REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/23580/2020 **ACPR/335/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 20 mai 2021

Entre

A_____, domicilié _____ [VD], comparant par M^e^ B_____, avocat, _____,

recourant,

contre l'ordonnance de classement partiel rendue le 2 février 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 18 février 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 2 février 2021, notifiée le 8 suivant, par laquelle le Ministère public a ordonné le classement partiel de la procédure pénale pour l'infraction d'entrée illégale en Suisse (ch. 1 du dispositif), dit que la procédure suivait son cours pour le surplus (ch. 2), refusé de lui allouer une indemnité pour ses frais de défense (ch. 3) et l'a condamné aux frais de la procédure, arrêtés à CHF 510.- (ch. 4).

Le recourant conclut, avec suite d'indemnité de CHF 2'000.-, à la "*réforme*" des chiffres "*II et III*" (sic) du dispositif de l'ordonnance querellée, en ce sens qu'une indemnité de CHF 560.- lui soit allouée pour ses frais de défense et que les frais de la procédure de première instance soient laissés à la charge de l'État.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le lundi 7 décembre 2020 à 00 heures 45, au passage de la frontière de C_____, A_____, ressortissant congolais né en 1991, a été contrôlé par les gardes-frontière alors qu'il était passager d'un véhicule. Il s'est légitimé au moyen d'un titre de séjour appartenant à D_____. Identifié au moyen du test AFIS, il est apparu que A_____ faisait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse, du 14 novembre 2017 au 13 novembre 2027, qui lui avait été notifiée en mars 2018.

b. Entendu par les gardes-frontière, il a contesté faire l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse. Il a expliqué qu'en 2014 son permis F lui avait été retiré, mais que le "*Tribunal fédéral*" avait, fin 2018-début 2019, jugé son renvoi illicite, de sorte qu'il avait reçu un nouveau permis F. Il en déduisait que le "*système*" consulté par les douaniers n'était pas à jour. Il n'avait pas sur lui son permis, qui était en renouvellement, mais était en possession de documents attestant qu'il devait le renouveler. Il a déclaré être domicilié à E_____ [VD], chez sa mère. Le titulaire du permis de séjour avec lequel il s'était légitimé était une connaissance.

En annexe au procès-verbal figure notamment une décision de refus d'octroi de prestations d'assistance de l'Établissement vaudois d'accueil des migrants (ci-après, EVAM), du 4 novembre 2020, constatant que son livret F était échu "*depuis le 13 septembre 2020*".

c. A_____ a été relaxé plus tard dans la journée.

d. Par ordonnance pénale du même jour, il a été condamné par le Ministère public à une peine privative de liberté de 150 jours pour faux dans les certificats (art. 252 CP) et infraction à l'art. 115 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration

(ci-après, LEI), et condamné aux frais de la procédure en CHF 250.-. L'autorité a retenu que nonobstant les dénégations du prévenu, les faits reprochés étaient établis au vu des éléments du dossier, notamment les extraits du système d'information central sur la migration (ci-après, SYMIC). Le prévenu était par ailleurs en possession de documents précisant que les prestations d'assistance lui avaient été refusées par le canton de Vaud en raison du non renouvellement de son permis F.

e. Dix jours plus tard, A_____ a formé opposition à l'ordonnance pénale, sous la plume de son conseil, et a produit copie de son permis F.

f. Il ressort des éléments au dossier que, par arrêt du 3 octobre 2018, le Tribunal administratif fédéral a annulé la décision du 24 novembre 2017 par laquelle le Secrétariat d'État aux migrations (ci-après, SEM) avait rejeté sa demande de réexamen de la levée de son admission provisoire (asile) décidée le 21 février 2014. La cause a été retournée au SEM pour complément d'instruction et nouvelle décision.

g. Selon un courriel adressé par le Service vaudois de la population, le 21 décembre 2020, au Ministère public, A_____ est au bénéfice d'une admission provisoire (permis F).

h. A_____ a comparu le 12 janvier 2021 devant le Ministère public, assisté de son avocat. Il a contesté s'être rendu coupable d'une entrée illégale en Suisse et a demandé le classement de la procédure à cet égard. Il a reconnu s'être légitimé au moyen d'une autorisation (permis C) ne lui appartenant pas. S'il avait certes le droit de vivre en Suisse, il lui fallait un passeport pour sortir du territoire. Comme il n'en avait pas, il pensait qu'avec un permis C il pourrait passer la frontière plus facilement.

i. Par suite de l'avis de prochaine clôture de l'instruction l'avisant du prochain classement partiel de la procédure s'agissant de l'infraction à la LEI, A_____ a requis l'octroi d'une indemnité de CHF 560.- pour ses frais de défense. Il a produit la note d'honoraires de son conseil, d'un montant total de CHF 1'121.25 (y compris TVA à 7.7 %), pour l'activité du 8 décembre 2020 au 1er février 2021.

j. Par ordonnance pénale du 2 février 2021, A_____ a été condamné à une peine pécuniaire de 90 jours-amende pour faux dans les certificats, ainsi qu'aux frais de la procédure, en CHF 590.-. Il n'a pas formé opposition.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public a constaté que par suite de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 3 octobre 2018, A_____ était au bénéfice d'une admission provisoire sur le territoire suisse. Partant, faute de réalisation des éléments constitutifs, l'infraction à l'art. 115 al. 1 let. a LEI n'était pas retenue. Les frais de la procédure, en CHF 510.-, devaient toutefois être mis à la charge du prévenu, car il

s'était légitimé au moyen d'un titre de séjour établi au nom d'un tiers et alors qu'il était en possession de documents à teneur desquels son permis F n'était plus valable. Ce comportement avait entraîné l'intervention légitime de l'autorité pénale.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ relève avoir immédiatement expliqué aux gardes-frontière ne pas faire l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse, ce qui s'était révélé véridique. Ce n'était pas à lui de supporter les conséquences des omissions ou erreurs commises par les autorités dans le suivi de sa situation sur le plan migratoire. D'ailleurs, les documents qu'il avait présentés aux policiers attestaient que son permis avait été délivré le 13 septembre 2019, soit postérieurement au prononcé de l'interdiction d'entrée en Suisse. Cette incohérence manifeste, et ses dénégations, auraient dû conduire la police puis le Ministère public à procéder à un contrôle sommaire de son statut de séjour auprès des autorités compétentes. L'ouverture d'une procédure pour infraction à la LEI n'était donc pas imputable à son comportement, mais à une mention erronée au SYMIC. La mise à sa charge des frais de la procédure n'était pas justifiée et le refus de l'allocation d'une indemnité pour ses frais de défense violait l'art. 430 CPP.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours. A_____ s'était légitimé au moyen d'un permis C ne lui appartenant pas, ce qu'il avait admis, conduisant à sa condamnation pour faux dans les certificats. Ce comportement illicite et fautif était à l'origine de l'ouverture de l'enquête pénale et était propre à faire naître le soupçon de la commission d'un comportement réprimé par la LEI. L'hypothèse d'une infraction à l'art. 115 al. 1 let. a LEI était par ailleurs corroborée par les divers éléments du dossier, en particulier les extraits du SYMIC. De plus, le prévenu n'avait en sa possession aucun document permettant de penser qu'il était admis provisoirement en Suisse et que son permis F était en cours de renouvellement. Il n'avait donné aucune explication précise à cet égard lors de son audition par les gardes-frontière. Au contraire, les documents en sa possession lors de son arrestation mentionnaient précisément que les prestations d'assistance lui étaient refusées car son permis F était échu. Dans ces circonstances, le Ministère public était légitimé à ouvrir une procédure sur ce point, étant relevé que dès que A_____ avait apporté, lors de la procédure sur opposition, des explications claires et justifiées par pièce, il en avait été tenu compte. L'imputation des frais et le refus d'indemnité étaient dès lors justifiés.

c. Le recourant persiste dans ses conclusions.

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 des points du dispositif d'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).

1.2. Le recourant conclut à l'annulation des chiffres 2 et 3 du dispositif de l'ordonnance querellée, alors que la motivation du recours permet de comprendre qu'il vise en réalité les chiffres 3 et 4 de ladite ordonnance. Dans la mesure où l'autorité de recours n'est pas liée par les conclusions du recours (art. 391 al. 1 let b CPP), cette erreur ne portera pas préjudice au recourant.

2. Le recourant conteste la mise à sa charge des frais liés au classement de la procédure pénale pour infraction à la LEI et, partant, le refus d'indemnisation conformément à l'art. 429 al. 1 let. a CPP.

3.1. Aux termes de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu acquitté totalement ou en partie ou au bénéfice d'un classement a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure. L'indemnité concerne les dépenses du prévenu pour un avocat de choix (ATF 138 IV 205 consid. 1). Elle couvre en particulier les honoraires de ce conseil, à condition que le recours à celui-ci procède d'un exercice raisonnable des droits de procédure. Selon le message du Conseil fédéral, l'État ne prend en charge les frais de défense que si l'assistance d'un avocat était nécessaire compte tenu de la complexité de l'affaire en fait ou en droit et que le volume de travail et donc les honoraires étaient ainsi justifiés (Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1313 ch. 2.10.3.1).

L'autorité pénale compétente pour liquider l'indemnisation est celle qui a prononcé l'abandon de la poursuite pénale (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, n. 51 ad art. 429; ACPR/362/2011 du 7 décembre 2011).

La question de l'indemnisation selon l'art. 429 CPP doit être tranchée après celle des frais, selon l'art. 426 CPP (arrêts du Tribunal fédéral 6B_565/2019 du 12 juin 2019 consid. 5.1; 6B_373/2019 du 4 juin 2019 consid. 1.2). Dans cette mesure, la décision sur ceux-ci préjuge du sort de celle-là (ATF 144 IV 207 consid. 1.8.2 p. 211; 137 IV 352 consid. 2.4.2 p. 357).

Si le prévenu supporte les frais en application de l'art. 426 al. 1 ou 2 CPP, une indemnité est en règle générale exclue. En revanche, si l'État supporte les frais de la procédure pénale, le prévenu a en principe droit à une indemnité selon l'art. 429 CPP (ATF 137 IV 352 précité, consid. 2.4.2).

3.2. Selon la jurisprudence relative à l'art. 426 al. 2 CPP, mais applicable par analogie à l'art. 430 al. 1 let. a CPP (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_77/2013 du 4 mars 2013 consid. 2.3), la condamnation d'un prévenu acquitté à supporter tout ou partie des frais, respectivement le refus de lui allouer une indemnisation à raison du préjudice subi par la procédure pénale, doit respecter la présomption d'innocence, consacrée par les art. 32 al. 1 Cst. et 6 par. 2 CEDH. Celle-ci interdit de rendre une décision défavorable au prévenu libéré en laissant entendre que ce dernier serait néanmoins coupable des infractions qui lui étaient reprochées. Une condamnation aux frais, respectivement un refus d'indemnisation, n'est ainsi admissible que si le prévenu a provoqué l'ouverture de la procédure pénale dirigée contre lui ou s'il en a entravé le cours.

À cet égard, seul un comportement fautif et contraire à une règle juridique, qui soit en relation de causalité avec les frais imputés, entre en ligne de compte (ATF 119 Ia 332 consid. 1b p. 334; ATF 116 Ia 162 consid. 2c p. 168; arrêts 6B_556/2017 du 15 mars 2018 consid. 2.1; 6B_301/2017 du 20 février 2018 consid. 1.1). Le lien de causalité doit être adéquat (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1180/2019 du 17 février 2020 consid. 3 et 6B_453/2019 du 3 octobre 2019 consid. 1.5). Le comportement du prévenu doit être à l'origine des frais pour que ceux-ci puissent lui être imputés (A. KUHN / Y. JEANNERET (éd.), *op.cit.*, n. 2 ad art. 426 CPP).

Pour déterminer si le comportement en cause est propre à justifier l'imputation des frais, le juge peut prendre en considération toute norme de comportement écrite ou non écrite résultant de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble, dans le sens d'une application par analogie des principes découlant de l'art. 41 CO. Le fait reproché doit constituer une violation claire de la norme de comportement (ATF 119 la 332 consid. 1b p. 334; arrêt 6B_301/2017 précité consid. 1.1). Une condamnation aux frais ne peut se justifier que si, en raison du comportement illicite du prévenu, l'autorité était légitimement en droit d'ouvrir une enquête. Elle est en tout cas exclue lorsque l'autorité est intervenue par excès de zèle, ensuite d'une mauvaise analyse de la situation ou par précipitation (ATF 116 Ia 162 consid. 2c p. 170 s.; arrêt 6B_301/2017 précité consid. 1.1; cf. art. 426 al. 3 let. a CPP). La mise des frais à la charge du prévenu en cas d'acquittement ou de classement de la procédure doit en effet rester l'exception (ATF 144 IV 202 consid. 2.2 p. 204 s. et les références citées).

3.3. En l'espèce, la procédure pénale dirigée contre le recourant a été ouverte car il s'est légitimé à l'aide d'une autorisation de séjour appartenant à un tiers et que, sur la base des informations figurant au SYMIC, il apparaissait faire l'objet d'une

interdiction d'entrée en Suisse, indice renforcé par le fait qu'il n'était en possession d'aucun permis de séjour valable.

Lors de son audition par les gardes-frontière, il a d'emblée reconnu la commission d'un faux dans les certificats, pour laquelle il a été condamné. Il a toutefois contesté l'interdiction d'entrée, expliquant que celle-ci avait été annulée par une autorité fédérale fin octobre 2018-début 2019 et qu'il était depuis lors au bénéfice d'un permis F, toutefois en cours de renouvellement, ce qu'il a tenté de démontrer par la décision de l'EVAM.

Le Ministère public n'a pas tenu compte des dénégations du prévenu, estimant que les données au SYMIC faisaient foi et étaient corroborées par l'absence de permis de séjour valable. Il l'a condamné par ordonnance pénale.

Or, les explications du prévenu se sont révélées conformes à la réalité, ce qu'il a pu prouver par pièces lors de l'opposition à ladite ordonnance. Les actes d'instruction du Ministère public ont corroboré ces faits.

Il s'ensuit que ce n'est pas par la faute du recourant que la procédure pénale a été ouverte pour entrée illégale en Suisse, mais en raison d'une non-actualisation du SYMIC. Certes, le recourant ne disposait d'aucun document d'identité ni de permis de séjour valable (art. 5 al. 1 let. a et 115 al. 1 let a LEI). Il a toutefois expliqué que son permis F était en cours de renouvellement, ce qu'attestait la décision de l'EVAM, laquelle mentionnait que le permis était échu depuis le 13 septembre 2020, date qui n'était pas compatible avec les informations figurant au SYMIC, lesquelles mentionnaient que la décision d'interdiction d'entrée en Suisse avait été notifiée en 2018. Si le Ministère public avait, avant de rendre l'ordonnance pénale, procédé aux vérifications auxquelles l'invitaient les explications du prévenu, il aurait constaté qu'il disait vrai, ce qui l'aurait dispensé de le condamner pour infraction à la LEI.

Faute de comportement fautif du recourant, les frais de la procédure en lien avec le classement de l'infraction à l'art. 115 LEI ne pouvaient être mis à sa charge.

3.4. Dans la mesure où la décision des frais préjuge le sort de celle de l'indemnisation, le recourant a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits pour ce volet (art. 429 al. 1 let. a CPP).

En l'occurrence, l'assistance d'un avocat était justifiée, puisque le Ministère public n'avait pas tenu compte des explications que le prévenu avait données lors de son audition par les gardes-frontière. L'indemnité en CHF 560.- correspond à la moitié de la note d'honoraires de son conseil produite pour l'entier de la procédure. Cette facture apparaît raisonnable au vu de l'activité accomplie, de sorte que, par économie

de procédure, la Chambre de céans admettra la conclusion et statuera sans renvoyer la cause au Ministère public pour nouvelle décision sur ce point (art. 397 al. 2 CPP).

4. Fondé, le recours doit être admis. Partant, les chiffres 3 et 4 de l'ordonnance querellée seront annulés, les frais de la procédure de première instance seront mis à la charge de l'État et le recourant se verra allouer une indemnité de CHF 560.- TTC pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure.

5. Les frais de la procédure de recours seront laissés à la charge de l'État.

6. Le recourant, qui obtient gain de cause, a demandé une indemnité.

6.1. En vertu de l'art. 436 al. 1 CPP, les prétentions en indemnité dans les procédures de recours sont régies par les art. 429 à 434 CPP.

Lors de la fixation de l'indemnité, le juge ne doit pas avaliser purement et simplement les notes d'honoraires qui lui sont le cas échéant soumises, mais, au contraire, examiner si l'assistance d'un conseil était nécessaire puis, dans l'affirmative, apprécier objectivement la pertinence et l'adéquation des activités facturées, par rapport à la complexité juridique et factuelle de l'affaire et, enfin, dire si le montant des honoraires réclamés, même conforme au tarif pratiqué, est proportionné à la difficulté et à l'importance de la cause, c'est-à-dire raisonnable au sens de la loi (cf. ACPR/140/2013 du 12 avril 2013).

6.2. La Chambre de céans applique un tarif horaire de CHF 400.- si l'avocat concerné a lui-même calculé sa prétention à ce taux-là (ACPR/377/2013 du 13 août 2013), de CHF 350.- pour un collaborateur (ACPR/178/2015 du 23 mars 2015) et de CHF 150.- pour un avocat-stagiaire (AARP/65/2017 du 23.02.2017 consid. 5.1).

6.3. En l'espèce, le recourant sollicite une indemnité de CHF 2'000.- TTC, correspondant à 5 heures de travail au tarif horaire de CHF 400.-, pour un recours de 12 pages (pages de garde et de conclusions comprises), dont le raisonnement juridique tient sur 6 pages, au large espacement des paragraphes. En l'absence de complexité des questions juridiques soulevées, l'indemnité sera ramenée à CHF 1'200.-, TVA incluse.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule les chiffres 3 et 4 du dispositif de l'ordonnance querellée.

Dit que les frais de la procédure de première instance sont laissés à la charge de l'État et alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 560.- TTC pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (art. 429 al. 1 let. a CPP).

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'200.- (TVA à 7.7 % incluse) pour la procédure de recours.

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

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; 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).