REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/21781/2020 **ACPR/104/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 11 février 2022

Entre

A_____, domicilié _____, comparant par M^e^ B_____, avocat,

recourant,

contre la décision rendue le 21 octobre 2021 par le Ministère public,

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 par messagerie sécurisée au greffe de la Chambre de céans le 5 novembre 2021, A_____ recourt contre la décision du 21 octobre 2021, communiquée par pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé de retrancher de la procédure P/21781/2020 les procès-verbaux contenant ses déclarations effectuées à la police et au Ministère public les 19 et 20 octobre 2021.

b. Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, préalablement, à être autorisé à compléter son recours, après consultation du dossier et du procès-verbal d'audition du 19 octobre 2021 et, principalement, au constat d'illicéité des auditions précitées, à l'annulation de la décision querellée et à ce que soit ordonné le retrait desdits procès-verbaux de la procédure pénale, le cas échéant, à ce qu'ils soient conservés jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruits.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 23 août 2021, A_____ a été interpellé et entendu par la police en qualité de prévenu.

b. Le lendemain, le Ministère public a ouvert une instruction à l'encontre de ce dernier, dans la procédure P/1_____/2021, nommé d'office M^e^ B_____, sur la base des art. 132 al. 1 let. a ch. 1 et al. 1 let. b CPP, et entendu le concerné, représenté par l'avocate-stagiaire du conseil susmentionné.

c. En substance, il était reproché à A_____ d'avoir, à Genève, depuis une date indéterminée jusqu'au 23 août 2021, séjourné et travaillé en Suisse sans les autorisations nécessaires, employé de nombreuses personnes sans autorisation de travail, tout en facilitant le séjour d'étrangers sur le territoire suisse, créé de faux documents contre rémunération à l'attention de l'Office cantonal de la population et des migrations et omis de payer les charges sociales de divers employés. Les infractions qui entraient en ligne de compte étaient basées sur les art. 251 CP, 115 à 118 LEI, 112 LAA, 76 LPP, 87 LAVS, la loi fédérale sur le travail au noir (LTN; RS 822.41) étant en sus mentionnée.

d. Par ordonnance du 27 août 2021, la procédure P/1_____/2021 a été jointe à la procédure P/21781/2020, ouverte des chefs d'infractions aux art. 87 al. 4 et 89 LAVS.

e. À la suite d'un accident de la circulation avec fuite le 25 septembre 2021, A_____ a été convoqué à la police le 19 octobre 2021 pour être entendu dans le cadre de la procédure P/2_____/2021. Informé des faits à lui reprochés (ne pas s'être conformé à l'obligation de renseigner sur l'identité du conducteur du véhicule

impliqué dans l'accident, ne pas avoir converti son permis de conduire, séjourner illégalement en Suisse et ne pas avoir respecté une obligation de quitter la Suisse) et de ses droits, il a accepté de s'exprimer sans avocat. Le lendemain, il a été prévenu d'infraction à l'art. 115 LEI pour avoir, à tout le moins depuis le 25 avril 2018, séjourné et exercé une activité lucrative en Suisse sans être titulaire des autorisations nécessaires. À teneur du procès-verbal d'audience, il a accepté d'être entendu hors la présence de son défenseur d'office.

f. Par lettre du 21 octobre 2021, le défenseur d'office de A_____ a signifié au Ministre public que les auditions de son client effectuées les 19 et 20 octobre 2021, sans sa présence, avaient été faites en violation de l'art. 130 CP, si bien qu'elles étaient inexploitables (art. 141 CPP). Les procès-verbaux devaient ainsi être immédiatement retirés du dossier.

C. Dans la décision querellée, le Ministère public relève que A_____ avait été entendu en flagrant délit pour une nouvelle infraction (art. 306 CPP) et que ladite procédure [P/2_____/2021] serait jointe à la procédure principale [ce qui sera fait par ordonnance du 29 novembre 2021]. Il n'y avait ainsi aucun cas de défense obligatoire pour ces faits, indépendants, de sorte que sa requête était rejetée.

D. **a.** Dans son recours, A_____ soutient que le Ministère public a violé les art. 131 et 141 CPP. Le 19 et 20 octobre 2021, il avait été entendu, sans avocat, tant par la police que par l'autorité précitée, alors même que le procès-verbal d'audience du 20 octobre 2021 portait le numéro de procédure P/21781/2020, dans laquelle il bénéficiait d'une défense obligatoire. Contrairement à ce que soutenait le Ministère public, il ne s'agissait pas de deux procédures distinctes. Les charges à son encontre étaient en outre les mêmes que celles qui lui avaient été notifiées en août 2021. Le principe *ne bis in idem* avait été violé puisqu'il ne pouvait pas être appelé à se défendre dans deux procédures soi-disant distinctes pour les mêmes faits. Qui plus est, dans le cadre de la P/21781/2020, le Ministère public avait annulé, le 20 octobre 2021, une audience qui devait se tenir le lendemain, en raison des certificats médicaux transmis par courrier électronique du 18 octobre 2021, lesquels soulignaient son incapacité médicale à comparaître. Le Ministère public ayant été en possession de ces informations dès cette date, un motif supplémentaire de défense obligatoire était donc aisément reconnaissable (art. 130 let. c CPP). Les deux auditions litigieuses ne pouvaient ainsi avoir lieu hors la présence de son conseil, même si, à teneur du procès-verbal d'audience du 20 octobre 2021, il y avait renoncé, la défense obligatoire étant imposée au prévenu indépendamment de sa volonté (art. 131 al. 1 et 2 CPP). Les preuves administrées étaient donc inexploitables et devaient être écartées du dossier (art. 131 al. 3 et 141 al. 2 et 5 CPP).

b. Dans ses observations, le Ministère public confirme qu'il s'agissait de deux procédures différentes, lesquelles avaient été jointes depuis. En tout état, l'argument

en lien avec la violation du principe *ne bis in idem* n'était d'aucun secours au recourant, puisque ce principe s'appliquait à des condamnations et nullement à des investigations, étant précisé qu'il n'existait aucune condamnation définitive à ce jour à l'encontre du concerné.

c. À teneur de sa réplique, A_____ expose que le procédé décrit par le Ministère public, soit le fait d'instruire par le biais de plusieurs procédures les mêmes charges, heurtait l'art. 3 CPP. Il l'était d'autant plus qu'il permettait au Ministère public d'organiser des auditions dans des procédures distinctes dont certaines sans la présence du défenseur d'office, malgré la défense obligatoire. La convocation pour son audition à la police du 19 octobre 2021 lui avait été signifiée directement – sans que son conseil soit interpellé –, dans la continuité de l'accident de circulation du 25 septembre 2021. Il s'était ainsi rendu à la police pensant être interrogé sur cet accident. S'il avait su que son audition porterait sur d'autres charges, notamment une infraction à la LEI, il en aurait informé son conseil. Un des documents établis par la police, le 19 octobre 2021, avait de surcroît fait l'objet d'une correction manuelle du numéro de procédure – l'indication manuscrite faisant référence à la P/21781/2020 –, de sorte qu'il s'agissait d'un symptôme additionnel de la confusion qui entourait la gestion procédurale du cas d'espèce.

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) – faute de notification conforme à l'art. 85 al. 2 CPP –, concerner une décision 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, a qualité pour agir (art. 104 al. 1 let. a CPP), ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).

2. Le recourant conclut, préalablement, à être autorisé à compléter son recours, après consultation de la P/21781/2020 et du procès-verbal d'audition du 19 octobre 2021.

Or, la motivation d'un acte de recours doit être entièrement contenue dans l'acte de recours lui-même et ne peut être complétée ou corrigée après l'échéance du délai de recours, lequel ne peut être prolongé (art. 89 al. 1 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 1B_183/2019 du 18 avril 2019 consid. 2).

En l'occurrence, non seulement l'acte déposé par le conseil du recourant est dûment motivé (art. 385 al. 1 CPP), mais ce dernier a eu l'occasion de répliquer, de sorte que sa demande, infondée, apparaît être sans objet.

3. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir violé le principe *ne bis in idem* et les art. 3, 130 et 131 CPP. Les procès-verbaux des 19 et 20 octobre 2021 étaient ainsi inexploitables (art. 141 CPP) et devaient être écartés de la P/21781/2020.

3.1. Selon le principe *ne bis in idem*, qui est un corollaire de l'autorité de chose jugée, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. Ce droit est consacré à l'art. 11 al. 1 CPP et découle en outre implicitement de la Constitution fédérale. L'interdiction de la double poursuite suppose la présence de deux procédures : une première, par laquelle l'intéressé a été condamné ou acquitté par un jugement définitif, doté à ce titre de l'autorité de chose jugée et non passible de remise en cause selon les voies de recours ordinaires, et une seconde, ultérieure, au cours de laquelle il aurait été à nouveau poursuivi ou puni (ATF 127 III 496 consid. 3b/bb p. 501; arrêts du Tribunal fédéral 6B_279/2018 du 27 juillet 2018 consid. 1.1; 4A_292/2017 du 29 janvier 2018 consid. 3.1; 6B_1186/2014 du 3 décembre 2015 consid. 4.2 et les références).

3.2. À teneur de l'art. 3 al. 1 CPP, les autorités pénales respectent la dignité des personnes impliquées dans la procédure, à tous les stades de celle-ci. Elles doivent, notamment, se conformer au principe de la bonne foi (al. 2 let. a) et à l'interdiction de l'abus de droit (al. 2 let. b).

Le fait de réserver ses griefs à l'instance de recours, sans les avoir jamais soumis à l'autorité précédente, contrevient à l'interdiction de l'abus de droit (ATF 125 IV 79 consid. 1b p. 81) ou, ce qui revient au même, au principe de la bonne foi, que consacre désormais l'art. 3 al. 2 CPP, également applicable aux justiciables nonobstant sa teneur (arrêt du Tribunal fédéral 6B_5/2013 du 19 février 2013 consid. 2.7; ACPR/117/2014 du 3 mars 2014). Le droit de réplique permet ainsi de déposer des observations au sujet d'une prise de position ou d'une pièce nouvellement versée au dossier (cf. ATF 137 I 195 consid. 2 p. 197 s.), mais ne saurait servir à apporter au recours des éléments qui auraient pu l'être pendant le délai légal (ATF 132 I 42 consid. 3.3.4 p. 47; arrêt du Tribunal fédéral 1B_183/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2).

3.3. Selon l'art. 130 CPP, le prévenu doit avoir un défenseur notamment lorsqu'il encourt une peine privative de liberté de plus d'un an, une mesure entraînant une privation de liberté ou une expulsion (let. b) ou en raison de son état physique ou psychique ou pour d'autres motifs, il ne peut suffisamment défendre ses intérêts dans la procédure et si ses représentants légaux ne sont pas en mesure de le faire (let. c).

3.4. Dans les cas d'une défense obligatoire, la direction de la procédure pourvoit à ce qu'il soit assisté aussitôt d'un défenseur (art. 131 al. 1 CPP). Si les conditions

d'une telle défense sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, cette défense n'a pas à être mise en œuvre lors de l'audition du prévenu par la police (ACPR 156/2012 du 19 avril 2012 consid. 3; ACPR/314/2011 du 2 novembre 2011 consid. 3. 1; ACPR/331/2012), mais doit l'être seulement après la première audition par le Ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction (art. 131 al. 2 CPP). C'est donc seulement à l'issue de la première audition par le ministère public ou si un certain temps s'écoule après l'audition du prévenu par le ministère public et que les conditions de la défense obligatoire sont remplies que ledit ministère public devra ordonner une défense obligatoire avant de rendre son ordonnance d'ouverture d'instruction (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 7 ad art. 131). Les preuves administrées avant que le défenseur obligatoire n'ait été désigné, alors que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue, ne sont exploitables qu'à condition que le prévenu renonce à en répéter l'administration (art. 131 al. 3 CPP).

La question du retrait de procès-verbaux du dossier au motif que les dispositions légales sur la défense obligatoire du prévenu (art. 130 ss. CPP) n'auraient pas été observées a été soulevée à plusieurs reprises par-devant la Chambre de céans. Dans un arrêt du 23 octobre 2014 (ACPR/472/2014), il a été statué que la mise en œuvre de la défense obligatoire ne pouvait intervenir qu'après la première audition du prévenu par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction, mais que, lorsque le prévenu avait été dûment avisé par la police de son droit à l'assistance d'un avocat et y avait valablement renoncé, le retrait subséquent du procès-verbal de ses déclarations à la police n'entrait pas en considération. Dans les cas où l'on ignorait si l'ordonnance d'ouverture d'instruction précédait ou suivait, au sens de l'art. 131 al. 2 CPP, la comparution, le même jour, du prévenu par-devant le ministère public, la peine raisonnablement envisageable, au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce, y compris d'éventuelles révocations de sursis prononcés antérieurement, devait guider la décision du ministère public; toutefois, lorsque, au début de la procédure préliminaire, il était impossible à la direction de la procédure de déterminer si la gravité de l'affaire nécessitait une défense obligatoire, les preuves administrées restaient valables.

3.5. En l'espèce, le recourant reproche au Ministère public d'avoir été entendu dans le cadre de la P/2_____/2021, le 20 octobre 2021, ainsi que la veille par la police, hors la présence du défenseur d'office qui lui avait été désigné dans la P/21781/2020, et requiert à ce titre, le retranchement desdits procès-verbaux. À tort.

Comme il a été relevé plus haut, la police n'était pas tenue de pourvoir à la défense d'office du recourant, celle-ci devant le cas échéant être mise en œuvre après la première audition du prévenu par le Ministère public.

Le libellé du procès-verbal d'audience du 20 octobre 2021 mentionne, certes, la P/21781/2020 au lieu de la P/2_____/2021. Cette erreur de plume ne prête pas à conséquence, tout comme celle que le recourant allègue être le fait de la police, car celui-ci a été mis en cause pour de nouvelles charges et s'est dûment exprimé sur celles-ci, de sorte qu'il avait bien compris faire l'objet d'une nouvelle procédure.

Quant au grief en lien avec la violation de l'art. 3 CP, invoqué la première fois au stade de la réplique, il est irrecevable. Quand bien même, aucune violation du principe *ne bis in idem* n'est à constater, nonobstant le fait que la mise en prévention du 20 octobre 2021 recoupe en partie celle du 24 août 2021, dès lors qu'il suppose une condamnation préalable du prévenu, ce qui n'est pas le cas en espèce.

Contrairement à ce que soutient le recourant, les conditions d'une défense obligatoire lors de son audition du 20 octobre 2021 dans la P/2_____/2021 n'étaient pas réunies au regard de la peine menace de l'art. 115 LEI qui n'excède pas une année de peine privative de liberté et qui n'est pas sujette à l'expulsion (cf. art. 130 let. b CPP). Par ailleurs, le recourant a expressément consenti à être entendu hors la présence de son conseil lors de ladite audience.

Enfin, aucun autre motif de défense obligatoire, et notamment pas celui prévu par l'art. 130 let. c CPP, n'entrait en ligne de compte lors de l'audition du recourant par le Ministère public le 20 octobre 2021. En effet, l'incapacité médicale de l'intéressé à comparaître, le lendemain, à une audience agendée dans la P/21781/2020 – qui avait entraîné l'annulation de ladite audience – ne constitue pas un motif suffisant au regard de la disposition précitée, ce d'autant qu'il a parfaitement pu comparaître à l'audience du 20 octobre 2021, lors de laquelle il n'a montré ou invoqué aucune incapacité physique ou psychique à déposer.

4. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée et le recours rejeté.

5. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui seront 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), étant précisé que même lorsque qu'il obtient l'assistance judiciaire, le recourant débouté peut être condamné à prendre à sa charge les frais de la procédure dans la mesure de ses moyens (arrêt du Tribunal fédéral 6B_380/2013 du 16 janvier 2014, consid. 5).

6. La procédure cantonale n'étant pas terminée, il n'y a pas lieu d'indemniser, à ce stade, l'activité de son défenseur d'office (art. 135 al. 2 CPP).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Condamne A_____ aux frais de la procédure de recours, fixés en totalité à CHF 900.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, ainsi qu'au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Olivia SOBRINO, greffière.

La greffière :	La présidente :
Olivia SOBRINO	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/21781/2020 **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**