

## **GE\_GERICHTE ACPR/369/2015 vom 13. Januar 2015**

GE Cour de justice, 2015-01-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_369\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_369_2015)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/369/2015 du 13 janvier 2015

IT: GE\_GERICHTE ACPR/369/2015 del 13 gennaio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 49**

al. 2 CP, dès l'instant du prononcé du jugement et non pas seulement au moment de son entrée en force; il faut cependant que cette entrée en force intervienne par la suite (ATF 127 IV 106 consid. 2c). Il s'ensuit que les infractions commises après le prononcé du jugement ne peuvent pas faire l'objet d'une peine complémentaire, mais uniquement d'une peine indépendante, l'idée étant que l'auteur qui commet une infraction punissable après avoir été condamné manifeste une tendance marquée à la délinquance et ne mérite pas d'échapper à un cumul de peines privatives de liberté (ATF 138 IV 113 consid. 3.4.2; ATF 129 IV 113 consid. 1.3; ATF 109 IV 87 consid. 2a; ATF 102 IV 242 consid. II.4.a). Cela étant, il n'y a pas "condamnation" au sens de l'art. 49 al. 2 CP en présence d'un "jugement" à caractère provisoire (ATF 127 IV 106 consid. 2c). Ainsi, si les faits qui font l'objet du second jugement se sont produits après le prononcé d'une ordonnance de condamnation, mais encore dans le délai d'opposition, la peine doit être fixée en

- 5/10 - P/9226/2014 application de l'art. 49 al. 2 CP, même si l'entrée en force, à défaut d'opposition, est postérieure. En effet, avant l'échéance du délai d'opposition, l'ordonnance pénale n'est pas un jugement (Tessin, CCRP, 10.09.1985 in BJP 1993 n° 366). Si le prévenu fait opposition à l'ordonnance, qui devient alors caduque, il appartiendra au juge saisi de l'opposition de tenir compte des faits relatés dans le jugement pour arrêter une peine d'ensemble et fixer la peine complémentaire qui en résulte (Luzern, OG, II.Kammer, 14.05.1985 in BJP 1988 n° 459; ROTH / L. MOREILLON (éds), loc.cit.). 2.2. Il résulte de ce qui précède que l'ordonnance pénale rendue le 23 janvier 2014 ne constitue pas une "condamnation par un tribunal de première instance", mais une proposition de règlement hors jugement de l'affaire pénale, à laquelle le prévenu peut adhérer, ou non (cf. C. PERRIER DEPEURSINGE, CPP annoté. LOAP, PPMIn, LAVI, LTF, DPA et droit cantonal romand d'application du CPP, Bâle 2014, p. 433). Dans la mesure où ce n'est pas la date d'entrée en force de la première "condamnation", mais l'existence même de celle-ci, qui est déterminante pour savoir si l'on se trouve en présence d'un concours réel rétrospectif, il faut ainsi admettre que le recourant aurait pu prétendre à être mis au bénéfice de l'art. 49 al. 2 CP pour les infractions commises postérieurement au 23 janvier 2014 et faisant l'objet de la procédure P/2\_\_\_\_\_, à tout le moins tant qu'il n'avait pas adhéré à la condamnation. L'on ne voit en effet pas qu'un prévenu puisse être moins bien traité d'avoir formé une opposition, même réputée retirée par la suite en application de l'art. 356 al. 4 CPP, que s'il avait renoncé à contester l'ordonnance pénale dans le délai de dix jours prévu par l'art. 354 al. 1 CPP, étant précisé que dans les deux cas, l'entrée en force de l'ordonnance pénale a un effet rétroactif identique (cf. A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 7 ad art. 437). Reste à déterminer si une telle procédure est encore ouverte, alors que les deux condamnations en cause sont

désormais entrées en force. 3. 3.1. Sous l'ancien droit de procédure, lorsque le premier jugement de première instance faisait l'objet d'un recours pendant au moment où le second juge était prêt à statuer, il était loisible à ce dernier, soit d'attendre l'entrée en force d'un jugement dans la première procédure, en tenant compte du principe de la célérité, et de prononcer ensuite une peine complémentaire à ce premier jugement, soit de prononcer immédiatement un jugement indépendant, permettant plus tard, le cas échéant, l'ouverture de la procédure prévue par l'art. 344 al. 2 aCP (disposition qui prévoyait, sous l'intitulé "For en matière de concours d'infractions" que "lorsqu'un inculpé, contrairement aux règles sur le concours d'infractions (art. 49 CP), aura été condamné par plusieurs tribunaux à plusieurs peines privatives de liberté, le tribunal

- 6/10 - P/9226/2014 qui a prononcé la peine la plus grave fixera, à la requête du condamné, une peine d'ensemble"; ATF 129 IV 113 consid. 1.3). L'art. 344 al. 2 aCP a été abrogé à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, le 1er janvier 2011, et a été repris en substance par l'art. 34 al. 3 CPP, sans toutefois que la référence à l'art. 49 CP soit conservée. Selon la doctrine, cette absence de référence – qui n'a pas été discutée lors de l'adoption du texte de loi (FF 2006 1057ss, p. 1119) – ne constitue toutefois qu'une regrettable omission, rien ne justifiant d'interpréter l'art. 34 al. 3 CPP différemment de l'art. 344 al. 2 CP (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 5 ad art. 34). 3.2. En l'espèce, dans la mesure où la condamnation prononcée dans la procédure P/1\_\_\_\_\_ l'a été par voie d'ordonnance pénale, il aurait appartenu au Tribunal pénal saisi de la procédure d'opposition, s'il était entré en matière sur le fond, de statuer sur l'application de l'art. 49 al. 2 CP (ATF 127 IV 106 consid. 2c; ROTH / L. MOREILLON (éds), loc.cit.). Tel n'a toutefois pas été le cas puisque, le recourant ne s'étant pas présenté à l'audience du 13 novembre 2014, son opposition a été réputée retirée et l'ordonnance du 23 janvier 2014 est entrée en force, ce que l'intéressé n'a pas contesté. Cela ne doit toutefois pas empêcher le prononcé d'une peine d'ensemble. En effet, selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, si le juge saisi de la cause encore pendante (en l'occurrence la procédure P/1\_\_\_\_\_) rejetait le recours dont il avait été saisi ou que, pour un motif de procédure, il ne pouvait prononcer une peine complémentaire, le condamné avait encore la possibilité de requérir, conformément à l'art. 344 al. 2 aCP, qu'une peine d'ensemble lui soit infligée, pour autant que l'art. 49 aCP eût été applicable si les différentes procédures avaient été jointes (ATF 102 IV 242 consid. 4a et 4b). L'entrée en force des différentes condamnations ne constituait donc pas un obstacle au prononcé d'une peine d'ensemble, la procédure prévue par l'art. 344 al. 2 aCPP ayant précisément pour vocation de s'appliquer dans un tel cas (ACJP/232/2001 du 9 octobre 2001). L'art. 34 al. 3 CPP ayant repris pour l'essentiel la teneur de l'art. 344 al. 2 aCP, l'on ne voit pas que le changement de l'intitulé de cette disposition (qui porte désormais le titre de "for en cas d'infractions commises en des lieux différents") empêcherait de suivre la procédure prévue pour ce cas de figure sous l'ancien droit. En effet, déjà à l'époque, et malgré les termes utilisés, celle-ci n'apparaissait pas destinée à ne s'appliquer qu'aux condamnations prononcées par des tribunaux, à l'exclusion de celles infligées par le Ministère public; les juridictions genevoises, à l'instar de celles d'autres cantons, ont ainsi régulièrement prononcé des peines d'ensemble sur cette base en présence d'ordonnances de condamnation (cf. par exemple JTAP/354/2008 du 4 juin 2008; Tessin, CCRP, 10.09.1985 in BJP 1993 n° 366; Luzern, OG,

- 7/10 - P/9226/2014 II.Kammer, 14.05.1985 in BJP 1988 n° 459). Il n'apparaît par ailleurs pas que le fait que soient en cause des procédures conduites par des autorités relevant d'un même for ait constitué un obstacle à l'application de l'art. 344 al. 2 aCP, disposition qui, elle aussi, était ancrée dans le chapitre consacré aux fors, et dont l'alinéa 1 était identique à l'art. 34 al. 1 CPP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6S.406/2003 du 5 décembre 2003 consid. 4.4). L'on ne voit pas qu'il en aille différemment aujourd'hui, dès lors que la doctrine recommande d'interpréter l'art. 34 al. 3 CPP de la même manière que celle de l'art. 344 al. 2 aCP, faute pour le législateur d'avoir manifesté une volonté contraire, ce que les juridictions genevoises ont au demeurant déjà eu l'occasion de confirmer (JTPM/519/2011 du 15 avril 2011). 3.3. Le recourant peut ainsi prétendre à bénéficier d'une peine d'ensemble pour les infractions faisant l'objet des procédures P/1\_\_\_\_\_ et P/2\_\_\_\_\_. 4. Il convient néanmoins d'examiner si le Ministère public est bien l'autorité compétente pour ce faire, dès lors que cette autorité, ainsi qu'elle l'a elle-même souligné, est une autorité de poursuite pénale et non de jugement (art. 12 let. b CPP). 4.1. Sous l'empire de l'ancien droit, l'art. 3 let. zc de la LaCP conférait expressément au Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après TAPEM) la compétence de remplacer plusieurs peines privatives de liberté par une peine d'ensemble en application de l'art. 344 al. 2 aCP.

L'art. 344 al. 2 aCP a été abrogé au 31 décembre 2010, sans pour autant que la disposition susmentionnée disparaisse. Ainsi, la Loi genevoise d'application du code pénal en vigueur au 1er janvier 2011 prévoyait-elle que le TAPEM était compétent pour statuer dans toutes les procédures postérieures au jugement, notamment pour " remplacer plusieurs peines privatives de liberté par une peine d'ensemble (art. 344 al. 2 CP)" (art. 3 let. ze LaCP). Sur cette base, le TAPEM s'est déclaré compétent et a prononcé une peine d'ensemble à la requête du condamné à au moins une reprise (JTPM/519/2011 précité).

Le 27 mai 2011, la Commission ad hoc Justice 2011 a présenté au Grand Conseil son rapport sur le projet de loi "balai" PL 10761 destinée à rectifier les erreurs qui s'étaient glissées dans les textes votés par le Grand Conseil, à traiter des points négligés par les projets de loi précédents mais que la commission avait jugé préférable en son temps de laisser de côté pour ne pas ralentir ses travaux et à intégrer, avec mesure, des propositions nouvelles. L'abrogation de l'art. 3 let. ze LaCP y était prévue, sans explication particulière. Au terme de cette séance, la modification proposée a été adoptée sans discussion et est entrée en vigueur le 27 septembre 2011, sans être remplacée.

- 8/10 - P/9226/2014 Ainsi, aucune loi ne prévoit désormais plus, au plan cantonal, d'autorité compétente pour remplacer plusieurs peines privatives de liberté par une peine d'ensemble, en présence de condamnations entrées en force. 4.2. Ce défaut de compétence résulte à l'évidence d'une inadvertance du législateur – lequel a abrogé l'art. 3 let. ze LaCP dans la foulée de l'abrogation de l'art. 344 al. 2 aCP – et non d'une volonté de sa part. Il convient par conséquent de combler cette lacune législative, afin que l'application du droit fédéral ne soit pas mise en défaut et qu'un condamné ne se voie pas dénier son droit à une peine d'ensemble, faute d'autorité compétente. Dans ce contexte, aucun motif ne justifie de s'écarter de la solution prévue par l'ancien droit et de modifier une compétence acquise de longue date au TAPEM. La décision du Ministère public est donc fondée, en tant que cette autorité a nié sa compétence pour statuer sur la requête du recourant tendant au prononcé d'une peine d'ensemble. 5. Justifiée, la décision entreprise sera par conséquent confirmée. 6. Le recourant a demandé à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite et à ce que Me Gaétan DROZ soit désigné comme son avocat d'office

6.1. En dehors des cas de défense obligatoire (art. 130 CPP), l'art. 132 al. 1 let. b CPP soumet le droit à l'assistance d'un défenseur d'office aux conditions que le prévenu soit indigent et que la sauvegarde de ses intérêts justifie une telle assistance. S'agissant de la seconde condition, elle s'interprète à l'aune des critères mentionnés à l'art. 132 al. 2 et 3 CPP. Ainsi, les intérêts du prévenu justifient une défense d'office notamment lorsque la cause n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter (art. 132 al. 2 CPP). Si ces deux conditions doivent en principe être réunies cumulativement, il n'est toutefois pas exclu que l'intervention d'un défenseur soit justifiée par d'autres motifs, en particulier dans les cas où la désignation d'un défenseur est nécessaire pour garantir l'égalité des armes ou parce que l'issue de la procédure pénale a une importance particulière pour le prévenu, par exemple s'il est en détention (arrêt 1B\_477/2011 du 4 janvier 2012 consid. 2.2).

6.2. En l'espèce, les condamnations dont le recourant a fait l'objet, qui conduisent à elles deux à une peine privative de liberté de 150 jours, sont définitives, de sorte que l'enjeu de la présente procédure se limite à une réduction éventuelle de ce chiffre par le biais du prononcé d'une peine d'ensemble. Or, dans la mesure où le Ministère public a d'ores et déjà tenu compte, dans le cadre de son ordonnance du 2 mai 2014, des antécédents du recourant – dont la condamnation du 23 janvier 2014 –, il

- 9/10 - P/9226/2014 n'apparaît pas qu'une réduction devrait excéder la durée de quatre mois prévue par l'art. 132 al. 3 CPP. En soit, la gravité de la cause ne justifie donc pas l'assistance d'un avocat. Cela étant, la question du droit du recourant à bénéficier d'une peine d'ensemble revêtait une complexité particulière dès lors que, d'une part, le Ministère public niait l'existence de ce droit et que, d'autre part, l'autorité compétente pour statuer sur ce dernier n'était plus désignée par une base légale ad hoc. Compte tenu de ces circonstances, il convient par conséquent d'admettre la nécessité de l'intervention d'un conseil juridique. L'impécuniosité du recourant n'étant pas contestée, l'octroi de l'assistance judiciaire et la nomination d'un avocat d'office au recourant pour la procédure de recours seront donc admis. 7. 7.1. Dans la mesure où la requête du 23 décembre 2014 aurait dû être transmise d'office à l'autorité compétente (art. 91 al. 4 CPP), les frais seront exceptionnellement laissés à la charge de l'État (art. 428 al. 1 CPP et 20 RAJ).

7.2. Ces frais comprennent ceux imputables à la défense d'office et à l'assistance gratuite (art. 422 al. 2 let. a CPP). Or, le recourant n'a pas déposé d'état de frais (art. 17 RAJ) pour le cas où sa demande d'assistance judiciaire serait admise. Néanmoins, les bases de calcul de cette indemnité sont fixées par le règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (RAJ). Selon celui-ci, l'indemnité doit être calculée, pour un chef d'étude, à un taux horaire de CHF 200.- (art. 16 al. 1 let. c RAJ); conformément à l'art. 16 al. 2 RAJ, seules doivent être retenues les heures nécessaires, cette appréciation se faisant en fonction notamment de la nature, de l'importance, et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu.

En l'occurrence et en application de ces principes, la Chambre de céans estime adéquat d'arrêter le temps nécessaire à la défense des intérêts du recourant à quatre heures. L'indemnité due au défenseur d'office sera dès lors fixée à CHF 864.- (TVA à 8% comprise; art. 421 al. 1 CPP). \* \* \* \* \*

- 10/10 - P/9226/2014

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.