REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/23355/2020 **ACPR/754/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 5 novembre 2021

Entre

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

recourant,

contre l'ordonnance du 14 décembre 2020 du Ministère public ordonnant l'extension des mesures de surveillance en cas de découvertes fortuites et celle du 15 décembre 2020 (OTMC/4270/2020) du Tribunal des mesures de contrainte les autorisant

Et

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

LE TRIBUNAL DES MESURES DE CONTRAINTE, rue des Chaudronniers 9,1204 Genève - case postale 3715, 1211 Genève 3,

intimés.

EN FAIT :

A. Par acte expédié le 21 mai 2021, A_____ recourt contre l'ordonnance du 14 décembre 2020 du Ministère public ordonnant l'extension des mesures de surveillance en cas de découvertes fortuites et celle du 15 décembre 2020 (OTMC/4270/2020) du Tribunal des mesures de contrainte (ci-après; TMC) autorisant, rétroactivement, notamment, l'exploitation des données recueillies au moyen du dispositif de sonorisation et de localisation sur le véhicule [de marque] C_____ immatriculé GE 1_____ à l'encontre de six personnes dont lui-même.

Le recourant conclut, sous suite de frais, à la constatation de la violation de son droit d'être entendu et de l'illicéité, à son égard, de la mesure technique de surveillance ordonnée à l'encontre de D_____ le 15 octobre 2020 par le TMC (OTMC/3450/2020) consistant en la mise en œuvre du dispositif précité. Il conclut à l'annulation, dans cette mesure, des ordonnances querellées, ainsi qu'au respect des réquisits de l'art. 278 al. 4 CPP et au retrait du dossier de toutes les pièces et rapports provenant et/ou mentionnant les données issues de cette mesure, ainsi que notamment les procès-verbaux d'audience et ses déclarations s'y rapportant.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. À teneur du rapport de renseignements du 13 octobre 2020, la police enquêtait sur D_____ soupçonné de s'adonner, à Genève, à un important trafic de stupéfiants, qui utilisait quotidiennement un véhicule [de marque] C_____ immatriculé GE 1_____ (ci-après, le véhicule), dont la détentrice, E_____, était la mère de ses enfants. Elle souhaitait sonoriser le véhicule et y installer un dispositif GPS afin de localiser le stock de D_____, identifier ses complices et mettre un terme à ses activités délictueuses.

b. Le 14 octobre 2020, le Ministère public a ordonné la mise en œuvre de la mesure sur ledit véhicule à l'égard de D_____ et autorisé l'exploitation des données recueillies contre ce dernier et tout tiers susceptible de revêtir la qualité de prévenu dans la procédure.

c. Par ordonnance du lendemain (OTMC/3450/2020), le TMC a autorisé la mise en œuvre de ladite mesure à l'égard de D_____ et l'exploitation des données recueillies contre ce dernier et de toutes les personnes qui acquerraient la qualité de prévenu dans les différentes procédures liées à l'enquête.

d. Le 4 décembre 2020, le Procureur a prévenu D_____ notamment d'infraction grave à la LStup.

e. Dans ses rapports des 5 et 6 décembre 2020, la police a transmis au Ministère public diverses conversations recueillies à la suite de la sonorisation du véhicule, dont certaines concernaient des délits relevant notamment de la LStup et auxquels d'autres personnes que A_____ auraient pris part.

f. Le 10 décembre 2020, elle a transmis au Procureur un rapport consignant diverses conversations, également recueillies à la suite de cette sonorisation, entre D_____ et A_____, lequel se trouvait dans le véhicule, à l'exception de trois conversations enregistrées alors que le premier était dans la voiture en conversation téléphonique avec le second.

Cette mesure avait permis de confirmer que D_____ s'adonnait à un trafic de stupéfiants portant sur au moins 1.7 kg de cocaïne et de découvrir que A_____ se livrait également à ce trafic portant sur au moins 400 gr. de cette drogue.

g. Le 11 décembre 2020, le Ministère public a versé la procédure P/2_____/2020 relative aux sonorisation et géolocalisation du véhicule à la P/23355/2020.

h. Par ordonnance du 14 décembre 2020, il a demandé, à la suite des "*découvertes fortuites personnelles*", que ladite mesure de surveillance secrète ordonnée dans la procédure P/2_____/2020 puisse être exploitée, au besoin, notamment à l'encontre de A_____, qui avait participé aux faits de crime selon l'art. 19 al. 1 et 2 LStup. Il a transmis son ordonnance au TMC pour autorisation.

i. Par ordonnance du lendemain (OTMC/4270/2020), le TMC a rendu la décision querellée (cf. *infra* **C.**).

j. Le 22 décembre 2020, le Ministère public a levé la mesure technique de surveillance ordonnée le 14 octobre 2020.

k. Le 11 mai 2021, le Procureur a mis en prévention A_____ pour infractions graves à la LStup. Il l'a informé que "*dans le cadre de la présente procédure pénale, par extension, il avait fait l'objet d'une mesure de surveillance secrète, soit la mise en œuvre d'un dispositif de sonorisation et géolocalisation du véhicule automobile [de marque] C_____ immatriculé GE 1_____ (art. 280 et ss CPP), du 14 octobre 2020 au 22 décembre 2020, au motif que le Ministère public souhaitait identifier les complices de D_____, localiser leurs stocks et mettre un terme à leurs agissements délictueux*".

Il a mentionné les voies de recours.

l. Par courrier du même jour, A_____ a demandé au Ministère public l'intégralité des informations recueillies dans le cadre de la surveillance ainsi que les éléments

qui avaient conduit à sa mise en œuvre (mention de la personne contre laquelle la procédure pénale était dirigée, infractions présumées, motifs, genre et durée de la surveillance, autorisation et conditions auxquelles elle avait été accordée).

Le 14 suivant, le Procureur lui a transmis "*copie des pièces demandées*".

m. Le 17 mai 2021, A_____ a requis la communication des pièces essentielles remises au TMC, dans le cadre des mesures de surveillance, en particulier les rapports des 5, 6 et 10 décembre 2020 mentionnés dans l'ordonnance de ce tribunal.

Le Procureur lui a transmis, le lendemain, copie du rapport du 10 décembre 2020, "*seul rapport [le] concernant*".

C. Dans l'ordonnance querellée, le TMC, visant les rapports de police des 5, 6 et 10 décembre 2020 et la motivation de la demande du Ministère public, fondée essentiellement sur le rapport du 10 décembre 2020, a autorisé l'exploitation des données recueillies au moyen du dispositif de sonorisation et localisation sur le véhicule, rétroactivement, à l'encontre des six personnes, dont A_____.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ allègue la violation de son droit d'être entendu; l'information de la mesure de surveillance secrète lui avait été donnée lors de l'audience d'instruction, avec simple mention de la communication au procès-verbal, sans aucune pièce ni information spontanément transmise par le Procureur. Le 17 mai 2021, il avait demandé à consulter les rapports de police des 5, 6 et 10 décembre 2020, expressément mentionnés par le TMC comme lui ayant servi à rendre sa décision; le Procureur lui avait communiqué le rapport du 10 décembre 2020, précisant qu'il s'agissait du seul rapport le concernant, sans qu'il ne puisse vérifier le bien-fondé de cette appréciation. En outre, ce dernier, qui avait transmis au TMC ces documents en guise de "*pièces essentielles*" à l'appui de sa demande du 14 décembre 2020, ne pouvait faire l'économie de les lui remettre, sauf à le priver de l'ensemble des éléments lui permettant de vérifier la licéité de la mesure.

Il allègue en outre la violation de l'art. 281 al. 2 CPP; les conditions d'autorisation d'exploitation des découvertes fortuites à son endroit n'étaient pas réunies; la sonorisation du véhicule était illicite à son égard et les découvertes fortuites en résultant inexploitables à son encontre; les décisions querellées devaient ainsi être annulées. Si les découvertes fortuites pouvaient être prises en considération lors de l'examen des conditions de l'art. 269 al. 1 let. a-c CPP, rien ne permettait de considérer, faute d'une jurisprudence établie, qu'il en irait de même s'agissant des conditions d'exécution de la mesure, au sens de l'art. 281 CPP. La mesure de surveillance ne pouvait ainsi pas être ordonnée à son préjudice, aucun indice ne permettant de considérer qu'il était l'utilisateur du véhicule, notamment pas lesdites

découvertes; il n'en avait été que brièvement le passager, ce qui était insuffisant au regard de l'art. 281 al. 2 CPP.

En outre, trois conversations avaient été enregistrées, alors qu'il n'était pas dans le véhicule sonorisé, mais en communication téléphonique avec D_____, lequel s'y trouvait seul. Or, ce n'était que si son raccordement téléphonique avait fait l'objet d'une surveillance en temps réel (écoute active) que ces conversations auraient pu être interceptées (art. 273 CPP et art. 55 OSCPT).

b. Le Ministère public conteste la violation du droit d'être entendu; le recourant avait obtenu toutes les informations mentionnées à l'art. 279 al. 1 CPP (soit l'information qu'il faisait l'objet d'une mesure de surveillance secrète, l'extension, les motifs et la durée). Il ne devait pas, de surcroît, spontanément transmettre les documents idoines à l'appui de ces informations. Cela étant, le recourant avait reçu toutes les pièces relatives à l'extension de la mesure de surveillance le concernant; les rapports des 5 et 10 [*recte* 6] décembre 2020 se rapportaient à l'extension à l'égard de D_____ pour de nouvelles infractions et à l'égard de nouveaux prévenus autres que le recourant.

Le Procureur considère que la mesure de surveillance initiale visait également "*dès le départ*" le recourant qui avait acquis, par la suite, la qualité de prévenu. En effet, l'ordonnance du 15 octobre 2020 du TMC autorisant la mise en œuvre de la mesure technique de surveillance à l'égard de D_____ avait, en particulier, autorisé l'exploitation des données recueillies contre ce dernier en relation avec une infraction grave à la LStup "*et toutes personnes qui acquerront la qualité de prévenu dans les différentes procédures liées à la présente*", sans qu'une extension ultérieure (au moment de connaître son nom) ne soit nécessaire.

L'expression de l'art. 278 al. 2 CPP "*lorsque les conditions requises pour une surveillance de cette personne sont remplies*" ne se référait pas exclusivement, contrairement à ce que soutenait le recourant, à la mesure de surveillance ordonnée dans le cas d'espèce, soit en l'occurrence la sonorisation/localisation sur le véhicule. Les faits, découverts à l'occasion de la mesure de surveillance initiale, ne pouvaient être utilisés que s'ils concernaient une infraction figurant dans la liste de l'art. 269 al. 2 CP. Or, tel était le cas en l'espèce, le recourant étant prévenu d'infraction grave à la LStup, visée à l'art. 269 al. 2 let. f CPP.

De plus, même à retenir la conception restrictive du recourant, les conditions requises pour la sonorisation du véhicule utilisé principalement par D_____ auraient été remplies, à au moins trois reprises.

c. Le recourant réplique qu'au sens de l'art. 281 al. 2 CPP, le "*prévenu*" se comprenait en l'espèce comme étant lui-même. Avoir été brièvement présent dans le véhicule ne

faisait pas de lui son utilisateur. Le Procureur ne se déterminait pas sur le sort des trois conversations tenues alors qu'il n'était pas présent dans le véhicule.

EN DROIT :

1. **1.1.** 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) – l'ordonnance querellée du TMC ayant été portée à la connaissance du recourant le 11 mai 2021 –, concerner une mesure de surveillance secrète sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 279 al. 3 *cum* 281 al. 4 et 393 CPP; art. 128 al. 2 let. a LOJ) et émaner de la personne ayant fait l'objet de la mesure, soit le prévenu (art. 104 al. 1 let. a et 382 al. 1 CPP).

1.2. Le recours est irrecevable contre les ordonnances ou les autres actes de procédure du Ministère public ayant pour objet, notamment, la surveillance de la correspondance par poste ou télécommunication (art. 269-275, 277-279 CPP), l'utilisation d'autres dispositifs techniques de surveillance (art. 280-281 CPP) en raison de la procédure d'autorisation devant le tribunal des mesures de contrainte et de l'ouverture du recours consécutivement à la communication (éventuelle) de la mesure (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019, n. 17 ad art. 393).

La conclusion du recourant visant à ce que l'ordonnance du Ministère public du 14 décembre 2020 soit annulée est dès lors irrecevable.

1.3. Selon un principe général de procédure, les conclusions constatatoires ont un caractère subsidiaire et ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues (ATF 135 I 119 consid. 4 p. 122; arrêt du Tribunal fédéral 1C_79/2009 du 24 septembre 2009 consid. 3.5 publié in ZBl 2011 p. 275).

Il s'ensuit que, dans la mesure où les conclusions principales du recourant englobent sa conclusion constatatoire de l'illicéité à son égard de la mesure technique de surveillance, celle-ci n'est pas recevable.

2. Le recourant allègue la violation de son droit d'être entendu.

2.1. Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. art. 3 al. 2 let. c, 101 et 107 CPP) implique notamment le devoir pour l'autorité de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF

141 V 557 consid. 3.2.1 p. 565; arrêt du Tribunal fédéral 1B_273/2019 du 3 décembre 2019 consid. 2.1).

Le droit d'être entendu comprend en outre le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier et de participer à l'administration des preuves essentielles (cf. art. 147 CPP) ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre. Le prévenu doit pouvoir consulter le dossier pour connaître préalablement les éléments dont dispose l'autorité et jouir ainsi d'une réelle possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure. Pour que cette consultation soit utile, le dossier doit être complet afin que le prévenu puisse, cas échéant, soulever une objection contre leur validité. C'est une condition pour qu'il puisse sauvegarder d'une manière générale ses droits de la défense, comme l'exigent les art. 32 al. 2 Cst. et 6 par. 3 let. b CEDH; cette seconde disposition est en principe respectée si le prévenu a la possibilité d'organiser sa défense de manière appropriée et sans restriction quant à la possibilité de présenter au juge tous les moyens de défense pertinents et par là même d'influencer l'issue de la procédure (ATF 122 I 109 consid. 3a p. 113; arrêt du Tribunal fédéral 1B_273/2019 du 3 décembre 2019 consid. 2.1).

2.2. À teneur de l'art. 279 al. 1 CPP, au plus tard lors de la clôture de la procédure préliminaire, le ministère public communique au prévenu ainsi qu'aux tiers qui ont fait l'objet d'une surveillance au sens de l'art. 270, let. b, les motifs, le mode et la durée de la surveillance. L'art. 281 al. 4 CPP renvoie aux art. 269 à 279 s'agissant de l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance.

2.3. Le recourant ne conteste pas que la communication faite à l'audience du 11 mai 2021 répondait aux conditions de l'art. 279 al. 1 CPP, mais se plaint de ne pas avoir reçu deux rapports de police, que le Procureur allègue ne pas le concerner, mais qui auraient été remis comme pièces essentielles au TMC.

Cela étant, l'accès au dossier ne lui a pas été refusé de sorte qu'il pouvait solliciter, ce qu'il n'a pas fait, sa consultation pour y trouver tous les documents qu'il considérait utiles pour former son recours et notamment vérifier l'assertion du Ministère public. Comme en matière de détention (cf. ACPR/432/2021 du 29 juin 2021 consid. 2 et les réf.), il lui appartenait de le faire, et non aux autorités pénales spontanément.

On ne voit pas, et le recourant ne l'expose pas, qu'il n'ait pas disposé des éléments suffisants pour lui permettre de contester la légalité de la mesure ordonnée par le TMC à son encontre.

Partant, ce grief peut être écarté.

3. Le recourant allègue que le Ministère public aurait violé l'art. 281 al. 2 CPP; il conteste que les conditions pour autoriser l'exploitation des découvertes fortuites à son endroit soient réunies.

3.1. Selon l'art. 280 let. a CPP, le ministère public peut utiliser des dispositifs techniques de surveillance aux fins d'écouter ou d'enregistrer des conversations non publiques.

À teneur de l'art. 281 al. 2 CPP, les locaux ou les véhicules de tiers ne peuvent être placés sous surveillance que si des faits déterminés permettent de supposer que le prévenu se trouve dans ces locaux ou utilise ces véhicules.

Contrairement à l'art. 270 CPP, ce n'est pas le tiers qui est surveillé en cas d'application de l'art. 281 al. 2 CPP, mais uniquement un local ou le véhicule de ces tiers. Une telle surveillance peut être mise en œuvre à la condition que le prévenu se trouve dans les locaux ou utilise le véhicule (arrêt du Tribunal fédéral 1B 93/2021 du 19 juillet 2021 consid. 3.1 et les références citées).

3.2. Il y a découverte fortuite lorsque, à l'occasion d'une surveillance valablement ordonnée, l'autorité découvre des infractions qui lui étaient inconnues au moment d'ordonner la surveillance (art. 278 al. 1 CPP) ou un auteur de l'infraction ayant suscité la surveillance dont il ignorait l'existence au moment de l'ordonner (art. 278 al. 2 CPP).

3.3. Sur le plan de la systématique légale, outre les dispositions spécifiques des art. 280 et 281 al. 1 à 3 CPP, les mesures techniques de surveillance sont régies, vu le renvoi exprès de l'art. 281 al. 4 CPP, par les art. 269 à 279 CPP. Il en résulte l'application des règles qui présentent une portée générale, à savoir celles qui ne sont pas explicitement conçues pour des états de fait particuliers ou des techniques de surveillance propres à la correspondance par poste ou télécommunication. Il en va ainsi des art. 269 (conditions), 272 al. 1 (régime de l'autorisation), 274 à 276 (procédure d'autorisation), 277 (informations recueillies lors d'une surveillance non autorisée), 278 (découvertes fortuites) et 279 CPP (communication). La mise en oeuvre d'une mesure technique dépend de l'existence de graves soupçons portant sur une infraction figurant dans la liste exhaustive de l'art. 269 al. 2 CPP (ATF 144 IV 370 consid. 2.3 et les références citées; 132 IV 70 consid. 6.5; arrêt du Tribunal fédéral 6B_605/2018 du 28 septembre 2018 consid. 1.1).

3.4. Selon l'art. 269 al. 1 CPP, le ministère public peut ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication aux conditions suivantes : de graves soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'alinéa 2 a été commise (let. a); cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction (let. b); les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou

les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles en l'absence de surveillance (let. c). Seules les infractions visées par le catalogue exhaustif de l'art. 269 al. 2 CPP peuvent justifier une surveillance.

3.5. Le recourant ne critique pas la validité de l'ordonnance du 15 octobre 2020 du TMC autorisant la mise en œuvre de la mesure technique de surveillance à l'égard de D_____.

On ne peut le suivre lorsqu'il considère que les découvertes fortuites à son encontre (art. 278 al. 2 CPP) devraient être soumises au respect des conditions de l'art 281 al. 2 CPP – soit, en l'espèce, la nécessité qu'il soit lui-même un utilisateur du véhicule –. En effet, la sonorisation de ce véhicule a été autorisée dans le but d'écouter les conversations que D_____ – prévenu – aurait, dans cette voiture, avec d'autres acteurs du trafic, alors non identifiés.

Ainsi, l'utilisation des découvertes fortuites visées à l'art. 278 al. 2 CPP suppose le respect des conditions générales de l'art. 269 CPP, soit que le tiers visé soit soupçonné être l'auteur d'une infraction reprise dans la liste de l'al. 2 de cet article et l'autorisation du TMC; l'art. 278 al. 2 CPP ne renvoie pas aux conditions spécifiques à la sonorisation d'un véhicule visées par l'art. 281 al. 2 CPP.

Dès lors, les conversations enregistrées dans ledit véhicule sont exploitables à l'encontre du recourant, y compris celles qu'il a eues alors qu'il n'était pas présent dans la voiture; en effet celles-ci n'ont pas été enregistrées à la suite d'une surveillance téléphonique mais grâce à la sonorisation de la voiture.

Le recourant ne conteste pas, en outre, le respect de l'art. 269 al. 2 CPP ni de la procédure devant le TMC.

Les conclusions du recourant tendant à leur retrait du dossier et à leur destruction sont ainsi sans objet.

4. Justifiée, l'ordonnance querellée sera donc confirmée.

5. Le recourant, bien qu'au bénéfice de l'assistance juridique, succombe. Il supportera les frais de la procédure de recours (art. 428 al. 1 CPP; arrêts du Tribunal fédéral 1B_203/2011 du 18 mai 2011 consid. 4 et 1B_372/2014 du 8 avril 2015 consid. 4.6 [arrêts qui rappellent que l'autorité de deuxième instance est tenue de dresser un état de frais pour la procédure de recours, sans égard à l'obtention de l'assistance judiciaire]), qui comprendront un émolument de décision de CHF 1'000.- (art. 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP; E 4 10.03).

6. Il n'y a pas lieu d'indemniser à ce stade son défenseur d'office (art. 135 al. 2 CPP).

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours.

Met à la charge de A_____ les frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 1'000.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, au Tribunal des mesures de contrainte et 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/23355/2020 **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	1'000.00
-	CHF	
Total	CHF	**1'085.00**