REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3118/2022 **ACPR/822/82022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 22 novembre 2022

Entre

A_____, actuellement détenu à la prison de B_____, comparant par M^e^ C_____, avocat,

recourant,

contre la décision de refus d'écarter au dossier des preuves, rendue le 24 août 2022 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 au greffe de la Chambre de céans le 7 septembre 2022, A_____ recourt contre la décision du 24 août 2022, communiquée sous pli simple, par laquelle le Ministère public a refusé de procéder au retrait de certaines pièces du dossier.

Le recourant conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision précitée; au constat de l'inexploitabilité de sept pièces du dossier et à leur retrait du dossier, respectivement au caviardage de toute autre pièce/passage résultant des pièces inexploitables; à la nullité – subsidiairement à l'annulation – du mandat d'actes d'enquête rendu le 30 mai 2022 par le Ministère public.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. A_____ a été arrêté le 9 février 2022 et mis en prévention pour avoir, à Genève, le jour-même, participé – de concert avec des personnes non encore identifiées – à une escroquerie au préjudice de D_____, âgée de 77 ans.

b. Le rapport d'arrestation fait état, dans son préambule, d'une série d'escroqueries téléphoniques commises à Genève au préjudice de personnes âgées depuis la fin du mois de septembre 2021.

c. Entendu à plusieurs reprises par la police et le Ministère public, A_____ a expliqué être venu à Genève pour la première fois le jour de son arrestation. Il a refusé de se déterminer sur la série d'escroqueries susmentionnée.

d. Dans son rapport de renseignements du 9 mai 2022, la police a précisé que les cas d'escroqueries téléphoniques évoqués dans son rapport du 9 février précédent avaient été commis selon le même mode opératoire utilisé par A_____. Depuis son arrestation, les cas signalés avaient fortement baissé. À l'issue du rapport, elle demandait au Ministère public de pouvoir auditionner des victimes d'escroqueries similaires afin de déterminer l'implication éventuelle du prévenu.

e. Par mandat d'actes d'enquête du 30 mai 2022, le Ministère public a donné suite à cette demande, précisant que les victimes devaient être entendues en qualité de témoin et qu'une photographie du prévenu devait leur être soumise.

L'acte précise que: "*au vu de la nécessité d'administrer des preuves principales, les auditions se feront en l'absence des autres parties et de leurs conseils. [Elles] seront répétées devant le Ministère public en cas de témoignage à charge*".

f. Le 13 juillet 2022, la police a, sur délégation du Ministère public, entendu six personnes, en qualité de personnes appelées à donner des renseignements, en l'absence du prévenu et de son conseil.

g. À teneur du rapport de renseignement de la police du 15 suivant, seules E_____ et F_____ ont mis en cause le prévenu sur présentation d'une planche photographique. Les autres, dont G_____, n'ont pas reconnu A_____ comme étant l'auteur.

Les plaintes des six victimes, déposées entre les 30 novembre 2021 et 14 janvier 2022, ont été jointes au rapport.

h. Le 16 août 2022, le Ministère public a entendu E_____, F_____ et G_____, en présence du prévenu et de son conseil, hors confrontation. À l'issue de leur audition, il a reproché à A_____ d'avoir à Genève, les 16 décembre 2021 et 13 janvier 2022, participé – de concert avec des personnes encore non identifiées – à des escroqueries au préjudice des deux premières.

Selon le procès-verbal de l'audience, le mandat d'actes d'enquête du 30 mai 2022 et le rapport de renseignement du 15 juillet 2022 ont été remis au conseil du prévenu.

i. Par courrier du 23 août 2022, A_____ a reproché au Ministère public de ne lui avoir communiqué ces documents que lors de l'audience du 16 précédent. Les actes d'enquête avaient, de plus, été effectués hors sa présence – et celle de son avocat –, en violation de l'art. 147 al. 1 CPP. Il n'existait aucun motif pour restreindre son droit au contradictoire dès lors qu'il avait été entendu à plusieurs reprises et qu'aucun comportement abusif ne pouvait être reproché à son avocat. Partant, le Ministère public devait écarter du dossier les procès-verbaux des auditions du 13 juillet 2022 et de l'audience du 16 août 2022, ainsi que le rapport de renseignement complémentaire du 15 juillet 2022.

C. Dans la décision querellée, le Ministère public fait valoir que les auditions du 13 juillet 2022, à la police, avaient été menées, conformément aux art. 306 et 307 CPP, durant une phase procédurale qui n'était pas soumise au contradictoire. Il enquêtait toujours sur des faits dont les charges n'avaient pas encore été établies à l'encontre du prévenu. Ce dernier ne pouvait ainsi pas avoir accès à ces preuves principales avant d'avoir été entendu sur des faits nouveaux et ce afin qu'il ne puisse pas adapter ses déclarations en fonction des éléments du dossier et mettre ainsi en danger la manifestation de la vérité. En tout état de cause, son droit d'être entendu avait été respecté, dans la mesure où il avait pu s'exprimer sur les charges nouvelles lors de l'audience de confrontation du 16 août 2022.

D. **a.** Dans son recours, A_____ reprend en substance les arguments formulés dans sa lettre du 23 août 2022. Il pouvait se prévaloir du droit de participer à l'administration des preuves dans la mesure où les auditions du 13 juillet 2022 avaient été effectuées sur mandat du Ministère public en vertu de l'art. 312 CPP. La présence de son conseil lors de ces auditions ne mettait nullement en péril la manifestation de la vérité. Faute de risque concret de collusion, une application par analogie de l'art. 101 CPP était exclue, étant précisé que le Ministère public avait délibérément retardé son audition sur les faits commis au préjudice d'autres victimes. Par ailleurs, celles-ci avaient déjà été entendues par la police entre les 30 novembre 2021 et 14 janvier 2022. Finalement, il n'était plus possible de répéter l'identification sur une planche photographique, dans la mesure où la police avait désigné aux victimes sa photographie.

Le Ministère public avait en outre violé de manière crasse son droit d'être entendu en ne lui notifiant le mandat d'actes d'enquête, du 30 mai 2022, que plus d'un mois après les auditions du 13 juillet 2022.

b. Dans ses observations, le Ministère public se réfère à sa décision querellée et conclut au rejet de recours, sous suite de frais. La restriction temporaire du droit au contradictoire fondée sur l'art. 101 al. 1 CPP était le seul moyen d'instruire lorsque de nouvelles preuves éventuelles apparaissaient, qui plus est lors d'infractions sérielles.

c. Dans sa réplique, le recourant persiste dans les termes de son recours et précise qu'une éventuelle restriction de son droit au contradictoire ne pouvait se fonder en l'espèce que sur l'art. 108 CPP et non sur l'art. 101 CPP. En tout état de cause, les auditions déléguées ne constituaient pas des preuves nouvelles, dès lors qu'elles portaient sur des faits antérieurs à ceux de la procédure.

EN DROIT :

1. **1.1.** Le recours contre la décision querellée est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) – les formalités de notification (art. 85 al. 2 CPP) n'ayant pas été observées –, 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 à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP; ATF 143 IV 475 consid. 2.9; arrêt du Tribunal fédéral 1B_485/2021 du 26 novembre 2021 consid. 2.4 et 2.4.3).

1.2. Le recourant demande en outre le constat de la nullité – subsidiairement l'annulation – du mandat d'actes d'enquête du 30 mai 2022.

1.2.1. Le mandat de délégation du Ministère public à la police au sens de l'art. 312 CPP ne constitue pas une décision susceptible de recours, puisqu'il s'agit d'un acte intervenant exclusivement entre autorités (ACPR/402/2018 du 23 juillet 2018 consid. 2.2.1; ACPR/158/2014 du 20 mars 2014 consid. 1; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Code de procédure pénale*, *Petit Commentaire*, 2ème éd., Bâle 2016, n. 8 *ad* art. 393 CPP).

En revanche, en tant que cet acte contient une interdiction faite aux parties de participer à l'administration des preuves, les destinataires de la décision disposent d'un intérêt juridique à recourir contre celle-ci (art. 382 al. 1 CPP, arrêt du Tribunal fédéral 1B_329/2014 du 1er décembre 2014 consid. 2.3; ACPR/270/2016 du 10 mai 2016).

Dit intérêt doit, néanmoins, être actuel et pratique (ATF 144 IV 81 consid. 2.3.1); il doit encore exister au moment où l'arrêt est rendu (ATF 137 I 296 consid. 4.2). De cette manière, les tribunaux sont assurés de trancher uniquement des questions concrètes, et non de prendre des décisions à caractère théorique (ATF 144 IV 81 précité).

Il peut toutefois être renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation est susceptible de se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1336/2018 du 19 février 2019 consid. 1.2), ces conditions étant cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1011/2010 du 18 février 2011 consid. 2.2.1 in fine; ACPR/478/2021 du 19 juillet 2021, consid. 1.3.1).

1.2.2. En l'espèce, l'acte litigieux a déployé tous ses effets, les auditions ayant eu lieu le 13 juillet 2022 par la police, hors la présence du prévenu et de son conseil.

Le recourant n'a donc plus d'intérêt actuel et pratique à en demander le constat de la nullité – subsidiairement l'annulation – en tant qu'il contient une interdiction de participer à l'administration des preuves.

Au surplus, le prévenu ne dispose plus d'aucun intérêt juridique à requérir l'annulation d'une audience, une fois que celle-ci a eu lieu.

En effet, le Code de procédure pénale prévoit, pour réparer/sanctionner le vice qui aurait éventuellement pu affecter la tenue/les modalités d'une audition, non l'annulation de celle-ci, mais, alternativement, la répétition de cette audition (pour autant que les conditions de l'art. 147 al. 3 CPP soient réunies), le constat de

l'inexploitabilité des preuves recueillies à cette occasion (art. 147 al. 4 CPP) ou le retrait des pièces concernées du dossier (art. 141 al. 5 CPP).

Partant, la conclusion visant au constat de la nullité – subsidiairement l'annulation – du mandat d'actes d'enquête du 30 mai 2022 est irrecevable, les conditions de l'art. 382 CPP n'étant pas réunies.

2. Le recourant conclut au constat de l'inexploitabilité de plusieurs pièces et à leur retrait du dossier.

2.1. Même après l'ouverture de l'instruction, le ministère public peut charger la police d'investigations complémentaires (art. 312 al. 1 *ab initio* CPP). Lorsqu'il charge la police d'effectuer des interrogatoires, les participants à la procédure jouissent des droits accordés dans le cadre des auditions effectuées par le ministère public (art. 312 al. 2 CPP).

Autrement dit, les règles de l'art. 147 al. 1 CPP, qui consacrent le principe de l'administration des preuves en présence des parties durant la procédure d'instruction et les débats, s'appliquent (ATF 139 IV 25 consid. 5.4.3 = JdT 2013 IV 226). 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. Ce droit spécifique de participer et de collaborer découle du droit d'être entendu (art. 107 al. 1 let. b CPP). Il ne peut être restreint qu'aux conditions prévues par la loi (cf. art. 108, 146 al. 4 et 149 al. 2 let. b CPP; cf. aussi art. 101 al. 1 CPP et Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1166 s. ch. 2.4.1.3).

Dans l'ATF 139 IV 25 précité, le Tribunal fédéral a confirmé que, lorsque la police agit sur délégation du Ministère public, avant ou après l'ouverture de l'enquête pénale, le prévenu ne pouvait être exclu de l'interrogatoire des personnes appelées à donner des renseignements et des témoins que dans les limites fixées par l'art. 108 al. 1 et 2 CPP et, par analogie, l'art. 101 al. 1 CPP. À ce titre, le ministère public pouvait, exceptionnellement, s'il existait des raisons objectives, restreindre temporairement la participation aux auditions du prévenu qui n'avait pas encore été entendu. De tels motifs existaient, notamment, lorsque les charges n'avaient pas encore été établies, et en cas de risque concret de collusion. La simple possibilité d'une atteinte abstraite aux intérêts de la procédure – après la première audition du prévenu – ne justifiait pas encore l'exclusion de ce dernier (consid. 5.5.2 à 5.5.5).

Cette restriction s'étend également au conseil du prévenu, compte tenu du devoir de fidélité de l'avocat envers son client (A. GUISAN, *La violation du droit de participer (art. 147 CPP)*, in AJP/PJA 3/2019, p. 337 ss, p. 342; cf. aussi ACPR/409/2021 du 21 juin 2021 consid. 2.2.1).

2.2. L'art. 101 al. 1 CPP, applicable par analogie, permet aux parties, sous réserve de l'art. 108 CPP, de consulter le dossier de la procédure au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le ministère public. Il s'agit de conditions cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 1B_667/2011 du 7 février 2012 consid. 1.2).

La manifestation de la vérité et le bon déroulement de l'enquête sont des intérêts publics prépondérants, qui ont amené le législateur à clairement refuser de reconnaître de manière générale au prévenu un droit de consulter le dossier dès le début de la procédure. Au contraire, une restriction est admissible pour éviter de mettre en péril la recherche de la vérité matérielle ou d'exposer les éléments de preuve principaux avant terme, ou pour parer au risque de collusion (ATF 137 IV 172 consid. 2.3; M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar / JStPO*, 2e éd., Bâle 2014, n. 14 *ad* art. 101 CPP).

L'intérêt de l'enquête peut amener à opposer des éléments du dossier à une partie pour la première fois lors de son audition, le risque de collusion étant ici à fonder dans la possibilité qu'aurait la personne entendue, si elle connaissait d'avance tout ou partie du contenu de sa future audition, de faire des déclarations différentes de celles qu'elle effectuerait spontanément (arrêt du Tribunal pénal fédéral du 24 mai 2012 BB. 2012.27 consid. 2.3; ACPR/201/2022 du 22 mars 2022 consid. 4.1).

2.3. Les preuves administrées en violation de l'art. 147 al. 1 CPP ne sont pas exploitables à la charge de la partie qui n'était pas présente (art. 147 al. 4 CPP; ATF 143 IV 457 consid. 1.6.1 p. 459; ATF 140 IV 172 consid. 1.2.1 p. 175). Les informations obtenues lors d'auditions non exploitables ne peuvent être utilisées ni pour préparer l'administration renouvelée de preuves ni pour y procéder (ATF 143 IV 457 consid. 1.6; arrêt du Tribunal fédéral 6B_228/2018 du 22 août 2018 consid. 2.1).

Les pièces relatives aux moyens de preuve non exploitables doivent être retirées du dossier pénal, conservées à part jusqu'à la clôture définitive de la procédure, puis détruites (art. 141 al. 5 CPP).

2.4. En l'espèce, le Ministère public a justifié l'exclusion du recourant et de son conseil aux auditions du 13 juillet 2022 par la nécessité d'administrer des preuves principales.

Le recourant, prévenu, avait certes déjà été entendu ès qualité par la police et le Ministère public. Le mandat d'actes d'enquête litigieux a en outre été rendu en application de l'art. 312 CPP, de sorte que le principe qui prévaut, contrairement à

l'avis du Ministère public, est celui de l'administration des preuves en présence des parties, y compris en cas d'audition déléguée à la police.

Toutefois, il ressort des rapports de police des 9 février et 9 mai 2022 que plusieurs cas d'escroqueries téléphoniques avaient été commis selon le même mode opératoire utilisé par le recourant. Les auditions du 13 juillet 2022 partaient ainsi sur des faits autres que ceux faisant l'objet de la prévention et sur lesquels le recourant n'avait pas encore été auditionné. L'intéressé n'avait en effet été entendu que sur des faits commis au préjudice de D_____. À ces occasions, le Ministère public lui avait, certes, demandé de se déterminer sur la série d'escroqueries téléphoniques commises au préjudice de personnes âgées, mais aucun nouvel élément à charge ne lui avait été communiqué.

Les auditions du 13 juillet 2022 portaient ainsi sur l'administration de preuves principales nouvelles. Peu importe à cet égard que les faits dénoncés par les autres victimes fussent antérieurs à ceux commis au préjudice de D_____.

Partant, le Ministère public était fondé, sous l'angle de l'art. 101 CPP, à exclure la présence du recourant, et de son conseil – compte tenu du devoir de fidélité de celui-ci – à ce stade de l'enquête. Il convenait en effet que le recourant ne pût adapter en connaissance de cause ses déclarations en fonction de la déposition des personnes auditionnées, sous peine de mettre en péril la recherche de la vérité.

La restriction au droit de participer aux auditions litigieuses étant justifiée, c'est à juste titre que le Ministère public a refusé de retirer du dossier les pièces demandées.

3. Justifiée, la décision querellée sera donc confirmée.

4. 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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Rejette le recours, dans la mesure de sa recevabilité.

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, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :	La présidente :
Julien CASEYS	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/3118/2022 **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**