



POUVOIR JUDICIAIRE

P/13524/2017

AARP/24/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale d'appel et de révision

Arrêt préparatoire du 9 janvier 2024

Entre

A_____, domicilié _____ [SG], comparant par M^e Magali BUSER, avocate, ETTER & BUSER, boulevard Saint-Georges 72, 1205 Genève,

B_____, domiciliée _____ [SG], comparant par M^e Magali BUSER, avocate, ETTER & BUSER, boulevard Saint-Georges 72, 1205 Genève,

appelants,

contre le jugement JTDP/301/2023 rendu le 13 mars 2023 par le Tribunal de police,

et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimé.

Siégeant : Madame Catherine GAVIN, présidente ; Madame Gaëlle VAN HOVE, Monsieur Fabrice ROCH, juges.

EN FAIT :

- A. a.** Le 3 avril 2023, A_____ et B_____ ont déclaré faire appel du jugement du 13 mars 2023, par lequel le Tribunal de police (TP) a reconnu A_____ coupable de défaut de vigilance en matière d'opérations financières (art. 305^{ter} al. 1 du code pénal [CP]), l'a condamné à une peine pécuniaire de 180 jours-amende à CHF 30.- le jour, sous déduction de 93 jours-amende, correspondant à 93 jours de détention avant jugement, avec sursis et délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende à titre de sanction immédiate de CHF 5'000.-, avec mise à sa charge des frais arrêtés à CHF 21'745.-.

Le TP a levé le séquestre des avoirs déposés au nom de A_____ et B_____ sur la relation n° 1_____ auprès de [la banque] C_____ et a rejeté les conclusions en indemnisation de A_____ (429 CPP) et de B_____ (art. 434 CPP). Il a ordonné la libération des sûretés fournies par A_____, les a allouées à due concurrence au paiement de l'amende et des frais de la procédure et en a restitué le solde à A_____ (art. 239 al. 1 et 2 CPP).

b. A_____ entreprend intégralement ce jugement, concluant à son acquittement, avec suite de frais et à son indemnisation pour la détention injustifiée et pour les dépenses occasionnées par la procédure.

B_____, tiers-saisi, entreprend partiellement le jugement en tant qu'il rejette ses conclusions en indemnisation, concluant à une indemnité de CHF 150'000.-, avec intérêts à 5% l'an dès le 3 septembre 2019 pour le tort moral subi et de CHF 4'501.30 pour les dépenses occasionnées par la procédure.

c. À titre préjudiciel, A_____ conclut à ce qu'il soit constaté que les écoutes téléphoniques sont inexploitable dans la mesure où elles ont été ordonnées de manière illégale et qu'elles soient ainsi écartées du dossier, de même que toutes les pièces découlant de ces écoutes, y compris les auditions des différentes personnes à la procédure et le résultat des perquisitions menées vu qu'elles ont été induites par lesdites écoutes.

- B.** Il ressort de la procédure les éléments utiles au présent arrêt préparatoire suivants :

a.a. Le 29 juin 2017, la Brigade financière (BFin) a informé le MP de soupçons de blanchiment d'argent à l'encontre de D_____, ressortissant libanais domicilié à Genève. Celui-ci avait en effet passé la sécurité de l'aéroport de Genève, en provenance ou à destination de E_____ (Liban), en possession d'importantes sommes en espèces et de nombreux lingots d'or représentant, entre le 17 juin 2013 et le 10 juin 2017, une valeur totale de CHF 1'730'000.-.

a.b. Le 28 août 2017, le MP a demandé la surveillance rétroactive des télécommunications de deux numéros dont le titulaire était D_____, surveillance qui a été autorisée par le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) le même jour (OTMC/2539/2017).

Des mesures de surveillance active des télécommunications ont également été ordonnées sur les numéros utilisés par l'intéressé, une procédure P/2_____/2017 ayant été ouverte à cet effet, et les mesures autorisées par ordonnance du TMC du 10 octobre 2017 (OTMC/3007/2017), puis prolongées jusqu'en 2019. Dans toutes les ordonnances d'autorisation et de prolongation rendues, le TMC précisait "*afin de parer à toute difficulté en lien avec les règles sur les découvertes fortuites (art. 278 CPP), les résultats des présentes surveillances pourront être exploités à l'encontre de D_____, ainsi que de toutes les personnes recouvrant la qualité de prévenu dans les différentes procédures liées à la présente enquête*".

Le nom de A_____ est cité dans les autorisations de prolongation de la surveillance active de D_____ à compter de celle du 11 décembre 2018 (OTMC/4487/2018 ; PP 3'000'593).

D_____ a également fait l'objet de mesures techniques de surveillance dès août 2017.

a.c. De l'enquête et des différentes écoutes effectuées, la police a constaté que D_____ récoltait de l'argent en espèces en Suisse, principalement auprès de personnes issues de la communauté érythréenne ou somalienne résidant en Suisse, afin de l'amener au Liban d'où l'argent était transféré à F_____ [UAE] par le biais d'un bureau de change. Depuis F_____, les sommes étaient envoyées à leurs destinataires par l'intermédiaire de diverses sociétés de transfert d'argent, via un associé de D_____. Sur la base de ses constatations, la police a estimé que D_____ semblait participer à un système de "*hawala*", soit un système traditionnel de paiement informel, dont le principe était de faire circuler l'argent dans un réseau d'agents de change, sans transmission physique de moyen de paiement, par le biais de compensation de dettes.

Dans le cadre de cette activité, D_____ avait pour contact privilégié en Suisse A_____, lequel semblait agir en tant que "coordinateur" pour la récolte des fonds. A_____ utilisait pour ses activités plusieurs raccordements téléphoniques, lesquels étaient enregistrés à d'autres noms.

L'implication de A_____ est ressortie principalement des mesures de surveillance active effectuées sur les numéros de D_____ et non de la surveillance rétroactive (cf. rapport de renseignements du 20 décembre 2017 qui précise que le profil de A_____ ne s'était pas démarqué lors de l'étude des données du rétroactif sur D_____ ; PP 3'000'363).

b.a. Sur la base de ces éléments, la police a, le 7 janvier 2019, sollicité la mise en place d'une surveillance secrète active sur les numéros utilisés par A_____.

Ces mesures de surveillance ont donné lieu à l'ouverture de la procédure P/3_____/2019 et ont été autorisées par ordonnance du TMC le 14 janvier 2019 (OTMC/142/2019), laquelle retenait que l'écoute des raccordements téléphoniques utilisés par A_____ était nécessaire afin de comprendre son activité de "coordinateur". Par ailleurs, la mesure de surveillance était justifiée au regard de la gravité de l'infraction soupçonnée de blanchiment d'argent portant sur des sommes très importantes, de manière régulière et sur une longue période, plusieurs autres personnes étant impliquées.

Les numéros [de téléphones portables] 4_____ et 5_____ ont été écoutés du 14 janvier 2019 au 4 septembre 2019. Le numéro [de téléphone portable] 6_____ a également été écouté du 7 août 2019 au 4 septembre 2019 (OTMC/2908/2019) suite à la sollicitation de la BFin contenue dans le rapport de renseignements du 6 août 2019 (PP 3'000'183).

b.b. Le 26 août 2019, la BFin s'est rendue à l'aéroport de Genève afin d'interpeler D_____, alors que celui-ci s'apprêtait à prendre un avion à destination de E_____ avec des espèces et des lingots d'or. Il a été arrêté et son domicile a été perquisitionné.

Des carnets de notes ont été saisis, qui contenaient, selon le rapport de renseignements du 24 octobre 2019 (PP 401'854ss), des colonnes indiquant des dates, des sommes d'argent et le nom d'un individu, dans lesquelles le nom de A_____ revenait à plusieurs reprises, dont notamment: "5.12.2015, A_____ [prénom] I_____ [VD], 19800" ; "8.12.2015, A_____ [prénom] J_____ [NE], 15'000" et "9.12.2015, A_____ [prénom] K_____ [FR], 17600" (PP 401'860). Trois téléphones portables appartenant à D_____ ont également été saisis. À tout le moins l'un des trois téléphones contenait de nombreuses conversations VIBER avec A_____, enregistré sous le nom de "A_____ [prénom abrégé]" ou "A_____ [prénoms]" portant sur des sommes d'argent (PP 402'440ss).

Entendu par la police le 27 août 2019, D_____ a expliqué le fonctionnement de son réseau de "hawala". Sans que les écoutes téléphoniques ne soient mentionnées, ni que les résultats de celles-ci ne soient utilisés, la police a demandé à D_____ quels étaient ses collecteurs les plus prolifiques. D_____ a alors déclaré que l'un de ses collecteurs le plus prolifique était "G_____ [prénom]", un homme d'origine érythréenne habitant L_____ [SG], qui lui ramenait environ CHF 200'000.- par semaine, voire davantage pendant les fêtes (PP 401'378). Il inscrivait sur des carnets, dont ceux saisis par la police, le nom de la personne qui lui remettait l'argent et le montant remis ; il faisait l'opération immédiatement et mentionnait dans son message

WhatsApp le nom du destinataire. Il ne gardait pas de trace une fois l'opération effectuée (PP 401'380).

b.c. Le 3 septembre 2019, A_____ a été arrêté à H_____ [BS].

Lors de sa première audition par la police, le lendemain de son arrestation, sur délégation du MP, A_____ a été informé qu'il avait fait l'objet d'écoutes téléphoniques depuis janvier 2019 (page 21 du PV, PP 401'417) et des questions lui ont été posées au sujet des conversations observées. Il a reconnu pratiquer le "hawala" en Suisse et travailler dans ce cadre avec D_____.

L'instruction pénale a formellement été ouverte contre lui le 4 septembre 2019 pour blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP) pour avoir à Genève et à L_____, entre le 14 janvier et le 3 septembre 2019, participé à une organisation ayant pour but d'acheminer de l'argent de Suisse vers l'Erythrée et les pays voisins, avec un rôle de coordinateur, étant précisé que cet argent servait notamment pour payer des passeurs de réfugiés en Afrique du Nord.

b.d. Les écoutes menées ont donné lieu à de nombreux rapports de la BFin jusqu'à l'arrestation des intéressés. Sur mandat du MP du 25 février 2020, la BFin a entendu A_____ et D_____ les 26 octobre, 2 et 10 novembre 2020 sur les résultats de ces mesures et le contenu de la surveillance téléphonique tels qu'ils ressortaient des rapports de renseignements susvisés.

b.e. Lors de l'audience du 3 août 2021, puis par courrier du 12 août suivant, le MP a informé A_____ et son comparse D_____ des mesures de surveillance secrètes dont il avait fait l'objet et a versé les documents des P/3_____/2019 et P/2_____/2017 à la présente procédure (classeurs C.3 et C.4).

A_____ n'a pas formellement recouru contre les mesures de surveillance secrètes dont il a fait l'objet.

b.f. Lors de cette audience du 3 août 2021, le MP a également informé les deux prévenus que les faits qui leur étaient reprochés ne remplissaient pas les conditions de l'infraction de blanchiment d'argent mais plutôt celles de l'infraction de défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication au sens de l'art. 305^{ter} CP.

c.a. Par avis de prochaine clôture du 5 novembre 2021, le MP a informé les prévenus D_____ et A_____ qu'une ordonnance pénale allait être rendue et leur a imparti un délai pour présenter leur réquisition de preuves complémentaires. Le MP précisait alors que *"les éventuelles réquisitions de preuve en lien avec les mesures de surveillance secrètes ne seront pas admises dès lors que le MP n'utilisera aucune*

information ressortant de celles-ci, l'art. 305ter CP n'étant pas inclus dans la liste des dispositions permettant d'ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269 al. 2 CPP)".

c.b. Deux ordonnances pénales ont été rendues le 15 mars 2022 à l'encontre de A_____ et de D_____, lesquelles ne font aucunement mention des écoutes téléphoniques, ni des frais que celles-ci ont entraîné.

Dans la partie en fait de l'ordonnance pénale concernant A_____, il est retenu comme premier élément le mettant en cause, la perquisition du domicile de D_____ le 26 août 2019 et en particulier les nombreux carnets et agendas saisis contenant le nom de A_____. Ce dernier avait ensuite été arrêté le 3 septembre 2019, puis entendu les 3 et 4 septembre 2019 admettant alors qu'il pratiquait le "*hawala*", ce qu'il avait encore affirmé dans les auditions subséquentes, contestant toutefois le pratiquer à titre professionnel.

c.c. Les deux prévenus ont fait opposition aux ordonnances pénales. Ils ont été entendus sur opposition le 25 avril 2022. Une dernière audience, en vue d'entendre divers témoins s'est tenue le 20 juin 2022, avant le renvoi en accusation des deux prévenus, donnant ainsi lieu à la procédure de première instance. D_____ a néanmoins retiré son opposition le 28 novembre 2022, de sorte que l'ordonnance pénale du 15 mars 2022 le concernant est entrée en force.

d.a. À l'ouverture des débats de première instance, le 2 décembre 2022, le conseil de A_____ a sollicité que l'intégralité des écoutes téléphoniques soient déclarées illicites et retirées du dossier, entraînant également l'inexploitabilité de l'entier du dossier en tant qu'il découlait du résultat de ces écoutes.

Le TP a partiellement fait droit à sa requête au bénéfice d'une motivation figurant au procès-verbal de l'audience. Il a relevé que, la procédure avait été ouverte à l'encontre de A_____ sur la base des écoutes ordonnées initialement à l'encontre de D_____, son implication relevait ainsi de la découverte fortuite. Dans la mesure où il ne ressortait pas du dossier qu'une autorisation d'exploiter les informations à titre rétroactif ait été sollicitée auprès de l'autorité compétente, il considérait que seules les écoutes actives ordonnées par le TMC à l'encontre de A_____ lui-même, lesquelles avaient débuté en janvier 2019, pouvaient être exploitées contre ce dernier.

Au terme de sa brève motivation orale, le TP a précisé au conseil de A_____ réclamant des clarifications, que les écoutes relatives à D_____ n'étaient inexploitable à l'encontre de A_____ "*que dans la mesure où elles concernent des échanges survenus entre les précités*".

A_____ a ensuite refusé de répondre aux questions du TP sur les faits.

d.b. Dans son jugement du 13 mars 2023, prononçant la culpabilité du prévenu du chef de l'art. 305^{ter} CP, le TP se fonde largement sur les rapports de police relatifs aux écoutes téléphoniques, tant ordonnées à l'encontre de D_____ que de A_____.

Aucune pièce spécifique du dossier n'a été relevée comme inexploitable, ni n'a été concrètement retirée du dossier.

C. a. La juridiction d'appel a ordonné le traitement des questions préjudicielles par la voie écrite, avec l'accord des parties.

b. Dans ses déterminations du 20 juin 2023, A_____ persiste dans les conclusions préjudicielles telles que rappelées ci-avant et conclut, à titre subsidiaire, à ce que la CPAR précise clairement quelles pièces doivent être écartées du dossier et, cela fait, lui fixe un délai pour faire valoir ses réquisitions de preuve sur la base du dossier ainsi retenu.

Le raisonnement du TP était incorrect et contradictoire. Premièrement, en indiquant que seules les mesures de surveillance active ordonnées par le TMC à son encontre depuis le 14 janvier 2019 étaient exploitables, il légalisait des mesures de surveillance que le MP lui-même avait estimées illicites, sans autre explication. Deuxièmement, en réponse à une question de son conseil, interloqué par la décision prise sur le siège, le TP avait soudainement modifié sa décision en indiquant que seraient néanmoins exploitables les mesures de surveillance active à l'encontre de D_____, dans la mesure où elles ne concernaient pas des échanges entre eux, mais avec d'autres personnes. Cela résultait de plus sur une inégalité de traitement choquant dans la mesure où il était ainsi jugé sur la base d'un dossier contenant la quasi-intégralité des écoutes téléphoniques alors que D_____ avait bénéficié d'un dossier qui en était totalement exempt. Troisièmement, le TP n'avait donné aucune précision sur les pièces qu'il écartait effectivement du dossier, ne lui permettant ainsi pas de comprendre quel était le dossier concrètement utilisé pour le juger. Enfin, au terme de son jugement, le TP mettait à sa charge la moitié du total des frais en lien avec les mesures de surveillance secrètes, soit les frais résultant tant des mesures à son encontre qu'à l'encontre de D_____ (ayant duré plusieurs années), sans tenir compte du fait qu'il avait déclaré illicite une partie de celles-ci.

Sa mise en cause relevait d'une découverte fortuite, puisque seules ses nombreuses conversations avec D_____, alors sous écoute, avaient poussé la BFin à s'intéresser à lui, alors qu'aucun soupçon ne pesait contre lui au début de l'enquête. Or, le MP n'avait jamais demandé d'autorisation pour utiliser ces écoutes dans la présente procédure ; il avait décidé de ne pas exploiter ces écoutes, comme il l'avait clairement exprimé dans son avis de prochaine clôture. L'ordonnance pénale rendue ensuite contre lui, mais également celle rendue contre son co-prévenu D_____ soulignaient que les frais en lien avec les mesures de surveillance secrètes étaient laissés à la charge de l'État. Dans ces circonstances, il aurait appartenu au MP de

retirer les pièces relatives aux écoutes du dossier avant de transmettre ce dossier au TP, ceci conformément à l'art. 141 al. 5 CPP dès lors qu'il les considérait, à raison, comme inexploitable. Cela n'avait toutefois pas été fait, pour une raison qu'il ignorait. Il avait ensuite constaté à sa grande surprise, lors de sa consultation du dossier devant le TP, que l'entier des résultats des mesures de surveillance secrètes y figurait encore. Dans tous les cas, ces mesures de surveillance étaient illicites puisqu'elles n'auraient jamais pu être ordonnées contre lui pour une infraction à l'art. 305^{ter} CP.

La procédure entière contre lui reposait sur ces écoutes, de sorte que toutes les autres preuves obtenues par la suite étaient viciées selon la théorie "des fruits de l'arbre empoisonné". En effet, la surveillance initiale de D_____ en raison de transports de valeurs par celui-ci ne le concernait, à l'origine, en rien. C'était uniquement en raison des conversations téléphoniques qu'il avait eues avec lui qu'il avait été décidé de le placer, lui aussi, sous écoute. Il avait ensuite été procédé à l'arrestation de D_____, qui avait découlé sur sa propre arrestation, puis la perquisition de son domicile et du lieu où il avait été arrêté et enfin sur les nombreuses audiences de confrontation. Son arrestation n'aurait ainsi jamais été possible sans les écoutes téléphoniques illicites, de sorte que l'entier du dossier devait être déclaré inexploitable et retirées du dossier, ayant pour conséquence son acquittement.

Par ailleurs, A_____ produit un tableau Excel qu'il a tenu au titre de comptabilité et contenant les noms, prénoms, numéros de téléphone des expéditeurs et des récipiendaires de l'argent transféré, ainsi que les sommes envoyées pour chaque transaction. Il explique que ce tableau, retrouvé seulement très récemment par un proche en Erythrée, représenterait sa comptabilité

c. Le MP, représenté par un nouveau procureur, conclut au rejet des questions préjudicielles soulevées.

Les mesures de surveillance secrètes contre A_____ étaient parfaitement licites et donc exploitables. Le fait que l'infraction visée à l'art. 305^{ter} CP ne figure pas dans la liste des infractions de l'art. 269 al. 2 CPP n'avait aucune incidence sur les mesures de surveillance valablement ordonnées et validées par le TMC, dès lors qu'il existait à ce moment précis des soupçons graves de commission de blanchiment aggravé. Il ne pouvait pas être retenu qu'aucune autorisation n'avait été obtenue pour exploiter les résultats des écoutes téléphoniques sur D_____, à l'encontre de A_____. En effet, l'OTMC/3007/2017, autorisant la surveillance active des numéros de téléphones de D_____, précisait déjà que l'exploitation des résultats de cette surveillance était autorisée également "*vis-à-vis de toute autre personne pouvant à l'avenir revêtir la qualité de prévenu dans la procédure ou dans les différentes procédures liées à la présente enquête*", soit en particulier A_____.

De plus, la surveillance active des numéros de téléphones de A_____ avait été autorisée par le TMC, sur la base des éléments issus de la première surveillance concernant son co-prévenu, avalisant ainsi de facto l'exploitation des données obtenues par le biais de la première surveillance à l'encontre du prénommé. En tout état, même à considérer qu'une demande formelle d'autorisation d'exploiter les résultats de la surveillance active de D_____ était nécessaire, seules les résultats de celle-ci s'en trouveraient inexploitable à l'encontre de A_____. La surveillance active de ce dernier, ainsi que les autres preuves au dossier auraient néanmoins pu être recueillies sur la base des autres éléments du dossier, en particulier la perquisition au domicile de D_____, qui suffisaient à faire le lien avec A_____ et le rôle de ce dernier dans les faits reprochés.

Enfin, le tableau Excel déposé par l'appelant à l'appui de son appel, sans qu'il n'expose en quoi il aurait été empêché de se la procurer plus tôt, ne disposait d'aucune force probante.

EN DROIT :

1. **1.1.** Le tribunal et les parties peuvent soulever des questions préjudicielles, notamment concernant les preuves recueillies (art. 339 al. 2 let. d CPP).
- 1.2.** L'appelant conteste que les mesures de surveillance secrètes, et tout ce qui en découle, soient exploitables contre lui, question préjudicielle qu'il se justifie de traiter par le présent arrêt préparatoire (art. 339 al. 3 CPP).
2. **2.1.1.** À teneur de l'art. 269 al. 1 CPP, le ministère public peut ordonner la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication aux conditions suivantes : de graves soupçons laissent présumer que l'une des infractions visées à l'art. 269 al. 2 CPP a été commise (let. a); cette mesure se justifie au regard de la gravité de l'infraction (let. b); les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction sont restées sans succès ou les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles en l'absence de surveillance (let. c). Seules les infractions visées par le catalogue exhaustif de l'art. 269 al. 2 CPP peuvent justifier une surveillance ; parmi celles-ci figure notamment le blanchiment d'argent aggravé (art. 305^{bis} ch. 2 CP), mais non l'art. 305^{ter} CP.

L'art. 273 al. 1 CPP dispose que lorsque de graves soupçons laissent présumer qu'un crime ou un délit a été commis et que les conditions visées à l'art. 269 al. 1 let. b et c CPP sont remplies, le ministère public peut exiger que lui soient fournies les données secondaires de télécommunication au sens de l'art. 8 let. b de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT) et les données secondaires postales au sens de l'art. 19 al. 1 let. b LSCPT de la personne surveillée.

Deux types de surveillance des télécommunications sont ainsi possibles. Alors que l'art. 269 CPP régit les mesures de surveillance active (en temps réel) – qui ne peuvent être ordonnées que dans le cadre d'un catalogue restreint d'infractions (art. 269 al. 2 CPP) –, l'art. 273 CPP traite des mesures de surveillance rétroactive, soumises à des conditions plus larges (arrêt du Tribunal fédéral 1B_85/2020 du 20 mai 2020 consid. 2.2).

2.1.2. Lors de l'examen de l'existence d'un grave soupçon au sens de l'art. 269 al. 1 let. a CPP, le juge n'a pas à procéder à une pesée complète des éléments à charge et à décharge. Il doit uniquement examiner, si, au vu des éléments ressortant alors de la procédure, il existe des indices sérieux de culpabilité justifiant la mesure requise ; il procède donc à un examen de la qualification juridique des faits sous l'angle de la vraisemblance (ATF 142 IV 289 consid. 2.2). Ainsi, dans les premiers temps de l'enquête, des soupçons encore peu précis peuvent être suffisants. En outre, les charges doivent être objectivement fondées et vérifiables. Il n'est en revanche pas nécessaire de prouver les éléments de la qualification déjà au moment de statuer sur l'admissibilité de la mesure. Il faut aussi tenir compte de la gravité de l'infraction examinée, ainsi que de l'existence, le cas échéant, d'une décision judiciaire préalable relative à de tels soupçons (ATF 142 IV 289 consid. 2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_134/2020 du 8 juillet 2020 consid. 3.2.1). En cas de découvertes fortuites, il y a lieu de tenir compte du fait que la surveillance a d'ores et déjà été exécutée, les découvertes pouvant en conséquence être prises en compte lors de cet examen (cf. le renvoi de l'art. 278 al. 1 CPP ; ATF 141 IV 459 consid. 4.1).

La qualification d'un cas aggravé d'une infraction, par exemple de blanchiment d'argent par métier au sens de l'art. 305^{bis} ch. 2 CP ou d'infraction grave à l'art. 19 al. 2 de la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup), nécessite une évaluation approfondie du procédé mis en place par le prévenu et des résultats de celui-ci. Cela n'est généralement pas encore possible au moment d'autoriser une mesure de surveillance, les éléments de qualification n'ayant ainsi pas à être déjà prouvés à ce stade, indépendamment de savoir si une telle qualification pourra finalement être retenue à l'issue de l'enquête (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1149/2020 du 17 avril 2023 consid. 3.1.2.2). En effet, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que l'interprétation d'une notion du droit pénal matériel ne devait pas reposer sur des intérêts d'investigations policières (ATF 129 IV 188 consid. 3.2.3 in JdT 2004 IV p. 42).

2.1.3. Aux termes de l'art. 278 al. 1 CPP, si, lors d'une surveillance, d'autres infractions que celles qui ont fait l'objet de l'ordre de surveillance sont découvertes, les informations recueillies peuvent être utilisées à l'encontre du prévenu lorsqu'une surveillance aurait pu être ordonnée aux fins de la poursuite de ces actes.

Selon l'art. 278 al. 2 CPP, les informations concernant une infraction dont l'auteur soupçonné ne figure pas dans l'ordre de surveillance peuvent être utilisées lorsque les

conditions requises pour ordonner une surveillance de cette personne sont remplies. Dans de tels cas, le ministère public ordonne immédiatement la surveillance et engage la procédure d'autorisation (art. 278 al. 3 CPP).

Les découvertes fortuites sont ainsi exploitables seulement à la double condition que la surveillance aurait pu être autorisée et qu'elle l'a ensuite été à titre rétroactif. L'autorité doit donc notamment examiner si les faits nouvellement découverts sont susceptibles de constituer une des infractions comprise dans la liste de l'art. 269 al. 2 CPP. Les infractions qui ont permis la mise en œuvre de la surveillance initiale ne sont en revanche pas déterminantes pour autoriser l'utilisation des éléments découverts fortuitement. Quelle que soit la gravité des infractions visées par l'ordre de surveillance initial, des informations concernant des infractions supplémentaires qui ne figurent pas dans le catalogue ne peuvent pas être exploitées (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse, 2^{ème} éd., Bâle 2019, n. 11 et 12 ad art. 278 CPP).

L'autorisation de surveillance d'une personne visée n'inclut pas la surveillance du correspondant. Ainsi, les informations concernant des infractions commises par le correspondant qui n'est pas formellement soupçonné dans l'ordre de surveillance sont des découvertes fortuites au sens de l'art. 278 al. 2 CPP, et leur utilisation nécessite une autorisation du tribunal des mesures de contrainte (ATF 144 IV 254 consid. 1.3 in JdT 2019 IV p. 27 ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 18a ad art. 278 CPP). L'ordre de surveillance et l'autorisation correspondante doivent être dirigés contre une personne à tout le moins individualisable, sans quoi il existerait un risque de contourner les règles concernant les découvertes fortuites prévues par l'art. 278 al. 2 CPP (ATF 144 IV 254 consid. 1.3 in JdT 2019 IV p. 27 et références citées). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a déjà tranché qu'il n'était pas suffisant d'autoriser l'exploitation des informations à l'égard d'un "*nouveau prévenu inconnu*", une autorisation d'exploiter les découvertes fortuites devant toujours être demandée par la suite, une fois la personne identifiée (ATF 144 IV 254 consid. 1.4.2. in JdT 2019 IV p. 27). Une telle autorisation doit également être obtenue lorsque les découvertes fortuites concernent une personne appartenant au même réseau de trafiquants que la personne surveillée et que les infractions concernées sont de même nature (arrêt du Tribunal fédéral 1B_211/2012 du 2 mai 2012 consid. 2.2 ; Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 21 ad art. 278 CPP).

2.1.4. Par renvoi de l'art. 278 al. 3 CPP, la procédure d'autorisation est réglée à l'art. 274 CPP. Cette disposition impose au ministère public de transmettre au TMC, dans les 24 heures à compter du moment où la surveillance a été ordonnée, certains documents déterminants pour l'autorisation de la surveillance (art. 274 al. 1 CPP), l'autorité précitée étant tenue de statuer dans les cinq jours à compter du moment où la surveillance a été ordonnée (art. 274 al. 2 CPP).

Dans la mesure où le délai de l'art. 274 al. 1 CPP est applicable en cas de découverte fortuite, il y a lieu de rappeler qu'il s'agit uniquement d'une prescription d'ordre dont la violation n'entraîne en principe pas l'inexploitabilité des moyens de preuve (arrêts du Tribunal fédéral 1B_107/2022 consid. 3.2 ; 1B_638/2020 du 4 juin 2021 consid. 4; 1B_92/2019 du 2 mai 2019 consid. 2.4). Il en va de même du délai de cinq jours imparti au TMC pour statuer (cf. art. 274 al. 2 CPP; arrêt du Tribunal fédéral 1B_107/2022 consid. 3.2 ; 1B_59/2014 du 28 juillet 2014 consid. 4.9 et références citées).

2.1.5. En revanche, l'absence de toute procédure tendant à obtenir l'autorisation d'utilisation de ces découvertes est similaire à un cas de surveillance non autorisée au sens de l'art. 277 al. 2 CPP, lequel prévoit expressément une interdiction d'exploiter les informations recueillies dans ce cadre. Ainsi, les découvertes fortuites non autorisées au sens de l'art. 278 CPP sont absolument inexploitable au sens de l'art. 141 al. 1 CPP, sans qu'il n'y ait de place pour la pesée des intérêts prévue à l'art. 141 al. 2 CPP (ATF 144 IV 254 consid. 1.4.3 in JdT 2019 IV p. 27). Il n'y a ainsi pas lieu d'examiner si la seconde preuve aurait aussi pu être obtenue sans la première preuve illicite, avec une grande vraisemblance, compte tenu d'un déroulement hypothétique des investigations (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 39 ad art. 141 CPP et références citées).

Cette interdiction stricte d'utiliser les résultats d'une surveillance qui n'aurait pas pu être ordonnée seule est entièrement justifiée, afin d'assurer le respect de la procédure de la même manière vis-à-vis de tous, y compris vis-à-vis de celui qui est soupçonné d'avoir commis une autre infraction. Il ne se justifie pas de sanctionner une infraction mineure dont la commission n'a été connue de l'autorité que parce qu'il existe un soupçon (réalisé ou non) de commission d'une autre infraction plus grave par cette personne ou par un tiers (Y. JEANNERET / A. KUHN / C. PERRIER DEPEURSINGE (éds), op. cit., n. 28-30 ad art. 278 CPP).

En application de l'art. 278 al. 4 CPP, les documents et enregistrements qui ne peuvent être utilisés au titre de découvertes fortuites doivent être conservés séparément et détruits immédiatement après la clôture de la procédure. L'art. 276 al. 1 CPP prévoit une conséquence identique concernant les informations non nécessaires à la procédure.

2.2.1. À titre liminaire, on peut souligner que les premières mesures de surveillance active ont été dûment autorisées à l'encontre de D_____ par ordonnances du TMC, sur la base de graves soupçons de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP). L'autorisation de surveillance concernant D_____ n'impliquait toutefois pas, de facto, l'autorisation de surveillance de son correspondant, et ce même alors qu'il s'agissait d'enquêter sur des infractions qui se pratiquent à plusieurs ou par le biais d'un réseau, situation réglée par la disposition sur les découvertes fortuites.

On peut relever que l'appelant était mentionné dans la motivation des ordonnances du TMC à partir du 11 décembre 2018 et que celles-ci disaient s'appliquer à toutes autres personnes qui pourraient revêtir la qualité de prévenu à l'avenir "*afin de parer à toute difficulté en lien avec les règles sur les découvertes fortuites (art. 278 CPP)*". La question de savoir si cette phrase suffit à élargir l'exploitabilité des écoutes à l'encontre de l'appelant, ou si le MP devait formuler une demande d'autorisation conformément aux réquisits de l'art. 278 al. 2 et 3 CPP, peut néanmoins souffrir de rester ouverte, les mesures de surveillance active étant dans tous les cas inexploitable à l'encontre de l'appelant pour un autre motif.

2.2.2. On relèvera également que la présente cause pose encore la question du principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement (art. 5 al. 3 Cst. et 3 al. 2 let. a CPP ; ATF 111 IV 81 consid. 6 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_481/2009 du 7 septembre 2009 consid. 2.2 ; ACPR/336/2012 du 20 août 2012 ; ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 129 II 361 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1252/2013 du 1^{er} avril 2014 consid. 4.1).

En effet, le MP avait déclaré, dans son avis de prochaine clôture, qu'il n'exploiterait pas le résultat des mesures de surveillance secrète à l'encontre des prévenus, ce qu'il n'a effectivement pas fait dans les ordonnances pénales du 15 mars 2022. Le MP n'a toutefois pas procédé à la ségrégation des pièces concernées du dossier, mais l'a transmis à l'autorité de jugement dans son entier, avec l'intégralité du résultat des écoutes téléphoniques. Ce que l'appelant n'a constaté qu'une fois le dossier consulté auprès de l'autorité de jugement. Dans ces conditions, l'appelant pouvait, de bonne foi, se fier à la décision du MP et ne devait pas s'attendre à ce que le TP y ait accès, puis utilise ces écoutes à son encontre afin de prononcer son jugement. Par ailleurs, l'ordonnance pénale rendue contre son co-prévenu est entrée en force, alors que celui-ci a été jugé sans que ne soit utilisée aucune des écoutes téléphoniques, posant ainsi la question d'une inégalité de traitement entre les deux prévenus, ce qui n'a aucunement été examiné par le premier juge.

Ces considérations justifient d'autant plus le résultat qui suit.

2.3.1. En l'espèce, alors que les mesures de surveillance active ont été ordonnées à l'encontre de D_____, puis à l'encontre de l'appelant, sur la base de soupçons graves de blanchiment d'argent au sens de l'art. 305^{bis} CP, les deux prévenus ont finalement été poursuivis, puis condamnés, du chef de l'art. 305^{ter} CP, infraction non contenue dans le catalogue de l'art. 269 al. 1 let. a CPP.

S'il n'est certes pas nécessaire de prouver les éléments de la qualification de l'infraction soupçonnée au moment d'autoriser la mesure de surveillance, la problématique se pose différemment lorsque les soupçons ne sont finalement pas confirmés, mais qu'une autre infraction a été établie. À l'inverse du cas cité par la doctrine et la jurisprudence de l'aggravante d'une infraction (par hypothèse seule

visée par l'art. 269 al. 2 CPP comme l'art. 305^{bis} ch. 2 CP notamment) qui ne s'avérerait pas réalisée à l'issue de l'enquête, nous sommes ici en présence d'une infraction différente, dont les éléments constitutifs ne se recoupent pas. On ne se trouve pas non plus dans un cas de pluralité d'infractions de même nature, dont les actes individuels qui ne sont pas encore connus seraient inclus dans l'infraction globale et excluraient l'existence d'une découverte fortuite (cf. à ce sujet l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_795/2014 du 6 janvier 2015 consid. 2.5 dans un cas de vol par métier). Il s'agit donc bien d'une autre infraction, laquelle ne figurait pas dans l'ordre de surveillance initial, soit d'une découverte fortuite au sens de l'art. 278 al. 1 CPP.

Dans la configuration d'espèce, il appartenait donc au MP de demander l'autorisation a posteriori d'exploiter le résultat de ces écoutes à l'encontre de l'appelant ou de son comparse pour cette nouvelle infraction. Or, cela n'a pas été fait. Et pour cause, le MP a estimé que cette autorisation ne serait dans tous les cas pas octroyée, l'art. 305^{ter} CP ne figurant pas au catalogue de l'art. 269 al. 2 CPP.

Partant, en l'absence de procédure d'autorisation pour l'utilisation de ces découvertes fortuites, le résultat des mesures de surveillance active les mesures de surveillance active des télécommunications, au sens de l'art. 269 CPP, menées à l'encontre de D_____ et de l'appelant, doivent être déclarés inexploitable à l'encontre de ce dernier pour les faits relevant de l'art. 305^{ter} CP.

2.3.2. Dans un cas, comme en l'espèce, de preuves absolument inexploitable au sens de l'art. 141 al. 1 CPP, il n'y a pas matière à déterminer si les preuves subséquentes auraient pu être recueillies sans l'administration des premières. Il s'ensuit que tous les moyens de preuve recueillis grâce à ces mesures de surveillance active sont inexploitable et doivent être écartés du dossier.

Il convient ainsi d'écarter du dossier le résultat direct desdites mesures de surveillance active, soit en particulier :

- toutes les pièces versées de la P/2_____/2017 concernant les écoutes sur D_____ (PP 3'000'338 à PP 3'000'678), le rapport de renseignements de la BFin du 3 décembre 2020 (PP 3'000'246 à 3'000'248) et le procès-verbal d'audition de D_____ du 10 novembre 2020 (PP 3'000'248 à 3'000'278), étant précisé que D_____ a fait l'objet d'autres mesures de surveillance secrètes de mises en œuvre de dispositifs techniques dans le cadre de la P/2_____/2017, lesquelles sont exploitables ;
- toutes les pièces versées de la P/3_____/2019 concernant les écoutes sur A_____ (PP 3'000'000 à 3'000'221), notamment les rapports de renseignements du 7 janvier 2019 (PP 3'000'017 à 3'000'019), du 13 mars 2019 (PP 3'000'039 à 3'000'088), du 24 juin 2019 (PP 3'000'104 à 3'000'145), 6 août 2019 (PP 3'000'183 à 3'000'184), du 29 août 2019 (PP 3'000'003 à 3'000'016), du

3 septembre 2019 (PP 3'000'163 à 3'000'164) et du 11 octobre 2019 (PP 3'000'170 à 3'000'182), du 3 novembre 2020 (PP 3'000'197 à 3'000'198) et le procès-verbal d'audition du 26 octobre 2020 et ses annexes (PP 3'000'199 à 3'000'221).

Doivent également être écartés du dossier les auditions des prévenus par la police ou le MP en tant qu'elles ont été recueillies grâce aux écoutes téléphoniques et portent sur les conversations observées, soit en particulier :

- la page 5/6 du rapport d'arrestation du 4 septembre 2019 en tant qu'il fait référence aux écoutes (PP 401'395) et le procès-verbal d'audition des 3 et 4 septembre 2019 à compter du moment où l'appelant est informé des écoutes et que celles-ci sont utilisées pour interroger l'intéressé (dès page 21 ; PP 401'417 à 401'423) ;
- les procès-verbaux des auditions subséquentes de A_____ par le MP qui font référence aux conversations observées lors des écoutes actives, soit ceux du 20 septembre 2019 (dès page 8 ; PP 500'020 à 500'025), 27 septembre 2019 (PP 500'026 à 500'037), 11 octobre 2019 (PP 500'038 500'047), 17 octobre 2019 (jusqu'à page 8 ; PP 500'048 à 500'055) et du 3 août 2021 (dès page 10 ; PP 500'131 à 500'137), également en ce que ces procès-verbaux concernent D_____.

2.3.3. L'appelant considère que l'entier du dossier est vicié.

Avant la mise en place des écoutes, des mesures de surveillance rétroactive ont été ordonnées contre D_____, alors seul soupçonné dans la présente affaire. Ces données rétroactives sont exploitables, les conditions concernant les mesures de surveillance rétroactive étant plus larges au regard de l'art. 273 CPP, et elles ont été valablement autorisées. Il ressort cependant du rapport de renseignements du 20 décembre 2017 que l'implication de l'appelant est relevée pour la première fois uniquement en lien avec les nombreuses conversations qu'il a eues en tant qu'interlocuteur de D_____ découvertes par la police au moyen des écoutes actives mises en place dès le 10 octobre 2017. Les policiers soulignaient en effet que les mesures de surveillance rétroactive effectuées n'avaient pas fait naître de soupçons concernant A_____. D_____ a également fait l'objet de plusieurs autres mesures de surveillance (observations et dispositifs techniques) lesquelles sont exploitables, à l'encontre des prévenus.

Sur la base de ces moyens de preuves, D_____ a été arrêté et auditionné le 26 août 2019 et une perquisition a été menée à son domicile le même jour, ces actes ne sont pas non plus remis en cause par l'inexploitabilité des écoutes téléphoniques. Lors de son arrestation, entendu par la police, D_____ a expliqué le fonctionnement de son réseau aux policiers et a spontanément donné le nom de "G_____ [prénom]",

érythréen vivant à L_____ [SG], comme l'un de ses principaux collecteurs. D_____ n'était pas encore informé des écoutes téléphoniques dont il avait fait l'objet et répondait à des questions larges des policiers, qui ne se fondaient alors pas sur ces écoutes. Il doit ainsi être admis que ces déclarations n'ont pas été recueillies grâce aux écoutes. Les téléphones portables appartenant à D_____ saisis lors de son arrestation ont également fait ressortir de très nombreuses conversations VIBER avec le numéro de "A_____ [prénom]". Ces informations étaient largement suffisantes aux autorités de poursuite pour faire le lien avec A_____ et à fonder des soupçons contre lui. Il en va de même des carnets saisis contenant plusieurs fois le nom de "A_____ [prénom]" accolé à trois différentes villes de Suisse.

Il doit ainsi être retenu que la connaissance de l'identité de l'appelant par les autorités de poursuite pénale ne provenait pas exclusivement des mesures de surveillance active ici déclarées inexploitable à son encontre. Bien au contraire, à cette époque, l'arrestation et l'audition de l'appelant étaient justifiées par d'autres éléments déjà au dossier, lesquels étaient suffisants à l'identifier et à porter des soupçons contre lui.

Dès lors, contrairement aux conclusions de l'appelant, il ne se justifie pas d'écarter du dossier d'autres éléments que ceux visés au considérant 2.3.2. ci-dessus.

3. La question étant soulevée par le MP, il sera précisé que le tableau Excel produit par l'appelant à l'appui de son mémoire sur question préjudicielle est recevable, ayant été produit avant la clôture de la procédure probatoire, sans que l'appelant n'ai besoin de démontrer pourquoi ce moyen de preuve n'aurait pas pu être produit plus tôt. Autre est évidemment la question de sa force probante, laquelle n'a pas à être tranchée à ce stade.

4. Au vu de l'issue du présent arrêt préparatoire, un délai de 20 jours sera accordé aux parties pour faire valoir leurs éventuelles réquisitions de preuves et indiquer si elles s'opposent à ce qu'il soit procédé, sur le fond, par la voie de la procédure écrite (art. 406 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Prend acte de l'appel formé par A_____ et B_____ contre le jugement JTDP/301/2023 rendu le 13 mars 2023 par le Tribunal de police dans la procédure P/13524/2017.

Statuant sur question préjudicielle

Constate l'inexploitabilité, à l'encontre de A_____ des mesures de surveillance active des télécommunications ordonnées dans les procédures P/3_____/2018, P/2_____/2017 et P/13524/2017 et des moyens de preuve recueillis grâce à ces mesures de surveillance secrètes.

Écarte du dossier les pièces suivantes :

- toutes les pièces versées de la P/2_____/2017 concernant les écoutes sur D_____ (PP 3'000'338 à PP 3'000'678), le rapport de renseignements de la Brigade financière du 3 décembre 2020 (PP 3'000'246 à 3'000'248) et le procès-verbal d'audition de D_____ du 10 novembre 2020 (PP 3'000'248 à 3'000'278) ;
- toutes les pièces versées de la P/3_____/2019 concernant les écoutes sur A_____ (PP 3'000'000 à 3'000'221) ;
- la page 5/6 du rapport d'arrestation du 4 septembre 2019 en tant qu'il fait référence aux écoutes (PP 401'395) et le procès-verbal d'audition des 3 et 4 septembre 2019 (dès page 21 ; PP 401'417 à 401'423) ;
- les procès-verbaux des auditions par le MP du 20 septembre 2019 (dès page 8 ; PP 500'020 à 500'025), 27 septembre 2019 (PP 500'026 à 500'037), 11 octobre 2019 (PP 500'038 à 500'047), 17 octobre 2019 (jusqu'à page 8 ; PP 500'048 à 500'055) et du 3 août 2021 (dès page 10 ; PP 500'131 à 500'137).

Ordonne leur destruction dès la clôture de la présente procédure pénale.

Rejette les questions préjudicielles pour le surplus.

Cela fait

Réserve la suite de la procédure sur le fond.

Fixe aux parties un délai de 20 jours à compter de la notification du présent arrêt préparatoire pour faire valoir leurs éventuelles réquisitions de preuves et indiquer si elles s'opposent à ce qu'il soit procédé, sur le fond, par la voie de la procédure écrite.

Notifie le présent arrêt préparatoire aux parties.

La greffière :

Dagmara MORARJEE

La présidente :

Catherine GAVIN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 78 ss et 90 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF), par-devant le Tribunal fédéral (1000 Lausanne 14), par la voie du recours en matière pénale.