REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**P/1818/2021** **ACPR/428/2021**

# COUR DE JUSTICE

## Chambre pénale de recours

## Arrêt du mardi 29 juin 2021

Entre

**A_____**, sans domicile connu, comparant par M^e^ B_____, avocat, _____ Genève,

recourant,

contre l'ordonnance sur opposition rendue le 12 mars 2021 par le Ministère public,

et

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

intimé.

## EN FAIT :

**A.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 25 mars 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 12 précédent, notifiée par voie édictale le _____ mars 2021, par laquelle le Ministère public a constaté le retrait de l'opposition qu'il avait formée contre l'ordonnance pénale du 27 janvier 2021.

Le recourant conclut, préalablement, à son admission au bénéfice de l'assistance judiciaire et à la désignation de M^e^ B_____ en qualité de défenseur d'office ; principalement, avec suite de frais et "*dépens*" chiffrés à CHF 1'000.-, à l'annulation de l'ordonnance précitée, au constat que son opposition à l'ordonnance pénale n'était pas réputée retirée et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il fixe une nouvelle audience d'instruction ; subsidiairement, au renvoi de la procédure au Ministère public pour nouvelle décision au sens des considérants.

**B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

**a.** Lors d'un contrôle de police, le 26 janvier 2021, A_____ n'a pas été en mesure de présenter une pièce d'identité. Il a déclaré être né le _____ 1986 et être ressortissant algérien. Au poste de police, le test AFIS (système d'identification automatique par empreintes digitales) s'est révélé négatif et le précité était inconnu du système d'information central sur la migration (ci-après, SYMIC). Interrogé, il a déclaré ne pas avoir de passeport, être arrivé en Suisse en 2014 par train depuis la France, ne jamais avoir fait de demande pour obtenir une autorisation de séjour et habiter à Bienne avec sa copine, C_____, dont il ne connaissait ni le nom de famille ni l'adresse, mais qui lui donnait environ CHF 400.- par mois. Il ne s'était jamais fait arrêter par la police. À la question de savoir quel était son domicile de notification en Suisse, il a répété qu'il dormait chez sa copine à Bienne, mais ne savait pas où elle habitait.

Interrogé sur les mesures d'éloignement, il a déclaré ne pas souhaiter être renvoyé en Algérie et ne pas avoir d'adresse à l'étranger.

Il a signé le formulaire "*Droits et obligations du prévenu*", lequel précise que si le lieu de séjour du prévenu est inconnu, les décisions peuvent être valablement notifiées dans la feuille d'avis officielle (ci-après, FAO).

**b.** Par ordonnance pénale du 27 janvier 2021, le Ministère public a condamné A_____ à 120 jours-amende à CHF 10.-/jour, avec sursis, pour infraction à l'art. 115 al. 1 let. a et b LEI.

L'ordonnance, qui lui a été notifiée en mains propres, au Vieil-Hôtel de police, porte sa signature.

**c.** Par lettre recommandée postée en Suisse le 5 février 2021, A_____ a formé opposition à l'ordonnance pénale, exposant n'avoir "*rien fait*", que la situation était "*trop dure pour le moment à la suite du Covid*", se trouver à Genève depuis 2014 et n'avoir jamais causé aucun problème, son casier judiciaire étant vierge. Sa situation était difficile pour payer l'amende, de sorte qu'il demandait une "*révision*" du montant de l'ordonnance, car il n'avait pas d'argent et mangeait dans des associations.

Au dos de l'enveloppe figure la mention "*A_____, Algérie*". La lettre mentionne, à l'emplacement de l'adresse de l'expéditeur : "*A_____, né le _____ 1986, Algérie, Sans domicile*".

**d.** Par mandat de comparution du _____ 2021, publié dans la FAO du lendemain, A_____ a été cité à comparaître le _____ 2021 devant le Ministère public. La publication mentionnait qu'en cas d'absence non excusée à l'audience, l'opposition à l'ordonnance pénale serait réputée retirée selon l'art. 355 al. 2 CPP.

**e.** Le _____ 2021, le prévenu n'a pas comparu.

**C.** **a.** Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public a constaté le défaut, sans excuse, à l'audience du _____ 2021, de A_____, lequel avait dûment été convoqué par publication dans la FAO. Conformément à l'art. 355 al. 2 CPP, l'opposition formée à l'ordonnance pénale était réputée retirée, car celui qui ne prenait pas des mesures pour donner suite à une convocation devait assumer le retrait de son opposition, sans que cela ne contrevienne aux garanties de procédure offertes par le droit.

**b.** Par lettre du 17 mars 2021, M^e^ B_____ s'est constitué auprès du Ministère public pour A_____ et a requis la consultation du dossier, qui a été mis à sa disposition.

**D.** **a.** Dans le recours, A_____ soutient qu'il ne fallait pas déduire de son absence lors de l'audience qu'il avait changé d'avis et souhaitait être jugé par ordonnance pénale. La fiction légale prévue à l'art. 355 al. 2 CPP ne s'appliquait, selon la jurisprudence, que si l'ensemble du comportement de l'opposant permettait de conclure qu'il se désintéressait de la poursuite de la procédure et renonçait consciemment à la protection juridique dont il bénéficiait. Le retrait fictif impliquait en outre qu'il eût pris connaissance de la citation à comparaître. Or, il n'avait pas pris connaissance du mandat de comparution publié dans la FAO le _____ 2021, faute de quoi il se serait "*évidemment*" présenté le _____ 2021. Il avait mandaté M^e^ B_____ le _____ 2021, et c'est lors de la consultation du dossier par le précité qu'il avait eu connaissance de la publication. Au vu de ces éléments, il ne s'était

nullement désintéressé de la procédure pénale, de sorte que son défaut ne pouvait nullement conduire au retrait de son opposition.

Compte tenu de son indigence, manifeste, il sollicite la défense d'office.

**b.** À 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 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 (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du prévenu 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 Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.

**3.** Le recourant conteste la validité de la notification par voie édictale du mandat de comparution à l'audience.

**3.1.** Selon l'art. 354 al. 1 let. a CPP, le prévenu peut faire opposition, par écrit, à l'ordonnance pénale dans les dix jours.

En cas d'opposition, le ministère public administre les autres preuves nécessaires au jugement de l'opposition (art. 355 al. 1 CPP).

**3.2.** Le mandat de comparution est décerné par écrit (art. 201 al. 1 CPP). Il contient, en particulier, les conséquences juridiques d'une absence non excusée (al. 2 let. f ).

**3.3.** Toute communication doit être notifiée au domicile, au lieu de résidence habituelle ou au siège du destinataire (art. 87 al. 1 CPP). Lorsqu'une partie est tenue de comparaître personnellement à l'audience ou d'accomplir elle-même un acte de procédure, la communication doit lui être notifiée directement (al. 4).

Lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n'a pas pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées, la notification a lieu dans la Feuille officielle désignée par le canton ou la Confédération (art. 88 al. 1 let. a CPP). Le ministère public doit toutefois avoir précédemment entrepris des démarches approfondies pour localiser le prévenu (arrêts du Tribunal

fédéral 6B_1117/2015 du 6 septembre 2016 consid. 1.1 et les références citées, notamment 6B_738/2011 du 20 mars 2012 consid. 3.3. ; 6B_278/2014 du 6 juin 2014).

**3.4.** En l'espèce, lors de son interpellation, le recourant n'a pu être identifié, ni à l'aide de ses documents d'identité, qu'il n'avait pas sur lui, ni à l'aide de ses empreintes digitales, puisqu'il était inconnu au système AFIS. Le nom qu'il a fourni n'apparaissait en outre pas au SYMIC. Dûment interrogé sur son lieu de résidence, le recourant a déclaré vivre en Suisse depuis 2014 et habiter à Bienne chez une dénommée "*C_____*", dont il n'a communiqué ni le nom de famille ni l'adresse. Son attention a dûment été attirée sur le fait qu'il devait fournir une adresse de notification en Suisse, faute de quoi les actes de la procédure seraient notifiés par voie édictale.

Or, lorsqu'il a formé opposition à l'ordonnance pénale, le recourant n'a fourni aucune adresse, se contentant de mentionner "*Algérie*" et "*sans domicile*" sur la lettre et à l'arrière de l'enveloppe, de sorte qu'il n'a pas été possible de notifier le mandat de comparution par la poste à son lieu de résidence, conformément à l'art. 87 al. 1 CPP. Dans la mesure où l'identité qu'il a fournie à la police n'était connue ni à Genève ni en Suisse, et qu'il n'avait communiqué ni le nom de sa compagne ni l'adresse de celle-ci à Bienne, on ne voit pas quelles recherches auraient pu être exigées des autorités de poursuite pénale, au sens de l'art. 88 al. 1 let. a CPP, pour le localiser, et le recourant n'en mentionne d'ailleurs aucune.

Partant, le mandat de comparution, qui mentionnait expressément les conséquences d'un défaut, a été notifié conformément à la loi.

**4.** Le recourant conteste l'applicabilité, en l'espèce, de la fiction du retrait de l'opposition.

**4.1.** Selon l'art. 355 al. 2 CPP, si l'opposant à une ordonnance pénale, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation, son opposition est réputée retirée (art. 355 al. 2 CPP).

**4.2.** Selon la jurisprudence, l'art. 355 al. 2 CPP doit être interprété en considération des différentes garanties procédurales (en particulier celles prévues aux art. 3 CPP, 29a et 30 Cst., 6 par. 1 CEDH). Au vu de l'importance fondamentale du droit d'opposition au regard de ces garanties, un retrait par acte concluant de l'opposition suppose que celui-ci résulte de l'ensemble du comportement de l'opposant, qui démontre qu'il se désintéresse de la suite de la procédure tout en étant conscient des droits dont il dispose. La fiction légale de retrait découlant d'un défaut non excusé suppose que l'opposant ait conscience de son omission et qu'il renonce à ses droits en connaissance de cause (ATF 140 IV 82 consid. 2.3 et 2.5 p. 84 s.). La fiction légale

introduite par cette disposition ne s'applique en principe que si l'opposant a eu une connaissance effective de la convocation et des conséquences du défaut, l'abus de droit étant réservé (ATF 140 IV 82 consid. 2.7 p. 86; arrêt du Tribunal fédéral 6B_328/2014 du 20 janvier 2015 consid. 2.1 et 2.2 relatif à un défaut par suite d'un empêchement attesté par un certificat médical).

**4.3.** En l'espèce, le recourant estime que la fiction de retrait ne s'appliquerait pas, car, malgré son absence à l'audience, il ne se serait nullement désintéressé de la procédure. Force est toutefois de constater que ni lors de son audition à la police, ni lors de son opposition à l'ordonnance pénale, il n'a fourni d'adresse de notification, alors qu'il se savait l'objet d'une procédure pénale et devait donc s'attendre à ce que, par suite de son opposition, les autorités lui adressent un courrier, ce que mentionnait d'ailleurs expressément le formulaire qu'il a signé. Il ne s'est plus manifesté après l'envoi de l'opposition et n'a pas comparu à l'audience du _____ 2021, un mois plus tard. On ignore, faute de précision à cet égard, pour quelle raison il n'a constitué un avocat que le _____ 2021. Quoi qu'il en soit, un tel comportement, par lequel le prévenu s'est délibérément mis hors d'état d'être atteint, témoigne de son désintérêt de la procédure et ne mérite aucune protection. La fiction de retrait de l'opposition doit donc s'appliquer.

**4.** Justifiée, l'ordonnance querellée sera confirmée

**5.** Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à CHF 900.-, y compris un émolument de décision (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.** Il sollicite la nomination de son conseil en qualité de défenseur d'office pour le dépôt du recours.

**6.1.** Selon l'art. 132 al. 1 let. b CPP, la direction de la procédure ordonne la défense d'office lorsque le prévenu ne dispose pas des moyens nécessaires et que l'assistance d'un défenseur est justifiée pour sauvegarder ses intérêts. La défense d'office 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). En tout état de cause, une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de liberté de plus de quatre mois ou d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende (al. 3).

Selon la jurisprudence, le point décisif pour admettre l'existence de difficultés de fait ou de droit est de savoir si la désignation d'un avocat d'office est objectivement nécessaire dans le cas d'espèce. À cet égard, il faut tenir compte des circonstances concrètes de l'affaire, de la complexité des questions de fait et de droit, des particularités que représentent les règles de procédure applicables, des connaissances

juridiques du requérant ou de son représentant, du fait que la partie adverse est assistée d'un avocat, et de la portée qu'a pour le requérant la décision à prendre, avec une certaine réserve lorsque sont en cause principalement ses intérêts financiers (ATF 123 I 225 consid. 2.5.2 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_661/2011 consid. 4.2.3 et les nombreux arrêts cités ; ACPR/224/2014 du 2 mai 2014 consid. 2.2) ainsi que des mesures qui paraissent nécessaires, dans le cas particulier, pour assurer sa défense, notamment en ce qui concerne les preuves qu'il devra offrir (ATF 115 Ia 103 consid. 4 ; ACPR 122/2014 du 6 mars 2014 consid. 3.1).

**6.2.** En l'espèce, la condamnation à 120 jours-amende prononcée par l'ordonnance pénale demeure en deçà du seuil au-delà duquel la cause n'est pas de peu de gravité. La cause n'est en revanche pas dépourvue d'une certaine complexité, en tant qu'elle porte sur les questions juridiques, cumulées, de la validité de la notification du mandat de comparution par voie édictale et de la fiction du retrait de l'opposition par suite du défaut à l'audience.

Partant, la défense d'office sera accordée pour le recours et le conseil du recourant désigné en cette qualité.

**6.3.** Le défenseur d'office conclut au versement d'une indemnité de CHF 1'000.-, qui paraît exagérée pour un recours portant sur trois pages, y inclus les conclusions. La rémunération du défenseur sera ainsi fixée à CHF 431.- (TVA à 7.7 % incluse), correspondant à 2 heures d'activité selon le tarif prévu à l'art. 16 al. 1 let. c RAJ.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,**
**LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à CHF 900.-.

Désigne M^e^ B_____ en qualité de défenseur d'office de A_____ pour la procédure de recours et lui alloue, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 431.- (TVA à 7.7 % incluse) à cet effet.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant (soit pour lui son conseil) et au Ministère public.

**Siégeant :**

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Olivia SOBRINO, greffière.

| La greffière : | La présidente : |
|---|---|
| Olivia SOBRINO | 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/1818/2021 **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 | 815.00 |
| - | CHF | |
| **Total** | CHF | **900.00** |