

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/15260/2012

ACPR/94/2013

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre pénale de recours**

**Arrêt du mardi 12 mars 2013**

Entre

**A.**\_\_\_\_\_, sans domicile connu, comparant par M<sup>e</sup> Daniel KINZER, avocat, rue Bovy-Lysberg 2, case postale 5824, 1211 Genève 11

recourant

contre l'ordonnance rendue par le Tribunal de police le 5 février 2013, avec demande d'octroi de l'assistance judiciaire

Et

**LE TRIBUNAL DE POLICE**, rue des Chaudronniers 9, case postale 3715, 1211 Genève 3,

**LE MINISTÈRE PUBLIC** de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3

intimés.

## **EN FAIT**

**A. a)** Par ordonnance pénale du 2 novembre 2012, le Ministère public a déclaré A. \_\_\_\_\_ - ressortissant guinéen, né le \_\_\_\_\_ 1991, célibataire, sans domicile fixe - coupable d'infraction à l'art. 115 al. 1 lit. b de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) et l'a condamné à une peine privative de liberté de 120 jours, sous déduction d'un jour de détention avant jugement.

**b)** Ayant fait opposition à l'ordonnance pénale précitée, par lettre de son conseil du 9 novembre 2012 - qui se constituait pour la défense privée de ses intérêts-, A. \_\_\_\_\_, a été convoqué, par mandat de comparution du 5 décembre 2012, à l'audience du Tribunal de police fixée le 5 février 2013 à 17h30, avec les précisions qu'il était cité à comparaître personnellement devant cette juridiction pour y être entendu en qualité de prévenu suite à l'opposition qu'il avait formée contre l'ordonnance pénale du 2 novembre 2012 et que, s'il ne se présentait pas à ladite audience, son opposition serait réputée retirée et l'ordonnance pénale déclarée exécutoire, en vertu de l'art. 356 al. 4 CPP.

**c)** A l'audience du 5 février 2013, A. \_\_\_\_\_ ne s'est pas présenté, contrairement à son avocat, qui a demandé à pouvoir représenter son client, dont il n'avait pas de nouvelles et ignorait les raisons de l'absence, sollicitant, par ailleurs, être nommé d'office pour la défense de ce dernier.

Après délibérations, le Tribunal de police, constatant que le prévenu faisait défaut sans s'être excusé ni avoir expliqué les raisons de son absence, a retenu que son opposition à l'ordonnance pénale devait être réputée retirée au sens de l'art. 356 al. 4 CPP, dès lors que sa présence aux débats avait été considérée comme indispensable, dans la mesure où l'intéressé avait refusé de s'exprimer devant la Police, et qu'il n'avait pas été autorisé à se faire représenter à l'audience par son conseil. Par ailleurs, sa demande de nomination d'avocat d'office a été rejetée, car elle avait été demandée tardivement, soit un jour avant l'audience convoquée de longue date et se rapportait à une procédure sans difficulté particulière puisqu'elle concernait une infraction à la LEtr.

**d)** Le même jour, le Tribunal de police a rendu une ordonnance écrite, constatant le défaut du prévenu, disant que son opposition formée le 9 novembre 2012 était réputée retirée et que l'ordonnance pénale du 2 novembre 2012 était assimilée à un jugement entré en force.

**B. a)** Par acte d'une quinzaine de pages, expédié le 15 février 2013, A. \_\_\_\_\_, par le biais de son conseil, recourt contre l'ordonnance du Tribunal de police susmentionnée, concluant, préalablement, à ce que lui soit accordé le bénéfice d'une défense d'office aux fins du présent recours et que soit nommé à cet effet Me Daniel KINZER, avocat, sollicitant, par ailleurs, la restitution de l'effet suspensif audit recours.

Sur le fond, il conclut à l'annulation de l'ordonnance querellée et, cela fait, principalement, au renvoi de la cause au Tribunal de police, en tout état, à ce qu'il soit statué sans frais judiciaires et à ce que lui soit octroyée une indemnité de 432.- fr. pour "ses frais d'avocat en vue du présent recours".

Le recourant soutient que les art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP étaient contraires à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), de sorte qu'il n'était pas possible de considérer l'opposition de son client comme réputée avoir été retirée en se fondant sur l'une ou l'autre de ces deux dispositions. Par ailleurs, s'il ne faisait pas grief au Tribunal d'avoir retenu que son absence à l'audience du 5 février 2013 n'était pas excusée, le recourant se livre à une interprétation historique, littérale et systématique des termes "*sans se faire représenter*", figurant à l'art. 356 al. 4 CPP, et à une réfutation de la solution - à laquelle s'était référé le Tribunal de police - retenue dans l'arrêt ACPR/110/2011 du 14 mars 2012 de la Chambre de céans.

Le conseil du recourant affirme ainsi - dès lors qu'il était acquis que son client avait voulu qu'il le représente à l'audience du 5 février 2013 et que c'était sur ses instructions qu'il s'était présenté à ladite audience, "*prêt à plaider sa cause*" - qu'il n'y avait "*aucune trace, ni en doctrine, ni auprès du Tribunal fédéral*" (ATF 133 I 122 et l'arrêt 6B\_37/2012 relatifs à l'art. 407 al. 1 lit. a CPP) que "l'appelant devrait être autorisé à se faire représenter en arguant d'une excuse légitime à son absence pour échapper à la fiction du retrait de son appel", de sorte que "*l'opposant, lui non plus, ne doit pas faire la preuve d'une absence excusable pour être autorisé à se faire représenter au sens de l'art. 356 al. 4 CPP*", dès lors que "*les principes régissant l'appel sont transposables à la procédure sur opposition*".

b) A sa réception, le recours a été gardé à juger sans échange d'écritures ni débats.

### **EN DROIT**

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé dans le délai et la forme prescrits (art. 396 al. 1 et 385 al. 1 CPP), concerner une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 lit. b CPP) et émaner du prévenu, qui a qualité pour agir (art. 111 et 382 al. 1 CPP) et un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou la modification de l'ordonnance entreprise (382 al. 1 CPP).

2. La Chambre de céans peut décider de rejeter les recours manifestement mal fondés, sans demande d'observations à l'autorité intimée et à la personne mise en cause, ni débats (art. 390 al. 2, 1ère phrase, *a contrario*, CPP).

Tel est le cas du présent recours, pour les motifs énoncés ci-dessous.

3. Tous les arguments, développés par le conseil du recourant, relatifs à la prétendue violation, par le Tribunal de police, du droit fédéral, tombent à faux, dès lors que, le 11 février 2013, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt clair sur la question (6B\_592/2012), admettant que c'était sans violation du droit fédéral que la cour cantonale concernée avait confirmé la décision du tribunal cantonal de première instance, lequel, après avoir exigé la présence du prévenu à l'audience fixée pour statuer sur son opposition à une ordonnance pénale maintenue par le Ministère public, avait déclaré, faute de motifs justifiés à l'absence dudit prévenu à l'audience, que sa représentation à l'audience par son conseil ne pouvait pas être admise et que son opposition devait être considérée comme retirée au sens de l'art. 356 al. 4 CPP.

A cet égard, les considérants de cet arrêt sont les suivants :

" 3.1 En application de l'art. 354 CPP, le prévenu qui n'est pas d'accord avec l'ordonnance pénale rendue contre lui peut y faire opposition. Si le ministère public décide de la maintenir, le dossier est transmis au tribunal de première instance en vue de la fixation de débats (art. 356 al. 1 CPP). Aux termes de l'art. 356 al. 4 CPP, si l'opposant fait défaut aux débats sans être excusé et sans se faire représenter, son opposition est réputée retirée. Lorsque l'opposant est le prévenu, sa représentation n'est toutefois possible que si la direction de la procédure n'a pas exigé sa présence (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 1057 ss, 1275, ad art. 360 du projet; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Donatsch/Hansjakob/Lieber [éd.], 2010, no 3 ad art. 356 CPP).

3.2 Le recourant soutient que le raisonnement de la cour cantonale serait contraire à la lettre de l'art. 356 al. 4 CPP, en ce sens que ce ne serait pas la conjonction « et » qui devrait être suivie, si son raisonnement était exact, mais la conjonction alternative « ou ». Les textes allemands et italien démontreraient que c'est bien la conjonction et non pas l'alternative qui devrait être retenue. Or, le recourant était bien représenté par son avocat qui était à l'audience.

3.3 Contrairement à ce que semble prétendre le recourant, le fait que son avocat était présent à l'audience pour le représenter ne le dispensait pas de fournir un juste motif à sa non-comparution. En effet, le tribunal de district avait exigé sa comparution personnelle en mentionnant expressément dans le mandat de comparution qui lui avait été adressé que sa présence était obligatoire et spécifiait les conséquences en cas d'absence par la reproduction du texte de l'art. 356 al. 4 CPP. Le recourant devait ainsi présenter de justes motifs à son absence. La cour cantonale a exposé en détail pour quelles raisons les motifs du recourant n'étaient pas justifiés. Son raisonnement ne prête pas le flanc à la critique et il peut y être renvoyé (cf. art. 109 al. 3 LTF). Au demeurant, le recourant ne formule aucune critique recevable à cet égard. Le tribunal de district ayant exigé la présence du recourant à l'audience du 17 janvier 2012 et faute de motifs justifiés à son absence, la cour cantonale pouvait, sans violation du droit fédéral, retenir que l'opposition du recourant était retirée. Mal fondé, le grief doit être rejeté."

Dés lors qu'en l'occurrence, d'une part, le Tribunal de police avait exigé la comparution personnelle du recourant en le mentionnant expressément dans le mandat de comparution qu'il lui avait adressé et en spécifiant tout aussi clairement les conséquences en cas d'absence par la reproduction du texte de l'art. 356 al. 4 CPP, et d'autre part, qu'il n'est pas contesté que c'est sans justes motifs que ledit recourant ne s'est pas présenté à ladite audience, le premier juge pouvait, sans violation de la loi, retenir que son opposition était réputée retirée.

**4.** Par ailleurs, le recourant soutient que le principe posé par la Chambre de céans dans son arrêt ACPR/110/2011 du 14 mars 2012 - retenant que les conséquences, prévues à l'art. 356 al. 4 CPP, de l'absence inexcusée du prévenu à l'audience étaient justifiées par le fait que le prévenu n'avait pas à priver le Tribunal et les autres parties à la procédure de leurs droits essentiels à lui poser des questions - constituait une "restriction inadmissible" contraire aux droits prévus à l'art. 6 al. 1 et 3 CEDH. Selon le recourant, la CEDH ne prévoyait pas que le droit à un tribunal impartial et à l'exercice d'une défense efficace puisse être restreint au nom d'un intérêt public, contrairement à d'autres droits, comme les droits à la publicité de l'audience, au respect de la vie privée et familiale, la liberté de religion, etc. Par ailleurs, l'ordonnance pénale ne pouvant être prononcée que si le prévenu a admis les faits ou si ceux-ci sont établis (art. 352 al. 1 CPP), il ne se justifiait pas, sous l'angle de la proportionnalité, de menacer le prévenu de le priver de garanties fondamentales pour recueillir surtout des éléments à décharge. Enfin, et surtout, la loi reconnaissait au prévenu

le droit de se taire (art. 158 al. 1 lit. b CPP), de sorte que, toujours sous l'angle de la proportionnalité, il était injustifiable de le forcer à comparaître, sous peine d'être privé des garanties de procédure, pour recueillir des éléments de preuve, soit ses déclarations, que le prévenu était en droit de refuser. Un "éminent auteur" (soit Y. JEANNERET, *Ordonnance pénale et procédure simplifiée; une autoroute semée d'embûches ?* in Jusletter 13 février 2012, ch.2) partageait cette analyse fondée sur la proportionnalité, "en raisonnant, pour sa part, en termes d'interprétation de manifestation de volonté".

#### 4.1. A teneur de l'art. 6 al. 1 CEDH (Droit à un procès équitable) :

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

Selon l'al. 3 de cette disposition :

"Tout accusé a droit notamment à:

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience".

On ne voit pas qu'il résulte de ces deux dispositions une incompatibilité entre les principes procéduraux qu'elles garantissent et, d'une part, l'interdiction d'exiger, en vue de son audition - afin de garantir au tribunal et aux autres parties à la procédure le droit de l'interroger au cours de débats contradictoires -, la présence, à son jugement, du prévenu ayant fait opposition à une ordonnance pénale, et, d'autre part, le principe de proportionnalité dont se prévaut le recourant.

Au contraire, il découle de l'alinéa 1 de l'art. 6 CEDH que toute personne "a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement", ce qui signifie aussi que les victimes d'infractions pénales ont au moins autant le droit que le prévenu à un procès équitable, notamment à des débats contradictoires et, partant, à la présence du prévenu lors de l'audience de jugement. Si, à teneur de l'art. 352 al. 1 CPP, une ordonnance pénale peut certes être rendue lorsque les faits sont établis par la procédure, c'est seulement aux yeux du Ministère public et rien n'empêche un prévenu de les contester devant la juridiction de jugement, qui n'est pas liée par l'ordonnance de condamnation, de sorte qu'une simple représentation du prévenu par

son avocat lors des débats ne saurait suppléer le droit fondamental des parties à des débats contradictoires.

Par ailleurs, selon la jurisprudence, le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 6 CEDH, donne à l'accusé le droit d'avoir un procès régulier et équitable, mais non celui de faire reprendre un procès auquel il se serait volontairement abstenu de prendre part (ATF 106 Ib 400 consid 7).

La Cour européenne des droits de l'homme a précisé à cet égard la portée de l'art. 6 CEDH, jugeant que cette disposition était également violée si le condamné qui n'a pas eu connaissance de sa citation aux débats, et n'a pas cherché à se soustraire à la justice, ne peut obtenir la reprise de sa cause qu'à la condition de prouver qu'il a été empêché par force majeure de se présenter. L'art. 6 CEDH n'exige pas, de manière générale, que le condamné par défaut puisse dans tous les cas obtenir le relief sans conditions, mais seulement qu'il puisse obtenir la reprise de sa cause lorsqu'il n'est pas établi qu'il aurait eu connaissance des poursuites dirigées contre lui; le fardeau de la preuve à ce propos ne peut lui être imposé (arrêts de la Cour européenne du 12 février 1985, en la cause Colozza, Série A/No 89, et du 28 août 1991, en la cause F.C.B. Série A/No 208-B).

**4.2.** Il découle de ce qui précède que l'art. 356 al. 4 CPP ne contrevient pas à l'art. 6 CEDH, dans la mesure où l'absence d'un prévenu, sans justes motifs, à une audience contradictoire de jugement, dont la présence a été expressément requise par le tribunal et qui a été dûment informé des conséquences de son absence non excusée, peut être considérée comme une abstention volontaire de sa part de participer à son procès, de sorte qu'il peut être refusé de rouvrir les débats et, partant, d'autoriser son défenseur à le représenter à ladite audience.

En effet, il serait contraire au principe de l'égalité de traitement entre les parties, en particulier de la loyauté des débats et de l'égalité des armes, qu'un prévenu, déjà condamné par ordonnance pénale et qui fait opposition à cette dernière, puisse choisir à sa guise, sans aucune conséquence procédurale pour lui, de participer ou non à son procès devant la juridiction de jugement et, s'il décide de ne pas s'y rendre, de se faire représenter à l'audience par son défenseur, privant ainsi sans raison le tribunal et les autres parties à la procédure, en particulier la victime de ses infractions, du droit de l'interroger, tout en donnant à son avocat la possibilité de questionner sans restriction lesdites parties.

Cette manière de procéder empêcherait également le tribunal d'ordonner, le cas échéant, l'arrestation, en audience, du prévenu, pour des motifs de sûreté, susceptible d'être décidée par le juge du fond au moment de rendre son jugement pour garantir l'exécution de la peine ou de la mesure prononcée ou en prévision de la procédure d'appel (art. 231 CPP), créant ainsi, à cet égard, une inégalité de traitement injustifiée avec les prévenus présents à l'audience.

En l'occurrence, le recourant bien que dûment convoqué personnellement à l'audience du 5 février 2013 et clairement informé des conséquences d'une absence non excusée, ne s'y est pas présenté sans fournir la moindre excuse, ce qui doit être assimilé à une absence volontaire de participer à son procès. C'est donc à juste titre et sans violer l'art. 6 CEDH que son défenseur - qui, au demeurant, de manière contradictoire, a indiqué, à l'audience du

5 février 2013, n'avoir pas de nouvelles de son client et ignorer les raisons de son absence et, dans le recours, s'être présenté à ladite audience sur les instructions de son mandant - n'a pas été autorisé à le représenter.

**4.3.** Infondé, le recours sera, dès lors, rejeté.

**5.** La demande d'effet suspensif au recours devient, ainsi, sans objet.

**6.** Le conseil du recourant sollicite que son client, "impécunieux, étant étranger en situation illégale et sans ressources" - soit mis au bénéfice d'une défense d'office gratuite dans le cadre du présent recours, dès lors qu'il avait été condamné à une peine privative de liberté ferme et que son cas n'était pas de peu de gravité. De plus, il s'agissait, en l'espèce, d'interpréter l'art. 356 al. 4 CPP, ce que l'intéressé ne pouvait pas faire sans l'assistance d'un avocat.

**6.1.** Selon l'art. 132 CPP, une défense d'office est ordonnée, notamment, si le prévenu ne dispose pas des moyens nécessaires et que l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder ses intérêts (al. 1 lit. b); la défense d'office aux fins de protéger les intérêts du prévenu se justifie, notamment, lorsque l'affaire n'est pas de peu de gravité et qu'elle présente, sur le plan des faits ou du droit, des difficultés que le prévenu seul ne pourrait pas surmonter (al. 2); une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine de liberté de plus de 4 mois, d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou d'un travail d'intérêt général de plus de 480 heures (al. 3).

Il incombe au requérant de prouver son indigence; s'il ne fournit pas de renseignements suffisants, pièces à l'appui, pour permettre une vision complète de sa situation financière, sa requête doit être rejetée (ATF 125 IV 161 consid. 4a p. 164).

**6.2.** En l'occurrence, force est de constater que le conseil du recourant s'est constitué, le 9 novembre 2012, pour la défense des intérêts de son client à titre de défenseur privé, ce qui implique qu'à l'époque le prévenu avait les moyens de rémunérer son défenseur. L'avocat du recourant n'établit pas, ni ne rend vraisemblable, que son client se trouverait désormais démuné sur le plan financier au point de ne pas pouvoir s'acquitter de ses honoraires dans le cadre du présent recours. La simple affirmation que le prévenu est impécunieux parce qu'étranger et en situation illégale ne saurait pallier l'absence de tout élément probant concret à cet égard.

Par ailleurs, il n'est pas contesté que le recourant ne réunit pas les conditions pour être mis au bénéfice de la défense obligatoire prévue à l'art. 130 CPP.

Il ne saurait, dès lors, être fait droit à sa demande de défense d'office.

**7.** En tant qu'il succombe dans son recours, le recourant supportera les frais de recours (art. 428 al. 1 CPP).

\* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR :**

Reçoit le recours interjeté par A.\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance rendue par le Tribunal de police le 5 février 2013.

Le rejette.

Condamne A.\_\_\_\_\_ aux frais de la procédure de recours, qui s'élèvent à 895.- fr., y compris un émolument de 800.- fr.

**Siégeant :**

Messieurs Christian COQUOZ, président; Louis PEILA et Christian MURBACH, juges; Jean-Marc ROULIER, greffier.

Le greffier :

Jean-Marc ROULIER

Le président :

Christian COQUOZ

**Indication des voies de recours :**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) ; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

**ETAT DE FRAIS**

P/15260/2012

<b>COUR DE JUSTICE</b>
------------------------

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10 03).

**Débours (art. 2)**

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

**Émoluments généraux (art. 4)**

- délivrance de copies (lit. a)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (lit. b)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- état de frais (lit. h)	CHF	75.00
--------------------------	-----	-------

**Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)**

- décision indépendante (lit. c)	CHF	800.00
----------------------------------	-----	--------

-	CHF	
---	-----	--

---

<b>Total</b>	<b>CHF</b>	<b>895.00</b>
--------------	------------	---------------