

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/17985/2016

ACPR/242/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 27 avril 2018

Entre

A_____, domicilié c/o B_____, _____ Genève, comparant par M^e Yann ARNOLD, avocat, Étude BENOÎT & ARNOLD, rue des Eaux-Vives 49, case postale 6213, 1211 Genève 6,

recourant

contre l'ordonnance sur opposition rendue le 29 janvier 2018 par le Ministère public

et

C_____, sans domicile fixe, comparant par M^e Samir DJAZIRI, avocat, Étude Djaziri & Nuzzo, rue Leschot 2, 1205 Genève,

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.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 9 février 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 29 janvier 2018, notifiée le lendemain, par laquelle le Ministère public a constaté le retrait de l'opposition formée par C_____ à l'ordonnance pénale du 23 janvier 2017.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il poursuive son instruction contre C_____.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Par suite d'une plainte de A_____ du 21 septembre 2016, le Ministère public a rendu, le 23 janvier 2017, une ordonnance pénale déclarant C_____ coupable de lésions corporelles simples pour avoir frappé le plaignant, lui causant un érythème cutané et une tuméfaction douloureuse au-dessus de l'oreille gauche.

C_____ a formé opposition.

b. Le 9 février 2017, prévenu et plaignant ont été entendus.

A_____ a expliqué que son ouïe s'était détériorée par suite du coup reçu à l'oreille; il était atteint de surdité profonde persistante, avec "*100 % de perte*" de la capacité auditive, selon rapport de test auditif pratiqué le 30 janvier 2017.

C_____ a demandé l'audition de deux témoins.

c. Le 16 février 2017, le Ministère public a étendu (art. 311 al. 2 CPP) l'instruction aux lésions corporelles graves. Le même jour, il a notifié cette prévention à C_____ et entendu l'un des deux témoins.

d. Le 22 février 2017, C_____ a déclaré retirer son opposition.

En audience du 1^{er} mars 2017, consacrée à l'audition du second témoin, le Ministère public l'a informé que le retrait de l'opposition n'était plus possible, dès lors que, "*notamment*", la prévention avait été étendue.

C_____ a demandé une décision formelle sur ce point.

e. Par ordonnance du 5 avril 2017, notifiée sous simple pli, le Ministère public a refusé de mettre A_____ au bénéfice de l'assistance judiciaire, au motif que,

l'opposition ayant été retirée, l'ordonnance pénale était entrée en force et avait acquis l'autorité de la chose jugée.

f. Le 11 octobre 2017, A_____ s'est inquiété de savoir si la décision réclamée le 1^{er} mars 2017 par le prévenu avait été rendue. Selon lui, il ne pouvait être tenu compte du retrait de l'opposition, et l'instruction devait se poursuivre. Il demandait l'assistance judiciaire.

g. Le 13 octobre 2017, le Ministère public a rendu une ordonnance "*sur opposition tardive*", exposant avoir rendu dans l'intervalle une décision dûment notifiée, refusant à A_____ le bénéfice de l'assistance judiciaire en raison du retrait de l'opposition du prévenu. "*L'opposition*" (sans autre précision) était par conséquent tardive.

Comme le Ministère public n'était pas compétent pour statuer sur une éventuelle restitution du délai (sic), la cause était transmise au Tribunal de police.

h. Le 22 janvier 2018, le Tribunal de police, considérant que A_____ n'avait pas formé opposition à l'ordonnance pénale et que le Ministère public n'avait jamais statué sur la validité du retrait de celle du prévenu, a annulé la décision du 13 octobre 2017 et renvoyé la cause au Ministère public "*en vue d'une nouvelle procédure préliminaire*".

C. Dans la décision querellée, le Ministère public constate, sans autre motivation que la citation des art. 354 al. 3, 355, al. 1 et 3, et 356 al. 3 CPP, que C_____ a retiré son opposition à l'ordonnance pénale du 23 janvier 2017.

D. a. À l'appui de son recours, A_____ affirme avoir un intérêt juridiquement protégé à ce que C_____ soit renvoyé en jugement du chef de lésions corporelles graves, que ce soit sous l'angle de cette qualification juridique spécifique ou des conclusions civiles déduites de l'infraction. Il fait valoir que C_____ ne pouvait pas valablement retirer son opposition. En effet, encore eût-il fallu pour cela que le Ministère public maintînt son ordonnance pénale, ce qui n'était pas advenu. Pendant l'instruction de l'opposition, le prévenu ne pouvait pas choisir d'être renvoyé ou non en jugement, car il revenait au ministère public d'opter entre les possibilités offertes à l'art. 355 al. 3 CPP. Lorsque le maintien de l'ordonnance pénale n'était plus possible, le retrait de l'opposition ne l'était pas non plus. Ainsi, lorsque le ministère public choisissait d'engager l'accusation ou de rendre une nouvelle ordonnance pénale, l'opposant n'était plus en mesure de retirer son opposition, et le ministère public devait passer outre. En l'occurrence, le Procureur avait revu la qualification juridique, puis avisé à juste titre les parties qu'un retrait d'opposition n'était plus possible, avant de "*curieusement*" revenir sur sa position. En réalité, le retrait d'opposition était inopérant.

b. Le Ministère public propose de rejeter le recours. Le retrait d'opposition était intervenu pendant l'administration des preuves nécessaires, soit avant toute mise en accusation susceptible de rendre ce retrait inopérant.

c. C_____ propose de rejeter le recours. À la date du retrait de son opposition, le Ministère public n'avait ni rendu de nouvelle ordonnance pénale ni engagé l'accusation devant le tribunal de première instance. L'administration des preuves n'étant pas achevée, peu importait que son issue pût lui être ou non favorable.

d. A_____ a répliqué.

EN DROIT :

1. À teneur de l'art. 393 al. 1 let. a CPP, le recours est ouvert contre les décisions et les actes de procédure du ministère public, soit les ordonnances prescrivant des mesures de contrainte ainsi que les décisions proprement dites, comme le refus de consulter le dossier (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du CPP*, Bâle 2016, n. 7 ad art. 393 et les références citées). La décision doit avoir un effet sur le déroulement de la procédure pénale et, à ce titre, exercer une influence sur la situation du justiciable (*op. cit.*, n. 10 ad art. 393).

À cette aune, tel est bien le cas de la décision attaquée sur la situation du recourant qui, constitué partie plaignante (art. 104 al. 1 let. b CPP) par le seul effet de sa plainte pénale du 21 septembre 2016 (art. 118 al. 2 CPP), a un intérêt juridiquement protégé (art. 382 al. 1 CPP) à ce que le prévenu soit, le cas échéant, poursuivi pour les lésions corporelles graves dont il a fait état à l'audience du 9 février 2017. Ce serait d'ailleurs un motif propre pour une partie plaignante de former opposition à une ordonnance pénale, sur le fondement de l'art. 354 al. 1 let. b CPP (Y. JEANNERET / A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd. Berne 2018, n. 17'021 p. 546; cf. ATF 141 IV 231 consid. 2.6 p. 236), la doctrine envisageant précisément des cas analogues à celui rencontré en l'espèce, soit des faits qualifiés de lésions corporelles simples dans l'ordonnance pénale, mais susceptibles de tomber sous le coup des lésions corporelles graves (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 11 ad art. 354), ou de voies de fait susceptibles d'être requalifiées en lésions corporelles simples (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 6 ad art. 354; cf. ATF 141 IV 231 précité, consid. 2.4 p. 233).

Pour le surplus, le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP).

2. Le recourant estime que la décision attaquée viole les art. 355 et 356 CPP.

2.1. À teneur de l'art. 355 CPP, en cas d'opposition (à une ordonnance pénale), le ministère public administre les autres preuves nécessaires au jugement de l'opposition (al. 1). Si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation, son opposition est réputée retirée (al. 2).

2.2. À ce stade, il n'appartient pas à l'opposant de choisir d'être ou non renvoyé devant l'autorité de jugement, mais au ministère public d'opter, aux conditions légales, en faveur du maintien de l'ordonnance pénale, du classement de la procédure, de la possibilité de porter l'accusation devant le tribunal de première instance ou d'une nouvelle ordonnance pénale (arrêt du Tribunal fédéral 6B_248/2015 du 13 mai 2015 consid. 4.3.). Ainsi, le prévenu ne peut pas retirer son opposition lorsque le ministère public l'a avisé que l'accusation serait engagée contre lui (ACPR/438/2017 du 28 juin 2017 consid. 2.2.). Dans le cas contraire, l'ouverture du recours (art. 393 CPP) contre la radiation de la cause par suite du retrait de l'opposition pendant l'instruction se justifie (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3^e éd., Zurich 2018, note de bas de page 58 ad n. 1365).

2.3. Dans ce sens, c'est à bon droit que le Tribunal de police, dans son ordonnance du 22 janvier 2018, a renvoyé la cause au Ministère public, car celui-ci n'avait pas décidé du maintien de l'ordonnance pénale (art. 356 al. 1 CPP) et une condition préalable à l'examen de la validité de l'opposition (art. 356 al. 2 CPP) faisait ainsi défaut. De toute manière, le Procureur s'était mépris en transmettant la cause au Tribunal de police au motif que "*l'opposition*", sans autre précision, était tardive. En effet, le prévenu a agi dans les dix jours suivant la notification de l'ordonnance pénale, soit à temps (art. 354 al. 1 CPP), et le recourant n'a jamais élevé d'opposition. Pour le surplus, c'est le prévenu, et non le recourant, qui avait demandé qu'une décision fût rendue sur la validité du retrait de son opposition, après que le Procureur eut exprimé en audience l'avis que ledit retrait n'était plus possible.

Matériellement, la décision attaquée place donc les parties exactement dans la situation envisagée par N. SCHMID / D. JOSITSCH (*loc. cit.*), soit celle d'une cause radiée par suite de retrait d'opposition pendant l'instruction, décision contre laquelle la partie plaignante exerce un recours, au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP.

2.4. Il résulte de l'art. 355 al. 1 CPP, parfaitement clair, que lorsqu'une opposition a été formée contre une ordonnance pénale, la procédure est tout d'abord reprise par le ministère public, qui conduit alors une véritable procédure préliminaire (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *op. cit.*, n. 1364; Y. JEANNERET, "*Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse*", in R. PFISTER-LIECHTI (éd.), *La procédure pénale fédérale*, Fondation pour la formation continue des juges suisses, Berne 2010, p. 158). L'art. 355 al. 1 CPP vise donc essentiellement les cas dans lesquels une instruction préliminaire n'a pas déjà été ouverte et qu'il s'agit, en particulier,

d'entendre le prévenu (G. PIQUEREZ / A. MACALUSO, *Procédure pénale suisse*, 3^e édition, Genève 2011, n. 1729).

2.5. Cette étape achevée, ou s'il n'y a pas lieu d'administrer de preuves supplémentaires, plusieurs possibilités, énumérées à l'art. 355 al. 3, s'offrent au ministère public (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (CPP) du 21 décembre 2005, FF 2006 1275) : le ministère public décide soit (a.) de maintenir l'ordonnance pénale; (b.) de classer la procédure; (c.) de rendre une nouvelle ordonnance pénale; ou (d.) de porter l'accusation devant le tribunal de première instance (art. 355 al. 3 CPP). Si l'instruction a amené des éléments inconnus jusque-là, il optera entre les let. b, c ou d de l'art. 355 al. 3 CPP (J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse - Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich/St-Gall 2012, n. 998). Ainsi, le ministère public engagera l'accusation ou rendra une "nouvelle" ordonnance pénale – autrement dit, une autre, de contenu différent (G. PIQUEREZ / A. MACALUSO, n. 1730) – si, à l'issue de l'instruction, la situation s'est modifiée en fait ou en droit (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *op. cit.*, n. 1368), soit que les faits imputés au prévenu, au sens de l'art. 353 al. 1 let. c CPP, ont changé (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 11 ad art. 355), soit qu'une autre qualification juridique des faits, au sens de l'art. 353 al. 1 let. d CPP, entre en considération (N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 1369). C'est, évidemment, sous réserve que la sanction à intervenir reste dans les limites de l'art. 353 CPP A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 7 ad art. 355). Pour le surplus, il est sans importance que le prévenu soit exposé à une qualification juridique aggravée, car l'interdiction de la *reformatio in peius* – qui n'englobe pas que la sanction encourue, mais aussi une modification défavorable de la qualification juridique (ATF 139 IV 282 consid. 2.5 p. 288) – ne s'applique pas en cas d'opposition à une ordonnance pénale (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2016, n. 4 ad art. 354).

2.6. En l'espèce, le Procureur a formellement étendu (art. 311 al. 2 CPP) son instruction à une autre infraction que celle à l'origine de l'ordonnance pénale (l'art. 123 CP), voire à d'autres faits, qu'il a qualifiés différemment, soit de lésions corporelles graves (art. 122 CP). Le même jour, il a mis l'opposant en prévention de ce chef, puis a entendu un témoin. Six jours plus tard, le prévenu a déclaré retirer son opposition. Or, tant que l'instruction ainsi étendue n'était pas terminée et tant que le Ministère public n'avait pas pris sa décision sur la suite de la procédure, le prévenu ne pouvait pas valablement retirer son opposition. Ce retrait n'eût été concevable que si le Ministère public avait fait le choix de maintenir l'ordonnance pénale, conformément aux art. 355 al. 3 let. a et 356 al. 1 CPP. Cette dernière disposition prévoit, en effet, que l'examen de la recevabilité de l'opposition n'échoit au tribunal

de première instance que lorsque le ministère public *maintient* l'ordonnance pénale et lui transmet le dossier. Un retrait d'opposition n'est donc possible qu'à partir du moment où le ministère public a exprimé un tel choix (A. KUHN / Y. JEANNERET, *op. cit.*, n. 11 ad art. 356; N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich 2018, n. 9 ad art. 355), et il reste ouvert jusqu'à l'issue des plaidoiries devant le tribunal de première instance (art. 356 al. 3 CPP). En l'espèce, le retrait de l'opposition n'est pas intervenu pendant ce laps de temps, mais plus tôt, à un stade relativement avancé de l'instruction, puisque celle-ci avait été étendue à une qualification plus grave des faits et avait déjà donné lieu à la confrontation des parties, à la production de deux pièces et à l'audition d'un témoin.

Dans ces circonstances, en considérant que le prévenu avait valablement retiré son opposition avant même de savoir si l'ordonnance pénale serait maintenue, le Ministère public a violé les dispositions légales précitées. Le recours s'avère fondé.

3. L'ordonnance attaquée sera annulée, et la cause renvoyée au Ministère public pour qu'il poursuive son instruction, puis procède conformément à l'art 355 al. 3 CPP.
4. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais (art. 428 al. 4 CPP).
5. Le recourant, qui a gain de cause, a demandé une indemnité équitable à titre de participation à ses frais de défense. Partie plaignante, il n'en a cependant pas justifié (art. 433 al. 2 CPP).

Certes, dans sa réplique, il a demandé un délai pour produire l'état de frais de son "*défenseur d'office*". Il y a cependant d'autant moins de raison d'entrer en matière sur ces aspects que, précisément, le recourant avait demandé au Ministère public, dans sa lettre du 11 octobre 2017, la nomination d'un conseil d'office, au titre de l'assistance judiciaire gratuite (cf. art. 136 al. 2 let. c CPP), et que le Ministère public n'a pas statué sur ce point, ce que le renvoi de la cause permettra de faire.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours, annule l'ordonnance attaquée et renvoie la cause au Ministère public pour qu'il procède selon les considérants.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux parties.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie 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. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).