

COUR DE CASSATION PENALE

Séance du 2 mai 2011

Présidence de M CREUX, président
Juges : M. Battistolo et Mme Favrod
Greffière : Mme Trachsel

Art. 44 al. 1 CP, 47 al. 2 CP, 197 ch. 3 CP et 157 al. 1 CPP

La Cour de cassation pénale prend séance en audience publique pour statuer sur le recours interjeté par le **MINISTERE PUBLIC** et sur le recours joint interjeté par T._____ contre le jugement rendu le 9 décembre 2010 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne dans la cause concernant ce dernier.

Cité à comparaître en application de l'art. 438 al. 1 CPP (Code de procédure pénale vaudoise du 12 décembre 1967, RSV 312.01), T._____ se présente. Il est assisté de son avocat, Me Philippe Rossy, à Lausanne, qui, se référant d'entrée de cause à son courrier du 29 avril 2011, ne souhaite pas s'exprimer.

Elle considère :

En fait :

A. Par jugement du 9 décembre 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne, a, notamment constaté que T. _____ s'était rendu coupable de pornographie (I), l'a condamné à une peine de 60 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 500 fr. (II), a suspendu l'exécution de la peine et fixé à T. _____ un délai d'épreuve de 2 ans (III), subordonné le maintien du sursis à l'obligation pour T. _____ de poursuivre sa prise en charge thérapeutique (IV), et mis à la charge du condamné l'intégralité des frais de la cause arrêtés à 16'578 fr. 40 (VII).

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 :

T. _____ est né le 3 mai 1970. Originaire de Lausanne, il a suivi durant quatre ans une école d'informatique et de gestion, sans obtenir de diplôme. Il travaille en qualité de vendeur en produits informatiques depuis 2002. L'accusé, célibataire, n'a aucune charge de famille et perçoit un revenu annuel de 120'000 fr. et déclare une fortune de 140'000 francs. Il n'a pas de dettes.

Les renseignements obtenus sur l'accusé, qui n'a jamais été condamné, sont dans l'ensemble favorables.

2. Dans le cadre de la présente affaire, l'accusé a été soumis à une expertise psychiatrique. Les experts ont conclu que la faculté de l'accusé d'apprécier le caractère illicite de ses actes et celle de se déterminer d'après cette appréciation étaient intactes au moment des faits reprochés. Les experts relèvent que l'accusé a de la peine à se poser en tant qu'acteur des faits reprochés et à reconnaître sa part de responsabilité, se présentant plutôt comme une victime passive des services et des outils informatiques et que, partant, le risque de récurrence d'actes de même nature que ceux reprochés dans la présente affaire est présent.

3. L'accusé reconnaît les faits qui lui sont reprochés ; il conteste toutefois avoir mis en circulation sur internet des fichiers pornographiques et avoir favorisé leur diffusion. Les faits sont en substance les suivants :

Depuis son domicile lausannois, entre l'année 2006 et la fin du mois de mars 2009 à tout le moins, il a téléchargé en masse au moyen de l'outil "e-mule" des dizaines de milliers d'images pornographiques. Certaines d'entre elles contenaient principalement de la pornographie infantile et plus subsidiairement de la zoophilie et de l'urolagnie. Il les a mises à disposition sur le net, permettant ainsi à n'importe quel autre internaute intéressé par le même genre de fichiers de se les procurer sur sa propre bibliothèque.

4. Au stade de la fixation de la peine, les premiers juges ont considéré que même si l'accusé n'avait jamais été condamné, sa culpabilité était loin d'être négligeable, la durée de son activité illégale et l'impressionnante collection de fichiers à caractère pornographique ou pédophile montrant qu'il s'était installé dans ce type de délinquance qui n'a pris fin que par l'intervention de la police. Le tribunal l'a donc sanctionné sous forme de jours-amende, soit 60 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 500 fr., et lui a octroyé le sursis, le délai d'épreuve étant fixé à 2 ans et le maintien du sursis étant subordonné à l'obligation pour l'accusé de poursuivre sa prise en charge thérapeutique telle qu'il l'avait initiée de son propre chef en octobre 2010. Il a mis l'intégralité des frais de la cause, soit 16'578 fr. 40, à sa charge.

C. En temps utile, le Ministère public a recouru contre le jugement précité. Dans le délai imparti à cet effet, il a déposé un mémoire concluant à sa réforme en ce sens que T._____ est condamné à une peine privative de liberté de quinze mois, avec sursis, le délai d'épreuve étant porté à quatre ans.

T._____ a conclu le 28 février 2011 au rejet du recours du Ministère public et il a interjeté un recours joint, concluant à la réforme du

jugement attaqué en ce sens qu'il n'est plus condamné qu'en application de l'art. 197 al. 3bis CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0), et à ce qu'une peine inférieure à 60 jours-amende l'unité soit prononcée, les frais étant réduits de 16'578 fr. 40 à 1'000 fr., subsidiairement réduits dans une mesure fixée à dire de justice.

Le Ministère public a renoncé, par courrier du 23 mars 2011, à déposer un préavis.

En droit :

1. Le recours du Ministère public et le recours joint de T. _____ sont en réforme exclusivement. En pareil cas, la cour de céans examine librement les questions de droit sans être limitée aux moyens que les parties invoquent (art. 447 al. 1 CPP-VD [Code de procédure pénale vaudoise du 12 septembre 1967, RSV 312.01]). Elle est cependant liée par les faits constatés dans le jugement attaqué, sous réserve des inadvertances manifestes, inexistantes en l'espèce, qu'elle rectifie d'office, ou d'éventuels compléments qui ressortiraient des pièces du dossier (art. 447 al. 2 CPP-VD ; Bersier, Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise, in JT 1996 III 66 ss, spéc. pp. 70 s., ch. 8).

Il convient d'examiner tout d'abord les infractions retenues à la charge de T. _____.

2. L'accusé affirme, en bref, que c'est à tort que les premiers juges ont retenu qu'il a mis à disposition d'autres internautes de la pornographie sur le réseau, que son vice est solitaire et que, dans son recours, le Ministère public fonde son argumentation uniquement sur la quantité d'images téléchargées.

2.1 Conformément à l'art. 197 ch. 3 CP, 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 accessible 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.

La fabrication au sens de l'art. 197 ch. 3 CP signifie la confection d'œuvres pornographiques visées par cette disposition. Le fabricant est d'abord celui qui produit un exemplaire original de telles œuvres, par exemple en filmant ou photographiant des scènes à caractère sexuel. Mais on se trouve également en présence d'un acte de fabrication lorsque, sur la base de matériel de ce genre, sont créées d'autres œuvres de contenu identique, par exemple par simple duplication, copie et/ou reproduction, ou par des interventions sur le matériel préexistant, telles que des agrandissements, ou d'autres modifications matérielles de l'image, des collages, etc. (ATF 128 IV 25 c. 3b, JT 2004 IV 17, SJ 2002 I 236).

Selon la jurisprudence, le stockage électronique d'une œuvre, effectué en vue d'une certaine durée, sur le disque dur d'un ordinateur personnel, une disquette, un CD-ROM, un DVD ou sur d'autres supports de données, est un acte de fabrication, exactement comme le fait de scanner et d'enregistrer des images. Cela vaut aussi pour le "downloading", c'est-à-dire le fait d'enregistrer des données téléchargées d'internet ou d'un support de données sur un autre. Le téléchargement depuis internet ne se différencie donc pas du processus de copie entre deux supports de données (ATF 131 IV 16, SJ 2005 I 65 ; TF 6B_289/2009 du 16 septembre 2009 qui écarte les critiques de la doctrine sur l'ATF 131 IV 16).

2.2 En l'espèce, en téléchargeant des milliers de fichiers pornographiques sur son ordinateur, T. _____ a fabriqué au sens de l'art. 197 ch. 3 CP des images prohibées. En outre, les fichiers téléchargés l'ont été pour l'essentiel au moyen des outils e-mule et e-donkey. La

caractéristique du modèle peer-to-peer est le partage des fichiers ; plus un fichier est téléchargé, plus il est disponible. Chaque utilisateur du système met à disposition des autres internautes non seulement les fichiers qu'il a téléchargés mais aussi les fichiers qu'il possède sur son ordinateur. Certes l'utilisateur peut ne pas mettre tout son répertoire à disposition et également ne pas laisser ouverte sa connexion, mais il est totalement faux d'affirmer que le téléchargement d'un fichier pornographique sur ce type de site n'a aucun effet sur sa mise à disposition sur le net. Cet argument est choquant de la part d'un professionnel de l'informatique qui téléchargeait des dizaines de milliers de fichiers, qui en a perdu la maîtrise en raison de l'ampleur des téléchargements et non du manque de performance du système informatique, et qui, au demeurant, omet d'indiquer ce qu'il a mis à disposition de légal ou non sur le net. L'infraction de l'art. 197 ch. 1 et 3 est donc réalisée.

Le recours joint doit être rejeté sur ce point.

3. Il convient ensuite d'examiner la peine prononcée par les premiers juges.

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).

Le Tribunal fédéral a précisé que les éléments fondant la culpabilité que le juge doit examiner en premier lieu sont ceux qui se rapportent à l'acte lui-même. Il doit ainsi prendre en considération la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné ainsi que le caractère répréhensible de l'acte, qui correspondent respectivement au "*résultat de l'activité illicite*" et au "*mode et exécution*

de l'acte" (TF 6B_710/2007 du 6 février 2008, c. 3.2 et les références citées). Sur le plan subjectif, le texte légal cite la motivation et les buts de l'auteur, ainsi que la mesure dans laquelle l'auteur aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, qui se réfère au libre choix de l'auteur entre la licéité et l'illicéité (ATF 127 IV 101, précité, c. 2a). En second lieu, le juge prendra en considération les éléments concernant la personne de l'auteur : ses antécédents, sa situation personnelle, tant familiale que professionnelle - qui comprend l'éducation reçue et la formation suivie - son intégration sociale, voire sa réputation ainsi que son attitude et son comportement après les faits et dans le cadre de la procédure pénale (Nicolas Queloz/Valérie Humbert, in : Roth/Moreillon [éd.], Commentaire romand, Code pénal I, Bâle 2009, n. 7 ad art. 47 CP; TF 6B_143/2007 du 25 juin 2007 c. 8.1 ; ATF 129 IV 6 c. 6.1, JT 2005 IV 229 c. 6.1 ; ATF 127 IV 101 c. 2a; ATF 118 IV 21 c. 2b). La portée de l'absence d'antécédents doit être relativisée. En effet, sauf circonstances exceptionnelles, elle a un effet neutre sur la fixation de la peine et n'a donc plus à être prise en considération dans un sens atténuant (ATF 136 IV 1 c. 2.6.4).

D'après la jurisprudence, une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et incontesté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 136 III 353, c. 4).

3.2 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que la culpabilité de l'accusé était loin d'être négligeable, que la durée de son activité et l'impressionnante collection de fichiers à caractère pornographique ou pédophile démontraient qu'il était installé dans ce type de délinquance et

qu'il a fallu l'intervention de la police pour qu'il cesse son activité. A décharge, le tribunal a retenu que l'accusé avait admis les faits.

Les éléments retenus pas les premiers juges sont bien fondés sur les critères de l'art. 47 CP. L'analyse effectuée est toutefois lacunaire.

3.2.1 En l'occurrence, T._____ a téléchargé des quantités impressionnantes d'images de pornographie, voire de manière industrielle par dizaines de milliers, cela pendant une longue durée, soit entre 2006 et mars 2009. S'il en a visionné moins que téléchargé, c'est que la quantité énorme de fichiers téléchargés rendait leur visionnement impossible. Par exemple, sur un seul disque figurait déjà 20'000 images prohibées.

A sa charge, il faut également retenir qu'il se présente comme une « victime des formidables performances, qui peuvent ne pas être voulues, de l'informatique », ce qui est déplacé pour le commun des mortels et indécent pour quelqu'un qui a les connaissances de l'accusé en informatique.

A sa charge toujours, il faut relever que l'accusé n'a que partiellement admis les faits reprochés, dès lors qu'il conteste avoir mis à disposition d'autres internautes les fichiers en question. Cette dénégation est choquante de la part d'un homme ayant ses connaissances en informatique.

En outre, l'expertise psychiatrique met en évidence le fait que l'accusé a peine à se poser en tant qu'acteur des faits qui lui sont reprochés et à reconnaître sa part de responsabilité, se présentant comme victime passive des services et outils informatiques peu sélectifs et peu performants, ce qui pousse les experts à admettre que le risque de récurrence est présent. Certes, il suit une psychothérapie sur une base volontaire, mais seulement depuis le mois d'octobre 2010, soit peu de temps avant l'audience du tribunal correctionnel.

Ensuite, dans le jugement, il n'est pas fait mention du fait que l'accusé aurait pris conscience de la gravité de ses actes ou qu'il aurait formulé des regrets.

3.2.2 En définitive, ne peut être retenu à décharge de l'accusé que l'absence d'antécédents, le fait qu'il a admis partiellement les faits et qu'il a de son propre chef consulté un psychiatre quelques semaines avant l'audience. Dans ces circonstances, force est d'admettre que les premiers juges ont prononcé une peine arbitrairement clémente, qui ne tient notamment pas compte de manière adéquate de l'intensité de la volonté délictueuse et de l'importance du bien juridiquement protégé par les normes enfreintes, soit principalement l'intégrité de la jeunesse.

3.3 D'après la conception à l'origine des nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal, la peine pécuniaire constitue la sanction principale dans le domaine de la petite et moyenne criminalité (ATF 134 IV 97 c. 4 p. 100 ss). Conformément au principe de la proportionnalité, lorsque plusieurs peines entrent en considération et apparaissent sanctionner de manière équivalente la faute commise, il y a en règle générale lieu de choisir celle qui restreint le moins sévèrement la liberté personnelle de l'intéressé, respectivement qui le touche le moins durement (ATF 134 IV 97 c. 4.2.2 p. 101, 82 c. 4.1 p. 85). A cet égard, une peine pécuniaire, qui atteint l'intéressé dans son patrimoine, constitue une sanction plus clémente qu'une peine privative de liberté, qui l'atteint dans sa liberté personnelle. La priorité à donner à une peine pécuniaire correspond au demeurant à la volonté du législateur, dont l'un des principaux buts dans le domaine des sanctions a été d'éviter les courtes peines privatives de liberté, qui entravent la resocialisation de l'auteur (ATF 134 IV 97 c. 4.2.2 p. 101/102, 60 c. 4.3 p. 65). Le choix du type de sanction doit être opéré en tenant compte au premier chef de l'adéquation d'une sanction déterminée, de ses effets sur l'auteur et sur sa situation sociale ainsi que de son efficacité du point de vue de la prévention (ATF 134 IV 97 c. 4.2 p. 100, 82 c. 4.1 p. 84/85). Il convient également de prendre en compte l'importance du bien juridique protégé considéré et

l'aspect de la compensation des fautes lorsqu'il existe une relation particulière entre l'auteur et la victime.

S'agissant d'un cas de moyenne gravité de pornographie infantile, soit le cas d'un auteur qui avait une fonction centrale comme administrateur et support technique de forum internet pour pédophiles, dont l'activité délictuelle s'est exercée sur une longue période et a concerné un large cercle d'utilisateurs, une peine privative de liberté de douze mois assortie du sursis avec un délai d'épreuve de deux ans a été prononcée (TC SG in BJP 2009 p. 34, n° 571). Une peine pécuniaire de 300 jours-amende a été prononcée à l'égard d'un récidiviste qui, de début 2002 à août 2005 a téléchargé plusieurs milliers d'images pornographiques comportant des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des actes de zoophilie et de violence extrême, et dont la culpabilité a été qualifiée d'importante (CCass du 3 octobre 2008/394 ; TF 6B_289/2009 du 16 septembre 2009 ; CCass du 30 novembre 2009/508). A été condamné à une peine privative de liberté de quinze mois, dont six mois à titre ferme et neuf mois avec sursis pendant cinq ans, un homme qui avait téléchargé et mis à disposition d'autres utilisateurs, par le biais du logiciel e-mule, 12'000 fichiers pornographiques. Il était non seulement récidiviste, mais il avait encore récidivé en cours d'enquête (CCass du 30 septembre 2009/416 ; TF 6B_1068/2009 du 12 janvier 2010). Enfin récemment, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation à une peine privative de liberté de 18 mois, un homme qui s'était rendu coupable d'acte d'ordre sexuel avec une personne incapable de discernement et de résistance et de pornographie (TF 6B_685/2010 du 4 avril 2011 ad CCass du 2 juillet 2010/272)

In casu, en raison de l'activité délictueuse, du nombre extrêmement élevé de fichiers de pédophilie et de pornographie dure et de leur mise à disposition sur internet, une peine d'une durée moyenne s'impose.

Compte tenu de l'importance du bien juridiquement protégé et de la priorité donnée à la peine pécuniaire, la sanction par des jours-

amende paraît adéquate, ce type de peine étant de nature à atteindre le but recherché non seulement de punition, mais également de prévention. A cet égard, le fait que l'intéressé n'a pas d'antécédents est déterminant, même s'il semble ne pas avoir vraiment pris conscience qu'il y avait des êtres humains derrière les images qu'il consultait et mettait à disposition.

Dès lors, au vu de la gravité des actes, de leur durée, du bien juridiquement protégé et du fait que T. _____ semble ne pas avoir pris conscience du rôle actif qu'il a eu pendant des années, le maximum de jours-amende doit être prononcé, soit 360.

3.4 Les premiers juges ont arrêté à 500 fr. le montant du jour-amende. Ce montant est trop élevé au vu du revenu annuel de 120'000 fr. réalisé par l'accusé.

Compte tenu des charges usuelles d'un célibataire, et du montant de base ressortant des lignes directrices pour le calcul du minimum vital, la quotité du jour-amende doit être fixée à 250 fr., ce qui conduit à admettre le recours joint sur ce point.

3.5 Les premiers juges ont fixé un délai d'épreuve de deux ans et ont subordonné le maintien du sursis à l'obligation de poursuite de la prise en charge psychothérapeutique.

N'est donc pas litigieux l'octroi du sursis, ni la règle de conduite prescrivant la poursuite de la prise en charge psychothérapeutique. Le Ministère public conteste uniquement la durée du délai d'épreuve.

3.5.1 Aux termes de l'art. 44 al. 1 CP, si le juge suspend totalement ou partiellement l'exécution d'une peine, il impartit au condamné un délai d'épreuve de deux à cinq ans. La durée du délai d'épreuve ne saurait être fixée uniquement d'après la durée de la peine ou la gravité de l'infraction. Bien plus, le critère déterminant est le risque de récidive, qui se détermine

d'après le caractère du condamné (Favre/Pellet/Stoudmann, Code pénal annoté, 3^{ème} éd., Lausanne 2007, n. 1.2 ad art. 44 CP).

3.5.2 En l'espèce, le risque de récidive est selon l'expertise présent. Le fait qu'avec sa maîtrise et sa connaissance des outils informatiques, l'accusé puisse se sentir victime de ceux-ci est inquiétant pour l'avenir. L'aspect boulimique de son activité et l'impression de perte de contrôle qu'elle donne impliquent aussi un délai d'épreuve d'une longue durée, ce dans la mesure où il n'a commencé à consulter que quelques semaines avant l'audience. Le fait que la psychothérapie pourrait se terminer plus tôt que le délai d'épreuve constitue un risque insignifiant par rapport à l'intérêt public à ce que le condamné se prenne en charge et ne récidive pas.

Dans ces circonstances, un délai d'épreuve de quatre ans, comme le Ministère public l'a requis dans son recours, doit être ordonné.

4. S'agissant des frais de première instance dont le condamné demande une réduction, aucun motif n'impose de s'écarter de la règle de l'art. 157 al. 1 CPP-VD qui prévoit leur mise à la charge du condamné.

5. Compte tenu de ce qui précède, les recours doivent être partiellement admis, le jugement entrepris étant réformé au ch. II, en ce sens qu'une peine de 360 jours-amende est prononcée, le montant du jour-amende étant fixé à 250 fr., et au ch. III en ce sens qu'un délai d'épreuve de 4 ans est prononcé.

Vu l'issue du recours, les frais de deuxième instance seront laissés à la charge de l'Etat (art. 450 al. 2 CPP-VD).

Par ces motifs,
la Cour de cassation pénale,
statuant en audience publique,
prononce :

- I. Le recours du Ministère public et le recours joint de T. _____ sont partiellement admis.

- II. Le jugement est réformé aux chiffres II et III de son dispositif en ce sens que le tribunal :
 - II. Condamne T. _____ à une peine de 360 (trois cent soixante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 250 fr. (deux cent cinquante francs).
 - III Suspend l'exécution de la peine et fixe au condamné un délai d'épreuve de 4 (quatre) ans
Le jugement est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais de deuxième instance sont laissés à la charge de l'Etat.

- IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 3 mai 2011

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

La greffière :

Du

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

- Mme Magali Bonvin, Ministère public,
- Me Philippe Rossy, avocat (pour T. _____),
- M. le Procureur général du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Office fédéral de la police,
- M. le Président du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de
Lausanne,
- 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).

La greffière :