

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/19398/2018

ACPR/687/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 21 novembre 2018

Entre

A_____, actuellement détenu à la prison B_____, comparant par M^e Guillaume FAUCONNET, avocat, Dayer Ahlström Fauconnet, quai Gustave-Ador 38, case postale 6293, 1211 Genève 6,

recourant,

contre l'ordonnance de refus de retrait d'une preuve rendue le 29 octobre 2018 par le Ministère public,

et

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

intimé.

EN FAIT :

- A. Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 8 novembre 2018, A_____ recourt contre l'ordonnance du 29 octobre 2018, notifiée le 31 suivant, par laquelle le Ministère public a refusé de retirer du dossier les enregistrements vocaux effectués, à son insu, par C_____ le 6 juillet 2018.

Le recourant conclut à l'annulation de cette décision, au retrait de la procédure pénale des enregistrements précités et de l'ensemble des documents de la procédure y faisant référence.

- B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____, né en 1961, est prévenu d'actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) au préjudice de sa filleule, C_____, aujourd'hui âgée de 17 ans, commis à plusieurs reprises, à Genève et Neuchâtel, à tout le moins depuis l'année 2008 (alors que C_____ était âgée de 7 ans), la dernière fois le 5 juillet 2018.

b. Les faits ont été dénoncés au Ministère public, le 3 octobre 2018, par le directeur général de l'enseignement secondaire, après que C_____ avait dévoilé les faits, le 23 septembre 2018, à son enseignante de français. Le 25 suivant, C_____ a été conduite aux Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après, HUG) par l'enseignante précitée et la conseillère sociale du collège fréquenté par la jeune fille, en raison du risque qu'elle attende à ses jours. Elle a été hospitalisée, d'abord aux HUG, puis à la clinique D_____, dont elle est sortie le 2 octobre 2018.

c. La mère de C_____, E_____, a déposé plainte pénale.

d. L'audition EVIG de C_____ a été réalisée le 15 octobre 2018. La transcription ne figure pas encore au dossier pénal remis à la Chambre de céans mais les faits principaux ont été résumés par la Brigade des mœurs. Il en ressort notamment que, le 5 juillet 2018, alors qu'elle séjournait depuis quelques jours chez A_____, à Neuchâtel, ce dernier s'était couché à côté d'elle, pendant qu'elle dormait, pour lui toucher le vagin, la pénétrer avec les doigts par-dessus sa culotte et finir par lui enlever sa culotte et la pénétrer avec les doigts.

e. F_____, une amie proche de C_____, a expliqué à la police que celle-ci s'était confiée, début juin 2018, lui faisant comprendre qu'elle avait subi, par le passé, des abus sexuels de la part d'un proche, que le témoin a compris être son parrain. C_____ lui avait dit qu'elle voulait à nouveau séjourner chez lui, en juillet 2018, pour avoir la certitude qu'elle n'avait pas rêvé et qu'il s'agissait bien "*de choses qui se passaient vraiment*". C_____ avait peur qu'on ne la croie pas. Elles avaient ainsi convenu que s'il recommençait lors du séjour, C_____ lui enverrait un message

avec le terme "*code rouge*", et elles avaient eu l'idée d'enregistrer la conversation que C_____ voulait avoir avec son parrain au sujet de ce qu'il lui avait fait subir.

f. Durant le séjour de C_____ chez A_____, la précitée et son amie ont échangé de nombreux messages, que F_____ a remis aux policiers.

Il en ressort notamment que dans la nuit du 5 au 6 juillet 2017, F_____ a envoyé un message à C_____ lui demandant si le "*code rouge*" était terminé, ce à quoi celle-ci a répondu : "*Je te l'ai dit après coup / Je ne m'y attendais pas*" (B-2'025). Elles ont échangé des messages sur la manière dont C_____ pouvait quitter les lieux, puis elles ont discuté de quand et de quelle manière elle pourrait aborder avec son parrain le sujet des abus.

Le 6 juillet 2018, au soir, C_____ a informé son amie avoir parlé à A_____ et enregistré la conversation [à l'insu de celui-ci].

Elle a expliqué : "*Je lui ai parlé ce matin, je lui ai lu le texte [sur les abus sexuels], on a un peu discuté, je me suis un peu énervée, j'ai tout enregistré, la suite de la journée s'est passée comme si de rien n'était et je ne me sens pas du tout mieux qu'avant si ce n'est pire*" (B-2'044). Elle raconte ensuite que l'homme s'est excusé, mais qu'elle voyait "*très bien qu'il s'en foutait totalement*", il lui avait dit qu'elle allait s'en remettre. Elle lui avait montré ses blessures aux poignets [des scarifications] et il avait rigolé. Elle a conclu en disant que si elle avait su dans quel état elle serait maintenant, elle ne l'aurait pas fait.

g. Les – deux – enregistrements du 6 juillet 2018 ont été remis à la Brigade des mœurs par la mère de C_____.

Celle-ci a déclaré à la police avoir tout ignoré, jusqu'au 25 septembre 2018. Ce jour-là, sa fille avait été hospitalisée, après qu'elle avait pris des médicaments. Lorsqu'elle avait vu sa fille à l'hôpital, elle lui avait demandé si quelqu'un lui avait fait du mal à l'école, ce à quoi sa fille avait répondu : "*Non, c'est A_____*". Elle avait demandé à C_____ pourquoi elle était retournée le voir en juillet 2018 et celle-ci avait répondu qu'elle avait "*besoin de comprendre*", expliquant n'avoir pris conscience des faits que petit à petit, au fur et à mesure que les choses lui revenaient, lors d'un séjour en Allemagne en 2017.

E_____ a expliqué que, de retour à la maison ce jour-là, elle avait cherché le journal intime de sa fille et y avait trouvé une lettre de celle-ci à l'intention de ses parents, leur disant qu'ils n'y étaient pour rien et que "*c'est A_____ qui l'a tuée*". Il y avait un astérisque et une note disant "*Voir l'enregistrement*" et elle avait trouvé, dans son téléphone portable, les deux enregistrements.

h. À teneur de la retranscription, figurant au dossier, d'un long extrait de la conversation enregistrée par C_____, celle-ci a lu à son parrain un texte sur les abus sexuels, puis l'a confronté aux actes qu'elle lui reprochait et aux conséquences qu'ils ont eus pour elle ("*ça m'a enlevé une bonne partie de mon enfance, ça m'a complètement fait dérailler*" - B-2'003). Elle lui a expliqué les raisons pour lesquelles elle avait initié la conversation ("*Si je suis venue te parler c'est parce que j'ai besoin d'explications. J'ai besoin de comprendre. Sinon je serais allée direct à la police, mais là j'ai besoin de comprendre. J'ai besoin de comprendre aussi jusqu'où t'es allé. Parce que je me souviens pas forcément de tout*" - B-2'004). A_____ lui a répondu qu'il avait "*dépassé un certain nombre de choses mais pas plus*", qu'il ne l'avait "*pas violée*", qu'il avait commis "*des attouchements des trucs comme ça, mais pas plus loin*" - B-2'004).

i. Lors de son audition à la police, le 24 octobre 2018, A_____ a contesté les faits reprochés. Les deux enregistrements du 6 juillet 2018 ont été écoutés. Questionné sur la première partie, le prévenu a répondu qu'il s'agissait d'une discussion générale sur l'abus sexuel, sujet que sa filleule étudiait. Ensuite, son avocat contestant la licéité de l'enregistrement, A_____ a refusé de répondre aux questions des inspecteurs.

j. Entendu par le Ministère public le 25 octobre 2018, A_____ a demandé le retrait, de la procédure, de l'enregistrement du 6 juillet 2018, dont l'exploitation était selon lui contraire à l'art. 141 CPP, et a déposé plainte pénale contre C_____ pour violation de sa sphère privée, au sens de l'art. 179^{ter} CP.

C. Dans l'ordonnance querellée, le Ministère public retient que dès lors que les faits dénoncés relevaient de l'infraction prévue à l'art. 187 CP, le Ministère public aurait pu, s'il en avait eu connaissance avant le 6 juillet 2018, ordonner légalement une surveillance, selon les art. 269 al. 1 et, 280 et 281 CPP, et se procurer licitement les enregistrements litigieux. Par conséquent, ces enregistrements, bien qu'étant un moyen de preuve recueilli illicitement par la victime, pouvaient quand même être exploités, selon les principes dégagés de la jurisprudence, à teneur desquels, plus l'infraction à juger était grave, plus l'intérêt public à la manifestation de la vérité prévalait sur l'intérêt privé du prévenu à voir le moyen de preuve écarté.

En l'espèce, les faits dénoncés étaient d'une gravité indiscutable et les enregistrements constituaient un élément important pour le dossier. Ils permettaient, notamment, d'évaluer les propos que la lésée avait tenus auprès d'autres personnes pour déterminer s'ils concordaient ou non avec ceux tenus avec le prévenu, d'une part, et renseigner, d'autre part, sur l'état d'esprit de ce dernier et son positionnement face aux accusations de la lésée.

- D. a.** Dans son recours, A_____ tient pour illicites les enregistrements litigieux, constitutifs de l'infraction prévue à l'art. 179^{ter} CP. Le moyen de preuve, récolté de manière privée par C_____, était prohibé par l'art. 140 CPP. En effet, il ressortait des messages échangés entre C_____ et F_____ que la première avait agi selon les indications de la seconde. Dans ce contexte, le procédé – pour réaliser l'enregistrement – et l'enregistrement lui-même constituaient une tromperie ou une ruse, prohibées par l'art. 140 CP.

Par ailleurs, le moyen de preuve litigieux consacrait une violation du droit matériel. Les enregistrements litigieux n'étaient, en l'espèce, pas destinés à prémunir leur auteur contre un comportement pénalement répréhensible, mais avaient pour seul but de piéger l'autre participant à la conversation. Ils mettaient en péril de façon grave ses droits procéduraux et la protection de sa sphère privée. Si C_____ entendait agir contre lui, elle disposait de moyens légaux pour faire valoir ses droits et ne pouvait se substituer aux enquêteurs ou à la direction de la procédure en procédant à des auditions au mépris du droit.

Le recourant considère, en outre, que l'ordonnance querellée procède à une application erronée des critères retenus par la jurisprudence. Il cite, à cet égard, L. TIRELLI (*Le vol de données bancaires*, Expert Focus 12/2015 p. 1009^{ss}, p. 1011-1012), selon lequel la preuve obtenue illicitement ne pouvait être utilisée si, au moment où le particulier l'obtenait, l'autorité n'avait aucune raison de soupçonner la commission de l'infraction. Dès lors qu'en l'espèce, le 6 juillet 2018, aucune information pénale n'était ouverte contre lui, ni aucune plainte ni signalement n'avaient été déposés, l'enregistrement ne pouvait être utilisé. La pesée des intérêts pour déterminer si de graves soupçons étaient présents pour justifier une des mesures visées à l'art. 280 CP devait être réalisée au moment où la preuve illicite était obtenue, et non *a posteriori*.

En tout état de cause, les motifs retenus par le Ministère public n'étaient pas de nature à faire primer un intérêt public sur son intérêt privé à la protection de sa sphère privée, sauf à instruire en faisant fi des règles procédurales permettant de garantir un procès équitable.

- b.** À réception du recours, la cause a été gardée à juger, sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une ordonnance sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner du prévenu qui, partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), a qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé (art. 382 al. 1 CPP) à la modification ou à l'annulation de la décision querellée, en l'occurrence au retrait immédiat d'une preuve que le recourant tient pour illégale (ACPR/384/2016 du 23 juin 2016 consid. 1).
2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.
3. Le recourant estime que l'enregistrement de sa conversation du 6 juillet 2018 avec sa filleule est une preuve recueillie en violation de l'art. 140 CPP, qui doit, dès lors, être retirée du dossier. Au surplus, elle ne remplirait pas les conditions permettant de la maintenir à la procédure.

3.1. Selon l'art. 140 CPP, les moyens de contrainte, le recours à la force, les menaces, les promesses, la tromperie et les moyens susceptibles de restreindre les facultés intellectuelles ou le libre arbitre sont interdits dans l'administration des preuves (al. 1), même si la personne concernée a consenti à leur mise en œuvre (al. 2). Selon l'art. 141 CPP, les preuves administrées en violation de l'art. 140 CPP ne sont en aucun cas exploitables. Il en va de même lorsque le CPP dispose qu'une preuve n'est pas exploitable (al. 1). Les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves (al. 2). Les pièces relatives aux moyens de preuves non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (al. 5).

En tout état, la question de l'inexploitabilité de preuves et du retrait de celles-ci du dossier doit, en définitive, être laissée à l'appréciation du juge du fond (arrêts du Tribunal 1B_134/2014 du 10 avril 2014 consid. 1.2; 1B_423/2013 du 12 décembre 2013 consid. 2; 1B_398/2012 du 17 juillet 2012 consid. 2), sauf dans les cas manifestes d'inexploitabilité (décision du Tribunal pénal fédéral BB.2015.46 du 8 décembre 2015 consid. 2.1). Les preuves illégalement recueillies par un particulier ne sont pas fondamentalement frappées d'inexploitabilité (*ibid.*), car l'art. 141 al. 2 CPP ne s'attache qu'aux preuves administrées par l'État (RJJ 2013 pp. 144 ss.). Les preuves administrées d'une manière illicite par des personnes privées sont exploitables uniquement à la double condition qu'elles eussent pu être obtenues par

les autorités pénales et que la pesée des intérêts en présence autorise leur exploitation (arrêts du Tribunal fédéral 1B_76/2016 du 30 mars 2016 et les nombreux arrêts cités). Dans le cas de l'enregistrement par la partie plaignante d'une conversation du prévenu censée établir la réalité de menaces, la gravité de l'infraction ne rend pas manifeste l'inexploitabilité de cette preuve, quand bien même elle serait issue d'une violation de l'art. 179^{ter} CP (ACPR/53/2017 du 7 février 2017 consid. 4).

3.2. En l'espèce, la preuve litigieuse n'a pas été recueillie par le Ministère public, mais par la lésée, qui a enregistré des propos du recourant. Les enregistrements ont été remis à la police par la mère de la lésée. Le contenu de ces deux enregistrements, effectués le 6 juillet 2018, porte sur des actes de nature sexuelle que la lésée allègue avoir subis de la part de ce dernier.

Contrairement à ce qu'invoque le recourant, les circonstances des enregistrements litigieux et leur déroulement n'atteignent pas l'intensité d'une tromperie ou d'une astuce inadmissible, même à supposer que les règles de l'art. 140 CPP s'appliquent aux particuliers (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 140). En effet, le fait que la lésée ait discuté avec son amie, avant l'enregistrement, du meilleur moment pour affronter son parrain et qu'elles aient, ensemble, évoqué l'idée d'enregistrer cette conversation est sans pertinence, pas plus que si la lésée avait simplement suivi – ce qui n'est nullement établi – les instructions de son amie. L'utilisation d'un téléphone portable pour enregistrer une conversation n'est pas, en elle-même, constitutive d'une atteinte au libre arbitre (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *op. cit.*, n. 24 ad art. 140). Dissimuler ou taire à une personne qu'on l'enregistre à son insu n'est rien d'autre qu'un élément constitutif de l'art. 179^{ter} CP. Le grief portant sur l'existence d'une tromperie au sens de l'art. 140 CP est dès lors infondé.

La référence du recourant à l'opinion de L. TIRELLI est également inconsistante. Le Tribunal fédéral a, encore tout récemment, retenu que le fait que les autorités de poursuites n'aient pas eu connaissance des soupçons avant les enregistrements litigieux n'est pas déterminant (cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_911/2017 du 27 avril 2017 consid. 1.2.2, avec renvoi à l'arrêt 6B_983/2013 du 24 février 2014 consid. 3.3.1). Seul importe le fait que les comportements reprochés au prévenu, s'ils avaient été rapportés à l'autorité de poursuite pénale avant les enregistrements illicites, constituaient de graves soupçons de la commission d'infractions visées par l'art. 269 al. 2 CPP et auraient, de ce fait, pu fonder un ordre de surveillance par télécommunication (art. 269 al. 1 let. a CPP). Tel est manifestement le cas en l'espèce, le recourant étant soupçonné d'actes d'ordre sexuel avec un enfant (art. 187 CP), infraction dûment listée à l'art. 269 al. 2 let. a CPP. L'utilisation des dispositifs techniques de surveillance, tels que visés par l'art. 280 let. a CPP, aurait, de plus, été justifiée par la gravité des faits dont le recourant aurait été suspecté si les autorités pénales en avaient eu connaissance avant le 6 juillet 2018 (cf. art. 269 al. 1 let. b CPP). Au vu de la particularité des infractions en jeu, commises sur une enfant et à

huis clos, on ne voit pas que d'autres mesures moins invasives aient pu être prises et aient eu une chance de permettre d'élucider les faits (cf. art. 269 al. 1 let. c CPP). Les moyens récoltés par la lésée auraient ainsi, *in casu*, pu être obtenus par les autorités de poursuite pénale conformément à la loi.

Le recourant conteste la pesée des intérêts en présence effectuée par le Ministère public. En l'espèce, les enregistrements litigieux permettent de se rendre compte, de manière directe et sans filtre, du lien unissant le prévenu et sa filleule. Ils constituent aussi un élément important pour évaluer la crédibilité à donner aux déclarations des parties, en particulier celles de l'enfant sur l'existence ou non d'actes d'ordre sexuel et leur nature. En présence d'accusations portant sur des infractions graves et répétées, depuis plusieurs années, l'intérêt public à la découverte de la vérité, par l'utilisation en procédure pénale des enregistrements litigieux paraît l'emporter sur l'intérêt privé du recourant à leur retranchement du dossier.

Il s'ensuit que, même si la conversation enregistrée devait reposer sur une violation de l'art. 179^{ter} CP, son inexploitabilité est loin d'être manifeste, au sens de la jurisprudence.

Le grief doit, par conséquent, être rejeté.

4. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de CHF 900.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 900.-.

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 Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :

Sandro COLUNI

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voie de recours :

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

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

P/19398/2018

ÉTAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	20.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
- délivrance de copies (let. b)	CHF	
- état de frais (let. h)	CHF	75.00

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	900.00
-	CHF	

Total	CHF	995.00
--------------	------------	---------------