REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/21769/2020 **ACPR/90/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 10 février 2022

Entre

A_____, domicilié _____ [VD], comparant par M^e^ B_____, avocat,

recourant,

contre la décision de refus d'écarter au dossier des preuves, rendue le 3 novembre 2021 par le Ministère public,

et

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

intimé.

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 15 novembre 2021, A_____ recourt contre la décision du 3 novembre 2021, notifiée sous pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé d'écarter du dossier les pièces issues de la commission rogatoire du 18 mai 2021.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision déférée, au constat du caractère illicite et inexploitable de l'ensemble des pièces issues de ladite commission rogatoire et à leur retrait du dossier.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 3 février 2021, dans le cadre d'une enquête liée à un trafic international de stupéfiants, A_____ a été interpellé par la police devant son domicile. Au moment de son arrestation, il était en possession de deux téléphones portables, lesquels ont immédiatement fait l'objet d'un ordre de fouille du Ministère public.

L'un de ces téléphones était modifié par la compagnie D_____ et contenait une application de cryptage et de sécurisation nommée E_____, déjà retrouvée sur le téléphone d'un autre prévenu.

b. Le jour même, le Ministère public a ouvert une instruction contre A_____ pour infraction grave à la loi sur les stupéfiants (art. 19 al. 1 et 2 LStup), ordonné la défense d'office en sa faveur et nommé M^e^ B_____ à cet effet.

c. Le 5 février 2021, Le Ministère public a entendu A_____ et a requis sa mise en détention provisoire, demande acceptée par le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après: TMC) jusqu'au 4 mai 2021. La détention a été prolongée une première fois, le 29 avril 2021, pour une durée de trois mois.

d. Le 18 mai 2021, le Ministère public a adressé aux autorités françaises compétentes une demande d'entraide internationale "*urgente*" afin d'obtenir la transmission des "*données pertinentes concernant les communications échangées via l'application cryptée E_____*", notamment pour le téléphone de A_____ saisi.

e. Le 16 juin 2021, le Ministère public a reçu de la police française ces données et délégué à la police le mandat de les analyser.

Tant le retour de la commission rogatoire que le mandat d'acte d'enquête qui en a suivi n'ont pas été versés au dossier consultable par les parties.

f.a. Le 26 juillet 2021, le Ministère public a sollicité la prolongation de la détention de A_____.

Dans le cadre de sa requête, il a mentionné l'existence de la demande d'entraide du 18 mai 2021 et du mandat à la police du 16 juin 2021. Une copie caviardée de ces documents était jointe à la demande de prolongation.

f.b. Le 29 suivant, le conseil de A_____ s'est opposé à ladite prolongation, soulignant au passage que la demande d'entraide et le mandat d'acte d'enquête susmentionnés ne figuraient pas au dossier lors de sa consultation de la procédure quelques jours plus tôt.

g.a. Le 4 août 2021, le Ministère public a adressé à A_____ une copie des documents caviardés joints à la demande de prolongation de la détention, précisant que les pièces complètes n'étaient pas encore consultables.

g.b. Par lettre datée du 9 août 2021, A_____ a reproché au Ministère public de maintenir des pièces hors de toute consultation, en violation de ses droits à la défense.

h. Le 1er septembre 2021, la police a adressé au Ministère un rapport de synthèse, portant sur les données obtenues du téléphone de A_____, soit "*ses identifiants*" et "*plusieurs milliers de messages*", tous en albanais. Elle y expliquait que l'application E_____ permettait, au moyen d'un mot de passe "1_____", de supprimer toutes les données du téléphone instantanément et que D_____ garantissait la suppression, à distance et par l'entreprise, de tous les messages stockés sur un appareil si celui-ci était saisi par les forces de l'ordre.

Cette pièce n'a pas été immédiatement versée au dossier.

i.a. Le 6 septembre 2021, le Ministère public a délégué à la police la tâche d'entendre A_____ "*sur les faits nouveaux ressortant de l'analyse des conversations E_____*".

i.b. Le 8 octobre 2021, la police a tenté d'auditionner A_____, mais celui-ci a refusé de répondre, invoquant n'avoir pas eu accès aux pièces sur lesquelles il était interrogé et les qualifiant d'inexploitables.

j. Le 20 octobre 2021, le Ministère public a informé A_____ du versement à la procédure de la demande d'entraide du 18 mai 2021, de la réponse des autorités françaises et du rapport du 1er septembre 2021. Il a contesté pour le surplus l'appréciation du prévenu au sujet de l'exploitabilité de ces preuves. La commission rogatoire visait à obtenir des autorités françaises des données concernant les

téléphones munis de l'application E_____ et le droit de participer à l'administration des preuves ne s'étendait pas à la recherche de preuve.

k. Le 2 novembre 2021, A_____, après avoir consulté la procédure amplifiée des pièces litigieuses, en a requis le retranchement.

C. Dans sa décision déférée, le Ministère public refuse d'écarter du dossier les pièces issues de la commission rogatoire du 18 mai 2021, se référant à ce propos à sa position du 20 octobre 2021.

D. **a.** Dans son recours, A_____ fait grief au Ministère public d'avoir violé les art. 147, 148 CPP et 29 Cst. En tenant à l'écart du dossier les pièces relatives à la demande d'entraide du 18 mai 2021, l'autorité intimée l'avait privé, ainsi que les autres parties à la procédure, de participer à et de se déterminer sur cet acte d'enquête, par exemple en adressant des questions à l'attention de l'autorité française. Ce faisant, son droit d'être entendu, consacré par son droit de participer à l'administration des preuves, avait été violé et les pièces visées devaient être écartées. La pratique du Ministère public visant à "*restreindre l'accès au dossier aux parties*" et "*supprimer purement et simplement leur droit de participer à l'administration des preuves*", sans motif objectif, alors qu'il n'existait plus de risque de collusion, constituait un excès et/ou un abus du pouvoir d'appréciation.

b. Dans ses observations, le Ministère public soutient, citant à l'appui l'arrêt ACPR/525/2021 du 10 août 2021, que le droit de participer à l'administration des preuves au sens des art. 147 et 148 CPP ne s'appliquait pas à la commission rogatoire du 18 mai 2021, puisque celle-ci ciblait l'obtention de données en mains des autorités françaises, acte qui ne s'apparentait pas à l'administration mais à la recherche de preuves. Cette demande d'entraide devait rester "*secrète*", A_____ étant soupçonné d'avoir participé à un trafic de stupéfiants dont les membres n'avaient pas tous été identifiés. Il était également fondé à n'ouvrir la consultation du dossier qu'au fur et à mesure de l'administration des preuves principales, sans excès ni violation de son pouvoir d'appréciation.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et – les réquisits de l'art. 85 al. 2 CPP n'ayant pas été respectés – dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans – cristallisée dans le courrier du Ministère public du 3 novembre 2021, en tant qu'il refuse d'écarter du dossier les pièces relatives à la commission rogatoire du 18 mai 2021 (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 de la décision querellée,

en l'occurrence au retrait immédiat de moyens preuves qu'il tient pour inexploitables (arrêt du Tribunal fédéral 1B_485/2021 du 26 novembre 2021, consid. 2.4.3).

2. Le recourant fait grief au Ministère public d'avoir violé les art. 147, 148 CPP et plus généralement, son droit d'être entendu prévu à l'art. 29 Cst. dans le cadre de la commission rogatoire du 18 mai 2021.

2.1. L'art. 147 al. 1 1ère phr. CPP consacre le principe de l'administration des preuves en présence des parties durant la procédure d'instruction et les débats. 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 (ATF 141 IV 220 = JdT 2016 IV 79; ATF 139 IV 25 = JdT 2013 IV 226; arrêt du Tribunal fédéral 1B_404/2012 du 4 décembre 2012). Ce droit spécifique de participer et de collaborer découle du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst., art. 107 al. 1 let. b CPP) ATF 140 IV 172 consid. 1.2.1 et 1.2.2 p. 174 ss).

Le droit de participer concerne l'établissement des preuves (*Beweisabnahme*) notamment, outre les auditions, les reconstitutions, respectivement l'inspection ou les visions locales (art. 193 CPP). Ce droit ne s'étend cependant pas à la recherche ou la récolte de preuves, soit aux séquestres par exemple. Il faut en effet faire une distinction entre ce qui relève de l'administration des preuves récoltées et la recherche des preuves elle-même et leur sauvegarde (*Beweissicherung*) qui relèvent des mesures de contrainte (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1345/2016 du 30 novembre 2017 consid. 5.3.; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, n° 1 ad 147; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire CPP*, Bâle 2016, n. 5 ad art. 147).

2.2. Lorsque l'administration des preuves a lieu à l'étranger par commission rogatoire, le droit de participation des parties est réglé par l'art. 148 al. 1 CPP, prévoyant que le droit de participer des parties est satisfait lorsqu'elles peuvent adresser des questions à l'autorité étrangère requise, consulter le procès-verbal de l'administration des preuves effectuée par commission rogatoire et poser par écrit des questions complémentaires. Ainsi, les parties ont, premièrement, le droit d'adresser des questions à la direction de la procédure, à l'intention de l'autorité étrangère requise. En outre, après consultation du procès-verbal de l'administration des preuves exécutée par commission rogatoire, elles peuvent poser des questions complémentaires (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057 ss, spéc. 1167).

2.3. Dans l'arrêt ACPR/525/2021, la Chambre de céans a retenu que les art. 147 et 148 CPP ne s'appliquaient pas dans le cadre d'une commission rogatoire adressée par le Ministère public à un État étranger en vue d'obtenir divers documents (procès-

verbaux d'auditions, relevés bancaires), sans demander l'audition d'aucune personne (consid. 2.3).

2.4. En l'espèce, la demande d'entraide du 18 mai 2021 visait à obtenir des "*données pertinentes concernant les communications échangées via l'application cryptée E_____*". Les informations obtenues en retour ont consisté en des données de téléphonie, à savoir les messages envoyés et reçus depuis le téléphone crypté du recourant, lesquels ont par la suite fait l'objet du rapport de synthèse du 1er septembre 2021. Aucune personne n'a été entendue au demeurant. La commission rogatoire s'apparentait ainsi à des mesures de type ordre de dépôt ou séquestre, régulièrement exécutées en Suisse, visant la recherche et la collecte de preuves.

En cela, les circonstances ne diffèrent pas de celles de l'arrêt susmentionné et le même constat s'impose, à savoir que les art. 147 et 148 CPP ne s'appliquaient pas à la demande d'entraide contestée.

Par conséquent, le grief sera rejeté, ce qui rend vain l'examen de l'exploitabilité des preuves en question.

3. Le recourant reproche au Ministère public un excès et/ou un abus du pouvoir d'appréciation.

3.1. Aux termes de l'art. 101 al. 1 CPP, les parties peuvent, sous réserve de l'art. 108 al. 1 CPP, consulter le dossier d'une procédure pénale pendante, au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le ministère public.

La formulation ouverte de l'art. 101 al. 1 CPP confère à la direction de la procédure un certain pouvoir d'appréciation qu'il convient, en principe, de respecter. L'autorité compétente ne saurait cependant différer indéfiniment la consultation du dossier en se fondant sur cette disposition, mais doit établir que l'accès au dossier est susceptible de compromettre l'instruction et exposer les *"preuves importantes"* qui devaient être administrées auparavant (ATF 137 IV 280 consid. 2.3 p. 284).

Les preuves principales au sens de l'art. 101 CPP sont des moyens de preuve sans l'administration desquels la vérité matérielle ne peut pas être établie ou la procédure ne peut pas être close par une mise en accusation, un non-lieu ou une ordonnance pénale. Comme principales preuves, on peut également citer la réalisation de perquisitions et de saisies, l'édition de documents bancaires, l'obtention de rapports de police scientifique et d'expertises médico-légales. L'établissement des preuves les plus importantes peut également comprendre la première présentation des résultats déterminants des preuves ou des preuves recueillies (A. DONATSCH / V. LIEBER / S. SUMMERS / W. WOHLERS (éds), *Kommentar zur Schweizerischen*

Strafprozessordnung (StPO), 3e éd., Zürich 2020, n. 5 ad art. 101; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.,* n. 4b ad art. 101).

3.2. En l'espèce, le recourant estime que le maintien hors de la procédure des pièces relatives à la commission rogatoire du 18 mai 2021 ne se justifiait pas.

La nature même de l'application de cryptage installée sur le téléphone saisi et les risques concrets de voir toutes les données supprimées instantanément, sans même que le prévenu ne doive avoir l'appareil entre les mains, nécessitaient une discrétion quant aux actes d'enquêtes entrepris pour obtenir les informations recherchées. Ainsi, il était justifié de garder "*secrets*" la demande d'entraide et le mandat d'acte d'enquête dans un premier temps, d'autant plus vu l'enquête sur un trafic international de stupéfiants. Par la suite, le Ministère public n'a pas versé les données reçues des autorités françaises jusqu'à obtenir le rapport de synthèse, lequel a dû se révéler chronophage compte tenu de la quantité de messages qui ont, de plus, nécessité une traduction. Six jours après réception dudit rapport, il a mandaté la police pour entendre le recourant sur ces nouvelles pièces, ce qui aurait vraisemblablement conduit à leur versement à la procédure.

Le maintien des pièces litigieuses hors du dossier consultable procédait ainsi de motifs fondés. Force est donc de constater que la position du Ministère public, qui a agi avec diligence, ne prête pas le flanc à la critique.

Partant, le grief est rejeté.

4. Justifiée, la décision déférée sera donc confirmée.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, fixés en totalité à 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), bien qu'il bénéficie d'une défense d'office (art. 135 al. 4 et 428 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 6B_380/2013 du 16 janvier 2014, consid. 5).

6. Il n'y a pas lieu d'indemniser à ce stade le défenseur d'office (art. 135 al. 2 CPP), la procédure n'étant pas terminée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, arrêtés à 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 Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Sandro COLUNI, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Sandro COLUNI	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/21769/2020 **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	10.00
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	815.00
-	CHF	
Total	CHF	**900.00**