablement amical infirme, selon lui, les reproches ultérieurs de son auteur. Cet élément figure en effet au dossier. La plaignante a toutefois expliqué qu'elle avait envoyé ce message alors qu'elle souhaitait renouer avec l'intéressé pour en savoir plus sur le complexe de faits en cause. Quoi qu'il en soit, ici encore, le recourant se limite à plaider à nouveau les faits au

bénéfice du doute en sa faveur, ce qu'il ne peut faire. Du surcroît, l'élément matériel dont il excipe ne figure pas dans le jugement, mais uniquement dans les procès-verbaux d'auditions.

Or, en procédure pénale vaudoise, l'instruction principale faite aux débats est orale, de sorte que les déclarations qui y sont émises ne sont pas verbalisées. Le résultat de l'administration des preuves ne figure ainsi que dans l'état de fait du jugement. Toute référence aux procès-verbaux enregistrés durant l'enquête est sans pertinence après le jugement, puisqu'on ignore ce qui a pu être déclaré aux débats par les personnes déjà entendues dans l'enquête (Bersier, op. cit., p. 80; Bovay et alii, op. cit., n. 10.12 et 11.5 ad art. 411 CPP).

c) Pour ce qui des téléchargements de fichiers pédopornographiques, le recourant amalgame des moyens déduits de l'art. 411 let. g, h et i CPP. On peut donc douter de leur recevabilité. Quoi qu'il en soit, reprochant toujours au tribunal correctionnel "une violation conjuguée des lettres g, h et i de l'art. 411 CPP", il fait valoir que c'est à tort qu'il a été condamné alors même que la police n'avait conservé aucun élément de preuve sur support numérique, pour se limiter à établir un rapport synthétique portant sur le contenu de l'ordinateur qu'il détenait.

Ce moyen méconnaît l'aveu partiel du recourant, qui a prétendu avoir téléchargé des fichiers illicites à son insu, au cours de téléchargement de données licites. Ce faisant, le recourant a admis tant le téléchargement de masse de fichiers pornographiques licites que la présence de fichiers illicites dans son ordinateur. Or, des traces de fichiers illicites, voire même, en leur absence, des informations du fournisseur d'accès mettant en évidence des téléchargements de tels fichiers peuvent déjà fonder une condamnation (BJP 2009 p. 13).

La conviction des premiers juges ne se fonde pas moins sur un faisceau d'indices convergents que n'infirmes pas le fait que l'ordinateur n'ait, initialement, pas été saisi. En effet, le jugement relève que sept titres sur neuf et 75 % des 54 fichiers retrouvés dans l'ordinateur de

l'accusé contenaient des expressions à caractère pédophile, d'une part, et que les constatations opérées, par l'ampleur du nombre de titres à connotation pédophile, ne correspondaient pas aux déclarations de l'accusé, selon lequel il était tombé sans le vouloir sur des fichiers

pédophiles, dès lors que le taux de 75 % dépassait de très loin la moyenne de 5 à 10 % de fichiers non désirés couramment charriés lors d'un tel téléchargement de masse, d'autre part. Les données informatiques, même non conservées, ont été analysées à satisfaction en cours d'enquête. L'appréciation des faits ci-dessus émane d'un inspecteur dont les compétences en matière de pornographie numérique sont reconnues. Complète et cohérente, la motivation du jugement suffit à fonder la conviction même en l'absence de tout support informatique versé au dossier.

En définitive, l'état de fait du jugement n'est en rien entaché d'arbitraire, de lacunes ni de contradictions. Le recours en nullité doit donc être rejeté.

3. Sous l'angle de la réforme, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (cf. l'art. 447 al. 1 CPP). La cour de cassation ne peut cependant aller au-delà des conclusions du recourant; elle est liée en outre par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, qu'elle rectifie d'office (art. 447 al. 2, 1^{ère} et 2^e phrases, CPP), ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (JT 1989 III 105). Il a été vu, sous l'angle de la nullité, que de telles inadvertances ne sont pas données en l'espèce, pas plus que l'état de fait n'a à être complété.

3.1 Le recourant conteste d'abord la quotité de la peine privative de liberté, qu'il tient pour arbitrairement sévère.

a) Selon l'art. 47 al. 1 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. Selon l'al. 2 de cette disposition, 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.

b) L'art. 47 CP confère au juge un large pouvoir d'appréciation, de sorte que la Cour de cassation, qui ne fonctionne pas comme une juridiction d'appel, n'admettra un recours en réforme sur la quotité de la peine que si la sanction a été fixée en dehors du cadre légal, si elle est fondée sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, si des éléments d'appréciation prévus par cette disposition n'ont pas été pris en compte ou enfin si la sanction apparaît exagérément sévère ou clémente au point que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 415 al. 3 CPP; Bovay et alii, op. cit., n. 1.4 ad art. 415 CPP; ATF 127 IV 101, c. 2c; ATF 122 IV 156, c. 3b; ATF 116 IV 288, c. 2b).

L'art. 47 al. 1 CP reprend les critères des antécédents et de la situation personnelle consacrés par l'art. 63 aCP, tout en leur ajoutant la nécessité de prendre en considération l'effet de la peine sur l'avenir du condamné. S'agissant de ce dernier élément, le Message précise que le juge n'est pas contraint d'infliger la peine correspondant à la culpabilité de l'auteur s'il y a lieu de prévoir qu'une peine plus clémente suffira à le détourner de commettre d'autres infractions (FF 1999 II 1866). Cet aspect de prévention spéciale ne permet toutefois que des corrections marginales. Il ne saurait l'emporter sur l'appréciation de la culpabilité du délinquant, l'effet de la peine devant toujours rester proportionné à la faute. L'art. 47 al. 2 CP codifie la jurisprudence rendue en vertu de l'art. 63 aCP (cf. not. ATF 129 IV 6, c. 6.1; ATF 127 IV 101, c. 2a; ATF 118 IV 21, c. 2b; cf. aussi notamment TF 6B_207/2007 du 6 septembre 2007).

3.2 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que la culpabilité du recourant était lourde. En effet, il se complait dans le déni de ses propres problèmes et dans le mensonge crasse pour ce qui concerne les actes commis au préjudice de la plaignante; en ce qui concerne la pornographie, le caractère intensif du téléchargement a été pris en compte. Au surplus, la perpétration d'une infraction contre l'intégrité sexuelle montre, toujours selon le tribunal correctionnel, que l'accusé, de consommateur, était

devenu acteur. Les premiers juges ne lui ont trouvé aucune circonstance explicitement à décharge, hormis l'absence de tout contenu illicite dans son ordinateur constatée lors de la dernière visite domiciliaire. Ces éléments sont conformes à l'art. 47 CP. Aucune circonstance déterminante à l'aune de cette disposition n'a été omise. La responsabilité pénale de l'accusé est entière. La peine prononcée se situe dans le cadre légal.

Cela étant, la particularité de la cause est que l'atteinte à l'intégrité sexuelle commise en janvier 2006 est *antérieure* à la précédente condamnation, prononcée le 14 mars 2007.

3.3 Lorsque le juge est en présence de deux infractions, dont l'une a été commise avant une précédente condamnation et l'autre après celle-ci, il y a, d'une part, un concours rétrospectif et, d'autre part, une infraction nouvelle, qui font l'objet du même jugement. La doctrine et la jurisprudence parlent de concours rétrospectif partiel. L'art. 68 aCP laissait dans l'ombre la question de la nature de la peine à fixer. Selon la jurisprudence, il convenait de fixer une peine d'ensemble (ATF 127 IV 106; 116 IV 14). Lors de la révision de la partie générale du code pénal, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé de compléter l'art. 49 nCP et de réglementer également le concours rétrospectif partiel. Devant la difficulté de fixer la jurisprudence dans la loi, elle a renoncé à cette disposition (Ackermann, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2 éd., 2007, art. 49, n. 79). La jurisprudence rendue sous l'ancien art. 68 CP à propos du concours rétrospectif partiel garde son actualité (cf. Ackermann, op. cit., art. 49, n. 76 ss). Lorsque le juge est en présence de deux infractions dont l'une a été commise avant une précédente condamnation et l'autre après celle-ci, il faut donc procéder comme suit pour fixer la peine :

D'abord, il faut déterminer l'infraction pour laquelle la loi prévoit la peine la plus grave, puis évaluer la sanction qu'elle mérite dans le cas concret. Il faut ensuite l'augmenter en fonction de la peine évaluée pour l'autre infraction à juger. L'élément de la peine d'ensemble relatif à l'acte en concours rétrospectif sera déterminé comme une peine

additionnelle. Cette méthode permet d'appliquer l'art. 49 al. 1 CP sans négliger l'art. 49 al. 2 CP. Sur le plan formel, la sanction est toujours une peine d'ensemble mais, sur celui de sa quotité, il est tenu compte du concours rétrospectif (ATF 127 IV 196, c. 2 p. 107; 116 IV 14, c. 2b p. 17 et les références citées).

Face à plusieurs condamnations antérieures, la démarche est la même. Il faut cependant rattacher chacune des infractions anciennes à la condamnation qui suit la commission de l'acte délictueux; en effet, un jugement pénal doit en principe sanctionner tous les actes répréhensibles commis avant son prononcé; cela est corroboré par l'institution de la peine additionnelle, dont il résulte que le juge qui prononce la seconde condamnation doit toujours tenir compte de la première, si l'acte découvert précédait celle-ci. Le rattachement des actes anciens à la condamnation qui les suit permet de former des groupes d'infractions. Pour fixer la peine d'ensemble, on recherche l'infraction (ou le groupe d'infractions) la plus grave. On en détermine la peine qui servira de base; à celle-ci viennent s'ajouter les peines relatives aux autres groupes; pour celles qui concernent les groupes d'infractions anciennes, on les évalue comme des peines additionnelles (TF 6S.848/1998, du 10 septembre 1999, c. 1c/cc; ATF 116 IV 14, c. 2c p. 17 s.). Les peines additionnelles ne sont ensuite pas cumulées, mais «absorbées» (Ackermann, op. cit., art. 49, n. 79; Rehberg/Flachsmann/Kaiser, Tafeln zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3e éd., Tafel 87, p. 142 ; TF 6B_28/2008 du 10 avril 2008; Roth/Moreillon [éd.], Commentaire romand, Bâle 2009, ad art. 49 CP, note 92 et ss).

3.4 En l'espèce, il y a lieu d'examiner séparément l'infraction à rattacher à la peine précédente. La première infraction, perpétrée, comme déjà relevé, en janvier 2006, est la plus lourdement réprimée des deux infractions ici en cause, à savoir par une peine privative de liberté de dix ans au plus (art. 191 CP). Les motifs des premiers juges quant à l'étendue de la culpabilité à l'aune de l'art. 47 CP au regard de cette infraction peuvent sans autre être adoptés (cf. c. 3.2 ci-dessus). La faute est donc lourde. Elle justifie à elle seule une peine privative de liberté non inférieure à 15 mois, ce d'autant que l'infraction avait été commise durant la

première enquête ouverte pour pédo-pornographie, laquelle avait abouti à la condamnation prononcée le 14 mars 2007. Dans ce premier jugement, l'appréciation de la culpabilité avait été fondée sur la quantité très importante des téléchargements opérés entre 2003 et 2005, ainsi que sur le stockage volontairement massif de données illicites par l'accusé. S'il avait, à l'époque, été saisi de l'*ensemble* des faits, le tribunal correctionnel aurait pu prononcer une peine privative de liberté de 30 mois. Vu sa quotité, une telle peine n'aurait, au mieux, pu être assortie que du sursis partiel.

Cela étant, il faut déterminer la peine supplémentaire réprimant *séparément* les nouveaux actes de pornographie. Il s'agit d'infractions commises en état de récidive spéciale, le recourant ayant spécifiquement voulu derechef accéder à de la pédo-pornographie et télécharger les fichiers illicites, ce en faisant usage de clés de recherche informatiques connues des amateurs du genre. Vu la gravité de ces nouveaux faits, une peine privative de liberté de trois mois s'avère un minimum.

La peine complémentaire doit donc s'élever à 18 mois, soit 33 mois au total dont à déduire la durée de 15 mois de la peine privative de liberté prononcée le 14 mars 2007. Telle est bien la quotité retenue par les premiers juges.

4. Le recourant fait enfin valoir que la peine aurait dû être assortie du sursis.

4.1a) L'art. 42 al. 1 CP prévoit que le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits. Il découle de l'art. 42 al. 2 CP que le sursis total est exclu sauf circonstances particulièrement favorables si, durant les cinq ans qui ont précédé l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté de six mois au moins.

Aux termes de l'art. 43 al. 1 CP, le juge peut suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus afin de tenir compte de façon appropriée de la faute.

b) Sur le plan subjectif, le juge doit poser, pour l'octroi du sursis, un pronostic quant au comportement futur de l'auteur. La question de savoir si le sursis serait de nature à détourner l'accusé 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 de l'accusé et ses chances d'amendement. Il n'est pas admissible d'accorder un poids particulier à certains critères et d'en négliger d'autres qui sont pertinents. Le juge doit par ailleurs motiver sa décision de manière suffisante (cf. art. 50 CP); sa motivation doit permettre de vérifier s'il a été tenu compte de tous les éléments pertinents et comment ils ont été appréciés (cf. ATF 134 IV 1, c. 4.2.1; TF 6B_648/2007 du 11 avril 2008, c. 3.2).

Le nouveau droit pose des exigences moins élevées quant au pronostic pour l'octroi du sursis. Auparavant, il fallait que le pronostic soit favorable. Désormais, il suffit qu'il n'y ait pas de pronostic défavorable. Le sursis est désormais la règle dont on ne peut s'écarter qu'en présence d'un pronostic défavorable. Il prime en cas d'incertitude (cf. arrêt publié précité, c. 4.2.2; arrêt non publié précité, *ibid.*).

Parmi les critères essentiels à l'établissement du pronostic, on doit citer les antécédents pénaux, le risque de récidive qui se fonde sur les antécédents, la socialisation ou le comportement au travail de l'auteur; la prise de conscience de la faute par l'auteur est également déterminante (Roth/Moreillon [éd.], *op. cit.*, n. 17 ad art. 42 CP, p. 438). A cet égard, la prise de conscience de sa faute par l'auteur doit permettre d'augurer d'un

changement d'attitude face à ses actes (Tribunal fédéral, arrêt du 23 juillet 2007, 6B_171/2007, c. 4).

Pour poser le pronostic, le juge de répression dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a toutefois violation du droit fédéral si la décision attaquée repose sur des considérations étrangères à la disposition applicable, si elle ne prend pas en compte les critères découlant de celle-ci ou si le juge s'est montré à ce point sévère ou clément que l'on doit parler d'un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 119 IV 195, c. 3b et les arrêts cités).

Les circonstances particulièrement favorables au sens de l'art. 42 al. 2 CP sont celles qui empêchent que l'infraction antérieure ne détériore le pronostic (cf. FF 1999 II p. 1855). Autrement dit, il s'agit de déterminer s'il existe des circonstances si favorables qu'elles compensent tout au moins la crainte résultant de l'indice défavorable constitué par l'antécédent. Tel peut être le cas lorsque les faits les plus récents n'ont aucun rapport avec le jugement antérieur ou encore en cas de modification particulièrement positive dans la vie de l'auteur (TF 6B.433/2007 du 11 février 2008, c. 3.2; TF 6B.43/2007 du 12 novembre 2007, c. 3.4).

4.2 Le total des deux peines, par 33 mois, n'étant pas supérieur à 36 mois, le sursis partiel n'est pas exclu par principe, même si le sursis ordinaire l'est.

Cela étant, les faits de la cause permettent de poser un pronostic, qui plus est défavorable. En effet, l'accusé fait preuve de déni et demeure ainsi toujours potentiellement dangereux. De surcroît, récidiviste pendant le délai d'épreuve et pour le même type d'infractions, il n'a tiré aucune leçon de sa première condamnation et reste exposé à la réitération selon les avis psychiatriques. Qui plus est, les perspectives d'amélioration s'avèrent incertaines voire mauvaises au vu de l'attitude à certains égards rénitente de l'intéressé envers son psychiatre et de la laborieuse avancée de sa thérapie. Sa prise de conscience est donc faible.

Or, c'est précisément le critère de la dangerosité qui est déterminant sous l'angle du sursis (Roth/Moreillon [éd.], op. cit., n. 17 ad art. 42 CP, précitée). Ces motifs excluent le sursis. Compte tenu de leur poids, le fait, en lui-même incontestablement favorable, que le recourant soit intégré professionnellement par l'accomplissement d'un stage n'est pas déterminant, pas plus que l'absence de récidive (spéciale) au terme de la seconde enquête. Avec les premiers juges, on peut tout au plus admettre, en revanche, que l'exécution d'une peine privative de liberté rende superflue la révocation du sursis précédent.

Il s'ensuit que le recours en réforme doit être rejeté à l'instar du recours en nullité.

5. En conclusion, le recours doit être rejeté en application de l'art. 431 al. 2 CPP et le jugement confirmé.

Vu l'issue du recours, les frais de deuxième instance, plus l'indemnité allouée à son défenseur d'office, par 1'355 fr. 75, TVA comprise, sont mis à la charge du recourant (art. 450 al. 1 CPP). Le remboursement à l'Etat de l'indemnité due au défenseur d'office sera exigible pour autant que la situation économique du recourant se soit améliorée (ATF 135 I 91, c. 2.4, spéc. 2.4.3).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant à huis clos
en application de l'art. 431 al. 2 CPP,
p r o n o n c e :

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais de deuxième instance, par 3'565 fr. 75 (trois mille cinq cent soixante-cinq francs et septante-cinq centimes), y

compris l'indemnité allouée à son défenseur d'office, par 1'355 fr. 75 (mille trois cent cinquante cinq francs et septante-cinq centimes), sont mis à la charge du recourant J._____.

IV. Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au ch. III ci-dessus sera exigible pour autant la situation économique d'J._____ se soit améliorée.

Le président :

Le greffier :

Du 6 juillet 2010

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué au recourant et aux autres intéressés.

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Gilles Monnier, avocat (pour J._____),
- Me Irène Wettstein Martin, avocate (pour W._____),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Office d'exécution des peines,
- Office fédéral de la police,
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de La Côte,
- M. le Juge d'instruction cantonal,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :