

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/2808/2016

ACPR/6/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 4 janvier 2019

Entre

A _____, domicilié _____, Genève, comparant par M^e Timothée BAUER, avocat, BST Avocats, boulevard des Tranchées 4, 1205 Genève,

recourant,

contre l'ordonnance rendue le 31 juillet 2018 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 au greffe de la Chambre de céans le 9 août 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 31 juillet 2018, notifiée à l'audience du même jour, par laquelle le Tribunal de police a constaté l'irrecevabilité de son opposition pour cause de tardiveté et renvoyé la procédure au Ministère public pour statuer sur une éventuelle demande de restitution de délai.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, au constat que l'ordonnance pénale n'a pas été valablement notifiée et que la condamnation qui l'assortit est nulle.

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

- a.** À teneur du rapport de renseignements du _____ 2016, un dépassement excessif de vitesse, constaté au moyen d'un radar mobile, avait été commis le _____ 2015 par un conducteur circulant sur un motorcycle 1_____ immatriculé GE 2_____, sur la route de _____, à Genève.

Le 22 novembre 2015, le détenteur du motorcycle a informé la police ne pas être l'auteur de l'infraction, ayant prêté le véhicule à A_____, et a produit un contrat de prêt daté du 1^{er} mai 2015. Il avait transmis à ce dernier la "*reconnaissance d'infraction - Procès-verbal d'audition*".

Le 24 novembre 2015, A_____, confirmant le prêt du véhicule, a déclaré que la moto avait été conduite, le jour de l'infraction, par un membre de sa famille vivant en Italie. Le 17 décembre 2015, il a transmis les coordonnées de son cousin, B_____, son homonyme, né en 1975 et domicilié en Italie, et le 23 suivant, les documents remplis par ce dernier.

- b.** Le _____ 2016, A_____ [le recourant] a été entendu par la police, en qualité de prévenu, pour avoir, le _____ 2015, mis une moto 1_____ à disposition de son cousin dont il savait ou aurait pu savoir qu'il n'était pas titulaire du permis nécessaire. Il a pris connaissance et signé le formulaire "droits et obligation du prévenu". Il a déclaré ignorer que son cousin n'était pas titulaire du permis de conduire lui permettant de conduire une moto de cette cylindrée; il l'avait vu circuler avec sa moto de grosse cylindrée en Italie; il ne lui était pas venu à l'esprit de lui demander son permis de conduire.

Il a rempli le formulaire "*situation personnelle et financière*" qui fait référence à sa qualité de prévenu.

c. Le 18 février 2016, faisant suite à son audition, il a transmis à la police les documents relatifs à sa situation personnelle et financière.

d. Le 5 mai 2017, le Procureur a adressé une commission rogatoire aux autorités italiennes, aux fins d'audition de B_____ [le cousin du recourant] en qualité de prévenu, lequel a été convoqué le 16 septembre 2017 pour audition le 20 suivant. Le Ministère public a reçu la commission rogatoire exécutée le 27 octobre 2017.

e. Par télécopie du 18 septembre 2017, A_____ [le recourant] a demandé accès à la procédure ouverte contre son cousin, produisant une procuration de ce dernier.

f. Par télécopie du lendemain, A_____ a demandé au Ministère public la consultation et la copie du dossier au motif qu'il était "*impliqué dans cette procédure, car j'ai mis à disposition le véhicule*". Ayant obtenu le "*n'empêche*" du Procureur, il est allé le consulter le 20 octobre 2017.

g. Par ordonnance pénale du 8 novembre 2017, le Procureur a condamné B_____, né en 1975 et domicilié en Italie, pour violation grave des règles de la circulation routière (art. 90 al. 2 LCR) et conduite sans permis de conduire (art. 95 al. 1 let. a LCR). L'ordonnance pénale lui a été notifiée en Italie le 1^{er} décembre 2017.

h. Par ordonnance pénale du même jour, le Ministère public a condamné A_____ [le recourant] à une peine pécuniaire de 30 jours-amende, à CHF 50.- le jour, avec sursis 3 ans, et, au titre de sanction immédiate, à une amende de CHF 500.-, pour mise à disposition d'un véhicule à une personne non titulaire du permis de conduire requis (art. 95 al. 1 let. e LCR).

L'ordonnance pénale a été notifiée par pli recommandé du 23 novembre 2017 et A_____ avisé pour retrait le lendemain, le délai de garde courant jusqu'au 1^{er} décembre 2017. À teneur du "*track and trace*" de la Poste, le pli a été retourné le 18 décembre 2017 au Ministère public, à l'échéance de la prolongation du délai de garde au 15 décembre 2017, demandée par A_____ le 26 novembre 2017.

i. Par courrier du 11 décembre 2017, le conseil de A_____ [le recourant] s'est constitué avec élection de domicile en son étude, s'étonnant d'une inscription au casier judiciaire de son mandant "*avec le même numéro de procédure P/2808/2016*", alors même que l'ordonnance pénale condamnant son cousin n'était pas frappée d'opposition. Il demandait que le nécessaire soit fait pour radier toute inscription au casier de son client.

j. Par courrier posté le 3 janvier 2018, précédé par télécopie du 2, A_____, par son conseil, a soulevé la nullité de la notification de l'ordonnance pénale qui aurait dû être faite à l'étude de son conseil et, subsidiairement, a formé opposition avec, au

besoin, demande de restitution de délai. Il a joint l'email qu'il avait adressé à son conseil dans lequel il l'avisait avoir reçu un recommandé fin novembre 2017 qu'il n'avait pas pu aller chercher à la poste et dont il avait fait prolonger le délai de garde. La Poste lui avait remis, le 27 décembre 2017, le scan de l'envoi recommandé du 23 novembre 2017 du Ministère public et de son " *track and trace*".

k. Par ordonnance sur opposition tardive du 10 janvier 2018, le Procureur a transmis la procédure au Tribunal de police afin qu'il statue sur la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition, concluant à l'irrecevabilité de cette dernière.

l. Lors de l'audience devant le Tribunal de police, A_____ a déclaré avoir trouvé l'avis de recommandé le vendredi 24 novembre 2017 en rentrant d'Italie; il devait repartir à _____ (USA) le dimanche suivant. Le samedi, étant fatigué, il n'était pas allé chercher le recommandé et avait demandé, le dimanche 26 novembre, la prolongation du délai de garde par une requête en ligne. Il ne s'attendait pas à quelque chose d'important, en particulier pas à une condamnation; il ignorait que la prolongation demandée ne prolongeait pas le délai procédural. Le 11 décembre 2017, lorsqu'il était allé chercher le pli, il lui avait été expliqué qu'il avait déjà été retourné au Ministère public, information que la poste lui avait peut-être communiquée plus tard. Bien qu'entendu par la police, il n'avait pas compris qu'il était lui-même accusé d'une infraction. Il avait consulté le dossier en novembre 2017 et, ayant constaté que l'affaire était encore ouverte contre lui au vu de son casier judiciaire, il avait consulté son conseil; lorsqu'il avait demandé l'accès au dossier, il avait dit être "impliqué" entendant par-là être partie prenante, ayant prêté le véhicule à son cousin, mais sans comprendre qu'il était lui aussi accusé d'une infraction. L'avocat-conseil de C_____, auquel il avait envoyé les convocations de la police, lui avait dit qu'il n'était pas impliqué parce que ce n'était pas lui le prévenu.

C. Dans sa décision querellée, le Tribunal de police a retenu que l'ordonnance pénale avait été valablement notifiée le 1^{er} décembre 2017, à l'issue du délai de garde de sept jours suivant la remise infructueuse du pli recommandé la comportant. L'opposition, expédiée le 3 janvier 2018, avait été faite après l'expiration du délai de 10 jours.

D. À l'appui de son recours, A_____ allègue la violation de l'art. 85 al. 4 let. a CPP. Il n'avait pas réalisé avoir été entendu en qualité de prévenu d'une infraction lorsqu'il avait été entendu par la police. C_____ et le Ministère public l'avaient conforté dans cette idée en lui disant qu'il n'était pas concerné par l'infraction. Il ne pouvait pas s'attendre à cette ordonnance pénale, plus de deux ans après l'infraction. Il fait grief au Ministère public d'avoir violé les règles de la bonne foi en n'avisant pas son conseil, dont il avait reçu la télécopie du 11 décembre 2017, soit le dernier jour du délai d'opposition, qu'une ordonnance pénale lui avait été notifiée.

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. b 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.
 - 2.1. Conformément à un principe général de procédure, les conclusions constatatoires ont un caractère subsidiaire et ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues (ATF 135 I 119 consid. 4 p. 122; arrêt du Tribunal fédéral 1C_79/2009 du 24 septembre 2009 consid. 3.5 publié in ZBl 2011 p. 275; ACPR/596/2015 du 4 novembre 2015 consid. 2.1).

 - 2.2. Bien qu'assisté d'un avocat le recourant ne conclut pas à l'annulation de la décision entreprise. On peut cependant déduire de la motivation du recours que contestant la validité de la notification de l'ordonnance pénale et dès lors la tardiveté de son opposition, il demande l'annulation de la décision.

Par contre ses conclusions en constatation de la nullité de la condamnation sont irrecevables, la Chambre de céans n'étant pas compétente pour statuer sur le fond du litige.

3. 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.

4.
 - 4.1. Aux termes de l'art. 356 CPP, lorsqu'il décide de maintenir l'ordonnance pénale, le ministère public transmet sans retard le dossier au tribunal de première instance en vue des débats. L'ordonnance pénale tient lieu d'acte d'accusation (al. 1). Le tribunal de première instance statue sur la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition (al. 2). Seul ce tribunal est compétent pour statuer sur la validité de l'opposition à l'ordonnance pénale (ATF 140 IV 192 consid. 1.3 p. 195). L'examen de la validité de l'opposition a lieu d'office (arrêts du Tribunal fédéral 6B_910/2017 du 29 décembre 2017 consid. 2.4; 6B_848/2013 du 3 avril 2014 consid. 1.3.2). Lorsque l'opposition n'est pas valable, notamment car elle est tardive (cf. ATF 142 IV 201 consid. 2.2 p. 204), le tribunal de première instance n'entre pas en matière (cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification de la procédure pénale, FF 2006 1275 *ad art.* 360).

À teneur de l'art. 354 CPP, le prévenu peut former opposition contre l'ordonnance pénale devant le Ministère public, par écrit et dans les 10 jours (al. 1 let. a). Si aucune opposition n'est valablement formée, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force (al. 3).

4.2. Selon l'art. 85 CPP, les autorités pénales notifient leurs prononcés par lettre signature ou par tout autre mode de communication impliquant un accusé de réception (al. 2); le prononcé est réputé notifié lorsque, expédié par lettre signature, il n'a pas été retiré dans les 7 jours à compter de la tentative infructueuse de remise du pli, si la personne concernée devait s'attendre à une telle remise (al. 4 let. a).

Selon la jurisprudence, les accords éventuellement passés entre la poste et le destinataire d'un envoi à remettre contre signature, relatifs à une prolongation du délai de garde à l'office postal, n'ont aucune incidence sur la computation des délais. Quel que soit l'accord intervenu, une notification fictive s'accomplit le septième jour suivant la première tentative infructueuse de remise de l'envoi. Celui qui se sait partie à une procédure judiciaire doit s'attendre à recevoir des notifications du juge et il doit prendre des dispositions adéquates pour que son courrier lui parvienne même s'il s'absente de son domicile. L'ordre donné à l'office postal de conserver les envois n'est pas une mesure adéquate (arrêt du Tribunal fédéral 6B_754/2017 du 10 octobre 2017 consid. 2). Ainsi, lorsque le destinataire donne l'ordre au bureau de poste de conserver son courrier, l'envoi recommandé est réputé notifié non pas au moment de son retrait effectif, mais le dernier jour du délai de garde de sept jours suivant la réception du pli par l'office de poste du lieu de domicile du destinataire (ATF 141 II 429 consid. 3.1);

Une personne ne doit s'attendre à la remise d'un prononcé, au sens de l'art. 85 al. 4 let. a CPP, que lorsqu'il y a une procédure en cours, la concernant, qui impose aux parties de se comporter conformément aux règles de la bonne foi, à savoir de faire en sorte, entre autres, que les décisions relatives à la procédure puissent leur être notifiées. Le devoir procédural d'avoir à s'attendre avec une certaine vraisemblance à recevoir la notification d'un acte officiel naît avec l'ouverture d'un procès et vaut pendant toute la durée de la procédure (ATF 134 V 49 consid. 4, 130 III 396 consid. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_314/2012 du 18 février 2013 consid. 1.3.1). L'obligation pour la personne de prendre des dispositions pour être atteinte naît lorsqu'elle est clairement informée par la police qu'elle fait l'objet d'une poursuite pénale (*ibidem*), donc en particulier lorsqu'elle a été entendue par la police en qualité de prévenu (ACPR/436/2013 consid. 3.1). La communication, par le Ministère public, de l'ouverture d'une procédure n'est pas nécessaire pour admettre que le prévenu entendu par la police doit s'attendre à ce qu'une ordonnance pénale lui soit notifiée (arrêt du Tribunal fédéral 6B_448/2014 du 30 octobre 2014 consid. 1.2 et références citées).

Il faut cependant réserver le cas où la direction de la procédure est demeurée passive pendant une longue période, laissant à penser que l'affaire aurait été classée. À ce propos, le Tribunal fédéral a considéré que la notification d'une ordonnance de non-entrée en matière trois mois et demi après le dépôt de la plainte ne représentait pas une longue période (arrêt 1B_675/2011 du 14 décembre 2011).

La doctrine met en parallèle la jurisprudence rendue en matière de droit administratif, laquelle considère qu'un délai de l'ordre d'une année est admissible, avec la situation en matière d'ordonnance pénale, se demandant si celui qui a été entendu une fois par la police – par exemple pour une infraction à la LCR – doit véritablement s'attendre durant un an à recevoir une communication et organiser ses affaires en conséquence. L'auteur finit par demander si, dans le cas particulier de l'ordonnance pénale, un laps de temps jusqu'à six mois ne serait pas plus raisonnable (CH. DENYS, *Ordonnance pénale : questions choisies et jurisprudence récente*, in SJ 2016 II p. 125ss, p. 130 et références citées).

La Chambre de céans a eu la même appréciation, en estimant que l'écoulement d'un délai de quatre mois entre l'audition à la police du prévenu et la notification de l'ordonnance pénale permettait d'appliquer l'art. 85 al. 4 let. a CPP (ACPR/470/2013 du 10 octobre 2013 ; ACPR/202/2016 du 12 avril 2016). En revanche, elle a jugé que l'écoulement de huit mois et demi entre ces deux mêmes actes devait être considéré comme une longue période de passivité du Ministère public, au sens de la jurisprudence, de sorte que le prévenu pouvait penser que cette affaire avait été classée (ACPR/825/2017 du 30 novembre 2017 ; ACPR/78/2014 du 3 février 2014).

4.3. En l'espèce, le recourant a été entendu, le 19 septembre 2017, par la police en qualité de prévenu d'infraction à la LCR pour avoir mis une moto de grosse cylindrée à disposition de son cousin dont il savait ou aurait pu savoir qu'il n'était pas titulaire du permis nécessaire. Il a signé le formulaire relatif à ses droits et obligations, lequel fait régulièrement référence à sa qualité de prévenu, et a transmis les documents relatifs à sa situation financière. Il a consulté la procédure, le 20 octobre 2017, dans les locaux du Ministère public et y a vu les extraits de son casier judiciaire et de celui de son cousin faisant référence à cette procédure, celui le concernant mentionnant clairement l'infraction de "*mise d'un véhicule à la disposition d'un conducteur sans permis de conduire*" tandis que celui de son cousin visait deux infractions différentes soit "*conduite d'un véhicule automobile sans le permis de conduire requis*" et "*violation grave des règles de la circulation routière*". Cette inscription ne lui a pas échappé puisqu'il a chargé son conseil d'agir pour rectifier la situation.

Enfin, le délai entre son audition par la police le 19 septembre 2017 et l'ordonnance pénale du 8 novembre 2017 n'est en rien critiquable et ne pouvait lui laisser penser que la procédure contre lui était close.

L'ordonnance pénale lui a, en outre, valablement été notifiée, la constitution de son avocat étant postérieure à la notification. Le délai pour y faire opposition est arrivé à échéance le 11 décembre 2017, soit à l'expiration du délai de dix jours à compter de la fin du délai de garde postal – la prolongation de celui-ci à la Poste étant sans effet – de sorte que l'opposition formée le 3 janvier 2018 est tardive.

5. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir violé le principe de la bonne foi en n'informant pas son conseil de la notification de l'ordonnance pénale.

5.1. Selon l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Même si l'art. 3 al. 2 let. a CPP ne semble imposer qu'aux autorités pénales de se conformer au principe de la bonne foi, le respect des règles de la bonne foi vaut aussi pour le prévenu (arrêt du Tribunal fédéral 1B_321/2013 du 30 octobre 2013 consid. 2.1). On déduit en particulier de ce principe l'interdiction des comportements contradictoires (ATF 131 I 185 consid. 3.2.4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_214/ 2011 du 13 septembre 2011 consid. 4.1.3; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1122/2013 du 6 mai 2014 consid. 1.3).

5.2. En l'occurrence, on ne saurait reprocher au Ministère public de ne pas avoir rendu attentif le recourant à la notification de l'ordonnance pénale dont il ignorait alors que le prévenu ne l'avait pas retirée. Le Procureur pouvait légitimement considérer qu'un conseil ayant été chargé des intérêts du recourant a posteriori, il ne lui appartenait pas d'interférer dans sa défense. Il appartenait au recourant d'aller chercher le recommandé dont il avait réceptionné l'avis le 24 novembre 2017.

6. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.
7. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 900.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 900.-.

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

Communique pour information une copie au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, 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).

P/2808/2016

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	20.00
-----------------	-----	-------

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	900.00
---------------------------------	-----	--------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	995.00
--------------	------------	---------------