

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

PS/72/2018

ACPR/250/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 28 mars 2019

Entre

A_____, domicilié route _____ [VS], comparant par M^e Yannis SAKKAS, avocat,
SAKKAS & LOCHER, rue de la Poste 7, case postale 935, 1920 Martigny,

requérant

et

B_____, Procureure, p.a. le Ministère public de la République et canton de Genève, route
de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

citée

EN FAIT :

A. Par acte du 29 octobre 2018, A_____ demande la récusation de la Procureure B_____ en charge de la P/1_____/2014; cette requête a été transmise à la Chambre de céans le 8 novembre 2018.

B. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Le 7 mars 2014, la C_____ (ci-après C_____) et D_____ 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 C_____, et F_____, journaliste correspondante du quotidien D_____, avaient été l'objet d'une tentative d'attaque informatique, étant précisé que tous deux avaient en commun d'avoir travaillé sur des sujets consacrés à A_____, _____ [profession] valaisan ayant fait l'objet de l'attention des médias romands pour diverses affaires judiciaires.

b. Selon un rapport de police du 28 avril 2014, des écoutes téléphoniques portant sur le numéro 2_____ appartenant à G_____, détective privé, entre le 27 novembre 2013 et le 27 février 2014, auraient mis en évidence des conversations entre et/ou concernant, en plus de son titulaire, E_____, A_____, H_____ – fonctionnaire du Service de renseignement de la Confédération (ci-après; SRC) – et I_____, connu pour ses activités dans la sécurité informatique, plus particulièrement dans le "hacking éthique".

c. 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 F_____ et E_____ par l'envoi d'un email contenant un logiciel espion destiné à copier les données du disque dur et celles accessibles en réseau, et, I_____, H_____ et G_____ pour y avoir, de concert, procédé contre rémunération.

G_____ 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 confidence 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 F_____ et E_____ dans le but d'identifier leurs sources, tout en avertissant en parallèle E_____ de cette démarche afin de la faire échouer.

d. Par décision du 21 avril 2015, la Procureure a transmis aux avocats des parties le rapport de police relatif à 66 conversations parmi celles enregistrées du raccordement de G_____ (cf. **B.b.**) et leur retranscription, avec l'interdiction d'en remettre une copie à leur mandant, ou à tout tiers, et de les utiliser de quelque manière que ce soit, en particulier dans quelque procédure que ce soit, jusqu'à droit connu sur le fond. Elle a précisé que la procédure P/3_____/2014 ouverte sur plainte de A_____ contre G_____ et E_____, notamment pour abus de confiance, faisait exception à cette interdiction, cette plainte découlant directement des faits, faisant l'objet de la P/1_____/2014, découverts par A_____ lors de l'arrestation conjointe des quatre prévenus en juin 2014.

Sur recours de A_____ et I_____, cette interdiction a été levée par arrêt du 25 août 2015 de la Chambre de céans (ACPR/466/2015).

e. Par arrêt du 2 novembre 2015 (ACPR/586/2015), la Chambre de céans a rejeté le recours de A_____ sur l'incapacité de postuler de Me J_____ qu'il avait soulevée.

f. Par arrêt du 17 septembre 2018 (ACPR/522/2018), la Chambre de céans a rejeté le recours de A_____ contre la décision du 6 avril 2018 de la Procureure de disjoindre de la P/1_____/2014 des faits pour lesquels G_____ était prévenu d'escroquerie et leur jonction à la P/3_____/2014.

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

Par arrêt du 29 mai 2018 (ACPR/297/2018), la Chambre de céans a déclaré irrecevable le recours de G_____ contre cette décision. G_____ a retiré son recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt (1B_306/2018 du 12 décembre 2018).

h. Le 4 mai 2018, la Procureure a renvoyé G_____, I_____, A_____ et H_____ par-devant le Tribunal de police.

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

j. 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 de

certaines 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.

k. Le 31 mai 2018, le Ministère public a transmis au Tribunal des mesures de contrainte (ci-après; TMC) une requête de mise sous scellés formée par E_____ afin qu'il la traite comme une demande de tri au sens de l'art. 271 C. La Procureure s'en est rapportée à justice quant au sort de la demande (PP 20'015).

l. 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.

m. Le 26 juillet 2018, le TMC a refusé que les 230 enregistrements des échanges entre G_____ 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/1_____/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.

n. 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 de tri de G_____ du 30 mai 2018.

A_____ n'a pas fait d'observations.

C. Dans sa requête, A_____ reproche à B_____ sa décision de tri du 18 octobre 2018 laquelle limitait les droits de la défense, au profit de G_____, après qu'elle eut, déjà, souscrit à la demande de E_____ d'écartier et de détruire les écoutes le concernant, ce sans qu'il ait pu participer à cette procédure. Elle revenait, ainsi, sur sa décision du 2 mai 2018, entrée en force, par laquelle elle avait accepté que toutes les écoutes soient remises aux parties. En outre, toutes ses conversations privées et non liées à la cause allaient être remis à la presse, faute d'avoir effectué le tri requis. Il y voit une inégalité de traitement. La multiplication des erreurs procédurales au détriment des prévenus ne pouvait être acceptée. Il revient sur l'inaction de la Procureure s'agissant de ses plaintes. La magistrate déplorait dans sa décision que certaines écoutes aient été mises sur le net au "détriment de G_____ et E_____ "

sans faire état des articles de presse préalables retranscrivant les écoutes les plus désobligeantes contre lui-même. Elle préjugait de l'identité de l'auteur de ces "fuites" au détriment des prévenus. Il était placé devant un fait accompli, la destruction des écoutes. Ces nouveaux dysfonctionnements du Ministère public étaient tels qu'ils ne permettaient plus une saine administration de la justice et justifiaient à nouveau sa récusation.

- D.** **a.** Dans ses observations, B_____ relève que sa décision du 2 mai 2018 avait fait l'objet d'un recours et n'avait ainsi pas l'autorité de chose jugée. Elle n'était pas l'autorité qui avait décidé la destruction des écoutes, mais c'était le Tribunal de police et le TMC – lequel avait rejeté la demande de A_____ de participer à la procédure, sans que celui-ci ne fût recours – sur demande respectivement de G_____ et E_____. Dès le début de l'instruction, elle avait voulu protéger les parties, à commencer par A_____, contre tout débordement médiatique et toute utilisation à mauvais escient de ces écoutes téléphoniques, mais A_____ avait recouru contre les restrictions ordonnées et obtenu que toutes les parties puissent recevoir copie des conversations versées au dossier, avec le résultat que l'on savait, et en juillet 2016, avait demandé à accéder à d'autres parties des écoutes téléphoniques, ce qu'elle n'avait jamais souhaité ni encouragé; elle avait interpellé, le 20 septembre 2018, les parties afin qu'elles puissent faire part de leur détermination sur la demande de tri de G_____, mais A_____, qui avait demandé et obtenu une prolongation de délai, n'avait pas déposé d'observations. Le reproche formulé à son encontre était infondé et à la limite de la témérité. A_____ pouvait faire valoir ses éventuels arguments dans le cadre du recours, ce qu'il avait fait.
- b.** A_____ n'a pas répliqué.

EN DROIT :

1. **1.1.** Lorsqu'est en cause la récusation d'un procureur, il appartient à l'autorité de recours, au sens des art. 20 al. 1 et 59 al. 1 let. b CPP, de statuer (arrêts du Tribunal fédéral 1B_488/2011 du 2 décembre 2011 consid. 1.1 et 1B_243/2012 du 9 mai 2012 consid. 1.1), de sorte que la Chambre de céans est compétente à raison de la matière (ACPR/491/2012 du 14 novembre 2012).
- 1.2.** En tant que prévenu dans ladite procédure, A_____ a qualité pour agir (art. 104 al. 1 let. a CPP et, par analogie, 58 al. 1 CPP).
2. **2.1.** 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. 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)*, Zurich 2010, n. 4 ad art. 58 CPP; arrêt

du Tribunal fédéral 2C_239/2010 du 30 juin 2010 consid. 2.2; ACPR/303/2014 du 18 juin 2014).

Celui qui omet de se plaindre immédiatement de la prévention d'un magistrat et laisse le procès se dérouler sans intervenir, agit contrairement à la bonne foi et voit son droit se périmier (ATF 134 I 20 consid. 4.23.1; 132 II 485 consid. 4.3 p. 496; 130 III 66 consid. 2 p. 122). 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 le dépôt d'une demande de récusation six à sept jours après la connaissance des motifs mais considère qu'une demande déposée deux à trois semaines après est tardive (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du code de procédure pénale*, 2ème éd., Bâle 2016, N. 3 ad art. 58 CPP et références citées; arrêts du Tribunal fédéral 1B_14/2016 du 2 février 2016 consid. 2 et 1B_60/2014 du 1er mai 2014 consid. 2.2).

2.2. Le requérant fonde sa requête de récusation sur la décision de tri du 18 octobre 2018.

Déposée dans le délai de 10 jours, la requête est recevable.

- 3. 3.1.** À teneur de l'art. 56 let. f CPP, toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale est tenue de se récuser lorsque d'autres motifs que ceux évoqués aux lettres a à e de cette disposition, sont de nature à la rendre suspecte de prévention.

Cette disposition constitue une clause générale recouvrant tous les motifs de récusation non expressément prévus aux lettres précédentes de l'art. 56 CPP. Elle permet d'exiger la récusation d'un magistrat dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité (ATF 126 I 68 consid. 3a p. 73). La garantie d'un juge indépendant et impartial est également consacrée par les art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, dans une mesure identique. Elle vise notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (arrêt du Tribunal fédéral 1B_568/2011 du 2 décembre 2011, consid. 2.2, avec références aux ATF 136 III 605 consid. 3.2.1 p. 608; 134 I 20 consid. 4.2 p. 21; 131 I 24 consid. 1.1 p. 25; 127 I 196 consid. 2b p. 198).

L'impartialité subjective d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (arrêt du Tribunal fédéral 6B_621/2011 du 19 décembre 2011; ATF 136 III 605 consid. 3.2.1, p. 609; arrêt de la CourEDH Lindon, par. 76; Niklaus SCHMID, *Schweizerische Strafprozessordnung*, 2009, n. 14 ad art. 56).

3.2. Dans la phase de l'enquête préliminaire et de l'instruction, les principes applicables à la récusation du ministère public sont ceux qui ont été dégagés à l'égard des juges d'instruction avant l'introduction du CPP. Selon l'art. 61 CPP, le ministère public est l'autorité investie de la direction de la procédure jusqu'à la mise en accusation. A ce titre, il doit veiller au bon déroulement et à la légalité de la procédure (art. 62 ss CPP). Durant l'instruction, il doit établir, d'office et avec un soin égal, les faits à charge et à décharge (art. 6 CPP); il doit statuer sur les réquisitions de preuves et peut rendre des décisions quant à la suite de la procédure (classement ou mise en accusation), voire rendre une ordonnance pénale pour laquelle il assume une fonction juridictionnelle (ATF 124 I 76 consid. 2 p. 77 ss; 112 Ia 142 consid. 2b p. 144 ss). Dans ce cadre, le ministère public est tenu à une certaine impartialité même s'il peut être amené, provisoirement du moins, à adopter une attitude plus orientée à l'égard du prévenu ou à faire état de ses convictions à un moment donné de l'enquête. Cela est en particulier le cas lorsqu'il décide de l'ouverture d'une instruction (qui suppose l'existence de soupçons suffisants au sens de l'art. 309 al. 1 CPP) ou lorsqu'il ordonne des mesures de contrainte. Tout en disposant, dans le cadre de ses investigations, d'une certaine liberté, le magistrat reste tenu à un devoir de réserve. Il doit s'abstenir de tout procédé déloyal, instruire tant à charge qu'à décharge et ne point avantager une partie au détriment d'une autre (ATF 138 IV 142 consid. 2.2.1 p. 145 et les références citées).

La partialité peut aussi se manifester par des déclarations de la personne concernée, que celles-ci soient émises durant la procédure ou auparavant. Il peut s'agir de déclarations plus ou moins directes sur la culpabilité du prévenu, de déclarations racistes ou toute autre prise de position manifestant un "préjugement" ou un préjugé à l'encontre de l'une des parties. Les membres des autorités pénales doivent aussi s'abstenir de prendre position prématurément sur certaines questions juridiques, pour autant du moins que celles-ci, cumulativement, soient cruciales pour l'issue de la cause et fassent débat entre les parties. Dans le même ordre d'idées, le comportement du membre de l'autorité dans la procédure vis-à-vis de telle ou telle partie peut aussi constituer une cause de récusation (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 34 & ss ad art. 56).

Selon la jurisprudence, des erreurs de procédure ou d'appréciation commises par le juge ne suffisent pas à fonder objectivement un soupçon de prévention, à moins qu'elles soient particulièrement lourdes ou répétées et qu'elles constituent des violations graves de ses devoirs qui dénotent une intention de nuire (ATF 125 I 119 consid. 3e ; 116 Ia 35 consid. 3a). La fonction judiciaire oblige le magistrat à se déterminer sur des éléments souvent contestés et délicats, si bien que, même si elles

se révèlent viciées, des mesures inhérentes à l'exercice normal de sa charge ne permettent pas d'exiger sa récusation; il appartient aux juridictions de recours compétentes de constater et de redresser de telles erreurs si elles sont commises (ATF 116 Ia 135 précité ; 114 Ia 153 consid. 3b/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_292/2012 du 13 août 2012 consid. 3.1).

3.3. En l'espèce, le requérant reproche à la citée des dysfonctionnements ne permettant plus, selon lui, une saine administration de la justice, soit la destruction, à son insu, des enregistrements des conversations entre E_____ et G_____ ainsi que celles de ce dernier avec ses conseils.

Le requérant ne fait ce faisant pas état de partialité de la part de la Procureure à son encontre, et, en tout cas, ne développe pas ce grief pour autant qu'il le sous-entende. La témérité du requérant frise à l'absurde; ce n'est pas la citée qui a ordonné ces destructions ni qui a refusé au requérant de participer à la procédure devant le TMC; le requérant n'a pas émis d'observations sur le tri des pièces comme la citée l'avait invité à le faire; cette dernière a effectué un tri des pièces en ne retenant que les conversations que G_____ avait eues avec les autres prévenus. Que ce tri satisfasse ou non le requérant est une autre question. La procédure de récusation n'est pas destinée à créer une voie de recours là où le CPP n'en prévoit pas. Les commentaires de la citée sur l'auteur présumé des révélations médiatiques ne le visaient pas et l'absence d'empathie envers lui à ce sujet ne crée pas encore une cause de récusation.

4. La demande de récusation, infondée, est rejetée.
5. En tant qu'il succombe, le requérant supportera les frais de la procédure (art. 59 al. 4 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Rejette la requête de récusation formée par A_____ à l'encontre de B_____ dans la cause P/1_____/2014.

Condamne A_____ aux frais de la procédure, qui comprennent un émolument de CHF 2'000.-.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, au requérant, soit pour lui son conseil, et à B_____.

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.

PS/29/2018

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 20.00

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 2'000.00

- CHF

Total CHF **2'095.00**