

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/2880/2010

ACPR/252/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mercredi 29 avril 2015

Entre

A _____, domicilié _____, comparant par M^e Marc HASSBERGER, avocat, Chabrier & Associés, rue du Mont-Blanc 3, case postale 1363, 1211 Genève 1,

recourant

contre l'omission du Ministère public de rendre une décision tendant à la restriction du droit d'être entendu et contre l'audition de B _____ du 16 décembre 2014,

et

C _____, domicilié _____, comparant par M^e Frédéric SERRA, avocat, Froriep, rue Charles Bonnet 4, case postale 399, 1211 Genève 12,

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 au greffe de la Chambre de céans le 26 décembre 2014, A_____ recourt contre l'omission du Ministère public de rendre une décision tendant à la restriction du droit d'être entendu et contre l'audition de B_____ par le Ministère public le 16 décembre 2014, dans la cause P/2880/2010.

Le recourant conclut, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, soit à ce qu'interdiction soit faite au Ministère public de procéder à toute nouvelle audition de B_____ et/ou à exploiter ses déclarations de quelque manière que ce soit, jusqu'à droit jugé sur le recours, principalement, à ce que les procès-verbaux de l'audition de B_____ du 16 décembre 2014 soient écartés de la procédure, sous suite de frais et dépens.

- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Le 17 février 2010, C_____ a déposé plainte pénale pour abus de confiance et gestion déloyale aggravée contre A_____, son dirigeant à titre fiduciaire, lui reprochant, notamment, d'avoir utilisé frauduleusement des fonds qu'elle avait investis et d'avoir encaissé par le biais du groupe D_____, dont il était le directeur, des commissions qui devaient lui revenir à elle.

b. En date du 9 avril 2010, A_____ a été inculpé des chefs d'infraction aux art. 138, 158, voire 146 CP, pour avoir, entre décembre 2006 et juillet 2008, accepté le mandat d'administrateur d'une société E_____ financée à hauteur de EUR 25 millions par C_____/E_____ devant développer plusieurs projets immobiliers en Suisse -, la mauvaise gestion de ces projets ayant entraîné des pertes, étant précisé qu'il avait indûment prélevé des revenus pour EUR 5 millions et qu'il avait détourné plus de EUR 10 millions pour les utiliser dans des projets immobiliers personnels (en dehors du groupe E_____), en particulier avec sa société D_____, causant un dommage de près de EUR 15 millions.

c. B_____ a été entendu par la police le 21 avril 2010, hors présence des parties, puis par le Juge d'instruction le 21 mai 2010 en présence des parties qui ont pu poser leurs questions.

d. Par acte d'accusation du 6 septembre 2013, A_____ a été renvoyé en jugement devant le Tribunal correctionnel.

e. Le 23 juin 2014, le Tribunal correctionnel a suspendu la procédure et renvoyé l'accusation au Ministère public afin qu'il complète l'instruction, notamment en entendant certains témoins.

f. Le Ministère public a ainsi convoqué, notamment, une audience d'instruction le 16 décembre 2014, afin d'y entendre B_____, en qualité de témoin.

Il ressort du procès-verbal de l'audience tenue à partir de 9h00 ce jour-là que le témoin avait souhaité rencontrer le Procureur seul avant l'audience. Le magistrat avait accepté cette proposition et "*dit que cet acte [pourrait] être répété si nécessaire*". L'entretien, retranscrit au procès-verbal sous la forme d'une note du Procureur, a duré jusqu'à 9h25, hors la présence des parties. Le témoin a ainsi annoncé qu'il allait faire une déclaration différente de sa déposition de 2010. Le Procureur lui a simplement demandé de dire la vérité. Il a indiqué que sa situation personnelle était mauvaise à cause de ce qui était arrivé par le passé en lien avec C_____ et A_____, qui l'avait manipulé et lui avait volé de l'argent. Il craignait d'être arrêté s'il modifiait ses dires. Le Procureur a relevé que le code lui imposait d'être loyal et qu'il ne profiterait pas de sa présence pour l'arrêter.

À partir de 9h30, les parties - qui ignoraient l'audience qui venait d'avoir lieu - ont été introduites dans la salle et ont pu poser leurs questions au témoin, qui est notablement revenu sur la version des faits qu'il avait exposée en 2010. A_____ et son défenseur ne sont pas intervenus et n'ont posé aucune question. À l'issue de l'audience, le Procureur a indiqué que ce témoin allait être convoqué à nouveau le 30 janvier 2015, puis il a remis aux parties sa "*note*" du même jour retranscrivant son entretien seul-à-seul avec le témoin intervenu le matin même.

- C. a. Au titre de la recevabilité de son recours, le recourant invoque que le Ministère public avait secrètement restreint le droit d'être entendu des parties, alors qu'il lui incombait de rendre une décision formelle.

Dans la partie dévolue à l'octroi de l'effet suspensif, le recours est défini comme visant à écarter les déclarations faites par le témoin

Au fond, le recourant estime que son droit d'être entendu a été violé par l'administration de preuves en son absence. La défense devait être en mesure de contrôler la crédibilité de la déposition d'un témoin et de mettre en cause sa valeur probante, ce qui impliquait d'être présent pour *toutes* les déclarations faites par un témoin. De plus, le Procureur avait délibérément caché aux parties l'existence de l'audience *ex parte*. Il en résultait une violation du droit qui impliquait de retirer les procès-verbaux du 16 décembre 2014 de la procédure. En effet, la tenue de toute l'audition du témoin - y compris lorsque les parties y avaient participé - avait été biaisée, car le Ministère public était en possession d'informations sur l'état d'esprit du témoin déterminantes pour son audition. Le principe d'égalité des armes avait été violé.

b. Par ordonnance du 30 décembre 2014 (OCPR/122/2014), la Chambre de céans a rejeté la demande d'effet suspensif.

c. Dans ses observations, le Ministère public a souligné que le recourant n'avait, concernant une prétendue omission, jamais sollicité de décision. Il a donc rendu le jour même une décision portant sur la demande du recourant de retirer le procès-verbal d'audition *ex parte* du témoin. Il a estimé que cette décision n'était pas sujette à recours en raison de l'art. 318 al. 3 CPP. Le recours était donc sans objet.

À teneur de l'ordonnance susévoquée intitulée "*ordonnance de refus d'administration de preuves*", le Ministère public a considéré que l'audition de B_____ le 19 décembre 2014 entre 9h00 et 9h25 constituait une "*preuve principale non encore administrée*". Le droit des parties avait été sauvegardé avec l'audience contradictoire tenue le même jour et la suite d'audience prévue le 30 janvier 2015. La demande d'écartier le procès-verbal était donc rejetée, car les explications fournies par le témoin étaient utiles à la procédure. Il était important de savoir pourquoi B_____ apportait en 2014 de nombreux éléments nouveaux par rapport à son premier témoignage de 2010.

d. C_____ a fait part de ses observations et conclut au rejet du recours, sous suite de dépens non chiffrés.

Le recours était vide de substance et purement chicanier, dès lors que le recourant allait disposer d'une occasion de poser toutes les questions qu'il souhaitait au témoin lors de l'audience du 30 janvier 2015. Il était d'ailleurs libre d'exercer son droit d'être entendu déjà lors de l'audience du 16 décembre 2014.

e. Le 30 janvier 2015, B_____ a été entendu en audience contradictoire durant toute la matinée et tout l'après-midi par le Ministère public.

f. A_____ a répliqué. Il conteste que le recours fût devenu sans objet, car le Ministère public n'était pas habilité à transformer son recours en une demande d'acte d'instruction. Le Ministère public n'avait de toute manière pas traité la question du retrait du procès-verbal de l'audience du 16 décembre 2014 ayant eu lieu en présence des parties.

g. La réplique ayant été transmise aux autres parties, qui n'ont pas dupliqué, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT :

1. **1.1.** À titre liminaire, il sied de relever l'approche désordonnée suivie par le recourant et le Ministère public dans le présent litige. En effet, le recours, dont les conclusions visent manifestement à écarter de la procédure les procès-verbaux litigieux, a été déposé sans qu'une demande en ce sens n'ait été préalablement formulée auprès du Ministère public et que l'occasion n'ait donc été donnée à cette autorité de statuer sur ce point. Le recourant a supputé un refus du Ministère public. En cela, son recours aurait dû être déclaré irrecevable, faute de décision attaquant. Toutefois, le Ministère public a statué, lorsque l'occasion lui a été donnée de s'exprimer sur le recours. Certes, il s'est prononcé seulement sur le premier des procès-verbaux du 16 décembre 2014, mais il appert clairement que son refus d'écarter ce document emporte le refus d'écarter aussi le second.

Il en découle que l'"*intuition*" du recourant sur un éventuel refus du Ministère public d'écarter les procès-verbaux s'est avérée fondée. Afin d'éviter tout formalisme excessif et de trancher le litige, la Chambre de céans considérera donc - exceptionnellement - que le recours vise la décision du Ministère public de ne pas admettre les parties lors de la première partie de l'audition d'un témoin, puis son refus d'écarter les procès-verbaux retranscrivant les déclarations de ce témoin.

- 1.2.** Compris comme tel, 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 omission, voire une décision, du Ministère public 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 à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP).
2. Le recourant reproche au Ministère public d'avoir procédé à l'audition *ex parte* du témoin B_____ et de n'avoir pas rendu préalablement une décision écrite et motivée sur ce point. Il conclut donc à ce que les procès-verbaux du 16 décembre 2014 soient écartés de la procédure.

2.1. En vertu des art. 147 al. 1 première phrase CPP et 146 al. 1 CPP, l'administration des preuves ne sert pas uniquement à respecter le droit d'être entendu des parties, mais surtout à la recherche de la vérité dans le cadre de la procédure pénale (art. 139 al. 1 et 6 al. 1 CPP). D'une part, la loi prévoit des exceptions à l'administration des preuves en présence des parties (cf. les art. 101 al. 1, 108, 146 al. 4 et 149 al. 2 lit. b CPP en comparaison avec l'art. 107 al. 1 lit. b CPP). D'autre part, une violation de l'art. 147 al. 1 CPP n'interdit pas l'exploitation des preuves à la charge de toutes les parties, mais seulement à la charge de celles qui n'étaient pas présentes lors de

l'administration des preuves (art. 147 al. 4 CPP) (ATF 139 IV 25 consid. 5.4.1 = JdT 2013 IV 226).

Des auditions séparées, hors de la présence des parties, par la police sont possibles si celle-ci procède à l'audition de suspects lors d'investigations qu'elle mène de manière indépendante (art. 306 al. 2 lit. b CPP).

Lors de l'interprétation de l'art. 147 CPP durant la phase initiale de l'instruction, c'est-à-dire jusqu'à la première audition des accusés, il convient également de tenir compte de l'art. 101 al. 1 CPP relatif au droit de consulter le dossier, qui constitue une disposition étroitement liée d'un point de vue objectif (ATF 139 IV 25 consid. 5.4.1 = JdT 2013 IV 226 consid. 5.5.2). Une cohérence doit être garantie, lors de l'interprétation du CPP, entre les dispositions concernant la consultation du dossier et celles relatives à la participation à l'administration des preuves, leur contenu présentant un lien de connexité. Etant donné que le libellé de l'art. 147 al. 1 CPP ne dit rien à propos des antagonismes relevés (entre, d'un côté, la recherche de la vérité dans la procédure pénale et, de l'autre, les droits des parties, respectivement le principe de l'égalité procédurale entre les coaccusés), il convient de combler cette lacune législative de manière adéquate et cohérente. Le ministère public peut examiner de cas en cas - à l'image de la consultation du dossier selon l'art. 101 al. 1 CPP - s'il existe des motifs objectifs pour restreindre momentanément la présence des parties à l'administration des preuves. En particulier, de tels motifs sont donnés s'il existe un risque de collusion concret avant que l'autorité pénale ne donne des injonctions. L'accusé (qui n'a pas encore été interrogé) peut être exclu de l'audition d'un coaccusé si celle-ci se rapporte à des faits objets de l'enquête qui concernent l'accusé personnellement et pour lesquels aucune injonction n'avait encore pu lui être signifiée. En revanche, la simple éventualité que "*les intérêts de la procédure soient (abstraitement) mis en péril*" par un comportement régulier relevant de la tactique procédurale ne suffit pas à justifier une exclusion des auditions (ATF 139 IV 25 consid. 5.4.1 = JdT 2013 IV 226 consid. 5.5.4.1).

Un refus ou des restrictions du droit du prévenu à participer à une audition, en application des art. 101 al. 1, 108 et 146 al. 4 CPP, soit les dispositions permettant sous certaines conditions de restreindre les droits des parties, ne peuvent être communiquées que sous la forme d'une décision qui puisse être soumise au contrôle d'une autorité supérieure (art. 80 CPP ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_329/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 2.2.).

2.3. S'agissant plus particulièrement des conséquences d'une violation du droit des parties de participer à l'administration des preuves, l'art. 147 al. 4 CPP prévoit que les preuves administrées en l'absence d'une partie ne sont pas exploitables à l'égard de la partie qui n'était pas présente. Par contre, la question de savoir ce qu'il advient de la preuve déjà administrée lorsque l'audition est répétée postérieurement en présence

des parties suscite diverses opinions en doctrine. Certains préconisent une "guérison" du moyen de preuve administré hors présence des parties, alors que d'autres estiment que le moyen de preuve est irrémédiablement inexploitable, en particulier si les parties ont été indûment exclues de l'audition (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2^e éd., Bâle 2014, n. 28 ad art. 147 avec les références citées). Selon l'opinion pertinente d'un auteur, "guérir" une violation du droit de participer à l'administration des preuves ne peut, dans tous les cas, pas signifier la suppression pure et simple du vice ou la transformation de la preuve viciée en une preuve exploitable. À soutenir le contraire, on autoriserait l'autorité d'instruction à entendre une première fois les témoins hors présence des parties, puis à les réentendre en présence de celles-ci, ce qui constituerait une violation des principes fondamentaux que sont l'égalité des armes et l'instruction contradictoire (S. CHRISTEN, *Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung*, Zurich 2010, p. 170).

Contrairement à ce que prévoit l'art. 141 al. 5 CPP, la preuve administrée en violation de l'art. 147 CPP ne doit pas être écartée du dossier. En effet, l'application de l'art. 147 al. 4 CPP implique une "inexploitabilité relative"; la preuve est inexploitable seulement à l'encontre des parties absentes (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 35 et 36 ad art. 247).

2.4. En l'occurrence, le Ministère public a auditionné seul-à-seul le témoin B _____ pendant 25 minutes hors la présence des parties. On ignore quand, comment et pourquoi la décision de procéder ainsi a été prise. Il est néanmoins certain qu'aucune des parties n'en a été avertie à l'avance et qu'aucune décision formelle n'a été rendue préalablement. Au contraire, le Ministère public a tenu cette entrevue secrète jusqu'au terme de l'audition du témoin en présence des parties, puis leur a communiqué le procès-verbal de l'audition *ex parte*.

Cette manière de procéder s'écarte gravement des principes formulés dans la jurisprudence, lesquels exigent en principe qu'une restriction du droit de participer soit prononcée sous forme d'une décision sujette à recours, communiquée aux parties.

Comme le soutient le recourant, la violation du droit d'être entendu entraîne en principe l'annulation de la décision concernée. Cependant, *in casu*, la décision a déjà déployé ses effets, de sorte que son annulation, à laquelle ne conclut, au demeurant, pas le recourant, serait vaine.

La seule sanction envisageable consiste dans l'application de l'art. 147 al. 4 CPP, à savoir l'inexploitabilité du procès-verbal concerné.

Or, les conditions de l'art. 147 al. 4 CPP sont réunies, dès lors que le Ministère public a entendu, hors la présence des parties et sans aucune justification, un témoin, alors que ce témoin avait déjà été entendu précédemment dans la procédure et ne constituait donc manifestement - contrairement à ce qu'il se hasarde à soutenir - pas une preuve principale non encore administrée. Certes, des audiences contradictoires ont eu lieu, postérieurement, le même jour et le 30 janvier suivant, mais admettre, dans un tel cas, ainsi que le préconise la doctrine susévoquée, une guérison des vices qui affectaient cette audition reviendrait à autoriser le Ministère public à mener une instruction "*en deux temps*" contraire à l'esprit du CPP et à l'économie de procédure, dès lors que le Ministère public serait systématiquement contraint d'administrer à répétition la même preuve.

Il en découle que le procès-verbal du 16 décembre 2014 portant sur l'audition du témoin B_____ entre 9h00 et 9h25 est inexploitable à l'encontre des parties absentes lors de cette audition. Elle ne saurait toutefois être écartée du dossier, comme le souhaite le recourant, mais elle sera inexploitable à son encontre.

2.5. S'agissant par contre du procès-verbal de la deuxième audition de B_____ s'étant déroulée dès 9h30, en présence de toutes les parties, il ne ressort pas du premier procès-verbal que cette audience aurait été "*préparée*" lors de la première audition. Il n'y a pas eu de mise en condition du témoin, qui a seulement été exhorté à dire la vérité. Toute influence de la première audition *ex parte* sur la deuxième peut donc être exclue et ne ressort pas de la retranscription des propos du témoin.

Il est, par ailleurs, manifeste que la deuxième audition a été, pour elle-même, menée dans des conditions régulières. Les parties y ont été convoquées et y ont assisté de manière conforme à la loi. Elles n'ont pas été empêchées de poser des questions au témoin, ou d'intervenir d'une quelconque manière.

Enfin, l'audience de B_____ a été répétée le 30 janvier 2015. Même à supposer une influence mutuelle des auditions du 16 décembre 2014, cette réaudition à une date ultérieure aurait, de toute manière, permis de rétablir l'équilibre procédural et de combler les désavantages dont se plaint le recourant, mais qui n'ont pas été démontrés. Les parties ont disposé à cette occasion de toutes les informations au sujet du témoin et de ses auditions précédentes, ainsi que de temps pour se préparer, ce qui leur a permis de poser, encore une fois, toutes les questions pertinentes et utiles.

L'audition du témoin B_____ le 16 décembre 2014 après 9h30, est donc une preuve exploitable, sans restriction.

3. Partiellement fondé, le recours sera admis.

4. 4.1. Le recourant obtient gain de cause sur le point décisif de son recours, de sorte qu'il ne se justifie pas de lui faire supporter les frais (art. 428 al. 1 CPP). Ceux-ci seront donc mis à la charge de l'État.

4.2. Le recourant, prévenu, conclut à l'octroi d'une équitable indemnité pour ses frais d'avocat, qu'il ne chiffre pas.

À teneur de l'art. 436 al. 2 CPP, si ni un acquittement total ou partiel, ni un classement de la procédure ne sont prononcés mais que le prévenu obtient gain de cause sur d'autres points, il a droit à une juste indemnité pour ses dépenses.

En l'occurrence, le recours consiste en un écrit de 11 pages, qui justifie 3h00 de travail au tarif horaire usuel de CHF 450.-, soit CHF 1'350.-.

La TVA n'est pas due au vu de son domicile à l'étranger (ACPR/150/2014).

4.3. L'intimée, partie plaignante, n'a pas chiffré, ni justifié sa demande de dépens, de sorte qu'il ne sera pas entrée en matière à ce sujet (art. 433 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par A_____ contre l'omission du Ministère public de rendre une décision tendant à la restriction du droit d'être entendu et contre l'audition de B_____ du 16 décembre 2014 dans la procédure P/2880/2010.

L'admet partiellement et constate le caractère inexploitable à l'égard de A_____ du procès-verbal de l'audition de B_____ tenue le 16 décembre 2014 entre 9h00 et 9h25.

Rejette pour le surplus le recours, dans la mesure de sa recevabilité.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'350.-, TTC.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président ; Mesdames Daniela CHIABUDINI et Alix FRANCOTTE CONUS, juges ; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

Le président :

Christian COQUOZ

Notification :

Le présent arrêt est notifié ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, à C_____, soit pour elle son conseil, et au Ministère public.

Indication des voies 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.