REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

P/7884/2023 **ACPR/754/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 28 septembre 2023

Entre

A_____, domicilié _____, représenté par M^e^ B_____, avocat,

recourant,

contre les ordonnances autorisant la mise œuvre d'un agent infiltré (rendue le 8 octobre 2021) ; autorisant l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance (rendues les 5 novembre 2021, 29 août 2022 et 30 janvier 2023) ; autorisant l'extension d'une mesure de surveillance technique en cas de découvertes fortuites (rendue le 19 avril 2023) ; ainsi que les ordonnances de prolongation correspondantes (rendues les 31 janvier, 4 mai, 3 juin, 25 novembre et 2 décembre 2022 et 6 mars 2023) du Tribunal des mesures de contrainte,

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 un acte unique expédié le 15 juin 2023, A_____ recourt contre :

- l'ordonnance OTMC/3373/2021 du 8 octobre 2021 par laquelle le Tribunal des mesures de contrainte (ci-après, TMC) a autorisé la mise en œuvre de trois agents infiltrés pour une durée de quatre mois prenant effet le 7 octobre 2021, afin d'enquêter sur un trafic de stupéfiants mené par des personnes inconnues, ainsi que la constitution d'une identité d'emprunt et l'établissement ou la modification d'actes dans ce but, ainsi que contre les ordonnances des 31 janvier, 3 juin et 2 décembre 2022 par lesquelles le TMC a successivement prolongé la mesure jusqu'au 6 juin 2023 ;

- l'ordonnance OTMC/3713/2021 du 5 novembre 2021 par laquelle le TMC a autorisé la mise en œuvre d'un dispositif permettant l'enregistrement audio et / ou vidéo des conversations entre les agents infiltrés et les personnes impliquées dans le trafic de stupéfiants pour une durée de trois mois avec effet au 4 novembre 2021 et autorisé l'exploitation des données recueillies, ainsi que contre les ordonnances de prolongation de cette mesure des 31 janvier et 4 mai 2022 par lesquelles le TMC a successivement prolongé la mesures jusqu'au 4 août suivant ;

- l'ordonnance OTMC/2677/2022 du 29 août 2022 par laquelle le TMC a autorisé la pose de caméras et de micros, lors des différentes rencontres entre lesdits agents et les personnes impliquées dans le trafic [de stupéfiants] pour une durée de trois mois avec effet dès le 26 août 2022 et autorisé l'exploitation des données recueillies ;

- l'ordonnance OTMC/3714/2022 du 25 novembre 2022 par laquelle le TMC a ordonné la prolongation de la mise en œuvre d'agents infiltrés (y compris enregistrement audio et vidéo des conversations entre ces derniers et leurs interlocuteurs) jusqu'au 6 mars 2023, ainsi que contre l'ordonnance de prolongation de cette mesure du 6 mars 2023 par laquelle le TMC a prolongé la mesure jusqu'au 6 juin suivant ;

- l'ordonnance OTMC/268/2023 du 30 janvier 2023 par laquelle le TMC a autorisé la pose d'une caméra de vidéosurveillance non visible sur la porte palière de l'appartement de A_____ pour une durée de trois mois prenant effet le 30 janvier 2023 et autorisé l'exploitation des données recueillies contre, notamment, C_____ et D_____ ;

- l'ordonnance OTMC/263/2023 du 30 janvier 2023 par laquelle le TMC a autorisé l'utilisation d'une balise GPS, sur le véhicule automobile dont A_____ était le détenteur et autorisé l'exploitation des données recueillies contre, notamment, C_____ et D_____ ;

- l'ordonnance OTMC/1147/2023 du 19 avril 2023 par laquelle le TMC a autorisé l'exploitation des données des surveillances susvisées à l'encontre de A_____ (alias "*A*_____"), E_____ et F_____.

Toutes ces ordonnances (ci-après, les ordonnances de surveillance secrète) ont été notifiées à A_____ lors de l'audience du 5 juin 2023 du Ministère public.

Le recourant conclut au classement de la procédure dirigée contre lui, à l'annulation des ordonnances de surveillance secrète et à ce que les constatations faites sur la base desdites ordonnances soient retirées du dossier et détruites.

B. Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Par plusieurs ordonnances d'investigation secrète et de mesures techniques de surveillance, rendues les 7 octobre et 4 novembre 2021, 26 août 2022, le Ministère public a ordonné une investigation secrète et des mesures techniques de surveillance visant un bar dans le quartier G_____ à Genève.

Il ressort des faits exposés dans ces ordonnances, en résumé, que la police judiciaire menait une enquête concernant un important réseau de trafic de stupéfiants à Genève, portant sur de grandes quantités de cocaïne et de haschich. Ces substances étaient, selon les informations recueillies, écoulées depuis un bar. Les moyens traditionnels d'enquête n'avaient pas permis de comprendre le fonctionnement du réseau, ni les méthodes d'approvisionnement et d'écoulement de la marchandise, ni d'identifier les commanditaires. Seul l'engagement d'un agent infiltré, respectivement l'installation de mesures techniques de surveillance pouvait permettre de faire progresser l'enquête.

b. Le Tribunal des mesures de contrainte a fait droit, respectivement prolongé, ces ordonnances de surveillance secrète.

c. En conformité avec ces ordonnances, des agents ont infiltré le bar ciblé et recueilli des informations.

d. Par ordonnance de mesures techniques de surveillance du 30 janvier 2023, le Ministère public a exposé que la surveillance secrète du bar avait permis d'établir l'implication de A_____ dans le trafic de stupéfiants qui s'y déroulait et qu'il se justifiait donc de placer un système de vidéosurveillance sur la porte palière de son appartement.

Le même jour et pour les mêmes motifs, le Ministère public a ordonné la pose d'un système de géolocalisation sur le véhicule automobile du prénommé.

Les demandes d'autorisation correspondantes ont été adressées au TMC.

e. Statuant sur ces requêtes, le TMC a autorisé dites mesures le 30 janvier 2023.

f. Par ordonnance d'extension du 14 avril 2023, le Ministère public a décidé que les surveillances ordonnées pourraient être exploitées à l'encontre, notamment, de A_____ ("*A_____*").

La surveillance avait en effet révélé que le prénommé était impliqué dans le trafic de stupéfiants centré autour du bar. Plus particulièrement, A_____ jouait le rôle de fournisseur, étant précisé que celui-ci était visé dès l'origine de la surveillance en tant que personne inconnue mais suspectée.

La demande correspondante a été adressée le même jour au TMC.

g. Le 19 avril 2023, le TMC a rendu une ordonnance autorisant, notamment, l'exploitation des données recueillies concernant A_____ par le biais de l'investigation secrète et des mesures techniques de surveillance ordonnées précédemment.

h. Le 30 mai 2023, A_____ a été arrêté.

Il a été prévenu le lendemain pour avoir participé à un important trafic de stupéfiants, fait constitutif d'infraction grave au sens de l'art. 19 al. 1 et 2 LStup.

À l'issue de son audition par le Ministère public, il a été remis en liberté.

i. Lors de l'audience du Ministère public du 5 juin 2023, les prévenus, dont A_____, ont été informés de l'existence des mesures de surveillance secrètes à leur encontre, des ordonnances correspondantes du TMC et de leur droit de faire recours.

j. Le 6 juin 2023, le Ministère public a ordonné la fin de l'investigation secrète.

C. **a.** À teneur de son recours, A_____ fait grief aux ordonnances entreprises d'avoir servi à la provocation de l'unique infraction qui lui était reprochée, soit une seule vente de produits stupéfiants. Selon lui, l'agent infiltré avait insisté pour se procurer le produit en question et avait donc donné l'impulsion à l'activité délictueuse. Les preuves recueillies étaient donc viciées et inexploitables et devaient être retirées de la procédure, puis détruites, soit l'ensemble des observations, enregistrements, rapports et autres éventuels éléments recueillis par l'agent infiltré susmentionné.

b. À réception, le recours a été gardé à juger sans échange d'écritures ni débats.

EN DROIT :

1. La Chambre de céans 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.

2. Le recours contient deux branches de griefs distinctes : la première vise la validité des ordonnances de mesures de surveillance secrètes querellées et la seconde l'exploitabilité des preuves qui en découlent, qui devrait conduire à un classement de la procédure, selon le recourant. Il sied donc d'examiner la recevabilité du recours sous ces deux angles.

3. En tant qu'il est dirigé contre les ordonnances de mesures de surveillance secrètes, 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 des ordonnances sujettes à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. c et 298 al. 3 CPP, respectivement 279 al. 3 CPP applicable par renvoi de l'art. 281 al. 4 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).

4. Il sied ensuite d'examiner si le recours est recevable en tant qu'il conclut au retrait de certaines pièces du dossier et au classement de la procédure.

4.1. Le recours est, pour peu que les autres conditions formelles et matérielles soient réunies, en principe recevable contre les décisions du Ministère public refusant de retirer certaines pièces du dossier en raison de leur caractère prétendument illicite (art. 141 CPP ; ATF 143 IV 475 consid. 2.9 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_485/2021 du 26 novembre 2021 consid. 2.4.3).

L'art. 141 CPP règle la question de l'exploitation des moyens de preuve obtenus illégalement. Selon l'art. 141 al. 2 CPP, les preuves qui ont été administrées d'une manière illicite ou en violation de règles de validité par les autorités pénales ne sont pas exploitables, à moins que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves.

Cela étant, lorsque la preuve dont le retrait du dossier est demandé résulte d'une investigation secrète (art. 285a et suivants CPP), la loi prévoit : "*Si l'agent infiltré a dépassé les limites de la mission autorisée, le juge en tient compte de manière appropriée lors de la fixation de la peine; il peut également libérer de toute peine la personne ainsi influencée*" (art. 293 al. 4 CPP). Ainsi, selon la jurisprudence, c'est le rôle du juge au fond de déterminer si l'agent infiltré a excédé la limite de sa mission et les conséquences qu'il faut en tirer sur la quotité de la peine ou s'il faut renoncer à toute peine. L'art. 293 al. 4 CPP est ainsi une disposition spéciale qui déroge à l'art. 141 al. 1 CPP (ATF 143 I 304 consid. 2.4 et les références citées). Cependant, une

violation du droit de ne pas s'auto-incriminer, lorsque l'agent infiltré provoque des aveux qui n'auraient pas été faits dans des circonstances normales, ne peut pas être "*compensée*" par une atténuation de la peine ou une exemption de celle-ci : dans ce cas, les art. 140 et 141 CPP seraient contournés et la CEDH violée (art. 6 CEDH), de sorte que les preuves obtenues dans ce cadre sont inexploitables (ATF 148 IV 205 consid. 2 et le résumé de cet arrêt in R. GAUDERON, *Inexploitabilité absolue des aveux obtenus : les agents infiltrés ne peuvent pas faire usage de pressions dans le but de contourner le droit du prévenu de garder le silence*, in crimen.ch du 17 mai 2022).

Selon la jurisprudence, le recours institué à l'art. 298 al. 3 CPP permet de contester la légalité de la mesure secrète, et non sa valeur probante, cette dernière question relevant de la compétence du juge du fond. Celui qui omet de recourir contre une mesure de surveillance ne peut toutefois plus remettre en cause sa licéité devant le juge du fond (arrêts du Tribunal fédéral 1B_40/2016 du 12 avril 2016 et 6B_1066/2013 du 27 février 2014 consid. 3.2 et les références citées).

4.2. En l'espèce, en tant que le recourant invoque l'inexploitabilité de moyens de preuve découlant d'un dépassement de la limite de sa mission par l'agent infiltré, le recours n'apparaît *prima facie* pas recevable : le recourant n'invoque en effet aucune violation du principe *nemo tenetur se ipsum accusare* qui seul pourrait fonder, selon les circonstances, une application des art. 140 et 141 CPP et ouvrir éventuellement un recours immédiat sur la question de la validité d'un moyen de preuve.

En tout état, cette question n'a pas à être résolue. Aucune décision sujette à recours n'a été rendue par le Ministère public sur cette question (art. 393 CPP), le recourant n'invoquant pas avoir soumis à cette autorité une requête tendant au retrait des preuves visées.

Il en va de même d'un éventuel classement, la Chambre de céans n'étant pas saisie d'une décision sur ce point.

Le recours est donc irrecevable sur ce point.

5. Le recourant remet en cause la validité des ordonnances entreprises.

5.1. Les conditions préalables à une surveillance secrète au sens des art. 285a et suivants CPP sont énumérées, pour l'essentiel, à l'art. 286 al. 1 CPP.

Selon cette disposition, le ministère public peut ordonner une investigation secrète aux conditions suivantes : des soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'al. 2 - soit notamment une infraction aux art. 19 al. 2 et 20 al. 2 LStup (art. 286 al. 2 let. f CPP - a été commise (let. a) ; cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction (let. b) ; les autres actes d'instruction accomplis jusqu'alors

n'ont pas abouti ou que les recherches, à défaut de l'investigation secrète, n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles (let. c).

En plus des conditions générales prévues à l'art. 286 al. 1 CPP, l'autorité de recours est, selon la doctrine, habilitée à revoir, dans la limite de son pouvoir de cognition, aussi la décision d'exploiter des découvertes fortuites (art. 296 CPP) et les éventuelles conditions de fin anticipée de la mission (art. 297 CPP ; V. LIEBER / A. DONATSCH / V. LIEBER / S. SUMMERS / W. WOHLERS (éds), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 3ème éd 2020, n. 18 ad art. 298 CPP avec renvoi aux n. 70 et suivants ad art. 279 CPP).

5.2. En l'espèce, le recourant développe des griefs uniquement en rapport avec le fait qu'il aurait été provoqué par l'agent infiltré à procéder à une transaction portant sur un produit stupéfiant. Ainsi, matériellement, il ne remet en cause les ordonnances querellées que sous l'angle de l'investigation secrète par un agent infiltré et non sous l'angle des mesures techniques de surveillance instaurées en parallèle.

Faute de griefs, il n'y a pas lieu de se pencher plus avant sur celles-ci.

Son exposé en droit se réfère en outre exclusivement à l'exploitabilité des moyens de preuve. Il en tire la conclusion que le comportement de l'agent excédant sa mission (soit d'avoir incité le recourant à commettre une infraction) rendait les résultats de l'investigation secrète inexploitables et que les ordonnances l'autorisant et la prolongeant devaient être annulées.

Or, comme il a été vu, le comportement de l'agent infiltré n'est pas une condition préalable à la validité des ordonnances instaurant une investigation secrète, mais joue un rôle dans l'appréciation des preuves par le juge du fond et dans la fixation d'une éventuelle peine par celui-ci.

Le recours ne contient ainsi aucun grief sur les conditions légales présidant à la mise en place d'une investigation secrète. Comme cela résulte des ordonnances entreprises, tant l'existence de soupçons suffisants d'une infraction listée au catalogue de l'art. 286 al. 2 CPP, que la gravité de celle-ci et la proportionnalité d'une investigation secrète étaient données, ce que le recourant ne remet pas en cause.

Il en résulte que les ordonnances entreprises sont conformes au droit.

6. Justifiées, les ordonnances querellées seront donc confirmées.

7. Le recourant, qui succombe, supportera les frais envers l'État, qui comprendront un émolument de 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.

Met à la charge de A_____ les frais de la procédure de recours, qui comprennent un émolument de CHF 900.-.

Notifie le présent arrêt, en copie, au recourant, soit pour lui son conseil, et au Ministère public.

Siégeant :

Madame Daniela CHIABUDINI, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Oriana BRICENO LOPEZ, greffière.

La greffière :	La présidente :
Oriana BRICENO LOPEZ	Daniela CHIABUDINI

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/7884/2023 **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	900.00
Total	CHF	**985.00**