REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/9111/2021 **ACPR/747/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 3 novembre 2021

Entre

A_____, sans domicile fixe, comparant par M^e^ C_____, avocate, _____, Genève,

recourant,

contre l'ordonnance sur opposition (défaut) rendue le 27 juillet 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 9 août 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du _____ 2021, publiée le lendemain par la Feuille d'avis officielle (ci-après, FAO), par laquelle le Ministère public a constaté le retrait de son opposition à l'ordonnance pénale du 17 avril 2021.

Le recourant conclut, préalablement, à l'octroi de l'assistance juridique et, principalement, à l'admission du recours et au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'elle soit transmise au Tribunal de police.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par ordonnance pénale du 17 avril 2021, le Ministère public a condamné A_____ – ressortissant tunisien démuni de papiers d'identité et sans domicile fixe – à 65 jours de peine privative de liberté "*d'ensemble*" (ch. 2 du dispositif) et à la révocation de la libération conditionnelle accordée en septembre 2020, avec un solde de peine de 50 jours (ch. 3).

Notifiée aux Violons de l'Hôtel de police, l'ordonnance pénale figurant au dossier n'est pas signée par le prévenu, mais on peut inférer des faits ultérieurs qu'elle lui a été remise sur-le-champ.

b. Par lettre du 20 avril 2021 reçue par le Ministère public le 26 suivant, A_____ a formé opposition à l'ordonnance pénale. Il a mentionné, comme adresse de notification, celle de l'association B_____, à la rue 1_____ à Genève.

c. Par mandat de comparution du 10 juin 2021, A_____ a été cité par le Ministère public à comparaître à l'audience du 27 juillet 2021.

Le pli contenant la citation à comparaître a été adressé par pli simple à l'adresse de l'association B_____. Le Ministère public a, en outre, procédé à la publication du mandat de comparution dans la Feuille d'avis officielle (ci-après, FAO) du _____ 2021.

d. Le 27 juillet 2021, A_____ n'a pas comparu à l'audience.

e. À teneur de l'extrait du casier judiciaire suisse figurant au dossier, A_____ a été condamné à cinq reprises, entre décembre 2019 et juin 2020, par ordonnances pénales du Ministère public.

C. Dans la décision querellée, le Ministère public a constaté que le prévenu, qui avait dûment été cité à comparaître à l'adresse mentionnée dans son opposition, ainsi que par voie édictale, n'avait pas comparu. Or, il lui appartenait de prendre les mesures pour donner suite à toute convocation. En application de l'art. 355 al. 2 CPP, son opposition était ainsi réputée retirée.

D. **a.** Dans son recours, A_____ expose que le mandat de comparution envoyé à l'adresse de l'association B_____ ne lui avait pas été remis, de sorte qu'il ignorait la tenue d'une audience le 27 juillet 2021. Il n'en avait pris connaissance que le 6 août 2021, après avoir consulté une avocate en vue de clarifier sa situation sur le territoire suisse ; son conseil avait consulté le site Internet de la FAO. Il estime que son absence à l'audience ne constituait pas un désintérêt de sa part pour la procédure, puisqu'il en ignorait l'existence.

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours. Le mandat de comparution avait été adressé au domicile que A_____ avait lui-même communiqué au Ministère public dans son opposition, ainsi que par publication dans la FAO du _____ 2021. Le prévenu ne pouvait donc se prévaloir du fait qu'il n'aurait pas eu connaissance de la citation à comparaître. Par ailleurs, le prévenu avait été condamné à "*huit*" reprises depuis le 25 décembre 2019, de sorte qu'il n'ignorait pas qu'il allait être convoqué par suite de son opposition à l'ordonnance pénale. L'art. 355 al. 2 CPP était dès lors applicable.

c. Le recourant n'a pas répliqué.

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. 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. **2.1.** En cas d'opposition à l'ordonnance pénale, le ministère public administre les autres preuves nécessaires au jugement de l'opposition (art. 355 al. 1 CPP). Si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation, son opposition est réputée retirée (al. 2).

2.2. Le mandat de comparution est décerné par écrit (art. 201 al. 1 CPP). Il contient, en particulier, les conséquences juridiques d'une absence non excusée (al. 2 let. f).

2.3. Lorsqu'une partie est tenue de comparaître personnellement à l'audience ou d'accomplir elle-même un acte de procédure, la communication doit lui être notifiée directement (art. 87 al. 4 CPP).

De jurisprudence constante, celui qui se sait partie à une procédure judiciaire et qui doit dès lors s'attendre à recevoir notification d'actes du juge, est tenu de relever son courrier ou, s'il s'absente de son domicile, de prendre des dispositions pour que celui-ci lui parvienne néanmoins. Une telle obligation signifie que le destinataire doit, le cas échéant, désigner un représentant, faire suivre son courrier, informer les autorités de son absence ou leur indiquer une adresse de notification (ATF 141 II 429 consid. 3.1 p. 431 s.; 139 IV 228 consid. 1.1 p. 230 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_723/2020 du 2 septembre 2020).

2.4. 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 fardeau de la preuve de la notification et de la date de celle-ci incombe en principe à l'autorité (ATF 142 IV 125 consid. 4.3 p. 128), et celle-ci supporte les conséquences de l'échec de la preuve lorsque la notification est contestée (ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 10; 124 V 400 consid. 2a p. 402).

2.5. Lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n’a pas pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées, la notification a lieu dans la Feuille officielle désignée par le canton ou la Confédération (art. 88 al. 1 let. a CPP). Le ministère public doit toutefois avoir précédemment entrepris des démarches approfondies pour localiser le prévenu (arrêts du Tribunal fédéral 6B_1117/2015 du 6 septembre 2016 consid. 1.1 et les références citées, notamment 6B_738/2011 du 20 mars 2012 consid. 3.3. ; 6B_278/2014 du 6 juin 2014).

2.6. Compte tenu de l'importance fondamentale de l'opposition, la fiction de son retrait posée à l'art. 355 al. 2 CPP doit être interprétée de manière restrictive (ATF 140 IV 82 consid. 2.3 p. 84; arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 du 27 mai 2013, consid. 4.5). Il faut que le prévenu ait eu une connaissance effective de la convocation à l'audience et des conséquences du défaut, l'abus de droit étant réservé (ATF 140 IV 82 consid. 2.7 p. 86; arrêt 6B_397/2015 du 26 novembre 2015 consid. 1.2). En outre, la fiction légale du retrait de l'opposition ne peut s'appliquer que si l'on peut déduire du défaut non excusé un désintérêt pour la suite de la procédure pénale (ATF 140 IV 86 consid. 2.6; 140 IV 82 consid. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral 6B_152/2013 précité consid. 4.5.4).

2.7. En l'espèce, le recourant conteste avoir reçu le mandat de comparution, envoyé par pli simple à l'adresse qu'il avait mentionnée dans son opposition à l'ordonnance pénale. Le Ministère public, à qui incombe la charge de la preuve de la notification, n'est pas en mesure, faute d'avoir respecté les réquisits de l'art. 85 al. 2 CPP, d'établir si, et cas échéant à quelle date, le prévenu a reçu le mandat de comparution. On ne peut dès lors pas affirmer que le recourant a eu connaissance de la tenue de l'audience du 27 juillet 2021. Le fait qu'il ait déjà été condamné et connaisse la procédure d'opposition ne permet pas de lui imputer la connaissance de l'existence d'une audience, sans preuve de notification du mandat de comparution. Dans ces circonstances, le recourant ne saurait se voir opposer la fiction légale de l'art. 355 al. 2 CPP en raison de son absence à l'audience du 27 juillet 2021.

Par ailleurs, dans la mesure où, dans son opposition à l'ordonnance pénale, le recourant a mentionné une adresse de notification, les conditions d'une notification par voie édictale n'étaient pas remplies. On ne saurait dès lors pas non plus retenir que le recourant aurait été atteint par la publication du mandat de comparution dans la FAO, puisque le mandat devait lui être notifié directement.

Le recours sera dès lors admis.

3. Cela conduit à l'annulation de l'ordonnance querellée.

4. Les frais de recours seront laissés à la charge de l'État (art. 428 al. 1 CPP).

5. Le recourant 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.

5.1.1. 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).

5.1.2. 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).

5.2. En l'espèce, le recourant a été condamné à une peine privative de liberté d'ensemble de 65 jours. La cause est donc de peu de gravité. En outre, dans la mesure où le recourant invoque ne pas avoir eu connaissance du mandat de comparution et ne pas s'être désintéressé 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 il obtient gain de cause, le recourant a cependant 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. Il chiffre à trois heures l'activité nécessaire à son conseil pour la rédaction du recours, laquelle paraît excessive pour un acte portant sur quatre pages, dont une seule développe ses arguments juridiques, dépourvus de toute complexité. Il sera donc indemnisé à hauteur de CHF 646.20, TVA à 7.7% incluse.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Annule l'ordonnance querellée et retourne la cause au Ministère public pour qu'il statue sur l'opposition formée par A_____ contre l'ordonnance pénale du 17 avril 2021.

Rejette la demande de défense d'office.

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

Alloue à A_____ la somme de CHF 646.20 à titre d'indemnité pour l'exercice de ses droits de procédure (art. 429 al. 1 let. a CPP).

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant et au Ministère public.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Arbenita VESELI, greffière.

La greffière :	Le président :
Arbenita VESELI	Christian COQUOZ

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).