

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/14828/2015

AARP/29/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt du vendredi 27 janvier 2017

Entre

A _____, domicilié _____, actuellement détenu à la prison de Champ-Dollon, chemin de Champ-Dollon 22, 1241 Puplinge, comparant par M^c B _____, avocate, _____,

appelant principal et intimé sur appel joint,

contre le jugement JTCO/113/2016 rendu le 23 septembre 2016 par le Tribunal correctionnel,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, case postale 3565, 1211 Genève 3,

appelant joint et intimé sur appel principal.

EN FAIT :

A. a.a. Par courrier déposé le 28 septembre 2016, A_____ a annoncé appeler du jugement rendu par le Tribunal correctionnel le 23 septembre 2016, dont les motifs lui ont été notifiés le 28 septembre suivant, dans la cause P/14828/2015, par lequel le tribunal de première instance l'a reconnu coupable d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur par métier (art. 147 al. 1 et 2 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0]) et d'infraction à l'art. 115 al. 1 let b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20), l'a condamné à une peine privative de liberté de trois ans, sous déduction de 251 jours de détention avant jugement (dont 80 jours en exécution anticipée de peine), ainsi qu'à une amende de CHF 100.- (peine privative de liberté de substitution d'un jour), a ordonné diverses mesures de restitution, confiscation et destruction et l'a condamné aux frais de la procédure s'élevant à CHF 10'399.-, y compris un émolument de jugement de CHF 2'000.-.

Ayant acquiescé aux conclusions civiles des parties plaignantes, A_____ a été condamné à leur verser un montant global de plus de CHF 10'300.-.

a.b. Par acte déposé le 6 octobre 2016 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), A_____ forme la déclaration d'appel prévue à l'art. 399 al. 3 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0). Il attaque partiellement le jugement de première instance et conclut à son acquittement pour les points II. 1.2 à 1.28 de l'acte d'accusation, à sa condamnation à une peine privative de liberté de 26 mois, assortie du sursis partiel, dont la partie ferme de 10 mois, et un délai d'épreuve de trois ans pour le solde.

b. Par acte du 11 octobre 2016, le Ministère public forme appel joint et conclut au prononcé d'une peine privative de liberté de quatre ans.

c. Selon l'acte d'accusation du 6 juillet 2016, il est reproché à A_____, d'avoir, à 15 reprises, entre le 2 août 2015 et le 9 janvier 2016, de concert avec C_____, D_____, un surnommé E_____, un ami et/ou une amie dont l'identité n'a pas été révélée, dans des agences bancaires du canton de Genève, à Lausanne et à Renens, soustrait par astuce la carte bancaire de clients, généralement âgés, utilisant des distributeurs automatiques de billets (ci-après : bancomats), obtenu leur code PIN en les observant, puis fait usage de manière indue desdites cartes afin de retirer de l'argent du compte des victimes, pour un montant global de plus de CHF 40'000.-, cas (F_____, G_____, H_____, I_____, J_____, K_____, L_____, M_____, N_____, O_____, P_____, Q_____, ainsi qu'un homme et une femme non identifiés).

Il lui est reproché d'avoir agi ainsi avec la circonstance aggravante du métier.

d. Il est également reproché à A_____ de s'être rendu coupable, à 28 reprises, de tentative d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur par métier, pour avoir, entre le mois d'août 2015 et le 17 janvier 2016, de concert avec les mêmes comparses, cherché à agir selon le même mode opératoire et dans le même dessein, étant précisé que R_____ ne s'est pas laissé duper et que pour les autres tentatives, alors que le prévenu avait fait usage de sa carte VISA MASTERCARD prépayée, aucun client ne s'est présenté, et ce dans les cas suivants :

- Le dimanche 23 août 2015 vers 15h10, à l'agence UBS SA (ci-après : UBS) de Chêne-Bourg, au préjudice de R_____ (81 ans) ;
- Le 25 septembre 2015 vers 13h03, à l'agence UBS sise Solothurnstrasse 4, 3422 Kirchberg (BE) ;
- Le samedi 28 novembre 2015 entre environ 09h08 et 10h50, en pénétrant à plusieurs reprises dans l'agence UBS sise rue de la Servette, 75, entre 11h15 et 11h37, dans l'agence UBS sise boulevard du Pont-d'Arve, 39, entre 12h05 et 12h58, dans l'agence UBS sise place des Eaux-Vives, 2, entre 13h16 et 13h53 et vers 14h20, dans l'agence UBS de Chêne-Bourg, puis vers 14h03 ou vers 14h23, dans l'agence de la banque MIGROS sise rue de Genève, 21-23 à Chêne-Bourg ;
- Le dimanche 6 décembre 2015 vers 10h35, en pénétrant à plusieurs reprises, dans l'agence de la Banque cantonale de Genève (ci-après : BCGe) sise rue Versonnex, 13, puis entre 10h39 et 19h44 (*recte* : 10h41), dans l'agence UBS sise place des Eaux-Vives, 2, vers 11h23, 11h52 et 13h50, dans l'agence UBS de Chêne-Bourg, et vers 13h02, dans celle du CRÉDIT SUISSE sise rue Versonnex, 11 à Genève ;
- Le samedi 26 décembre 2015, en pénétrant à plusieurs reprises, vers 10h23 dans l'agence de la banque MIGROS sise rue de Lausanne, 17 à Vevey, entre 10h28 et 10h35 dans l'agence UBS sise rue de Lausanne, 6 à Vevey, vers 11h06, dans l'agence BCV sise route de Lavaux, 166 à Lutry, vers 12h37, dans l'agence UBS sise rue de Cossonay, 23 à Prilly, vers 13h41, dans l'agence BCV sise rue des Ramparts, 17 à Yverdon-les-Bains, vers 13h43, dans l'agence BCV (*recte* : CREDIT SUISSE) à Yverdon-les-Bains, vers 14h01, dans l'agence UBS sise rue de Neuchâtel, 1 à Yverdon-les-Bains, aux alentours de 15h02 et 15h05, dans celle d'UBS sise place Pury, 5 à Neuchâtel, puis vers 16h13 et 16h23, dans le bancomat UBS sis avenue du 14 avril, 5 à Renens ;
- Le dimanche 27 décembre 2015, en pénétrant, vers 09h36, dans l'agence BCGe sise rue de Genève, 78 à Chêne-Bourg, vers 10h01, dans l'agence UBS sise rue de

la Servette, 7, puis vers 11h10 dans l'agence UBS située dans le centre commercial Eaux-Vives 2000 sis rue Jargonnant ,

- Le samedi 9 janvier 2016, en pénétrant, de concert avec D_____, vers 13h16, dans l'agence UBS sise rue de la Servette, 75 ;
- Le dimanche 17 janvier 2016, en pénétrant, de concert avec D_____, vers 08h51, dans l'agence UBS sise rue de la Servette, 75, vers 09h24, dans l'agence UBS sise boulevard du Pont-d'Arve, 39, vers 09h59, dans l'agence CRÉDIT SUISSE sise rue François-Versonnex, 11, puis vers 10h03, dans celle de l'UBS sise place des Eaux-Vives à Genève.

e. Il est enfin reproché à A_____ de s'être rendu coupable d'entrée illégale et de séjour illégal par négligence au sens des articles 115 alinéa 1 lettres a et b et al. 3 LÉtr pour avoir, le 16 janvier 2016, pénétré sur le territoire suisse et y avoir séjourné de cette date jusqu'au 17 janvier 2016, alors qu'il était dépourvu de papiers d'identité.

Ces derniers faits ne sont pas contestés en appel et ont été sanctionnés par une amende.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Depuis le 1^{er} août 2015, un trio distrayait des victimes, généralement âgées, alors qu'elles effectuaient une opération sur un distributeur d'argent afin de leur subtiliser leur carte bancaire discrètement. Sous un prétexte futile, elles étaient persuadées de devoir composer à nouveau leur code PIN, sous les yeux des auteurs. Immédiatement après le vol des cartes, des retraits frauduleux intervenaient, souvent au sein de la même succursale, jusqu'à concurrence des avoirs en compte, respectivement de la limite quotidienne de retrait de CHF 5'000.-. Les auteurs agissaient selon une composition à géométrie variable : ceux agissant au sein de la succursale changeaient selon les cas.

Le 17 janvier 2016, A_____ a été arrêté en compagnie de D_____, suite à une observation policière destinée à lutter contre la recrudescence "d'arnaques au bancomat". Tous deux faisaient des allées et venues dans l'agence UBS du Pont-d'Arve avant de se rendre dans celle du CREDIT SUISSE à la rue François-Versonnex, puis celle de l'UBS à la place des Eaux-Vives.

b. Des plaintes pénales ont été déposées par les victimes des retraits frauduleux (à part un homme et une femme restés inconnus) visés dans l'acte d'accusation auquel il suffit à ce stade de se référer.

c. D_____ a expliqué à la police et devant le Ministère public être arrivée la veille à Annemasse, en provenance de Marseille, avec A_____, son compagnon depuis un mois et demi. Elle s'était rendue à Lausanne la fin de semaine précédente en sa compagnie pour procéder à deux vols de cartes et des retraits frauduleux aux bancomats. Ils voulaient procéder de même au moment de leur interpellation, à l'initiative de A_____.

d.a. A la police, A_____, se présentant sous l'identité de son frère U_____, a contesté les faits qui lui étaient reprochés.

d.b. Devant le Ministère public, il a dans un premier temps persisté dans ses dénégations, expliquant qu'il était venu en Suisse pour la première fois de sa vie le jour de son interpellation. Confronté aux images de vidéosurveillance ainsi qu'au relevé de sa carte MASTERCARD, il a fini par admettre la totalité des faits reprochés (cas F_____, G_____, H_____, I_____, K_____, J_____, L_____, S_____, R_____, M_____, N_____, O_____, P_____ et Q_____), énonçant les montants retirés dans les deux cas pour lesquels aucun plaignant ne s'était manifesté, à savoir EUR 1'700.- le 28 novembre 2015 à Chêne-Bourg et EUR 1'000.- le 26 décembre 2015 à Lausanne. Il refusait de révéler le nom de ses comparses, agissant selon les cas à deux ou à trois, avec lesquels le butin était partagé à parts égales. Leur mode opératoire consistait à introduire un bout de papier dans le bancomat, à attendre qu'un client y insère sa carte et à regarder le code composé. Comme la carte ne pouvait pas ressortir de l'appareil, l'auteur expliquait au client comment procéder pour y parvenir et, alors que la dupe regardait quel numéro appeler pour être dépannée, l'auteur ressortait sa carte en la tirant, procédant ensuite aux retraits, alors même que le client était encore à proximité, et la lui restituait dans la foulée.

Confronté à toutes les parties plaignantes, à l'exception de M_____, A_____ a confirmé sa mise en cause, présenté des excuses et pris l'engagement de rembourser les dommages subis. Avec l'argent dérobé, il avait remboursé des dettes, il en avait "*plein, concernant plein de trucs*".

Il a reconnu devant le Ministère public le 15 février 2016 sa présence dans l'agence UBS à Kirchberg le 25 septembre 2015. Il n'y avait rien volé, faute de client, bien que telle ait été son intention et celle de son comparse T_____.

Dans toutes les autres agences visitées par A_____ avec "*son ami*" qui l'attendait dans la voiture, respectivement "*une amie*", les 28 novembre, 6, 26 et 27 décembre 2015, il n'avait pas réussi à soustraire de l'argent faute de client.

Les 9 et 17 janvier 2016, il s'était rendu dans les agences UBS de la rue de la Servette du boulevard du Pont-d'Arve et de la place des Eaux-Vives, ainsi que celle du

CREDIT SUISSE de la rue François Versonnex avec D_____. Ils n'avaient pu effectuer de retrait frauduleux faute de client, faits confirmés par sa compagne.

Il était aussi arrivé qu'il ne réussisse pas son stratagème malgré la présence de clients. S'il y avait trace de sa carte MASTERCARD dans des agences, c'est qu'il s'y était rendu. Il introduisait sa carte dans les bancomats "*pour faire semblant d'être client*".

d.c. En première instance, A_____ a confirmé ses précédentes déclarations, reconnaissant l'intégralité des faits reprochés, ne contestant pas la qualification juridique des infractions consommées, y compris l'aggravante du métier. Dans les cas où il n'avait pas réussi à dérober de carte bancaire, il avait, à chaque fois, inséré le papier dans le bancomat servant à bloquer la carte bancaire du client à venir, respectivement fait usage de sa carte MASTERCARD, afin de feindre être un client ordinaire. Il refusait de donner le nom de ses comparses pour les faits qualifiés de tentatives. Il avait "*évidemment ciblé les week-ends*", mais pas les victimes en fonction de leur âge. En insérant le papier, il ignorait quel client allait insérer sa carte. Il avait agi afin de rembourser une dette. On lui avait mis la pression et menacé sa famille.

Il travaillait en prison et avait un pécule de l'ordre de CHF 300.-.

e. S'agissant des tentatives de retraits frauduleux contestées par A_____ (cf. *supra* let. A.d.), il ressort de l'enquête que la carte VISA MASTERCARD *prepaid* n° 1_____ qu'il détenait au moment de son interpellation a été insérée les 26 et 27 décembre 2015, puis 9 et 16 janvier 2016, à plusieurs reprises dans des bancomats, aux lieux et heures retenues dans l'acte d'accusation. L'ensemble des transactions tentées à l'aide de cette carte a été refusé.

C. a. Par courrier du 7 novembre 2016, la CPAR a ordonné l'ouverture d'une procédure écrite, avec l'accord des parties.

b. Par mémoire d'appel du 9 décembre 2016, A_____ persiste dans les conclusions de sa déclaration d'appel.

Dans la mesure où le stade de la tentative n'était atteint qu'à partir du moment où l'auteur se saisissait de la carte de la victime et l'introduisait dans le bancomat, il n'y avait dans les cas reprochés à l'appelant aucun acte d'exécution effectué, la simple présence d'une personne dans un établissement bancaire pendant quelques minutes ne suffisant pas pour retenir un début de commission d'infraction.

Il n'y avait pas de concours entre l'infraction d'utilisation frauduleuse d'un ordinateur par métier et les infractions à la LEtr commises par négligence, sanctionnées par des peines de genre différent. C'était à tort que les premiers juges n'avaient pas retenu

une bonne collaboration de l'appelant qui avait immédiatement admis les faits, dit regretter ses actes et s'était engagé à rembourser les victimes dès qu'il aurait un revenu. Ses antécédents n'étaient pas nombreux ni spécifiques – à l'exception d'un vol avec arme remontant toutefois à plus de huit ans –, au nombre de quatre en France, dont une contravention. La peine à fixer devait par ailleurs tenir compte de l'acquittement partiel qui devait intervenir. Les conditions d'octroi du sursis partiel étaient réalisées, la condamnation du 20 mai 2011 concernant des faits s'étant produits il y a plus de cinq ans, celle du 28 novembre 2013 ayant trait à des faits totalement différents, à savoir des infractions à la LCR. Le fait que l'appelant n'ait plus de dettes à rembourser et qu'il soit devenu père d'une petite fille permettait de retenir l'existence de circonstances particulièrement favorables empêchant que ces deux condamnations ne détériorent le pronostic favorable.

c. Le Ministère public persiste dans les conclusions de sa déclaration d'appel joint.

La peine prononcée en première instance était exagérément clémente, la faute devant être qualifiée de très lourde. En l'espace de quatre mois et demi seulement, A_____ était venu pas moins de 11 week-ends en Suisse uniquement pour commettre des délits, activité à laquelle il n'avait été mis fin que par son interpellation. Le butin s'élevait à plus de CHF 45'000.- sur les CHF 215'000.- escomptés en tenant compte de la limite de retrait quotidienne. La circonstance aggravée du métier n'avait pas été prise en compte par les premiers juges dans la fixation de la peine, pas plus que le fait qu'il ait agi systématiquement avec un comparse et au préjudice, à deux exceptions près, de victimes âgées. Il y avait concours d'infractions, une responsabilité pleine et entière de l'auteur et un mobile purement égoïste, étant rappelé que A_____ avait indiqué fréquenter des truands car cela lui permettait de se faire de l'argent plus rapidement. Sa situation personnelle n'expliquait pas ses agissements pas plus que ses prétendues dettes. Sa collaboration avait été mauvaise. Il n'avait commencé à faire des aveux que très partiels devant le Tribunal des mesures de contrainte, où il avait encore prétendu être son frère et donné une fausse identité pour l'un de ses comparses, taisant celui des autres tout au long de la procédure. L'absence d'indemnisation des victimes démontrait des regrets exprimés uniquement pour les besoins de la cause. Ses antécédents étaient nombreux et, pour la peine la plus importante, concernait des faits spécifiques.

d. Le Ministère public a répondu à l'appel du prévenu s'agissant du seuil de la tentative et de la fixation de la peine dans une argumentation qui sera reprise dans la mesure nécessaire dans les considérants en droit. Il conclut au rejet de l'appel, frais à charge de A_____.

e. A_____ persiste dans les termes de ses précédentes écritures.

f. M^e B _____ dépose un état de frais pour 7 heures d'activité développée en appel, plus forfait courriers et téléphones de 20%.

D. A _____, ressortissant français né le _____ 1990 à Saint-Louis de la Réunion (France), est célibataire mais a dit devoir devenir père en septembre 2016. Son père est décédé durant son incarcération. Il est sans formation professionnelle achevée. Avant son interpellation, il travaillait en intérimaire en tant que releveur de compteurs, pour un salaire de EUR 1'200.- par mois. Il vivait chez sa mère avec sa compagne, sans participer au loyer. Son beau-père entretenait sa mère. Ses dettes, contractées auprès de particuliers suite à des dommages à la propriété, s'élevaient à EUR 7'000.- à 8'000.-.

Son casier judiciaire suisse est vierge. Il a toutefois été condamné en France :

- le 1^{er} septembre 2008, par le Tribunal correctionnel de Marseille, à un travail non rémunéré de 40 heures pour destruction du bien d'autrui commise en réunion,
- le 20 mai 2011, par la Cour d'Assises des Bouches-du-Rhône à Aix-en-Provence, à une peine de cinq ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis pour vol avec arme (perpétré le 30 décembre 2008),
- le 28 novembre 2013, par le Tribunal correctionnel de Paris, à une peine d'un an d'emprisonnement dont six mois avec sursis pour infraction à la législation sur la circulation routière,
- le 3 novembre 2014, par le Tribunal correctionnel de Marseille, à une amende de EUR 600.- pour usage illicite de stupéfiants.

A _____ affirme avoir bénéficié d'un aménagement de peine deux ans après son incarcération en 2011 et ne pas avoir exécuté les six mois fermes prononcés en 2013. Selon ses dires, il aurait encore été condamné en France, en avril 2016, pour infraction à la législation sur la circulation routière.

EN DROIT :

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).

- 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 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).

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.

3. **3.1.1.** 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).

La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (*objektive Tatkomponente*). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (*subjektive Tatkomponente*). À ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (*Täterkomponente*), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 p. 66 s. ; 136 IV 55 consid. 5 p. 57 ss ; 134 IV 17 consid. 2.1 p. 19 ss ; 129 IV 6 consid. 6.1 p. 20). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci ne viole le droit fédéral en fixant la peine que s'il sort du cadre légal, s'il se fonde sur des critères étrangers à l'art. 47 CP, s'il omet de prendre en considération des éléments d'appréciation prévus par cette disposition ou, enfin, si la peine qu'il prononce est exagérément sévère ou clémente au point de constituer un abus du pouvoir d'appréciation (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 p. 61 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1249/2014 du 7 septembre 2015 consid. 1.2).

3.1.2. Bien que la récidive ne constitue plus un motif d'aggravation obligatoire de la peine (art. 67 aCP), les antécédents continuent de jouer un rôle très important dans la fixation de celle-ci (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar Strafrecht I : Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, 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.

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.

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.
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.

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.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit l'appel et l'appel joint formés par A_____ et le Ministère public contre le jugement rendu le 23 septembre 2016 par le Tribunal correctionnel dans la procédure P/14828/2015.

Les rejette.

Condamne A_____ à la moitié des frais de la procédure d'appel, qui comprennent un émolument de CHF 2'500.-.

Laisse le solde de ces frais à la charge de l'Etat.

Arrête à CHF 1'663.20, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M^e B_____, défenseur d'office, de A_____.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, à l'instance inférieure, à la prison de Champ-Dollon, au SAPEM et à l'Office cantonal de la population et des migrations.

Siégeant :

Madame Valérie LAUBER, présidente ; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ et Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, juges.

La greffière :

Melina CHODYNIECKI

La présidente :

Valérie LAUBER

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale, sous la réserve qui suit.

Dans la mesure où il a trait à l'indemnité de l'avocat désigné d'office ou du conseil juridique gratuit pour la procédure d'appel, et conformément aux art. 135 al. 3 let. b CPP et 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (LOAP; RS 173.71), le présent arrêt peut être porté dans les dix jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 39 al. 1 LOAP, art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzona).

P/14828/2015

ÉTAT DE FRAIS

AARP/29/2017

COUR DE JUSTICE

Selon les art. 4 et 14 du règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E 4 10.03).

Total des frais de procédure du Tribunal correctionnel : CHF 10'399.00

Bordereau de frais de la Chambre pénale d'appel et de révision

Délivrance de copies et photocopies (let. a, b et c) CHF 00.00

Mandats de comparution, avis d'audience et divers (let. i) CHF 280.00

Procès-verbal (let. f) CHF 00.00

État de frais CHF 75.00

Émoluments de décision CHF 2'500.00

Total des frais de la procédure d'appel : CHF 2'855.00

Total général (première instance + appel) : CHF 13'254.00