REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/423/2021 **ACPR/784/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 16 novembre 2021

Entre

A_____, domicilié _____[GE], comparant par M^e^ Philippe CURRAT, avocat, Currat & Associés, rue de Saint-Jean 73, 1201 Genève,

recourant,

contre la mesure de surveillance rétroactive des télécommunications ordonnée le 8 mars 2021 par le Ministère public et autorisée le 9 mars 2021 par le Tribunal des mesures de contrainte,

et

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

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

intimés.

EN FAIT :

A. Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 17 juin 2021, A_____ recourt contre la mesure de surveillance rétroactive de son raccordement téléphonique, ordonnée le 8 mars 2021 par le Ministère public et autorisée le lendemain par le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC), dont il a été informé par décision du Ministère public du 3 juin 2021, reçue le 7 juin 2021.

Le recourant conclut, sous suite de frais, à l'annulation des mesures de surveillance et à la destruction de toutes les données collectées.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le Ministère public a ouvert une instruction, sous le numéro P/423/2021, contre B_____, né en 1996, pour, entre autres infractions, séquestration et enlèvement (art. 183 CP), subsidiairement complicité de séquestration et d'enlèvement (art. 25 cum 183 CP).

Dans ce cadre, il lui est reproché d'avoir, le 9 janvier 2021, à l'avenue 1_____, à Genève, de concert avec deux autres personnes cagoulées, participé à l'enlèvement et à la séquestration de C_____, lequel a été mis de force vers 17h20 dans un véhicule immatriculé GE 2_____ dont B_____ avait la maîtrise, subsidiairement mis ce véhicule à disposition des personnes précitées, en sachant et s'accommodant du fait que ce dernier pourrait être utilisé pour enlever et séquestrer une personne.

b. Dans un rapport de renseignements du 2 mars 2021, la police a demandé au Ministère public les données rétroactives de raccordements téléphoniques de plusieurs personnes, dont A_____, précisant qu'il est né le _____ 2003.

Des échantillons d'ADN avaient été prélevés sur le véhicule utilisé le jour des faits ainsi que sur des objets qui s'y trouvaient. Leur analyse avait permis d'identifier deux individus, qui correspondaient au signalement donné par C_____ qui, lors de ses auditions, avait mis en cause plusieurs individus "*renois*". En outre, à la suite de "*recherches dans différentes bases de données et selon les informations récoltées par divers biais*", plusieurs autres individus pouvant entrer en ligne de compte dans l'enlèvement du 9 janvier 2021 avaient été identifiés, parmi lesquels figurait A_____.

c. Le 8 mars 2021, le Ministère public a ordonné une surveillance rétroactive des télécommunications sur plusieurs raccordements téléphoniques, dont un numéro appartenant à A_____, pour la période du 9 septembre 2020 au 8 mars 2021. Le même jour, il a demandé au TMC d'autoriser la mesure (art. 273, 274 CPP). Sa demande mentionnait le nom et la date de naissance de neuf personnes – dont

A_____ – en qualité de prévenus et faisait expressément référence aux évènements du 9 janvier 2021.

d. Le 9 mars 2021, le TMC a autorisé la surveillance rétroactive demandée ainsi que l'utilisation des résultats à l'encontre du prévenu et de tout tiers susceptible d'acquérir la qualité de prévenu dans les différentes procédures liées à la présente enquête, notamment A_____.

e. La police a procédé à l'analyse des données récoltées ainsi qu'à l'audition d'A_____ en qualité de prévenu, actes qu'elle a consignés dans un rapport de renseignements du 30 avril 2021. Ce rapport relève que l'intéressé était mineur au moment des faits.

f. Le 30 avril 2021, A_____ a, par l'intermédiaire de son conseil, requis du Ministère public qu'il se dessaisisse au profit du Tribunal des mineurs.

Le même jour, le Ministère public a répondu qu'il comptait l'auditionner le 26 mai 2021 en qualité de personne appelée à donner des renseignements. À la suite de ses déclarations, il se dessaisirait éventuellement en faveur du Tribunal des mineurs.

g. Le 26 mai 2021, A_____ a été entendu par le Ministère public en qualité de prévenu. Il a déclaré être impliqué dans les évènements du 9 janvier 2021. À l'issue de l'audience, la Procureure l'a informé qu'une ordonnance de disjonction à son encontre serait "*rendue au*" Tribunal des mineurs.

h. Le 31 mai 2021, le Ministère public a disjoint la procédure P/423/2021 à l'encontre d'A_____ sous le numéro de procédure P/3_____/2021. Le même jour, il s'est dessaisi de la procédure P/3_____/2021 en faveur du Tribunal des mineurs, à qui le dossier a été transmis. La Juge des mineurs a repris l'instruction de la cause et entendu A_____.

C. Dans sa décision querellée, le Ministère public informe A_____ qu'il a fait l'objet d'une mesure de surveillance secrète de son numéro de téléphone pour une durée de six mois, entre le 9 septembre 2020 et le 8 mars 2021, dans le cadre de la procédure P/423/2021 menée à son encontre. Cette mesure avait été ordonnée sur la base des art. 269 ss CPP. La présente communication lui était faite en application de l'art. 279 al. 1 CPP.

D. **a.** À l'appui de son recours, A_____ soutient qu'au moment d'envoyer sa demande au TMC, le Ministère public ne pouvait ignorer qu'il était encore mineur au moment des faits. Or, cette autorité n'était pas compétente pour ordonner la surveillance secrète d'un mineur. Dès lors, le TMC aurait dû constater qu'il n'était pas saisi par l'autorité compétente. Ni le DPMin, ni la PPMin, ni les art. 269 ss CPP, ni même la

"*doctrine spécifique la plus récente*" ne faisaient mention d'une possible surveillance secrète d'un mineur. Faute de base légale, la mesure prononcée était contraire aux art. 11 Cst. et 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107).

b. Le Ministère public conclut au rejet du recours. La demande d'analyse des rétroactifs avait été adressée au TMC et validée par ce dernier après la majorité d'A_____. Au moment où l'enquête avait été menée, le prénommé était donc majeur, de sorte que le Ministère public ordinaire était compétent. La procédure portait sur des infractions graves et A_____ avait reconnu les faits reprochés, déclarant qu'il était alors âgé de 17 ans et 10 mois et qu'il avait "*agi seul, à l'instar des autres participants présents sur les lieux*". Au vu du nombre de participants, de la gravité des infractions et du fait que le prénommé était majeur au moment de l'enquête, l'analyse de ces rétroactifs était justifiée.

c. A_____ réplique que le Ministère public savait qu'il n'était pas compétent pour enquêter, au sens de l'art. 1er PPMin, et qu'il ne pouvait dès lors pas ordonner la surveillance litigieuse.

EN DROIT :

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP), concerner une mesure de surveillance secrète sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 279 al. 3 et 393 al. 1 let. a et c 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 soulève plusieurs griefs à l'encontre de la mesure de surveillance secrète ordonnée sur son raccordement téléphonique.

2.1. Selon l'art. 273 CPP, lorsque de graves soupçons laissent présumer qu'un crime, un délit ou une contravention au sens de l'art. 179septies CP a été commis et que les conditions visées à l'art. 269 al. 1 let. b et c CPP sont remplies, le ministère public peut exiger que lui soient fournies les données secondaires de télécommunication au sens de l'art. 8 let. b de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT ; RS 780.1) et les données secondaires postales au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LSCPT de la personne surveillée (al. 1). L'ordre de surveillance est soumis à l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte (al. 2 ; cf. aussi l'art. 274 CPP). Les données mentionnées à l'al. 1 peuvent être demandées avec effet rétroactif sur une période de six mois au plus, indépendamment de la durée de la surveillance (al. 3).

À teneur de l'art. 277 CPP, les documents et enregistrements collectés lors d'une surveillance non autorisée doivent être immédiatement détruits. Les envois postaux doivent être immédiatement remis à leurs destinataires (al. 1). Les informations recueillies lors de la surveillance ne peuvent être exploitées (al. 2). Il s'agit d'un cas d'inexploitabilité absolue au sens de l'art. 141 al. 1 CPP (ATF 146 IV 36 consid. 2.1 p. 41 ; 145 IV 42 consid. 4.5 p. 48).

Selon l'art. 279 CPP, au plus tard lors de la clôture de la procédure préliminaire, le ministère public communique au prévenu ainsi qu'au tiers qui ont fait l'objet d'une surveillance les motifs, le mode et la durée de la surveillance (al. 1). Les personnes dont la correspondance par poste ou par télécommunication a été surveillée ou celles qui ont utilisé l'adresse postale ou le service de télécommunication surveillé peuvent interjeter recours conformément aux art. 393 à 397 (al. 3).

Le recours instauré à l'art. 279 al. 3 CPP permet de contester la légalité de la mesure, et non sa valeur probante, l'examen de cette dernière question appartenant au juge du fond. Lorsque la communication des mesures de surveillance a été valablement notifiée par le ministère public (art. 279 al. 1 CPP), la licéité de cette surveillance ne peut plus être examinée par le juge du fond (ATF 140 IV 40 consid. 1.1 p. 42 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_63/2016 du 8 juin 2016 consid. 1.2.2 non publié in ATF 142 IV 289). Le recours se dirige premièrement contre la décision d'autorisation du tribunal des mesures de contrainte, mais couvre également l'ordre de surveillance du ministère public. Dans ce cadre, le recourant pourra notamment se plaindre de ce que les conditions de l'ordre de surveillance ou de l'autorisation n'étaient pas remplies (T. HANSJAKOB / U. PAJAROLA, in A. DONATSCH et al. (éds), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 3e éd., Zurich 2020, n. 84 ad art. 279 ; N. SCHMID / D. JOSITSCH, *StPO Praxiskommentar*, 3e éd., Zurich 2018, n. 14 ad art. 279). Pour rendre sa décision, l'autorité de recours doit fonder son appréciation sur les circonstances qui prévalaient au moment où l'autorité d'autorisation a statué (arrêt du Tribunal fédéral 1B_450/2017 du 29 mars 2018 consid. 3.1). Lorsqu'elle constate qu'une mesure de surveillance n'aurait pas dû être ordonnée ou autorisée, elle doit appliquer l'art. 277 CPP et détruire immédiatement les documents et enregistrements collectés (T. HANSJAKOB / U. PAJAROLA, *op. cit.*, n. 91 ad art. 379 ; M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar StPO/JStPO*, 2e éd., Bâle 2014, n. 13 ad art. 279).

2.2. Le recourant soutient qu'une telle mesure de surveillance ne peut pas être prononcée contre tout mineur, faute de base légale. Il prétend en outre que le Ministère public n'était de toute manière pas compétent pour l'ordonner à son encontre, vu sa minorité au moment des faits.

2.2.1. Selon l'art. 9 al. 2, 1ère phrase CP, le droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin ; RS 311.1) s'applique aux personnes qui n'ont pas 18 ans le jour de l'acte. Dans le même sens, l'art. 3 al. 1 DPMin déclare la présente loi applicable à quiconque commet un acte punissable entre 10 et 18 ans. C'est dès lors l'âge qu'avait l'auteur lors de la commission de l'infraction qui déterminera l'application du DPMin ou du CP (M. GEIGER / E. REDONDO / L. TIRELLI, *Petit commentaire DPMin*, Bâle 2019, n. 4 ad art. 3).

2.2.2. À teneur de son art. 1er, la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin; RS 312.1) régit la poursuite et le jugement des infractions prévues par le droit fédéral commises par des mineurs au sens de l'art. 3 al. 1 DPMin, ainsi que l'exécution des sanctions prononcées à l'encontre de ceux-ci.

À Genève, l'autorité d'instruction dans les procédures dirigées contre une personne de moins de 18 ans est le juge des mineurs (art. 48 de la loi genevoise d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 [LaCP ; RSG E 4 10]). Il dirige la poursuite pénale et effectue tous les actes de procédure nécessaires à l'établissement de la vérité (art. 30 al. 1 PPmin). Lors de l'instruction, il exerce les compétences et effectue les tâches que le CPP attribue au ministère public à ce stade de la procédure (art. 30 al. 2 PPMin).

Selon l'art. 26 al. 1 let. a PPMin, le juge des mineurs est compétent pour ordonner les mesures de contrainte qui peuvent être ordonnées par le ministère public aux termes du CPP. Les mesures de surveillance secrètes de la correspondance par poste et télécommunication au moyen d'équipements techniques de surveillance au sens des art. 269 et 280 ss du CPP sont de telles mesures de contrainte (arrêt du Tribunal fédéral 1B_487/2019 du 11 novembre 2019 consid. 2.1).

2.3. En l'espèce, il ressort des dispositions rappelées ci-dessus que le prononcé de mesures de surveillance secrètes – dont fait partie l'obtention de données secondaires de télécommunication (art. 273 CPP) – est aussi envisageable à l'encontre d'un prévenu mineur. Le recourant ne peut dès lors sérieusement affirmer qu'il n'existerait aucune base légale pour ordonner la surveillance secrète d'un mineur. Le conseil du recourant pouvait d'autant moins l'ignorer, pour avoir soulevé un grief similaire (si ce n'est identique) dans une affaire récente, d'abord devant la Chambre de céans (ACPR/654/2019 consid. 3), puis devant le Tribunal fédéral (arrêt 1B_487/2019 précité consid. 2 et 2.1), à chaque fois en vain.

Reste toutefois à examiner si les conditions d'une telle surveillance étaient remplies en l'occurrence.

Il n'est pas contesté que le recourant, né le 20 février 2003, était âgé de 17 ans et 10 mois au moment des évènements du 9 janvier 2021. En vertu des art. 9 al. 2 CP, 3

al. 1 DPMin et 1 PPMin, la poursuite des infractions qui lui sont reprochées dans ce cadre incombait au Juge des mineurs, et non au Ministère public. Au moment de la surveillance, ce dernier était de plus manifestement au courant de l'âge du recourant, puisqu'il a fait figurer la date de naissance de ce dernier dans sa demande d'autorisation du 8 mars 2021 au TMC. Le Juge des mineurs était donc seul compétent pour ordonner la mesure de contrainte litigieuse (art. 26 al. 1 let. a PPMin), à l'exclusion du Ministère public. Le fait qu'il appartienne ensuite au TMC d'autoriser la surveillance tant dans la procédure pénale ordinaire que dans celle des mineurs ne change rien à l'irrégularité originelle de la décision querellée, rendue par une autorité incompétente, soit un vice en principe suffisamment grave pour constituer un motif de nullité (cf. ATF 147 IV 93 consid. 1.4.4 p. 104 s.). Point n'est toutefois besoin d'examiner la question d'une éventuelle nullité, dès lors que le recourant a pu attaquer la mesure de surveillance dès qu'elle lui a été communiquée (cf. art. 279 al. 1 CPP) et qu'il peut dans ce cadre se plaindre de son illégalité, ce qu'il a fait.

Aucun des arguments soulevés par le Ministère public dans ses observations n'emporte la conviction. En particulier, le fait qu'une infraction – même grave – commise par un prévenu mineur ne soit découverte qu'après la majorité de celui-ci ne permet pas au Ministère public ordinaire d'ordonner des mesures de contrainte en lieu et place du Juge des mineurs. Le critère déterminant dans ce cadre est l'âge du prévenu lors de la commission de l'infraction, non son âge lors de la découverte de celle-ci. Si la loi admet certaines exceptions, c'est uniquement dans les cas dits mixtes, soit ceux où l'auteur a commis des infractions avant et après l'âge de dix-huit ans (art. 3 al. 2, 4ème et 5ème phrases, DPMin ; cf. ATF 146 IV 164). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

En mettant ensuite en évidence le nombre élevé de participants, le Ministère public paraît faire référence – sans toutefois le citer – à l'art. 11 al. 2 PPMin, disposition qui permet, à titre exceptionnel, de renoncer au principe de la disjonction des procédures en cas d'infraction commise en commun par des mineurs et des majeurs (cf. art. 11 al. 1 PPMin). Comme exemple de circonstances exceptionnelles, la doctrine cite le cas d'une cause impliquant de très nombreux mineurs et un seul majeur, ou inversement (A. STETTLER, in N. QUÉLOZ (éd.), *Droit pénal et justice des mineurs en Suisse, Commentaire*, 2018, n. 50 ad art. 11 PPMin). On peut douter que ces circonstances soient remplies en l'occurrence, vu les trois personnes directement mises en cause dans les faits du 9 janvier 2021. De toute manière, le Ministère public, après avoir entendu le recourant, a disjoint sa procédure de celle menée contre ses coprévenus et s'en est dessaisi au profit du Tribunal des mineurs, qui a repris l'instruction. S'il s'est ainsi conformé au principe de la poursuite séparée énoncé à l'art. 11 al. 1 PPMin, on ne voit pas pour quelle raison il ne pouvait pas faire de même plus tôt, soit dès qu'il a eu connaissance de l'âge du recourant au moment des faits. Le Juge des mineurs aurait alors été en mesure d'ordonner la mesure de surveillance litigieuse dans sa propre procédure, puis d'adresser une

demande d'autorisation au TMC. En d'autres termes, le nombre de participants à l'infraction ne permettait pas au Ministère public d'ordonner une mesure de contrainte pour laquelle il n'était pas matériellement compétent.

Il s'ensuit que, faute d'avoir été ordonnée par l'autorité compétente, la mesure de surveillance litigieuse est illicite. Vu l'issue du recours, les autres arguments soulevés par le recourant dans ses écritures (statut lors de son audition du 26 mai 2021, motivation lacunaire du rapport de renseignements du 2 mars 2021) n'ont pas à être examinés.

3. Fondé, le recours doit être admis. Partant, la mesure de surveillance rétroactive du raccordement téléphonique du recourant, ordonnée le 8 mars 2021 par le Ministère public et autorisée le lendemain par le TMC, est déclarée illicite. La destruction immédiate des documents et enregistrements qui ont été collectés lors de cette surveillance sera ordonnée (art. 277 al. 1 CPP), étant rappelé que les informations recueillies lors de cette surveillance ne peuvent pas être exploitées contre le recourant (art. 277 al. 2 CPP). Dès lors que l'instruction des faits reprochés au recourant est désormais en mains de la Juge des mineurs, le présent arrêt lui sera également notifié, afin qu'elle procède à la destruction immédiate des documents et enregistrements en question.

4. L'admission du recours ne donnera pas lieu à la perception de frais (art. 428 al. 1 CPP).

5. Le recourant, prévenu, obtient gain de cause et a donc droit à une indemnité pour ses frais de défense (art. 429 al. 1 let. a *cum* 436 al. 1 CPP). Faute pour lui d'avoir chiffré ou justifié sa demande, il se verra allouer, *ex aequo et bono,* une indemnité arrêtée à CHF 1'000.- TTC, montant qui paraît adéquat vu l'ampleur de ses écritures (recours de 10 pages, dont une page de garde et une page de conclusions, observations d'une page).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet le recours.

Constate l'illicéité de la mesure de surveillance rétroactive du raccordement téléphonique d'A_____ pour la période du 9 septembre 2020 au 8 mars 2021.

Ordonne la destruction immédiate des documents et enregistrements qui ont été collectés pendant la surveillance illicite.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 1'000.- TTC.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A_____, soit pour lui son conseil, au Juge des mineurs, au Ministère public ainsi qu'au Tribunal des mesures de contrainte.

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).