

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/3983/2008

OCA/302/2008

ORDONNANCE

DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION

Audience du mercredi 26 novembre 2008

Statuant sur le recours déposé par :

G_____, domicilié rue _____, à Genève, recourant comparant par M^c Stéphane GRODECKI, avocat, mais faisant élection de domicile en l'Étude FONTANET & ASSOCIES, Grand-Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3,

contre la surveillance de ses raccordements téléphoniques

Intimés : **H**_____, comparant par M^c Lorella BERTANI, avocate, rue Saint-Ours 5, 1205 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

LE PROCUREUR GÉNÉRAL de la République et canton de Genève, en son Parquet, Palais de justice, place du Bourg-de-Four à Genève.

Communiqué l'ordonnance aux parties en date du 27 novembre 2008

EN FAIT

- A. G_____ recourt contre la surveillance en temps réel dont ses raccordements téléphoniques ont fait l'objet entre le 19 mars 2008 et le 9 avril 2008 et dont il a été avisé le 11 août 2008 par le Juge d'instruction. Il demande que toutes les écoutes téléphoniques et le procès-verbal d'instruction du 11 août 2008 soient écartés du dossier.
- B. Cette décision résulte des faits suivants :
- a) Dans la nuit du 14 au 15 mars 2008, S_____, née le _____2006, est décédée au domicile de son père, G_____, chez qui elle passait la nuit. Il est établi que ce décès résulte d'une intoxication à la méthadone, dont G_____ avait administré deux suppositoires à sa fille le 14 mars au soir.
- b) G_____ a expliqué qu'il croyait avoir utilisé des suppositoires antitussifs que la mère de l'enfant, avec laquelle il ne cohabitait plus, lui aurait remis quelques mois plus tôt. Le 16 mars 2008, il a été inculpé d'homicide par négligence (art. 117 CP).
- c) Émettant l'hypothèse que cet homicide pourrait avoir été intentionnel et mentionnant qu'« *il se pourrait bien* » que la mère de S_____ dépose plainte pour assassinat, le Juge d'instruction a requis la présidente de la Chambre d'accusation, le 20 mars 2008, d'approuver la surveillance des raccordements téléphoniques de l'inculpé, qu'il avait ordonnée la veille. Cette surveillance a été approuvée le même jour, et accordée pour une durée d'un mois; elle a été levée le 9 avril 2008.
- d) Le 4 août 2008, la police a fourni des transcriptions des appels surveillés; elle conclut son rapport en relevant qu'à aucun moment ces appels n'étaient l'hypothèse que les suppositoires de méthadone avaient été administrés intentionnellement à S_____. En revanche, il ressortait d'un appel du 24 mars 2008 que G_____ évoquait une livraison à Genève « *de plusieurs kilos* » (sans préciser de quoi) et qu'on pouvait s'adresser à lui pour des « *dépannages* »; et d'une conversation du 3 avril 2008 qu'il avait acheté « *un pacson à cent balles* ».
- e) À l'audience du 11 août 2008, lors de laquelle il avait reçu des mains du Juge d'instruction l'avis relatif à la surveillance de ses raccordements téléphoniques, G_____ a admis qu'il lui était arrivé d'acheter un « *pacson* » de marijuana mais qu'il ignorait tout d'une livraison de plusieurs kilos; la personne avec laquelle il avait eu une conversation à ce propos était toutefois son fournisseur en marijuana. Le Juge d'instruction l'a inculpé sur-le-champ de consommation illicite de stupéfiants, et de fourniture ou revente illicite de stupéfiants pour avoir fourni en marijuana divers toxicomanes, dont la mère de S_____.
- C. a) À l'appui de son recours du 28 août 2008, G_____ expose que la surveillance téléphonique de ses raccordements avait fortuitement révélé « *un petit trafic de*

drogue » de sa part et que, faute d'avoir été autorisée ou approuvée *a posteriori*, cette surveillance, à l'origine de l'inculpation du 11 août 2008, serait illégale.

b) Le Juge d'instruction concède que son inculpation pour trafic de marijuana était « *erronée* »; il propose de caviarder les passages du rapport de police et du procès-verbal d'audience qui en traitent.

c) Le Procureur général conclut à l'admission partielle du recours et se rallie à la proposition du Juge d'instruction.

d) H_____, mère de S_____, conclut au rejet du recours.

D. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience de plaidoiries du 8 octobre 2008, lors de laquelle les parties ont plaidé et persisté intégralement dans les termes de leurs écritures et explications respectives.

EN DROIT

1. Au plus tard lors de la clôture de la procédure pénale ou de la suspension de la procédure, l'autorité qui a ordonné une surveillance téléphonique communique les motifs, le mode et la durée de la surveillance (art. 10 al. 2 LSCPT). Dans les trente jours suivant la communication, la personne ayant fait l'objet de la surveillance peut interjeter recours, en invoquant le caractère illicite et l'absence de proportionnalité de la surveillance (art. 10 al. 5 LSCPT). Les recours contre une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication sont tranchés par la Chambre d'accusation lorsque la mesure a été ordonnée par le Procureur général ou le Juge d'instruction (art. 54 al. 3 LaCP). Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est par conséquent recevable.
2. Le recourant prétend que la surveillance de ses raccordements téléphoniques ne respectait pas le principe de subsidiarité, au sens de l'art. 1^{er} let. c LSCPT. La mesure avait été motivée par l'élucidation du sort des couches de S_____ et de l'emballage du premier suppositoire, soit d'éléments de preuve qui n'avaient tout simplement pas été collectés par la police. N'ayant fait que confirmer les déclarations du recourant sur l'homicide par négligence, ces écoutes devraient être retirées du dossier.

2.1. Selon la doctrine, le bien-fondé des moyens soulevés dans un recours fondé sur l'art. 10 al. 5 LSCPT s'examine *ex ante*, le juge devant déterminer si la mesure de surveillance était conforme à la loi au moment où elle avait été approuvée ou prolongée (STRÄULI, La surveillance de la correspondance par poste et télécommunication : aperçu du nouveau droit, *in* Plus de sécurité - moins de liberté ? éd. Rüegger 2003, p. 187 n. 274). Le pouvoir d'examen de la Chambre d'accusation n'est pas limité à la violation du droit (STRÄULI, *op. cit.* n. 273).

2.2. La motivation de la demande d'approbation du 20 mars 2008 se réfère à l'art. 111 CP, dont il est incontestable qu'il figure dans le catalogue de l'art. 3 al. 2 let. a LSCPT. Le soupçon du Juge d'instruction repose essentiellement sur le sort inconnu de pièces à conviction, ainsi que sur l'éventuelle concertation entre le recourant et son amie du moment, témoin des faits. Le recourant ne conteste pas que le Juge d'instruction, même requis d'informer sur une infraction, l'art. 117 CP, non retenue à l'art. 3 al. 2 let. a LSCPT, pouvait et devait chercher à élucider quels étaient sa conscience et sa volonté lorsqu'il administra des suppositoires à sa fille. À juste titre. Le Juge d'instruction est en effet saisi *in rem* (DINICHERT/BERTOSSA/GAILLARD, Procédure pénale genevoise, SJ 1986 p. 472 n. 3.1). Dans ce cadre, et en tant du moins qu'il vise l'auteur présumé des faits, il peut solliciter une surveillance téléphonique sans excéder sa saisine, pourvu que sa demande respecte les conditions de la LSCPT.

2.3. En l'occurrence, il ressort des déclarations du recourant et de son amie faites au Juge d'instruction le 20 mars 2008 qu'ils avaient pu s'entretenir ensemble quelque temps dans les locaux de la police, le 15 mars 2008 (peut-être une heure, voire plus, mais en tout cas « *bien plus de 5 minutes* », comme l'a déclaré le recourant); tous deux ont affirmé que ce tête-à-tête était postérieur à leurs auditions respectives par la police. Or, il résulte de l'état du dossier au 20 mars 2008 que ni le recourant ni son amie n'avaient évoqué à la police l'existence d'un second suppositoire administré à S_____, ni non plus que celui-ci avait été extrait du réfrigérateur, et apporté au recourant, par son amie. Ils l'évoqueront devant le Juge d'instruction, le 16, puis le 20 mars 2008. En revanche, le recourant avait d'emblée indiqué à la police qu'il avait évacué la veille au soir le contenu de la poubelle de la cuisine (p.-v. du 15 mars 2008 page 2). Il précisera ultérieurement au Juge d'instruction qu'il utilisait indifféremment les deux poubelles de son logement, l'autre se trouvant dans le salon (p.-v. du 17 mars 2008 page 2), et que les couches que portaient S_____ le 14 mars au soir avaient peut-être été jetées dans celle-ci (p.-v. du 20 mars 2008 page 7). Quant à l'amie du recourant, elle a déclaré pour la première fois le 20 mars 2008 (page 2) qu'elle était retournée à l'appartement du recourant le 15 mars 2008, après avoir été élargie par la police. Dans ces circonstances, il n'était pas illégitime pour le Juge d'instruction de chercher à s'assurer que le recourant n'avait pas fait, ni fait faire, disparaître des preuves compromettantes, ni encore cherché à circonvenir d'éventuelles déclarations gênantes de son amie. Le recourant se trompe lorsqu'il semble reprocher à la police de n'avoir pas recherché le 15 mars 2008 le contenu de la poubelle évacuée par lui la veille. À aucun passage de sa déclaration du même jour à la police, il n'avait indiqué avoir changé les langes de sa fille, ni non plus qu'il y avait observé à cette occasion la présence du (premier) suppositoire, rejeté par la fillette. Ces éléments apparaîtront pour la première fois lors des audiences d'instruction des 16 et 17 mars 2008.

2.4. Quant à savoir si, à la lumière de ces faits particuliers, d'autres moyens que la surveillance téléphonique eussent permis d'élucider l'intention exacte du recourant,

il résulte de ce qui précède que, au moment où il ordonna cette surveillance, le Juge d'instruction ne disposait d'aucun autre moyen de reconstituer les faits et gestes du recourant et de son amie. Il venait de les auditionner, celle-ci sous le régime de suspension de l'information contradictoire. Tous deux étaient en liberté. Si des preuves avaient disparu le 14 ou le 15 mars 2008, il est évident qu'aucune investigation n'était plus susceptible de les sauvegarder. Au demeurant, la police confirmera le 11 avril 2008 que les déchets de l'immeuble avaient été levés le 17 mars 2008. En revanche, il n'était pas exclu que la preuve *de la disparition* de pièces à conviction, voire d'autres manœuvres d'occultation ou de dissimulation de la vérité, pût ressortir des conversations téléphoniques du recourant après que le Juge d'instruction lui eut posé, ainsi qu'à son amie, des questions précises à ce sujet. La mesure de surveillance était proportionnée à la gravité du soupçon, ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas.

2.5. Le recourant se méprend s'il pense que la transcription de ses conversations téléphoniques devrait être écartée du dossier en raison du simple fait qu'elle corroborait sa version du décès de S_____. Sous cet angle, leur valeur de confirmation se comprend comme un élément de preuve à décharge, que le Juge d'instruction avait aussi mission de recueillir (cf. art. 118 al. 1 CPP), d'autant plus si, comme en l'espèce, il nourrissait le soupçon d'un acte intentionnel du recourant.

- 3.** Le recourant prétend que la mise au jour de son trafic de stupéfiants résultait de découvertes fortuites dues à la surveillance de ses raccordements. Le Procureur général n'avait pas ouvert d'information de ce chef et la Chambre d'accusation n'avait pas autorisé l'utilisation de ces preuves. Partant, elles seraient illégales et devraient être écartées du dossier.

3.1. Selon l'art. 9 al. 1 LSCPT, si lors d'une surveillance, d'autres actes punissables que ceux qui ont fait l'objet de l'autorisation de surveillance sont découverts, les informations recueillies peuvent être utilisées à l'encontre de la personne soupçonnée lorsque ces actes ont été commis en plus des actes punissables soupçonnés (let. a) ou qu'ils remplissent les conditions requises pour une surveillance au sens de la présente loi (let. b). Si les informations concernent un acte punissable dont l'auteur soupçonné ne figure pas dans l'autorisation, une autorisation de l'autorité compétente doit être obtenue avant toute nouvelle enquête; l'autorisation peut être accordée si les conditions pour une surveillance au sens de la présente loi sont remplies (art. 9 al. 2 LSCPT). Si les conditions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 LSCPT pour l'utilisation des informations recueillies fortuitement ne sont pas réunies, les informations ne peuvent pas être utilisées; les supports de données et les documents en question doivent être détruits immédiatement (art. 9 al. 3 LSCPT). Cette disposition proscrit explicitement l'utilisation d'une preuve irrégulière (ATF 133 IV 329 consid. 4.4 p. 331 = SJ 2008 I p. 173/174). Si la preuve irrégulière est un élément indispensable des preuves administrées subséquentement (« preuves dérivées »), l'invalidité de la preuve originale s'étend à celles-ci (ATF 133 IV 329 consid. 4.5 p. 333 = SJ 2008 I p. 173).

3.2. Contrairement à ce que soutient le recourant, le Procureur général a bien requis, le 16 mars 2008, simultanément, une information des chefs d'infractions aux art. 117 CP et 19 LStup. En revanche, il importe peu que le Juge d'instruction n'ait pas visé le trafic de stupéfiants dans son ordre de surveillance ou dans sa demande d'approbation, ni que la présidente de la Chambre d'accusation n'ait pas mentionné non plus l'art. 19 LStup dans sa décision du 20 mars 2008, ni même qu'une approbation *a posteriori*, i.e. conforme aux réquisits de l'art. 9 al. 3 LSCPT, n'ait pas été demandée. En effet – comme cela résulte du texte clair de l'art. 9 al. 1 let. a LSCPT –, la découverte fortuite n'est soumise à approbation que si l'auteur soupçonné ne figurait *pas* dans l'autorisation de surveillance. Or, rien de tel en l'espèce : c'est bien le recourant, titulaire des raccordements surveillés et inculpé d'homicide par négligence, qui se voit reprocher – en sus – un trafic illicite de stupéfiants. L'utilisation des conversations des 24 mars 2008 et 3 avril 2008 était par conséquent possible sans autre. En d'autres termes, il suffit aux fins de l'art. 9 al. 1 LSCPT que l'existence d'une infraction sujette à surveillance soit démontrée pour que l'ensemble des informations rassemblées grâce à la mesure de surveillance puissent être utilisées contre l'auteur (STRÄULI, op. cit., p. 169 n. 220). Le recourant ne peut rien tirer d'autre de la jurisprudence précitée, dans laquelle c'était un *autre suspect* que la personne soupçonnée et surveillée qui était apparu fortuitement (cf. ATF 133 IV 329 consid. 4.3 p. 331 = SJ 2008 I p. 172).

4. Le recours est par conséquent mal fondé dans sa totalité.
5. En tant qu'il succombe, le recourant supportera les frais envers l'État (art. 101A al. 1 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE D'ACCUSATION :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par G_____ contre la surveillance de ses raccordements téléphoniques dans la procédure P/3983/2008.

Au fond :

Le rejette.

Condamne G_____ aux frais du recours qui s'élèvent à 595 fr., y compris un émolument de 500 fr.

Siégeant :

Madame Carole BARBEY, présidente; Monsieur Christian COQUOZ, Madame Florence KRAUSKOPF, juges; Monsieur Jacques GUERTLER, greffier.

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. Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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

ÉTAT DE FRAIS

**CHAMBRE D'ACCUSATION
RECOURS**

Selon le règlement du 29 mars 1978 fixant le tarif des frais et dépens en matière pénale (E.4.20.03).

Débours (art. 7)

- indemnités (litt. a)	CHF	
- expertises (litt. b)	CHF	
- frais postaux	CHF	25.00

Émoluments (art. 10)

- citations (litt. b)	CHF	20.00
- émolument (litt. k)	CHF	500.00
- état de frais (litt. e)	CHF	50.00

Total	CHF	595.00
--------------	------------	---------------

Opposition (art. 6)

Les parties, ou s'il est condamné, le plaignant, peuvent faire opposition à la taxation de l'état de frais de l'Etat ou à la taxation des dépens d'une partie, dans un délai de 30 jours dès la notification de la décision de condamnation aux frais ou dépens.

L'opposition est formée par requête écrite adressée à la Chambre pénale de la Cour de justice qui statue en dernier ressort, également sur ses propres taxations, après s'être au besoin renseignée auprès des autres juridictions et après avoir entendu l'opposant et les parties intéressées.

La compétence de la Chambre pénale saisie d'une opposition à taxe se limite à l'examen du calcul des frais et dépens. La Chambre n'est pas compétente pour d'éventuels délais de paiement.