

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PM/709/2015

AARP/53/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale d'appel et de révision**

**Arrêt du 9 février 2016**

Entre

A \_\_\_\_\_, comparant par M<sup>e</sup> H \_\_\_\_\_, avocat,

appelant,

contre le jugement JTPM/638/2015 rendu le 18 septembre 2015 par le Tribunal d'application des peines et des mesures,

et

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

intimé.

---

**EN FAIT :**

**A. a.** Par courrier expédié le 23 septembre 2015 à la Chambre pénale d'appel et de révision (ci-après : CPAR), A\_\_\_\_\_, alias \_\_\_\_\_, (ci-après : A\_\_\_\_\_) forme appel contre le jugement JTPM/638/2015 rendu le 18 septembre 2015 par le Tribunal d'application des peines et des mesures (ci-après : TAPEM), notifié le 21 septembre 2015, par lequel le tribunal de première instance a prononcé à son encontre une peine privative de liberté d'ensemble de 210 jours dans le cadre des procédures P/1\_\_\_\_\_ et P/2\_\_\_\_\_.

**b.** Dans sa déclaration d'appel, A\_\_\_\_\_ allègue, à titre principal, une violation de son droit d'être entendu par le TAPEM, qui ne lui a pas communiqué la détermination du Ministère public du 14 août 2015 avant de statuer et auquel la cause doit être renvoyée pour nouvelle décision. A titre subsidiaire, il conclut à la réformation du jugement entrepris et à la fixation d'une peine privative de liberté d'ensemble n'excédant pas 100 jours.

**B.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

**a.a.** A\_\_\_\_\_ a été condamné par ordonnance pénale du 23 janvier 2014 (procédure P/1\_\_\_\_\_) à une peine privative de liberté de 90 jours, sous déduction d'un jour de détention provisoire, pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20 ; séjour illégal entre le 19 décembre 2013 et le 22 janvier 2014), faux dans les certificats (art. 252 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP ; RS 311.0] ; falsification de son titre de séjour "N", échu, en y modifiant la date d'échéance) et infraction à l'art. 19 al. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup ; RS 812.121 ; détention de 206 grammes de marijuana destinés à la vente), ainsi qu'à une amende de CHF 200.- pour infraction à l'art. 19a ch. 1 LStup.

**a.b.** A\_\_\_\_\_ a fait opposition à cette ordonnance pénale le 29 janvier 2014. La procédure a été transmise au Tribunal de police, qui a fixé les débats au 13 novembre 2014.

**b.a.** Par ordonnance pénale du 2 mai 2014 (procédure P/2\_\_\_\_\_), A\_\_\_\_\_ a été condamné à une peine privative de liberté de 120 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement, pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEtr (séjour illégal entre le 23 janvier et le 2 mai 2014) et à l'art. 19 al. 1 LStup (vente régulière de marijuana dans la rue et détention, le 2 mai 2014, d'un sac contenant 1'047 grammes de marijuana destinés à la vente).

Cette décision rappelait que A\_\_\_\_\_ avait été condamné à deux reprises par le Ministère public, le 20 novembre 2012 à une peine pécuniaire de 30 jours-amende à

CHF 30.- le jour, sursis trois ans, pour entrée et séjour illégal ainsi que comportement frauduleux à l'égard des autorités, et le 19 décembre 2013 à une peine privative de liberté de trente jours et à une amende de CHF 200.- pour séjour illégal et contravention à la LStup. La condamnation du 23 janvier 2014 était aussi mentionnée, avec l'indication qu'elle faisait l'objet d'une opposition.

**b.b.** A\_\_\_\_\_ n'a pas fait opposition à cette ordonnance pénale.

**c.** Par ordonnance du 13 novembre 2014, le Tribunal de police a constaté le défaut de A\_\_\_\_\_ aux débats dans le cadre de la procédure P/1\_\_\_\_\_ – refusant qu'il soit représenté par son conseil –, dit que l'opposition formée contre l'ordonnance pénale du 23 janvier 2014 était réputée retirée et que celle-ci était assimilée à un jugement entré en force.

Cette décision a été notifiée le 26 novembre 2014 à A\_\_\_\_\_, qui n'a pas recouru. Son extrait de casier judiciaire indique que l'ordonnance pénale du 23 janvier 2014 est entrée en force le 19 novembre 2014.

**d.a.** Par acte du 23 décembre 2014, A\_\_\_\_\_ a requis du Ministère public qu'il fixe une peine d'ensemble en application de l'art. 49 al. 2 CP dans les procédures P/1\_\_\_\_\_ et P/2\_\_\_\_\_, relevant qu'une peine d'ensemble doit être arrêtée lorsqu'un juge n'a pas prononcé de peine complémentaire alors qu'il le pouvait.

**d.b.** Par décision du 13 janvier 2015 dans la cause P/2\_\_\_\_\_, le Ministère public a refusé d'entrer en matière sur cette requête, considérant qu'il était incompétent pour revenir sur le prononcé d'ordonnances pénales entrées en force et que la procédure sollicitée n'était prévue ni par le CP, ni par le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

**d.c.** A\_\_\_\_\_ a recouru contre le refus d'entrée en matière du Ministère public. L'ordonnance pénale du 23 janvier 2014 étant entrée en force largement après celle du 2 mai 2014, tout en sanctionnant des faits antérieurs, il y avait concours rétrospectif justifiant le prononcé d'une peine d'ensemble.

**d.d.** La Chambre pénale des recours (ci-après : CPR) a rejeté le recours au motif que le Ministère public n'était effectivement pas l'autorité compétente. En revanche, la CPR a admis sur le principe que le recourant pouvait prétendre au prononcé d'une peine d'ensemble fondée sur l'art. 34 al. 3 CPP et retenu que la compétence pour fixer dite peine revenait au TAPEM (ACPR/3\_\_\_\_\_ du \_\_\_\_\_ 2015).

**e.a.** Par requête du 8 juillet 2015 adressée au TAPEM, A\_\_\_\_\_ a conclu au prononcé d'une peine d'ensemble n'excédant pas 100 jours de peine privative de liberté.

**e.b.** Dans sa requête, A\_\_\_\_\_ a relevé qu'il avait été détenu du 15 décembre 2014 au 7 juin 2015 en exécution de quatre condamnations, soit celle du 19 décembre 2013 (P/4\_\_\_\_\_, ordre d'écrou du 24 janvier 2014), celles résultant des procédures en cause (P/1\_\_\_\_\_ et P/2\_\_\_\_\_) et une condamnation à un mois de privation de liberté, sous déduction de deux jours de détention avant jugement, prononcée par le Tribunal de police le 18 mars 2015 (P/5\_\_\_\_\_, ordre d'écrou du 8 avril 2015) pour séjour illégal, le sursis octroyé le 20 novembre 2012 ayant en outre été révoqué.

Un courrier du Service de l'application des peines et mesures confirmant l'exécution des peines découlant de ces quatre procédures et la libération conditionnelle de A\_\_\_\_\_ le 7 juin 2015 a été produit.

**e.c.** Par courrier du 14 août 2015, non transmis à A\_\_\_\_\_, le Ministère public a conclu à ce que le TAPTEM prononce, à titre de peine d'ensemble, une peine privative de liberté ferme de 180 jours, peine qui tient compte du concours d'infractions et des condamnations précédentes du requérant.

**C. a.** Par ordonnance présidentielle du 30 octobre 2015 (OARP/335/2015), la CPAR a communiqué à A\_\_\_\_\_ les observations du Ministère public du 14 août 2015 et ordonné, avec l'accord des parties, l'ouverture d'une procédure écrite.

**b.a.** Dans son mémoire du 23 novembre 2015, A\_\_\_\_\_ persiste dans ses conclusions.

Le TAPTEM avait violé son droit d'être entendu en ne lui communiquant pas la réponse du Ministère public du 14 août 2015. Admettre que cette violation pût être réparée par la CPAR reviendrait à le priver d'un échelon juridictionnel. En conséquence, le jugement devait être annulé et la cause renvoyée à la juridiction inférieure.

La peine fixée par le TAPTEM revenait à une seule addition des peines prononcées par le Ministère public dans ses ordonnances des 23 janvier et 2 mai 2014, ce qui contrevenait à l'art. 49 al. 2 CP. Le Ministère public concluait d'ailleurs lui-même à ce que la peine d'ensemble soit arrêtée à 180 jours. Parmi les critères de fixation de la peine, le TAPTEM avait par ailleurs ignoré que l'appelant n'avait pas d'antécédents spécifiques en matière de trafic de stupéfiants et que la jurisprudence européenne reprise par le Tribunal fédéral s'opposait au prononcé d'une peine privative de liberté pour séjour illégal alors qu'aucune démarche administrative en vue du renvoi ne la précédait.

**b.b.** Le défenseur d'office de A\_\_\_\_\_ dépose sa note d'honoraires afférente à la procédure d'appel, laquelle comprend 2 heures et 30 minutes d'activité d'un stagiaire et une heure d'activité du chef d'étude.

**c.a.** Par courrier du 1<sup>er</sup> décembre 2015, le TAPEM renonce à formuler des observations et maintient les termes de son jugement.

**c.b.** Dans son mémoire de réponse du 15 décembre 2015, le Ministère public conclut au rejet de l'appel et à la condamnation de A\_\_\_\_\_ aux frais de la procédure d'appel.

**d.** Ces écritures ont été communiquées à A\_\_\_\_\_, avec l'indication que la cause était gardée à juger. Aucune réplique n'a été déposée.

### **EN DROIT :**

1. Considérant que le recours de A\_\_\_\_\_ porte sur la fixation d'une peine, tâche traditionnellement dévolue au juge du fond, la CPAR a admis sa compétence, au demeurant non contestée par les parties.

Interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits, l'appel est recevable (art. 398 et 399 CPP).

2. **2.1.** Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101) et 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le droit d'être entendu, rappelé à l'art. 107 CPP, garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Ce droit à la réplique vaut pour toutes les procédures judiciaires. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (CourEDH *Schaller-Bosset c. Suisse* du 28 octobre 2010, § 39, et *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, § 24 ; ATF 139 I 189 consid. 3.2 p. 192 ; 133 I 100 consid. 4.3. p. 102 ; 133 I 98 consid. 2.2 p. 99 ; 132 I 42 consid. 3.3.2-3.3.4 p. 46 ; arrêts du Tribunal fédéral 1B\_199/2014 du 24 juin 2014 consid. 3.1 et 1B\_349/2011 du 14 juillet 2011).

**2.2.** Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2 p. 190 ; 122 II 464 consid. 4a p. 469). A titre exceptionnel, une violation du droit d'être entendu, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave, peut être considérée comme

réparée lorsque la partie concernée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours disposant d'un pouvoir d'examen complet quant aux faits et au droit. Par ailleurs, même si la violation du droit d'être entendu est grave, une réparation du vice procédural devant l'autorité de recours est également envisageable si le renvoi à l'autorité inférieure constituerait une vaine formalité. L'allongement inutile de la procédure qui en découlerait est, en effet, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 p. 197, *in* SJ 2011 I 347 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2 p. 126/127 ; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204).

**2.3.** En l'espèce, l'appelant n'a pas été informé de la détermination du Ministère public du 14 août 2015 et a, de ce fait, été privé de la possibilité de répliquer avant que le TAPEM rende sa décision.

Par ordonnance présidentielle du 30 octobre 2015, les observations du Ministère public incriminées lui ont été transmises par la Chambre de céans. Compte tenu du plein pouvoir d'examen de la CPAR (art. 398 al. 2 CPP), qui a permis à l'appelant de se prononcer dans son mémoire d'appel de manière complète sur les arguments du Ministère public, cette transmission a permis de réparer de manière satisfaisante la violation du droit d'être entendu de l'appelant. Un renvoi à l'autorité inférieure, qui serait au demeurant inopportun vu la durée déjà atteinte par la procédure, n'est dès lors pas nécessaire.

L'appel sera rejeté sur ce point.

**3. 3.1.** A teneur de l'art. 34 al. 3 CPP, lorsqu'une personne a été condamnée par plusieurs tribunaux à plusieurs peines de même nature, le tribunal qui a prononcé la peine la plus grave fixe, à la requête de la personne condamnée, une peine d'ensemble.

**3.2.** La loi ne soumet à aucun délai la requête en fixation d'une peine d'ensemble au sens de l'art. 34 al. 3 CPP. La doctrine relève néanmoins que cette demande doit dans tous les cas intervenir avant le début de l'exécution des sanctions (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, n. 16 ad art. 34 ; A. DONATSCH / T. HANSJAKOB / V. LIEBER (éds), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, n. 14 ad art. 34 ; N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung: Praxiskommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2013, n. 6 ad art. 34).

**3.3.1.** Non discuté au moment de l'adoption du CPP, l'art. 34 al. 3 CPP reprend la solution consacrée à l'art. 344 al. 2 aCP (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, 1119), dont la teneur

était la suivante : "*Lorsqu'un inculpé, contrairement aux règles sur le concours d'infractions (art. 49), a été condamné par plusieurs tribunaux à plusieurs peines privatives de liberté, le tribunal qui a prononcé la peine la plus grave fixe, à la requête du condamné, une peine d'ensemble*". Cette disposition reproduisait, sans modification, l'art. 350 ch. 2 aCP (Message relatif à la modification du code pénal suisse [dispositions générales, introduction et application de la loi pénale] et du code pénal militaire et à la loi fédérale sur le droit pénal des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 1871, 1969).

Ainsi, il convient de considérer que, nonobstant son libellé peu explicite, l'art. 34 al. 3 CPP vise, comme les précédents art. 344 al. 2 aCP, respectivement 350 ch. 2 aCP, les cas où les règles sur le concours, et plus spécifiquement le concours rétrospectif, ont été méconnues (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op. cit.*, n. 15 ad art. 34 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 34 ; A. DONATSCH / T. HANSJAKOB / V. LIEBER (éds), *op. cit.*, n. 14 ad art. 34 ; N. SCHMID, *op. cit.*, n. 5 ad art. 34 ; M. DAPHINOFF, *Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zurich 2012, p. 225 s.). L'obligation de prononcer une peine d'ensemble ne se conçoit ainsi qu'en cas de concours rétrospectif (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Code de procédure pénale, Petit commentaire*, Bâle 2013, n. 12 ad art. 34).

Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral relevait que cette procédure devrait plutôt être l'exception (arrêt du Tribunal fédéral 6S.406/2003 du 5 décembre 2003 consid. 4.3).

**3.3.2.** Le concours rétrospectif est visé à l'art. 49 al. 2 CP (art. 68 al. 2 aCP). A teneur de cette disposition, si le juge doit prononcer une condamnation pour une infraction que l'auteur a commise avant d'avoir été condamné pour une autre infraction, il fixe la peine complémentaire de sorte que l'auteur ne soit pas puni plus sévèrement que si les diverses infractions avaient fait l'objet d'un seul jugement.

L'art. 49 al. 2 CP est applicable lorsque le tribunal doit juger des infractions que l'auteur a commises avant d'être condamné pour d'autres infractions (ATF 129 IV 113 consid. 1.1, *in* JdT 2005 IV 51). La disposition a essentiellement pour but de garantir le respect du principe d'absorption, également en cas de concours rétrospectif. L'auteur qui encourt plusieurs peines privatives de liberté doit être jugé en application d'un principe uniforme d'augmentation de la peine qui lui est relativement favorable, indépendamment du fait que les procédures sont conduites séparément ou non (ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 p. 115, *in* JdT 2013 IV 63). Nonobstant la séparation des poursuites pénales en plusieurs procédures, l'auteur ne doit ainsi pas être désavantagé et, dans la mesure du possible, pas non plus avantagé par rapport à l'auteur dont les actes sont jugés simultanément (ATF 132 IV 102 consid. 8.2 p. 105 et les références citées).

**3.3.3.1.** Pour déterminer si le tribunal doit prononcer une peine complémentaire, il convient de se référer à la date du jugement antérieur, indépendamment de la date d'un éventuel arrêt sur appel ultérieur (ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 et 3.4.2 ; 129 IV 113 consid. 1.1 et 1.2). L'auteur est donc "condamné", au sens de l'art. 49 al. 2 CP, dès l'instant du *prononcé* du jugement dans la première procédure. Pour répondre à la question de l'applicabilité du principe d'absorption, il n'est donc pas déterminant que le premier jugement soit entré en force (ATF 138 IV 113 consid. 3.4.1 et 3.4.2 ; voir aussi AARP/123/2015 du 17 février 2015). En revanche, l'art. 49 al. 2 CP ne s'applique pas si le premier jugement, postérieur aux faits dont le deuxième juge a à connaître, est annulable sur simple opposition du condamné (ATF 127 IV 106 consid. 2c p. 107, à propos d'un jugement par défaut rendu à l'étranger).

Les infractions commises après le *prononcé* du jugement, y compris celles commises alors que ce jugement n'est pas entré en force, 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 ; 129 IV 113 consid. 1.3 ; 109 IV 87 consid. 2a ; 102 IV 242 consid. II.4.a).

En d'autres termes, l'art. 49 al. 2 CP est applicable lorsque le premier juge aurait eu la possibilité de se prononcer sur les faits dont le deuxième juge a à connaître (S. KOCH, *Asperationsprinzip und retrospektive Konkurrenz*, Zurich 2014, p. 162).

**3.3.3.2.** Il est relevé dans le Commentaire romand du Code pénal que "*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 application de l'art. 49 al. 2 CP*" (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *Code pénal I : art. 1-100 CP*, Bâle 2009, n. 84 ad art. 49). 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 (R. ROTH / L. MOREILLON (éds), *op. cit.*, *ibidem*). Il est également mentionné dans le Petit commentaire du Code pénal qu'en cas d'ordonnance pénale, ce n'est pas le prononcé, mais l'échéance du délai d'opposition qui est déterminante pour l'application de l'art. 49 al. 2 CP (M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal, Petit commentaire*, Bâle 2012, n. 26 ad art. 49). Ces deux ouvrages font référence à un arrêt tessinois de 1985 (Tessin, CCRP, 10 septembre 1985 *in* BJP 1993 n° 366) pour fonder cette position. Cette même référence est en revanche indiquée dans le Code pénal annoté pour souligner "*qu'il y a condamnation pour une autre infraction au sens de l'art. 49 al. 2 dès l'instant du prononcé du jugement [...]. Cela vaut même en cas d'ordonnance pénale en dépit du fait que l'entrée en force est reportée jusqu'à l'échéance du délai*

---

*d'opposition car l'ordonnance n'est pas un jugement*" (C. FAVRE / M. PELLET / P. STOUDEMANN, *Code pénal annoté*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2011, n. 2.2 ad art. 49 al. 2).

Les auteurs du commentaire bâlois notent qu'il faut se référer au *prononcé* (*Ausfällung*) du jugement ou de l'ordonnance pénale (nos italiques) pour déterminer si, sur le principe, l'art. 49 al. 2 CP trouve application (M. NIGGLI / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafrecht I: Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, n. 138 ad art. 49).

**3.3.4.** Si, au moment du jugement intervenant dans la procédure postérieure, la peine de base n'est pas encore entrée en force, il peut arriver qu'ultérieurement, elle soit partiellement ou totalement annulée par jugement de l'autorité d'appel ou de recours. Pour déterminer la quotité de la peine complémentaire, il est ainsi indispensable que le second juge dispose d'un jugement définitif pour les infractions qui ont été jugées par le premier juge. Dans le cas contraire, le second juge dispose de deux possibilités : soit il attend l'entrée en force du premier jugement avant de prononcer une peine complémentaire, soit il décide de ne pas attendre et prononce un jugement indépendant (ATF 129 IV 113 consid. 1.3). S'il choisit cette seconde option, au moment où un jugement acquerra force de chose jugée dans le cadre de la première procédure, la personne condamnée pourra demander qu'une peine d'ensemble soit fixée pour les deux infractions ou complexes d'infractions jugés séparément, conformément à l'art. 34 al. 3 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_217/2013 du 28 juillet 2014 consid. 6.4 ; arrêt de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2014.16 du 24 septembre 2014 consid. 3.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B\_666/2010 du 2 décembre 2010 consid. 5.3 ; 6S.406/2003 du 5 décembre 2003 consid. 4.3 et 6S.372/2001 du 4 juillet 2001 consid. 2 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 1, 2, 5 ad art. 34).

**3.3.5.** Il résulte de ce qui précède que la fixation d'une peine d'ensemble sur la base de l'art. 34 al. 3 CPP se justifie lorsqu'un tribunal a prononcé une peine indépendante contrairement à l'art. 49 al. 2 CP parce qu'il ignorait l'existence d'une condamnation postérieure aux faits qu'il avait à connaître (décisions de divers cantons par exemple) ou parce qu'il n'a pas attendu, sciemment, l'issue de la procédure relative au premier jugement. Le principe de l'applicabilité d'une peine complémentaire est acquis vu l'antériorité des faits par rapport au prononcé d'un premier jugement, mais la quotité de cette peine complémentaire ne peut être déterminée faute d'entrée en force dudit premier jugement. Quelques cas d'application le confirment (peine d'ensemble admise : arrêt de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2014.30 du 9 décembre 2014 [avec la particularité que le requérant avait débuté l'exécution des sanctions] ; arrêt de la Cour pénale neuchâteloise du 25 novembre 2013 [CPEN.2013.35] ; JTAP/191/2009 du 25 février 2009 ; jugement de la Cour d'assises du canton de Neuchâtel du 26 octobre 2006, *in* RJN 2006 p. 152 / renvoi du condamné à requérir une peine d'ensemble : arrêt de la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral SK.2014.16 du 24 septembre 2014 consid. 3.2.1 ;

ACJP/232/2001 du 9 octobre 2011 / refus d'une peine d'ensemble : JTPM/519/2011 du 15 avril 2011, où le juge relève qu'en cas d'ordonnances pénales successives portant sur des faits successifs, il y a récidive et non concours).

**3.4.** Le retrait d'une opposition (même fictif) à une ordonnance pénale a pour conséquence de replacer le litige dans la même situation que s'il n'y avait pas eu d'opposition. Dans ce cas, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement définitif et exécutoire (art. 354 al. 3 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_242/2014 du 22 décembre 2014 consid. 2.3 ; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op. cit.*, n. 18 ad art. 354).

Ainsi, faute d'opposition valablement formulée, l'ordonnance pénale entre en force selon les règles fixées à l'art. 437 CPP, dont l'alinéa 2 prévoit que l'entrée en force prend effet à la date à laquelle la décision a été rendue (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *op. cit.*, n. 18 ad art. 354 al. 3 et n. 24 ad art. 437 ; A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 7 ad art. 437 ; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n. 16 ad art. 437 ; M. DAPHINOFF, *op. cit.*, p. 688).

**3.5.** Il est douteux, au regard de la doctrine qui s'est exprimée sur le sujet (*cf. supra* consid. 3.2), qu'une requête en fixation de peine d'ensemble soit recevable lorsque, comme dans le cas d'espèce, elle est déposée alors que le condamné a déjà commencé l'exécution de ses peines.

La question souffre de demeurer indécise *in casu*, les conditions au prononcé d'une peine d'ensemble au sens de l'art. 34 al. 3 CPP n'étant, en tout état, pas réalisées.

**3.6.1.** En l'occurrence, le Ministère public a rendu le 23 janvier 2014 une ordonnance pénale concernant des faits compris entre le 19 décembre 2013 et le 22 janvier 2014, puis, le 2 mai 2014, une ordonnance pénale concernant des faits compris entre le 23 janvier et le 2 mai 2014.

Il convient de relever, à titre liminaire, que, s'il n'était pas question d'ordonnances pénales rendues par le Ministère public, mais de jugements (art. 80 CPP), il serait évident que les règles sur le concours rétrospectif ne trouvaient pas application lorsque les autorités se sont prononcées. Les faits à connaître par le deuxième "juge" (faits compris entre le 23 janvier et le 2 mai 2014) sont en effet postérieurs à la date du prononcé du premier "jugement" (23 janvier 2014), sans que la date d'entrée en force n'ait à cet égard de pertinence. Un éventuel appel du premier "jugement" n'aurait eu d'incidence que sous l'angle de la prise en compte des antécédents au moment de la fixation de la peine.

En revanche, il est certain qu'une opposition à une ordonnance pénale (ou un appel contre un jugement) peut aboutir à créer un concours rétrospectif si la personne est condamnée dans l'intervalle pour d'autres faits, le juge de l'opposition (ou de l'appel) étant alors amené à connaître de faits antérieurs à une condamnation. Il n'est ainsi pas contesté que le Tribunal de police aurait dû prononcer une peine complémentaire à celle résultant de l'ordonnance du 2 mai 2014, définitive, s'il était entré en matière sur l'opposition à l'ordonnance du 23 janvier 2014. Ce cas de figure est clair et le condamné aurait eu à disposition les voies de droit usuelles (appel, puis recours au Tribunal fédéral) si le premier juge n'avait pas prononcé cette peine complémentaire. L'art. 34 al. 3 CPP ne pourrait pas servir de fondement à un correctif si la personne n'avait pas utilisé les voies de droit offertes, sauf à admettre une possibilité qui n'existe pour aucune erreur du juge si les conditions de la révision (art. 410 ss CPP) ne sont pas réunies.

**3.6.2.** Le Tribunal de police n'est toutefois pas entré en matière, constatant le retrait de l'opposition formée par l'appelant. Celui-ci soutient que son opposition, retirée, a eu pour effet de différer l'entrée en force de l'ordonnance du 23 janvier 2014 à une date postérieure à l'ordonnance du 2 mai 2014. Par ce propos, il cherche à démontrer que l'ordonnance pénale du 23 janvier 2014 est devenue une "condamnation" au sens de l'art. 49 al. 2 CP largement après le 2 mai 2014, créant ainsi le concours rétrospectif.

Cette position repose sur deux prémisses que la CPAR ne peut suivre. D'une part, elle est fondée sur l'idée que ce n'est pas la date du prononcé, mais celle de l'entrée en force qui est déterminante, à tout le moins en cas d'ordonnance pénale, pour déterminer si l'art. 49 al. 2 CP trouve application. D'autre part, elle suppose que l'entrée en force d'une ordonnance pénale lorsqu'il y a opposition, puis retrait, est différée au jour du constat dudit retrait.

Il est vrai qu'une partie de la doctrine romande, qui se réfère à un arrêt ancien, fondé sur le droit cantonal de procédure, dont l'interprétation n'est en tout état pas unanime chez les auteurs, retient que l'art. 49 al. 2 CP trouve application quand une personne est jugée pour de nouvelles infractions dans le délai d'opposition d'une ordonnance de condamnation, l'idée étant que celle-ci n'est pas assimilable à un "jugement" aussi longtemps que court ce délai. En l'espèce, cela signifierait que, lorsqu'il a rendu son ordonnance pénale le 2 mai 2014, le Ministère public aurait dû considérer qu'il y avait à tout le moins concours réel rétrospectif partiel avec l'ordonnance pénale du 23 janvier 2014 car le délai d'opposition n'aurait pu échoir au plus tôt que début février 2014 alors qu'il avait à connaître de certains faits commis avant (infraction à la LEtr à partir du 23 janvier 2014).

Pour la CPAR, reconnaître un concours rétrospectif du fait de la spécificité de l'ordonnance pénale alors que les faits se succèdent irait cependant à l'encontre du

but des règles sur le concours, qui est de ne pas défavoriser celui dont les actes sont jugés séparément, et, à l'inverse, de ne pas favoriser celui qui commet une infraction après une première condamnation. Du point de vue du sens de l'art. 49 al. 2 CP, l'on ne voit pas en quoi les règles sur le concours ont été méconnues alors que le premier "juge" (le Ministère public le 23 janvier 2014) n'aurait pas pu connaître des faits commis *après* le prononcé de son ordonnance. *In casu*, il y a eu récidive, non commission de différents actes avant une première condamnation. Vu que l'opposition était pendante, tout au plus ne pouvait-on pas considérer qu'il s'agissait d'un antécédent au moment de la fixation de la peine, ce que le Ministère public n'a d'ailleurs pas fait dans son ordonnance du 2 mai 2014.

Par ailleurs, selon les règles de procédure aujourd'hui applicables, l'entrée en force d'une ordonnance pénale non contestée rétroagit vraisemblablement au jour de son prononcé. Il serait partant artificiel de considérer qu'il n'y a pas *prononcé* d'une condamnation tant que le délai d'opposition court lorsqu'il s'agit d'examiner le *principe* de l'applicabilité de l'art. 49 al. 2 CP – et non la possibilité effective de prononcer une peine complémentaire, qui elle dépend de l'entrée en force du premier jugement. La doctrine alémanique ne distingue d'ailleurs pas l'ordonnance pénale du jugement sur ce point.

Vu ce qui précède, la CPAR estime qu'il convient de retenir la date du *prononcé* d'une ordonnance pénale pour déterminer si les faits dont le deuxième juge (ou le Ministère public) a à connaître sont antérieurs à une condamnation au sens de l'art. 49 al. 2 CP (voir dans le même sens AARP/123/2015 du 17 février 2015 consid. 2.2). De ce point de vue, il est manifeste qu'il n'y a eu aucune méconnaissance des règles sur le concours rétrospectif dans le cas d'espèce.

**3.6.3.** Cela étant, même à suivre la doctrine selon laquelle c'est la date d'entrée en force de l'ordonnance pénale qui est déterminante pour l'application de l'art. 49 al. 2 CP, dite date ne pourrait être celle que l'appelant retient (date du retrait de l'opposition).

En effet, l'entrée en force d'une ordonnance pénale non contestée, à supposer qu'elle ne rétroagisse pas au jour du prononcé, intervient au plus tard à l'échéance du délai d'opposition non utilisé. Or, selon la jurisprudence, il convient d'assimiler l'opposition non valablement formée et, partant, l'opposition retirée, à une absence d'opposition. C'est donc la même date d'entrée en force qui doit être retenue. Toute autre solution reviendrait à privilégier celui qui forme opposition dans le seul but de créer artificiellement un concours rétrospectif par rapport à celui qui n'use pas de cette possibilité. La solution préconisée par l'appelant consistant à estimer que les ordonnances pénales ne sont des condamnations au sens de l'art. 49 al. 2 CP qu'à la date du retrait de l'opposition lorsqu'elles sont contestées serait par ailleurs impraticable. Le Ministère public, habilité à rendre des ordonnances pénales dans des

affaires de moindre gravité (art. 352 CPP), qu'il doit souvent traiter en masse, devrait en effet appliquer les règles sur le concours rétrospectif à chaque fois qu'il prononce des ordonnances pénales successives contre un délinquant et qu'une partie des faits est commise durant la procédure d'opposition à une ordonnance antérieure. Dans les cas où il ne connaîtrait pas l'issue de cette procédure d'opposition au moment où il se prononce, comme en l'espèce, il devrait soit attendre, soit prononcer une peine indépendante. Dans ce deuxième cas, si l'opposition est finalement retirée, le condamné pourrait se prévaloir de l'art. 34 al. 3 CPP. Les requêtes en fixation d'une peine d'ensemble fondées sur l'art. 34 al. 3 CPP deviendraient ainsi la règle, alors que cette disposition, dont l'application est toujours restée isolée, consacre une situation exceptionnelle.

Pour les motifs qui précèdent, la CPAR estime que l'appelant n'était pas fondé à bénéficier d'une peine d'ensemble, les arguments qu'il a exposés au Ministère public et devant la CPR n'emportant pas conviction. Celle arrêtée par le TAPEM sera néanmoins confirmée eu égard à l'interdiction de la *reformatio in pejus* (art. 391 al. 2 CPP). L'appel est rejeté.

4. L'appelant succombe. En raison des particularités du cas d'espèce, la juridiction d'appel fera toutefois application de la formule potestative contenue aux art. 4 al. 1 et 14 al. 1 du règlement fixant le tarif des frais en matière pénale du 22 décembre 2010 (RTFMP ; E 4 10.03) et renoncera à la perception d'un émolument, laissant les frais à la charge de l'Etat.
5. **5.1.** 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 p. 201-202). 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.

**5.2.1.** Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office ou le conseil juridique gratuit (*cf.* art. 138 al. 1 CPP) 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 suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 65.- (let. a) ; collaborateur CHF 125.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). En cas d'assujettissement – l'assujettissement du patron de l'avocat au statut de collaborateur n'entrant pas en considération (arrêts du Tribunal fédéral 6B\_486/2013 du 16 juillet

2013 consid. 4 et 6B\_638/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.7) – l'équivalent de la TVA est versé en sus.

**5.2.2.** A teneur de la jurisprudence, est décisif pour fixer la rémunération de l'avocat, le nombre d'heures nécessaires pour assurer la défense d'office du prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_509/2007 du 19 novembre 2007 consid. 4). Pour fixer cette indemnité, l'autorité doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés particulières que celle-ci peut présenter en fait et en droit, du temps que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre des conférences, audiences et instances auxquelles il a pris part, du résultat obtenu ainsi que de la responsabilité assumée (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_810/2010 du 25 mai 2011 consid. 2 et les références citées). Toutefois, si, comme à Genève, la réglementation prévoit un tarif réduit, celui-ci s'applique sans égard à l'issue du procès (ATF 139 IV 261 consid. 2 p. 261 ss).

A l'instar de la jurisprudence précitée, l'art 16. al. 2 RAJ prescrit également 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.

**5.2.3.** 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 d'activité, 10% lorsque l'état de frais porte sur plus de 30 heures, pour couvrir les démarches diverses.

**5.2.4.** L'avocat d'office a droit au remboursement intégral de ses débours (arrêt du Tribunal fédéral 6B\_810/2010 du 25 mai 2011 consid. 2 et les références citées). Ceux de l'étude sont inclus dans les tarifs horaires prévus par l'art. 16 al. 1 RAJ (décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral BB.2013.127 du 4 décembre 2013 consid. 3/4.2-4.4).

**5.3.** En l'occurrence, considéré dans sa globalité, l'état de frais produit par le défenseur d'office de A\_\_\_\_\_ 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 sera arrêtée à CHF 469.80, correspondant à une heure d'activité à CHF 200.-/heure et 2 heures et 30 minutes d'activité à CHF 65.-/heure (indemnisation forfaitaire de 20% [CHF 72.50] et TVA au taux de 8% [CHF 34.80] incluses).

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Reçoit l'appel formé par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPM/638/2015 rendu le 18 septembre 2015 par le Tribunal d'application des peines et des mesures dans la procédure PM/709/2015.

Le rejette.

Laisse les frais de la procédure d'appel à la charge de l'Etat.

Arrête à CHF 469.80, TVA comprise, le montant des frais et honoraires de M<sup>e</sup> H\_\_\_\_\_, défenseur d'office de A\_\_\_\_\_.

Notifie le présent arrêt aux parties.

Le communique, pour information, au Tribunal d'application des peines et des mesures, à l'Office cantonal de la population et des migrations et à l'Office fédéral de la police.

**Siégeant :**

Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, présidente; Monsieur Jacques DELIEUTRAZ et Madame Alessandra CAMBI FAVRE-BULLE, juges.

La greffière :

Christine BENDER

La présidente :

Verena PEDRAZZINI RIZZI

**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 et art. 396 al. 1 CPP) par-devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (6501 Bellinzona).*