

BGer 6B_289/2013 vom 6. Mai 2014

Bundesgericht, 2014-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_289_2013

FR: TF 6B_289/2013 du 6 mai 2014

IT: TF 6B_289/2013 del 6 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

L'ordonnance du 4 octobre 2012 met un terme à la procédure pénale. Elle est finale au sens de l' art. 90 LTF . Le recours en matière pénale est ouvert contre l'arrêt de dernière instance cantonale (art. 80 al. 1 LTF) rejetant le recours contre cette décision.

E. 2

Au titre d'un déni de justice formel, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir refusé de statuer sur son grief dit « perte du droit de juger A. _____ ». En bref, le recourant a soutenu devant la cour cantonale, qu'en classant en opportunité la poursuite pénale dirigée contre son frère E. _____, les autorités genevoises auraient perdu le droit de le juger lui-même. Invoquant l'analogie avec le principe de l'indivisibilité de la plainte (art. 32 CP), le recourant se référait sur ce point à une décision genevoise rendue dans une autre procédure. La cour cantonale a considéré que cette question relevait exclusivement du fond et que le grief était irrecevable. Le recourant objecte que la cour cantonale aurait dû examiner préjudiciellement ce point, en tant qu'il s'agissait du respect de garanties constitutionnelles (égalité de traitement, art. 8 Cst. ; arbitraire, art. 9 Cst. et art. 3 CPP). En limitant son examen à la seule applicabilité de l' art. 356 al. 4 CPP , la cour cantonale aurait restreint de manière inadmissible son pouvoir d'examen.

E. 2.1

Le recourant ne tente pas de démontrer que les conditions permettant de constater un cas de nullité absolue d'un acte de procédure, respectivement de l'ensemble de la procédure, seraient réalisées. Il ne soutient pas, en particulier, que la cour de céans devrait elle-même constater d'office une éventuelle nullité absolue de la poursuite pénale dirigée contre lui. Faute de toute conclusion en ce sens, il n'y a pas lieu d'examiner la cause sous cet angle (art. 107 al. 1 LTF). Seule doit l'être la question d'un éventuel déni de justice formel.

E. 2.2

Selon la jurisprudence, l'autorité qui ne traite pas un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinente pour l'issue du litige commet un déni de justice formel proscrit par l' art. 29 al. 1 Cst. (ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9 ; 134 I 229 consid. 2.3 p. 232; 117 Ia 116 consid. 3a p. 117). Le droit d'être entendu, garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , et désormais aussi l' art. 80 al. 2 CPP , implique en outre l'obligation pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, même si la motivation présentée est erronée (ATF 134 I 83 consid. 4.1 p. 88; 133 III 439 consid. 3.3 p. 445; 130 II 530 consid. 4.3 p. 540; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236). Il n'est pas tenu de discuter de façon détaillée tous les arguments avancés et n'est pas davantage astreint à se

prononcer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées (ATF 130 II 530 consid. 4.3 p. 540; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236).

E. 2.3

A suivre le recourant, la cour cantonale aurait dû, préalablement à toute autre question, se prononcer préjudiciellement sur la validité de la poursuite pénale elle-même au regard des principes constitutionnels de l'égalité de traitement et de l'arbitraire. Ce raisonnement méconnaît que, sous réserve des cas de nullité absolue, que le Tribunal fédéral peut, parfois, être amené à constater même lorsqu'il n'est pas valablement saisi d'un recours (cf. ATF 136 II 383 consid. 4.1 p. 389 s.; arrêt 1C_236/2013 du 4 février 2014, consid. 2.3), et du pouvoir d'évocation des autorités de surveillance, seule une autorité valablement saisie d'une question principale est, dans la règle, compétente, pour examiner une question préjudicielle, respectivement pour se prononcer sur la constitutionnalité d'un acte d'une autre autorité.

En l'espèce, le recourant a fait opposition à une ordonnance de condamnation. Ensuite de son absence à l'audience s'est posée la question d'un éventuel retrait de son opposition en application de l' art. 356 al. 4 CPP . Considérant que le recourant n'était ni excusé ni représenté au sens de cette disposition, l'autorité de première instance a jugé qu'elle n'était pas saisie. Elle ne pouvait donc se prononcer sur la question soulevée par le recourant, ce qu'elle a exprimé - certes maladroitement - en disant que cette question relevait « du fond », par quoi il faut comprendre des questions que le tribunal serait appelé à trancher si sa saisine sur opposition avait été donnée. Le grief est infondé.

E. 3

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir commis un déni de justice en refusant d'examiner la conformité de l' art. 356 al. 4 CPP avec les garanties offertes par la CEDH.

La cour cantonale a jugé que le recourant n'avait pas d'intérêt direct et juridique à une telle constatation et qu'il n'exposait de surcroît pas en quoi l'application de l' art. 356 al. 4 CPP aurait violé en l'espèce les droits découlant de la CEDH. Elle a ajouté, au demeurant, que la compatibilité du système de l'ordonnance pénale avec l' art. 6 CEDH était admise tant par la jurisprudence que la doctrine dans la mesure où une simple opposition permettait de saisir un tribunal offrant les garanties conventionnelles (arrêt entrepris consid. 1.2 p. 11/21).

Le recourant invoque la non-conformité de l' art. 356 al. 4 CPP au droit de présenter sa défense et d'être défendu par un avocat, au droit à une audience publique, à celui d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ainsi qu'au droit à une double instance judiciaire en matière pénale, qu'il déduit de la CEDH ainsi que de l'art. 2 du Protocole additionnel n° 7 à cette convention (RS 0.101.07). Toutes ces garanties sont offertes par la Constitution fédérale (art. 29 al. 1 et 2 [droit à un procès équitable s'agissant du droit de se faire assister d'un avocat; droit d'être entendu s'agissant de présenter sa défense], art. 30 al. 1 et 3 [droit à un tribunal indépendant et impartial; droit à une audience publique] et 32 al. 3 Cst. [droit de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure]). Ni le Tribunal fédéral, ni aucune autre autorité, ne peut refuser d'appliquer une loi fédérale, de sorte que ces autorités ne peuvent que constater la non-conformité de ce droit à la constitution (art. 190 Cst. ; ATF 137 I 128 consid. 4.3.2) et le recourant ne peut prétendre contourner cette norme constitutionnelle en invoquant les garanties de contenu identique offertes par la CEDH. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir jugé que le recourant n'avait pas d'intérêt juridiquement protégé à une telle constatation abstraite, dès lors que celle-ci n'était pas susceptible d'entraîner, à elle seule, une modification de sa

situation, soit la remise en cause de la décision constatant le retrait fictif de son opposition. Du reste, le recourant admet lui-même que son intérêt à la résolution de cette question juridique tenait au fait que si la norme violait lesdites garanties, il avait un intérêt manifeste à invoquer que

cette application n'avait pas lieu d'être (mémoire de recours, p. 14 s.). Il demandait, en réalité, par ce biais que l'autorité cantonale ne se limite pas à constater la contrariété invoquée au droit supérieur, mais refuse d'appliquer la norme, ce que la cour cantonale ne pouvait faire. Le grief est infondé sous cet angle.

Cela étant, le recourant entendait obtenir de l'autorité cantonale l'annulation de l'ordonnance considérant son opposition comme retirée. On aurait, dès lors, pu attendre de la cour cantonale qu'elle examine plus précisément si les garanties précitées étaient respectées en l'espèce au stade de l'application de la norme et, comme le relève à juste titre le recourant, la seule motivation consistant à lui opposer que, de manière générale, le système de l'ordonnance de condamnation n'était pas incompatible avec l'art. 6 CEDH ne répondait pas à la question de savoir ce qu'il en était de la fiction de retrait de l'opposition selon l'art. 356 al. 4 CPP. En ce sens, il faut admettre que la motivation de la cour cantonale est insuffisante. Cette insuffisance peut toutefois être guérie en l'espèce, comme on le verra ci-dessous en relation avec l'interprétation et l'application de l'art. 356 al. 4 CPP (v. infra consid. 11.3 et 12.2).

E. 4

Selon le recourant la cour cantonale aurait restreint son pouvoir d'examen aux seules questions de droit. Il souligne qu'elle a relevé que « au demeurant, le recourant se limite à contester, de manière toute générale, les faits retenus par le Tribunal de police, en opposant sa propre version des faits et interprétation des pièces ». La cour cantonale, dont l'examen devait englober la constatation incomplète ou erronée des faits (art. 393 al. 2 CPP), se serait ainsi indûment limitée à un examen des faits comparable à celui opéré par le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 et 2 LTF).

Il ressort toutefois de l'arrêt entrepris que la cour cantonale, pour répondre aux griefs du recourant, s'est prononcée sur le contenu du certificat médical délivré par le Dr C. _____, relevant que l'autorité de première instance avait fondé sa conviction non seulement sur le résultat de l'expertise judiciaire mais encore sur les documents fournis par le recourant. Elle a, ce faisant, discuté, sous l'angle de l'appréciation des preuves, les faits pertinents pour la solution du litige, se limitant à souligner « au demeurant », le caractère très général des critiques du recourant (arrêt entrepris, consid. 7.3 p. 18). Cela suffit à exclure une restriction indue de son pouvoir d'examen.

E. 5

Le recourant invoque de même une motivation insuffisante quant au rejet de ses arguments relatifs à l'application de l'art. 356 al. 4 CPP.

En l'espèce, la cour cantonale a exposé clairement et longuement les motifs qui ont guidé son raisonnement juridique (arrêt entrepris, consid. 7). Cette motivation est suffisante, même si elle ne rediscute pas l'ensemble des développements du recourant plaidant en faveur d'une modification de la jurisprudence de la cour cantonale. Le grief est infondé.

E. 6

Le recourant taxe d'insuffisante la motivation de l'arrêt entrepris en relation avec la question de la compétence des autorités suisses au regard de l' art. 260ter CP .

Après avoir rappelé le contenu de l' art. 260ter CP , son ch. 3 en particulier, et les éléments principaux de la définition de l'organisation criminelle, la cour cantonale a constaté que plus de 2 milliards de francs suisses (ou leur contre-valeur) avaient été déposés en Suisse par l'organisation criminelle F._____, notamment par l'entremise de nombreux intermédiaires financiers intervenus directement sur le territoire suisse - dont certains avaient été condamnés, à l'instar de G._____, pour leur activité criminelle -, en vue de l'ouverture de comptes bancaires, du dépôt d'avoirs détournés et de leur transfert subséquent, notamment à Luxembourg. Il ressortait aussi de la procédure que le recourant aurait fait usage de fausses pièces de légitimation pour l'ouverture de relations bancaires en Suisse, agissements constitutifs de crimes de faux dans les titres. En effet, les passeports nos xxx et yyy, établis respectivement aux noms d'H._____ et I._____ (utilisés notamment pour l'ouverture de comptes auprès de la Banque J._____ en Suisse, de la Banque K._____ et de la Banque L._____), portaient une signature ressemblant à celle du recourant, ce que ce dernier avait admis en cours de procédure (arrêt entrepris, consid. 2.2 p. 12).

On comprend ainsi que la cour cantonale a jugé que l'ouverture et l'utilisation de relations bancaires en Suisse constituaient une activité criminelle du clan F._____ déployée dans ce pays, ce qui suffisait à étendre la juridiction suisse aux actes commis par le recourant à l'étranger. Cette motivation, même succincte, permet de comprendre le raisonnement suivi par la cour cantonale. Le recourant a, du reste, pu développer une argumentation critique à ce propos. Il s'ensuit que la motivation apparaît suffisante au regard des exigences déduites de la garantie du droit d'être entendu.

E. 7

Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir violé l' art. 260ter ch. 3 CP . En résumé, il soutient que l'application de cette norme s'inscrit dans le sillage du principe de territorialité (art. 3 CP) et supposerait que l'activité en Suisse de l'organisation criminelle ressortisse soit à des actes de violence criminelle soit à des actes criminels destinés à procurer à l'organisation des revenus au sens de l' art. 260ter ch. 1 al. 1 CP . Il faudrait exclure de cette dernière catégorie le blanchiment d'argent et les actes criminels en cause devraient être accomplis exclusivement par des participants, soit des membres de l'organisation criminelle, à l'exclusion des personnes n'y apportant que leur soutien. Le recourant conteste avoir agi personnellement en Suisse. Par ailleurs, selon lui tous les comportements mis en évidence par la cour cantonale comme ayant été réalisés en Suisse ne constitueraient que du blanchiment, activité qui ne viserait pas à procurer des revenus mais, en aval d'infractions visant cette fin, à entraver l'identification ou la confiscation des produits. Aucun des intermédiaires financiers évoqués, G._____ y compris, n'était membre de l'organisation criminelle, de sorte que l'on ne pourrait pas retenir qu'une organisation criminelle aurait agi en Suisse pour fonder la compétence des autorités judiciaires suisses. De surcroît, l'ordonnance de condamnation du 19 novembre 2009, qui tient lieu d'acte d'accusation, ne retiendrait pas à l'encontre du recourant l'usage de faux dans les titres de façon médiate en Suisse, si bien qu'une telle accusation ne fonderait pas non plus la compétence des autorités suisses. Enfin, le faux dans les titres ne constituerait pas non plus une activité criminelle au sens de l' art. 260ter ch. 3 CP .

E. 7.1

Conformément à cette disposition, est également punissable (pour participation ou soutien à une organisation criminelle) celui qui aura commis l'infraction à l'étranger si l'organisation exerce ou doit exercer son activité criminelle en tout ou en partie en Suisse. L'art. 3 al. 2 CP est applicable. Cette règle, inspirée de l'art. 260bis al. 3 CP, a été introduite afin de garantir l'application de la norme pénale même lorsque l'organisation exerce, en partie du moins, son activité criminelle en Suisse ou envisage de le faire, mais que quelqu'un s'y associe ou la soutient depuis l'étranger (Message du Conseil fédéral du 30 juin 1993, concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire [Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier], FF 1993 III 269 ss, spéc. ch. 212.5 p. 295). Elle concrétise le principe selon lequel le droit suisse s'applique à la participation à un acte principal commis en Suisse (MARC ENGLER, in Basler Kommentar, Strafrecht, 3e éd. 2013, art. 260ter CP, n° 18). Etendant la souveraineté de l'Etat en matière pénale (STRATENWERTH/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 7e éd. 2013, § 40 n° 36), elle procède d'une extension du principe d'ubiquité (art. 8 CP; HANS VEST, in Delikte gegen den öffentlichen Frieden [Art. 258-263 StGB], 2007, art. 260ter CP, n° 64; Donatsch/Wohlens, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4e éd. 2011, p. 210). Elle ne s'applique, dès lors, pas lorsque les règles générales (art. 3 ss CP) imposent à elles seules l'application territoriale du code pénal soit, en particulier, lorsque l'auteur participe ou soutient l'organisation criminelle depuis la Suisse (art. 3 al. 1 CP; Message précité, ibidem; v. sur d'autres hypothèses: GUNTHER ARZT, in Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band I, 2e éd. 2007, art. 260ter CP, n° 208). La règle de l'art. 260ter ch. 3 CP s'inscrit ainsi certes « dans le sillage » du principe de la territorialité mais aussi dans son corollaire de l'ubiquité (art. 8 CP; v. HARARI/LINIGER GROS, in Commentaire romand, Code pénal I, 2009, art. 8 CP n° 53; HANS VEST, loc. cit.) qui tend à étendre la juridiction suisse, afin d'éviter des conflits négatifs de compétence, même dans des cas où l'affaire ne présente pas un lien étroit avec la Suisse, pour peu qu'existe un point de rattachement (ATF 133 IV 171 consid. 6.3 p. 177). Dans cette perspective, il faut admettre que, pour l'application de l'art. 260ter ch. 3 CP, l'exercice (effectif ou projeté) de l'activité criminelle (violente ou tendant à procurer un enrichissement) de l'organisation doit être appréhendé de la même manière qu'un acte principal, auquel le membre de l'organisation criminelle, respectivement celui qui lui fournit son soutien, participe au sens large. Ainsi, à l'instar du coauteur d'une infraction, dont il n'est pas exigé qu'il ait participé effectivement à l'exécution de l'acte (ATF 125 IV 134 consid. 3a p. 136) mais doit se laisser opposer le lieu du résultat obtenu par les autres participants (POPP/KESHELEVA, in Basler Kommentar, Strafrecht I, 3e éd. 2013, art. 8 CP n° 15), on peut admettre que le participant à une organisation criminelle, même lorsque sa participation se déroule exclusivement à l'étranger, doit se laisser opposer les résultats des activités criminelles de l'organisation qui se sont produits en Suisse. La notion d'exercice d'une activité criminelle doit ainsi s'entendre non seulement du lieu de commission effectif ou projeté des activités criminelles de l'organisation, mais aussi du lieu dans lequel leur résultat se produit ou doit se produire (art. 8 al. 1 et 2 CP).

E. 7.2

En l'espèce, dans nombre de cas visés par l'ordonnance de condamnation du 19 novembre 2009 (qui constitue l'acte d'accusation; art. 356 al. 1 CPP), des sommes importantes provenant d'infractions contre le patrimoine sont parvenues directement sur des comptes en

Suisse. Ainsi, dans le cadre de l'affaire dite « M. _____ », divers versements effectués entre juillet et octobre 1997 par cette société à titre de « rétrocession », en contre-partie de la reprise par le Nigéria du paiement de factures de travaux de génie civile effectués par cette société, ont-ils été transférés directement par cette entité du compte de cette dernière auprès de la Banque K. _____, à Genève, sur le compte n° zzz ouvert auprès de la même institution par N. _____, dont les ayants droit économiques ont été faussement déclarés comme étant les dénommés O. _____ et P. _____, alors qu'il s'agissait des fils du général B. _____ (versements, chacun de 5'555'000 USD, des 4 juillet, 4 août, 3 septembre et 2 octobre 1997; ordonnance de condamnation du 19 novembre 2009, ch. 65 p. 21). C'est G. _____ qui a fait ouvrir ce compte à Genève (ordonnance de condamnation, ch. 66 p. 22). Dans le cadre de l'affaire dite « D1. _____ », cette société française a été contrainte de verser, notamment, la somme de 261'175'700 FRF sur un compte ouvert au nom de la société Q. _____ auprès de l'E1. _____ à Genève, dont les ayants droit économiques ont été faussement déclarés comme étant les dénommés R. _____ et S. _____, alors qu'il s'agissait des fils du général B. _____, E. _____ et A. _____ (ordonnance de condamnation, ch. 72 p. 24). De la même manière, les rétrocessions « consenties » par le groupe allemand T. _____ AG, ont été exécutées, notamment, par des virements de 46'629'000 DEM et 10'569'319 USD sur le compte numérique xxx1, auprès de U. _____ à Zurich, dont l'ayant droit économique déclaré était R. _____, soit E. _____ ainsi que 21'000'000 USD sur le compte numérique yyy1, auprès du V. _____ à Zurich, dont l'ayant droit économique déclaré était W. _____, soit E. _____ (ordonnance de condamnation, ch. 76 p. 25). On peut, de même, citer 341'000'000 DEM versés à titre de rétrocession par X. _____ AG sur le compte Y. _____ n° zzz1 auprès de Z. _____, dont les frères E. _____ et A. _____ étaient les ayants droit économiques (ordonnance de condamnation, ch. 91 p. 29).

Dans ces cas tout au moins, il apparaît que la procédure au fond doit avoir pour objet des sommes, constituant le produit d'activités criminelles destinées à conférer un enrichissement au clan F. _____, respectivement certains de ses membres, et qui ont été versées directement sur des comptes en Suisse. Le résultat de ces crimes, soit l'enrichissement, est survenu en Suisse (ATF 133 IV 171 consid. 6.3 p. 177; 109 IV 1 consid. 3c p. 3 ss). On peut considérer, au stade de l'examen de la compétence juridictionnelle, sur la base des faits objets de l'acte d'accusation, que l'organisation criminelle a déployé dans ce pays une partie toute au moins de ses activités criminelles tendant à son enrichissement. Cela suffit à rendre applicable l' art. 260ter ch. 3 CP à l'infraction de participation à une organisation criminelle reprochée au recourant. Le grief est infondé.

E. 8

Le recourant invoque la violation des art. 453 al. 2, 455 et 355 CPP . En bref, il soutient qu'ensuite de l'arrêt cantonal du 7 mars 2011, la cause aurait dû être renvoyée au ministère public, désormais compétent en application de l' art. 453 al. 2 CPP , en corrélation avec l' art. 355 al. 1 CPP .

E. 8.1

Le recourant n'invoque pas, dans ce contexte, une éventuelle violation de l' art. 356 al. 5 CPP . Il ne soutient pas, en particulier, que cette norme aurait imposé à l'autorité de

première instance de renvoyer la cause au ministère public. Cela étant, contrairement à ce que soutient le recourant, le jugement sur appel du 7 mars 2011 n'a pas « prescrit aux autorités inférieures de reprendre la procédure ab ovo », mais renvoyé la cause au Tribunal de première instance (v. arrêt 6B_254/2011). Telle qu'elle est articulée, l'argumentation du recourant tend à remettre en cause le jugement sur appel du 7 mars 2011, qui est entré en force. Le grief n'est pas recevable.

E. 8.2

Au demeurant, la portée de l'art. 453 al. 2 CPP doit être déterminée, dans un cas d'espèce, au regard de la décision de renvoi. Ainsi, lorsqu'il apparaît qu'un jugement ne pourra être rendu par l'autorité de première instance en raison de la non-conformité de l'ordonnance pénale, un renvoi au ministère public s'impose, cependant que le renvoi doit être opéré à l'autorité de première instance lorsqu'il a pour objet la culpabilité, la peine ou d'autres conséquences accessoires du jugement (Niklaus Schmid, *Übergangsrecht der Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2010, nos 232 ss, p. 66 s.).

En l'espèce, le renvoi opéré par le jugement sur appel du 7 mars 2011 a été ordonné en raison d'une question de procédure, l'autorité de seconde instance ayant reproché à celle de première instance de n'avoir pas examiné les raisons du défaut du recourant avant de le juger contradictoirement. Ces motifs étant sans rapport avec la validité de l'ordonnance pénale elle-même, respectivement de l'acte d'accusation, mais tenant uniquement aux conséquences de l'absence du recourant devant l'autorité de première instance, il n'y avait pas lieu de répéter la procédure préliminaire, partant de renvoyer la cause au ministère public. Enfin, comme on le verra ci-dessous (consid. 9) le seul fait que l'ordonnance de condamnation prononçât une peine supérieure à 6 mois de privation de liberté n'imposait pas non plus de renvoyer la cause au ministère public. Le grief doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 9

Sous l'angle du droit transitoire, le recourant soutient aussi que l'ordonnance de condamnation du 19 novembre 2009 ne serait pas conforme au nouveau droit, compte tenu de la peine infligée. Le Tribunal de première instance n'aurait ainsi pas été valablement saisi au regard du nouveau droit. Le recourant relève dans ce contexte que selon le Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006 p. 1275 ad art. 360 projet CPP), lorsqu'une ordonnance pénale prévoit des sanctions qui outrepassent les limites fixées à l'art. 355 CPP, le Tribunal est dépourvu d'une base lui permettant de conduire une procédure judiciaire et, partant, de rendre un jugement.

Cette argumentation méconnaît que les importantes différences de régimes existant en matière d'ordonnances de condamnation dans les différents cantons sous l'ancien droit, imposent, lors du passage au nouveau droit de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'application des normes de droit transitoire, en prenant en considération la règle de l'art. 448 al. 2 CPP, dans le sens d'une perpétuation improprement dite de l'ancien droit (*unechte Nachwirkung*; Niklaus Schmid, *op. cit.*, nos 228 ss).

En l'espèce, l'ordonnance de condamnation et l'opposition ont été émises sous l'empire de l'ancien droit et l'autorité de première instance a également été saisie, la première fois, en application du droit de procédure cantonal. La quotité de la sanction fixée par ordonnance de condamnation (360 jours de privation de liberté) demeurait, en outre, dans la compétence

du Juge d'instruction genevois selon les normes alors en vigueur. La question ne se pose, dès lors, pas dans les mêmes termes que si l'ensemble des faits s'étaient déroulés sous l'empire du nouveau droit et que l'ordonnance de condamnation ait excédé la compétence de l'autorité dont elle émane. Ce n'est qu'ensuite du renvoi de la cause par l'autorité de recours que s'est posée la question de l'application du nouveau droit. Dans une telle situation, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir considéré, en application de l' art. 448 al. 2 CPP , que l'ordonnance de condamnation rendue en application de l'ancien droit conservait sa validité bien que la procédure soit, dans son ensemble, soumise au nouveau droit en application de l' art. 453 al. 2 CPP .

E. 10

Le recourant invoque une violation de l' art. 356 al. 4 CPP . En bref, il soutient que son absence à l'ouverture des débats, le 4 juillet 2012, puis à leur reprise, le 11 juillet suivant, était excusable. Selon lui, même si son absence à la seconde reprise des débats le 4 octobre 2012 ne l'était pas, l' art. 356 al. 4 CPP ne s'appliquerait plus à ce stade de la procédure et les conditions fixées par cette norme n'auraient, au demeurant, pas été réunies, les débats ayant déjà été ouverts.

E. 10.1

La cour cantonale a jugé qu'en l'absence du recourant à l'ouverture des débats, ceux-ci avaient été ajournés, le temps que le Tribunal de police instruisse les motifs de cette absence ainsi que son caractère excusable, qui constituaient des questions préjudicielles au sens de l' art. 339 al. 2 CPP , les débats ne devant être conduits à leur terme sans interruption inutile qu'une fois ces questions préjudicielles traitées (art. 340 al. 1 let. a CPP). Néanmoins, le recourant n'avait pas été dispensé de comparaître, sa présence demeurant obligatoire. Dans ces circonstances, l'ajournement des débats - au sens de l' art. 339 al. 5 CPP - , à ce stade de la procédure, ne pouvait en aucun cas avoir dispensé le recourant de comparaître, de sorte que son absence non excusable aux débats le 4 octobre 2012 pouvait être constatée et entraîner les conséquences prévues par l' art. 356 al. 4 CPP (arrêt entrepris, consid. 6 p. 16 s./21).

E. 10.2

Contrairement à ce que soutient le recourant, il est sans importance en l'espèce que les débats aient été formellement ouverts le 4 juillet 2012, puis ajournés dans la suite. Saisi d'une opposition, le tribunal qui entend faire application de l' art. 356 al. 4 CPP doit, tout au moins si certains éléments suggèrent que l'absence est excusable, nécessairement instruire la question du caractère justifié de cette absence. Cela permet d'éviter une demande ultérieure de restitution au sens de l' art. 94 CPP , que la jurisprudence ouvre également à l'opposant défaillant (cf. sur cette question: arrêt 6B_360/2013 du 3 octobre 2013, consid. 3.3). Lorsque, comme en l'espèce, cette instruction est limitée à cet unique point, le seul fait que les débats ont été formellement ouverts ne permet pas d'exclure l'application de l' art. 356 al. 4 CPP si, à l'issue de son instruction, l'autorité parvient à la conclusion que l'absence n'était pas excusable. Il n'en va pas différemment si l'on considère que l'autorité de première instance, en ajournant, en application de l' art. 339 al. 5 CPP , les débats ouverts le 4 juillet 2012, a, en réalité, renvoyé l'ouverture de ceux-ci au 11 juillet puis au 4 octobre 2012. Une telle possibilité est, en effet, offerte par l' art. 366 al. 1 CPP (indépendamment du caractère fautif ou non de cette absence) dans le cadre de la procédure par défaut. Or, les conséquences attachées au défaut sont moins lourdes pour l'intéressé que celles qui

découlent de l' art. 356 al. 4 CPP (cf. art. 368 ss CPP). Si la procédure d'opposition à l'ordonnance de condamnation n'impose pas une telle manière de procéder, on ne voit, en tous les cas, pas que l'opposant à une ordonnance de condamnation qui soutient vouloir être jugé en sa présence puisse, de bonne foi, s'en plaindre. En définitive, que les débats aient été ou non formellement ouverts, ce qui importe c'est que la cour n'a pas entamé de débats sur le fond des accusations portées contre le recourant. En l'espèce, cela conduit à considérer que l'absence excusée du recourant aux audiences des 4 et 11 juillet 2012 n'empêchait pas l'application de l' art. 356 al. 4 CPP en relation avec son absence le 4 octobre 2012.

E. 11

Le recourant objecte ensuite que le caractère non excusable de son absence ne serait pas établi à satisfaction de droit. Soulignant son droit d'être jugé en sa présence et la jurisprudence en matière de procédure par défaut, il soutient qu'il eût fallu, cumulativement, qu'il n'ait pas satisfait à son devoir d'alléguer les faits pertinents et que l'autorité ait démontré le caractère fautif de son absence. Il relève, dans ce contexte, avoir produit un nouveau certificat médical du 26 septembre 2012 établissant qu'il n'était pas en mesure de comparaître, sans faute de sa part, à l'audience du 4 octobre 2012. Selon lui, la cour cantonale aurait méconnu qu'une impossibilité subjective suffisait à rendre son absence excusable. Par ailleurs, la cour cantonale n'aurait pas dû suivre inconditionnellement l'avis du Professeur D._____, rendu uniquement sur dossier, confirmant certes l'impossibilité de se déplacer au mois de juillet mais ne formulant - au moment de son établissement au mois d'août - qu'un simple pronostic sur la possibilité de se rendre à l'audience du 4 octobre 2012.

E. 11.1

La cour cantonale a retenu qu'il résultait du certificat médical du 26 septembre 2012, établi par le Dr C._____, que le recourant ne suivait aucun traitement médical, sous réserve d'antalgiques. Ce médecin mentionnait uniquement qu'il ne lui « parai[ssai]t pas raisonnable » que le recourant effectue le voyage, puis assiste aux débats. Or, de l'avis de la cour cantonale, seule une altération physique ou psychique sévère ou encore une grave maladie de nature à influencer la capacité de prendre part aux débats, excuserait l'absence, ce qui ne ressortait aucunement de ce certificat médical. Dans ces circonstances, c'est à raison que le Tribunal de police avait considéré que le recourant était capable de participer aux débats - le cas échéant en aménageant son audition de manière adéquate -, ce que l'intéressé n'avait pas fait pour des motifs manifestement dilatoires (arrêt entrepris, consid. 7.3 p. 18/21).

E. 11.2

Comme le relève à juste titre le recourant, l'existence d'une « altération physique ou psychique sévère ou encore d'une grave maladie de nature à influencer la capacité de prendre part aux débats », qui renvoie aux conditions posées par l' art. 114 CPP , ne permet pas, à elle seule, de délimiter le caractère excusable de l'absence au sens de l' art. 356 al. 4 CPP . S'il va de soi qu'une telle incapacité, dûment établie, constitue un empêchement non fautif, la réciproque n'est pas nécessairement vraie. De surcroît, en l'espèce, le recourant n'alléguait pas exclusivement un empêchement touchant à sa capacité de participer activement à l'audience mais aussi des difficultés liées à son déplacement du Nigéria en Suisse.

E. 11.3

L' art. 356 al. 4 CPP ne définit pas à quelles conditions un empêchement peut être considéré comme excusé ou non. Conformément à l' art. 94 al. 1 CPP , applicable par analogie aux termes - la comparution aux audiences en particulier, sous réserve des règles sur la procédure par défaut (al. 5) -, une partie peut demander la restitution du délai si elle a été empêchée de l'observer et qu'elle est de ce fait exposée à un préjudice important et irréparable. Elle doit toutefois rendre vraisemblable que le défaut n'est imputable à aucune faute de sa part. Un empêchement subjectif suffit (CHRISTOF RIEDO, in Basler Kommentar, Strafprozessordnung, 2011, art. 94 CPP n° 35). La jurisprudence admettant que cette norme permet à l'opposant défaillant de demander la restitution du terme de comparution (arrêt 6B_360/2013 du 3 octobre 2013, consid. 3.3), il n'y a pas de raison de se montrer plus sévère à l'égard de l'opposant qui annonce son absence et demande le renvoi avant les débats. De même, la jurisprudence a déduit des garanties conventionnelles et constitutionnelles du droit de l'accusé à être jugé en sa présence que l'absence doit être considérée comme valablement excusée non seulement en cas de force majeure (impossibilité objective de comparaître), mais également en cas d'impossibilité subjective, due à des circonstances personnelles ou à une erreur non imputable au défaillant (ATF 127 I 213 consid. 3a p. 216). Les mêmes principes s'appliquent au stade de l'audience d'appel (v., en relation avec l' art. 407 al. 1 let. a CPP : arrêt 6B_37/2012 du 1er novembre 2012 consid. 3). Il n'y a pas lieu de s'en écarter dans le cadre de l' art. 356 al. 4 CPP .

E. 11.4

Afin d'établir l'état physique du recourant, la cour cantonale s'est référée aux conclusions de l'expertise judiciaire réalisée par le Professeur D._____. Elle s'est également déterminée sur le certificat médical établi par le Dr C._____ le 26 septembre 2012 à la demande du recourant. Cette question relève de l'établissement des faits, soit de l'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral n'examine que sous l'angle de l'arbitraire, ce qui suppose que le recourant développe des griefs conformes aux exigences de motivation accrues déduites de l' art. 106 al. 2 LTF .

E. 11.4.1

Le recourant ne formule aucun grief d'arbitraire distinct sur ce point précis, se contentant de relever que l'autorité cantonale « peut tomber dans l'arbitraire si elle a des raisons de douter de l'exactitude d'une expertise » (Mémoire de recours, p. 51). La recevabilité du moyen est douteuse sous cet angle. Ce point souffre toutefois de demeurer indécis pour les motifs suivants.

E. 11.4.2

Lorsque l'autorité cantonale se rallie au résultat d'une expertise judiciaire, le Tribunal fédéral n'admet le grief d'appréciation arbitraire des preuves que si l'expert n'a pas répondu aux questions, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre manière, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même en l'absence de connaissances ad hoc, qu'il n'était tout simplement pas possible de les ignorer. Il ne lui appartient pas de vérifier que toutes les affirmations de l'expert sont exemptes d'arbitraire. Sa tâche se limite à examiner si l'autorité cantonale pouvait, sans arbitraire, faire siennes les conclusions de l'expertise (ATF 128 I 81 consid. 2 in fine p. 86). Dans ce contexte, si une expertise privée n'a pas la même valeur probante qu'une expertise judiciaire, le juge n'en est pas moins tenu d'examiner, dans les limites précitées, si elle est propre à mettre en doute, sur les points litigieux importants, l'opinion et les conclusions de l'expert mandaté par

l'autorité (ATF 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 s.; 125 V 351 consid. 3b et 3c p. 352 ss). Peut, par ailleurs, constituer une raison de s'écarter d'une expertise judiciaire, le fait que celle-ci contient des contradictions, ou qu'une surexpertise en infirme les conclusions de manière convaincante (ATF 125 V 351 consid. 3b/aa p. 352 et les références citées). En procédure pénale, ces principes trouvent application en tant qu'il y a lieu d'opposer l'expertise ordonnée par l'autorité (ministère public et tribunaux; art. 182 CPP) à l'expertise privée ou de partie, qui n'est pas réglementée spécifiquement par le CPP.

E. 11.4.3

La mission de l'expert consistait principalement à déterminer, sur dossier et

a posteriori , la capacité du recourant à se présenter aux audiences des 4 et 11 juillet 2012, raison pour laquelle il a été demandé au Professeur D. _____ de faire abstraction des pièces médicales postérieures à l'ouverture des débats pour répondre aux questions nos 1 et 2, la question no 4 portant, par ailleurs, sur sa situation un, respectivement quatre ou douze jours après l'accident. L'incapacité non fautive du recourant étant désormais acquise pour les deux audiences des 4 et 11 juillet 2012, seule est déterminante la réponse de l'expert à la question no 5, toutes deux formulées comme suit:

«[question:] La recommandation formulée par le Dr A1. _____ d'éviter de voyager pour une période de trois mois, à tout le moins, est-elle fondée, respectivement compatible avec les affections en cause et, le cas échéant, pour quels motifs? Dans l'affirmative, notamment au vu de nouvelles radios du prévenu du 21 juillet 2012 (cf. annexe 9), celui-ci serait-il en état de voyager par avion au terme de ces trois mois, avec des moyens adaptés le cas échéant (par exemple, port d'une minerve, voire d'un corset, position allongée dans l'avion, chaise ou lit à roulettes, accompagnement, etc.) sans danger pour sa santé, afin de comparaître à la reprise d'audience fixée au 4 octobre prochain?

[réponse du Professeur D. _____:] La recommandation formulée par le Dr A1. _____ d'éviter de voyager pour une période de trois mois nous paraît excessive et davantage dictée par un souci de confort. En général, l'entorse cervicale bénigne évolue favorablement après quelques semaines de mise au repos et de traitement antalgique. Dans le cas présent, le certificat du Dr A1. _____, en date du 21 juillet 2012, mentionne une amélioration progressive de la symptomatologie douloureuse de la nuque et de l'épaule droite sous les effets quotidiens des soins de physiothérapie. Dans ces conditions, il y a tout lieu de penser que M. A. _____ pourra être en état de voyager au terme des trois mois après l'accident, en recourant au besoin à l'usage d'un collier cervical durant le déplacement. M. A. _____ devrait donc pouvoir comparaître, sans danger pour sa santé, à la reprise d'audience fixée au 4 octobre 2012 ».

Il ressort clairement de la réponse de l'expert qu'au 23 août 2012, les éléments dont il disposait permettaient de conclure que le recourant serait en mesure de se déplacer et prendre part à l'audience du 4 octobre. Il convient, dès lors, d'examiner si, comme le soutient le recourant, le certificat médical établi le 26 septembre suivant par le Dr C. _____ impose de s'écarter de cette conclusion. Ce document a la teneur suivante:

« Je certifie avoir examiné en date du 23 septembre 2012 le patient susnommé à son domicile, en compagnie de son médecin traitant.

Il a séjourné à l'Hôpital B1. _____ du 08 au 23 juillet, date de son retour à domicile. A signaler que je n'ai pas pu prendre connaissance d'un rapport de sortie comme effectué en

Suisse.

Depuis sa sortie, il n'a pas bénéficié d'un traitement de rééducation tel qu'il pourrait être proposé en Suisse mais d'un simple traitement antalgique à la demande. Il porte toujours la minerve pour soulager ses douleurs.

Sur le plan général, le patient dit bien présenter une amélioration des douleurs depuis la sortie. Il persiste cependant des céphalées ainsi qu'une gêne cervicale droite accompagnée d'une certaine kinésiophobie, de troubles de la concentration et de « flashbacks » de l'accident occasionnels.

Deux épisodes de paludisme sont rapportés dans le mois passé, le dernier mi-septembre.

Au vu de l'état clinique du patient ce jour, bien qu'il décrive une amélioration des plaintes, celle-ci semble être plus modeste que prévue initialement.

Ceci est principalement lié à l'absence d'un traitement de réadaptation effectué à domicile ou en ambulatoire tel qu'il pourrait être effectué en Suisse, au port continu de la minerve (kinésiophobie), ainsi qu'à deux épisodes anamnestiques de paludisme récemment chez un patient connu pour présenter des épisodes récurrents.

Au vu de la situation actuelle, il ne paraît pas raisonnable que M. A. _____ puisse se déplacer en avion sur une période de 23h puis assister ensuite à des audiences en position assise prolongée durant lesquelles un effort de concentration est requis, ceci pour une période d'environ 6 à 8 semaines à réévaluer par la suite.

Le sevrage de la minerve est indispensable pour limiter l'impact de la kinésiophobie et un traitement plus actif doit être exécuté.

Pour terminer, j'ai pu noter la qualité et le professionnalisme de la prise en charge du Dr C1. _____ qui me paraît adéquate compte tenu des possibilités thérapeutiques qui existent sur place. Une prise en charge par un médecin rééducateur serait cependant bien plus adaptée ».

Si, comme le relève le recourant, le fait que le Dr C. _____ a été en mesure d'examiner le recourant postérieurement à l'établissement du rapport d'expertise peut justifier une discussion du pronostic formulé dans ce dernier sur la base du dossier médical, il n'en demeure pas moins que le certificat du médecin du recourant concorde, quant au diagnostic, avec l'appréciation du Professeur D. _____. Quant aux manifestations résiduelles, le Dr C. _____ atteste d'une certaine amélioration des douleurs depuis la sortie et fonde son appréciation sur la persistance de « céphalées ainsi qu'une gêne cervicale droite accompagnée d'une certaine kinésiophobie, de troubles de la concentration et de « flashbacks » de l'accident occasionnels ». Il ressort cependant aussi de ce document que le recourant bénéficie d'un traitement antalgique à la demande et qu'il porte la minerve pour soulager ses douleurs. Ces éléments convergent ainsi avec ceux fondant l'appréciation du Professeur D. _____ selon laquelle un voyage serait possible au mois d'octobre en utilisant, au besoin, un collier cervical. De surcroît, comme l'a relevé à juste titre la cour cantonale, rien n'imposait au recourant un déplacement de 23 heures en avion, ce voyage pouvant être effectué par étapes et étalé sur plusieurs jours. Quant à la présence aux audiences, le Dr C. _____ déconseille la position assise prolongée et les efforts de concentration, mais la cour cantonale a aussi, à juste titre, souligné les possibilités d'aménagement des audiences, qui doivent permettre de surmonter ces difficultés et l'autorité de première instance a, elle aussi, mis en évidence la possibilité d'aménager les

audiences de manière à ce que, par exemple, le recourant puisse bénéficier de physiothérapie deux à trois fois par semaine (ordonnance du 4 octobre 2012, p. 3). De surcroît, comme l'a également relevé la cour cantonale, l'amélioration « plus modeste que prévue initialement », selon le Dr C. _____, de l'état de santé du recourant apparaît, tout au moins partiellement imputable à l'absence d'un traitement de réadaptation à domicile ou en ambulatoire. Il n'y a, sur ce point, pas de divergence non plus avec l'expert D. _____, celui-ci ayant fondé son pronostic d'amélioration sur le certificat du Dr A1. _____, du 21 juillet 2012, mentionnant une amélioration progressive de la symptomatologie douloureuse sous les effets quotidiens des soins de physiothérapie. Or, on peine à comprendre la raison pour laquelle le recourant, qui a reçu avec bénéfice ces soins quotidiens de physiothérapie durant son séjour à l'Hôpital B1. _____ (dossier cantonal, chargé de pièces complémentaire présenté par le recourant en vue de l'audience du 11 juillet 2012, pièce n° 80) jusqu'au 23 juillet 2012 n'aurait pas pu poursuivre ce traitement, notamment auprès du même établissement, qui comprend un département de médecine sportive et un département de physiothérapie, respectivement un service de physiothérapie et réadaptation (dossier cantonal, chargé de pièces complémentaire présenté par le recourant en vue de l'audience du 11 juillet 2012, pièce n° 85, p. 3 et 4). En définitive, il n'apparaît pas insoutenable, sur la base des pièces produites, de conclure que le recourant n'a pas démontré avoir fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour se présenter à l'audience du 4 octobre 2012 et de lui avoir imputé à faute son refus de se présenter à cette date.

E. 12

Le recourant reproche, enfin, à la cour cantonale d'avoir retenu à tort qu'il n'était pas représenté lors des débats du 4 octobre 2012.

E. 12.1

Sur ce point, la cour cantonale a jugé que le recourant n'avait jamais souhaité être dispensé de comparaître et ne prétendait pas non plus être dans un cas de défense obligatoire. En effet, bien que dûment avisé, par le biais de son avocat, des conséquences en cas de défaut non excusé, il avait toujours insisté sur sa volonté de comparaître personnellement et de ne pas être représenté par son conseil, de sorte que soutenir l'inverse était à la limite de l'abus de droit.

L'intimée objecte, quant à elle, en se référant aux arrêts 6B_214/2009 du 13 septembre 2009 et 6P.113/1999 du 24 février 2000, que le comportement du recourant constituerait un abus de droit. En conséquence, l'intéressé ne pourrait se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat.

E. 12.2

Aux termes de l'art. 356 al. 4 CPP, si l'opposant fait défaut aux débats sans être excusé et sans se faire représenter, son opposition est réputée retirée. Selon la jurisprudence, la pratique qui consiste à rayer définitivement du rôle une procédure d'appel en cas de défaut injustifié de l'accusé, alors que son défenseur s'est présenté à l'audience, n'est pas conforme à la Constitution. Seul un « défaut total » (absence injustifiée de l'accusé et de son défenseur nécessaire) peut entraîner une telle conséquence (ATF 133 I 12 consid. 4 à 8 p. 13 ss). Contrairement à d'autres normes prévoyant une sanction procédurale similaire (art. 355 CPP), l'art. 356 al. 4 CPP, à l'instar de l'art. 407 al. 1 let. a CPP en appel, autorise l'opposant à se faire représenter. L'art. 356 al. 4 CPP consacre ainsi la solution jurisprudentielle précitée dans son principe. Lorsque l'opposant est le prévenu, sa

représentation n'est toutefois possible que si la direction de la procédure n'a pas exigé sa présence (cf. Message précité relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 ss, p. 1275, ad art. 360 projet CPP; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2010, n° 3 ad art. 356 CPP). Cela suppose une indication expresse dans le mandat de comparution que sa présence est obligatoire avec mention des conséquences en cas d'absence, par exemple, par la reproduction du texte de l' art. 356 al. 4 CPP (arrêt 6B_592/2012 du 11 février 2013 consid. 3). Hors de cette hypothèse, la partie opposante ne sera pas considérée comme défaillante si elle se fait représenter, son conseil devant être autorisé à plaider s'il se présente seul (MARLÈNE KISTLER VIANIN, in *Commentaire romand, Code de procédure pénale*, 2011, art. 407 CPP n° 6; MOREILLON / PAREIN-REYMOND, *Code de procédure pénale*, 2013, art. 407 CPP n° 6).

E. 12.3

Il résulte de ce qui précède, tout d'abord, que le fait que le recourant n'a pas sollicité une dispense de comparution personnelle est sans pertinence pour l'issue du litige. Il est vrai que le recourant est prévenu d'un crime (art. 260ter CP) et qu'une peine d'une année de privation de liberté entre, tout au moins, en considération, de sorte que, conformément à l' art. 336 al. 1 et 3 CPP , sa présence est, en principe, exigée aux débats, une dispense de comparution ne pouvant être accordée qu'aux conditions restrictives de l'al. 3 de cette norme. Toutefois, l' art. 356 al. 4 CPP , qui autorise, en principe, l'opposant à se faire représenter et exclut l'application des règles sur la procédure par défaut, trouve application non seulement en cas de contravention, mais aussi s'agissant de délits voire de crimes, son champ d'application étant déterminé non par le type de l'infraction mais par la compétence répressive du ministère public. Cette norme constitue ainsi une règle spéciale par rapport à l' art. 336 CPP , qui régit les débats de première instance et rend, en cas d'absence injustifiée, la procédure par défaut applicable (art. 336 al. 4 CPP). Par ailleurs, le ministère public étant intervenu personnellement à chacune des audiences (cf. art. 130 al. 1 let . d CPP), on ne saurait reprocher au recourant de n'avoir pas invoqué expressément un cas de défense obligatoire, qui est manifestement réalisé, indépendamment de la peine encourue (art. 130 al. 1 let. b CPP). Enfin, en reprochant au recourant un comportement « à la limite de l'abus de droit », la cour cantonale ne démontre pas encore que les conditions permettant de sanctionner un tel comportement sont réunies, soit, en particulier, l'existence d'un écart manifeste entre le droit exercé et l'intérêt qu'il est censé protéger (ATF 130 IV 72 consid. 2.2 p. 74).

E. 12.4

Il est vrai que dès l'audience du 4 juillet 2012, le recourant a affirmé sa volonté d'être jugé en sa présence. Le 11 juillet 2012, interpellé une nouvelle fois, son conseil a indiqué que le recourant « souhaite l'application de la loi de procédure, a le souhait de comparaître, mais se prévaut d'une excuse valable » (Procès-verbal du Tribunal de police du 11 juillet 2012, p. 4). Dans la suite, il est cependant apparu que l'absence du recourant à ces deux audiences était justifiée. La situation ne s'est révélée sous un autre jour qu'à l'audience du 4 octobre 2012, lorsque le Tribunal de police a jugé fautive l'absence du recourant. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il s'est agi de savoir si une représentation par l'avocat entraînait concrètement en ligne de compte. A cet égard, il convient de relever que le conseil du recourant a assisté ce dernier depuis plusieurs années. Il a plaidé des incidents de procédure, de sorte qu'il fallait présumer, jusqu'à preuve du contraire, qu'il disposait de tous les pouvoirs nécessaires pour

ce faire. En effet, la renonciation au droit de se faire représenter doit être admise avec d'autant plus de retenue et, partant, être exprimée d'autant plus clairement, que ce droit constitue aussi la contre-partie d'une éventuelle privation du droit du prévenu d'être jugé en sa présence (ATF 127 I 213 consid. 4 p. 218). De surcroît, dans un cas de défense nécessaire, une telle renonciation est, en principe, exclue sous la seule réserve de l'abus de droit de l'accusé (ATF 131 I 185 consid. 3.2.3 et 3.2.4 p. 191 s.). La présente affaire se distingue, sur un point essentiel, des deux précédents auxquels se réfère l'intimée, dans lesquels un tel abus de droit a été admis. En effet, dans ces deux causes, il avait été constaté, en fait, que les recourants concernés avaient respectivement enjoint leurs avocats respectifs, pour l'un de réduire son activité à la seule démarche consistant à solliciter le renvoi de l'audience tout en lui faisant interdiction de le représenter pour le cas où le renvoi ne serait pas accepté (arrêt 6B_214/2009 consid. 2.2) et, pour l'autre, de ne pas le représenter en audience d'appel (arrêt 6P.113/1999, consid. 2a et 2b). De telles constatations font défaut en l'espèce. Dans ces conditions, le Tribunal de police ne pouvait pas, à ce stade, conclure de la seule volonté affichée par le recourant de comparaître personnellement aux audiences précédentes, dont il a obtenu l'ajournement pour des motifs reconnus justifiés

a posteriori , qu'il excluait toute représentation, même dans l'hypothèse où son absence ne serait plus considérée comme telle et,

a fortiori , que son comportement relevait de l'abus de droit. L'autorité de première instance aurait dû, après avoir statué sur la demande d'ajournement et communiqué sa décision au conseil du recourant, inviter celui-ci à prendre part aux débats sur le fond.

E. 13

Vu l'issue du recours, il n'est pas nécessaire d'examiner si, comme le soutient aussi le recourant, la sanction de son absence aux débats aurait dû, au titre d'une perpétuation improprement dite

(*unechte Nachwirkung* ; v. supra consid. 9.) être appréciée à la lumière de l'ancien droit de procédure cantonal. En effet, le renvoi de la cause à l'autorité de première instance offre au recourant la possibilité de se faire représenter aux débats à venir, de sorte qu'il se trouve dans la même situation que l'opposant absent à la nouvelle audience selon l'ancien droit, qui pouvait s'y faire représenter (art. 237 al. 3 CPP /GE; Grégoire Rey, Procédure pénale genevoise, 2005, art. 237 CPP /GE, n. 3.3). Persistant à soutenir devant la cour de céans « qu'il est ainsi acquis [qu'il] a voulu se faire représenter, et que, sur ses instructions, son avocat s'est présenté, prêt à plaider sa cause », il peut obtenir, par ce moyen un jugement contradictoire, auquel, pour le surplus, rien ne l'empêche de prendre part personnellement. L'application du nouveau droit n'emporte, dans ces conditions, aucune conséquence ou rupture de la procédure imposant l'application de l'ancien droit sur ce point précis malgré la soumission de la procédure de première instance au nouveau droit ensuite du renvoi de la cause consécutif à l'arrêt cantonal du 7 mars 2011 (art. 453 al. 2 CPP).

E. 14

Le recours doit ainsi être admis. Le renvoi doit conduire à la reprise de la procédure au stade où elle se trouvait immédiatement après que le caractère fautif de l'absence du recourant a été constaté, afin que le conseil du recourant représente ce dernier aux débats, ainsi qu'il se déclare prêt à le faire. Il y a lieu de renvoyer la cause, exceptionnellement, à l'autorité de première instance (art. 107 al. 2 LTF). Simultanément (cf. ATF 131 II 72 consid. 4; BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2009, art. 107 LTF , n° 25), il

y a lieu de renvoyer la cause à la cour cantonale afin qu'elle rende une nouvelle décision sur les frais et dépens du recours cantonal.

E. 15

Le recourant obtient gain de cause. L'intimée, à l'inverse du ministère public, supporte les frais (art. 65 al. 2 et 66 al. 1 et 4 LTF). Le recourant peut prétendre des dépens à la charge des intimés, qu'il n'y a pas lieu de faire supporter solidairement à ceux-ci (art. 68 al. 1 et 4 en corrélation avec l' art. 66 al. 5 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.