REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/4074/2021 **ACPR/471/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 14 juillet 2021

Entre

A_____, domiciliée _____ [GE], comparant en personne,

recourante,

contre l'ordonnance rendue le 18 mars 2021 par le Tribunal de police,

et

LE TRIBUNAL DE POLICE, rue des Chaudronniers 9, case postale 3715, 1211 Genève 3,

LE SERVICE DES CONTRAVENTIONS, chemin de la Gravière 5, 1227 Carouge,

intimés.

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 29 mars 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance, rendue le 18 précédent, par laquelle le Tribunal de police a déclaré que son opposition à l'ordonnance pénale était tardive.

Elle fait "*opposition*" à cette ordonnance et, subsidiairement, forme opposition à l'ordonnance pénale n° 1_____ du 18 novembre 2020.

B. Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. À teneur du rapport de contravention du 1er novembre 2020, une patrouille motorisée de la ville de Genève a constaté, à 00:15, que le tabac-épicerie à l'enseigne "B_____ ", sis 2_____, n'avait pas respecté l'obligation de fermeture à 23h00, plusieurs clients se trouvant à l'intérieur du commerce. La responsable sur place, A_____, avait remis aux policiers toutes les autorisations liées à l'activité du commerce et avait été priée de cesser toute activité et de fermer le commerce.

La police l'a déclarée en contravention pour infraction aux art. 40-83 de la Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101) et aux art. 9 al. 8, 15-17 des Arrêtés du Conseil d'Etat de Genève du 14 août 2020 et 23 octobre 2020, s'inscrivant dans la lutte contre le Covid-19, pour ne pas avoir, en tant qu'exploitant d'une installation ou d'un établissement offrant des consommations (ex. bars, café-restaurants, cafeterias, buvettes et établissements assimilés ouverts au public), ou son remplaçant sur place, respecter l'obligation de fermer à 23h00 au plus tard.

b. Par ordonnance pénale n° 1_____ du 18 novembre 2020, le Service des contraventions (ci-après: SdC) a condamné A_____ à une amende de CHF 2'650.-, émolument compris, pour cette infraction.

La précitée en a été avisée pour retrait le 19 novembre 2020; faute d'avoir été retiré dans le délai, le pli a été retourné à son expéditeur.

c. Un rappel lui a été adressé le 22 janvier 2021.

d. Par courriel du 9 février 2021, A_____ a demandé au SdC de lui envoyer son dossier complet "*urgemment*" concernant sa contravention "*que j'ai reçu[e] jeudi passé et qui semblait être du 18 novembre 2020*".

Le SdC le lui a transmis le même jour, y compris l'ordonnance pénale, par email.

e. Par courrier daté du 4 février 2021, mais posté le 10 suivant, C_____, agissant pour "B_____", s'est opposé à cette contravention envoyée à l'adresse personnelle de sa sœur, laquelle lui apportait "*son aide occasionnellement et se trouvait présente ce dimanche 1er novembre 2020*", sans être ni associée ni employée. Il soutenait que le Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé lui avait confirmé que l'Arrêté du Conseil d'Etat du 1er novembre 2020 "*n'intervenait plus*", de sorte que son établissement n'était pas tenu de revenir aux horaires habituels et de fermer à 23h00. Le montant de la contravention était, en outre, disproportionné. Par courriel du 10 février 2021 au SdC, C_____ a transmis ledit courrier de contestation.

f. Le 19 février 2021, le SdC a rendu une ordonnance sur opposition tardive, considérant que l'opposition à l'ordonnance pénale que A_____ avait formée par courriel du 9 février 2021, complétée par les courrier et courriel du lendemain de C_____, sans procuration, était tardive. La cause était ainsi transmise au Tribunal de police.

g. Le 23 février 2021, le Tribunal de police a invité la précitée à se prononcer sur la tardiveté apparente de son opposition.

h. Par courrier du 9 mars 2021, A_____ a allégué n'avoir eu connaissance de l'ordonnance pénale – "*n'ayant jamais vu de mes propres yeux la notification de passage de la Poste ainsi que l'avis à retirer un recommandé*" – que par le rappel du SdC. Elle avait entrepris les démarches pour se la faire notifier; elle n'avait toujours pas eu connaissance de l'ordonnance pénale. Elle avait formé opposition le 9 février 2021 et son frère le lendemain.

Elle soutient qu'elle ne pouvait pas s'attendre à une telle notification, les policiers municipaux lui ayant indiqué, lors de l'intervention du 1er novembre 2020, qu'il s'agirait très probablement d'un simple avertissement et qu'en cas d'amende, celle-ci allait être adressée et envoyée au nom de l'enseigne.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Tribunal de police constate que l'ordonnance pénale était réputée avoir été notifiée à A_____, de façon fictive, le 26 novembre 2020, soit à l'issue du délai de garde postal de sept jours dès l'avis pour retrait du recommandé, le délai pour y former opposition arrivant ainsi à échéance le 7 décembre 2020. À la suite de l'intervention de la police, la prévenue devait s'attendre à une telle notification.

En admettant que cette dernière ne devait pas s'y attendre, ayant compris que seul l'exploitant de l'établissement serait amendé, elle avait reçu un rappel daté du 22 janvier 2021; elle ne produisait aucun courriel adressé au SdC par lequel elle aurait alors cherché à obtenir une copie de l'ordonnance pénale (sic); pour que l'opposition formée par courriel du 9 février 2021 ait été formée dans la délai de

10 jours dès la connaissance de l'existence de l'ordonnance pénale, il aurait fallu que le rappel ait été reçu le 29 janvier 2021, soit une semaine après son envoi, ce qui était invraisemblable;

D. **a.** Dans son recours, A_____ fait à nouveau valoir qu'elle ne pouvait pas s'attendre à recevoir une décision, faute d'être liée à l'entreprise mise en cause et que les agents lui avaient dit qu'il s'agirait très probablement d'un simple avertissement et que, en cas d'amende, elle serait adressée au nom de l'enseigne; elle avait formé opposition dès réception du rappel de l'ordonnance pénale, dont elle n'avait pas pu prendre connaissance parce qu'envoyée en recommandé et qu'elle n'avait pas vu d'invitation à le retirer.

b. Le SdC ne formule pas d'observations.

c. Le Tribunal de police observe que la recourante devait s'attendre à la notification d'une décision; elle n'avait pas rendu vraisemblable avoir cherché à obtenir la notification de l'ordonnance pénale lors du rappel; elle devait former opposition dans le délai de 10 jours dès le rappel, à tout le moins.

d. La recourante persiste.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable, pour avoir été formé dans les forme et délai prescrits (art. 90 al. 1, 384 let. a, 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) contre une décision du tribunal de première instance sujette à recours (art. 393 al. 1 let. b CPP) et émaner de la prévenue (art. 104 al. 1 let. a CPP), qui a un intérêt juridiquement protégé à en obtenir l'annulation ou la modification (art. 382 al. 1 CPP).

2. La recourante soutient ne pas avoir vu, dans sa boîte aux lettres, l'avis de passage du postier et conteste avoir dû s'attendre à la notification d'une décision.

2.1. Selon l'art. 356 al. 2 CPP, le tribunal de première instance statue sur la validité de l'opposition formée à une ordonnance pénale. 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 parce qu'elle est tardive (cf. ATF 142 IV 201 consid. 2.2), 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). En d'autres termes, le bien-fondé de la contestation n'est pas examiné.

2.2. Les autorités pénales notifient leurs prononcés par lettre signature ou par tout autre mode de communication impliquant un accusé de réception, notamment par l'entremise de la police (art. 85 al. 2 CPP).

Le prononcé est également réputé notifié lorsque, expédié par lettre signature, il n'a pas été retiré dans les sept jours à compter de la tentative de remise infructueuse de remise du pli, si la personne concernée devait s'attendre à une telle remise (art. 85 al. 4 let. a CPP).

2.3. Il existe une présomption de fait – réfragable – selon laquelle, pour les envois recommandés, la date de remise d'un pli, telle qu'elle figure sur la liste des notifications, est exacte. Cette présomption entraîne un renversement du fardeau de la preuve au détriment du destinataire. Si ce dernier ne parvient pas à établir l'absence de dépôt dans sa boîte ou sa case postale au jour attesté par le facteur, la remise est censée avoir eu lieu en ces lieu et date. Du fait notamment que l'absence de remise constitue un fait négatif, le destinataire ne doit cependant pas en apporter la preuve stricte. Il suffit d'établir qu'il existe une vraisemblance prépondérante que des erreurs se soient produites lors de la notification (arrêts du Tribunal fédéral 6B_314/2012 du 18 février 2013 consid. 1.4.1; 6B_281/2012 du 9 octobre 2012 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence, le relevé « Track & Trace » ne prouve pas directement que l'envoi a été placé dans la sphère de puissance du destinataire mais seulement qu'une entrée correspondante a été introduite électroniquement dans le système d'enregistrement de la poste. L'entrée dans le système électronique constitue néanmoins un indice que l'envoi a été déposé dans la boîte aux lettres ou la case postale du destinataire à la date de distribution inscrite (ATF 142 III 599 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 8C_482/2018 du 26 novembre 2018 consid. 3.3). Une erreur de distribution ne peut dès lors pas d'emblée être exclue. Cependant, elle ne doit être retenue que si elle paraît plausible au vu des circonstances. L'exposé des faits par le destinataire qui se prévaut d'une erreur de distribution, et dont on peut partir du principe qu'il est de bonne foi, doit être clair et présenter une certaine vraisemblance (ATF 142 III 599 consid. 2.4.1). Dans ce contexte, des considérations purement hypothétiques, selon lesquelles l'envoi aurait été inséré dans la boîte aux lettres du voisin ou d'un tiers, ne sont pas suffisantes (arrêts du Tribunal fédéral 8C_482/2018 précité consid. 4.3; 9C_90/2015 du 2 juin 2015 consid. 3.2 et les arrêts cités).

2.4. 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).

Un justiciable doit s'attendre à une telle remise lorsqu'il se sait faire l'objet d'une instruction pénale au sens de l'art. 309 CPP (ATF 116 I a 90 = JT 1992 80 118 ; SJ 2001 I 449). Si une simple audition par la police d'une personne entendue comme témoin ou appelée à donner des renseignements n'est pas suffisante à cet égard, en revanche, 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).

2.5. À teneur des art. 354 et 357 CPP, le prévenu peut former opposition contre l'ordonnance pénale devant le Ministère public, respectivement le SdC, 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).

Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la signature doit avoir été apposée à la main sur l'écriture; partant, en cas de requête soumise à la forme écrite, un envoi par téléfax ne suffit pas pour sauvegarder un délai (ATF 121 II 252, JdT 1997 I 188, SJ 1996 133 consid. 3 s.; arrêts du Tribunal fédéral 6B_51/2015 du 28 octobre 2015 consid. 2.2 ; 2C_531/2015 du 18 juin 2015 consid. 2.1 et 1B_160/2013 du 17 mai 2013 consid. 2.1 ; tous avec les réf. cit.). En doctrine, des critiques ont parfois été émises à propos de cette jurisprudence. Les envois par e-mail, fax ou SMS (en tout cas sans signature électronique au sens de l'art. 110 al. 2 CPP) engendrent diverses incertitudes - en particulier en ce qui concerne l'identification de l'expéditeur, la vérification de la signature et la constatation du moment de la réception - qui n'existent pas en cas d'envoi par courrier recommandé, de transmission par voie électronique au sens de l'art. 110 al. 2 CPP ou de dictée au procès-verbal (arrêt du TF 1B_304/2013 du 27 septembre 2013 consid. 2.4). Pour cette raison et dès lors que l'exigence de la forme écrite est explicitement mentionnée à l'art. 354 al. 1 CPP, il existe de bonnes raisons d'appliquer également la jurisprudence en vigueur à l'opposition à une ordonnance pénale (ATF 142 IV 299 consid. 1.1).

2.6. En l'espèce, la recourante, qui a adressé un email le 9 février 2021 au SdC pour recevoir le dossier complet de la contravention, n'a, par cet acte, pas formellement annoncé faire opposition et l'aurait-elle fait qu'elle n'a pas respecté les formes rappelées ci-dessus. Aucune opposition n'a ainsi été valablement formée, sans qu'un reproche puisse être fait au SdC de ne pas avoir attiré son attention sur ce formalisme, le délai d'opposition étant échu comme développé *infra*.

En outre, la recourante laisse entendre que l'empêchement de procéder dans les délais consiste en l'absence de notification correcte de l'ordonnance pénale. Selon les principes sus-rappelés, il lui appartenait toutefois de rendre vraisemblable l'absence de dépôt, dans sa boîte aux lettres, de l'avis de retrait du pli recommandé. Or, elle n'en dit rien. La présomption découlant du « Track & Trace », à teneur duquel l'avis de retrait a été inséré dans sa boîte le 19 novembre 2020 n'est ainsi pas renversée.

C'est, enfin, à tort que la recourante affirme qu'elle ne pouvait s'attendre à recevoir l'ordonnance pénale. À teneur de son rapport, la police municipale l'a déclarée en contravention "*sur le champ*", après avoir pris langue avec le commissaire, au regard de sa qualité de "*remplaçante sur place*" de l'exploitant de l'établissement. Son frère, l'exploitant, a confirmé dans son courrier du 4 février 2021 que la recourante lui apportait de l'aide ce soir-là, elle-même précisant, dans son recours, qu'il était malade et confiné.

Elle devait ainsi s'attendre à recevoir la décision, laquelle lui a été notifiée moins de trois semaines plus tard.

En l'espèce, la recourante ayant été avisée pour retrait le 19 novembre 2020, le délai de sept jours pour retirer le pli est venu à échéance le 26 novembre 2020. Selon le principe de la notification fictive énoncé à l'art. 85 al. 4 CPP, le délai pour former opposition est venu à échéance, dix jours plus tard, soit le 6 décembre 2020, de sorte que l'opposition est tardive

3. L'opposition formée à l'occasion du recours n'est pas recevable, en ce qu'elle a été faite devant la Chambre de céans qui n'est pas compétente pour la recevoir (art. 354 CPP).

4. Le recours sera ainsi rejeté, de sorte que le fond du litige ne sera pas abordé.

5. La recourante, qui n'a pas gain de cause, supportera les frais envers l'État, qui seront fixés en totalité à CHF 300.- (art. 428 al. 1 CPP), y compris l'émolument (art. 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, fixés en totalité à CHF 300.-.

Notifie le présent arrêt ce jour au recourant, au Tribunal de police et au Service des contraventions.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juge et Monsieur Louis PEILA, juge suppléant; 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).

P/4074/2021 **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	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	205.00
-	CHF	
Total	CHF	**300.00**