REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/58/2021 **ACPR/45/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du mardi 25 janvier 2022

A_____, comparant par M^e^ G_____, avocat, _____ Genève

requérant

et

B_____, Procureur, p. a. MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

cité

EN FAIT :

A. Le 30 novembre 2021, le Ministère public a transmis à la Chambre de céans copie d'un procès-verbal d'audience du même jour, dans lequel le défenseur de A_____ demande la récusation du Procureur B_____, qui instruit, sous la référence P/1_____/2016, une procédure pénale dirigée contre lui.

B. Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :

a. Le 4 février 2016, le Ministère public, alors représenté par un autre Procureur, a ouvert d'office une instruction contre A_____ du chef de tentative de meurtre. Il l'a entendu le même jour – mais sous les préventions de lésions corporelles graves et de mise en danger de la vie d'autrui –. Il lui reproche d'avoir, cette nuit-là, vers 4h., à C_____ [GE], fait feu à plusieurs reprises sur des agresseurs – dont l'un, atteint et blessé, sera identifié comme étant D_____, ressortissant français né en 1990 et domicilié à E_____ [France] – après qu'ils s'étaient introduits à son domicile, rendus maîtres de lui et de sa compagne et emparé de diverses valeurs patrimoniales.

b. A_____ a été réentendu le 22 novembre 2017 et interrogé sur sa version des faits, ainsi que sur celle donnée par D_____, arrêté (ainsi que ses compagnons de turpitude) à E_____ le 18 avril précédent.

c. La procédure a été confiée au Procureur B_____ à la fin du mois de janvier 2021.

d. Sur commission rogatoire internationale décernée par B_____, les autorités judiciaires françaises ont transmis le 20 avril 2021 l'arrêt rendu le 11 mars précédent par la Cour d'assises de l'Ain [France], condamnant (notamment) D_____ à sept ans d'emprisonnement pour vol avec usage ou menace d'armes, en l'occurrence un tournevis et un couteau. À la date de sa transmission à la Suisse, cet arrêt n'était pas encore définitif.

e. Le 26 août 2021, B_____ a interpellé par écrit D_____ et les autres condamnés en France, leur demandant de lui préciser, au moyen d'une formule pré-imprimée à remplir, s'ils souhaitaient participer à la procédure pénale pendante contre A_____.

Le 13 septembre 2021, D_____, par son avocat français, a coché les cases par lesquelles il annonçait : "*participer au pénal*"; "*participer au civil*" et déposer des conclusions civiles; faire valoir ces conclusions ultérieurement; et se réserver le droit de se prononcer ultérieurement.

Les autres ont renoncé ou n'ont pas répondu.

f. Le 30 août 2021, B_____ a demandé communication de l'arrêt d'assises complet – qu'il obtiendra le 8 octobre 2021 –, en raison des charges qui pèsent sur A_____ et, notamment, des déclarations de D_____ "*qui aggravent ces soupçons et son prochain renvoi en jugement*".

g. Après avoir reporté deux audiences, B_____ a convoqué A_____ et D_____ – ce dernier, par message électronique à son avocat français – pour le 30 novembre 2021.

h. Le 26 novembre 2021, B_____ a rendu une ordonnance nommant d'office M^e^ F_____ comme conseil de D_____, au motif que celui-ci participait à la procédure comme demandeur au pénal et au civil, avait déclaré vouloir prendre des conclusions civiles et avait "*déposé le 26 novembre 2021*" une demande d'assistance judiciaire. L'examen de la situation financière de D_____ confirmait son indigence, et son action civile ne paraissait pas vouée à l'échec.

Ni la requête ni un exposé de situation financière ne se trouvent au dossier.

i. Le même jour, B_____ a envoyé à M^e^ F_____ un avis d'audience pour le 30 suivant, précisant que la présence de D_____ était facultative.

j. Le 27 novembre 2021, l'avocat de A_____ – qui avait consulté le dossier le 1^er^ octobre 2021 – a demandé à B_____, sur le fondement de sa lettre du 30 août 2021 à son homologue français (let. **B.f.** ci-dessus), s'il avait décidé d'un prochain renvoi en jugement avant d'avoir "*rencontr*[é]" le prévenu et reçu l'arrêt complet de la Cour d'assises de l'Ain.

k. En début d'audience, le 30 novembre 2021, l'avocat de A_____ a pris la parole pour demander à B_____ copie de la nomination d'office de M^e^ F_____, qui était présent pour D_____. B_____ a ensuite précisé à A_____ qu'il était poursuivi pour tentative de meurtre et mise en danger de la vie d'autrui. L'avocat du prévenu a alors repris la parole, en ces termes :

"*Je demande votre récusation. Je la motiverai par écrit, mais il est de notoriété publique que vous êtes en lien d'amitié avec M^e^ F_____. Je constate que vendredi un avocat d'office a été nommé sur un mode qui aurait dû être aléatoire* (…). *Je demande à l'un et à l'autre si le rapport d'amitié est contesté. Je souhaiterais savoir si le mode aléatoire a été choisi et s'il s'agit d'une décision ad personam* (…). *J'invoque l'art. 56 F du CPP et je demande à pouvoir compléter cette requête en récusation une fois que vous vous serez déterminé sur la nature des liens d'amitié. Je souhaiterais savoir comment la désignation est intervenue.*

À partir du moment où j'ai informé Monsieur A_____ de ce lien d'amitié, il m'indique qu'il se sent très mal à l'aise en ce sens qu'il vous sent prévenu contre lui (…). *J'apprends ce jour par M^e^ F_____ que* (…) *vous* (l')*avez personnellement désigné.*

(…)

Je compléterai ma demande d'ici demain".

l. L'audience s'est poursuivie par la narration des faits du 4 février 2016 par A_____, des questions et la notification d'une prévention d'infraction à la LArm et de l'avis de prochaine clôture de l'instruction.

C. **a.** Dans ses observations, B_____ explique avoir chargé sa greffière de demander au conseil français de D_____, joint le 26 novembre 2021, si D_____ se présenterait le 30 novembre 2021 ou avait constitué avocat à Genève. L'avocat avait répondu que D_____ comparaîtrait, seul. Se fondant sur le principe d'égalité des armes, il avait alors décidé de nommer à D_____ un avocat d'office, en la personne de M^e^ F_____. L'ordonnance en ce sens avait été rendue le jour même.

Il avait fait la connaissance de F_____ lorsqu'ils exerçaient tous deux la fonction de substituts du Procureur général. Il avait conservé des liens d'amitié avec lui, partageant à l'occasion un verre ou un repas.

Sa phrase destinée au Procureur français était conforme à l'art. 299 al. 1 et 2 CPP et au principe "*in dubio pro duriore*", car l'instruction était terminée et imposait le renvoi de A_____ en jugement.

D_____ avait le droit de se constituer partie plaignante et de bénéficier d'un conseil d'office.

b. A_____ réplique longuement, ajoutant d'autres griefs que les liens d'amitié entre le Procureur et le défenseur d'office (l'aggravation des préventions, annoncée aux auteurs de l'agression condamnés en France, avant de l'être à lui; le renvoi en jugement avant d'avoir "*rencontré*" le prévenu; l'omission de verser au dossier des messages électroniques échangés avec le Procureur français; l'absence de clarification des réponses apportées par D_____ dans la formule de constitution de partie plaignante). Il convenait d'annuler tous les actes de procédure auxquels B_____ avait participé depuis le 3 mars 2021, subsidiairement depuis le 26 novembre 2021.

c. B_____ n'a pas déposé de déterminations complémentaires.

D. Le défenseur de A_____ a consulté le dossier auprès du greffe de la Chambre de céans le 2 décembre 2021.

EN DROIT :

1. Partie à la procédure en qualité de prévenu (art. 104 al. 1 let. a CPP), le requérant a qualité pour agir (art. 58 al. 1 CPP) par-devant la Chambre de céans, qui est compétente pour en connaître (art. 59 al. 1 let. b CPP), en tant qu'est visé un membre du ministère public (art. 59 al. 1 let. b CPP et 128 al. 2 let. a LOJ). Formulée le 30 novembre 2021, soit dans les jours suivant la désignation de M^e^ F_____ dans des conditions suspectées, la requête est intervenue sans délai, au sens de l'art. 58 al. 1 CPP.

2. Dans ses observations, le requérant estime que le cité devrait être récusé pour d'autres raisons encore que ses liens d'amitié avec le conseil d'office de la partie plaignante.

2.1. De la même façon que la motivation d'un acte de recours doit être entièrement contenue dans l'acte de recours lui-même (arrêts du Tribunal fédéral 6B_510/2018 du 31 juillet 2018 consid. 1; 6B_347/2016 du 10 février 2017 consid. 4.1), la motivation d'une demande de récusation ne saurait être complétée ou corrigée ultérieurement, notamment pas en ajoutant une motivation ou des griefs (ACPR/644/2018 du 6 novembre 2018 consid. 5). Par ailleurs, le droit de réplique, qui prévaut aussi en instance de récusation (ATF 138 IV 222 consid. 2.1 p. 224; ACPR/272/2018 du 22 mai 2018), sert à déposer des observations au sujet d'une prise de position ou d'une pièce nouvellement versée au dossier (cf. ATF 137 I 195 consid. 2 p. 197 s.), non pas à apporter à l'acte des éléments qui auraient pu l'être pendant le délai légal (cf. ATF 135 I 19 consid. 2.2 p. 21; 132 I 42 consid. 3.3.4 p. 47; arrêt 6B_207/2014 du 2 février 2015 consid. 5.3 et les références citées). Le droit de réplique n'a pas vocation à permettre à la partie qui saisit le juge de pallier une argumentation défaillante ou de compléter son acte (ATF 143 II 283 consid. 1.2.3 p. 286).

2.2. À cette aune, les critiques du requérant touchant à l'aggravation des préventions, qui aurait été annoncée aux auteurs de l'agression condamnés, avant de l'être à lui-même; à la décision de le renvoyer en jugement; à l'omission de verser au dossier des messages électroniques échangés avec le Procureur français; et à l'absence de clarification des réponses apportées par D_____ à sa constitution de partie plaignante n'ont pas été soulevées lors de l'audience du 30 novembre 2021. Or, elles pouvaient et devaient l'être au plus tard à ce moment-là, voire plus tôt encore, puisque les reproches susmentionnés portent sur des actes qui sont, tous, antérieurs à la consultation du dossier par l'avocat de A_____, intervenue le 1^er^ octobre 2021. La seconde consultation, le 2 décembre 2021, ne pouvait donc servir à rechercher d'autres éléments éventuellement utiles à compléter, près d'une semaine plus tard,

une demande de récusation initialement formée sur le seul grief d'une étroite proximité entre le cité et le conseil d'office de la partie plaignante.

Au demeurant, le (défenseur du) requérant avait annoncé qu'il "*complèterait*" sa requête "*d'ici demain*" – *i.e.* le 1er décembre 2021 –, ce qui n'est pas advenu. C'était d'autant moins nécessaire qu'une demande de récusation peut être valablement formée oralement (art. 110 al. 1 CPP; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse,* 2e éd., Bâle 2019, n. 2 ad art. 58), p. ex. en audience d'instruction (ACPR/96/2012 du 7 mars 2012 consid. 1.5). Or, l'invocation du lien d'amitié a été présentée de façon valable et suffisamment motivée lors de l'audience du 30 novembre 2021.

Aussi ce grief-là sera-t-il seul examiné.

3. Le requérant invoque l'art. 56 let. f CPP.

3.1. Selon l'art. 56 let. a CPP, toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale est tenue de se récuser lorsqu'elle a un intérêt personnel dans l'affaire. Pour être à même de trancher un différend avec impartialité, un juge ne doit pas se trouver dans la sphère d'influence des parties. Un rapport de dépendance, voire des liens particuliers entre le juge et une personne intéressée à l'issue de la procédure, telle qu'une partie ou son mandataire, peuvent, selon leur nature et leur intensité, fonder un soupçon de partialité, sans qu'il soit nécessaire de montrer que le juge est effectivement prévenu. Pour entraîner la récusation, le rapport d'obligation ou de dépendance que le juge entretient avec l'une des parties ou toute personne intéressée à la procédure doit être étroit et de nature à compromettre sa liberté de jugement (arrêt du Tribunal fédéral 1P_267/2006 du 17 juillet 2006 consid. 2.1.2.). Ce rapport de dépendance ou des liens particuliers entre un juge et une partie au procès, au sens de l'art. 56 let. f CPP, ne sauraient entraîner une récusation que s'il est objectivement à craindre que le magistrat ne perde ainsi sa liberté de jugement; de simples rapports professionnels ou collégiaux sont insuffisants, en l'absence d'autres indices de partialité (ATF 133 I 1 consid. 6.4 p. 7). Lorsqu'un juge et un avocat se connaissent, ce qui arrive fréquemment, parce qu'ils peuvent avoir fait leurs études ensemble, être membre d'un même parti politique, avoir été collègues à un certain stade de leur carrière ou encore pratiquer les mêmes loisirs, aucune de ces situations, banales, n'est suffisante pour constituer un motif de récusation. Une relation d'amitié ou d'inimitié entre un juge et un avocat ne pourrait constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne peuvent être admises qu'avec retenue, en particulier s'il existe un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire craindre objectivement qu'il n'influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision (ATF 144 I 159 consid. 4.3 p. 162; 138 I 3 consid. 2.3 p. 4; ACPR/342/2012 du 23 août 2012).

Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 144 I 159 consid. 4.3 p. 162).

3.2. En l'occurrence, le grief d'amitié étroite n'a pas été soulevé par le requérant, présent à l'audience, mais par son défenseur. Selon ce dernier, son client lui avait rapporté se sentir "*très mal à l'aise*", en ce sens "*qu'il* […] *sent*[ait le Procureur] *prévenu contre lui*" à raison de ce lien d'amitié.

C'est là typiquement l'expression d'un sentiment individuel, non déterminant, comme on vient de le rappeler.

Par ailleurs, la question n'est pas de savoir si les conditions légales étaient réunies pour que le cité nommât d'office un avocat à la partie plaignante, alors que celle-ci en avait un en France, auquel a d'ailleurs été adressée la citation à comparaître destinée à son client. Pour autant, on ne comprend pas comment le cité, chargé de la légalité de la procédure (art. 62 al. 1 CPP), pourrait se voir reprocher une faveur à la partie plaignante en ayant souhaité établir ou rétablir, fût-ce d'office, l'égalité des armes avec le requérant.

En revanche, la question est de savoir si le processus utilisé à ces fins par le cité – non pas pour la désignation d'un conseil d'office à la partie plaignante – mais pour la désignation, en cette qualité, *de M^e^ Serge MILANI* crée l'apparence que cette nomination pourrait être due à un lien d'amitié.

Le cité n'a donné aucune explication sur la façon dont cet avocat a été choisi.

Rien ne montre que D_____ aurait désiré être assisté par M^e^ F_____ (cf. art. 137 et 133 al. 2 CPP) ou que ce nom lui aurait été soufflé par son avocat français.

Or, la Chambre de céans a rappelé récemment que la personne de l'avocat constitué pour la partie plaignante n'est pas toujours anodine, car le statut procédural de cette partie implique généralement une intervention active aux côtés du ministère public pour appuyer l'accusation, obtenir un verdict de culpabilité et, cas échéant, se faire allouer des conclusions civiles, au point que la doctrine a pu qualifier la partie plaignante d'auxiliaire du ministère public (ACPR/904/2021 du 20 décembre 2021 consid. 5.2.).

Confronté à l'imminence d'un renvoi en jugement pour des charges graves – tentative de meurtre et mise en danger de la vie d'autrui –, le requérant peut, dans ces circonstances, soutenir avec une plausibilité suffisante que les liens d'amitié entre le cité et l'avocat d'office de la partie plaignante, augmentés de l'absence d'explication

sur les critères ayant présidé à la désignation de celui-ci par celui-là, font naître une apparence de prévention du magistrat contre lui, au sens de l'art. 56 let. f CPP.

4. La requête s'avère fondée et doit être admise. La récusation du cité sera prononcée.

5. Le requérant a demandé, dans ses observations, que les actes de procédure accomplis par le cité fussent annulés.

5.1. Les actes de procédure auxquels une personne tenue de se récuser sont annulés et répétés si une partie le demande au plus tard cinq jours après qu'elle a eu connaissance du motif de récusation (art. 60 al. 1 CPP). Ce délai doit être compris comme courant dès la décision de récusation (ATF 144 IV 90 consid. 1.1.2 p. 94 s.), soit dès sa notification (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE, n. 2 ad art. 60, note de bas de page 1). Il est cependant admis que la demande d'annulation d'actes puisse être présentée conjointement avec la requête en récusation (ATF 144 IV consid. 1.1.2. p. 95; DPCR/90/2011 du 3 mai 2011 consid. 2.1.; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), *op. cit.*, n. 4 ad art. 58 et n. 2 ad art. 60). Lorsque l'affaire en est encore au stade de l'instruction, la décision à ce propos devrait en principe être prise par le nouveau procureur chargé du dossier, en tant que direction de la procédure (art. 61 let. a et 62 al. 1 CPP), avec recours éventuel au sens de l'art. 393 CPP (arrêt du Tribunal fédéral 1B_246/2017 du 6 octobre 2017 consid. 2).

5.2. En application de ces principes, il reviendra au Procureur nouvellement chargé de la cause de se prononcer en premier ressort sur l'annulation d'actes de procédure accomplis par le cité après la désignation du conseil d'office à la partie plaignante, soit après le 26 novembre 2021.

6. Vu l'issue de la cause, les frais de la procédure seront laissés à la charge de l'État (art. 13 al. 1 let. b *a contrario* RTFMP; E 4 10.03).

7. Le requérant, qui a gain de cause, a demandé des dépens, auxquels il peut prétendre, en application analogique des art. 429 ss CPP (arrêt du Tribunal fédéral 1B_370/2018 du 10 décembre 2018 consid. 3.1).

Il soutient que son défenseur a consacré à la présente instance dix heures d'activité, au taux horaire de CHF 350.-.

Dans la mesure où la requête était tout entière – et valablement – exprimée à l'audience du 30 novembre 2021, les observations produites en réplique ne pouvaient porter que sur les explications du cité relatives aux conditions dans lesquelles était intervenue la nomination d'office litigieuse. Cet aspect n'occupe qu'un peu plus d'une des dix-huit pages de l'acte (la quinzième).

En tenant compte en sus du temps de préparation de la déclaration verbale à l'audience susmentionnée, il paraît équitable d'allouer au requérant l'équivalent de deux heures d'activité de son avocat, au tarif revendiqué, soit un total de CHF 700.-, plus TVA (7,7 %).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA COUR :

Admet la requête et prononce la récusation du Procureur B_____ dans la procédure P/1_____/2016.

Laisse les frais à la charge de l'État.

Alloue à A_____, à la charge de l'État, une indemnité de CHF 700.- plus TVA (7,7 %) pour ses frais de défense.

Notifie la présente décision, en copie, à A_____ (soit, pour lui, son défenseur) et au Procureur B_____.

Siégeant :

Monsieur Christian COQUOZ, président; Mesdames Alix FRANCOTTE CONUS et Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Olivia SOBRINO, greffière.

La greffière :	Le président :
Olivia SOBRINO	Christian COQUOZ

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).