Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.7/2007
6S.23/2007 /rod

Arrêt du 4 mai 2007
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Ferrari et Favre.
Greffière: Mme Kistler.

Parties
Z._____,
recourant, représenté par Me Razi Abderrahim, avocat,

contre

Procureur général du canton de Genève,
case postale 3565, 1211 Genève 3,
Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Objet

Procédure pénale; interdiction de la reformation in pejus, arbitraire, violation du principe in dubio pro reo (art. 9 Cst.); escroquerie (art. 146 CP), faux dans les titres
(art. 251 CP), fixation de la peine (art. 63 CP) et sursis (art. 41 CP),

recours de droit public et pourvoi en nullité contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale, du 13 décembre 2006.

Faits :
A.
Par jugement du 17 mars 2006, le Tribunal de police de Genève a condamné Z._____ pour infraction à l'art. 11f al. 1 de la loi fédérale encourageant la gymnastique et les sports (LGS; RS 415.0), faux dans les titres (art. 251 CP) et délit manqué d'escroquerie et escroquerie par métier (art. 22 et 146 CP) à la peine de huit mois d'emprisonnement, cette peine étant complémentaire à celle de quatre mois d'emprisonnement avec sursis prononcée le 30 mai 2005 par le Procureur général de Genève pour escroquerie et infraction à la LStup.

Statuant le 13 décembre 2006, la Chambre pénale de la Cour de justice du canton de Genève a admis partiellement l'appel de Z._____ et modifié le jugement de première instance en ce sens qu'elle l'a libéré des fins de la poursuite pénale s'agissant de l'escroquerie par métier. Pour le surplus, elle a confirmé le jugement du Tribunal de police.
B.
Cette condamnation repose sur les faits suivants:
Adepte de culturisme et pratiquant parallèlement plusieurs sports de combat, dont la boxe dite "thaïlandaise", Z._____ a demandé au médecin X._____ de lui prescrire, à des fins de culturisme, des produits dopants et anabolisants notamment sous les marques commerciales Genotropin, Norditropine SimpleXx et Deca-Durabolin. Il s'est fait ensuite remettre ces produits par le pharmacien Y._____. Ces produits devaient servir dans un premier temps à sa consommation personnelle. Par la suite, il en a revendu une partie à des tiers,

notamment à G._____, H._____ et I._____, qui pratiquaient également le culturisme, et a remis le prix de la vente à Y._____.

Selon le pharmacien cantonal, l'Andriol, le Testoviron, le Genotropin, le Norditropine SimpleXx et le Deca-Durabolin sont des médicaments qui ne sont remis que sur présentation d'une ordonnance. La prescription d'anabolisants ou stéroïdes, qui implique un risque pour la santé, ne peut s'effectuer en dehors d'un but thérapeutique. Comme pour les stupéfiants, le pharmacien doit contrôler l'ordonnance et s'assurer de la posologie, le cas échéant, auprès du médecin qui l'a établie. Le renouvellement des ordonnances doit rester exceptionnel (arrêt attaqué p. 14).

De concert avec le médecin X._____ et le pharmacien Y._____, Z._____ a utilisé les ordonnances établies par le premier nommé pour obtenir de son assurance maladie le remboursement de ces produits, lui faisant ainsi croire qu'elle finançait des vrais traitements. L'assurance n'a toutefois pas remboursé le prix des produits délivrés, car Z._____ n'avait pas payé les primes d'assurance à la suite d'une inadvertance.
C.
Contre l'arrêt cantonal, Z._____ dépose un recours de droit public et un pourvoi en nullité devant le Tribunal fédéral. Dans le recours de droit public, il se plaint de la violation de l'interdiction de la reformatio in pejus et de l'arbitraire dans l'établissement des faits. Dans le pourvoi, il conteste la réalisation du dessein d'enrichissement illégitime qui est un élément constitutif de l'escroquerie et du faux dans les titres, il critique la mesure de la peine qui lui a été infligée et requiert l'octroi du sursis à l'exécution de la peine. En outre, il sollicite l'assistance judiciaire et l'effet suspensif.

Invité à se déterminer sur le pourvoi en nullité, le procureur du canton de Genève a conclu au rejet du recours avec suite de frais et dépens.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
I. Droit applicable
1.
L'arrêt attaqué a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Or, conformément à l'art. 132 al. 1 LTF, cette loi ne s'applique aux procédures de recours que si l'acte attaqué a été rendu après son entrée en vigueur. C'est donc sur la base de l'ancien droit de procédure, que doit être tranchée la présente cause.

En outre, le 1er janvier 2007 sont également entrées en vigueur les nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal. Toutefois, celles-ci ne sont pas non plus applicables puisque le Tribunal fédéral saisi d'un pourvoi en nullité examine uniquement la question de savoir si l'autorité cantonale a correctement appliqué le droit fédéral (art. 269 al. 1 PPF), soit celui qui était en vigueur au moment où elle a statué (ATF 129 IV 49 consid. 5.3 p. 51 s. et les arrêts cités).
II. Recours de droit public
2.
2.1 Le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une décision cantonale pour violation des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 let. a OJ). Il n'est en revanche pas ouvert pour se plaindre d'une violation du droit fédéral, qui peut donner lieu à un pourvoi en nullité (art. 269 al. 1 PPF); un tel grief ne peut donc pas être invoqué dans le cadre d'un recours de droit public, qui est subsidiaire (art. 84 al. 2 OJ; art. 269 al. 2 PPF).
2.2 En vertu de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier de lui-même si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité. Il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31).

Dans un recours pour arbitraire fondé sur l'art. 9 Cst., le justiciable ne peut pas se borner à critiquer la dé-

cision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition. Il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais il doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision repose sur une application de la loi ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables (ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261/262; 129 I 113 consid. 2.1 p. 120).
3.
Le recourant se plaint de la violation de l'interdiction de la reformatio in pejus, consacrée par l'art. 246 al. 2 CPP/GE. Il reproche à la cour cantonale de l'avoir acquitté sur certains points sans pour autant avoir réduit la peine.
3.1 L'interdiction de la reformatio in pejus n'est pas une garantie de rang constitutionnel. Ce sont les règles cantonales de procédure qui peuvent l'admettre ou la rejeter et qui en déterminent la portée (cf. Piquerez, Traité de procédure pénale suisse, 2e éd., 2006, § 156, n. 1215, p. 756 s.). Ce n'est que sous l'angle restreint de l'interdiction de l'arbitraire que le Tribunal fédéral revoit l'interprétation et l'application du droit cantonal de procédure (ATF 121 I 1 consid. 2 p. 3).

En droit genevois, l'interdiction de la reformatio in pejus est consacrée à l'art. 246 al. 2 CPP/GE. Cette disposition prévoit que la cour cantonale ne peut, sur le seul appel du condamné, aggraver le sort de l'appelant. Elle ne précise toutefois pas ce qu'il faut entendre par aggravation et il n'apparaît pas que la cour cantonale, du moins dans sa jurisprudence publiée, ait été amenée à préciser la portée de cette interdiction.
La doctrine majoritaire admet, de manière générale, que cette règle n'interdit que l'aggravation de la sanction. Ainsi, la juridiction supérieure ne peut prononcer une peine plus sévère que celle qui a été infligée par l'autorité inférieure. En revanche, rien ne l'empêche de maintenir la peine infligée en première instance dans l'hypothèse d'un acquittement partiel (Piquerez, op. cit., § 153, n. 1215, p. 758; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6ème éd., p. 478 ss, n°5 et 14; Schmid, Strafprozessrecht eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4ème éd., p. 371 s., n°984 et 987).
3.2 En l'espèce, la cour cantonale a confirmé la peine que le juge de première instance avait infligée au recourant. Ce faisant, elle n'a donc pas appliqué arbitrairement l'art. 246 al. 2 CPP/GE, même si elle a acquitté le recourant sur certains points. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.
4.
Le recourant soutient que l'état de fait cantonal a été établi de manière arbitraire sur plusieurs points (art. 9 Cst.). En relation avec l'appréciation arbitraire des preuves, il dénonce également la violation de la présomption d'innocence (art. 32 al. 1 Cst.).
4.1
4.1.1 Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain. En outre, il ne suffit pas que les motifs de la décision critiquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 131 I 57 consid. 2 p. 61; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9). A cet égard, il ne suffit pas non plus qu'une solution différente de celle retenue par l'autorité cantonale apparaisse également concevable ou même préférable (ATF 128 II 259 consid. 5 p. 280; 127 I 54 consid. 2b p. 56).

Lorsque le recourant - comme c'est le cas en l'espèce - s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est entachée d'arbitraire que si le juge ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un moyen de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'il se trompe manifestement sur le sens et la portée d'un tel élément, ou encore lorsqu'il tire des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 127 I 38 consid. 2a p. 41; 124 I 208 consid. 4a p. 211).
4.1.2 Consacrée par l'art. 32 al. 1 Cst., la présomption d'innocence interdit au juge de prononcer une condamnation alors qu'il éprouve des doutes sur la culpabilité de l'accusé. Des doutes abstraits ou théoriques, qui sont toujours possibles, ne suffisent cependant pas à exclure une condamnation. Pour invoquer utilement la présomption d'innocence, le condamné doit donc démontrer que le juge de la cause pénale, à l'issue d'une appréciation exempte d'arbitraire de l'ensemble des preuves à sa disposition, aurait dû éprouver des doutes sérieux et irréductibles au sujet de la culpabilité (ATF 127 I 38 consid. 2 p. 40; 124 IV 86 consid. 2a p. 87/88;

120 Ia 31 consid. 2e p. 38, consid. 4b p. 40).

La présomption d'innocence et le principe "in dubio pro reo", qui en est le corollaire, sont des garanties de rang constitutionnel, dont la violation ne peut être invoquée que par la voie du recours de droit public (art. 269 al. 2 PPF; ATF 120 Ia 31 consid. 2b p. 35/36 et 2e p. 38). Elles concernent tant le fardeau de la preuve que l'appréciation des preuves (ATF 120 Ia 31 consid. 2c p. 36). En tant que règles sur le fardeau de la preuve, ces principes signifient, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter à l'accusé. Comme règles sur l'appréciation des preuves, ils sont violés lorsque le juge, qui s'est déclaré convaincu, aurait dû éprouver des doutes quant à la culpabilité de l'accusé au vu des éléments de preuve qui lui étaient soumis (ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 88; 120 Ia 31 consid. 2c p. 37). Le Tribunal fédéral examine librement si ces principes ont été violés en tant que règles sur le fardeau de la preuve, mais il n'examine que sous l'angle de l'arbitraire la question de savoir si le juge aurait dû éprouver un doute, c'est-à-dire celle de l'appréciation des preuves (ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 88; 120 Ia 31 consid. 2e p. 38).
4.2
4.2.1 Le recourant soutient que la cour cantonale est tombée dans l'arbitraire en ne retenant pas à sa décharge qu'il a refusé - et non pas simplement omis à la suite d'un oubli - de verser les primes relatives à la police qu'il avait contractée. A ses yeux, il ne pouvait avoir, subjectivement, le dessein d'un enrichissement aux dépens de l'assurance maladie en ne versant pas, objectivement, la prime y relative. Les infractions d'escroquerie et de faux dans les titres, qui supposent toutes deux un dessein d'enrichissement illégitime, ne seraient dès lors pas réalisées.

La cour cantonale a retenu que le recourant n'avait pas payé les primes d'assurance (arrêt attaqué p. 34), à la suite d'une inadvertance (jugement de première instance p. 31). La version du recourant, selon laquelle il aurait volontairement refusé de verser les primes d'assurance, montrant ainsi son défaut de dessein d'enrichissement illégitime, est purement appellatoire. Son grief est dès lors irrecevable.
4.2.2 Le recourant fait valoir que la cour cantonale aurait fait preuve d'arbitraire en retenant qu'il avait pu saisir, également sur le plan médical, toutes les conséquences des ordonnances relatives aux produits (anabolisants) destinés, à la fois à sa consommation personnelle et à l'écoulement auprès de tiers, alors qu'il n'était pas un professionnel de la santé.

En l'espèce, la cour cantonale a retenu que le recourant avait agi avec conscience et volonté. Etant donné que le recourant fréquentait comme adepte du culturisme les club de fitness et qu'il a travaillé dans des assurances, la conclusion de la cour cantonale n'a rien d'arbitraire. Le fait qu'il n'était pas un professionnel de la santé est sans pertinence. Mal fondé, le grief soulevé doit être rejeté.
4.2.3 Le recourant reproche à la cour cantonale d'être tombée dans l'arbitraire en lui refusant le sursis, alors que le Procureur avait conclu à une peine de douze mois d'emprisonnement, assortie du sursis.

L'argumentation présentée revient en réalité à se plaindre de la mauvaise application de l'art. 41 CP, à savoir d'une norme de droit fédéral. Un tel grief est irrecevable dans un recours de droit public.
4.2.4 Le recourant se plaint de ce que la cour cantonale n'a pas réduit sa peine malgré sa libération des fins de toute poursuite pénale en ce qui concerne l'infraction d'escroquerie par métier.

Ce faisant, il critique l'application de l'art. 63 CP. Un tel grief est irrecevable dans un recours de droit public.
4.2.5 Enfin le recourant se plaint de ce que la cour cantonale est tombée dans l'arbitraire en se prononçant sur la peine et l'octroi du sursis sans tenir compte de l'absence d'antécédents graves, de l'ancienneté relative de ces derniers, de sa bonne collaboration au cours de l'instruction et des réquisitions du parquet.

La cour cantonale a mentionné les antécédents du recourant (arrêt attaqué, p. 20 s.) et a relevé sa bonne collaboration (arrêt attaqué, p. 36). La portée de ces éléments dans la fixation de la peine relève de l'application du droit fédéral, de sorte que les griefs tirés de l'absence d'antécédents graves et de sa bonne collaboration sont irrecevables dans un recours de droit public. Quant à la réquisition du Ministère public, elle est sans pertinence sur la fixation de la peine et l'octroi du sursis.

5.
Dans la mesure où il est recevable, le recours doit être rejeté.

Comme le recours était d'emblée dépourvu de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire doit être rejetée (art. 152 al. 1 OJ). Le recourant, qui succombe, doit supporter les frais (art. 156 al. 1 OJ).

Vu l'issue de recours, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

III. Pourvoi en nullité
6.
Le pourvoi en nullité n'est recevable que pour violation du droit fédéral (art. 269 PPF), et la Cour de cassation est liée par les constatations de fait de l'autorité précédente (art. 277bis al. 1 PPF) dont elle ne saurait s'écarter. La Cour de cassation ne pouvant dès lors examiner l'application du droit fédéral que sur la base de l'état de fait retenu par l'autorité précédente, le recourant doit mener son raisonnement juridique sur cette seule base et ne peut se fonder sur une version des faits différente. Dans la mesure où son argumentation s'écarte des faits constatés par l'autorité précédente, il n'en est pas tenu compte; si son argumentation est entièrement ou pour l'essentiel fondée sur un autre état de fait, le grief est irrecevable (ATF 126 IV 65 consid. 1 p. 66 s.).
7.
Le recourant a été reconnu coupable d'escroquerie pour avoir souscrit une assurance maladie sous un nom d'emprunt et avoir tenté de se faire rembourser le prix de produits qualifiés de dopants qui lui avaient été prescrits à des fins de culturisme. Il conteste cette condamnation pour escroquerie au motif que la volonté subjective d'enrichissement vis-à-vis de l'assurance maladie ferait défaut. En effet, en refusant (et non en négligeant) de verser les primes dues à l'assurance maladie, il n'aurait jamais concrétisé les éléments constitutifs subjectifs nécessaires à la réalisation de l'escroquerie. En outre, les ordonnances remises au pharmacien auraient été destinées uniquement à obtenir la délivrance de ces produits dopants et n'auraient jamais eu pour but d'obtenir le remboursement de ces substances par l'assurance maladie.
L'escroc doit agir dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime. Le dessein est ce que l'auteur avait en vue; déterminer le dessein est une question de fait (ATF 126 IV 209 consid. 2d p. 215). Savoir quand il y a enrichissement et si celui-ci est illégitime est en revanche une question de droit fédéral qui peut être soulevée dans un pourvoi en nullité.

En l'occurrence, la cour a retenu - de manière à lier la cour de céans - que le recourant et son compère pharmacien savaient que l'assurance maladie ne prenait pas en charge les stéroïdes et anabolisants lorsque ceux-ci étaient administrés à des fins de culturisme et que leur stratagème était destiné à obtenir un remboursement auquel ils n'avaient pas droit (arrêt attaqué p. 34). Au vu de ces constatations de fait, force est d'admettre que le recourant a agi avec conscience et volonté et dans un dessein d'enrichissement illégitime. Lorsque le recourant soutient qu'il a refusé volontairement de payer les primes, ce qui établirait qu'il n'avait pas la volonté de tromper l'assurance ni le dessein de s'enrichir illégitimement, il s'écarte de l'état de fait cantonal, de sorte que son grief est irrecevable.
8.
A propos de sa condamnation pour faux dans les titres, le recourant soutient qu'il n'avait pas l'intention de porter atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui, en particulier de l'assurance maladie, dans la mesure où il n'a jamais versé les primes d'assurance dues pour la police qu'il avait contractée.

Le dessein spécial prévu par l'art. 251 CP peut se présenter sous deux formes alternatives: le dessein de nuire ou le dessein d'obtenir un avantage illicite. Comme pour l'escroquerie, la cour cantonale a retenu - de manière à lier la cour de céans - que le recourant avait utilisé les ordonnances établies par le médecin X._____ pour obtenir de la part de son assurance maladie des prestations auxquelles il n'avait pas droit, dès lors que les produits étaient destinés à des fins de culturisme (arrêt attaqué p. 31). Le dessein d'enrichissement illégitime est dès lors réalisé. Le grief soulevé doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.
9.
Se plaignant d'une violation de l'art. 63 CP, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en ne réduisant pas la peine infligée malgré l'abandon de l'un des chefs d'accusation

retenu en première instance.
9.1 Il appartient au juge de motiver, de manière complète, la peine prononcée, afin de permettre à l'autorité de recours de vérifier si les critères de fixation de la peine prévus par le droit fédéral ont été respectés et si le juge a abusé ou non de son pouvoir d'appréciation. Le juge doit ainsi exposer, dans sa décision, les éléments essentiels relatifs à l'acte ou à l'auteur qu'il prend en compte, de manière à ce que l'on puisse constater que tous les éléments pertinents ont été pris en considération et comment ils ont été appréciés, dans un sens aggravant ou atténuant (ATF 118 IV 18 consid. 1c/aa p. 20).

En particulier, si une part importante de l'accusation est abandonnée en seconde instance cantonale, l'autorité ne peut maintenir la peine inchangée sans le justifier dans sa motivation (Corboz, La motivation de la peine, RJB 131 (1995), p. 1 ss, 22; ATF 117 IV 395 consid. 4 p. 397; 118 IV 18 consid. 1c/bb p. 21). Cette règle s'impose comme la conséquence du lien qui doit exister entre la motivation présentée et la peine infligée. Elle tend aussi à ne pas rendre illusoire l'exercice des voies de recours. Sauf justification spéciale, on ne saurait admettre que la peine reste de toute manière inchangée, quelle que soit la qualification juridique des infractions ou les critères retenus dans la fixation de la peine.
9.2 En l'espèce, le Tribunal de police avait condamné Z._____ pour délit manqué d'escroquerie et escroquerie par métier. Dans le dispositif de son arrêt, la cour cantonale a libéré le recourant des fins de la poursuite pénale s'agissant de l'escroquerie par métier et maintenu le jugement de première instance pour le surplus (arrêt attaqué p. 38). Dans la motivation de son arrêt, elle a confirmé la condamnation du recourant du chef du délit manqué d'escroquerie par métier, mais l'a acquitté des chefs d'accusation d'escroquerie consommée et de faux dans les titres pour les faits relatifs à E._____ (arrêt attaqué p. 34 et 31). Lors de la fixation de la peine, elle n'a rien dit au sujet de la libération de ces chefs d'inculpation, et l'arrêt attaqué ne précise pas quels sont les faits relatifs au cas de E._____. A la lecture de l'arrêt attaqué, il est donc impossible de savoir pour quels faits le recourant a été condamné et pour lesquels il a été libéré, de sorte que la cour de céans ne peut juger si la peine prononcée est adéquate. Sur ce point, le pourvoi doit donc être admis en application de l'art. 277 PPF.
10.
Le recourant se plaint que le sursis ne lui ait pas été accordé (art. 41 CP).
10.1 Selon l'art. 41 ch. 1 al. 1 CP, le sursis à l'exécution d'une peine privative de liberté peut être octroyé si la durée de la peine n'excède pas dix-huit mois et si les antécédents et le caractère du condamné font prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits. Selon l'al. 2, le sursis ne peut pas être accordé lorsque le condamné a subi, à raison d'un crime ou d'un délit intentionnel, plus de trois mois de réclusion ou d'emprisonnement dans les cinq ans qui ont précédé la commission de l'infraction.

En l'espèce, le recourant a été condamné à huit mois d'emprisonnement et n'a pas exécuté de peine privative de liberté de plus de trois mois dans les cinq ans précédant les infractions qui lui sont reprochées. Les conditions objectives du sursis sont donc réunies. La seule question litigieuse est donc de savoir si la condition dite subjective est réalisée, c'est-à-dire si l'on peut prévoir, en fonction des antécédents et du caractère du condamné, que cette mesure sera de nature à le détourner de commettre d'autres crimes ou délits.
10.2 La peine est conditionnellement remise lorsqu'on peut espérer que cette mesure aura une meilleure influence sur l'amendement du coupable que l'exécution de la condamnation (art. 41 ch. 1 al. 1 CP; ATF 105 IV 291 consid. 2a p. 292; 98 IV 159 consid. 1 p. 160; 91 IV 57 p. 60). Le juge posera son pronostic, quant aux chances d'amendement et, partant, quant à l'efficacité du sursis, sur la base des éléments propres à éclairer l'ensemble du caractère du délinquant (ATF 118 IV 97 consid. 2b p. 100 s.).

Parmi les éléments liés à la personnalité de l'auteur, l'absence de prise de conscience est un facteur qui va à l'encontre d'un pronostic favorable. Il n'en va différemment que si le délinquant a des raisons justifiées de contester les faits qui lui sont reprochés. A cet égard, la conscience qu'a l'auteur de l'illicéité de son acte et le repentir qu'il en éprouve apparaissent comme les conditions les plus importantes pour l'établissement d'un pronostic (Schneider, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 41 CP, n. 98-100).

Une précédente condamnation, dans un passé récent, pour une infraction de même nature, constituera un élément défavorable important. Elle n'exclura cependant pas automatiquement le sursis (ATF 118 IV 97 consid. 1a p. 99). Celui-ci pourra être envisagé si l'auteur manifeste une véritable prise de conscience de ses fautes et

un revirement complet de son comportement rendant improbable une nouvelle infraction. De vagues espoirs quant à la conduite future du délinquant ne suffisent cependant pas pour poser un pronostic favorable (ATF 115 IV 81 consid. 2a p. 82).
10.3 Selon les constatations cantonales, les antécédents du recourant sont chargés: il a été condamné le 21 août 1996 à un mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour menaces, le 10 janvier 1997 à deux mois d'emprisonnement avec sursis pendant trois ans pour faux dans les certificats (peine complémentaire à la précédente) et le 23 février 2000 à soixante jours d'arrêts avec sursis pendant deux ans pour abus de cartes-chèques et de cartes de crédit. A cela s'ajoute que le recourant ne semble pas avoir pris conscience de ses fautes. Dans ces conditions, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en refusant d'octroyer le sursis. Mal fondé, le grief tiré de la violation de l'art. 41 CP doit être rejeté.
11.
Au vu de ce qui précède, le pourvoi doit être partiellement admis en application de l'art. 277 PPF, l'arrêt attaqué annulé et renvoyé à la cour cantonale, à charge pour celle-ci de se prononcer à nouveau sur la peine. Pour le surplus, le pourvoi doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

Le recourant obtient partiellement gain de cause, de sorte qu'il y a lieu de considérer que la part des frais qui devrait être mise à sa charge pour la partie où il succombe (art. 278 al. 1 PPF) est compensée par l'indemnité qui devrait lui être allouée pour celle où il obtient gain de cause (art. 278 al. 3 PPF). Il n'y a donc pas lieu de percevoir de frais ni d'allouer d'indemnité au recourant.

Le recourant a sollicité l'assistance judiciaire. Cette requête est devenue sans objet dans la mesure où le pourvoi a été admis. Elle est rejetée pour le surplus car l'argumentation présentée apparaissait d'emblée vouée à l'échec (art. 152 al. 1 OJ).

Vu l'issue du pourvoi, la requête d'effet suspensif est sans objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
I. Recours de droit public
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 800 francs est mis à la charge du recourant.
II. Pourvoi en nullité
4.
Le pourvoi est partiellement admis en application de l'art. 277 PPF, l'arrêt attaquée est annulé et la cause est renvoyée à la cour cantonale pour nouveau jugement. Pour le surplus, le pourvoi est rejeté dans la mesure où il est recevable.
5.
La requête d'assistance judiciaire est rejetée dans la mesure où elle n'est pas devenue sans objet.
6.
Il n'est pas perçu de frais ni alloué d'indemnité.
7.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Procureur général du canton de Genève et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale.
Lausanne, le 4 mai 2007
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: