REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18126/2019 **ACPR/161/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 10 mars 2021

Entre

A_____, sans domicile fixe, comparant par Me G_____, avocat, _____ Genève,

recourant

contre l'ordonnance rendue le 2 décembre 2020 par le Tribunal de police,

et

LE TRIBUNAL DE POLICE, rue des Chaudronniers 9, 1204 Genève - case postale 3715, 1211 Genève 3,

intimé

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 14 décembre 2020 au greffe de la Chambre de céans, A_____ demande l'annulation de l'ordonnance rendue le 2 précédent par laquelle le Tribunal de police a constaté son défaut à l'audience et dit que l'opposition formée contre l'ordonnance pénale du 5 novembre 2019 était réputée retirée et que celle-ci était assimilée à un jugement entré en force.

Il conclut en outre que l'indemnité de procédure, due pour l'activité de son défenseur d'office jusqu'au 2 décembre 2020, soit fixée à CHF 2'800.-.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, né en 1998, ressortissant du Nigéria, a été arrêté par la police le 3 septembre 2019. Il était porteur d'un passeport nigérian délivré à B_____/I en 2017 et d'un téléphone portable avec un indicatif téléphonique de la carte SIM français (+33). Il a déclaré être arrivé d'Italie, "*l'année passée*", et, ayant perdu certains de ses papiers, attendait de voir s'il les retrouvait avant de rentrer en Italie. Il n'a pas répondu aux questions liées à son domicile, en rapport avec les art. 87 et 88 CPP. Il ne voulait pas retourner dans son pays d'origine. Il a mentionné dans le formulaire "*mesures d'éloignement*" de l'Office cantonal de la population et des migrations (ci-après, OCPM), une adresse à l'étranger: "Via 1_____/Italie".

b. Il a, à nouveau, été arrêté le 13 septembre 2019 et déclaré être venu pour la première fois en Suisse durant l'été 2018 pour ensuite retourner en Italie. Il était revenu en juin-juillet 2019, reparti ensuite en Italie et de retour le 27 août 2019. Aux questions liées à son domicile (art. 87 et 88 CPP), il a donné les coordonnées de son avocat. Il était en possession de son passeport nigérian, d'une copie de son titre de séjour italien, du téléphone portable avec la carte SIM française qu'il avait lors de sa précédente interpellation et d'un téléphone portable dual avec une carte SIM suisse et l'autre italienne. Dans le formulaire "*mesures d'éloignement*" de l'OCPM, il n'a mentionné aucune adresse à l'étranger, notamment pas celle donnée précédemment. Il était par contre en possession d'un document d'hospitalité établi le 23 août 2019 par la préfecture de police de C_____/I mentionnant l'adresse donnée lors de la première arrestation ainsi que d'un e-billet du 27 août 2019 à son nom pour un voyage en bus de D_____ à Genève.

c. Il a été condamné par ordonnance pénale du :

- 4 septembre 2019, pour empêchement d'accomplir un acte officiel et infraction à l'art. 115 al. 1 let. b LEI;

– 14 septembre 2019, pour infractions à l'art. 19 al. 1 let. b et c LStup et à l'art. 115 al. 1 let. b LEI.

Il y a fait opposition sous la plume de son conseil.

d. Le 25 septembre 2019, il a demandé le report de l'audience fixée le 30 suivant en raison d'une convocation de la préfecture de C_____/I pour le 26 septembre 2019 en vue du renouvellement de son permis de séjour; il a produit ladite convocation.

e. Le 23 octobre 2019, A_____ a déclaré au Procureur être venu en Suisse durant l'été 2018 et s'être ensuite rendu à E_____ [F] et en Italie. Ensuite, il avait résidé à F_____ [F] et venait de temps à autre à Genève, lieu où il avait perdu ses papiers en août 2019. Quand il était revenu d'Italie, le 27 août 2019, il s'était rendu à F_____ [F] où il avait également résidé entre le 3 et le 13 septembre 2019. Il avait fait la demande d'un nouveau permis de séjour italien, mais ne l'avait pas encore reçu. Il a remis au Procureur un autre document du 26 septembre 2019 timbré par la préfecture de C_____/I en lien avec son permis de séjour.

f. Par ordonnance pénale sur opposition du 5 novembre 2019, le Ministère public a condamné A_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, sous déduction de deux jours-amende correspondant à deux jours de détention avant jugement, sursis 3 ans, pour violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires et infractions aux art. 115 al. 1 let. a et b LEI et 19 al. 1 let. c LStup.

g. L'intéressé y a fait opposition le 25 novembre 2019.

h. Le 2 décembre 2019, le Ministère public a maintenu l'ordonnance pénale et transmis la cause au Tribunal de police.

i. Par mandat de comparution du 8 septembre 2020, notifié à A_____ au domicile élu chez son avocat, le Tribunal de police a cité le prévenu à comparaître à l'audience fixée le 2 décembre 2020. Le mandat précisait, au recto, en caractères gras, que, s'il ne se présentait pas à l'audience, sans excuse valable, l'opposition serait réputée retirée et l'ordonnance pénale déclarée exécutoire, selon l'art. 356 al. 4 CPP.

j. Le 2 décembre 2020, A_____ ne s'est pas présenté à l'audience. Son conseil a précisé avoir informé son client de la tenue de l'audience; il l'avait vu le 8 septembre précédent, pour la dernière fois; son mandant se trouvait en Italie et, en raison de problèmes financiers, il ne se présenterait pas devant le Tribunal.

C. Dans la décision querellée, le Tribunal de police constate le défaut de A_____, lequel n'avait pas démontré s'être trouvé dans l'impossibilité de se présenter à l'audience, et en tire les conséquences prévues par l'art. 356 al. 4 CPP. Il a fixé l'indemnité de procédure du défenseur d'office.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ admet avoir pris connaissance du mandat de comparution adressé à son conseil qui lui était destiné, mais conteste avoir eu connaissance des conséquences d'un défaut non excusé; le mandat de comparution lui avait été communiqué par transfert de photo sur G_____ et il n'avait pu, de ce fait, prendre connaissance des dispositions figurant au dos du document.

Il se trouvait en Italie, à l'adresse qu'il avait communiquée au cours de la procédure; en raison de la pandémie, qui avait eu pour effet la fermeture des différents commerces et un confinement, il n'avait pas été en mesure de travailler pendant plusieurs semaines et, désargenté, n'avait pu voyager jusqu'à Genève; il avait prévenu son conseil la veille de l'audience qu'il ne s'y présenterait pas. Il ne pouvait pas apporter de preuves pour justifier de son défaut dès lors que son travail en Italie n'était pas déclaré et que les conséquences de la pandémie constituaient un fait notoire.

Le Tribunal de police avait refusé que son conseil présentât une demande de dispense et s'était immédiatement retiré pour délibérer.

Il ne s'était pas désintéressé de la procédure; il s'était enquis de l'état d'avancement de celle-ci en date du 8 septembre 2020 et était resté en contact avec son conseil. Le Tribunal de police avait fait preuve de formalisme excessif en rendant l'ordonnance querellée.

Etant domicilié à l'étranger, l'art. 356 al. 4 CPP n'était pas applicable (arrêt du Tribunal fédéral 6B_614/2017 du 2 mai 2018, consid. 2.2 et 2.3).

Il conteste les retranchement d'heures de l'état de frais de son conseil.

b. Le Tribunal de police se réfère à sa décision et précise que le conseil du recourant n'avait, à aucun moment, sollicité la dispense de comparaître de son client et les prétendus problèmes financiers n'avaient pas été étayés.

c. Le recourant n'a pas répliqué.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans constatant le retrait réputé de l'opposition à la suite du défaut du prévenu (art. 393 al. 1 let. b CPP) et émaner de ce dernier qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. La question de la qualité pour recourir se pose néanmoins s'agissant du recours contre l'indemnité du défenseur d'office.

2.1. A qualité pour recourir, toute partie qui aurait un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de cette décision (art. 382 al. 1 CPP), soit en particulier le prévenu condamné, qui sera tenu de rembourser le montant versé par l'État aussitôt qu'il revient à meilleure fortune (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, n. 29 ad 135). Il serait, alors également tenu de rembourser au défenseur la différence entre son indemnité en tant que défenseur désigné et les honoraires qu'il aurait touchés comme défenseur privé (art. 135 al. 4 CPP).

2.2. En l'occurrence, le recourant n'a pas été défendu par un avocat de choix, mais a bénéficié de l'assistance judiciaire et, par ce biais, d'un défenseur d'office.

Il s'ensuit que, comme un prévenu n'est, par ailleurs, pas partie au rapport de droit public entre l'État et son défenseur d'office (arrêt du Tribunal fédéral 6B_45/2012 du 7 mai 2012 consid. 1.2), le recourant n'a pas qualité pour recourir en lieu et place de celui-ci pour se plaindre du montant de l'indemnité allouée à son défenseur d'office (arrêt du Tribunal fédéral 6B_353/2012 du 26 septembre 2012 consid. 3; N. SCHMID / D. JOSITSCH, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar,* 3ème éd., Zurich 2018, n. 5 ad art. 135).

Il en résulte que son recours, sur cet aspect, est irrecevable.

3. **3.1.** L'ordonnance pénale est une proposition de résolution extrajudiciaire d'une affaire pénale, qui ne respecte pas les garanties minimales de procédure, en particulier l'accès à un juge indépendant. Elle n'est admissible que si le prévenu l'accepte en ne formulant pas d'opposition et qu'il renonce par là à son droit à un examen par un tribunal. Compte tenu de l'importance fondamentale de l'opposition, la fiction de son retrait posée à l'art. 355 al. 2 CPP doit être interprétée de manière restrictive (ATF 142 IV 158 consid. 3.4; 140 IV 82 consid. 2.3; arrêts 6B_877/2019 du 5 novembre 2019 consid. 2.1; 6B_614/2017 du 2 mai 2018, consid.

2.2; 6B_152/2013 du 27 mai 2013, consid. 4.5; cf. C. DENYS, *Ordonnance pénale: questions choisies et jurisprudence récente,* in SJ 2016 II 125, 132 s.).

La jurisprudence a précisé, en outre, que l'art. 355 al. 2 CPP n'avait pas d'effet à l'étranger. Lorsque le prévenu est domicilié à l'étranger, les autorités suisses ne peuvent pas lui faire parvenir une citation à comparaître assortie de menaces de sanctions; si elles le font, elles violent la souveraineté de l'État étranger. Ce que les personnes résidant dans un autre État doivent faire ou éviter de faire est défini par l'État en question. Dans la mesure où les autorités suisses veulent atteindre un prévenu séjournant à l'étranger, elles ne peuvent le faire qu'avec la collaboration et l'accord de l'État étranger. Elles doivent par conséquent demander l'entraide judiciaire (cf. ATF 140 IV 86 consid. 2.4 p. 89; arrêt 6B_404/2014 du 5 juin 2015 consid. 1.3, in SJ 2016 I 61). Les citations que les autorités suisses font parvenir à un prévenu séjournant à l'étranger représentent une invitation dans la procédure à laquelle le prévenu peut donner suite ou non sans en subir de préjudice; la fiction de retrait de l'opposition à l'ordonnance pénale est ainsi inopérante (cf. ATF 140 IV 86 consid. 2.4 et 2.5 p. 91; arrêt 6B_404/2014 du 5 juin 2015 consid. 1.3, in SJ 2016 I 61). Une notification par voie édictale (cf. art. 88 CPP) ne permet pas de déroger à cette solution en cas de domicile à l'étranger – alors même que, dans ce cas, aucune citation à comparaître n'avait, par définition, franchi la moindre frontière –, sans compter qu'un tel mode de citation n'implique pas une connaissance effective de la convocation et des conséquences du défaut (arrêt du Tribunal fédéral 6B_614/2017 du 2 mai 2018, consid. 2.2; 6B_404/2014 du 5 juin 2015 consid. 1.3, in SJ 2016 I 61).

Ainsi, le mandat de comparution assorti de menaces de sanctions même envoyé à l'adresse de notification de l'étude suisse, viole la souveraineté de l'État étranger, non pas parce qu'une citation à comparaître a franchi la frontière, mais parce que la personne qui séjourne à l'étranger est soumise à une contrainte (arrêt du Tribunal fédéral 6B_615/2017 du 2 mai 2018 consid. 1.3.).

3.2. En l'espèce, le mandat de comparution personnelle a été adressé au recourant au domicile élu chez son avocat.

Cependant, les éléments à la procédure permettent de considérer que le recourant séjournait à l'adresse mentionnée à C_____/I lors de sa première interpellation; en effet, la préfecture de cette ville l'a convoqué en vue du renouvellement de son permis de séjour.

Dès lors, si le Tribunal de police a notifié le mandat de comparution du recourant à l'adresse de notification genevoise que le précité avait désignée (ATF 139 IV 228, arrêt du Tribunal fédéral 6B_673/2017 du 19 octobre 2016 consid. 1.3), sa résidence

à l'étranger fait obstacle à la fiction de retrait de l'opposition prévue à l'art. 356 al. 4 CPP, nonobstant le défaut à l'audience.

4. Fondé, le recours doit être admis sur ce point. Partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause retournée au Tribunal de police pour qu'il examine la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition et, préalablement, détermine si la présence du prévenu en personne à l'audience est nécessaire.

5. Le recourant ayant gain de cause sur l'essentiel, il assumera les frais de la procédure fixés en totalité à CHF 200.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).

6. La procédure n'étant pas terminée, il n'y a pas lieu d'indemniser le défenseur d'office pour la procédure de recours (cf. art. 135 al. 2 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours, dans la mesure où il est recevable.

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Tribunal de police pour qu'il statue sur la validité de l'ordonnance pénale du 5 novembre 2019 et de l'opposition de A_____.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui arrêtés à CHF 200.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, (soit pour lui, son conseil) et au Tribunal de police.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Xavier VALDES	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).

P/18126/2019 **ÉTAT DE FRAIS**

COUR DE JUSTICE

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	10.00
Émoluments généraux (art. 4)		
- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00
Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)		
- décision sur recours (let. c)	CHF	115.00
-	CHF	
Total	CHF	**200.00**