



POUVOIR JUDICIAIRE

P/4180/2014

ACPR/254/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 29 mars 2019

Entre

A _____, domicilié _____, _____ (VS), comparant par M^e Yannis SAKKAS, avocat, SAKKAS AVOCATS, rue de la Poste 7, case postale 935, 1920 Martigny,

B _____, domicilié _____, _____ (GE), comparant par M^e K _____, avocate, _____,

C _____, domicilié _____, _____ (GE), comparant par M^e Gérald PAGE, avocat, Grand-Rue 23, 1204 Genève,

recourants,

contre l'ordonnance rendue le 18 octobre 2018 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. a. Par ordonnance du 18 octobre 2018, notifiée le lendemain aux parties, le Ministère public a:

1. - constaté que sa décision du 2 mai 2018 ("Ordonnance sur réquisitions de preuves"), en ce qu'elle ordonnait le versement à la procédure, pour transmission aux parties, de l'ensemble des enregistrements découlant des écoutes téléphoniques ordonnées du 27 novembre 2013 au 27 février 2014 sur le numéro d'appel 1_____ enregistré au nom de B_____, sous leur forme expurgée par le I_____, ne peut en tout état plus être mise en œuvre et doit être considérée comme mise à néant;

2. - statuant à nouveau, ordonné le versement au dossier de la P/4180/2014 et la transmission, seulement aux avocats des parties, du listing de tous les échanges téléphoniques survenus entre le 27 novembre 2013 et le 27 février 2014 entre B_____ depuis son numéro de téléphone 1_____ d'une part, et D_____, A_____ et C_____ d'autre part; des enregistrements des dits échanges.

3. fait interdiction, sous la menace de l'article 292 CP, aux avocats qui recevront le listing et les enregistrements des échanges entre B_____ d'une part et D_____, A_____ et C_____ d'autre part, de remettre une copie de ces documents ou fichiers à leurs clients ou à tout tiers sans l'accord préalable du Ministère public.

4. refusé le versement au dossier de la P/4180/2014 du listing et des fichiers de tous les autres enregistrements d'échanges téléphoniques survenus entre le 27 novembre 2013 et le 27 février 2014 sur le téléphone portable numéro 1_____ enregistré au nom de B_____.

5. ordonné la conservation séparée du listing et des enregistrements des échanges non versés à la procédure, et leur destruction immédiatement après la clôture définitive de la procédure P/4180/2014.

6. dit que la remise, aux avocats des parties, des enregistrements des échanges entre B_____ d'une part et D_____, A_____ et C_____ d'autre part, dont le versement à la procédure est présentement ordonné, n'aura lieu qu'une fois la présente décision entrée en force, le listing desdits échanges étant quant à lui annexé à la présente décision.

b. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 29 octobre 2018, A_____ recourt contre cette décision. Il conclut, liminairement, à pouvoir compléter son

recours, voire le retirer, lorsqu'il aura eu l'accès demandé au Ministère public aux "dernières pièces figurant au dossier". Il conclut ensuite – les frais et dépens devant être mis "à la charge du fisc" –, principalement, au versement au dossier des écoutes téléphoniques entre B_____ et E_____ du 27 novembre 2013 au 27 février 2014 et des écoutes téléphoniques de B_____ censurées par les services secrets de la Confédération, et à ce que le Ministère public procède au tri des écoutes téléphoniques conformément aux art. 276ss CPP, les écoutes entre lui-même et B_____ non pertinentes et/ou soumises au secret des affaires et/ou portant atteinte à la vie privée devant être écartées du dossier.

c. Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 29 octobre 2018, B_____ recourt contre cette ordonnance et conclut à son annulation en tant qu'elle prévoit la transmission des enregistrements téléphoniques aux avocats des parties et, cela fait, à ce que les parties soient autorisées à consulter ces enregistrements dans l'enceinte du Ministère public ou de toute autre direction de la procédure, avec interdiction d'en prélever copie sous la menace de l'art. 292 CP.

d. Par acte déposé au greffe de la Chambre de céans le 29 octobre 2018, C_____ recourt contre cette ordonnance. Il conclut à son annulation et, cela fait, au versement à la procédure du listing et de tous les autres enregistrements d'échanges téléphoniques intervenus entre le 27 novembre 2013 et le 27 février 2014 sur le téléphone portable numéro 1_____ enregistré au nom de B_____ qui ne sont pas détruits.

Subsidiairement, il conclut à ce que, dans un premier temps, l'accès à ces écoutes soit restreint aux seuls avocats des parties, de manière à ce que ceux-ci puissent décider de leur pertinence, puis, cela fait, à ce que l'accès au dossier de la procédure soit donné sans restriction.

e. Par ordonnance du 1^{er} novembre 2018 (OCPR/44/2018), la Direction de la procédure a rejeté la requête de demande d'effet suspensif de A_____.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 7 mars 2014, la F_____ (ci-après F_____) et G_____ SA ont chacun déposé plainte pénale contre inconnu pour tentative de soustraction de données (art. 143 CP), voire tentative d'accès indu à un système informatique (art. 143bis CP), exposant que E_____, alors journaliste à la F_____, et H_____, journaliste correspondante du quotidien G_____, avaient été l'objet, le 4 mars 2014, d'une tentative d'attaque informatique par l'envoi d'un email et d'une pièce jointe, étant précisé que tous deux avaient en commun d'avoir travaillé sur des sujets consacrés à A_____, _____ [activité] valaisan ayant fait l'objet de l'attention des médias romands pour diverses affaires judiciaires. Préalablement à ce courriel, E_____

avait reçu un appel téléphonique, le même jour, d'un inconnu lui annonçant qu'il allait lui adresser un email [note du ndr, l'enquête a déterminé que le numéro de téléphone utilisé était celui d'une cabine téléphonique de la gare Cornavin].

b. À teneur du rapport du 28 avril 2014, la police a, lors de l'exploitation d'écoutes téléphoniques portant sur le numéro 1_____ appartenant à B_____, détective privé, entre le 27 novembre 2013 et le 27 février 2014, – autorisées par le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après; TMC) dans une procédure sans lien avec la présente procédure –, mis en évidence des conversations entre et/ou concernant, en plus de son titulaire, E_____, A_____, D_____ – fonctionnaire du I_____ (ci-après; I_____) – et C_____, connu pour ses activités dans la sécurité informatique, plus particulièrement dans le "*hacking éthique*". Elle avait ainsi découvert la commission d'une escroquerie par B_____ sur A_____ et la préparation d'une opération de piratage informatique visant les journalistes H_____ et E_____. Elle a résumé les 66 conversations pertinentes liées à A_____ (PP 20'000).

c. Le 28 mai 2014, le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après; TMC) a autorisé le Ministère public à utiliser la surveillance active, ordonnée dans le cadre de la P/2_____/2013, sur ledit raccordement, à l'encontre de B_____, pour la poursuite de nouvelles infractions, soit la soustraction de données (art. 143 CP) et l'escroquerie (art. 146 CP). Il a également autorisé l'utilisation à l'encontre de A_____, C_____ et D_____ des données recueillies au moyen de ladite surveillance active pour la poursuite de l'infraction de soustraction de données (art. 143 CP) (PP 30'197).

d. Le 29 août 2014, le I_____ a procédé au tri des conversations téléphoniques enregistrées et identifié 67 conversations couvertes par le secret professionnel de D_____ sur les 6'189 écoutes concernées (PP 30203 et ss).

e. Le 27 novembre 2014, le Service de surveillance de la correspondance par la poste et télécommunication du Département fédéral de justice et police a, sur demande du 24 précédent du Procureur, procédé à la suppression desdites 67 conversations et lui a adressé un nouveau jeu de DVD des écoutes (PP 30210).

f. Précédemment, le 12 juin 2014, A_____ a été prévenu de soustraction de données pour avoir commandité le piratage, le 4 mars 2014, des ordinateurs des journalistes H_____ et E_____ par l'envoi d'un email contenant un logiciel espion destiné à copier les données de leur disque dur et celles accessibles en réseau, et, C_____, D_____ et B_____ pour y avoir, de concert, procédé contre rémunération.

B_____ a également été prévenu d'escroquerie pour avoir:

- en 2013 et 2014, alors qu'il avait été chargé sur mandat de A_____ d'identifier la/les sources (s) des fuites à l'origine de divers articles journalistiques et

télévisuels dont A_____ était la cible depuis novembre 2013, fourni lui-même au journaliste E_____ l'intégralité des informations reçues en confiance de la part de A_____ et

- en janvier ou février 2014, convaincu A_____ de recourir aux services payants d'un "hacker" afin de pirater les ordinateurs des journalistes H_____ et E_____ dans le but d'identifier leurs sources, tout en avertissant en parallèle E_____ de cette démarche afin de la faire échouer.

g. Lors de l'audience du 14 janvier 2015, le Procureur a versé à la procédure le rapport du 28 avril 2014 et les écoutes téléphoniques susmentionnées. Il a avisé les parties du tri opéré par le I_____, afin d'exclure celles avec D_____ tombant sous le coup de l'art. 271 CPP, lesquelles avaient été détruites; cependant, les passages pertinents de 2 des 63 conversations citées dans le rapport y avaient néanmoins été retranscrites.

Il a convenu avec les parties de procéder en deux étapes, soit, dans un premier temps, la remise des documents leur permettant de s'assurer de la légalité des surveillances, – ce qui a été fait le 16 janvier 2015 – et ensuite celle des 63 conversations mises en évidence dans le rapport de police précité. Ces enregistrements-là seraient soumis à une interdiction de les exploiter pour les fins d'autres procédures (PP 50'079).

h. Par arrêt de la Chambre de céans du 25 août 2015, cette interdiction, prise par décision du 21 avril 2015, a été levée (ACPR/466/2015).

i. Le 14 juin 2016, le Ministère public a émis l'avis de prochaine clôture et invité les parties à présenter leurs éventuelles réquisitions de preuve.

C_____ a, notamment, demandé le versement à la procédure de l'intégralité des conversations enregistrées sur le raccordement numéro 1_____ afin d'évaluer s'il n'y figurait pas des éléments à décharge (PP 30'235 ss.).

A_____ a demandé celui des écoutes censurées par le I_____, afin de déterminer si des preuves susceptibles de le disculper n'avaient pas été retirées ainsi que de celles entre E_____ et B_____. *"Si l'une des parties devait demander l'édition de l'ensemble des écoutes téléphonique, il sollicite la faculté de pouvoir se déterminer préalablement. Le cas échéant, il estime pouvoir bénéficier du même droit."* (PP 30'242 ss.).

j. Le 6 avril 2018, le Ministère public a ordonné la disjonction, de la P/4180/2014, des faits pour lesquels B_____ a été prévenu d'escroquerie et leur jonction à la procédure P/3_____/2014.

Par arrêt du 17 septembre 2018 (ACPR/522/2018), la Chambre de céans a déclaré irrecevable le recours de A_____ contre cette décision.

k. Par ordonnance du 2 mai 2018, le Ministère public a, notamment, fait suite aux réquisitions de preuve de C_____ et A_____ et a versé à la procédure l'ensemble du résultat, expurgé par le I_____, de la surveillance du raccordement 1_____, quand bien même toutes les conversations pertinentes avaient été portées à la connaissance des parties.

Le recours de B_____ contre cette décision a été déclaré irrecevable par arrêt du 29 mai 2018 de la Chambre de céans (ACPR/297/2018). B_____ a retiré son recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt (1B_____/2018 du _____ 2018).

l. Le 4 mai 2018, le Ministère public a renvoyé B_____, C_____, A_____ et D_____ par-devant le Tribunal de police.

m. Le 16 mai 2018, le Tribunal de police a confirmé à B_____, faisant ainsi suite à sa demande, avoir placé sous clé le support contenant les conversations couvertes par le secret d'avocat, soit 23 conversations et 9 SMS. Le Ministère public devait lui transmettre une clé USB contenant la totalité des autres conversations, qui serait versée au dossier.

n. Le 25 mai 2018, le Tribunal de police a constaté que la décision du 2 mai 2018 et le dépôt immédiat de l'acte d'accusation avaient suscité des interventions écrites des conseils des parties, notamment parce que certaines conversations versées à la procédure couvertes par le secret professionnel de l'avocat devaient être retirées du dossier. Il apparaissait que les parties n'avaient pas pu s'exprimer sur ladite mesure, ni prendre position sur le contenu des écoutes en question. Il a ordonné la suspension de la procédure et son renvoi au Ministère public pour complément.

o. Le 31 mai 2018, le Ministère public a transmis au TMC la requête de mise sous scellés de E_____ afin qu'il la traite comme une demande de tri au sens de l'art. 271 CP. Il s'en est rapporté à justice quant au sort de la demande (PP 20'015).

p. Le 28 juin 2018, le TMC a refusé la participation de A_____ à ladite procédure de tri. Ce dernier n'a pas recouru contre cette décision.

q. Le 26 juillet 2018, le TMC a refusé que les 230 enregistrements des échanges entre B_____ et E_____ soumis au tri soient versés à la procédure et a ordonné leur destruction. Il a constaté que l'ensemble desdites conversations n'apportait aucun élément intéressant à la procédure P/4180/2014; il relevait que le tri des conversations avait déjà été effectué par la police et que seules les conversations

intéressant la procédure, selon les enquêteurs, avaient été versées au dossier de cette procédure.

Le 3 octobre 2018, le TMC s'est assuré qu'il n'y avait plus de copies ou autres enregistrements dont la destruction avait été ordonnée; tant la police que le Procureur l'ont confirmé.

r. Le 20 septembre 2018, le Ministère public a interpellé les parties sur le tri des écoutes téléphoniques au sens de l'art. 276 CPP leur faisant part de la demande, du 30 mai 2018, de B_____, d'appliquer l'art. 276 al. 1 CPP, soit la conservation séparée de l'ensemble des enregistrements, à l'exception des 63 conversations déjà en mains des parties, le tri ayant déjà été fait par le Ministère public. Il a rappelé la grave atteinte à sa sphère privée et à celle de tiers qui avait suivi la remise des premières conversations et la protection nécessaire du secret selon les art. 102 al. 1 et 108 al. 1 let. b CPP. Cependant, par gain de paix, il proposait que les parties aient accès à toutes les conversations téléphoniques entre elles, ainsi qu'avec E_____, les autres devant être conservées séparément. Afin d'éviter que les conversations ne se retrouvent sur internet, il demandait qu'elles soient écoutées en audience contradictoire et s'opposait à leur remise aux parties.

C_____ a refusé que les écoutes à transmettre aux parties se limitent aux échanges entre B_____ et ses trois co-prévenus, en relevant qu'il y avait vraisemblablement, dans d'autres écoutes avec d'autres interlocuteurs, des discussions portant sur la commission de l'infraction. N'étant l'auteur ni des messages électroniques ni des appels téléphoniques, quelqu'un d'autre devait l'être, lequel autre pourrait être identifiable sur lesdites écoutes. Par gain de temps, les écoutes téléphoniques ne devaient être rendues disponibles, dans un premier temps, que de façon limitée aux conseils des parties.

La F_____, tout en considérant que l'intégralité des écoutes devait être écartée faute de pertinence et pour protéger la sphère privée de B_____, a conclu, puisque B_____ y consentait, à ce que seules les conversations entre ce dernier et les autres prévenus soient versées à la procédure.

A_____ n'a pas fait d'observations, malgré la prolongation du délai accordée; E_____ a déclaré ne pas formuler d'observations dans la mesure où il n'était plus directement concerné par le tri; G_____ SA s'en est rapporté à justice.

- C. Dans sa décision querellée, le Ministère public précise que les écoutes téléphoniques désormais visées par la demande de B_____ étaient celles expurgées définitivement de tous les enregistrements écartés sur décisions du I_____ en 2014, du Tribunal de police en mai 2018 et du TMC en juillet 2018. Seul C_____ sollicitait encore l'accès aux écoutes qui n'avaient pas été versées au dossier. Au regard de la

possibilité d'écarter les écoutes non pertinentes par le tri visé à l'art. 276 CPP, de la nécessité de protéger les tiers non visés par la procédure ainsi que de prévenir toute utilisation abusive des pièces triées, il a accordé aux parties l'accès aux échanges entre B_____ et les trois autres prévenus concernés. En raison des abus ou détournements avérés des preuves déjà versées, – soit le site J_____ créé exclusivement (jusqu'à preuve du contraire) sur la base des enregistrements des écoutes transmises aux parties en 2015 qui visait à dénoncer publiquement des comportements du journaliste E_____, considérés comme inacceptables –, la remise des enregistrements se ferait aux conseils des parties, avec interdiction à ces derniers, sous la menace de l'art. 292 CP, de remettre une copie des documents ou fichiers à leurs clients. Les autres conversations n'étant pas pertinentes étaient conservées séparément.

- D.** **a.** Dans son recours, A_____ allègue la violation de son droit d'être entendu faute d'avoir été interpellé avant que le Ministère public ne décide d'écarter les écoutes entre B_____ et E_____, ainsi que celles censurées par le I_____. La décision querellée violait l'autorité de chose jugée en revenant sur celle du 2 mai 2018, qui avait ordonné le dépôt des écoutes téléphoniques entre B_____ et E_____; le Tribunal de police avait expressément demandé qu'il puisse avoir accès aux écoutes et ensuite faire valoir ses moyens.

Il appartenait au Ministère public et non aux conseils des parties de procéder au tri. Ce dernier devait procéder au tri de toutes les conversations enregistrées qu'il avait eues avec B_____ et retirer celles qui n'étaient pas pertinentes, afin de protéger sa vie privée, le secret des affaires et éviter des fuites.

- b.** C_____ allègue la violation de son droit d'être entendu; le Ministère public ne lui avait pas donné connaissance de la procédure "*parallèle*" [devant le TMC] et avait considéré que l'accès au dossier devait être restreint en limitant les enregistrements qui devaient y être versés.

Il considère, pêle-mêle, que le listing et les fichiers de tous les enregistrements, et pas seulement ceux entre les parties, devaient être versés au dossier, afin de lui permettre de vérifier que B_____, qui était à ses yeux, avec E_____, les auteurs de l'envoi du "*malware*", n'avait pas donné d'instructions à des tiers. Au détour de son argumentation, le recourant estime que le Procureur fait preuve de prévention envers lui, justifiant sa récusation. Le Procureur violait la présomption d'innocence en ce qu'il considérait non pertinent son argument selon lequel il n'était pas l'auteur des messages, respectivement des appels téléphoniques, en se fondant uniquement sur les déclarations des autres co-prévenus, en violation du principe *in dubio pro reo*. Il l'accusait, en outre, d'être à l'origine des fuites d'informations concernant E_____, ce sans aucun fondement. La restriction à une seule partie des écoutes était une restriction indue aux droits de la défense.

Il était proportionné de permettre aux conseils des parties d'accéder à toutes les écoutes, pour en apprécier la pertinence, sans la menace de sanction pénale. Les parties devaient ensuite avoir accès à toute les pièces sans restrictions.

c. À l'appui de son recours, B _____ s'oppose à la remise aux avocats des parties des enregistrements afin d'éviter que les conversations téléphoniques ne se retrouvent sur internet. Une telle remise était inopportune, même sous la menace de l'art. 292 CP. Une écoute par les parties dans l'enceinte du Ministère public avec interdiction d'en prendre copie offrirait une meilleure garantie contre d'éventuels abus.

d. La cause a été, ensuite, gardée à juger sans échanges d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. Au vu de leur connexité, de leur contexte analogue, voire identique, et de leurs griefs communs, les recours seront joints. Ce sont, en effet, autant de raisons objectives de le faire (art. 30 CPP). La Chambre de céans statuera donc par un seul arrêt.
2. La Chambre pénale de recours peut décider d'emblée de traiter sans échange d'écritures ni débats les recours manifestement irrecevables ou mal fondés (art. 390 al. 2 et 5 *a contrario* CPP). Tel est le cas en l'occurrence, au vu des considérations qui suivent.
3. Les recours sont recevables pour avoir été déposés selon la forme et 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 (art. 393 al. 1 let. a CPP) et émaner des prévenus qui, parties à la procédure (art. 104 al. 1 let. a CPP), ont qualité pour agir, ayant un intérêt juridiquement protégé à la modification ou à l'annulation de la décision querellée (art. 382 al. 1 CPP), sous réserve des points 5.4 et point 8.1 traités *infra*.
4. A _____ a demandé à compléter son recours, voire le retirer, lorsqu'il aura eu l'accès, demandé au Ministère public, aux "*dernières pièces figurant au dossier*".
 - 4.1. La motivation d'un recours doit être entièrement contenue dans l'acte de recours lui-même et ne saurait dès lors être complétée ou corrigée ultérieurement (arrêt du Tribunal fédéral 1B_183/2012 du 20 novembre 2012 consid. 2).
 - 4.2. Le recourant ne précise pas les pièces auxquelles il aurait demandé l'accès, ni que cet accès lui aurait été refusé, l'empêchant d'en prendre connaissance dans le délai de recours. En outre, le recourant n'a pas retiré son recours.

Sa conclusion préalable doit être rejetée.

5. A_____ conclut au versement des enregistrements des conversations que B_____ avait eues avec E_____ ainsi que de celles avec D_____ visées par le tri du I_____.

Cette conclusion est sans objet dans la mesure où lesdits enregistrements ont été effacés (cf. B.e et B.q).

6. C_____ fait valoir une violation de son droit d'être entendu par le Ministère public qui ne lui avait pas donné connaissance de la procédure "*parallèle*" et avait considéré que l'accès au dossier devait être restreint en limitant les enregistrements qui devaient y être versés.

A_____ reproche au Ministère public d'avoir décidé d'écarter les conversations entre B_____ et E_____ sans l'avoir préalablement interpellé.

6.1. En tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., permet au justiciable de consulter le dossier avant le prononcé d'une décision. En effet, la possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose.

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222; 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299).

6.2. À l'évidence, ce grief, commun aux deux recourants précités, ne concerne pas la décision dont est recours, car ils ont été interpellés et se sont exprimés. À bien le comprendre, C_____ fait grief au Procureur de ne pas l'avoir interpellé dans le cadre de la procédure de "mise sous scellés" ou de "tri" des conversations de E_____ devant le TMC. Force est de constater que le Ministère public, qui n'était pas direction de la procédure dans cette procédure, n'avait pas à interpeler le recourant sur cette question, étant rappelé que le TMC a refusé ce droit à A_____, raison pour laquelle le grief de violation du droit d'être entendu de ce dernier apparaît téméraire.

Ce grief est infondé.

6.3. A_____ formule le même grief s'agissant de la décision du 24 novembre 2014 de supprimer les écoutes censurées par le I_____.

Ce grief est tardif et dès lors irrecevable. A_____ a eu connaissance de cette décision par l'ordonnance de réquisition de preuves du 2 mai 2018 portant sur ces écoutes expurgées par le I_____ qui lui a été notifiée le 7 mai 2018, voire déjà lors de l'audience du 14 janvier 2015, et n'a pas réagi.

7. A_____ allègue la violation de l'autorité de chose jugée de la décision querellée en ce qu'elle revient sur celle du 2 mai 2018 qui avait versé les échanges entre E_____ et B_____ à la procédure.

7.1. L'art. 437 al. 1 CPP précise quand les jugements et les autres décisions de clôture entrent en force. Il s'applique uniquement aux jugements, décisions et ordonnances qui mettent un terme à l'instance, telles que les ordonnances de classement ou de non-lieu ou d'incompétence et pas les décisions simples de procédure portant sur le déroulement de cette dernière qui ne sont pas des décisions de clôture. Une fois entré en force, le prononcé acquiert les forces formelle et matérielle de chose jugée. Il devient exécutoire et ne peut plus être contesté par les voies de recours ordinaires (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *CPP, Code de procédure pénale*, Bâle 2016, 2ème éd., n. 6 à 8 ad art. 437).

7.2. En l'espèce, la décision du Procureur du 2 mai 2018 n'est pas une décision de clôture assortie de l'autorité de force jugée.

Le Tribunal de police ayant renvoyé la cause au Procureur pour complément, ce dernier se devait de prononcer une nouvelle ordonnance, ce qu'il a fait dans le respect du droit d'être entendues des parties. L'extraction et la destruction des conversations litigieuses ordonnées par le TMC devaient être prises en compte par le Procureur, tenu de se conformer aux décisions rendues par les autorités de contrôle de son activité.

Le grief, qui frôle à nouveau la témérité, est infondé.

8. Se pose la question de savoir si C_____ peut contester, à ce stade, la décision du Ministère public de ne pas verser au dossier les écoutes téléphoniques ordonnées, vu leur absence de pertinence pour la procédure.

8.1. Le CPP est muet sur ce point, l'art. 276 al. 1 CPP prévoyant seulement que les documents et enregistrements collectés lors d'une surveillance dûment autorisée qui ne sont pas nécessaires à la procédure doivent être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure.

La doctrine considère qu'il appartient au juge du fond de trier les éléments qui sont ou non pertinents (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 3 ad art. 276).

Le Tribunal fédéral l'a confirmé en admettant que le défaut de pertinence des informations recueillies en exécution d'une surveillance téléphonique ne saurait être invoqué à l'appui d'un recours dirigé contre l'ordre de confirmation d'une telle mesure car cette appréciation incombe au juge du fond. À l'inverse, ce dernier n'est plus habilité à se prononcer sur la licéité ou la proportionnalité de la surveillance, mais il doit uniquement apprécier les preuves qui en sont issues (arrêt 1B_425/2010 du 22 juin 2011, consid. 1.3 et les références citées).

A fortiori, on doit en déduire que la question de l'éventuelle pertinence des informations résultant des écoutes actives effectuées, alléguée par les recourants, devra être soumise, cas échéant, au juge du fond.

Sous cet angle, le recours est irrecevable.

8.2. Même à supposer que le recourant puisse contester, en l'état, l'appréciation du Ministère public sur la non-pertinence du résultat des écoutes, force est de constater qu'il n'établit, ni ne rend à tout le moins vraisemblable, que lesdites écoutes contiendraient des éléments probants pour l'enquête.

Il prétend seulement vouloir vérifier si B_____ et/ou E_____ ont donné des instructions à des tiers d'envoyer le "malware" et de procéder à l'appel depuis la cabine téléphonique de la gare Cornavin.

Or, les enregistrements des conversations se sont achevés le 27 février 2014 – les échanges étant devenus quasi-inexistants et sans particularité depuis le 8 février 2014 (PP 200'009) – et l'appel ainsi que l'envoi de l'email ont eu lieu le 4 mars suivant. La probabilité d'une instruction donnée par B_____ durant la période surveillée apparaît très peu vraisemblable, d'autant plus que la police, qui a retenu les conversations qui lui avaient permis de mettre en évidence les infractions retenues, n'aurait pas manqué de le relever.

Le principe de libre appréciation des preuves ne laisse pas de place au principe *in dubio pro reo* au stade de la collecte et du tri des moyens de preuves. La présomption d'innocence n'entre qu'ultérieurement en ligne de compte dans l'appréciation des preuves (144 IV 345 consid. 2.2.3.1 et 2.2.3.2).

Ces griefs sont infondés.

9. A_____ requiert que le Procureur procède au tri des écoutes et retire les conversations qui ne seraient pas pertinentes afin de protéger sa vie privée et le secret des affaires et éviter des fuites.

Or, le Procureur a justement effectué ce tri et a retenu les conversations entre B_____ et lui comme répondant à ce critère. A_____ était parfaitement à même de préciser les conversations qu'il aurait eues et qui, n'apportant rien à la cause, devaient être écartées.

Il ne l'a pas fait.

- 10.** L'accès aux écoutes versées à la procédure est litigieux. B_____ s'oppose à la remise des pièces, même limitée aux conseils des parties sous la menace de l'art. 292 CP, estimant que les conversations devaient seulement être écoutées en audience. C_____ considère que les parties doivent y avoir accès et ce sans restriction. A_____ ne s'est pas exprimé sur cette question.

10.1. En tant que garantie générale de procédure, le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., permet au justiciable de consulter le dossier avant le prononcé d'une décision. En effet, la possibilité de faire valoir ses arguments dans une procédure suppose la connaissance préalable des éléments dont l'autorité dispose.

L'accès au dossier est garanti aux parties de manière générale par l'art. 107 al. 1 let. a CPP.

Toutes les pièces d'une affaire, à savoir celles réunies par les autorités, celles versées par les parties ainsi que les procès-verbaux de procédure et des auditions, doivent être réunies au dossier (art. 100 al. 1 CPP).

Selon la jurisprudence, la garantie constitutionnelle de l'accès au dossier comprend le droit de consulter des pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un surcroît de travail excessif pour l'autorité (ATF 122 I 109 consid. 2b p. 112 et les arrêts cités).

Ce droit n'est toutefois pas absolu et peut être limité pour la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, dans l'intérêt d'un particulier, voire même dans l'intérêt du requérant lui-même (ATF 122 I 153 consid. 6a p. 161 et les arrêts cités). En effet, conformément à l'art. 108 al. 1 CPP, les autorités pénales peuvent restreindre le droit d'une partie à être entendue lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner que cette partie abuse de ses droits ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la sécurité de personnes ou pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret.

La direction de la procédure, lorsqu'elle statue sur la consultation des dossiers, doit ainsi prendre les mesures nécessaires pour prévenir les abus et les retards et pour protéger les intérêts légitimes au maintien du secret (art. 102 al. 1 CPP). Tel peut être notamment le cas lorsque les pièces de la procédure révèlent des éléments relevant du domaine secret d'une partie, d'un participant à la procédure ou d'un tiers, et qui

sont sans pertinence directe pour l'issue de la procédure. Il s'agit là d'un cas particulier de restriction du droit d'être entendu tel qu'il est énoncé, de manière générale, à l'art. 108 al. 1 CPP, lequel permet aux autorités pénales de restreindre le droit d'une partie à être entendue lorsqu'il y a de bonnes raisons de soupçonner que cette partie abuse de ses droits ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la sécurité de personnes ou pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret (G. PIQUEREZ / A. MACALUSO, *Procédure pénale suisse*, 3^e édition, Genève 2011, p. 162 n. 474 et 475).

Les restrictions du droit d'être entendu doivent être appliquées avec retenue et dans le respect du principe de la proportionnalité. Elles doivent être absolument nécessaires et toutes les difficultés causées à la défense doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités pénales. Aussi, la loi pose des limitations tant dans G_____ que quant aux personnes ou aux objets concernés par les restrictions en question. Ce principe exige que les restrictions soient autant que possible limitées à des actes de procédure déterminés, ou encore qu'elles ne concernent que certaines pièces du dossier ou passages de documents précis, le reste pouvant être anonymisé. Ainsi, si un intérêt public ou privé prépondérant exige que tout ou partie des documents soient tenus secrets, l'autorité doit en revanche permettre l'accès aux pièces dont la consultation ne compromet pas les intérêts en cause (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 16 ad art. 108; ACPR/365/2011 du 8 décembre 2011).

10.2. Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que des restrictions d'accès au dossier se justifient en présence d'une procédure d'entraide pénale parallèle, lorsqu'un accès libre au dossier compromettrait la transmission de pièces conformément aux limitations imposées par les règles de l'entraide. Dans de tels cas, il peut se justifier d'interdire à une partie de prélever des copies du dossier ou d'en restreindre l'usage pouvant en être fait (voir par exemple l'arrêt 1B_457/2013 du 28 janvier 2014). Un autre cas envisagé par la jurisprudence est celui d'une victime d'infraction à caractère sexuel qu'il s'agit de protéger, en interdisant au prévenu de se procurer, puis éventuellement diffuser, un enregistrement vidéo de la déposition de la victime (arrêt 1B_445/2012 du 8 novembre 2012). En lien avec l'obligation de garder le secret prévue à l'art. 73 al. 2 CPP, le Tribunal fédéral a considéré qu'une telle commination aux parties et à leurs conseils juridiques ne se justifiait que dans les cas où il fallait craindre que les droits personnels de participants à la procédure, en particulier de victimes ou de témoins mis en danger, puissent être touchés. Il n'en va pas ainsi lorsque l'intéressé craint une attention médiatique ou l'activité d'autorités étrangères, qui ne constitue pas des intérêts privés dignes de protection justifiant d'enjoindre les parties à garder le silence (arrêt 1B_315/2014 du 11 mai 2015 consid. 4.3).

La doctrine envisage une possibilité d'usage abusif lorsque la partie utilise son droit d'accès au dossier pour partager les informations ainsi collectées avec d'autres

participants à des procédures civiles ou pénales parallèles (N. SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2^{ème} éd., Zurich 2013, n. 113).

10.3. En l'espèce, B_____ s'oppose à la remise, aux avocats des parties, des enregistrements afin d'éviter que la diffusion des conversations d'ordre privé entre E_____ et lui-même ne se reproduise et que lesdites conversations ne se retrouvent sur internet. Or, force est de constater que les enregistrements des conversations qu'il a eues avec E_____ ont été effacées à la suite de la décision du TMC. Seules les conversations entre lui et les autres prévenus sont versées à la procédure et l'on ne voit pas, et en tout cas B_____ ne le précise pas, que des conversations, ne concernant pas la cause et touchant sa sphère privée digne de protection, seraient accessibles. Aucun autre intérêt digne de protection de tiers, de parties plaignantes ou des autres prévenus n'est évoqué, en particulier ni A_____ ni E_____ n'ont demandé une telle restriction. Ainsi, une restriction du droit des parties de consulter le dossier, respectivement d'utiliser les copies des pièces ainsi obtenues, ne se justifie pas.

Il convient ainsi de suivre C_____ en ce qu'il demande un accès libre aux enregistrements, même s'il y concluait pour l'ensemble des enregistrements et non seulement à ceux objet du tri.

- 11.** C_____ au détour de son argumentation semble demander la récusation du Procureur (point 42 du recours).

La procédure de récusation doit respecter les formes prévue par les art. 56 et ss CPP. Faute de l'avoir fait, la Chambre de céans n'est pas saisie d'une telle requête.

- 12.** Le recours de C_____ étant partiellement fondé, l'ordonnance querellée sera annulée en ce qu'elle limite la transmission aux parties du listing des échanges téléphoniques et de leurs enregistrements versés à la procédure (ch. 2 et 3 du dispositif). Cette transmission devra se faire aux parties et à leurs conseils, sans la menace de l'art. 292 CP, dès lors que la possibilité d'un abus (art. 108 al. 1 let. a CPP) est écartée (*cf. consid. 10.3 supra*).
- 13.** Les frais envers l'État seront fixés en totalité à CHF 4'500.- et répartis entre les recourants en rapport avec leurs griefs et le sort de leurs conclusions respectives (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03).

C_____, qui a très partiellement gain de cause, supportera CHF 1'500.-.

B_____ et A_____ qui succombent totalement, supporteront les frais à hauteur de CHF 1'000.- pour B_____ et CHF 2'000.- pour A_____.

14. En vertu de l'art. 436 al. 1 CPP, les prétentions en indemnité dans les procédures de recours sont régies par les art. 429 à 434 CPP.

Selon l'art. 429 al. 1 let. a CPP, le prévenu a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure, cette indemnisation visant les frais de la défense de choix (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER, *Schweizerische Strafprozessordnung / Schweizerische Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar StPO/JStPO, Bâle 2011, n. 12 ad art. 429). En application de l'art. 429 al. 2 CPP, l'autorité pénale examine donc d'office celles-ci et peut enjoindre l'intéressé de les chiffrer et de les justifier.

Dans tous les cas, l'indemnité n'est due qu'à concurrence des dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable des droits de procédure du prévenu (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1303, p. 1313 ; J. PITTELOUD, *Code de procédure pénale suisse - Commentaire à l'usage des praticiens*, Zurich/St-Gall 2012, n. 1349 p. 889). Le juge ne doit ainsi pas avaliser purement et simplement les notes d'honoraires qui lui sont le cas échéant soumises, mais, au contraire, examiner si l'assistance d'un conseil était nécessaire puis, dans l'affirmative, apprécier objectivement la pertinence et l'adéquation des activités facturées, par rapport à la complexité juridique et factuelle de l'affaire et, enfin, dire si le montant des honoraires réclamés, même conforme au tarif pratiqué, est proportionné à la difficulté et à l'importance de la cause, c'est-à-dire raisonnable au sens de la loi (cf. ACPR/140/2013 du 12 avril 2013).

C_____, prévenu, n'a pas demandé d'indemnité. La conclusion d'accès sans limitation aux enregistrements n'ayant pas été développée par le recourant, une indemnisation de CHF 500.- apparaît suffisante. Ce montant sera compensé avec les frais dus à l'Etat (art. 442 al. 4 CPP).

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet partiellement le recours de C_____, dans la mesure de sa recevabilité.

Rejette les recours de A_____ et de B_____.

Annule les points 2 et 3 du dispositif de la décision au sens des considérants.

Fixe les frais de la procédure dans leur totalité à CHF 4'500.-.

Condamne A_____ au paiement de ces frais à hauteur de CHF 2'000.-; C_____ à hauteur de CHF 1'500.- et B_____ à hauteur de CHF 1'000.-.

Alloue à C_____, à la charge de l'État une indemnité de CHF 500.-, TVA incluse, à compenser avec les frais de CHF 1'500.- dus.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux parties (soit pour elles, leur conseil) et au Ministère public.

Le communique, pour information, au Tribunal de police.

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Monsieur Julien CASEYS, greffier.

Le greffier :

Julien CASEYS

La présidente :

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/4180/2014

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	40.00
-----------------	-----	-------

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	4'385.00
---------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	4'500.00
--------------	------------	-----------------