

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3479/2016

ACPR/857/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 15 décembre 2017

Entre

A_____, sans domicile connu, comparant par M^e B_____, avocate, rue Micheli-du-Crest
4, 1205 Genève,

recourant

contre l'ordonnance sur opposition (défaut) rendue le 22 août 2017 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 déposé au greffe de la Chambre de céans le 4 septembre 2017, A_____ recourt contre l'ordonnance du 22 août 2017, notifiée le 24 suivant, par laquelle le Ministère public a constaté le retrait de l'opposition qu'il avait formée contre l'ordonnance pénale du 7 juin 2017.

Le recourant conclut, avec suite de frais et indemnité de procédure de CHF 486.-, à l'annulation de l'ordonnance précitée et au renvoi de la cause au Ministère public.

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

a. Par ordonnance pénale rendue le 7 juin 2017 par le Ministère public, A_____ a été déclaré coupable d'infractions aux art. 19 al. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants (ci-après, LStup), 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers (ci-après, LÉtr) et 19a ch. 1 LStup. Il a été condamné à une peine pécuniaire avec sursis de 180 jours-amende, à CHF 10.- le jour, sous déduction de 7 jours de détention avant jugement, et à une amende de CHF 300.-.

Il y a formé opposition, par lettre de son conseil, le 16 juin 2017.

b. Par mandat de comparution du 18 juillet 2017, A_____ a été cité à comparaître à l'audience devant le Ministère public prévue le 22 août 2017 à 9 heures 30. Le mandat précisait qu'en cas d'absence non excusée à l'audience, l'opposition à l'ordonnance pénale serait réputée retirée conformément à l'art. 355 al. 2 CPP.

c. Le jour de l'audience, A_____ ne s'est pas présenté. Son conseil, présent, a expliqué s'être entretenu la veille avec l'intéressé, qui se trouvait en Italie et lui avait dit être en chemin pour Genève. Ils avaient rendez-vous à 8 heures, avant l'audience, à l'étude. À 8 heures 25, ce matin du 22 août 2017, A_____ avait téléphoné pour expliquer qu'il avait été arrêté à la gare de Chiasso la veille au soir et n'avait été relâché que le matin même. Il ne pouvait donc se rendre à l'audience. Son conseil a sollicité une nouvelle convocation, à une date ultérieure ; il produirait tout document utile.

d. Selon l'extrait de son casier judiciaire suisse, A_____ n'a pas fait l'objet d'autres condamnations que celle litigieuse.

- C. a.** Dans sa décision querellée, le Ministère public a retenu qu'il aurait appartenu à A_____, ou à son conseil, de solliciter des autorités pénales genevoises un sauf-conduit, ce qui lui aurait permis de se rendre en Suisse sans être inquiété.

b. Par courrier du 28 août 2017, le conseil du prévenu a envoyé au Ministère public copie du billet de train Milan – Bellinzona, via Chiasso, acheté le 21 août 2017 à 19 heures 42 et composté à 20 heures 05.

D. a. Dans ses écritures de recours, A_____ expose qu'afin de se présenter à l'audience devant le Ministère public, le 22 août 2017, il avait pris le train la veille, à la gare centrale de Milan pour se rendre à Bellinzona, où il comptait acheter un nouveau billet en direction de Genève. Malheureusement, bien que muni d'une version numérique de la convocation du Ministère public transmise par son avocat, il avait été bloqué à la frontière de Chiasso par les gardes-frontière suisses montés dans le train. Il avait été arrêté et détenu une nuit à la douane de Chiasso, d'où il n'avait été libéré qu'aux alentours de 8 heures le lendemain, 22 août 2017, raison pour laquelle il n'avait pu comparaître à l'audience. Ayant été autorisé à utiliser son téléphone portable à sa libération, il avait immédiatement appelé son avocat.

Ce faisant, il avait montré le grand intérêt qu'il portait à la procédure, en venant à Genève, depuis l'Italie, pour faire valoir ses droits. Il avait pris des dispositions en vue de se rendre à l'audience du 22 août 2017 et ce n'était qu'en raison de son arrestation qu'il n'avait pu comparaître. Dès qu'il l'avait pu, il avait appelé son conseil, puis lui avait transmis son billet de train pour attester qu'il avait fait en sorte de venir à l'audience. Il n'était donc pas possible de considérer qu'il avait renoncé à ses droits garantis par l'art. 6 CEDH. Par conséquent, l'application de l'art. 355 al. 2 CPP constituait un formalisme excessif, violant manifestement l'art. 6 CEDH.

b. Le Ministère public s'en tient à son ordonnance et propose le rejet du recours.

A_____, qui avait reçu le mandat de comparution, avait une connaissance effective des conséquences du défaut. Renseignements pris par le Procureur auprès du Corps des gardes-frontière, l'intéressé avait été arrêté le 21 août 2017, à 21 heures, à la gare de Chiasso, dans le train parti de Milan à 20 heures 10 et dont l'arrivée était prévue à Bellinzona à 21 heures 56. Il avait été remis aux autorités italiennes par suite d'une mesure de refoulement.

Selon le Ministère public, en arrivant à Bellinzona à 22 heures, il aurait été difficile à A_____ de se présenter à l'audience prévue le lendemain matin au Ministère public, puisque le trajet Bellinzona – Genève durait au minimum 4 heures 30 et que le premier train du 22 août pour Genève partait à 6 heures 13, étant précisé que le prévenu n'était en possession d'aucun billet de train pour le trajet Bellinzona – Genève. Il paraissait donc extrêmement douteux que le prévenu eût pu être présent à l'audience et l'on pouvait en conclure qu'il n'avait en réalité aucune intention de comparaître. On pouvait déduire de son comportement un désintérêt pour la procédure.

Dans le cas contraire, il serait parti de Milan non pas la veille au soir, mais avant, ce d'autant qu'il se savait démuné des autorisations nécessaires pour entrer en Suisse et devait donc savoir qu'il risquait d'être retardé à la douane, étant relevé que selon l'extrait de son casier judiciaire [au 19 septembre 2017] il avait été arrêté pour entrée illégale en Suisse quelques jours auparavant, puisque les autorités du Haut-Valais avaient ouvert une procédure pour ce motif le 18 août 2017.

En conséquence, A_____ avait fait preuve d'une importante négligence et avait pris un risque important de faire défaut à l'audience, alors qu'il en connaissait les conséquences. Un tel comportement devait être assimilé à un désintérêt de la procédure, ce d'autant que son conseil savait qu'il pouvait demander la délivrance d'un sauf-conduit, étant précisé que le comportement fautif de l'avocat était imputable au client.

À l'appui de ses observations, le Ministère public produit l'extrait du casier judiciaire du prévenu, dans sa teneur au 19 septembre 2017, ainsi que les horaires de train entre Milan et Genève, dont il ressort que le train partant de Milan le 21 août 2017 à 20 heures 10 arrivait à Bellinzona à 21 heures 56, et qu'un train partait ensuite de Bellinzona à 22 heures 13, ce même soir, avec une arrivée à Genève à 6 heures 48 le lendemain.

c. Dans sa réplique, A_____ réaffirme avoir pris le train à Milan, le 21 août 2017, pour comparaître devant le Ministère public le lendemain et avoir été arrêté par suite d'une erreur des douaniers, ce qui ne pouvait lui être reproché, pas plus que son arrestation du 18 août précédent, qui était également intervenue à tort. Il ignorait pourquoi il avait été arrêté à deux reprises à la frontière, alors qu'il disposait d'un passeport nigérian à jour et d'un permis de séjour italien échu le 30 juillet 2017 mais en renouvellement, dont il a fourni les copies.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 90 al. 2, 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. On peut tout d'abord se demander si la requête de report de l'audience n'était pas, juridiquement, une demande de restitution de délai, ou terme, au sens de l'art. 94 CPP.

Lors de l'audience du 22 août 2017, à laquelle le recourant a fait défaut, son avocat a en effet demandé au Ministère public le report de l'audience à une date ultérieure, expliquant que le prévenu avait été arrêté à Chiasso la veille au soir, alors qu'il était en route vers Genève, pour comparaître. Le conseil du prévenu a déclaré qu'il ferait parvenir tout document permettant d'établir les motifs de l'absence, ce qu'il a – partiellement – fait le 28 août suivant.

Quoi qu'il en soit, le conseil du recourant n'ayant pas clairement formulé sa demande lors de l'audience, pas plus que dans son courrier ultérieur du 28 août 2017, on ne saurait reprocher au Ministère public de ne pas avoir examiné si les conditions d'une restitution de terme, au sens de la disposition précitée, étaient réunies.

3. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir considéré comme non excusé son défaut à l'audience du 22 août 2017.

3.1. 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. Ce cas de figure conduit à une perte complète des droits de procédure, dès lors qu'une instruction complémentaire n'a pas lieu et que la possibilité de voir les reproches formulés dans l'ordonnance pénale jugés par un tribunal disparaît. Certains auteurs expriment même l'opinion que l'impossibilité d'être jugé par un tribunal découlant de la fiction de retrait de l'opposition est incompatible avec la garantie du procès équitable prévue à l'art. 6 al. 1 CEDH (arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 du 27 mai 2013 consid. 3.3).

La disposition précitée doit s'interpréter à la lumière des principes régissant la procédure pénale, codifiés, notamment, à l'art. 3 al. 2 CPP, soit le principe de la bonne foi (let. a), l'interdiction de l'abus de droit (let. b), l'égalité de traitement et le droit d'être entendu (let. c) et la protection de la dignité humaine (let. c). La *ratio legis* interdit ainsi une interprétation formaliste des dispositions légales. Ces principes sont aussi applicables lors de l'application de l'art. 355 al. 2 CPP (ATF 140 IV 82 consid. 2.5 p. 85 ; Ch. DENYS, *Ordonnance pénale : questions choisies et jurisprudence récente*, in SJ 2016 II p. 125ss, 133).

Le retrait de l'opposition à l'ordonnance pénale doit être clair et sans ambiguïté. Un retrait tacite de l'opposition n'est pas admissible, sauf lorsque la loi prévoit une fiction de retrait (art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP). Un retrait par acte concluant de l'opposition à une ordonnance pénale résulte de l'ensemble du comportement de la personne visée, qui démontre qu'elle se désintéresse de la suite de la procédure tout en étant consciente des droits dont elle dispose. Par conséquent, le retrait découlant d'une absence non excusée exige que le prévenu ait conscience des conséquences de son omission et qu'il renonce à ses droits en connaissance de cause. 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).

3.2. L'art. 355 al. 2 CPP ne précise toutefois 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.

La doctrine mentionne, comme motifs d'excuse, la maladie, le service militaire ou l'absence à l'étranger (N. SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung : Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich 2013, n. 4 ad art. 205), 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*, Bâle 2011, 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).

L'empêchement doit être porté à la connaissance de l'autorité pénale sans délai et, dans la mesure du possible, avant la survenance de l'acte de procédure visé (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, Bâle 2011, n. 4 ad art. 205).

3.3. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant a eu connaissance du mandat de comparution et des conséquences d'une éventuelle absence non excusée à l'audience du 22 août 2017.

Il ressort des pièces au dossier que le recourant a pris, le 21 août 2017, le train de 20 heures 10, à la gare de Milan, train qui devait arriver à 21 heures 56 à Bellinzona, où il y avait un dernier train – à 22 heures 13 – pour Genève, avec une arrivée à 6 heures 48. Contrairement à l'avis du Ministère public, le recourant pouvait dès lors bel et bien, en prenant le train de 20 heures 10 à Milan – ce qu'il a fait –, comparaître à l'audience de 9 heures 30 le lendemain à Genève, et ce même s'il ne disposait pas encore du billet pour le trajet Bellinzona – Genève, titre qu'il pouvait se procurer à la gare, dans la quinzaine de minutes qu'il avait à sa disposition.

Le recourant n'a toutefois pas pu terminer son voyage à destination de Genève, en raison de son arrestation, à Chiasso, par les gardes-frontière, et sa détention toute la nuit.

Certes, l'on peut considérer que le recourant a fait preuve d'imprudence en pensant pouvoir se rendre en Suisse muni d'un passeport nigérian, d'un permis de séjour italien récemment échu et d'une version numérique de son mandat de comparution, ce d'autant qu'il avait été arrêté dans les mêmes circonstances dix jours plus tôt. Son conseil aurait, par ailleurs, été avisé de demander un sauf-conduit. Il n'en demeure pas moins que c'est sans sa faute que le prévenu n'a pu comparaître à l'audience devant le Ministère public. Le recourant a, en effet, été arrêté à la douane suisse alors qu'il se rendait à l'audience. Ce n'est pas par sa volonté, mais en raison du fait d'un tiers – l'arrestation – qu'il n'a pas comparu. Ainsi, l'imprudence relevée ci-devant, tant du recourant que de son conseil – acte qui lui est opposable (arrêt du Tribunal fédéral 6B_673/2015 du 16 octobre 2016 consid. 2.1.2) –, ne permet pas de retenir que le premier se serait volontairement désintéressé de la procédure, puisqu'il a précisément entrepris le voyage à destination de Genève pour comparaître à l'audience.

La fiction de l'art. 355 al. 2 CPP ne peut dès lors pas être appliquée en l'espèce.

4. Fondé, le recours doit être admis ; partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause retournée au Ministère public pour que la procédure sur opposition suive son cours.
5. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).
6. Le recourant, au bénéfice d'une défense d'office, requiert le versement d'une indemnité de procédure de CHF 486.- "*correspondant à 3 heures d'activité d'un avocat stagiaire*".

6.1. Selon l'art. 135 al. 1 CPP, le défenseur d'office est indemnisé conformément au tarif des avocats de la Confédération ou du canton du for du procès. S'agissant d'une affaire soumise à la juridiction cantonale genevoise, c'est le droit genevois qui s'applique, à savoir le règlement sur l'assistance juridique et l'indemnisation des conseils juridiques et défenseurs d'office en matière civile, administrative et pénale (E 2 05.04; RAJ).

Selon l'art. 16 al. 1 RAJ, l'indemnité due à l'avocat et au défenseur d'office en matière pénale est calculée selon le tarif horaire suivant, débours de l'étude inclus : avocat stagiaire CHF 65.- (let. a) ; collaborateur CHF 125.- (let. b) ; chef d'étude CHF 200.- (let. c). La TVA est versée en sus. La constitutionnalité de ce tarif a été admise par le

Tribunal fédéral, en tant du moins qu'il détermine la rémunération horaire du chef d'étude (ACPR/491/2013 du 1er novembre 2013 ; SJ 2012 I 172 consid. 2.4. p. 174).

Seules les heures nécessaires passées effectivement et à bon escient à la préparation de la défense doivent être retenues, de manière à éviter que les activités qui ne sont pas directement et raisonnablement en rapport avec les besoins effectifs de la conduite du procès soient indemnisées (arrêt du Tribunal fédéral 2C_509/2007 du 19 novembre 2007 consid. 4 ; J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse - Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich/St-Gall 2012, n. 1350 p. 889). Lesdites heures sont appréciées en fonction notamment de la nature, de l'importance, et des difficultés de la cause, de la valeur litigieuse, de la qualité du travail fourni et du résultat obtenu (art. 16 al. 2 RAJ). L'autorité cantonale dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation de l'indemnité du défenseur d'office (ATF 141 I 124 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 6B_838/2015 du 25 juillet 2016, consid. 3.2). Les directives du greffe sont applicables pour le surplus (art. 17 RAJ).

6.2. En l'espèce, l'activité facturée par le défenseur du recourant pour la rédaction du recours, soit trois heures, est correcte. En revanche, elle doit être facturée à CHF 65.- l'heure, puisqu'elle a été effectuée par l'avocat stagiaire, comme cela ressort tant du recours que de la signature apposée au bas de celui-ci.

On peut ajouter à cette activité trente minutes pour la rédaction de la réplique, tenant sur deux pages, par un avocat chef d'étude, soit CHF 100.- (CHF 200.- x ½ heure).

L'allocation d'un forfait n'est ni justifié en procédure de recours ni demandée. La TVA sera ajoutée.

En conclusion, le défenseur du recourant se verra allouer une indemnité de CHF 320.- (arrondi) TTC.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet le recours.

Annule l'ordonnance sur opposition (défaut) rendue le 22 août 2017 par le Ministère public et retourne la cause à cette autorité pour qu'elle procède au sens des considérants.

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

Alloue à M^e B_____, défenseur d'office d'A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 320.- TTC.

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

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

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).