REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/1383/2021 **ACPR/409/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 21 juin 2021

Entre

A_____, actuellement détenu à la prison de B_____, comparant par Me C_____, avocat,

recourant,

contre les mandats d'actes d'enquête rendus le 6 avril 2021 par le Ministère public,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

EN FAIT :

A. **a.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 13 avril 2021, A_____ recourt contre les mandats d'actes d'enquête du 6 avril 2021, notifiés le jour même, par lesquels le Ministère public a chargé la police de procéder à :

- une nouvelle audition du témoin D_____ en qualité de témoin à la suite des déclarations du prévenu du 29 mars 2021, à teneur desquelles le susnommé lui avait envoyé des photos de son sexe et de ses fesses lorsqu'il avait 15-16 ans et qu'ils avaient à plusieurs reprises pris des douches ensemble;

- l'audition en qualité de témoin du dénommé E_____ évoqué par le prévenu lors de son audition du 29 mars 2021;

dites auditions devant se faire en l'absence des parties et de leurs conseils (art. 101 et 147 CPP).

Le recourant conclut à l'annulation desdites décisions et à ce que l'audition de D_____ et E_____ s'effectue en sa présence et celle de son conseil.

b. Par ordonnance du 15 avril 2021, la Direction de la procédure de la Chambre de céans a admis la demande d'effet suspensif assortissant le recours.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____ a été prévenu, le 9 février 2021, de pornographie (art. 197 CP) et d'instigation à actes d'ordre sexuel avec des enfants et à contrainte sexuelle (art. 24 *cum* 187 et 189 CP) pour avoir, à Genève, à réitérées reprises depuis environ 2009 à tout le moins, téléchargé et échangé du contenu pédopornographique sur internet, y compris avec des mineurs lui envoyant des photos ou vidéos d'eux-mêmes, notamment pour avoir :

- échangé, entre le 30 mai 2016 et le 21 juin 2016, via son compte F_____ [appels-visio via internet] *1*_____, plusieurs dizaines de vidéos à caractère pédopornographique avec G_____ et instigué ce dernier à commettre des actes d'ordre sexuel sur sa nièce de 12 ans puis à les photographier ou les filmer ;

- échangé, entre août et décembre 2020, des fichiers à caractère pédopornographique avec H_____, âgé de 13 ans ;

- diffusé, le 3 décembre 2020, via son compte F_____ *1*_____, une image à caractère pédopornographique sur laquelle apparaît un jeune garçon d'une dizaine d'années entièrement dénudé.

b. Devant le Ministère public, il a confirmé ses déclarations à la police de la veille, selon lesquelles il avait commencé à être attiré par des images ou vidéos d'enfants en 2011, lorsqu'il s'était éloigné sentimentalement de son épouse. Il voulait au début

"chasser" les adultes qui attiraient de jeunes gens. Petit à petit, il avait commencé à aimer ces images. Il utilisait plusieurs comptes de messagerie en se faisant passer lui-même pour un jeune garçon. Il avait une attirance pour les hommes. Il admettait avoir échangé des images ou vidéos pédopornographiques avec des tiers sur internet. Il n'avait jamais eu de relations sexuelles avec des mineurs ni filmé quiconque. À l'époque, il gardait avec sa femme, deux week-end par mois, I_____ et D_____, placés par le SPMi. Il ne s'était jamais rien passé de sexuel avec eux. Ils étaient comme ses propres enfants.

c. La détention provisoire du prévenu, ordonnée le 9 février 2021, a été régulièrement prolongée depuis lors, la dernière fois le 3 mai 2021 jusqu'au 8 août 2021.

d.a. Par mandat d'actes d'enquête du 22 février 2021, le Ministère public a chargé la police d'entendre, comme témoins, I_____ et D_____, aujourd'hui majeurs, hors la présence des parties et de leurs conseils.

d.b. D_____ a déclaré ne jamais s'être trouvé dans des situations gênantes avec le prévenu et que ce dernier ne lui avait jamais fait de proposition déplacée, hormis une fois où il lui avait proposé de prendre une douche, ce qu'il avait refusé.

Hormis quelques échanges de messages à connotation sexuelle entre le prévenu et les frères D_____/I_____, alors qu'ils étaient majeurs, aucun élément probant n'a été mis en évidence par la police dans les déclarations des témoins.

e. Entendu à nouveau par la police le 29 mars 2021 sur délégation du Ministère public, le prévenu a déclaré que D_____ lui avait, à sa demande, lorsqu'il avait 15 ou 16 ans, envoyé des photos de son sexe et de ses fesses. Il avait également pris des douches avec lui lorsqu'il avait 10 ou 12 ans, lorsqu'ils étaient à J_____ [parc d'attractions] par exemple. Il ne l'avait toutefois pas lavé et il ne s'était rien passé. Le prévenu a également déclaré que D_____ était plus demandeur d'attention que son frère. D_____ le voyait comme un *"père", un "papa +"*. Il continuait de l'appeler quand il avait des soucis.

À la fin de son audition, le prévenu a encore, de sa propre initiative, avoué avoir vécu une relation amoureuse avec un jeune garçon, E_____ [identifié comme étant E_____, né le _____ 1999], qui devait avoir 14 ans au début celle-ci, alors que lui-même avait la trentaine. Des actes sexuels entre eux avaient eu lieu dès les premiers rendez-vous et cette relation avait duré environ 8 ans. À la question de la police de savoir pourquoi il avait décidé de parler de cette affaire, le prévenu a répondu qu'il voulait d'abord le protéger, *"mais finalement je me suis dit que vous alliez trouver des informations dans mon téléphone"*.

f. À l'audience du 6 avril 2021, A_____ a été prévenu complémentairement d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), d'actes d'ordre sexuel avec des

personnes dépendantes (art. 188 CP) et de pornographie (art. 197 CP) pour avoir, à Genève :

- aux alentours de 2015, demandé et obtenu de D_____, né le _____ 1999 et alors âgé de 15-16 ans, qu'il fasse et lui envoie plusieurs photos de son sexe et de ses fesses, photos qu'il a par la suite diffusées sur internet ;

- à partir de 2011-2012, régulièrement entretenu des relations sexuelles avec un dénommé E_____, lequel était âgé d'environ 14 ans au début de leur relation.

Le prévenu a réitéré qu'il ne s'était rien passé de sexuel avec D_____ sous la douche.

C. Le 6 avril 2021, le Ministère public a délivré les deux mandats d'actes d'enquête objets du présent recours (cf. *supra* consid. **A.a.**).

S'agissant de E_____, celui-ci n'avait pas encore été entendu. Quant à D_____, les déclarations du prévenu à son sujet à la police du 29 mars 2021 étaient nouvelles et ne ressortaient pas de l'audition de D_____, lequel devait être interrogé à nouveau. Il convenait de préserver la qualité des dépositions, éviter tout risque d'influence et éviter que le prévenu n'adapte ses déclarations aux éléments nouveaux qui pourraient ressortir de l'audition des précités et mettre ainsi en danger la manifestation de la vérité, de sorte qu'elles devaient avoir lieu en l'absence du prévenu et de son conseil.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ invoque une violation de l'art. 107 CPP, qui garantissait son droit d'être entendu et de participer à l'administration des preuves. Il avait déclaré spontanément à la police, le 29 mars 2021, avoir requis des photos intimes de la part de D_____ et d'avoir à environ 3 reprises pris des douches avec lui, lorsqu'il était majeur, sans qu'il ne se passe rien de plus. Il n'y avait donc pas de risque de collusion et il ne voyait pas comment il pourrait adapter ses propos. Il en allait de même s'agissant de E_____, dont il avait spontanément parlé. Il avait été mis complémentairement en prévention pour ces faits. Il n'y avait ainsi aucun motif de restreindre son droit d'être entendu. L'audition des deux précités devait pouvoir avoir lieu en sa présence et celle de son conseil.

b. Dans ses observations, le Ministère public conclut au rejet du recours, sous suite de frais. Il estime que le fait que D_____ n'ait pas parlé des faits évoqués par le prévenu lors de son audition du 29 mars 2021 interpellait, raison pour laquelle il avait décidé de l'entendre à nouveau sur la relation qu'il entretenait avec le prévenu. Dans la mesure où, même hors sa présence, il n'avait pas voulu évoquer certains faits, il existait un risque important que sa seule présence soit de nature à l'influencer, à créer un risque de collusion et à rendre encore plus difficile pour lui de s'exprimer *"sur les faits dont il semble avoir été victime"*.

S'agissant de E_____, il n'avait pas encore été entendu alors que le prévenu avait fait spontanément des déclarations incriminantes au sujet de sa relation avec lui.

L'audition de E_____ s'apparentait ainsi à une première audition, même si le prévenu avait été mis en prévention.

c. Le recourant réplique. Ses déclarations spontanées avaient été faites à la suite d'une prise de conscience réelle et non par stratégie. Les considérations du Ministère public par rapport à D_____ étaient purement hypothétiques. Que l'audition de E_____ s'apparente ou non à une première audition ne changeait rien au fait que les conditions de l'art. 108 CPP n'étaient pas réalisées.

EN DROIT :

1. Le recours a été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et émane du prévenu, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP).

En tant que les actes attaqués font interdiction aux parties et plus précisément au prévenu, de participer à l'administration des preuves, ce dernier dispose d'un intérêt juridique à recourir contre ces décisions auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a et 382 al. 1 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 1B_329/2014 du 1er décembre 2014 consid. 2.3; ACPR/270/2016 du 10 mai 2016; ACPR/402/2018 du 23 juillet 2018; ACPR/507/2019 du 3 juillet 2019).

Partant, le recours est recevable.

2. **2.1.** Même après l'ouverture de l'instruction, le Ministère public peut charger la police d'investigations complémentaires (art. 312 al. 1 *ab initio* CPP). Lorsqu'il charge la police d'effectuer des interrogatoires, les participants à la procédure jouissent des droits accordés dans le cadre des auditions effectuées par le Ministère public (art. 312 al. 2 CPP).

Autrement dit, les règles de l'art. 147 al. 1 CPP, qui consacrent le principe de l'administration des preuves en présence des parties durant la procédure d'instruction et les débats, s'appliquent alors (ATF 139 IV 25 consid. 5.4.3 = JdT 2013 IV 226). Il en ressort que les parties ont le droit d'assister à l'administration des preuves par le ministère public et les tribunaux et de poser des questions aux comparants. Ce droit spécifique de participer et de collaborer découle du droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. b CPP). Il ne peut être restreint qu'aux conditions prévues par la loi (cf. art. 108, 146 al. 4 et 149 al. 2 let. b CPP; cf. aussi art. 101 al. 1 CPP et Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1166 s. ch. 2.4.1.3).

Dans son arrêt précité, le Tribunal fédéral a confirmé que, lorsque la police agit sur délégation du Ministère public, avant ou après l'ouverture de l'enquête pénale, le prévenu ne pouvait être exclu de l'interrogatoire des personnes appelées à donner des renseignements et des témoins que dans les limites fixées par les art. 108 al. 1 et 2 CPP et, par analogie, 101 al. 1 CPP. À ce titre, le Ministère public pouvait, exceptionnellement, s'il existait des raisons objectives, restreindre temporairement la

participation aux auditions. De tels motifs existaient, notamment, lorsque les charges n'avaient pas encore été établies, et en cas de risque concret de collusion. La simple possibilité d'une atteinte abstraite aux intérêts de la procédure – après la première audition du prévenu – ne justifiait pas encore l'exclusion de ce dernier (consid. 5.5.2 à 5.5.5).

Cette restriction s'étendait également au conseil du prévenu, compte tenu du devoir de fidélité de l'avocat envers son client (A. GUISAN, *La violation du droit de participer (art. 147 CPP)*, in AJP/PJA 3/2019, p. 337 ss, p. 342 et les références et arrêts cités; cf. aussi ACPR/507/2019 du 3 juillet 2019 consid. 3.1.).

2.2. L'art. 108 al. 1 CPP autorise expressément les autorités pénales à restreindre le droit d'une partie à être entendue lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner que cette partie abuse de ses droits (let. a) ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la sécurité de personnes ou pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret (let. b). Tel peut notamment être le cas s'il existe des indices concrets permettant d'affirmer que le prévenu tentera d'influencer le comparant ou d'instrumentaliser des témoins (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale,* Bâle 2016, n. 5 ad art. 108). Les restrictions sont limitées temporairement ou à des actes de procédure déterminés (al. 3), le droit d'être entendu devant être accordé sous une forme adéquate lorsque le motif ayant justifié la restriction disparaît (al. 5).

Le conseil juridique d'une partie ne peut faire l'objet de restrictions que du fait de son comportement (art. 108 al. 2 CPP).

2.3. En l'espèce, le Ministère public a justifié l'exclusion du recourant et de son conseil par la nécessité de préserver la qualité des dépositions et d'éviter tout risque d'influence. En outre, il convenait d'éviter que le prévenu ne puisse adapter ses déclarations en fonction de celles des témoins et mettre ainsi en danger la manifestation de la vérité.

Ce raisonnement ne convainc pas.

Contrairement à la situation qui prévalait dans l'ACPR/507/2019, le recourant a, ici, déjà été prévenu complémentairement des charges sur lesquelles les témoins devront être entendus ou réentendus. Lesdites charges sont ainsi déjà connues. Cette mise en prévention complémentaire fait suite aux propres déclarations du recourant, qui l'incriminent ; on ne peut ainsi pas considérer qu'il n'a pas encore été auditionné sur celles-ci. On ne voit par ailleurs pas comment le recourant pourrait vouloir adapter ses propos à ceux des témoins à entendre dès lors que c'est précisément en réponse à ses propres *"aveux"* spontanés que les témoins devront être entendus ou réentendus.

Peu importe que lesdits aveux s'agissant de E_____ aient été faits à la suite d'une prise de conscience du recourant lors de son audition par la police ou par crainte que sa relation avec le prénommé ne soit découverte par la suite. Rien n'obligeait le

prévenu à s'auto-incriminer. On relèvera en outre que E_____ est aujourd'hui majeur et le Ministère public n'explique pas en quoi il existerait un risque concret que le recourant exerce sur lui une quelconque influence par sa seule présence lors de son audition.

S'agissant de D_____, on peut certes s'interroger – bien que le Ministère public ne le mentionne pas – sur un possible risque d'influence du recourant sur lui, vu l'étroitesse des liens les unissant, le recourant ayant officié avec son épouse comme famille d'accueil à l'époque où le précité était mineur et celui-ci semblant le considérer comme son père. Ce risque doit cependant être relativisé, D_____ étant aujourd'hui majeur. Enfin, on ne voit pas en quoi la présence du recourant et de son conseil à son audition pourrait parasiter des faits déjà révélés par le recourant lui-même; que le témoin n'en ait pas parlé lors de son audition ne saurait ainsi faire naître un risque de collusion.

Partant, les conditions d'une restriction au droit d'être entendu du prévenu ne sont pas réalisées.

Il en résulte que la présence du recourant et de son conseil doit être autorisée dans le cadre des auditions déléguées par les mandats d'actes d'enquête querellés.

3. Fondé, le recours sera admis. Les mandat d'actes d'enquête du 6 avril 2021 seront donc annulés en tant qu'ils restreignent l'accès des parties, soit en l'occurrence du prévenu et de son conseil, aux auditions déléguées à la police, le recourant et son avocat devant être admis à participer à l'administration de ces preuves, sauf fait nouveau.

4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

5 Le recourant étant au bénéfice d'une défense d'office, il n'y a pas lieu d'indemniser à ce stade son défenseur d'office qui ne l'a, du reste, pas demandé (art. 135 al. 2 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours et annule les mandats d'actes d'enquête du 6 avril 2021 en tant qu'ils restreignent le droit des parties de participer à l'administration des preuves.

Autorise le prévenu et son conseil à assister aux auditions menées par la police dans le cadre desdits mandats d'actes d'enquête, sauf fait nouveau.

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

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

Siégeant :

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

Le greffier :	La présidente :
Xavier VALDES	Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).