

# **GE\_GERICHTE P/14828/2015 vom 27. Januar 2017**

GE Cour de justice, 2017-01-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_P\\_14828\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_P_14828_2015)

FR: GE\_GERICHTE P/14828/2015 du 27 janvier 2017

IT: GE\_GERICHTE P/14828/2015 del 27 gennaio 2017

## **Regeste**

UTILISATION FRAUDULEUSE D'UN ORDINATEUR ; PAR MÉTIER ;  
HAMEÇONNAGE ; BANKCARD ; DISTRIBUTEUR AUTOMATIQUE DE BILLETS ;  
TENTATIVE(DROIT PÉNAL) ; FIXATION DE LA PEINE ; SURSIS À L'EXÉCUTION  
DE LA PEINE ; PRONOSTIC | CP.147.1 CP.147.2 CP.22 CP.42.2

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 CPP). La partie qui attaque seulement certaines parties du jugement est tenue d'indiquer dans la déclaration d'appel, de manière définitive, sur quelles parties porte l'appel, à savoir (art. 399 al. 4 CPP) : la question de la culpabilité, le cas échéant en rapport avec chacun des actes (let. a) ; la quotité de la peine (let. b) ; les mesures qui ont été ordonnées (let. c) ; les prétentions civiles ou certaines d'entre elles (let. d) ; les conséquences accessoires du jugement (let. e) ; les frais, les indemnités et la réparation du tort moral (let. f) ; les décisions judiciaires ultérieures (let. g). La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

### **E. 2**

2.1.1. L'art. 147 CP punit celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura, en utilisant des données de manière incorrecte, incomplète ou indue ou en recourant à un procédé analogue, influé sur un processus électronique ou similaire de traitement ou de transmission de données et aura, par le biais du résultat inexact obtenu, provoqué un transfert d'actifs au préjudice d'autrui ou l'aura dissimulé aussitôt après. Si l'auteur fait métier de tels actes, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine-pécuniaire de 90 jours-amende au moins (al. 2). L'élément constitutif de l'utilisation de manière indue est réalisé lorsque l'auteur introduit dans le processus électronique des données certes correctes, mais qu'il n'est pas subjectivement autorisé à en faire usage, à l'exemple de celui qui dérobe une carte bancaire ou postale et en utilise ensuite le code pour retirer de l'argent. Autrement dit, l'auteur fausse les conditions qui déterminent la réaction de la machine (ATF 129 IV 315, consid. 2.3.3).

2.1.2. Selon l'art. 22 CP, le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire. La tentative suppose que l'auteur réalise tous les éléments subjectifs de l'infraction et qu'il manifeste sa décision de la commettre, mais sans en réaliser tous les éléments objectifs (ATF 137 IV 113 consid. 1.4.2 p. 115 ; 128 IV 18 consid. 3b p. 21 ; 120 IV 199 consid. 3 p. 206 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_54/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.2.2). La délimitation entre les actes préparatoires, en

principe non punissables, et le commencement d'exécution, constitutif d'une tentative inachevée punissable, est délicate. D'après la jurisprudence, il y a commencement d'exécution dès que l'auteur accomplit un acte qui représente, dans son esprit, la démarche ultime et décisive vers la réalisation de l'infraction, celle après laquelle il n'y aura en principe plus de retour en arrière, sauf apparition ou découverte de circonstances extérieures compliquant trop ou rendant impossible la poursuite de l'entreprise (ATF 131 IV 100 consid. 7.2.1 p. 103 s.). On ne peut déterminer le début de la tentative qu'en se basant sur des critères à la fois objectifs et subjectifs. En effet, la question de savoir si un acte représente une tentative de commettre une infraction ne saurait être tranchée sur la base de seuls signes extérieurs ; il importe de savoir ce que l'auteur avait l'intention de faire. Dès lors, pour savoir quels actes planifiés et commis par l'auteur constituent le début de l'exécution de l'infraction, la prise en compte de la signification, dans l'esprit de l'auteur, des actes accomplis, est aussi importante que l'examen de critères objectifs. Le seuil à partir duquel il y a tentative ne doit pas précéder de trop longtemps la réalisation proprement dite de l'infraction. En d'autres termes, le commencement direct de la réalisation de l'infraction exige des actes proches de l'infraction tant du point de vue du lieu que de celui du moment. Le seuil de la tentative est en tout cas franchi si l'auteur réalise déjà l'un des éléments objectifs de l'infraction (ATF 131 IV 100 consid. 7.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_101/2014 du 10 novembre 2014 consid. 1.2 et 6 B\_54/2011 du 26 avril 2011 consid. 2.2.2). 2.1.3. Lorsque l'infraction est commise par métier, il n'y a pas de place pour une inculpation distincte en raison des tentatives, lesquelles sont absorbées par l'infraction commise par métier. Cela n'empêche toutefois pas le juge d'indiquer, dans le dispositif de son jugement, que cette infraction collective comprend à la fois des infractions consommées et des tentatives (ATF 123 IV 113 consid. 2a p. 116 ; 105 IV 159 ).

## **E. 2.2**

En l'espèce, la CPAR considère que l'on se trouve indubitablement en présence, tant du point de vue du lieu que du moment, d'un début d'exécution de l'infraction qui dépasse le seuil séparant les actes préparatoires de la tentative. Du propre aveu de l'appelant, sa présence dans les différentes banques avait comme seul but la soustraction d'une carte bancaire afin d'effectuer des retraits frauduleux. A chaque fois qu'un client se serait présenté, l'appelant n'aurait pas laissé passer l'occasion d'accomplir son forfait. Le *modus operandi* habituel de l'appelant, reconnu y compris lors de ses passages infructueux dans diverses agences bancaires, consistant à insérer le bout de papier pour bloquer la carte de ses futures victimes dans le bancomat, respectivement sa propre carte MASTERCARD pour feindre d'être un client, démontrent qu'il avait accompli toutes les démarches en vue de commettre l'infraction, n'y étant pas parvenu du seul fait de l'absence de client, respectivement de la méfiance de quelques clients. Il avait par ses trois actions - entrer dans la banque, feindre d'en être client et insertion du papier -, franchi l'ultime étape avant l'exécution de l'infraction, avortée pour des raisons indépendantes de sa volonté. Dans ces circonstances, la proximité requise avec l'infraction, à savoir le lien temporel et local étroit avec les éléments constitutifs de celle-ci et l'effet sur le bien juridique protégé, existait bien. En effet, après l'entrée d'un hypothétique client dans la banque, il n'aurait fallu que quelques secondes à l'appelant pour agir. C'est ainsi à juste titre que les premiers juges ont retenu 28 tentatives de retraits frauduleux, y compris le cas non contesté au préjudice de R\_\_\_\_\_ de sorte que leur jugement sera confirmé sur ce point.

## **E. 3**

e éd., Bâle 2013, n. 130 ad art. 47 CP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1202/2014 du 14 avril 2016 consid. 3.5.). En général, la culpabilité de l'auteur est amplifiée du fait qu'il n'a pas tenu compte de l'avertissement constitué par la précédente condamnation, et sa rechute témoigne d'une énergie criminelle accrue (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), Code pénal I : art. 1-100 CP , Bâle 2009, n. 55 ad art. 47 CP). Il en va de même des antécédents étrangers (ATF 105 IV 225 consid. 2 p. 226). Une série d'infractions semblables pèse plus lourd que des actes de nature différente. En outre, les condamnations passées perdent de leur importance avec l'écoulement du temps. Les condamnations qui ont été éliminées du casier judiciaire ne peuvent plus être utilisées pour l'appréciation de la peine ou l'octroi du sursis dans le cadre d'une nouvelle procédure pénale (ATF 135 IV 87 consid. 2 p. 89). Les antécédents judiciaires ne sauraient toutefois conduire à une augmentation massive de la peine, parce que cela reviendrait à condamner une deuxième fois pour des actes déjà jugés (ATF 120 IV 136 consid. 3b p. 145).

3.1.3. Dans le cas des peines privatives de liberté qui excèdent la limite fixée pour l'octroi du sursis (soit entre deux et trois ans), l'art. 43 CP s'applique de manière autonome. En effet, exclu dans ces cas (art. 42 al. 1 CP), le sursis complet est alors remplacé par le sursis partiel pour autant que les conditions subjectives en soient remplies. Le but de la prévention spéciale trouve alors ses limites dans les exigences de la loi qui prévoit dans ces cas qu'une partie au moins de la peine doit être exécutée en raison de la gravité de la faute commise (ATF 134 IV 1 consid. 5.5.1 p. 14). Les conditions subjectives auxquelles l'art. 42 CP soumet l'octroi du sursis intégral s'appliquent également à l'octroi du sursis partiel (ATF 134 IV 1 consid. 5.3.1 p. 10 ; cf. aussi arrêts 6B\_664/2007 du 18 janvier 2008 consid. 3.2.1 et 6B\_353/2008 du 30 mai 2008 consid. 2.3). Par conditions subjectives, il faut entendre notamment la condition posée à l'art. 42 al. 2 CP (cf. ATF 134 IV 1 consid. 4.2 et 4.2.3 p. 5 ss). Il s'ensuit que l'octroi d'un sursis partiel est exclu si, durant les cinq ans qui précèdent l'infraction, l'auteur a été condamné à une peine privative de liberté ferme ou avec sursis de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de cent quatre-vingts jours-amende au moins, sauf s'il justifie de circonstances particulièrement favorables (cf. arrêts 6B\_207/2007 du 6 septembre 2007 consid. 4.3.1 et 6B\_492/2008 du 19 mai 2009 consid. 3.1.2), c'est-à-dire de circonstances propres à renverser la présomption de pronostic négatif attachée à un tel antécédent. Les condamnations étrangères doivent être prises en considération sous réserve qu'au regard des principes généraux du droit suisse, elles ne sanctionnent pas un comportement qu'il est inopportun de réprimer, qu'elles ne prononcent pas une peine disproportionnée ou qu'elles n'aient pas été infligées au terme d'une procédure irrégulière (cf. Message précité p. 1856). Mais cette réserve doit être rapprochée de celle de l'ordre public (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_244/2010 du 4 juin 2010 consid. 1 et 6S.253/2004 du 3 novembre 2004 consid. 4). Il n'est pas nécessaire que le juge étranger ait statué comme l'aurait fait le juge suisse. Il suffit que la condamnation étrangère ne heurte pas les principes généraux du droit pénal reconnus en Suisse, quant au fait réprimé, à la peine infligée et à l'équité de la procédure.

### **E. 3.2**

En l'espèce, la faute de l'appelant est importante, compte tenu en particulier du nombre de vols perpétrés et des montants dérobés, ce qui témoigne de l'intensité de sa volonté délictuelle. La période pénale s'étend sur près de six mois, durant laquelle l'appelant a agi ou tenté d'agir à 43 reprises, réservant finalement la plupart de ses week-ends à ses activités délictueuses, pour un gain total de plus de CHF 40'000.-. Il avait la liberté d'agir autrement dans la mesure où il était au bénéfice d'un contrat de travail intérimaire et logé sans frais par sa mère. Ses explications évasives quant à l'existence d'une ou de plusieurs dettes et de

menaces exercées sur sa famille pour leur remboursement sont loin de convaincre et de justifier ses actes. Son activité délictuelle a porté sur plusieurs mois durant lesquels l'appelant a fait preuve d'initiative, n'hésitant pas à parcourir à plusieurs reprises des centaines de kilomètres depuis Marseille pour venir opérer en Suisse, à visiter plus de dix succursales de banques, réparties dans plusieurs cantons, et à agir selon une organisation et un modus operandi bien rôdés, ce qui témoigne de sa détermination. L'infraction à la LEtr est sanctionnée en l'espèce par une amende. Sa collaboration à la procédure aurait pu être meilleure. Ce n'est que confronté aux preuves matérielles qu'il a fini par reconnaître ses agissements illicites, certes s'auto-incriminant ensuite pour deux vols dont les lésés n'ont pas été identifiés. Il a refusé de donner les noms de certains de ses comparses et a tenté de se faire passer pour son frère jusqu'à ce qu'il soit confondu. S'il a exprimé des regrets et s'est engagé à rembourser les parties plaignantes, force est de constater que l'appelant n'a pas établi le versement d'un quelconque montant, ne serait-il que symbolique, alors qu'il travaillait en détention déjà au moment de l'audience de première instance. L'appelant a plusieurs antécédents d'importance en France, en particulier deux condamnations à des peines privatives de liberté de plus de 6 mois, en 2011 et 2013. La première de ces peines, pour vol avec arme, a été sanctionnée par cinq ans de prison. Sa responsabilité était entière. Il ne peut bénéficier d'aucune circonstance atténuante au sens de l'art. 48 CP qu'il ne plaide au demeurant pas. En présence de l'appel joint interjeté par le MP, la juridiction d'appel n'est pas limitée par la peine fixée par les premiers juges, notamment s'agissant d'avoir retenu un concours d'infractions au sens de l'art. 49 CP. La Cour fixera donc ab ovo la peine qui lui paraît adéquate, au regard des éléments évoqués ci-dessus et ce faisant confirmera celle de trois ans prononcée en première instance, laquelle correspond aux critères posés par l'art. 47 CP et par la jurisprudence. En conclusion, nonobstant l'absence de concours d'infractions et l'appel joint du MP, il n'y a pas lieu à réformation du jugement en ce qui concerne la sanction. La peine ne saurait être assortie du sursis, lequel est exclu vu les deux antécédents français de l'appelant antérieurs aux faits de la présente procédure, pour des infractions également réprimées en droit suisse (art. 42 al. 2 CP), sanctionnées – seule date pertinente – dans les cinq ans précédent les faits objets de la présente procédure, et l'absence de circonstances particulièrement favorables. La naissance d'un enfant, bien que source de joie, n'en est pas moins une nouvelle charge à assumer financièrement, étant relevé que l'appelant se trouvera sans emploi à sa sortie de prison et que l'activité lucrative qu'il avait en France ne l'a pas dissuadé de venir en Suisse pour y commettre des infractions. Il ne dit par ailleurs rien, ni a fortiori n'étaye, la manière dont il aurait éteint sa ou ses dettes. Ainsi que l'a retenu le premier juge, le pronostic d'avenir défavorable exclut le sursis. Le jugement entrepris sera donc confirmé également sur ce point.

## **E. 5**

L'appelant, qui succombe, supportera la moitié des frais de la procédure envers l'Etat, comprenant un émolument de CHF 2'500.- (art. 428 CPP), le solde étant laissé à charge de l'Etat vu la qualité de l'appelant joint, qui succombe aussi.

## **E. 6**

6.1. Les frais imputables à la défense d'office ou à l'assistance juridique gratuite pour la partie plaignante sont des débours (art. 422 al. 2 let. a CPP) qui constituent des frais de procédure (art. 422 al. 1 CPP) et doivent, conformément à l'art. 421 al. 1 CPP, être fixés par l'autorité pénale dans la décision finale au plus tard (ATF 139 IV 199 consid. 5.1). La juridiction d'appel est partant compétente, au sens de l'art. 135 al. 2 CPP, pour statuer sur

l'activité postérieure à sa saisine. 6.2.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, l'art. 16 du règlement sur l'assistance juridique du 28 juillet 2010 (RAJ ; E 2 05.04) s'applique. Cette dernière disposition prescrit que l'indemnité, en matière pénale, est calculée selon le tarif horaire de CHF 200.- pour un chef d'étude (let. c). L'art 16 al. 2 RAJ prescrit que seules les heures nécessaires à la défense devant les juridictions cantonales sont retenues et sont appréciées 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. 6.2.2. Reprenant l'activité de taxation suite à l'entrée en vigueur du CPP, la CPAR a maintenu dans son principe l'ancienne pratique selon laquelle l'activité consacrée aux conférences, audiences et autres actes de la procédure était forfaitairement majorée de 20% jusqu'à 30 heures de travail, 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses, telles la rédaction de courriers ou notes, les entretiens téléphoniques et la lecture de communications, pièces et décisions. Cette pratique s'explique par un souci de simplification et de rationalisation, l'expérience enseignant qu'un taux de 20% jusqu'à 30 heures de travail dans un même dossier, 10% au-delà, permet de couvrir les prestations n'entrant pas dans les postes de la procédure et répondant à l'exigence de nécessité et d'adéquation, ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis sur le principe (arrêt 6B\_838/2015 du 25 juillet 2016 consid. 3.5.2 ; voir aussi la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2016.34 du 21 octobre 2016 consid. 4). Des exceptions demeurent possibles, charge à l'avocat de justifier l'ampleur des tâches effectuées qui dépasseraient la couverture du forfait.

### **E. 6.3**

En l'occurrence, considéré dans sa globalité, l'état de frais produit par le défenseur d'office de l'appelant paraît adéquat et conforme aux principes qui précèdent, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de reprendre le détail des postes qui le composent. Aussi, l'indemnité requise de CHF 1'663.20 correspondant à 7 heures d'activité au tarif de CHF 200.-/heure (CHF 1'400.-) plus la majoration forfaitaire de 10% (CHF 140.-), compte tenu de l'activité indemnisée en première instance, et l'équivalent de la TVA au taux de 8% en CHF 123.20 sera-t-elle allouée. \* \* \* \* \*

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