REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/18257/2019 **ACPR/43/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 25 janvier 2022

Entre

A_____, domiciliée _____ [GE], comparant par M^e^ B_____, avocat, _____ Genève,

recourante,

contre l'ordonnance rendue le 27 septembre 2021 par le Tribunal de police,

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. Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 14 octobre 2021, A_____ (ci-après, A_____) recourt contre l'ordonnance du 27 septembre 2021, notifiée le 7 octobre suivant, par laquelle le Tribunal de police a constaté son défaut à l'audience du même jour et dit que son opposition à l'ordonnance pénale du 18 octobre 2019 était réputée retirée, et celle-ci assimilée à un jugement entré en force.

La recourante conclut, sous suite de frais et dépens, chiffrés à CHF 2'800.-, préalablement, à l'octroi de l'assistance judiciaire et à la nomination de M^e^ B_____ en qualité de conseil d'office; et, principalement, à l'annulation de la décision querellée. Cela fait, au renvoi de la cause au Tribunal de police afin qu'il convoque une nouvelle audience sur opposition.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par ordonnance pénale du 18 octobre 2019, le Ministère public a déclaré A_____ coupable d'infraction à l'art. 116 al. 1 let. a LEI et l'a condamnée à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à CHF 30.-, avec un sursis de trois ans.

b. Le 7 novembre 2019, sous la plume de son précédent conseil, M^e^ C_____, A_____ y a formé opposition.

c. Après avoir entendu la prévenue, le 12 octobre 2020, le Ministère public a maintenu sa décision et transmis la cause au Tribunal de police.

d. Par courrier du 18 novembre 2020 adressé au Tribunal de police, M^e^ C_____ l'a informé ne plus représenter A_____, précisant que l'élection de domicile en son étude était également révoquée.

e. Par mandat de comparution du 27 avril 2021, notifié à A_____ le 4 mai suivant à son domicile, le Tribunal de police l'a citée à comparaître à une audience fixée le 2 septembre 2021. Le mandat précisait, en caractère gras, que, si la prévenue ne se présentait pas à l'audience, sans excuse valable, l'opposition serait réputée retirée et l'ordonnance pénale déclarée exécutoire, conformément à l'art. 356 al. 4 CPP.

f. Le 31 août 2021, A_____ a déposé auprès du greffe du Tribunal pénal un certificat médical du Dr D_____, médecin de garde au centre médical E_____ SA, attestant d'une incapacité totale de travailler pour cause de maladie du 30 août au 5 septembre 2021, sans autre précision.

g. Par mandat de comparution du 2 septembre 2021, notifié à A_____ le 8 suivant, une nouvelle audience a été convoquée pour le 15 septembre 2021. Par messages électroniques des 13 et 14 précédents, expédiés au Tribunal pénal, l'intéressée en a demandé le report, au motif que son état de santé ne lui permettait pas de s'y présenter. À l'appui, elle a joint un certificat médical, établi par le Dr F_____, médecin au E_____ SA, attestant d'un arrêt de travail à 100% pour cause de maladie, du 14 au 17 septembre 2021.

h. A_____ a été citée à comparaître à une nouvelle audience fixée le 27 septembre 2021 par-devant le Tribunal de police. Le mandat de comparution précisait qu'en cas d'empêchement pour des raisons médicales, l'intéressée était tenue de produire un certificat indiquant précisément qu'elle ne pouvait pas se déplacer à l'audience et les raisons pour lesquelles elle en était empêchée. À défaut, le certificat médical ne serait pas considéré comme une excuse valable.

i. Par message électronique du 24 septembre 2021, A_____ a transmis au Tribunal de police un certificat médical du 21 précédent, faisant état d'une incapacité totale de travailler pour cause de maladie du 21 au 28 septembre suivant. Elle a également joint une attestation médicale, datée du même jour et établie par le Dr F_____, lequel indiquait avoir réalisé un "*examen clinique général*" ce jour-là, qui lui permettait d'attester que l'intéressée ne pourrait pas se déplacer pour assister à l'audience prévue le 27 septembre 2021.

j. Le jour de l'audience, A_____ n'a pas comparu.

C. Dans sa décision querellée, le Tribunal de police retient que la prévenue ne s'était pas présentée à de réitérées reprises aux différentes audiences appointées, alors même qu'il ressortait des certificats médicaux produits qu'elle avait été en mesure de se déplacer de son domicile à G_____ jusqu'au centre médical de H_____. En outre, le mandat de comparution mentionnait sans équivoque qu'elle était tenue, en cas de nouvelle absence, de produire un certificat médical indiquant non seulement qu'elle ne pouvait pas se mouvoir, mais également les motifs de cette incapacité. Dans ces circonstances, les pièces produites par la prévenue ne pouvaient être considérées comme une excuse valable et l'opposition formée par cette dernière était, conformément à l'art. 355 al. 2 CPP, réputée retirée.

D. **a.** Dans son recours, sous la plume de son nouveau conseil, A_____ rappelle avoir produit un certificat médical attestant de son incapacité totale de travailler du 21 au 28 septembre 2021, ajoutant que les prolongations successives de son arrêt de travail étaient dues à l'absence d'amélioration de son état de santé. En outre, elle avait pris le soin de faire établir par son médecin une attestation circonstanciée indiquant qu'elle n'était pas en mesure de se déplacer pour assister à l'audience du 27 septembre 2021.

Pour le surplus, la mention des indications particulières que devaient contenir son certificat médical n'avait pas été mise en évidence dans le mandat de comparution du 15 septembre 2021, puisque ces informations n'y figuraient pas en caractère gras ni n'étaient soulignées. En outre, elles apparaissaient deux paragraphes après celui concernant les conséquences d'un éventuel défaut, lequel y figurait, à l'inverse, en caractère gras. Ces constatations étaient d'autant plus problématiques que le Tribunal de police avait, sur la base de simples certificats médicaux faisant état de son incapacité totale de travailler, reporté à deux reprises l'audience appointée. Dans ces circonstances, en retenant qu'elle avait produit un certificat médical qui n'était pas conforme aux indications données, le Tribunal de police avait constaté de manière erronée, voire arbitraire, les faits.

Par ailleurs, le fait qu'elle ait pu se déplacer jusqu'au cabinet médical de son médecin, nonobstant son état de santé, ne démontrait nullement qu'elle était capable de se mouvoir comme le sous-entendait l'autorité intimée. Bien plutôt, son comportement illustrait sa volonté d'effectuer les démarches nécessaires à la sauvegarde de ses droits et non pas son désintérêt pour la suite de la procédure. Les deux précédents reports d'audience ne pouvaient, pour le surplus, être interprétés comme des manœuvres dilatoires mais, au contraire, comme l'expression de son mauvais état de santé au mois de septembre 2021, étant relevé que l'audience litigieuse s'était tenue seulement 25 jours après la première audience appointée dans la cause.

Enfin, en déclarant son opposition retirée, nonobstant son intention claire de soumettre la cause à l'appréciation d'un tribunal, "*conformément aux garanties constitutionnelles et conventionnelles*", l'autorité intimée avait violé les art. 29a Cst et 6 para. 1 CEDH.

À l'appui de son recours, A_____ produit une attestation médicale, établie le 13 octobre 2021 par le Dr F_____, selon laquelle elle présentait, le 24 septembre précédent, une "*otalgie bilatérale (otite bilatérale), une migraine engendrant des difficultés à s'exposer longtemps dans la lumière et les bruits*" ainsi qu'une "*altération générale"* de son état de santé suite à une "*surinfection bronchique*" liée à une infection au Covid-19. Le praticien précisait que ces différentes constatations l'avaient conduit à proscrire à sa patiente "*tout déplacement long qui pouvait perturber son état général et par conséquent assister à son audience*".

La recourante a également versé à la procédure des pièces démontrant qu'elle émargeait à l'Hospice général.

b. Dans ses observations, le Tribunal de police se réfère intégralement à sa décision, relevant que l'attestation du Dr F_____ du 13 octobre 2021 avait été établie 19 jours après la tenue de l'audience litigieuse, de sorte qu'il n'avait pas eu connaissance de cette pièce.

La recourante soutenait, certes, que la mention selon laquelle elle devait fournir un certificat médical attestant de son incapacité à se déplacer et indiquant les motifs de cette inaptitude n'avait pas été suffisamment mise en exergue dans le mandat de comparution litigieux. Cela étant, elle avait produit, dans le cadre de sa troisième demande de report, une attestation selon laquelle elle n'était pas capable de se mouvoir pour assister à l'audience alors que les deux premiers certificats médicaux produits ne mentionnaient pas ce point précis. Partant, elle avait bel et bien pris connaissance de la mention spéciale du mandat de comparution et délibérément choisi de ne pas produire de pièce mentionnant les raisons de son empêchement.

c. Le Ministère public s'en rapporte à justice, sans formuler d'observations.

d. La recourante renonce à répliquer.

EN DROIT :

1. **1.1.** 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 de la prévenue 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).

1.2. Les pièces nouvelles produites par la recourante devant la Chambre de céans sont également recevables (arrêt du Tribunal fédéral 1B_368/2014 du 5 février 2015 consid. 3.2 *in fine*).

2. La recourante reproche au Tribunal de police d'avoir considéré comme non excusé son défaut à l'audience du 27 septembre 2021.

2.1. À teneur de l'art. 355 al. 2 CPP, si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation à comparaître, son opposition est déclarée retirée.

Ainsi, contrairement à ce que prévoit l'art. 205 CPP, le défaut peut en vertu de l'art. 355 al. 2 CPP aboutir à une perte de toute protection juridique, nonobstant le

fait que l'opposant ait précisément voulu une telle protection en formant opposition (ATF 140 IV 82 consid. 2.4 p. 84 s.). Le Tribunal fédéral a rappelé le caractère particulier de l'ordonnance pénale et spécifié que l'art. 355 al. 2 CPP devait être interprété en considération de 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.). Son désintérêt doit s'interpréter au regard des règles de la bonne foi (arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 précité consid. 4.3 ss ; ACPR/449/2012 du 19 octobre 2012 et 536/2012 du 29 novembre 2012 ; ACPR/232/2014 du 6 mai 2014).

L'art. 355 al. 2 CPP ne précise pas les cas dans lesquels l'absence d'un prévenu aux débats peut être excusée. À cet égard, il faut se référer aux dispositions générales concernant la procédure ordinaire (ACPR/501/2012 du 15 novembre 2012). À ce titre, l'art. 93 CPP dispose qu'une partie est défaillante si elle n'accomplit pas un acte de procédure à temps ou ne se présente pas à l'audience fixée. Par ailleurs, l'art. 205 al. 2 CPP prévoit que celui qui est empêché de donner suite à un mandat de comparution doit en informer sans délai l'autorité qui l'a décerné et doit lui indiquer les motifs de son empêchement et lui présenter les pièces justificatives éventuelles.

2.2. La doctrine mentionne, comme motifs d'excuse, la maladie, le service militaire ou l'absence à l'étranger, le service civil ou un autre service public affectant la disponibilité de la personne convoquée, la maladie d'un enfant ou d'un proche parent dont la personne convoquée a la charge et pour les soins duquel elle ne trouve pas de remplaçant à brève échéance, la grève d'une compagnie aérienne, le décès très récent d'un proche parent ou d'autres situations d'exceptions, voire des engagements de la vie privée pris de longue date, avant la notification du mandat (vacances, voyage d'affaires) (A. KUHN / Y. JEANNERET [éds], *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd. Bâle 2019, n. 4 ad art. 205; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, Bâle 2011, n. 6 ad art. 205). Un certificat médical constatant une incapacité totale de travail ne dit rien d'une impossibilité de se déplacer pour comparaître, notamment si l'on peut en inférer que le justiciable a été en mesure de se rendre à un cabinet médical le jour même de l'audience (ACPR/306/2014).

La personne convoquée doit spontanément présenter à l'autorité pénale les pièces justificatives qui étayent son empêchement. Sous peine de faire preuve de formalisme excessif, l'autorité lui permettra néanmoins de compléter ses motifs ou

pièces justificatives si elle avait omis de tous les indiquer ou les réunir au moment de l'annonce de son empêchement (A. KUHN / Y. JEANNERET [éds], *op.cit*., n. 4-5 ad. art. 205).

2.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a fait défaut à l'audience du 27 septembre 2021, alors que sa présence était exigée par le Tribunal de police, qui l'avait dûment rendue attentive, dans le mandat de comparution du 15 septembre précédent, aux conséquences d'une absence non excusée.

Cela étant, il résulte du dossier, et le Tribunal de police ne le conteste pas, que la recourante l'a informé, quelques jours avant l'audience, de son incapacité à donner suite à cette convocation en raison de problèmes de santé, lesquels ont été attestés par pièces médicales des 21 et 24 septembre 2021. Deux audiences appointées par le Tribunal de police avaient d'ailleurs, en raison de cette incapacité à comparaître, déjà été reportées les 2 et 15 septembre précédent.

L'autorité précédente a, certes, considéré que les pièces médicales produites par la recourante ne pouvaient être considérées comme une excuse valable, au motif que celles-ci ne comportaient pas les raisons précises de son empêchement. Ce faisant, il n'a cependant pas tenu compte de l'appréciation du médecin de la recourante, lequel a estimé qu'elle n'était pas en état d'assister à l'audience fixée. Au surplus, la recourante a produit, dans le cadre de son recours, une attestation médicale du 13 octobre 2021, selon laquelle elle souffrait, le 24 septembre 2021, d'une "*otite bilatérale*", d'une migraine lui causant une sensibilité soutenue à la lumière et au bruit ainsi que d'une altération générale de son état de santé en raison d'une "*surinfection bronchique*", liée à une infection au Covid-19. Il est précisé dans ce contexte que son médecin, compte tenu du diagnostic, lui avait proscrit tout déplacement pouvant perturber son état de santé.

Force est ainsi de retenir qu'il est suffisamment démontré, au regard du dossier, que la recourante – qui n'était alors au demeurant pas représentée par un avocat – pouvait se prévaloir de motifs médicaux justifiant, au regard de la jurisprudence précitée, qu'elle ne se présente pas à la convocation du Tribunal de police. Il n'existe par ailleurs aucun élément probant qui permettrait de remettre en cause la validité des conclusions des certificats médicaux produits.

Le fait que la recourante ait préalablement sollicité et obtenu à deux reprises le report de l'audience, et ce pour des motifs médicaux également, ne permet pas à lui seul de conclure qu'elle se serait désintéressée de la procédure ni ne laisse supposer qu'elle n'entendait pas donner suite à une nouvelle convocation, bien au contraire, étant encore précisé qu'elle s'est toujours excusée en temps utile.

Par conséquent, son défaut à l'audience du 27 septembre 2021 ne pouvait être interprété comme un retrait de son opposition à l'ordonnance pénale du 18 octobre 2019. L'art. 355 al. 2 CPP était par conséquent inapplicable en l'espèce.

L'ordonnance querellée sera donc annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente, afin qu'elle statue sur l'opposition formée par la recourante à l'ordonnance pénale.

3. Fondé, le recours doit être admis ; partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause renvoyée au Tribunal de police afin qu'il procède dans le sens des considérants.

4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

5. La recourante demande l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours.

5.1. L'art. 132 al. 1 let. b CPP soumet le droit à l'assistance d'un défenseur d'office à deux conditions : le prévenu doit être indigent et la sauvegarde de ses intérêts doit justifier une telle assistance, cette seconde condition devant s'interpréter à l'aune des critères mentionnés à l'art. 132 al. 2 et 3 CPP.

5.2.1. Les intérêts du prévenu justifient une défense d'office lorsque la cause 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 surmonter (art. 132 al. 2 CPP), ces deux conditions étant cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 1B_477/2011 du 4 janvier 2012 consid. 2.2 et 1B_138/2015 du 1er juillet 2015 consid. 2.1).

En tout état de cause, une affaire n'est pas de peu de gravité lorsque le prévenu est passible d'une peine privative de plus de 4 mois ou d'une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende (art. 132 al. 3 CPP).

5.2.2. 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).

5.3. En l'espèce, s'il est vraisemblable que la recourante remplit la condition de l'indigence, force est toutefois de constater qu'elle a été condamnée à une peine pécuniaire de 40 jours-amende à CHF 30.- le jour, avec sursis de trois ans. Le cause est donc de peu de gravité. En outre, dans la mesure où elle invoque avoir été empêchée de comparaître à l'audience litigieuse pour des raisons de santé et ne pas s'être désintéressée de la procédure, tant les faits que le droit ne présentent aucune complexité. Les conditions d'une défense d'office ne sont donc pas réunies.

6. Dans la mesure où elle obtient gain de cause, la recourante a néanmoins droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP. Elle chiffre l'indemnité due en sa faveur à CHF 2'800.-, correspondant à sept heures d'activité pour la procédure de recours (comprenant 1h d'entretien client, 4 heures de "*recherches de jurisprudence topique, rédaction du recours et impression des chargés de pièces*", ainsi que 2 heures de rédaction du recours), au tarif de CHF 400.-, TVA non incluse.

Eu égard à l'activité déployée pour le recours, soit un mémoire de 13 pages, dont 6 pages de droit, et à l'absence de difficultés juridiques, l'indemnité sera ramenée à CHF 2'154.- correspondant à 5 heures d'activité au tarif de CHF 400.-, TVA à 7.7% incluse.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et renvoie la cause au Tribunal de police pour qu'il convoque une nouvelle audience.

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

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 2'154.- TTC pour la procédure de recours.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à la recourante, soit pour elle son conseil, au Tribunal de police et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	La présidente :
Arbenita VESELI	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).