

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/47/2016

ACPR/660/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du lundi 17 octobre 2016

Entre

A._____, domicilié _____, (GE), comparant par C._____, avocat, Genève,

requérant,

et

E._____, domicilié c/o EM police judiciaire, case postale 236, 1211 Genève 8, en
personne,

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 fax et courrier recommandé adressés le 17 juin 2016 au Tribunal des mesures de contrainte (ci-après "TMC"), qui les a transmis à la Chambre de céans le 4 juillet 2016, A._____ a requis la récusation de l'inspecteur E._____, nommé le 8 juin 2016 comme expert par le TMC dans la cause P/1_____.

Il conclut, sous suite de frais et dépens, à ce que la récusation de l'expert précité soit prononcée et à ce qu'un autre expert soit nommé.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A._____ est prévenu de faux dans les titres (art. 251 CP). Il lui est reproché d'avoir mis en place un arbitrage simulé ayant débouché sur une sentence arbitrale viciée datée du 28 mai 2014.

b. Le 24 février 2016, lors d'une perquisition dans les locaux d'une étude d'avocat dans laquelle A._____ avait pratiqué, un ordinateur iMac et une clé USB ont notamment été saisis et mis sous scellés.

c. A la suite d'une demande de levée de scellés, le TMC a désigné E._____, inspecteur à la Brigade de criminalité informatique (ci-après "BCI"), comme expert. Sa mission consistait, en substance, à procéder au tri des données enregistrées sur les supports saisis afin d'isoler les éléments concernant la procédure résumée ci-dessus de ceux soumis au secret professionnel et non pertinents pour ladite procédure.

Le projet de mission d'expertise a été soumis le 23 mars 2016 à A._____ qui a indiqué au TMC ne pas avoir d'observation à formuler.

d. Le 17 mai 2016, une seconde étude d'avocats dans laquelle A._____ avait également pratiqué, a remis, à son tour, une clé USB au Ministère public, en demandant sa mise sous scellés en raison du secret professionnel.

e. Le lendemain, le Ministère public a saisi le TMC d'une requête de levée de scellés. Le 19 mai 2016, un projet de mission d'expertise destiné à l'inspecteur E._____ pour cette seconde clé USB a été transmis par le TMC à A._____. Dans le délai octroyé, A._____ s'est opposé à la nomination de cet expert.

f. Le 8 juin 2016, l'inspecteur E._____ a été désigné comme expert par le TMC. La copie de la mission d'expertise a été transmise à A._____ le même jour.

- C.** **a.** A l'appui de sa demande de récusation, A._____ soutient que le fait que l'inspecteur E._____ exerce ses fonctions à la BCI serait propre à donner

l'apparence de la prévention et ferait douter de son impartialité dans la mesure où il est soumis, en sa qualité de policier, à la surveillance et aux instructions du Ministère public.

b. Dans ses observations, le TMC conclut, à la forme, à l'irrecevabilité de la requête, la considérant tardive dans la mesure où le requérant ne s'est pas opposé à ce que la première expertise soit confiée à l'inspecteur E._____. Cette deuxième mission d'expertise ne serait qu'un *continuum* dans le travail de l'expert.

Au fond, le TMC conclut au rejet de la demande, avec suite de frais. En premier lieu, l'inspecteur E._____ n'avait jamais travaillé dans la cadre de la procédure pénale en cause.

Par ailleurs, dans le cadre de sa mission d'expert, il travaillerait sous l'autorité exclusive du TMC. Les bureaux de la BCI étaient géographiquement séparés de ceux du Ministère public. La pratique, instaurée de longue date lorsqu'un inspecteur de la BCI était nommé en tant qu'expert, prévoyait que celui-ci n'aurait aucun contact avec le Ministère public pour l'exécution de sa mission; il s'engageait également à garder la confidentialité absolue des données dont il avait connaissance au cours du tri et ne rendrait aucun compte au Chef de sa brigade, à la Cheffe de la Police ou au Ministère public; lors de cette mission, il n'exerçait pas des activités de police judiciaire mais bien d'expert; ainsi, son indépendance par rapport au Ministère public et son impartialité étaient garanties.

Enfin, la nomination d'un informaticien privé n'était pas opportune dès lors que la clé USB contenait des données confidentielles susceptibles d'intéresser des tiers. Confier cette mission à des informaticiens privés pouvait mener à des indiscretions. Le risque était moindre avec des inspecteurs de la BCI qui, contrairement aux informaticiens privés, avaient prêté serment devant le Conseil d'État. Les inspecteurs de la BCI étaient habitués à ce type de recherches, ce qui n'était pas le cas des informaticiens privés.

c. Dans ses observations, l'inspecteur E._____ estime fournir toutes les garanties nécessaires à son indépendance. En particulier, il a confirmé qu'il recevrait ses instructions uniquement du TMC, à l'exclusion du Ministère public ou de sa hiérarchie, et qu'il concevait son secret professionnel dans le cadre de cette mission comme l'empêchant de donner des informations à quiconque d'autre qu'au TMC. Son espace de travail était sécurisé et sa brigade n'y avait pas accès. Finalement, les inspecteurs de la BCI exerçaient ce type de mission depuis des années et la confidentialité avait toujours été maintenue.

d. Dans sa réplique, A._____ considère que sa demande de récusation est recevable, dès lors que la première mission d'expertise, confiée à l'inspecteur

E. _____ le 23 mars 2016, était indépendante de celle du 19 mai 2016. De plus, un délai lui avait été octroyé au mois de mai 2016 afin qu'il se détermine sur ce deuxième projet de mission et ce délai avait été respecté.

En second lieu, il estime que la mission d'expertise confiée à l'inspecteur E. _____ s'inscrivait dans le cadre d'une activité de police judiciaire et était soumise à la surveillance et aux instructions du Ministère public.

e. Le Ministère public relève, dans ses observations, que les deux missions confiées à l'inspecteur E. _____ concernaient la même procédure, les mêmes infractions et des recherches tout à fait similaires. La cause de récusation soulevée par A. _____ n'était donc pas nouvelle et sa requête tardive. Il rappelait, en sus, que l'inspecteur – désigné à titre d'expert – procéderait à un pré-tri mais que le tri définitif serait effectué par le TMC. Il ajoute que, tant la doctrine que la jurisprudence, admettaient qu'un policier puisse être nommé en qualité d'expert. Finalement, il précise que la police n'était soumise à la surveillance du Ministère public que dans son activité de police judiciaire et que le Ministère public ne pouvait lui donner d'instructions que dans le cadre d'une poursuite pénale précise. Le Ministère public n'avait donc aucune possibilité de donner une quelconque instruction à l'inspecteur E. _____ dans la présente procédure.

f. A. _____ n'a pas dupliqué.

EN DROIT :

1. 1.1. A raison, A. _____ ne recourt pas, devant la Chambre de céans, contre le mandat d'expertise; un tel recours n'étant pas ouvert. En effet, conformément à l'art. 393 al. 1 let. c CPP, un recours n'est ouvert contre les décisions du TMC que dans les cas prévus par ledit code. Aux termes de l'art. 248 al. 3 let. a CPP, cette juridiction statue définitivement sur la demande de levée des scellés au stade de la procédure préliminaire. Le code ne prévoit donc pas de recours contre les autres décisions rendues par le TMC dans le cadre de la procédure de levée des scellés (arrêts du Tribunal fédéral 1B_90/2016 du 8 septembre 2016 destiné à la publication consid. 1.1 et 1B_19/2013 du 22 février 2013 consid. 2).

A. _____ requiert, cependant, la récusation de l'expert nommé par le TMC, procédure indépendante de la contestation du mandat d'expertise. Or, cette voie n'est pas exclue par la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral 1B_90/2016 précité consid. 3.2.1 *in fine* et les références citées).

Le CPP ne désigne cependant pas l'autorité compétente pour statuer sur une demande de récusation visant un expert. Le Tribunal fédéral a comblé cette lacune en appliquant par analogie l'art. 59 al. 1 let. b CPP, qui prévoit que l'autorité de recours

est compétente lorsque les tribunaux de première instance sont concernés (arrêt du Tribunal fédéral 1B_488/2011 du 2 décembre 2011 consid. 1.1). Certes, cet arrêt concernait un cas où l'expert avait été nommé par le Ministère public, autorité de première instance, alors que le TMC n'en est pas une (art. 18 et 19 CPP). Cependant, en nommant l'expert dans le cadre d'une demande de levée des scellés, ce tribunal applique l'art. 184 CPP et n'est donc pas fondamentalement dans une position différente de ces deux autorités. Or, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt précité, considère que lorsque l'expert est nommé par la direction de la procédure, conformément à cette disposition légale, il est préférable de laisser à une autre autorité, soit à l'autorité de recours, le soin de statuer sur la demande de récusation visant cet expert (*ibidem*). Ainsi, la solution du Tribunal fédéral peut également s'appliquer lorsque la nomination de l'expert émane du TMC. La Chambre de céans entrera donc en matière sur la présente demande de récusation.

1.2. Le requérant, partie à la procédure pénale dans laquelle s'inscrit la demande de récusation, a qualité pour agir (art. 58 al. 1 et 104 al. 1 let. a CPP).

1.3.1. Selon l'art. 58 al. 1 CPP, la demande de récusation doit être présentée "*sans délai*", dès que la partie a connaissance du motif de récusation. Dès lors, même si la loi ne prévoit aucun délai particulier, il y a lieu d'admettre que la récusation doit être formée aussitôt, c'est-à-dire dans les jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation (arrêt du Tribunal fédéral 1B_754/2012 du 23 mai 2013 consid. 3.1). La jurisprudence admet qu'un délai de 6 à 7 jours s'écoule entre la connaissance du motif de récusation et le dépôt de la demande (arrêt du Tribunal fédéral 1B_499/2012 du 7 novembre 2012 consid. 2.3).

Le droit d'invoquer ultérieurement les règles sur la récusation se périmé à l'égard de celui qui ne récusé pas immédiatement le juge ou le fonctionnaire concerné dès qu'il a connaissance du motif de récusation (ATF 132 II 485 consid. 4.3; G. PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Zurich 2006, p. 252/253 n. 384). La doctrine rappelle que le moment de la connaissance du motif de récusation peut se décomposer en deux temps, car il faut, d'une part, connaître l'identité de la personne concernée et savoir qu'elle sera appelée à participer à la procédure et, d'autre part, connaître l'origine du possible biais (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 7 ad art. 58 CPP). Il appartient à la partie requérante de démontrer que sa demande n'est pas tardive, respectivement à quel moment elle a découvert le motif de récusation. L'autorité qui constate qu'une demande de récusation est tardive n'entre pas en matière et la déclare irrecevable (A. DONATSCH / T. HANSJAKOB / V. LIEBER (éds), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^e éd., Zurich 2014, n. 4 ad art. 58 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 2C_239/2010 du 30 juin 2010 consid. 2.2; DCPR/90/2011 du 3 mai 2011).

1.3.2. En l'espèce, le requérant n'a connu l'identité de l'expert pressenti pour le tri des données enregistrées sur la deuxième clé USB que le 19 mai 2016, lorsque le projet

de mission d'expertise lui a été transmis. Il s'est alors opposé à la nomination de l'inspecteur E._____ en faisant part de ses doutes quant à son impartialité dans le délai qui lui avait été octroyé. Il a ensuite déposé la requête de récusation sept jours après que la mission d'expertise nommant formellement l'inspecteur E._____ comme expert lui a été transmise. La requête a donc été déposée sans délai, au sens de l'art. 58 al. 1 CPP. La recevabilité d'un acte ne s'examinant qu'à l'aune de celui qui le déclenche, le fait que le même expert ait déjà exercé cette fonction, dans la même cause mais dans le cadre d'une première mission d'expertise indépendante de celle entreprise, sans que le requérant ne s'y oppose, n'est pas pertinent.

Partant, la demande de récusation est recevable.

2. **2.1.** Pour le tri des données saisies et scellées, le TMC peut, au besoin, faire appel à des experts et à des moyens techniques appropriés (art. 248 al. 4 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 1B_90/2016 précité consid. 3; ATF 141 IV 77 consid. 5.6; 137 IV 198 consid. 4.2). L'expert conduit seul sa mission, sur la base d'un mandat bien défini et sous la supervision du juge des scellés (arrêts du Tribunal fédéral 1B_90/2016 précité consid. 3.3 et 1B_19/2013 du 22 février 2013 consid. 3).

L'art. 56 let. f CPP, applicable aux experts par renvoi de l'art. 183 al. 3 CPP, impose la récusation lorsque des motifs, tels notamment un rapport d'amitié étroit ou d'inimitié avec une partie ou son conseil, sont de nature à le rendre suspect de prévention. Cette disposition a la portée d'une clause générale concrétisant les garanties déduites de l'art. 30 al. 1 Cst. et, s'agissant d'un expert, de l'art. 29 al. 1 Cst. garantissant l'équité du procès (ATF 127 I 196 consid. 2b; ATF 125 II 541 consid. 4a). Les parties à une procédure ont ainsi le droit d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Cette garantie n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de l'expert ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fasse redouter une activité partielle. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération, les impressions individuelles d'une des parties au procès n'étant pas décisives (ATF 136 III 605 consid. 3.2.1; ATF 134 I 20 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 1B_58/2013 du 29 avril 2013 consid. 2.1).

2.2. Le requérant appuie notamment sa demande de récusation sur un avis doctrinal indiquant que *"l'expert ne peut en aucun cas être la police ou le Ministère public"* (Y. JEANNERET / A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, Berne 2013, n. 14026 p. 272). Cet avis renvoie à l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_274/2008 du 27 janvier 2009 (partiellement publié *in* *forum* *pénale*, Berne, 5/2009, p. 272). Cet arrêt ne fait toutefois pas interdiction de désigner un policier en tant qu'expert mais, au contraire, l'avalise. En effet, le Tribunal fédéral, s'il exclut que le tri des données saisies soit

confié aux policiers chargés de l'enquête, confirme en revanche qu'un *autre* policier peut être mandaté comme expert, s'il dispose de connaissances techniques spécifiques et que le TMC, gardant la maîtrise du dossier, a pris toutes les mesures aux fins de s'assurer que la confidentialité des données sera respectée envers les tiers et notamment les enquêteurs affectés à l'instruction pénale concernée (arrêt du Tribunal fédéral 1B_274/2008 du 27 janvier 2009 consid. 6-7). Par ailleurs, le Tribunal fédéral avait déjà admis, dans un arrêt précédent, que le juge de la levée de scellés soit aidé par des experts de la police afin de procéder au tri des données mises sous scellés (ATF 137 IV 189 consid. 5.1.2).

La doctrine n'est pas non plus opposée à ce que des policiers assistent le juge des scellés lors du tri des données (M. NIGGLI / M. HEER / H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung*, Basler Kommentar StPO/JStPO, 2e éd., Bâle 2014, n. 39 ad. art. 248; L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, Bâle 2016, n. 7 ad art. 183; A. V. JULEN BERTHOD / G. MÉGEVAND, *La procédure de mise sous scellés, un garde-fou discret contre les indiscretions in* Revue pénale suisse 2016, volume 134, p. 235). Dans leur article, les derniers auteurs cités font d'ailleurs référence à la pratique genevoise consistant à mandater les inspecteurs de la BCI comme experts afin d'assister le juge des scellés lors de la copie de données informatiques et de leur tri subséquent, l'estimant acceptable pour autant que des mesures visant à garantir l'impartialité et la confidentialité soient prises. Ils citent comme exemples de ces mesures: l'interdiction d'agir dans le cadre de l'enquête pénale en cours, un accès codé et exclusif aux informations, le fait de mener la mission sous l'autorité du seul juge des scellés et un engagement de confidentialité absolue. Ces auteurs soulignent par ailleurs que le recours à une entreprise privée ne leur semble pas préférable, des fuites ne pouvant être exclues (*ibid.*).

Dans son arrêt de principe précité (1B_90/2016 consid. 3.1 et 3.2), le Tribunal fédéral a toutefois récemment précisé que les tâches confiées à un membre de la police, lorsqu'il agit en qualité d'expert dans le cadre d'une demande de levée des scellés, doivent être limitées à des recherches d'ordre purement technique - notamment par le biais de l'informatique - et seule l'autorité judiciaire doit avoir connaissance des résultats découlant de ces démarches, puis procéder elle-même au tri des documents, ceci afin de s'assurer que la police ne pourra pas avoir accès de manière indue au contenu des données protégées par le secret invoqué. Si la mission donnée au policier ne se limite pas à effectuer une simple manipulation technique ou à opérer une première distinction des documents, fondée par exemple uniquement sur des mots-clé, elle n'est pas compatible avec la jurisprudence dès lors qu'elle implique incontestablement d'avoir accès aux documents et d'en prendre connaissance.

Pour le Tribunal fédéral, la pratique développée par le TMC du canton de Genève, à savoir, notamment, prendre soin que le policier nommé comme expert n'ait pas participé préalablement à l'instruction, ni ne le fera postérieurement, qu'il n'y ait pas

de contact avec le Ministère public ou les policiers en charge de l'enquête et qu'il y ait une subordination hiérarchique au TMC ne permet pas d'avoir une approche différente.

Un policier, y compris s'il est un membre d'une brigade spécialisée, ne peut donc pas être désigné en tant qu'expert pour procéder à la copie et au tri effectif des pièces en fonction de leur contenu.

2.3. En l'espèce, la mission d'expertise – qui porte sur le secret d'avocat – prévoit que l'inspecteur E._____ devra isoler un fichier et procéder sur les autres documents à une recherche par mots-clé avant de placer les documents ainsi triés sur un support séparé et consultable. Dans cette mesure et pour autant que, ce faisant, il n'ait pas accès au contenu des documents, le mandat d'expertise est conforme aux critères de la jurisprudence.

Il prévoit toutefois également que l'inspecteur devra consulter lesdits fichiers pour donner un préavis sur le fait qu'ils seraient ou non couverts par le secret de l'avocat et s'ils portent sur des éléments ne concernant pas la procédure. L'inspecteur E._____ ne peut donc pas être nommé comme expert pour effectuer cette consultation. Les précautions prises par le TMC ne suffisent pas à écarter l'apparence de dépendance et/ou de partialité.

Par conséquent, l'inspecteur E._____ ne peut pas agir en qualité d'expert dans la présente procédure au regard de la mission confiée.

3. Fondée, la requête doit être admise. En conséquence, la récusation de l'inspecteur E._____ sera prononcée.
4. L'admission de la demande ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 59 al. 4 CPP).
5. Le requérant n'ayant pas requis d'indemnité, il ne sera pas statué sur ce point (art. 429 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet la requête en récusation formée par A._____ et prononce la récusation de l'inspecteur E._____.

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

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, à A._____, soit pour lui son conseil, à l'inspecteur E._____, au Tribunal des mesures de contrainte et au Ministère public.

Siégeant :

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

Le greffier :

Sandro COLUNI

Le président :

Christian COQUOZ

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.