

# **GE\_GERICHTE ACPR/191/2023 vom 15. März 2023**

GE Cour de justice, 2023-03-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACPR\\_191\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACPR_191_2023)

FR: GE\_GERICHTE ACPR/191/2023 du 15 mars 2023

IT: GE\_GERICHTE ACPR/191/2023 del 15 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

En tant que les deux demandes de récusation ont été interjetées contre C\_\_\_\_\_ – voire d'autres membres du Ministère public – et ont trait au même complexe de faits, il se justifie de les joindre, la Chambre de céans statuant par un seul et même arrêt.

### **E. 2.1**

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). Tel est le cas même après la transmission de l'acte d'accusation au tribunal de première instance, soit après la clôture de la procédure préliminaire (ATF 148 IV 17 consid. 2), mais avant l'entrée en force de la décision pénale, au sens de l'art. 437 al. 3 CPP (art. 60 al. 3 CPP ; ATF 144 IV 35 consid. 2.3.2).

- 27/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022

### **E. 2.2**

Les requérants sont prévenus dans la procédure P/9\_\_\_\_\_/2013, de sorte qu'ils disposent de la qualité pour agir (art. 58 al. 1 et 104 al. 1 let. a CPP).

### **E. 2.3**

Il n'y a pas de place pour des conclusions constatatoires là où des conclusions formatrices sont possibles (ACPR/94/2022 consid. 3 et les références), de sorte que les conclusions de A\_\_\_\_\_ visant à faire constater un motif de récusation sont irrecevables.

### **E. 2.4**

En tant que B\_\_\_\_\_ requiert la récusation de la citée dans la procédure P/9\_\_\_\_\_/2017 (cf. B.w. supra), la demande est irrecevable, cette procédure étant déjà clôturée au moment du dépôt de la demande (art. 60 al. 3 CPP).

### **E. 2.5**

B\_\_\_\_\_ conclut au constat de l'inexploitabilité des supports contenant les enregistrements de 2014 et 2016/2017 et de tout acte d'enquête et/ou d'instruction réalisé et fondé sur ces écoutes, ainsi qu'au retranchement des clés USB contenant les écoutes et du résultat de tout acte d'enquête et/ou d'instruction fondé sur ces preuves. En tant que cette conclusion serait fondée sur l'art. 141 CPP – la demande ne citant aucune disposition légale –, elle est irrecevable. En effet, la légalité – et l'exploitabilité – des moyens de preuve doit être

soumise au juge du fond (art. 339 al. 2 let. d CPP), autorité qui est à même de faire la distinction entre les moyens de preuve licites et ceux qui ne le seraient pas, pour fonder son appréciation en conséquence (ATF 144 IV 127 consid. 1.3.1 ; 143 IV 387 consid. 4.4).

### **E. 3**

La citée a quitté sa charge de Procureur postérieurement au dépôt des requêtes, mais cela ne rend pas pour autant ces dernières d'emblée dépourvues d'objet. D'une part, car la citée pourrait, selon l'art. 33 al. 5 de la Loi sur l'organisation judiciaire (E 2 05 – LOJ), être désignée comme procureur suppléant pour continuer à soutenir l'accusation devant la Chambre pénale d'appel et de révision. D'autre part, car le constat, a posteriori, de l'éventuelle partialité de la magistrature, à compter d'une date précise, alors qu'elle exerçait la direction de la procédure, pourrait mener à l'annulation d'actes de procédure postérieurs à cette date (ACPR/186/2019 du 11 mars 2019 consid. 1).

### **E. 4**

Sous réserve du respect de l'obligation de célérité (art. 5 CPP), l'art. 59 al. 1 CPP n'exclut pas une administration des preuves par l'autorité de recours, en sus de la détermination de la personne concernée par la demande de récusation, lorsque, comme en l'espèce, l'art. 56 let. f CPP est invoqué (arrêts du Tribunal fédéral 1B\_186/2019 du 24 juin 2019 consid. 4.1 ; 1B\_227/2013 du 15 octobre 2013 consid. 4.1 et les références citées; et les références citées).

En l'espèce, il n'a pas été nécessaire à la Chambre de céans, pour trancher la cause, de recueillir des observations d'autres parties que la magistrature concernée.

- 28/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022

### **E. 5.1**

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. 4.3.1; 132 II 485 consid. 4.3; 130 III 66 consid. 2). 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).

### **E. 5.2**

En l'espèce, ce n'est qu'à réception, le 1er, respectivement 4 novembre 2022, de la clé USB contenant la copie des écoutes actives ordonnées en 2014 dans la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014 que les requérants ont effectivement pris connaissance de l'existence d'enregistrements de conversations avec leur avocat respectif. Formées le 4 novembre 2022, respectivement 6 suivant, les demandes de récusation respectent l'exigence de l'art. 58 CPP, et sont par conséquent recevables.

## **E. 6**

Les requérants estiment que les conditions pour une récusation de C\_\_\_\_\_ – voire de I\_\_\_\_\_ – sont réalisées, "avec effet rétroactif".

### **E. 6.1**

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, notamment un rapport d'amitié étroit ou d'inimitié avec une partie ou son conseil juridique, sont de nature à la rendre suspecte de prévention.

#### **E. 6.1.1**

Toute personne exerçant une fonction au sein d'une autorité pénale est récusable pour l'un des motifs prévus aux art. 56 let. a à e CPP. Elle l'est également, selon l'art. 56 let. f CPP, "lorsque d'autres motifs, notamment un rapport d'amitié étroit ou d'inimitié avec une partie ou son conseil, sont de nature à le rendre suspect

- 29/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 de prévention". L'art. 56 let. f CPP a la portée d'une clause générale recouvrant tous les motifs de récusation non expressément prévus aux lettres a à e de l'art. 56 CPP. Elle correspond à la garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les art. 30 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH (ATF 143 IV 69 consid 3.2 p. 74). Cet article du Code de procédure concrétise aussi les droits déduits de l'art. 29 al. 1 Cst. garantissant l'équité du procès et assure au justiciable cette protection lorsque d'autres autorités ou organes (cf. art. 12 CPP) que des tribunaux (cf. art. 13 CPP) sont concernés (ATF 141 IV 178 consid. 3.2.2; 127 I 196 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_384/2017 du 10 janvier 2018 consid. 4.1).

#### **E. 6.1.2**

Durant la phase de l'enquête préliminaire, ainsi que de l'instruction et jusqu'à la mise en accusation, le ministère public est l'autorité investie de la direction de la procédure (art. 61 let. a CPP). À ce titre, il doit veiller au bon déroulement et à la légalité de la procédure (art. 62 al. 1 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 preuve 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. 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. 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 141 IV 178 consid. 3.2.2; 138 IV 142 consid. 2.2.1).

### **E. 6.1.3**

La procédure de récusation a pour but d'écarter un magistrat partial, respectivement d'apparence partielle afin d'assurer un procès équitable à chaque partie (ATF 126 I 68 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_430/2021 du 22 octobre 2021 consid. 2.3.2). 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 du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. 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 (ATF 144 I 159 consid. 4.3; 143 IV 69 consid. 3.2; arrêt 1B\_25/2022 du 18 mai 2022 consid. 2.2). L'impartialité subjective d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (ATF 136 III 605 consid. 3.2.1).

### **E. 6.1.4**

Des décisions ou des actes de procédure qui se révèlent par la suite erronés ne fondent pas en soi une apparence objective de prévention. En revanche, des actes de

- 30/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 procédure menés en violation des droits d'une partie peuvent manifester une prévention à l'égard de cette partie (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_375/2017 du

### **E. 6.2**

En l'espèce, les requérants reprochent, en premier lieu, à la citée d'avoir ouvert plusieurs procédures parallèlement à la P/9\_\_\_\_\_/2013, en particulier la procédure P/11\_\_\_\_\_/2017. Ils y voient une manière de "nourrir subrepticement" et "illicitement" l'instruction de la première procédure. Or, si tant est que cet argument ne soit pas tardif sous l'angle de l'art. 58 CPP, l'ouverture de plusieurs procédures parallèles à la procédure principale ne constitue pas un motif de récusation, ce mode d'instruire ne fondant, en tant que tel, aucun soupçon de partialité. Ils reprochent ensuite à la Procureure d'avoir ouvert, à leur insu, une procédure occulte – référencée P/8\_\_\_\_\_/2014 – pour ordonner des mesures d'investigation secrètes sur leurs raccordements téléphoniques. Dès lors que, pour demeurer secrète, une mesure ordonnée conformément à l'art. 269 CPP ne saurait être conduite dans la procédure de base, à laquelle les prévenus ont accès, le Ministère public est de facto amené à ouvrir une procédure séparée dans laquelle sont versés les pièces de forme et le résultat de l'investigation secrètes. Il s'ensuit que l'ouverture, ici, d'une telle procédure, sous le numéro de référence P/8\_\_\_\_\_/2014, ne constitue ni un acte illicite, ni ne saurait fonder des soupçons de partialité à l'égard de la citée. Les écoutes téléphoniques actives ordonnées le 6 mars 2014 sur les raccordements téléphoniques utilisés par les requérants ont en outre été validées par ordonnance du TMC du lendemain. La mesure est donc conforme à la loi. Au demeurant, les requérants ont eu connaissance, à réception de la lettre que leur a adressée la citée le 31 janvier 2019, de l'existence de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014 et de la mesure secrète ordonnée le 6 mars 2014. Ils ne sauraient donc soutenir ne l'avoir découverte qu'en novembre 2022.

- 31/43 -

### **E. 6.3**

Les requérants invoquent la découverte, dans le dossier de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, d'enregistrements de conversations téléphoniques tenues en 2014 entre eux-mêmes et leurs avocats, certaines d'entre elles ayant été résumées et transcrites.

#### **E. 6.3.1**

Les art. 269ss CPP traitent des mesures de surveillance secrètes que peut, à certaines conditions, ordonner le ministère public, parmi lesquelles figure la surveillance de la télécommunication de prévenus (art. 269 et 270 let. a CPP). Dans ce cadre, l'art. 271 CPP garantit le respect du secret professionnel. Avec l'entrée en vigueur, le 1er mars 2018, de la révision de la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (RS 780.1 – LSCPT), l'art. 271 CPP a été modifié.

#### **E. 6.3.2**

Avant cette révision, l'art. 271 al. 1 CPP prévoyait que "en cas de surveillance d'une personne appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux art. 170 à 173 [CPP] [ – soit par exemple un avocat –], le tri des informations qui n'ont pas de rapport avec l'objet de l'enquête ni avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à surveillance doit être exécuté sous la direction d'un tribunal. Ce tri est opéré de telle sorte que les autorités de poursuite pénale n'aient connaissance d'aucun secret professionnel". L'art. 271 al. 3 CPP prévoyait que : "En cas de surveillance d'autres personnes [que celles appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux art. 170 à 173 CPP], les informations à propos desquelles l'une des personnes mentionnées aux art. 170 à 173 [CPP] pourrait refuser de témoigner doivent être retirées du dossier de la procédure pénale et immédiatement détruites; elles ne peuvent pas être exploitées". Selon la doctrine relative à cette disposition, dans cette situation – soit lorsque la surveillance d'une personne révèle des informations relevant du secret professionnel (p. ex. conversations issues d'un entretien téléphonique avec un avocat) –, les informations couvertes par le secret seront nécessairement portées à la connaissance de l'autorité de poursuite puisque c'est à elle que revient la décision de les retirer ou non du dossier. Dès qu'il est établi que la cible – soit le prévenu – communique avec un dépositaire de secret, des mesures de tri doivent être mises en place pour ne pas vider de son contenu la protection du secret. Selon l'art. 271 al. 3 CPP, qui s'adresse non seulement à l'autorité de poursuite, mais également à celle qui est chargée du tri (al. 1), les conversations pour lesquelles le droit de refuser de témoigner peut être invoqué doivent être écartées du dossier pénal et immédiatement détruites. Ces informations ne peuvent pas être exploitées, soit être utilisées comme moyens de preuve (A. KUHN / Y. JEANNERET, Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 18 et 19 ad art. 271).

- 32/43 -

#### **E. 6.3.3**

Depuis le 1er mars 2018, l'art. 271 al. 1 CPP prévoit qu'en cas de surveillance d'une personne appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux art. 170 à 173 CPP, le tri des informations qui n'ont pas de rapport avec l'objet de l'enquête ni avec le motif pour lequel la personne concernée est soumise à surveillance doit être exécuté sous la

direction d'un tribunal. Ce tri est opéré de telle sorte que les autorités de poursuite pénale n'aient connaissance d'aucun secret professionnel. Les données écartées doivent être immédiatement détruites; elles ne peuvent pas être exploitées. L'art. 271 al. 3 CPP prévoit qu'en cas de surveillance d'autres personnes [que celles appartenant à l'une des catégories professionnelles énumérées aux art. 170 à 173 CPP], dès qu'il est établi qu'elles communiquent avec l'une des personnes mentionnées aux art. 170 à 173 CPP, un tri des informations portant sur les communications avec cette personne doit être entrepris selon les modalités de l'al. 1. Les informations à propos desquelles l'une des personnes mentionnées aux art. 170 à 173 CPP pourrait refuser de témoigner doivent être retirées du dossier de la procédure pénale et immédiatement détruites; elles ne peuvent pas être exploitées. Le Message concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (FF 2013 pp. 2379ss) explique comme suit les motifs de cette révision : "l'al. 3 [de l'art. 271 CPP] est complété, de manière à mieux refléter ce qui se passe dans la réalité. À l'instar de ce que prévoit l'al. 1, il y a lieu d'éviter que les autorités de poursuite pénale aient connaissance d'informations couvertes par le secret professionnel. Le tri devant être effectué sous la direction d'un tribunal porte exclusivement sur des informations issues d'envois et de communications avec les personnes mentionnées aux art. 170 à 173 CPP. Les informations relevant de communications avec des personnes ne revêtant pas cette qualité ne doivent pas faire l'objet de ce tri" (p. 2475).

#### **E. 6.3.4**

En l'occurrence, il est constant, et l'art. 271 al. 3 CPP le rappelle – dans ses versions avant et après le 1er mars 2018 – que les conversations entre un prévenu visé par une mesure de surveillance téléphonique et son avocat sont protégées. Elles doivent donc être retirées du dossier de la procédure pénale et immédiatement détruites. Dans le cas présent, ce principe a été violé, puisque, d'une part, les conversations entre les requérants et leurs avocats se trouvent, gravées sur des DVD, dans le dossier de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, et, d'autre part, certaines ont été transcrites ce qui implique qu'elles ont été écoutées. La citée soutient avoir elle aussi découvert leur existence dans le dossier en novembre 2022, mais avoir tout entrepris, en son temps, pour qu'elles soient effacées conformément à l'art. 271 al. 3 CPP.

- 33/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 Or, il ressort de la chronologie des faits, que, lorsque la citée a, le 6 mars 2014, ordonné la mise sur écoute des requérants, elle savait que ces derniers conversaient avec leurs avocats, puisqu'elle avait précisé, dans sa requête au TMC, que les prévenus étaient susceptibles d'avoir des conversations téléphoniques avec leurs conseils juridiques et demandé qu'il lui soit précisé si des mesures visant à sauvegarder le secret professionnel devaient être prises. Elle savait donc que, conformément à l'art. 271 al. 3 aCPP – dans sa teneur à cette date –, ces conversations ne pouvaient pas être exploitées, devaient être retirées du dossier de la procédure et immédiatement détruites. Le mandat d'acte d'enquête transmis à la police le 6 mars 2014 par la citée ne fait nulle mention de cette obligation, contrairement à ce qui sera le cas pour les écoutes de 2016, mais on ne saurait inférer de ce silence que la magistrate avait conféré un blanc-seing aux inspecteurs pour violer le secret professionnel de l'avocat, étant précisé que, contrairement à l'ordonnance du 7 décembre 2016, le TMC n'a, le 7 mars 2014, pas précisé que les conversations entre les prévenus et leurs avocats respectifs ne devaient pas être écoutées, mais que, conformément à l'art. 271 al. 3 aCPP – dans son ancienne teneur –, elles ne devaient être ni utilisées, ni transcrites ni enregistrées sur un support. Entre le début des écoutes actives, le 6 mars 2014,

et leur levée, le 5 juin 2014, la citée a entrepris de nombreux actes d'enquête, parmi lesquels quatre auditions des requérants. Elle soutient n'avoir pas régulièrement discuté, avec la Brigade financière, de la progression des écoutes en temps réel, ce qui paraît surprenant au vu de l'importance de la mesure, de sa durée (trois mois) et de son coût financier. Faute d'élément objectif, ce point peut cependant demeurer indécis dès lors qu'il ne saurait, à lui seul, fonder un motif de récusation. La citée admet cependant que la police judiciaire l'avait informée, oralement, que la mesure de surveillance n'avait pas permis de recueillir d'élément pertinent pour l'enquête "et que les prévenus avaient des conversations téléphoniques avec leurs conseils respectifs". Cette discussion s'est tenue à tout le moins avant l'échéance de la mesure secrète, le 6 juin 2014, car il était nécessaire, à cette date, que la magistrate décide ou non de prolonger celle-ci. Elle décidera finalement de la lever le 5 juin 2014. Cette discussion ne fonde pas, à elle seule, un motif de récusation. La Procureure reconnaît qu'en principe, la police confirme le résultat de l'analyse des communications par un rapport de police en bonne et due forme (cf. E.c. supra). Contrairement aux réquisits de l'art. 307 al. 3 CPP qui prévoient que, à l'issue des mesures – ici, la surveillance secrète –, la brigade chargée des investigations rend un rapport résumant les preuves recueillies pour déterminer s'il y a lieu de les exploiter, la police s'est limitée, dans le cas présent, à renvoyer le 11 juin 2014 à la Procureure son mandat d'actes d'enquête avec une feuille d'accompagnement ainsi libellée :

- 34/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 "Suite au tél. de ce jour avec la Magistrate, fiche verte en retour suite au peu de pertinence des conversations, notamment celles qui ne revêtent d'aucun secret professionnel". Cette formulation va plus loin que ce que soutient la citée, puisque la police ne se contente pas d'informer la Procureure que les prévenus avaient des conversations avec leurs avocats – ce qu'elle savait –, mais que toutes les conversations des prévenus, y compris celles couvertes par le secret professionnel, avaient "peu de pertinence". Pour parvenir à cette conclusion, la police avait ainsi dû écouter les conversations des prévenus couvertes par le secret professionnel, ce qui est d'ailleurs établi par certaines des transcriptions, lesquelles mentionnent du reste explicitement les interlocuteurs (les prévenus et leurs avocats). La citée affirme ne pas avoir ordonné les transcriptions ni avoir su que les conversations avaient été transcrites. Rien au dossier ne la contredit. La présence de ces transcriptions établit seulement que le contenu de certaines des conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat ont non seulement été écoutées par la police, mais que la personne qui les a écoutées a jugé utile d'en établir un résumé. On peine néanmoins à comprendre que la police ait pu prendre seule cette initiative, dès lors qu'elle agissait sur mandat de la précitée, sauf à considérer que de telles transcriptions lui seraient utiles pour rapporter le résultat des écoutes à la citée. Quoi qu'il en soit, la formulation de la feuille d'accompagnement laissait peu de doutes sur le fait que la police avait effectivement écouté les conversations entre les prévenus et leur avocat respectif. Dès cet instant, il était du devoir de la magistrate, laquelle était garante de la protection du secret professionnel, conformément à l'art. 271 al. 3 CPP, de veiller à ce que les conversations des prévenus avec leur(s) avocat(s) soient immédiatement effacées, ce que rappelait l'ordonnance du TMC en ces termes : "les conversations entre les prévenus et leurs avocats respectifs ne pourront pas [...] faire l'objet d'un enregistrement sur quelque support que ce soit". Or, ce qui suit démontre que tel n'a pas été le cas.

#### **E. 6.3.5**

Au moment où la mesure de surveillance secrète a été ordonnée – le 6 mars 2014 –, étaient en vigueur, jusqu'au 1er mars 2018, les anciennes dispositions de la LSCPT, ainsi que l'art. 271 al. 3 aCPP. Les requérants et la citée ne font pas la même lecture des obligations imposées au Ministère public par cette dernière disposition, mais les premiers semblent se fonder sur la version en vigueur après le 1er mars 2018, laquelle contient une obligation de tri par un tribunal.

- 35/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 Cela étant, même à suivre la procédure que la citée considérait devoir appliquer pour que les conversations couvertes par le secret professionnel soient détruites – manipulation qu'elle ne pouvait opérer elle-même –, les éléments au dossier démontrent qu'elle ne l'a pas observée. En effet, après la levée de la mesure, le SCPT a informé la citée, le 3 octobre 2014, que le délai de conservation, dans le système LIS, des données en temps réel de la mesure de surveillance expirait le 5 septembre 2014 et lui a demandé de choisir entre l'envoi, à elle ou à la police, du support contenant les données archivées ou la prolongation du délai de conservation de celles-ci. La citée a choisi de reporter le moment de l'archivage. Cependant, pensant demander la prolongation jusqu'au 6 juillet 2015, la magistrate a, par erreur, mentionné la date, échue, du 6 juillet 2014. La citée expose qu'en raison de cette erreur de plume les conversations ont été archivées par le SCPT à une date inconnue, et qu'elle-même aurait tout tenté, dès septembre 2018, pour obtenir l'effacement des conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat. Si l'indication, dans le formulaire, d'une date erronée est excusable, cette inadvertance ne dispensait pas la Procureure de requérir du SCPT, dans le délai supposément prolongé de 9 mois, soit jusqu'au 6 juillet 2015, l'effacement des conversations couvertes par le secret professionnel, conformément à la loi et à l'injonction du TMC. D'ailleurs, les pièces au dossier attestent que l'archivage a été effectué, par le SCPT, les 11 et 12 janvier 2016 (cf. B.u.iii. supra), de sorte que la mention, par la citée, de la date, échue, du 6 juillet 2014, n'a pas entravé le déroulement de la procédure d'archivage. Ce n'est que le 12 septembre 2018 que la citée, après avoir demandé, dans le cadre de la mesure de surveillance secrète ordonnée en 2016, l'effacement des conversations entre B\_\_\_\_\_ et son avocat d'alors, a requis de la police judiciaire de lui communiquer le numéro de l'avocat de A\_\_\_\_\_ en vue de procéder de même avec les écoutes de 2014. À réception du rapport de la Brigade financière du 18 septembre 2018, elle a été informée qu'"aucun inspecteur de la Brigade financière n'a ou n'a eu accès à ce contrôle technique", de sorte qu'il n'avait pas été possible de vérifier si les numéros de téléphone de l'avocat y apparaissaient, ni d'y annoter les éventuelles conversations en vue de leur destruction. À ce stade, elle n'ignorait donc pas que sa demande d'effacement n'avait pas pu être exécutée.

#### **E. 6.3.6**

Après avoir informé les requérants, le 31 janvier 2019, qu'ils avaient fait l'objet d'une mesure de surveillance secrète en 2014 dans la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, qu'elle n'entendait pas exploiter les informations recueillies et qu'aucune des conversations enregistrées ne serait versée aux procédures, l'avocat de B\_\_\_\_\_ a demandé, le même jour, la remise d'"une copie complète du dossier, y compris du CD-ROM contenant les écoutes téléphoniques". La citée ne lui a cependant transmis

- 36/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 que les conversations de 2016, expurgées des conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat, sans l'informer qu'elle n'était pas encore en possession des conversations (expurgées) de 2014. Quelques jours plus tard, le 6 février 2019, la citée a, par un nouveau mandat d'actes d'enquête, requis la Brigade financière de localiser les archives des écoutes téléphoniques de 2014 et de procéder à la destruction des conversations soumises au secret professionnel de l'avocat. Il ressort de ce document qu'elle avait appris "ce jour", du SCPT, qu'un DVD d'archives de ces conversations avait été adressé par ce service à la police "à une date indéterminée". Or, le 11 février 2019, la police lui a répondu qu'elle n'avait plus de DVD des conversations de 2014 – lesquels avaient été remis par celle-ci au TMC –. Un mois plus tard, la Procureure informera les parties de la prochaine clôture de l'instruction. Lorsque les DVD contenant lesdites conversations lui ont été remis, le 4 juillet 2019, par la Brigade financière (cf. B.u.i. supra), la citée ne pouvait donc ignorer qu'ils contenaient les conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat, puisqu'aucune démarche pour supprimer les conversations litigieuses n'avait été effectuée auprès du SCPT avant l'archivage des écoutes sur DVD. Elle savait aussi – ce qu'elle admet dans ses observations – que l'archivage rendait techniquement impossible la destruction des conversations couvertes par le secret (cf. D.ix et xiii supra). D'ailleurs, le rapport de police du 4 juillet 2019 ne mentionne pas que les conversations des prévenus avec leur avocat respectif avaient été supprimées. La citée estime qu'elle n'avait pas à saisir le TMC d'une demande de tri selon l'art. 271 al. 3 CPP, cette procédure ne s'appliquant selon elle pas à l'effacement des conversations protégées par le secret de l'avocat (cf. D.ix supra). Il n'en demeure pas moins que, à réception des DVD contenant les écoutes de 2014 non expurgées des conversations couvertes par le secret, seule cette procédure lui aurait permis de faire désigner, par le tribunal, les conversations ne pouvant figurer au dossier, et verser ainsi à la procédure P/3920/2014 des supports ne contenant que les conversations autorisées. La citée n'a pas non plus, à ce moment, informé l'avocat de B\_\_\_\_\_ que la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, dont il avait requis la copie complète fin janvier 2019, venait d'être complétée par les enregistrements de 2014. Or, conformément à l'art. 279 CPP, c'est au moment de la communication par le ministère public de l'existence d'une mesure secrète, que la défense se voit donner le droit de prendre connaissance des éléments du dossier relatif à la surveillance, soit les enregistrements, les transcriptions et les autorisations (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2ème éd., n. 16 à 18 ad art. 279). Dans le cas présent, le droit du prévenu à prendre connaissance du contenu de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, s'étendait tant aux écoutes de 2016 qu'à celles de 2014.

- 37/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 C'est en vain que la citée relève que les DVD contenant les conversations de 2014 avaient été "soumis au TMC", qui les avait restitués à la Brigade financière "sans formuler de réserve". La remise – par erreur – des DVD de 2014 par la police au TMC est intervenue en marge de la procédure de tri visant les conversations avec le notaire dans le cadre de la mesure de 2016. Cette démarche n'avait donc aucun lien avec l'effacement des conversations entre les prévenus et leur avocat respectif en 2014. D'ailleurs, la réponse du TMC, le 11 janvier 2019, n'a porté que sur les conversations de 2016 avec le notaire, sans mention aucune des écoutes de 2014. La citée ne saurait invoquer non plus qu'en juillet 2019, les prévenus étaient déjà renvoyés en jugement pour s'affranchir de son devoir d'information à l'égard de B\_\_\_\_\_. Ce d'autant que cette procédure

P/8\_\_\_\_\_/2014 n'a pas été jointe à la P/9\_\_\_\_\_/2013, de sorte qu'elle était toujours pendante devant le Ministère public en juillet 2019, n'ayant été archivée que le 17 juin 2020.

### **E. 6.3.7**

Cette succession de manquements en lien avec la protection du secret professionnel de l'avocat, dont la magistrate était garante, constitue une violation grave de ses devoirs, au détriment des deux prévenus. Il appartenait à la citée, conformément à l'art. 62 al. 1 CPP, d'ordonner les mesures nécessaires au bon déroulement et à la légalité de la procédure, en l'occurrence les actes nécessaires à garantir la protection dudit secret. En n'entretenant pas à temps, auprès du SCPT, les démarches nécessaires à l'effacement des conversations téléphoniques couvertes par le secret de l'avocat, puis, à réception des supports contenant ces conversations, en ne mettant pas en œuvre la procédure permettant de les trier afin qu'elles ne figurent pas au dossier, la citée a créé une apparence de prévention, au sens de l'art. 56 let. f CPP. En effet, par ces manquements répétés, les conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat ont été versées au dossier de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014 – en violation de l'injonction du TMC –, faisant naître un doute légitime, dans l'esprit des prévenus, qu'elles avaient été exploitées dans la procédure P/9\_\_\_\_\_/2013. Par ailleurs, en n'avertissant pas B\_\_\_\_\_ que la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014 avait été complétée du résultat de la surveillance secrète de 2014, dont il avait demandé à prendre connaissance, la citée a créé une apparence de prévention supplémentaire à l'égard du précité. En effet, en ne respectant pas son droit à l'accès au dossier, elle a donné l'impression que la procédure était, à son égard, conduite de manière inéquitable. Les requérants voient dans la présence de ces conversations litigieuses au dossier de la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, la preuve que la citée aurait exploité celles-ci dans la procédure P/9\_\_\_\_\_/2013, soit un motif de récusation additionnel. Tel n'est pas le cas. On ne saurait conclure de la seule présence, sur les DVD, de conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat, l'exploitation de celles-ci dans la procédure dirigée contre les requérants. Les exemples que citent ces derniers ne font pas naître de doute à cet égard. Le planning produit par la citée, que les requérants ne

- 38/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 contestent pas formellement – même si l'un d'eux relève sa "recevabilité douteuse" –, tend plutôt à démontrer le contraire, à savoir que les auditions des prévenus après le 6 mars 2014 et la perquisition du 14 mars 2014 avaient été planifiées avant la surveillance secrète. Par ailleurs, les questions en lien avec le prix du terrain dans la promotions N\_\_\_\_\_ et les travaux exécutés par l'entreprise G\_\_\_\_\_SA sur les biens des prévenus, posées à ceux-ci après le 6 mars 2014, avaient déjà été abordées dans les audiences précédant le branchement des écoutes ou figuraient au dossier. Elles n'étaient donc pas inédites. Il s'ensuit que la récusation de la citée doit être prononcée en raison des graves manquements susmentionnés, dont l'accumulation unilatéralement au détriment des deux mêmes parties à la procédure, en dernier lieu en juillet 2019, a fait naître une prévention de la magistrate à leur égard.

### **E. 6.4**

En revanche, aucun autre membre du Ministère public n'ayant participé aux actes sus-décrits, il n'y a pas lieu à récusation, en particulier pas à l'égard de I\_\_\_\_\_.

### **E. 6.5**

La récusation de la citée sera donc prononcée dans la procédure P/8\_\_\_\_\_/2014, puisque c'est dans celle-ci que la mesure de surveillance secrète a, formellement, été ordonnée. Dans la mesure où, selon la requête déposée le 6 mars 2014 devant le TMC, la mesure a été ordonnée pour servir les procédures P/9\_\_\_\_\_/2013 et P/1\_\_\_\_\_/2013 – la cause P/8\_\_\_\_\_/2014 ne servant que de procédure occulte –, la récusation doit également être prononcée dans la procédure P/9\_\_\_\_\_/2013, laquelle comprend les procédures jointes mentionnées par les parties (soit P/1\_\_\_\_\_/2013, P/2\_\_\_\_\_/2014, P/3\_\_\_\_\_/2014, P/4\_\_\_\_\_/2016 et P/6\_\_\_\_\_/2017). En revanche, la procédure P/7\_\_\_\_\_/2019, qui n'a été ouverte qu'en 2019, contre inconnu et n'a pas été jointe à la procédure P/9\_\_\_\_\_/2013, n'est nullement concernée par les faits examinés ci-dessus, de sorte que la récusation ne saurait être prononcée dans celle-ci.

## **E. 7**

Les requérants concluent tous deux à la récusation de la citée "avec effet rétroactif" au 6 mars 2014, soit au jour où elle a ordonné l'écoute active des raccordements téléphoniques utilisés par les prévenus. B\_\_\_\_\_ demande, quant à lui, l'annulation de l'intégralité des actes de procédure auxquels la citée a "participé de quelque manière que ce soit aux faits et agissements dénoncés par la présente requête de récusation", et de tous les actes de procédure fondés directement ou indirectement sur ceux-ci.

- 39/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022

### **E. 7.1**

À teneur de l'art. 60 al. 1 CPP, les actes de procédure auxquels a participé 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.

### **E. 7.2**

Le délai de cinq jours part de la décision de récusation. Toutefois, eu égard aux principes d'économie de procédure et de célérité, rien n'empêche un requérant de solliciter dans une même et seule écriture la récusation et le retrait des actes qu'il considère comme litigieux. Dans un tel cas de figure, il ne paraît pas non plus contraire, notamment sous l'angle des deux principes susmentionnés, que l'autorité statue dans une même décision sur ces deux problématiques, hypothèse qui n'entre d'ailleurs en considération que si la récusation est admise (ATF 144 IV 90 consid. 1.2.2).

### **E. 7.3**

Il découle du texte de la loi que les actes déjà réalisés par la personne concernée ne sont pas nuls, mais simplement annulables. L'art. 60 al. 1 CPP retient ainsi uniquement le principe de l'annulabilité et non de la nullité absolue (L. MOREILLON / A. PAREIN-REYMOND, CPP, Code de procédure pénale, 2ème éd., Bâle 2016, n. 3 ad art. 60), puisque la récusation vaut avant tout pour l'avenir (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 1 ad art. 60). La décision correspondante est soumise au recours selon les art. 393 ss. CPP. En principe, il existe – sous réserve de l'art. 60 al. 2 CPP – un droit à la répétition, raison pour laquelle il faut partir du principe que la partie n'a pas à motiver sa demande (A. DONATSCH / V. LIEBER / S. SUMMERS / W. WOHLERS [éd.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3ème éd., Zürich 2020, n. 3 ad art. 60 CPP).

#### **E. 7.4**

Lorsque l'affaire est encore au stade de l'instruction, la décision selon l'art. 60 al. 1 CPP 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. 1.2). Le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque la direction de la procédure n'est plus le Ministère public mais l'instance de jugement – en l'occurrence il s'agissait de la présidence du Tribunal correctionnel –, il apparaît cohérent que l'autorité qui s'est prononcée sur la demande de récusation (soit l'autorité de recours, art. 59 al. 1 let. b CPP) se prononce également sur les conséquences de l'admission d'une telle demande, que ce soit directement dans sa décision sur récusation ou par le biais d'une demande ultérieure. L'autorité de recours connaît déjà le dossier sur ce point et est aussi la mieux à même d'interpréter le cas échéant les termes de sa propre décision

- 40/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 sur récusation afin d'en tirer toutes les conséquences (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_246/2017 susmentionné consid. 1.2.).

#### **E. 7.5**

La loi ne précise pas quelle est l'étendue de cette annulation. Selon la jurisprudence, seuls les actes intervenus après l'événement qui justifie la récusation sont annulés et répétés (ATF 141 IV 178 consid. 3.7 p. 186; arrêt du Tribunal fédéral 6B\_362/2012 du 29 octobre 2012 consid. 3.3.1). Si ce principe est facilement applicable lorsque la récusation est motivée par un événement ponctuel (par exemple, intervention dans l'affaire à un autre titre, lien de famille avec une partie, acte procédural déterminé), il en va différemment lorsque le magistrat se voit reprocher une succession d'actes dont seule l'accumulation fonde une apparence de prévention. Dans un tel cas, il appartient à l'autorité de déterminer, sur la base de la décision qui a conduit à la récusation du magistrat, la date à partir de laquelle l'intervention du magistrat dans la procédure n'est plus admissible. Dans ce cadre, il y a lieu de reconnaître à l'autorité compétente une certaine marge d'appréciation lui permettant de tenir compte de l'ensemble des circonstances particulières du cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 1B\_246/2017 du 6 octobre 2017 consid. 4.1).

#### **E. 7.6**

In casu, contrairement à ce que semblent penser les requérants, la récusation de la citée n'est pas prononcée avec effet rétroactif, mais pour l'avenir. Autre est la question de l'éventuelle annulation des actes de la procédure, requise par B\_\_\_\_\_ conformément à l'art. 60 al. 1 CPP. Formulée simultanément à sa requête de récusation, la demande d'annulation des actes de la procédure est recevable et la Chambre de céans est compétente pour en connaître.

#### **E. 7.7**

B\_\_\_\_\_ semble considérer que tous les actes de la procédure doivent être annulés à compter du 6 mars 2014. Tel n'est pas le cas. La surveillance secrète a été valablement ordonnée à cette date et dûment validée par le TMC, avant d'être levée le 5 juin 2014. Le fait que la citée eût dû savoir, en juin 2014, qu'un inspecteur de la Brigade financière avait écouté les conversations couvertes par le secret professionnel de l'avocat ne constitue, à lui seul, pas le motif de la récusation, laquelle résulte, comme on l'a dit, de l'accumulation de graves manquements, en dernier lieu en juillet 2019. Quoi qu'il en soit, l'instruction est

terminée depuis le renvoi en jugement des prévenus, en novembre 2020, et un jugement en première instance a été rendu le 25 octobre 2021. On ne se trouve ainsi plus dans la situation dans laquelle un acte d'enquête peut être annulé et répété par un nouveau procureur. Un tribunal a pris

- 41/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022 connaissance du dossier et, de manière indépendante, a rendu son verdict. La cause est désormais en appel et on ne voit pas ce qui empêcherait les requérants de soulever devant l'autorité d'appel l'éventuelle inexploitableté de moyens de preuve au regard de l'art. 141 CPP et/ou de remettre en cause leur appréciation par le Tribunal correctionnel (ATF 144 IV 90 consid. 1.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B\_118/2020 du 27 juillet 2020 consid. 3.4). D'ailleurs, les requérants ont manifesté qu'ils ne souhaitaient pas l'annulation de la surveillance secrète de 2014, puisqu'ils ont annoncé à la Chambre pénale d'appel et de révision vouloir en verser le résultat au dossier et exploiter, à leur décharge, les conversations non couvertes par le secret professionnel de l'avocat. Seules les conversations entre les prévenus et leurs avocats doivent donc être retirées du dossier et détruites, démarche qui ne relève pas d'une annulation d'acte de la procédure au sens de l'art. 60 al. 1 CPP, mais d'une procédure de tri. Or, le TMC semble déjà saisi d'une demande de scellés. Il s'ensuit que les conditions d'une annulation des actes de la procédure entrepris par la citée, selon l'art. 60 CPP, ne sont pas remplies. La demande doit ainsi être rejetée. Au vu de cette issue, point n'était besoin de recueillir les observations des autres parties à la procédure.

#### **E. 8**

Les requêtes sont ainsi partiellement admises, en ce sens que la récusation de la citée sera prononcée, mais la demande d'annulation des actes de la procédure, rejetée.

#### **E. 9**

L'admission des demandes ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 59 al. 4 CPP).

#### **E. 10**

Les requérants, qui obtiennent gain de cause sur la majorité de leurs demandes respectives, ont droit à une indemnité de procédure (art. 429 al. 1 let. a CPP), qu'ils n'ont pas chiffrée. Compte tenu de l'ampleur des écritures et des pièces produites, ainsi que de la complexité de la cause, elle sera fixée, ex aequo et bono, en tenant compte qu'ils n'ont pas obtenu l'intégralité de leurs conclusions, à CHF 4'500.- chacun, TVA à 7.7% incluse. \* \* \* \* \*

- 42/43 -

PS/79/2022 et PS/80/2022

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.