

Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz

Grégory Bovey

Benoît Chappuis

Laurent Hirsch (éds)

SGDL

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz

Grégory Bovey

Benoît Chappuis

Laurent Hirsch (éds)

SGDL

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Citation suggérée de l'ouvrage : GRÉGORY BOVEY, BENOÎT CHAPPUIS, LAURENT HIRSCH (éds), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Genève/Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8702-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019

www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Hommage à BERNARD CORBOZ	5
Biographie sommaire de BERNARD CORBOZ	7
Introduction	9
I. Droit pénal	13
Scellés – mesures de protection ou d’obstruction ? YVES BERTOSSA / JOHAN DROZ	15
Lutte anti-blanchiment : directives de l’UE et LBA. Une comparaison CARLO LOMBARDINI.....	31
Les infractions de corruption en droit suisse : degrés de réalisation et prescription ALAIN MACALUSO / KASTRIOT LUBISHTANI.....	51
Questions choisies en matière de confiscation pénale AURÉLIEN STETTLER / VINCENT JEANNERET	69
II. Droit privé	89
L’invalidation du contrat pour cause d’erreur essentielle à la lumière de quelques arrêts récents GRÉGORY BOVEY	91
L’indemnisation de l’atteinte à l’intégrité dans l’assurance sociale et la réparation du tort moral en responsabilité civile : convergences et divergences JEAN-MAURICE FRÉSARD	105
Le concordat, un contrat (pas) comme les autres ? OLIVIER HARI.....	123
La vente en viager SYLVAIN MARCHAND	143
L’homme du métier en droit des brevets et ses fonctions MICHEL MUHLSTEIN / LAURENT MUHLSTEIN	161
Le droit d’emption statutaire dans la société à responsabilité limitée GUY MUSTAKI / EDGAR PHILIPPIN	183

Article 731b CO : Un état des lieux HENRY PETER / FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER	197
L'effet de rayonnement de la loi sur les services financiers sur le droit privé FRANÇOIS RAYROUX / LIBURN MEHMETAJ	219
Verjährung vertraglicher Ansprüche aus Haftung für körperliche Spätschäden VERA ROTTENBERG LIATOWITSCH	241
Erreur de l'actionnaire et contestation des décisions de l'AG RITA TRIGO TRINDADE	261
La pluralité de responsables : nouvelles conceptions et changements de jurisprudence FRANZ WERRO / VINCENT PERRITAZ	279
III. Procédure	303
Bail et procédure simplifiée : où prend fin le domaine de la protection contre les congés ? Plaidoyer pour une révision législative FRANÇOIS BOHNET	305
Le contentieux des mesures provisionnelles au Tribunal fédéral en matière de poursuite pour dettes et faillite ANDREA BRACONI	317
Notification de l'ordonnance pénale : de la fiction à la réalité DANIELA CHIABUDINI / ALEXANDRE GUISAN	333
Les interactions entre les procédures administratives, civiles et pénales STÉPHANE GRODECKI	355
Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international LAURENT HIRSCH	375
La <i>reformatio in peius</i> : tour d'horizon et réception du principe en procédure pénale fédérale LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI	399
Si tu veux être juge, reste-le. ALAIN WURZBURGER	419
IV. Droit public	433
Quelques réflexions sur l'acquisition de la nationalité suisse FRANÇOIS CHAIX	435

Trois décennies d'évolution du secret de l'avocat BENOIT CHAPPUIS.....	449
La mise en œuvre de la Convention intercantonale sur les loteries et paris (demain, Concordat sur les jeux d'argent) – un hybride juridique ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN.....	469
Liste des publications de BERNARD CORBOZ.....	479

Notification de l'ordonnance pénale : de la fiction à la réalité

Sommaire	Page
Introduction.....	334
I. Nature et conditions de l'ordonnance pénale.....	334
II. Les effets de l'ordonnance pénale.....	335
A. L'acceptation.....	335
B. L'opposition.....	336
III. La notification de l'ordonnance pénale.....	336
A. La notification parfaite.....	337
B. La notification fictive (art. 85 al. 4 let. a CPP).....	338
1. Le principe.....	338
2. Le prévenu doit s'attendre à la remise d'un acte.....	340
3. Pendant combien de temps peut-on opposer cette règle au prévenu ?.....	344
4. L'échec de la fiction.....	347
IV. La restitution du délai d'opposition.....	348
V. L'avant-projet de modification du CPP.....	349
Conclusion.....	350
Bibliographie.....	352

* Juge à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours.

** Titulaire du brevet d'avocat, greffier-juriste à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre pénale de recours.

Les opinions exprimées n'engagent que leurs auteurs.

Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse (CPP), l'ordonnance pénale permet au ministère public – et, pour les contraventions, aux autorités administratives (art. 357 al. 1 CPP) – de prononcer jusqu'à six mois de peine privative de liberté, lorsque les faits sont établis ou qu'ils sont admis par le prévenu¹ (art. 352 al. 1 CPP). Auparavant, quelques cantons connaissaient déjà cette pratique, à l'instar de Genève, où la peine privative de liberté pouvait même aller jusqu'à 360 jours (art. 218 al. 1 let. a aCPP-GE, état au 31.12.2010).

Cette procédure spéciale permet d'accélérer le procès lors d'infractions légères² et de régler ainsi, facilement et rapidement, un grand nombre de procédures. Toutefois, comme le relevait déjà CHRISTIAN DENYS en 2016, il faut veiller à ce que le pragmatisme ne l'emporte pas sur certaines garanties fondamentales³.

Or, la fiction de notification de l'art. 85 al. 4 let. a CPP⁴, qui permet de considérer, sous certaines conditions, que l'acte judiciaire a été notifié – et déploie donc tous ses effets – alors même que le destinataire n'en a pas pris connaissance, constitue une réglementation qui, quoique fort utile, n'est pas sans danger, tant pour les justiciables que pour l'avenir de l'ordonnance pénale.

I. Nature et conditions de l'ordonnance pénale

- 1 L'ordonnance pénale, prévue aux art. 352 et ss CPP, est une proposition de règlement extrajudiciaire et sommaire d'une affaire pénale⁵.
- 2 L'ordonnance pénale ne peut être rendue que pour les peines suivantes : une amende, une peine pécuniaire de 180 jours au plus ou une peine privative de liberté de six mois au plus, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle (art. 352 al. 1 let. a, b et d CPP). Chacune des peines peut être ordonnée conjointement à une mesure au sens des art. 66 et 67e à 73 CP (art. 352 al. 2 CPP). Par ailleurs, la peine

¹ Pour faciliter la lecture, le terme « prévenu » s'entend au féminin comme au masculin.

² MESSAGE CPP, 1272.

³ DENYS, 125.

⁴ Les autres cas de notification fictive, notamment par publication (art. 88 CPP), en cas de refus du pli recommandé dûment constaté (art. 85 al. 4 let. b CPP) voire, dans une certaine mesure, par voie électronique (art. 86 CPP) ne seront pas abordés.

⁵ MESSAGE CPP, 1274 ; ATF 140 IV 82 c. 2.6 ; TF, 6B_367/2012, 21.12.2012, c. 3.2 (d) et les références citées.

pécuniaire et la peine privative de liberté peuvent être ordonnées conjointement si la totalité de la peine prononcée n'exécède pas une peine privative de liberté de six mois. Une amende peut être infligée en sus (art. 352 al. 3 CPP).

L'ordonnance pénale peut être prononcée lorsque le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis (art. 352 al. 1 CPP). Il n'est donc pas nécessaire que le prévenu ait avoué, si le dossier contient les éléments suffisants à établir la culpabilité de l'auteur⁶.

Contrairement à ce que prévoyait le projet du Conseil fédéral (art. 356 P-CPP)⁷, le CPP en vigueur ne comporte pas de règle explicite à l'adresse du ministère public pour lui imposer d'auditionner le prévenu avant de rendre l'ordonnance pénale. Cette obligation a été biffée du projet lors des délibérations parlementaires pour ne pas menacer l'efficacité de cette procédure⁸. Par conséquent, un prévenu peut être condamné sur la base de ses seules déclarations à la police. L'absence d'audition par le ministère public est, pour le législateur et une partie de la doctrine, contrebalancée par la possibilité qu'a le prévenu de faire opposition à l'ordonnance pénale s'il n'est pas d'accord avec celle-ci et, dans ce cas, obtenir son audition par le ministère public⁹.

Mais il arrive que l'absence d'audition par le ministère public ne puisse pas être « rattrapée » par le biais de l'opposition, par exemple lorsque l'ordonnance pénale fait l'objet d'une notification fictive et que, en raison de celle-ci, le prévenu est privé de la possibilité de faire opposition dans le délai.

II. Les effets de l'ordonnance pénale

A. L'acceptation

Simple proposition, l'ordonnance pénale n'a toutefois pas à être expressément acceptée par le prévenu. Au contraire, elle est réputée acceptée dès lors qu'elle n'a fait l'objet d'aucune opposition valable ; elle acquiert alors le statut de jugement à part entière (cf. art. 354 al. 3 CPP), interruptif de prescription au sens de l'art. 97 al. 3 CP¹⁰. Ce

⁶ TF, 6B_314/2012, 18.2.2013, c. 2.2.1 (f).

⁷ FF 2006 1373. Cf. ég. MESSAGE CPP, 1273.

⁸ BO CE 2005, 984 ; TF, 6B_158/2012, 27.7.2012, c. 1.2 (f).

⁹ THOMMEN, Unerhörte Strafbefehle, 388, qui plaide pour une information complète du prévenu sur les conséquences du défaut d'opposition.

¹⁰ *A contrario*, dès qu'une opposition a été valablement formée, la prescription continue à courir : cf. ATF 142 IV 11 c. 1.2.2.

jugement entre immédiatement en force, si bien que seule la voie de la révision, au sens de l'art. 410 al. 1 CPP, est ouverte¹¹.

- 7 En cas d'acceptation de l'ordonnance pénale par le prévenu, les peines et les mesures prononcées seront inscrites au casier judiciaire, dans les limites fixées par la loi (cf. art. 365 ss CP ; Ordonnance VOSTRA¹²), puis, bien évidemment, exécutées (cf. art. 439 ss CPP ; art. 35 s., 74 ss et 372 ss CP).

B. L'opposition

- 8 S'il n'accepte pas l'ordonnance pénale, le prévenu peut la contester par le biais d'une opposition écrite, dans les dix jours (art. 354 al. 1 let. a CPP), délai qui court dès la notification de l'acte¹³. Tant la peine que le principe même de la condamnation peuvent faire l'objet de l'opposition, qui n'a pas besoin d'être motivée lorsqu'elle émane du prévenu (art. 354 al. 2 CPP).
- 9 A réception de l'opposition, plusieurs choix s'offrent au ministère public. Après – l'éventuelle – administration de nouvelles preuves et l'audition du prévenu si elle n'a pas déjà eu lieu, le Procureur peut classer la procédure, maintenir l'ordonnance pénale ou rendre une nouvelle ordonnance pénale (art. 355 al. 3 let. a à c CPP). Il peut aussi renvoyer le prévenu en jugement devant le tribunal, l'ordonnance pénale tenant alors lieu d'acte d'accusation (art. 355 al. 3 let. d et 356 al. 1 CPP).
- 10 Si la validité de l'opposition est controversée, par exemple parce qu'elle est formée hors délai, la question n'est pas tranchée par le ministère public mais par le tribunal de première instance¹⁴, à qui le dossier est transmis.

III. La notification de l'ordonnance pénale

- 11 L'art. 353 al. 3 CPP prévoit que l'ordonnance pénale est immédiatement notifiée par écrit aux personnes et aux autorités qui ont qualité pour former opposition. Outre cet alinéa, la notification de l'ordonnance pénale est régie par les normes générales des art. 84 ss CPP¹⁵, en particulier l'art. 85 CPP, lequel distingue deux types de notification.

¹¹ ATF 141 IV 298 c. 1.5.3 ; TF, 6B_517/2018, 24.4.2019, c. 1.1 et 1.4.4, destiné à la publication (d).

¹² RS 331. Ces dispositions seront toutefois abrogées avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur le casier judiciaire du 27 juin 2016 (nLJC ; FF 2016 4703 ss), prévue pour début 2023.

¹³ TF, 6B_1095/2017, 2.3.2018, c. 3.3 (d), avec la référence à l'ATF 144 IV 57 c. 2.3.

¹⁴ ATF 142 IV 201 c. 2.4 et 2.5.

¹⁵ ATF 144 IV 64 c. 2.1 ; MESSAGE CPP, 1274.

A. La notification parfaite

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). 12

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que cette règle trouvait sa justification, dans le contexte de l'ordonnance pénale, du fait qu'elle permet d'acquérir la certitude que le prévenu a bien reçu l'ordonnance pénale et peut ainsi valablement faire opposition dans le délai de dix jours ; en ce sens, l'art. 85 al. 2 CPP revêt une fonction de preuve importante¹⁶. 13

L'ordonnance pénale peut ainsi être notifiée au prévenu par sa remise en mains propres, contre signature, que ce soit par la police¹⁷, mais également par le Procureur, lors d'une audience d'instruction¹⁸. L'intéressé est alors informé de son droit de former opposition dans les dix jours. 14

Comme tout autre acte judiciaire, l'ordonnance pénale peut également être notifiée par la poste, par courrier recommandé ou acte judiciaire (« lettre signature » de l'art. 85 al. 2 CPP)¹⁹ ; elle est alors soit remise au prévenu à l'adresse de notification préalablement communiquée (art. 87 al. 1 et 2 CPP) soit, si celui-ci n'est pas atteint et qu'un avis de retrait est placé dans sa boîte aux lettres, distribuée au guichet postal à l'intérieur du délai de garde de sept jours²⁰. 15

¹⁶ ATF 142 IV 125 c. 4.1 et les références citées.

¹⁷ À l'occasion d'une audition dans une autre affaire (TF, 6B_141/2017, 22.12.2017, c. 2.3 [f]) ou lorsqu'elle se rend directement au domicile du prévenu (TF, 6B_1095/2017, 2.3.2018, c. 2.3 [d], qui traite par ailleurs du caractère subsidiaire d'une telle notification par rapport à l'envoi postal).

¹⁸ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 600 et 1360 ; StPO Komm.-BRÜSCHWEILER, art. 85 N 2 ; CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, art. 353 N 14 ; DAPHINOFF, 539. Cf. ég. TF, 6B_162/2017, 1.12.2017, c. 2.3 (f).

¹⁹ Cf. les conditions générales de La Poste « Prestations du service postal » pour les clients privés et commerciaux (version janvier 2019), ch. 2.5.1, et les *Factsheets* « Recommandé (R) » et « Acte judiciaire et Acte judiciaire online » disponibles sur le site de La Poste (www.post.ch) ; cf. ég. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 85 N 3. La notification par pli simple (ATF 142 IV 125) ou par courrier A Plus (ATF 144 IV 57) ne respectent pas l'exigence d'un accusé de réception et sont dès lors contraires à l'art. 85 al. 2 CPP ; dans un tel cas, il appartient à l'autorité de prouver que le destinataire a effectivement pris connaissance de l'envoi (la simple entrée dans la sphère d'influence ne suffit pas), preuve difficile s'il en est.

²⁰ Ce délai ressort explicitement de l'art. 85 al. 4 let. a CPP. Il trouve son origine dans l'ancienne ordonnance n° 1 du 1^{er} septembre 1967 relative à la Loi sur le Service des Postes (OSP 1 ; RO 1967 1447), puis a été repris dans les conditions générales de La Poste (ch. 2.5.7 let. b) et est ainsi, selon le Tribunal fédéral, « *allgemein bekannt* » : ATF 130 III 396 c. 1.2.3 ; 127 I 31 c. 2a/aa.

- 16 Le CPP prévoit expressément la notification de substitution²¹, qui permet la remise du pli à un employé du prévenu, à toute personne de plus de seize ans vivant dans le même ménage (art. 85 al. 3 CPP) ou, s'il y en a un, au conseil juridique uniquement (et non plus au prévenu, l'art. 87 al. 3 CPP étant d'ordre impératif)²². La notification à un (autre) représentant au bénéfice d'une procuration est également admissible²³.
- 17 Dans l'optique de la présente contribution, ces situations ne posent pas de difficultés particulières, dans la mesure où le prévenu, à réception de l'ordonnance pénale – en mains propres à l'audience, chez lui ou à l'office postal –, est en mesure d'y former opposition dans les dix jours, délai qui commence à courir dès le lendemain (art. 90 al. 1 CPP).
- 18 La notification est alors considérée comme parfaite²⁴.

B. La notification fictive (art. 85 al. 4 let. a CPP)

- 19 Autre est la situation lorsque le prévenu est absent de son domicile au moment du passage du facteur et omet, pour toutes sortes de raisons, de retirer le pli recommandé à l'office postal, dans le délai de garde.

1. Le principe

- 20 Selon l'art. 85 al. 4 let. a CPP, le prononcé est également réputé avoir été notifié lorsque, expédié par lettre signature, il n'a pas été retiré dans les sept jours à compter de la tentative infructueuse de remise du pli, si la personne concernée devait s'attendre à une telle remise. On parle alors de notification fictive ou de fiction de notification²⁵.
- 21 Le Message du Conseil fédéral est muet sur cette disposition, se contentant de souligner que la section 6 du CPP (Notification et communication des prononcés) correspond « *grosso modo* » aux réglementations en vigueur dans les lois de procédure existant en Suisse²⁶. Le principe de la notification fictive est en effet également connu en procédures

²¹ Ce type de notification se rapproche en définitive d'une notification fictive, comme d'ailleurs les rappellent les versions française et italienne de l'art. 85 al. 3 CPP (« Le prononcé est *réputé* notifié... » ; « La notificazione è *considerata* avvenuta... »), qui divergent de la version allemande (« *Sie ist erfolgt ...* ») (nous mettons en évidence). Cf. ég. THOMMEN, Kurzer Prozess, 101.

²² ATF 144 IV 64 c. 2.5, SJ 2019 I 13 ; 144 IV 57 c. 2.3.2 ; TF, 6B_1415/2017, 16.5.2018, c. 1.4 (f).

²³ TF, 6B_1253/2016, 27.3.2017, c. 2.4.3 (d).

²⁴ Terme emprunté à PIQUEREZ, N 576 p. 369, qui l'utilise pour désigner l'entrée dans la « sphère de puissance » du destinataire.

²⁵ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 85 N 17.

²⁶ MESSAGE CPP, 1136.

civile (art. 138 al. 3 let. a CPC) et administrative (art. 20 al. 2^{bis} PA et 38 al. 2^{bis} LPGA ; art. 62 al. 4 LPA/GE), ainsi que devant le Tribunal fédéral (art. 44 al. 2 LTF).

En procédure pénale pourtant, une telle notification fictive ne va pas sans susciter 22 certaines interrogations, en particulier lorsque l'acte en question est une ordonnance pénale qui, si elle n'est pas frappée d'opposition dans les dix jours, est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 al. 3 CPP). Pour peu que le prévenu se soit absenté quelque temps de son domicile, il sera alors condamné à une peine pouvant aller jusqu'à six mois de prison, sans même avoir pris connaissance du jugement, ce qui rapproche sa situation de celle d'un condamné par défaut, la possibilité de demander le relief (art. 368 ss CPP) en moins²⁷.

Dans la mesure toutefois où la jurisprudence reconnaît que la fiction de l'art. 85 al. 4 let. 23 a CPP s'applique également à la notification d'une ordonnance pénale et au départ du délai pour y former opposition²⁸, il se justifie d'en préciser les contours.

Cette disposition suppose que l'acte, expédié par lettre signature, n'ait pas pu être remis 24 au destinataire ou à une autre personne habilitée à le réceptionner, et qu'un avis de retrait ait ainsi été inséré dans la boîte aux lettres ou la case postale du prévenu. On rappellera qu'il existe, en matière d'envois recommandés, une présomption – réfragable – selon laquelle, d'une part, l'employé postal a correctement inséré l'avis de retrait et, d'autre part, la date de ce dépôt, telle qu'elle figure sur la liste des notifications, est exacte²⁹. Le grief, souvent invoqué, de l'absence d'avis postal ne sera admis que si le prévenu parvient à renverser cette présomption, à l'aide d'indices concrets qui prouvent – à tout le moins au degré de la vraisemblance prépondérante – l'existence d'erreurs dans l'acheminement du pli³⁰.

²⁷ Pour une analyse critique, cf. THOMMEN, Kurzer Prozess, 101 ss. La procédure par défaut n'est pas non plus applicable lorsque, à la suite de son opposition, le prévenu ne se présente pas à l'audience sur opposition (355 al. 2 CPP) ou devant le tribunal de première instance (art. 356 al. 2 CPP) : TF, 6B_7/2017, 5.5.2017, c. 1.5 (d) et les références. D'un avis contraire : BURGNER/COHEN, 353 s. ; JEANNERET/KUHN, N 17039a.

²⁸ Dernièrement : TF, 6B_936/2018, 4.12.2018, c. 1.3 (f) et les arrêts cités.

²⁹ ATF 142 IV 201 c. 2.3.

³⁰ Exemples : erreurs de distribution au sein de l'office de poste concerné, fraîchement réorganisé (TF, 6B_1175/2013, 18.9.2014, c. 1.4 [d]) ; mention « avisé pour retrait » absente du système « Track & Trace » de La Poste (TF, 2C_780/2010, 21.3.2011, c. 2.7 [d]) ; date du dépôt de l'avis enregistrée dans le système « Track & Trace » différente de la date effective du dépôt de l'avis (TF, 4A_321/2014, 27.3.2015, c. 5 [it]) ; *mais non* : l'offre de prouver, témoins à l'appui, l'existence de problèmes récurrents liés au courrier adressé par pli simple (TF, 6B_753/2018, 13.2.2019, c. 5 [d]) ; le fait que des parents au nom de famille identique habitent le même immeuble que le prévenu, le libellé exact de leurs boîtes aux lettres respectives permettant de les distinguer (TF, 6B_314/2012, 18.2.2013, c. 1.4.5 [f]) ; la possibilité (théorique) que l'avis de retrait ait été mélangé avec de la

- 25 En revanche, lorsque l'enveloppe contenant l'ordonnance pénale est retournée à l'autorité avec la mention « inconnu », « notification impossible », « destinataire introuvable à l'adresse indiquée », « parti sans laisser d'adresse », ou si l'invitation à retirer un envoi ne peut pas être déposée dans la boîte, il n'y a pas de notification au sens de l'art. 85 al. 4 let. a CPP³¹. Il appartient alors au ministère public d'effectuer les recherches nécessaires – auprès du registre des habitants, du dernier office de poste connu, du prévenu lui-même s'il a laissé un numéro de téléphone, des voisins, des proches, de l'office des migrations, voire en tentant une nouvelle notification par l'entremise de la police – pour entrer en contact avec le prévenu et lui notifier valablement l'ordonnance pénale³².
- 26 Enfin, le délai – légal – de garde de sept jours est d'ordre impératif, si bien qu'il arrivera à échéance indépendamment de l'existence d'accords particuliers pouvant être passés avec La Poste (p. ex. prolongation du délai, demande de garde du courrier, convention de poste restante)³³ et le délai pour former opposition commencera donc à courir le lendemain du septième jour du délai de garde (art. 90 al. 1 CPP).

2. Le prévenu doit s'attendre à la remise d'un acte

- 27 L'art. 85 al. 4 let. a *in fine* CPP fait écho à la formule consacrée du Tribunal fédéral, selon laquelle 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 (désigner un représentant, faire suivre son courrier, informer les autorités de son absence ou leur indiquer une adresse de notification) ; à défaut, la fiction de notification à l'échéance du délai de garde s'applique³⁴.
- 28 On admet en effet qu'avec l'ouverture d'une procédure judiciaire, un lien procédural se noue entre l'autorité et les parties, et avec lui le devoir (procédural également) pour celles-ci de s'attendre avec une certaine vraisemblance à la notification d'un acte officiel,

publicité, dont le destinataire dit se débarrasser immédiatement (TF, 1C_455/2017, 10.10.2017, c. 3.2 [f]).

³¹ TF, 6B_652/2013, 26.11.2013, c. 1.4.3 (d).

³² TF, 6B_70/2018, 6.12.2018, c. 1.4.5 (d) ; 6B_931/2018, 9.4.2019, c. 1.3 (d). Si ces recherches s'avèrent infructueuses, se posera ensuite la question d'une notification par voie édictale (art. 88 CPP) voire, pour l'ordonnance pénale, par simple versement au dossier (al. 4 CPP), situation qui s'avère problématique sous l'angle de l'art. 6 CEDH : JEANNERET/KUHN, N 17019.

³³ TF, 6B_1336/2017, 22.5.2018, c. 2.2 (f) (délai de garde prolongé) ; ATF 141 II 429 c. 3.1 et 3.3.3 et TF, 1P.81/2007, 26.3.2007, c. 3.2 (f) (garde du courrier) ; TF, 6B_342/2014, 15.4.2014, c. 2.2 (f) (poste restante).

³⁴ ATF 139 IV 228 c. 1.1 et les références citées.

de se comporter conformément aux règles de la bonne foi et de faire en sorte que l'acte puisse en définitive leur être notifié³⁵.

En procédure pénale, ce rapport procédural naît dès que le prévenu sait qu'une instruction pénale au sens de l'art. 309 CPP a été ouverte contre lui³⁶ soit, en règle générale, lorsqu'il est entendu par le ministère public en qualité de prévenu. Il est toutefois fréquent³⁷ que le ministère public rende une ordonnance pénale immédiatement, à réception du rapport de police, sans ouverture d'une instruction (et donc également sans avis de prochaine clôture selon l'art. 318 al. 1 CPP³⁸) ; c'est d'ailleurs ce que prévoit expressément l'art. 309 al. 4 CPP. La procédure n'aura alors pas dépassé le stade des investigations policières (art. 306 s. CPP) et les seuls contacts du prévenu avec les autorités de poursuite pénale l'auront été avec la police. Sous quelles conditions peut-il néanmoins s'attendre, dans une telle situation, à se voir notifier une ordonnance pénale ?

Dans un arrêt ancien, rendu dans une cause au nom évocateur (*Bagatella c./ Conseil d'État du Valais*), le Tribunal fédéral a jugé que l'établissement d'un rapport de police, à la suite d'un banal accident de la circulation, ne suffisait pas pour qu'un justiciable s'attende à recevoir une amende³⁹. Cette jurisprudence a été confirmée et précisée, quelques années plus tard, en ce sens qu'un simple interrogatoire, lors de l'enquête de police, en qualité de personne appelée à donner des renseignements, voire de suspect, ne saurait à lui seul fonder de lien procédural suffisant⁴⁰.

Sous l'empire du CPP, la jurisprudence a rapidement admis que le prévenu doit se rendre compte qu'il est pleinement partie à une procédure pénale lorsque, à l'occasion d'un interrogatoire de police, il est informé de l'ouverture d'une procédure préliminaire contre lui et des faits qui lui sont reprochés, et qu'il se voit remettre un formulaire contenant ses droits (art. 158 al. 1 CPP) et faisant référence à la notification de décisions et/ou d'ordonnances pénales⁴¹. Ce faisant, notre Haute Cour reconnaît qu'une intervention du

³⁵ ATF 130 III 396 c. 1.2.3.

³⁶ TF, 6B_1032/2015, 25.5.2016, c. 1.1 (f).

³⁷ Voir à cet égard les chiffres du canton de Saint-Gall, cités par HANSJAKOB, 161, qui montrent que 91% des ordonnances pénales rendues en 2013 l'ont été sur la base des seules investigations policières.

³⁸ Cf. TF, 6B_110/2016, 27.7.2016, c. 1.5 (d) non publié aux ATF 142 IV 286 ; 6B_549/2015, 16.3.2016, c. 2.1 (f), SJ 2017 I 37.

³⁹ ATF 101 Ia 7 c. 2.

⁴⁰ ATF 116 Ia 90 c. 2c/aa.

⁴¹ TF, 6B_158/2012, 27.7.2012, c. 2.2 (f) ; 6B_281/2012, 9.10.2012, c. 1.2 (f) ; 6B_314/2012, 18.2.2013, c. 1.3.2 (f) ; 6B_1032/2015, 25.5.2016, c. 1.1 (f) ; 6B_934/2018, 9.11.2018, c. 2.3 (f). Cf. déjà l'arrêt du TF, 28.10.1998, c. 2c, in : SJ 1999 I 145, et l'arrêt de la Cour de cassation de Genève, 14.11.2000, c. II.2, in : SJ 2001 I 449. *A contrario*, lorsque, à l'issue de son interrogatoire, le prévenu, non assisté, s'entend dire que l'affaire n'aurait pas de suite, il est en droit de faire prouver ce fait par l'audition des policiers présents ce jour-là : TF, 6B_1088/2013, 12.5.2014, c. 1.4 (f).

ministère public n'est pas (ou plus) nécessaire, justifiant cette approche par le fait que la police est désormais une autorité de poursuite pénale à part entière (cf. art. 15 al. 1 CPP) lorsqu'elle agit dans le cadre de ses activités judiciaires (au contraire de celles liées au trafic routier ou au maintien de l'ordre) et qu'il est au demeurant peu probable qu'un justiciable fasse une différence entre l'ouverture d'une procédure préliminaire par la police ou par le ministère public⁴².

- 32 En doctrine, cette question n'est pas ou peu abordée : certains auteurs reprennent la formule générale de la connaissance de l'ouverture d'une procédure⁴³, alors que d'autres n'envisagent qu'une annonce par l'intermédiaire du ministère public⁴⁴ ou, au contraire, estiment qu'une information par la police est suffisante⁴⁵.
- 33 À notre sens, l'approche du Tribunal fédéral doit être approuvée, le critère déterminant n'étant en définitive pas celui de l'autorité à laquelle le prévenu est confronté – ministère public ou police, que celle-ci agisse d'ailleurs de sa propre initiative ou sur mandat du premier, avant (art. 309 al. 2 CPP) ou après (art. 312 al. 1 CPP) l'ouverture d'une instruction –, mais bien celui de savoir si le prévenu a clairement été avisé de ce qu'une enquête, pouvant conduire à sa condamnation, était dirigée contre lui.
- 34 Une audition en qualité de personne appelée à donner des renseignements (art. 178 ss CPP) ou de témoin (art. 168 ss CPP) n'est ainsi pas suffisante à cet égard, faute pour le prévenu (en devenir) de se savoir directement visé par la procédure⁴⁶. De même, le simple fait qu'un lésé annonce à celui qu'il tient pour l'auteur d'une infraction avoir déposé plainte pénale contre lui, ou vouloir le faire, ne saurait fonder un quelconque lien de procédure avec une autorité qui ne s'est, à ce stade, pas encore manifestée⁴⁷.

⁴² TF, 6B_158/2012, 27.7.2012, c. 2.2 (f).

⁴³ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 600 nbp. 466 ; BSK StPO-ARQUINT, art. 85 N 9 ; CR CPP-MACALUSO/TOFFEL, art. 85 N 33.

⁴⁴ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, art. 85 N 9 ; BERNAUER/HASANI, 12 nbp 76 ; cf. ég. implicitement PITTELOUD, art. 84 ss N 204.

⁴⁵ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 85 N 17 ; DENYS, 128 s. ; PERRIER DEPEURSINGE, *ad* art. 85 al. 4 let. a ; DAPHINOFF, 535 (qui semble toutefois soutenir le contraire en p. 522, nbp 3353).

⁴⁶ Dans ce sens, cf. CJ GE, ACPR/399/2014 (n.p.), 8.9.2014, c. 2.4, cas dans lequel le recourant avait été entendu par la police en qualité de PADR au sens de l'art. 178 let. d CPP, soit celui qui, sans être soi-même prévenu, pourrait s'avérer être soit l'auteur des faits à élucider ou d'une infraction connexe, soit un participant à ces actes ; cf. ég. ACPR/573/2016 (n.p.), 12.9.2016, c. 2.4. Comp. avec TF, 6B_1032/2015, 25.5.2016, c. 1.3 et 1.4 (f) où, ensuite de son audition en qualité de PADR, le recourant avait reçu un pli du ministère public l'informant de sa qualité de prévenu et lui demandant des précisions sur sa situation personnelle (tout en précisant qu'il avait le droit de ne pas collaborer), ce à quoi il avait répondu.

⁴⁷ Cf. TC VD, CREP Décision 2018/784, 26.9.2018, n° 750, c. 3.1.1 et 3.2 ; CJ GE, ACPR/399/2014 (n.p.), 8.9.2014, c. 2.5. On notera que la directive du Procureur général du Ministère public genevois

Les principes développés ci-dessus s'appliquent *mutatis mutandis* lorsqu'une ordonnance pénale est notifiée par une autorité administrative compétente en matière de contraventions (cf. art. 357 al. 2 CPP). Trois situations doivent être distinguées ici. Premièrement, le contrevenant est formellement entendu par la police en qualité de prévenu, situation qui ne pose pas de problèmes particuliers, pour autant que les exigences d'information précitées (cf. N 31 *supra*) aient été respectées. Deuxièmement, le contrevenant est brièvement interrogé par la police, dépêchée sur place, notamment à la suite d'un accident de la circulation routière ou d'un esclandre sur la voie publique, sans toutefois qu'un procès-verbal d'audition en bonne et due forme ne soit dressé. Si, sur la base du seul rapport de police, une ordonnance pénale est décernée ultérieurement au contrevenant, la notification fictive de celle-ci, en application de l'art. 85 al. 4 let. a CPP, paraît problématique. En effet, compte tenu de la solution dégagée dans l'arrêt *Bagatella* précité et de la jurisprudence subséquente⁴⁸, l'existence d'un simple rapport de renseignements établi par la police ne supplée pas l'absence d'information donnée au prévenu sur l'ouverture d'une procédure préliminaire contre lui et pour quels faits. Dans ce cas, la preuve de la communication faite au prévenu, à défaut de figurer au procès-verbal d'une audition formelle (art. 143 al. 1 et 2 CPP lu avec l'art. 158 al. 1 CPP), devrait à tout le moins résulter clairement des circonstances⁴⁹. Si la preuve de cette communication n'est pas apportée, on ne saurait retenir que le contrevenant devait s'attendre à recevoir une ordonnance pénale. Troisièmement et enfin, une ordonnance pénale est parfois notifiée au prévenu sans qu'aucun contact direct avec une autorité n'ait préalablement été établi, généralement au terme de la procédure spéciale instaurée par la Loi sur les amendes d'ordre⁵⁰. Le prononcé d'une amende d'ordre paraît ici suffisant pour fonder l'existence d'un lien de procédure couvrant la notification ultérieure, en l'absence de paiement à l'intérieur du délai de réflexion de 30 jours, d'une ordonnance

sur l'ordonnance pénale (C.6 ; état au 25.1.2019) prohibe le prononcé d'une ordonnance pénale à réception d'une plainte ou d'une dénonciation (ch. 5.1).

⁴⁸ Cf. ég. TF, 6B_70/2011, 1.7.2011, c. 2.2.4 (f), relatif à l'aCPP-GE ; TF, 1P.286/2006, 22.8.2006, c. 2.5 (d).

⁴⁹ Ainsi, lorsqu'à teneur du rapport de police, le prévenu pris en flagrant délit est conduit au poste, identifié grâce à ses empreintes digitales puis déclaré en contravention sur-le-champ (ACPR/352/2019, 15.5.2019, c. 3.4.3). La législation en matière de circulation routière prévoit en outre, dans certaines situations, l'établissement d'un rapport de police qui consignera la reconnaissance, par la signature du conducteur, du taux d'alcoolémie présenté par l'éthylotest (cf. art. 11 al. 3 de l'Ordonnance sur le contrôle de la circulation routière [OCCR ; RS 741.013] et le formulaire figurant à l'annexe 2 de l'OCCR-OFROU [RS 741.013.1]). La police doit alors informer la personne concernée que la reconnaissance du résultat entraînera l'introduction d'une procédure pénale (art. 13 al. 1 let. b OCCR), ce qui paraît suffisant sous l'angle de l'art. 85 al. 4 let. a CPP.

⁵⁰ La LAO (RS 741.03) et son ordonnance (OAO ; RS 741.031) ont récemment fait l'objet d'une révision complète, dont le principal résultat est d'étendre leur champ d'application aux contraventions simples à seize lois fédérales autres que la LCR. La nouvelle entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2020 (RO 2017 6559 [nLAO] ; RO 2019 529 [nOAO]).

pénale⁵¹. Dans la mesure toutefois où la notification de l'amende d'ordre elle-même se fera bien souvent sans accusé de réception (par pli simple ou au moyen d'un feuillet placé sur le pare-brise du véhicule), une notification fictive de l'ordonnance pénale paraît périlleuse si l'autorité ne parvient pas à prouver que le contrevenant, qui le conteste, s'est vu notifier l'amende d'ordre⁵². Cette preuve s'en trouve cependant facilitée par un arrêt récent du Tribunal fédéral, qui retient que l'art. 85 al. 2 CPP – et donc l'exigence d'une connaissance effective – n'est pas applicable à la procédure de l'amende d'ordre, de sorte que c'est le principe (général) d'entrée dans la sphère d'influence du destinataire qui prévaut⁵³.

3. Pendant combien de temps peut-on opposer cette règle au prévenu ?

- 36 Le devoir d'avoir à s'attendre avec une certaine vraisemblance à recevoir la notification d'un acte officiel naît, on l'a vu, avec l'ouverture d'une procédure judiciaire. Se pose toutefois la question de savoir s'il peut être maintenu tout au long de celle-ci, notamment au terme d'une longue période d'inactivité de la part de l'autorité.
- 37 Certains arrêts retiennent, de manière quelque peu péremptoire, qu'une fois établi, le rapport de procédure vaut pendant toute la durée de celle-ci⁵⁴. On peut toutefois

⁵¹ Ne serait-ce que parce que l'amende d'ordre se doit par exemple d'identifier le véhicule concerné, préciser la contravention commise, le jour, l'heure et le lieu, et avertir le contrevenant que la procédure ordinaire sera engagée en cas de non-paiement dans les 30 jours : cf. Annexe 2 OAO et art. 9 nLAO.

⁵² L'enjeu est aussi celui de la gratuité de la procédure de l'amende d'ordre (art. 7 LAO), auquel le contrevenant peut prétendre lorsqu'il n'apprend l'existence de l'amende qu'au travers d'une ordonnance pénale : cf. CJ GE, ACPR/378/2015 (n.p.), 10.7.2015, c. 4 ; KG GR, 20.8.1985, publié in : BJP 1988 n° 357 ; cf. ég. TF, 6B_855/2018, 15.5.2019, destiné à la publication (d) et 6B_750/2010, 5.5.2011, c. 2 (f).

⁵³ TF, 6B_855/2018, 15.5.2019, destiné à la publication (d). En l'espèce, l'amende d'ordre et le rappel de paiement avaient été envoyés au prévenu par pli simple seulement, mais à une adresse valable, permettant ainsi à la cour cantonale d'exclure, avec une probabilité confinante à la certitude, l'hypothèse selon laquelle aucun de ces deux documents ne lui serait parvenu. Pour un cas relatif à des amendes apposées sur le pare-brise et prétendument retirées par un voisin malveillant, cf. TF, 6P.253/2006, 12.2.2007, c. 3.2.2 (f).

⁵⁴ TF, 6B_1032/2015, 25.5.2016, c. 1.1 (f) ; 6B_463/2014, 18.9.2014, c. 1.1 (f) ; 6B_314/2012, 18.2.2013, c. 1.3.1 (f), tous avec comme référence l'ATF 130 III 396 c. 1.2.3 (traduit imparfaitement au JdT 2005 II 87), qui ne dit pas que le devoir procédural dure pendant toute la durée de la procédure, mais exprime au contraire l'idée que ce devoir ne vaut que pour autant que le justiciable s'attende avec une certaine vraisemblance à la notification de l'acte : « *Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines*

raisonnablement se demander si, avec l'écoulement du temps, ce lien peut se distendre au point qu'on ne doit plus exiger du prévenu qu'il s'attende à recevoir un prononcé de l'autorité – à tout le moins *avec une certaine vraisemblance* – ni qu'il prenne les mesures appropriées pour relever son courrier.

Dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral a reconnu que lors de l'application des règles sur la notification fictive, la durée de la procédure se devait d'être prise en compte ; on ne peut en effet exiger des participants à une procédure qu'ils restent joignables durant plusieurs années ou annoncent à l'autorité leur moindre absence, dans le seul but de ne pas subir de désavantage juridique⁵⁵. Notre Haute Cour pose, sans la trancher, la question de la durée maximale admissible d'inactivité depuis le dernier acte de procédure, faisant référence à un précédent rendu en matière fiscale, dans lequel une passivité d'*un an* de l'autorité avait été considérée comme acceptable⁵⁶. En l'espèce, la dernière communication du ministère public remontait à moins de trois mois avant la tentative de notification de l'ordonnance pénale litigieuse, si bien que le prévenu devait encore s'attendre à une telle notification⁵⁷. 38

Cette durée maximale d'un an est régulièrement reprise en matière pénale, que ce soit par le Tribunal fédéral lui-même⁵⁸, le Tribunal pénal fédéral⁵⁹, certaines juridictions cantonales⁶⁰ ou encore une partie de la doctrine⁶¹. 39

Dans sa contribution citée en introduction, CHRISTIAN DENYS relève que cette jurisprudence pourrait prêter à discussion en matière d'ordonnance pénale, et se demande si un laps de temps de quelques mois, jusqu'à *six mois*, ne serait pas plus raisonnable⁶². 40

Pour sa part, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice genevoise admet qu'une durée d'inactivité inférieure à un an peut déjà s'avérer problématique : il a ainsi été 41

behördlichen Aktes gerechnet werden muss. » Cf. ATF 141 II 429 c. 3.1, qui retient que le devoir vaut « *en principe* » pendant toute la durée d'un procès.

⁵⁵ TF, 6B_110/2016, 27.7.2016, c. 1.2 (d), non publié aux ATF 142 IV 286.

⁵⁶ TF, 2P.120/2005, 23.3.2006, c. 4.2 (d).

⁵⁷ TF, 6B_110/2016, 27.7.2016, c. 1.3 (d), non publié aux ATF 142 IV 286 ; cf. également TF, 1B_675/2011, 14.12.2011, c. 3.2 (d), où une période de trois mois et demi entre le dépôt de plainte et l'ordonnance de non-entrée en matière a été jugée admissible.

⁵⁸ TF, 6B_377/2016, 7.11.2016, c. 3.3.2 et 3.3.3 (d) ; 6B_511/2010, 13.8.2010, c. 3 (d) ; 6B_553/2008, 27.8.2008, c. 3 (d).

⁵⁹ TPF, Cour des affaires pénales, SK.2014.19, 8.7.2014, c. 3.2 (d).

⁶⁰ Bâle-ville : AGer BS, BES.2016.189, 18.4.2014, c. 3.1 ; BES.2016.202, 23.2.2017, c. 2.5 ; Zurich : OGer ZH, UH130133, 21.6.2013, c. 3.2 ; Fribourg : TC FR, 502 2015 131, 24.8.2015, c. 2b (confirmé par TF, 6B_1032/2015, 25.5.2016, c. 1.4.2 *in fine*).

⁶¹ GRODECKI, 221.

⁶² DENYS, 130 ; cf. ég. de manière générale DONZALLAZ, 501, qui place la limite à six mois, voire une année.

retenu que lorsque plus de huit mois s'étaient écoulés depuis son audition à la police, le prévenu ne pouvait plus s'attendre à se voir notifier une ordonnance pénale⁶³. D'autres décisions retiennent qu'un délai de six mois est admissible⁶⁴.

- 42 Bien qu'une règle claire sur les conditions de la persistance du lien de procédure permettrait d'assurer la sécurité du droit, ce qui est d'ailleurs, à côté de l'économie de procédure, le but poursuivi par les dispositions en matière de notification⁶⁵, on ne saurait, lorsqu'une ordonnance pénale est en jeu, obéir à un schématisme trop rigoureux. À y regarder d'ailleurs de plus près, la jurisprudence genevoise met en balance, au moment de déterminer si une période d'inactivité doit être qualifiée d'excessive, divers éléments tels que : (i) la nature, le nombre et le degré de gravité des infractions en cause⁶⁶ ; (ii) la position du prévenu par rapport aux faits reprochés⁶⁷ ; voire (iii) le comportement adopté depuis son audition⁶⁸. Chacun de ces critères influe sur le moment à partir duquel le prévenu doit pouvoir penser que l'affaire a selon toute vraisemblance été classée ou ne connaîtra pas de suite, mettant ainsi un terme à la relation procédurale précédemment nouée avec l'autorité.
- 43 On notera encore que dans son arrêt rendu en matière fiscale (cf. N 38 *supra*), le Tribunal fédéral précise qu'au-delà de la période admissible, l'intéressé doit uniquement annoncer à l'autorité un éventuel changement d'adresse ou de longues périodes d'indisponibilité ; une absence de quelques semaines ne pourra toutefois (plus) être retenue contre lui⁶⁹.

⁶³ CJ GE, ACPR/775/2018 (n.p.), 18.12.2018, c. 3.2 ; ACPR/825/2017, 30.11.2017, c. 3.3 ; ACPR/78/2014, 3.2.2014, c. 2.2. Un laps de temps de quatre mois n'est au contraire pas une longue période d'inactivité, cf. ACPR/470/2013, 10.10.2013, c. 3.2.

⁶⁴ ACPR/269/2016 (n.p.), 9.5.2016, c. 2.2 ; ACPR/640/2017 (n.p.), 18.9.2017, c. 3.3 et 3.4

⁶⁵ ATF 144 IV 64 c. 2.5 ; 138 III 225 c. 3.2.

⁶⁶ Le fait par exemple d'avoir conduit en état d'ébriété, commis un délit de fuite et roulé sur le pied d'un agent de stationnement (ACPR/470/2013, 10.10.2013, c. 3.2) doit être distingué d'une infraction de stationnement (ACPR/776/2018 [n.p.], 18.12.2018, c. 3.2). Le TF ne semble lui-même pas totalement réfractaire au critère de l'évidence de l'illicéité : comp. TF, 6B_1088/2013, 12.5.2014, c. 1.4 (f) (gérant d'immeubles accusé d'avoir ajouté une charge de loyer sur la convention de sortie d'un locataire) avec TF, 6B_158/2012, 27.7.2012, c. 2.2 (f) (interpellation en possession de 6 grammes nets d'héroïne).

⁶⁷ S'il les contestait par exemple. Cf. le cas d'un prévenu accusé de maltraitance par un ancien co-détenu et qui conteste les faits : ACPR/825/2017, 30.11.2017, c. 3.3.

⁶⁸ Le fait par exemple de s'être engagé à rembourser les sommes dues et de l'avoir effectivement fait pour partie (ACPR/78/2014, 3.2.2014, c. 2.2), ou d'avoir constitué un avocat au moment où l'ordonnance pénale était en cours de notification (ACPR/49/2019, 15.1.2019, c. 2.4).

⁶⁹ TF, 2P.120/2005, 23.3.2006, c. 4.2 (d).

4. L'échec de la fiction

Lorsque les conditions de l'art. 85 al. 4 let. a CPP ne sont pas réunies (par exemple parce que le prévenu n'avait pas été correctement informé qu'il faisait l'objet d'une procédure ou que le dernier acte dans celle-ci était trop ancien), l'ordonnance pénale n'aura pas été valablement notifiée et, en théorie, le délai d'opposition n'aura pas commencé à courir⁷⁰. 44

Dans la pratique toutefois, les exemples précités démontrent que, après que le pli recommandé contenant l'ordonnance pénale est retourné par la poste à l'expéditeur, avec la mention « non réclamé »⁷¹, le ministère public n'entreprend aucune démarche – estimant que le pli a été valablement notifié – de sorte que le constat de l'échec de la (fiction de) notification n'interviendra que tardivement, à l'occasion de l'examen d'une opposition tardive par le tribunal de première instance (cf. N 10 *supra*). Cette situation porte atteinte au principe de la sécurité du droit, sans parler de celui de l'économie de la procédure, car la peine prononcée par l'ordonnance pénale pourra avoir été déclarée exécutoire par le ministère public – et l'ordre d'écrou ou autres bordereaux après jugement prononcés par l'autorité d'exécution⁷² –, alors que la décision, valant jugement, n'aura en réalité pas été correctement notifiée. Pour éviter ces difficultés, il nous paraît utile que le magistrat – ou, pour les contraventions, l'autorité administrative – examine, à réception du pli non réclamé par le prévenu, si les conditions d'une notification fictive sont bien réunies et, à défaut, procède à une nouvelle notification⁷³. 45

⁷⁰ Cf. ATF 142 IV 201 c. 2.4.

⁷¹ Cf. ch. 2.6.1 et 2.6.3 des conditions générales de La Poste et la *Factsheet* « Retours » disponible sur le site de La Poste (www.post.ch).

⁷² À noter que le recours contre l'ordre d'exécution d'une sanction est irrecevable, car en tant qu'acte matériel (« Realakt ») il ne lèse pas les droits du condamné au-delà de ce qui a été arrêté dans le prononcé pénal. Une exception doit être admise lorsque cet ordre met en cause des droits constitutionnels inaliénables ou imprescriptibles ou lorsque la décision est frappée de nullité absolue : CR CPP-PERRIN, art. 439 N 12 ; ACPR/472/2013, 10.10.2013 (arrêt de principe).

⁷³ Dans le même sens, cf. RIKLIN, *forumpenale*, 140 s. Pour un exemple récent, cf. TPF, Cour des affaires pénales, SK.2018.61, 11.2.2019 (f). L'autorité sera dans tous les cas bien inspirée de s'assurer que le prévenu est en situation de recevoir le pli à son domicile, par exemple en vérifiant que l'adresse donnée – souvent plusieurs mois auparavant – est toujours valable (cf. p. ex. ACPR/78/2014, 3.2.2014, c. 2.2) ou encore que le prévenu n'a pas été placé en détention dans l'intervalle, fondant ainsi une nouvelle « résidence habituelle » au sens de l'art. 87 al. 1 CPP (p. ex. ACPR/77/2017, 20.2.2017, c. 4.3).

IV. La restitution du délai d'opposition

- 46 Le prévenu qui n'a pas été en mesure de former opposition dans le délai de dix jours – par exemple dans le cas d'une notification fictive de l'ordonnance pénale – bénéficie encore d'une issue de secours : la demande de restitution du délai, au sens de l'art. 94 CPP⁷⁴, applicable à la procédure spéciale de l'ordonnance pénale⁷⁵.
- 47 À teneur de l'art. 94 al. 1 CPP, trois conditions doivent être remplies par le prévenu qui n'a pas pu former opposition dans le délai légal : il doit avoir été empêché d'observer le délai, il doit rendre vraisemblable que l'empêchement n'était pas de sa faute et qu'il s'expose, de ce fait, à un préjudice important et irréparable.
- 48 Il est admis que le préjudice est important et irréparable lorsque le fait d'avoir manqué le délai empêche la partie de faire valoir ses droits et que cette inobservation l'empêche également de les faire valoir ultérieurement dans la procédure⁷⁶. Pour le prévenu, manquer le délai d'opposition constitue donc, sauf cas particulier, un préjudice important et irréparable.
- 49 L'empêchement concerne, bien entendu, la personne du prévenu, mais aussi son auxiliaire (notamment un parent)⁷⁷ ou son représentant en justice⁷⁸.
- 50 Il ne suffit toutefois pas au prévenu d'alléguer qu'il n'a pas pu former opposition dans le délai pour que celui-ci lui soit restitué ; encore faut-il qu'il ait concrètement et sans sa faute été empêché d'agir. Pour la jurisprudence, une restitution ne peut intervenir que lorsqu'un événement, par exemple une maladie ou un accident, met la partie dans l'impossibilité d'agir par elle-même ou de charger une tierce personne d'agir en son nom

⁷⁴ Disposition faisant partie des règles générales de procédure du CPP (Titre 2, Chapitre 8).

⁷⁵ TF, 6B_360/2013, 3.10.2013, c. 3.3 (f).

⁷⁶ CR CPP-STOLL, art. 94 N 9.

⁷⁷ Selon le principe que la faute de l'auxiliaire est imputable à la partie concernée : ATF 114 Ib 67 c. 2 et 3 ; TF, 6B_1187/2016, 6.7.2017, c. 1.2 (f) ; 6B_503/2013, 27.8.2013, c. 3.1 (d) ; 1C_816/2013, 6.12.2013, c. 3 (f).

⁷⁸ MESSAGE CPP, 1137. Selon la jurisprudence, le comportement fautif de l'avocat est en principe imputable à son client (TF, 6B_722/2014, 17.12.2014, c. 2.1 [f] ; 6F_15/2013, 29.10.2013, c. 2.3 [d] ; 6B_503/2013, 27.8.2013, c. 3.3 et 3.4 [d] ; 1B_250/2012, 31.7.2012, c. 2.3 [d] ; 6B_60/2010, 12.2.2010, c. 2 [d]). Il appartient en effet au mandataire professionnel de s'organiser de telle manière qu'un délai puisse être respecté indépendamment d'un éventuel empêchement de sa part (ATF 119 II 86 c. 2a). La défaillance dans l'organisation interne de l'avocat (problèmes informatiques, auxiliaire en charge du recours, absence du mandataire principal) ne constitue en principe pas non plus un empêchement non fautif justifiant une restitution du délai (TF, 6B_1074/2015, 19.11.2015, c. 3.1.2 [f]). Le TF opère toutefois une distinction en cas de défense obligatoire (art. 130 CPP), cf. ATF 143 I 284 c. 2.2.3.

dans le délai⁷⁹. En d'autres termes, il faut comprendre, par empêchement non fautif, toute circonstance qui aurait empêché une partie consciencieuse d'agir dans le délai fixé⁸⁰. Tel n'est par exemple pas le cas lorsque la partie ou son mandataire ont renoncé à agir à la suite d'un choix délibéré ou de l'erreur⁸¹.

La demande de restitution ne constitue donc pas un filet de sécurité pour le prévenu 51 considéré comme non diligent, mais uniquement pour celui qui, sans sa faute, a été confronté à un événement imprévu l'ayant empêché de respecter le délai légal. Or, on notera que le prévenu qui, alors qu'il se sait faire l'objet d'une procédure, part en vacances et, de ce fait, ne forme pas opposition, dans le délai, à une ordonnance pénale notifiée fictivement en son absence, ne se verra pas restituer le délai d'opposition, puisqu'il n'aura pas été empêché d'agir sans sa faute⁸².

V. L'avant-projet de modification du CPP

Les Chambres fédérales, sensibles aux diverses critiques formulées à l'égard du CPP 52 depuis son entrée en vigueur, ont chargé le Conseil fédéral⁸³ de leur présenter un projet. L'avant-projet de modification du CPP (AP-CPP) a été rendu public en décembre 2017 et une procédure de consultation a ensuite été ouverte. Au moment d'écrire ces lignes, le projet du Conseil fédéral n'a pas encore été publié, si bien que seul l'avant-projet sera abordé⁸⁴.

L'AP-CPP ne modifie pas l'art. 85 al. 4 CPP. Il relève que les oppositions aux 53 ordonnances pénales sont relativement rares en pratique mais qu'il ne faut pas en conclure que les personnes condamnées acceptent leur condamnation. Il se peut qu'elles ne forment pas opposition pour la simple raison qu'elles n'ont plus suffisamment de temps pour faire approfondir les faits ou évaluer les chances de gagner le procès ou encore parce qu'elles ne comprennent ni le contenu ni la portée de l'ordonnance pénale faute de connaître suffisamment la langue, de savoir lire correctement ou d'avoir les

⁷⁹ TF, 6B_49/2015, 3.12.2015, c. 3.1 (f) et les références citées.

⁸⁰ TF, 6B_125/2011, 7.7.2011, c. 1 (d).

⁸¹ TF, 6B_968/2014, 24.12.2014, c. 3 (f) ; 6B_673/2015, 19.10.2016, c. 2.1.2 (f).

⁸² TF, 6B_940/2013, 31.3.2014, c. 3 (f) ; 6B_125/2011, 7.7.2011, c. 1 (f) ; 6B_110/2016, 27.7.2016, c. 2.4 (d) non publié aux ATF 142 IV 286 ; PERRIER DEPEURSINGE, *ad* art. 94 al. 1 ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, art. 94 N 8.

⁸³ Motion 14-3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E ; Adaptation du Code de procédure pénale).

⁸⁴ Modification du CPP : l'avant-projet, le rapport explicatif et les résultats de la procédure de consultation sont disponibles à l'adresse www.ofj.admin.ch > Sécurité > Projets législatifs en cours > Modification CPP. Le Projet du Conseil fédéral, annoncé pour fin 2018, a été retardé à 2019.

capacités intellectuelles nécessaires⁸⁵. Pour tenir compte des conséquences possibles de l'ordonnance pénale et du fait que celle-ci peut être rendue sans l'audition préalable de la personne concernée, le Conseil fédéral propose deux atténuations.

- 54 En premier lieu, le prévenu devra être entendu par le ministère public si l'ordonnance pénale a pour conséquence une peine privative de liberté de plus de quatre mois, une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende ou la révocation d'un sursis à une peine privative de liberté (art. 352a AP-CPP).
- 55 En second lieu, dans les cas où l'ordonnance pénale n'est pas remise en mains propres au prévenu, lequel ne s'est donc pas vu expliquer le contenu et les conséquences de la décision, c'est-à-dire en particulier lors de sa notification par voie postale, le délai pour former opposition sera étendu à vingt jours (art. 354 al. 1ter AP-CPP).
- 56 Ces deux modifications, bien que plutôt mal accueillies lors de la consultation⁸⁶, sont de nature à réduire le nombre de situations problématiques provoquées par la notification fictive de l'ordonnance pénale. D'une part, l'obligation faite au ministère public d'auditionner le prévenu lorsque la peine dépasse un certain quota permettrait au prévenu de prendre conscience qu'une décision importante va lui être notifiée et de prendre les dispositions utiles pour la recevoir, si l'ordonnance ne lui est pas remise en mains propres. D'autre part, si le délai d'opposition était porté à vingt jours, au lieu de dix, après que l'ordonnance pénale est réputée avoir été notifiée au prévenu, ce dernier disposerait du double de temps pour s'en inquiéter et, cas échéant, la contester, améliorant ainsi ses chances de faire valoir ses droits.

Conclusion

Le mécanisme de la notification fictive prévu à l'art. 85 al. 4 let. a CPP permet d'admettre que le destinataire d'une décision en a pris connaissance et est ainsi en mesure d'en saisir la portée, alors que, par définition, il ne l'a jamais tenue entre ses mains. Une telle fiction est problématique lorsque la décision à laquelle elle se rapporte est une ordonnance pénale, soit une proposition de résolution extrajudiciaire d'une affaire pénale, qui ne respecte pas les garanties d'un procès équitable, notamment l'accès au juge. Cette procédure spéciale n'est admissible qu'à la condition que le prévenu accepte – par son absence d'opposition – la condamnation, renonçant ainsi implicitement à son droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial (cf. art. 6 § 1

⁸⁵ AP-CPP, N 2.1.51 p. 41.

⁸⁶ BERNAUER/HASANI, 4 ss et 10 ss, avec les références.

CEDH)⁸⁷. Or, toute renonciation aux garanties d'un procès équitable se doit d'être volontaire, consciente et éclairée⁸⁸, conditions dont il est permis de douter qu'elles soient remplies lorsque le prévenu ne s'oppose pas à une ordonnance pénale dont il ne sait rien, précisément parce qu'elle lui a été notifiée fictivement⁸⁹.

Cette circonstance justifie que les autorités de poursuite pénale examinent d'un œil strict, lorsqu'un pli contenant une ordonnance pénale leur est retourné avec la mention « non réclamé », que les conditions de l'art. 85 al. 4 let. a CPP – particulièrement l'existence et la persistance du lien de procédure comme préalable à toute notification fictive – sont bien réalisées, quitte à notifier une nouvelle fois leur prononcé. À défaut, le caractère pratique et efficace de la procédure par ordonnance pénale devra s'effacer derrière le respect des droits du prévenu.

⁸⁷ Cf. TF, 6B_614/2017, 2.5.2018, c. 2.2 (f).

⁸⁸ Dernièrement : CourEDH, *Murtazaliyeva c. Russie* (requête n° 36658/05), 18.12.2018, § 117.

⁸⁹ On peut ici faire un parallèle avec la fiction de retrait de l'opposition prévue aux art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP : ATF 140 IV 82 c. 2.5 et 2.6 ; 142 IV 158 c. 3.4 et 3.5. Cf. ég. TF, 6B_848/2013, 3.4.2014, c. 1.4 (d) : « *Die beschuldigte Person, die es unterlässt eine gültige Einsprache zu erheben, verzichtet auf elementarste Verfahrensrechte [...] Damit ein solcher Verzicht aber wirksam ist, muss dieser in Kenntnis der Sach- und Rechtslage erfolgt sein [...].* »

Bibliographie

BERNAUER, CHRISTOF / HASANI, YLBER, Die geplante Revision des Strafbefehlsverfahrens : Meilenstein oder Rohrkrepieler ?, Jusletter du 18 mars 2019

BURGENER, FABIO / COHEN, JONATHAN, Le caractère impératif de l'art. 87 al. 3 CPP et ses implications pratiques dans la procédure de l'ordonnance pénale, Revue de l'avocat 2018 349 ss

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 ss (*cit.* Message CPP)

DAPHINOFF, MICHAEL, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Thèse Fribourg, Zurich 2012

DENYS, CHRISTIAN, Ordonnance pénale : questions choisies et jurisprudence récente, SJ 2016 II 125 ss

DONATSCH, ANDREAS / HANSJAKOB, THOMAS / LIEBER, VIKTOR (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2^e éd., Zurich 2014 (*cit.* StPO Komm.-AUTEUR)

DONZALLAZ, YVES, La notification en droit interne suisse, Berne 2002

GRODECKI, STÉPHANE, L'ordonnance pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, *forumpenale* 4/2016 218 ss

HANSJAKOB, THOMAS, Zahlen und Fakten zum Strafbefehlsverfahren, *forumpenale* 3/2014 160 ss

JEANNERET, YVAN / KUHN, ANDRÉ (éd.), Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle 2011 (*cit.* CR CPP-AUTEUR)

JEANNERET, YVAN / KUHN, ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018

MOREILLON, LAURENT / PAREIN-REYMOND, AUDE, Petit commentaire Code de procédure pénale, 2^e éd, Bâle 2016

NIGGLI, MARCEL A. / HEER, MARIANNE / WIPRÄCHTIGER, HANS (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2014 (*cit.* BSK StPO-AUTEUR)

PERRIER DEPEURSINGE, CAMILLE, CPP annoté, Bâle 2015

PIQUEREZ, GÉRARD, Traité de procédure pénale suisse, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2006

PITTELOUD, JO, Code de procédure pénale suisse, Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich/Saint-Gall 2012

RIKLIN, FRANZ, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1155/2014 du 19 août 2015, *forumpenale* 3/2016 139 ss (*cit.* RIKLIN, *forumpenale*)

SCHMID, NIKLAUS / JOSITSCH, DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2017 (*cit.* SCHMID/JOSITSCH, Handbuch)

SCHMID, NIKLAUS / JOSITSCH, DANIEL, StPO Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich/Saint-Gall 2018 (*cit.* SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar)

THOMMEN, MARC, Unerhörte Strafbefehle, Strafbefehle ohne Einvernahme - ein Plädoyer für Kommunikation mit Beschuldigten, RPS 128/2010 373 ss (*cit.* THOMMEN, Unerhörte Strafbefehle)

THOMMEN, MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Thèse d'habilitation Lucerne, Berne 2013 (*cit.* THOMMEN, Kurzer Prozess)