Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 289/2009

Arrêt du 16 septembre 2009
Cour de droit pénal

Composition
MM. les Juges Favre, Président,
Schneider, Wiprächtiger, Ferrari et Mathys.
Greffier: M. Vallat.

Parties
X._____, représenté par Me Kathrin Gruber, avocate,
recourant,

contre

Ministère public du canton de Vaud, 1014 Lausanne,
intimé.

Objet
Pornographie; fixation de la peine, sursis,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 3 octobre 2008.

Faits:

A.
Par jugement du 12 juin 2008, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a condamné X._____, pour pornographie, à dix mois de privation de liberté, sous déduction de vingt jours de détention avant jugement, peine partiellement complémentaire à celle infligée par le Juge d'instruction de l'Est vaudois le 22 avril 2002. Un traitement ambulatoire a, en outre, été ordonné.

B.
Par arrêt du 3 octobre 2008, la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours formé par X._____ contre ce jugement. Cet arrêt repose, en substance, sur l'état de fait suivant.
B.a X._____ est né en 1959. Son casier judiciaire comporte deux inscriptions. La première a trait à une condamnation à quatre ans et six mois de réclusion prononcée le 5 octobre 1998 par le Tribunal correctionnel d'Yverdon-les-bains, pour actes d'ordre sexuel avec un enfant, contrainte sexuelle, actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance, exhibitionnisme, pornographie et violation du devoir d'assistance et d'éducation. La seconde porte sur une peine de cinq jours d'emprisonnement prononcée le 22 avril 2002 par le même juge, pour violation grave des règles de la circulation. X._____ a été libéré conditionnellement le 26 janvier 2001 et a immédiatement repris son métier. Il est tenu de se soumettre à un traitement psychiatrique ambulatoire.
B.b Du début de l'année 2002 au 17 août 2005, date de son arrestation, X._____ a, plusieurs fois par semaine, consulté sur internet divers sites contenant principalement des images et films comportant des actes d'ordre sexuel avec des enfants, ainsi que des actes de zoophilie et de violence extrême. Depuis le début de l'année 2002, il a téléchargé sur son ordinateur, pour son propre usage, une quantité indéterminée, mais probablement

plusieurs milliers, de telles images, les détruisant au fur et à mesure tous les deux jours environ. En mars 2005, il a fait l'acquisition d'un nouvel ordinateur. Depuis lors, il a téléchargé également des vidéos en sus d'images. Il a, depuis le même moment, conservé sur son disque dur tous les fichiers téléchargés. Plusieurs centaines de documents relevant de la pornographie y ont été retrouvés, notamment cinq cent quatorze fichiers comportant des actes d'ordre sexuel avec des enfants, six à caractère zoophile et un de violence extrême. L'accusé a en outre été membre de diverses communautés virtuelles en ligne, dans le but d'obtenir des photos et des films contenant des actes d'ordre sexuel avec des enfants ou des adresses de sites permettant d'obtenir de telles représentations.

C.
X._____ forme un recours en matière pénale contre cet arrêt. Il conclut, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'il soit condamné, en application de l'art. 197 ch. 3bis CP, à une peine pécuniaire de nonante jours-amende à vingt francs l'un et, à titre subsidiaire, à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision au sens des considérants. Il a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Invités à déposer des observations, la cour cantonale a renoncé à se déterminer, cependant que le Ministère public a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit:

1.
Le recourant soutient, dans un premier moyen, que les faits qui lui sont reprochés ne peuvent être sanctionnés en application de l'art. 197 ch. 3 CP, mais tout au plus du ch. 3bis de cette disposition.

1.1 L'art. 197 ch. 3 al. 1 CP, réprime d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire le fait de fabriquer, importer, prendre en dépôt, mettre en circulation, promouvoir, exposer, offrir, montrer, rendre accessibles ou mettre à disposition de tiers des écrits, enregistrements sonores ou visuels, images ou autres objets pornographiques ou représentations pornographiques, ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des enfants, des animaux, des excréments humains ou comprenant des actes de violence.

L'acquisition, l'obtention par voie électronique ou d'une autre manière ou la possession des mêmes objets, à l'exception de ceux ayant comme contenu des actes d'ordre sexuel avec des excréments humains, sont sanctionnées conformément à l'art. 197 ch. 3bis CP, d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

1.2 Selon la jurisprudence (ATF 128 IV 25 consid. 3b), fabriquer au sens de l'art. 197 ch. 3 CP signifie confectionner de telles représentations et englobe tant la création originaire, soit le fait de filmer ou photographier, par exemple, de telles scènes, que les productions dérivées (reproductions, copies, multiplications des représentations), qu'il y ait ou non modification par rapport à l'original. Cette approche a été développée en relation avec des représentations matérielles, telles des photographies, pour lesquelles, la figuration est indissociable du support physique. Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral a jugé que le procédé technique selon lequel la copie était effectuée et la nature du support de l'information n'étaient pas pertinents pour cerner la notion de fabrication. Il en a déduit, en matière de documents numériques, que l'enregistrement électronique, respectivement la copie ciblée, pour une certaine durée de représentations pornographiques sur un disque dur d'un ordinateur, une disquette, un CD-rom, un DVD ou un autre support de données constitue aussi un cas de fabrication. Enfin, ces principes s'appliquent également, selon cet arrêt, en cas de téléchargement (download) des représentations
pornographiques sur les supports de données de l'utilisateur lui-même (ATF 131 IV 16 consid. 1.3 et 1.4, p. 20 ss).

1.3 Depuis sa publication, l'arrêt publié aux ATF 131 IV 16 a fait l'objet de critiques en doctrine. En résumé, les auteurs en question ont mis en évidence, d'une part, les limites de l'assimilation d'une copie électronique à un acte de création matériel, compte tenu des spécificités de certains processus informatiques susceptibles

d'être mis en oeuvre indépendamment de la volonté de l'utilisateur (systèmes de sauvegarde automatiques, gestion des courriers électroniques au moyen de serveurs, disques « miroirs » de technologie RAID [Redundant Array of Independent Disks], etc.; v. Marcel Alexander Niggli, Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, JusLetter, 1er novembre 2004, consulté le 24 juin 2009 sur le site «http://jusletter.weblaw.ch/article/fr/_3502?lang=fr», ch. marg. 5 ss; Kaspar Meng / Matthias Schwaibold, Basler Kommentar, Strafrecht, 2e éd. 2008, art. 197 CP, n. 58; Daniel Koller, Cybersex, Die Strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, 2007, p. 238 et 240). Ils ont objecté, d'autre part, que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral de la notion de fabrication viderait largement de son sens l'art. 197 ch. 3bis CP, qui aurait précisément
pour but de permettre la répression de l'acquisition de telles représentations par le biais d'internet (Meng/Schwaibold, op. cit., art. 197 CP, n. 58; Koller, op. cit., p. 237 et 239; Ludovic-Adrien Tirelli, La répression pénale des consommateurs de pédopornographie à l'heure d'internet, thèse, Lausanne 2008, p. 423). Enfin, cette interprétation, qui ne tiendrait pas compte des champs d'application respectifs des ch. 3 et 3bis de l'art. 197 CP, conduirait à des incohérences dans les sanctions (Niggli, op. cit., ch. marg. 10; Koller, op. cit., p. 239). D'autres auteurs suivent l'ATF 131 IV 16 (Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar 2e éd. 2009, p. 432, N. 10/11).

1.4 De jurisprudence constante, un revirement de jurisprudence ne peut se justifier que si la nouvelle solution répond mieux à l'intention du législateur, ou lorsqu'il tient à un changement des circonstances extérieures ou à l'évolution des conceptions juridiques. Le changement de jurisprudence doit donc se fonder sur des motifs matériels très sérieux, qui doivent être d'autant plus déterminants que la jurisprudence est ancienne, afin de ne pas heurter gratuitement la sécurité du droit. Si la jurisprudence se révèle erronée ou que son application a conduit à des abus répétés, elle ne saurait être maintenue (ATF 135 I 79 consid. 3 p. 82 et les arrêts cités).
1.4.1 Comme la cour de céans l'a constaté dans l'arrêt publié aux ATF 131 IV 16 (consid. 1.4, p. 22), il s'agissait, en adoptant le ch. 3bis de l'art. 197 CP, de rendre punissable la possession de certains types de pornographie, celle impliquant des enfants en particulier, et de pallier les difficultés liées à la poursuite des délits en matière de diffusion de pornographie dure par le biais d'internet. Le législateur souhaitait ainsi, en étendant l'incrimination à l'acquisition de données par voie électronique, couvrir tous les médias permettant la propagation de représentations pornographiques (Message concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire [infractions contre l'intégrité sexuelle; prescription en cas d'infractions contre l'intégrité sexuelle des enfants et interdiction de la possession de pornographie dure]du 10 mai 2000; FF 2000 2769 ss, spéc. ch. 2.2.1, p. 2799).
1.4.2 Le législateur a, par ailleurs, clairement exprimé sa volonté de protéger les enfants, plus exactement les mineurs de moins de seize ans, contre leur exploitation dans le cadre de la fabrication de pornographie dure qui implique dans de nombreux cas, soit lorsqu'elle reproduit un vécu concret, la commission d'infractions graves en matière sexuelle notamment (Message, ch. 2.2.4.1, p. 2802 et 2.2.4.4, p. 2804). Il a également été relevé, à ce propos, que l'augmentation en Suisse de la consommation de pornographie impliquant des enfants entraînait la fabrication de tels produits et que l'intérêt financier encourageait la commission de délits graves, ce qui fondait une coresponsabilité des consommateurs justifiant de réprimer la possession de ces représentations (Message, ch. 2.2.4.1, p. 2802).
1.4.3 Cette intention faisait, en outre, écho à la reconnaissance, au niveau international, de la nécessité de prendre des mesures en ce sens (Message, ch. 2.2.1, p. 2798 s.). Ce consensus des Etats a été concrétisé par l'adoption du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, conclu à New-York le 25 mai 2000 (RS 0.107.2), ratifié par la Suisse le 19 septembre 2006 et entrée en vigueur le 19 octobre de la même année. Conformément à l'art. 3 al. 1 let. c de ce texte, chaque Etat Partie veille notamment à ce que le fait de produire, de distribuer, de diffuser, d'importer, d'exporter, d'offrir, de vendre ou de détenir des matériels pornographiques mettant en scène des enfants soit pleinement couvert par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational, par un individu ou de façon organisée.
1.4.4 En étendant la répression jusqu'aux limites de la simple consommation, pour autant qu'elle n'implique pas la possession de représentations pornographiques mettant en scène des enfants, le ch. 3bis de l'art. 197 CP devait donc compléter le cadre répressif déjà offert par l'art. 197 ch. 3 CP en l'élargissant, de manière à saisir un plus grand nombre de comportements répréhensibles et tenir compte du développement des nouveaux médias

électroniques.

L'interprétation de cette dernière disposition donnée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt publié aux ATF 131 IV 16 participe de la même volonté.
1.4.5 La première critique formulée par les auteurs cités ci-dessus tend essentiellement à une définition plus précise des aspects subjectifs de l'infraction. Elle n'est pas susceptible de remettre en question l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral de la notion de fabrication.

On doit en effet admettre qu'en exigeant que la copie ait été effectuée « pour une certaine durée » et qu'elle fût « ciblée » (ATF 131 IV 16 consid. 1.4, p. 21), la jurisprudence a clairement entendu exclure de la notion juridique de fabrication les copies résultant d'un processus purement automatique, indépendant de la volonté de l'auteur, à fortiori si la copie n'est que temporaire (copies en mémoire « cache » ou disques miroirs, par exemple; cf. en ce sens, mais néanmoins critique: Koller, op. cit., p. 243). Cela correspond à la volonté du législateur d'exclure de la répression les copies résultant de tels processus automatiques, qui ne confèrent pas la possession sur les données électroniques (Message, ch. 2.2.4.3, p. 2804).
1.4.6 Les autres arguments selon lesquels l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral méconnaîtrait les champs d'application respectifs de ces deux dispositions et conférerait une portée telle à l'art. 193 ch. 3 CP qu'elle viderait de sa substance l'art. 197 ch. 3bis CP font fi de la finalité de la loi et de la complémentarité de ces deux dispositions, voulues par le législateur.

Le fait que l'interprétation large donnée par le Tribunal fédéral à l'art. 197 ch. 3 CP réduit la portée du ch. 3bis démontre au contraire que la cour de céans a ainsi interprété correctement la volonté du législateur de saisir le plus grand nombre possible de comportements rattachables à la production d'images ou de vidéos pornographiques. Or, le téléchargement, dans la mesure où il incorpore un risque de transmission à des tiers, excède la simple possession et doit, pour cette raison, être appréhendé comme un acte de fabrication.
1.4.7 Rien ne permet donc d'affirmer qu'une interprétation plus restrictive de l'art. 197 ch. 3 CP, au bénéfice d'une interprétation plus étendue de l'art. 197 ch. 3bis CP, appelée de leurs voeux par les auteurs mentionnés ci-dessus, répondrait mieux à l'intention du législateur et aux engagements pris par la Suisse sur le plan international. Il n'y a dès lors, en l'absence de toute modification des circonstances extérieures ou des conceptions juridiques, aucun élément justifiant une modification de la jurisprudence publiée aux ATF 131 IV 16, il y a près de cinq ans.

1.5 En se référant à cette jurisprudence, le recourant relève que jusqu'au mois de mars 2005, il a détruit au fur et à mesure les images téléchargées tous les deux jours environ. Il n'aurait pas non plus effectué de copies ciblées durant la période subséquente. Il en déduit que l'infraction de l'art. 197 ch. 3 CP ne serait pas réalisée au plan subjectif et que son comportement constituerait une simple acquisition par voie électronique au sens de l'art. 197 ch. 3bis CP.
1.5.1 Le recourant se méprend cependant sur la portée de l'exigence jurisprudentielle selon laquelle, pour tomber sous le coup de l'art. 197 ch. 3 CP, la copie électronique doit être « ciblée » et avoir été effectuée « pour une certaines durée » (v. supra consid. 1.2 et 1.4.5), qui tend à exclure de la notion juridique de fabrication les copies résultant d'un processus purement automatique, indépendant de la volonté de l'auteur, à fortiori si la copie n'est que temporaire.

Selon les constatations de fait de l'arrêt entrepris, le recourant disposait, dès sa sortie de prison, des connaissances informatiques nécessaires pour télécharger des fichiers (consid. 2.3, p. 7) et conservait deux jours au moins les fichiers téléchargés (consid. 2.4, p. 8). Le jugement de première instance, auquel renvoie la décision cantonale (consid. B. p. 2), constate, de même que le recourant disposait de toutes les connaissances nécessaires pour surfer sur internet, rechercher les fichiers qui l'intéressait et les télécharger (consid. 2.1.1.b, p. 12). On comprend ainsi très clairement que les téléchargements reprochés au recourant ne résultaient pas des processus automatiques impliquant des copies temporaires visés par la jurisprudence, mais constituaient des opérations effectuées intentionnellement. Le recourant ne peut dès lors rien déduire en sa faveur du fait qu'il aurait, ensuite, effacé régulièrement les représentations pornographiques qu'il a téléchargées.
1.5.2 Pour le surplus, en soutenant n'avoir pas choisi délibérément les images qu'il a téléchargées, le recourant

s'écarte de manière inadmissible de l'état de fait de l'arrêt entrepris, qui ne constate rien de tel (art. 105 al. 1 LTF), de sorte que le grief est irrecevable dans cette mesure. Au demeurant, la présence de plus de cinq cents images à caractère pédophile sur le disque dur de son ordinateur démontre suffisamment qu'il recherchait précisément ce type de représentations, ce qui suffit à établir que leur téléchargement n'était pas fortuit, mais ciblé.

1.6 Il résulte de ce qui précède que la condamnation du recourant en application de l'art. 197 ch. 3 CP ne viole pas le droit fédéral.

2.
Le recourant conteste ensuite la peine qui lui a été infligée et le refus de lui accorder le sursis.

2.1 Les principes régissant la fixation de la peine et l'octroi du sursis ont été rappelés dans la jurisprudence récemment publiée (ATF 134 IV 5 consid. 4, p. 4 ss et 60 consid. 7, p. 73 ss et les références citées). Il suffit d'y renvoyer.

2.2 La cour cantonale a relevé que le recourant était passible d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au maximum. Les premiers juges avaient retenu à juste titre le concours d'infractions à titre de circonstance aggravante, ainsi que la durée des agissements illicites, la dissimulation de ceux-ci aux médecins, le nombre de fichiers retrouvés sur son ordinateur, un casier judiciaire défavorable et l'absence de prise de conscience quant à ses agissements. A décharge, il avait été tenu compte des regrets exprimés à l'audience, de sa bonne collaboration durant l'enquête, de la poursuite régulière de son traitement psychiatrique et de son investissement assidu dans sa relation avec la Fondation vaudoise de probation (arrêt entrepris, consid. 3.3.b, p. 11 s.)

2.3 Le recourant reproche aux autorités cantonales d'avoir retenu à sa charge le concours d'infractions au sens de l'art. 49 CP. Selon lui, il n'aurait commis qu'une seule infraction sur une certaine durée.

Ce grief est infondé. La sanction infligée au recourant l'a été en complément de sa condamnation, pour pornographie, exhibitionnisme, contrainte sexuelle et actes d'ordre sexuel avec un enfant et sur une personne incapable de discernement ou de résistance prononcée le 22 avril 2002. L'art. 49 al. 2 CP était en conséquence applicable.

Il ressort, en outre, des constatations de fait de l'arrêt entrepris que, durant la première période le recourant a agi « plusieurs fois par semaine », ce qui suppose qu'il ne l'a pas fait tous les jours, soit que son activité a été régulièrement interrompue. Il détruisait les fichiers téléchargés tous les deux jours durant la deuxième période. Il a, de la sorte, commis le même délit, sur des objets différents, à réitérées reprises, sans que l'on puisse parler d'unité naturelle d'action (cf. ATF 131 IV 83 consid. 2.4.5, p. 94; 129 IV 262 consid. 2.5, p. 269), ce qui justifie l'application de l'art. 49 al. 1 CP.

2.4 Le recourant reproche ensuite aux autorités précédentes d'avoir omis de prendre en considération l'effet de la sanction sur son avenir, ce qui justifierait, selon lui, de ne pas lui infliger la peine correspondant à sa culpabilité.

Ainsi formulé, ce grief est infondé. Selon la jurisprudence, cet aspect de prévention spéciale ne permet en effet que des corrections marginales, la peine devant toutefois rester proportionnée à la faute (arrêt du Tribunal fédéral, 6B 14/2007, du 17 avril 2007).

Pour le surplus, le recourant expose certes sa situation, mais n'indique pas en quoi la peine prononcée aurait un effet particulier sur son avenir, soit en quoi cette situation se distinguerait de celle d'autres condamnés à une peine comparable. Ce point, qui dépend en grande partie de la nature de la sanction prononcée, peut, au demeurant, rester indécis en l'espèce, comme on le verra ci-dessous (consid. 2.7).

2.5 Le recourant fait encore grief aux autorités cantonales d'avoir retenu à sa charge qu'il aurait dissimulé

ses agissements à son thérapeute, ainsi que le nombre de fichiers téléchargés, respectivement la durée de son activité illicite.

Quoi qu'en dise le recourant, la culpabilité dont il a fait preuve en téléchargeant de très nombreuses représentations pornographiques à caractère pédophile - probablement plusieurs milliers -, durant plusieurs années, est manifestement plus lourde que s'il ne pouvait lui être reproché que d'avoir agi à une seule reprise pour se procurer quelques images. On peut, par ailleurs, admettre, que le recourant, qui était suivi par un thérapeute, aurait eu la possibilité, en s'ouvrant à ce dernier de ses pratiques, d'obtenir de l'aide pour y mettre un terme, ce qui constitue un élément pertinent d'appréciation de sa culpabilité (cf. art. 47 al. 2 in fine CP). Le grief est infondé.

2.6 Il s'ensuit que les autorités cantonales n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation.

Par ailleurs, en prononçant, malgré une culpabilité jugée importante, une peine se situant, quant à sa durée, dans le premier tiers de l'échelle des sanctions entrant en ligne de compte (cf. art. 197 ch. 3 CP), les autorités cantonales ont dûment tenu compte du fait que les agissements du recourant ne constituaient pas les comportements les plus graves réprimés par l'art. 197 ch. 3 CP (telle la fabrication originale de représentations pédo-pornographiques), ainsi que de l'ensemble des autres facteurs pris en considération. On peut ajouter, dans ce contexte, que selon les constatations de fait du jugement de première instance, auxquelles renvoie l'arrêt cantonal (arrêt entrepris, consid. B., p. 2), le recourant a acheté dès sa sortie de prison, un ordinateur portable qu'il a gardé deux à trois ans, avant d'en acheter un autre plus sophistiqué en mars 2005, afin de mieux profiter des performances offertes par sa connexion internet. Il a, ensuite, exclusivement destiné son premier ordinateur portable à son activité professionnelle (jugement de première instance, consid. 2.1.1.b, p. 11). Cela suggère que le recourant a consenti un investissement financier non négligeable essentiellement pour satisfaire ses pulsions, ce qui plaide
également en faveur d'une culpabilité importante.

On ne saurait, dans ces conditions, reprocher aux autorités cantonales d'avoir excédé leur pouvoir d'appréciation.

2.7 Le recourant soutient ensuite qu'une peine pécuniaire aurait dû sanctionner son comportement, la peine privative de liberté constituant l'ultima ratio.
2.7.1 La cour cantonale a jugé que, la peine prononcée étant d'une durée supérieure à six mois, il n'y avait plus de préférence pour la peine pécuniaire. Compte tenu de la culpabilité importante et des lourds antécédents du recourant, la peine privative de liberté pouvait être considérée comme plus adéquate et les premiers juges n'avaient, tout au moins, pas abusé de leur pouvoir d'appréciation.
2.7.2 Comme la cour de céans a déjà eu l'occasion de le juger (ATF 135 IV 113 consid. 2.6 p. 120) ce raisonnement ne peut être suivi. La durée maximale de la peine pécuniaire est de 360 jours-amende (art. 34 al. 1 CP). Une telle peine entre donc en considération autant que la sanction envisagée est inférieure à cette durée. La cour cantonale, qui estimait qu'il se justifiait de prononcer une peine de 10 mois, ne pouvait donc exclure le prononcé d'une peine pécuniaire au motif que la durée de la sanction qu'elle considérait comme adéquate était supérieure à 6 mois. Dès lors que les deux peines entraient en considération, elle devait examiner si une peine pécuniaire ne permettait pas de sanctionner de manière équivalente la culpabilité du recourant, auquel cas elle devait, conformément à l'exigence de proportionnalité, accorder en principe la priorité à une telle peine, qui, en tant qu'elle porte atteinte au patrimoine de l'auteur, constitue une sanction moins lourde qu'une peine privative de liberté (ATF 134 IV 97 consid. 4.2.2 p. 101/102, 82 consid. 4.1 p. 85, 60 consid. 4.3 p. 65). Quant à la seule mention d'une culpabilité importante et d'antécédents lourds, elle est insuffisante au regard des exigences de motivation déduites de
l'art. 50 CP.

Le grief est bien fondé.

2.8 Le recourant conteste enfin le refus du sursis.
2.8.1 Sur ce point, la cour cantonale a considéré que les conditions n'en étaient réunies ni au plan subjectif ni au

plan objectif. Elle a relevé à cet égard que l'art. 41 al. 1 CP n'était pas applicable en l'espèce, la peine entrant en considération étant supérieure à six mois. Par ailleurs, compte tenu de la peine prononcée le 5 octobre 1998 et du fait que le recourant avait commis de nouvelles infractions dès le début de l'année 2002, le sursis devait être refusé en application de l'art. 42 al. 2 CP. Les circonstances particulièrement favorables prévues par cette disposition n'étaient, en outre, pas réunies, en l'absence de prise de conscience du recourant quant à la gravité de ses agissements (arrêt entrepris, consid. 3.5.b, p.13).
2.8.2 En ce qui concerne l'application de l'art. 42 al. 2 CP, le recourant se borne à soutenir qu'il n'aurait téléchargé des images que depuis le mois de mars 2005, alors qu'auparavant il se serait limité à les contempler sur internet et à « enregistrer les favoris ». Il en déduit que l'infraction qui peut lui être reprochée n'aurait pas été commise dans les cinq ans suivant sa précédente condamnation au mois d'octobre 1998.
2.8.3 La cour cantonale a écarté cette version des faits (arrêt entrepris, consid. 2.4, p. 8) et la décision querellée constate que le recourant a téléchargé sur son ordinateur, pour son propre usage, une quantité indéterminée, mais probablement plusieurs milliers, de telles images depuis le début de l'année 2002. Le recourant, qui ne formule expressément aucun grief d'arbitraire en procédure fédérale (art. 106 al. 2 LTF) s'écarte de manière inadmissible de l'état de fait de l'arrêt entrepris (art. 105 al. 2 LTF). On ne saurait en conséquence, compte tenu de la précédente condamnation du recourant pour pornographie notamment, reprocher à la cour cantonale d'avoir jugé qu'un sursis ne pouvait entrer en ligne de compte qu'en cas de circonstances particulièrement favorables (art. 42 al. 2 CP). Le grief du recourant est infondé dans la mesure où il est recevable.

Pour le surplus, la cour cantonale a estimé que de telles circonstances particulièrement favorables n'étaient pas réunies en l'espèce. Le recourant ne formule aucune critique à ce propos. On peut se borner à souligner que fondée, notamment, sur l'absence de prise de conscience par le recourant de la gravité de ses actes, cette appréciation ne procède ni d'un excès ni d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale. La décision entreprise ne viole donc pas le droit fédéral en ce qui concerne le refus du sursis.

3.
Le recourant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire. Les revenus dont il dispose et les conclusions qu'il a prises, qui n'étaient pas vouées à l'échec, justifient qu'il soit fait droit à sa requête (art. 64 al. 1 LTF). Il peut, en conséquence, être dispensé des frais judiciaires, bien qu'il n'obtienne que très partiellement gain de cause, ce qui ne justifie, en revanche, pas l'allocation de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF). La complexité de la cause et les intérêts en jeu justifient enfin qu'un avocat d'office lui soit désigné (art. 64 al. 2 LTF). Le canton de Vaud, représenté par son Ministère public, ne peut prétendre des dépens (art. 68 al. 3 LTF) et ne supporte pas de frais (art. 66 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est partiellement admis en ce qui concerne la nature de la peine et la cause renvoyée à l'autorité cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision sur ce point.

2.
Le recours est rejeté pour le surplus dans la mesure où il est recevable.

3.
La requête d'assistance judiciaire est admise et Me Kathrin Gruber, avocate à Vevey, désignée conseil d'office du recourant.

4.
Une indemnité de 3000 fr. est allouée à Me Kathrin Gruber par la caisse du Tribunal fédéral, au titre de l'assistance judiciaire.

5.
Il n'est pas perçu de frais de justice.

6.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale.

Lausanne, le 16 septembre 2009

Au nom de la Cour de droit pénal
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Favre Vallat