

## CHAMBRE DES RECOURS PENALE

---

---

Arrêt du 6 juin 2023

---

Composition : Mme BYRDE, présidente  
Mmes Fonjallaz et Elkaim, juges  
Greffière : Mme Müller

\*\*\*\*\*

### **Art. 29 al. 2 Cst. ; 197 al. 1, 255 CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 11 mai 2023 par **S.**\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance rendue le 28 avril 2023 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE23.001361-TAN**, la Chambre des recours pénale considère :

### **En fait :**

**A.**           **a)** Le 1<sup>er</sup> août 2020, **S.**\_\_\_\_\_, né le [...] 2001, a débuté un apprentissage en qualité d'assistant socio-éducatif auprès du centre de vie infantine [...], à [...].

**b)** Le 6 février 2023, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a ouvert une instruction pénale contre S.\_\_\_\_\_, pour avoir, depuis son domicile de [...], le 7 novembre 2022, diffusé sur Internet, via son compte [...], une image à caractère pédopornographique.

**c)** Entendu par la police le 21 février 2023 au terme de la perquisition menée à son domicile, lors de laquelle son matériel informatique a été saisi et son profil ADN prélevé, S.\_\_\_\_\_ a en substance admis avoir consulté à une occasion, par curiosité, des fichiers à caractère pédopornographique non effectif via [...], soit des dessins animés illustrant des actes d'ordre sexuel avec des personnages clairement identifiés comme des enfants. Il a pour le surplus affirmé ne pas se souvenir avoir partagé l'image à caractère pédopornographique objet de sa dénonciation, contesté détenir des fichiers illicites et nié être attiré par les mineurs, affirmant ne jamais avoir adopté de comportement inadéquat envers des enfants. S.\_\_\_\_\_ a été laissé aller libre au terme de son audition.

Le même jour, le Ministère public a décidé de l'extension de l'instruction pénale ouverte contre S.\_\_\_\_\_ pour s'être rendu, à des dates et en des lieux indéterminés, via [...], sur des serveurs diffusant du matériel pédopornographique et pour avoir visionné des images pédopornographiques, à tout le moins animées.

**d)** Il ressort du rapport d'investigation de la police du 23 avril 2023

(P. 18) que l'analyse du contenu du matériel informatique saisi lors de la perquisition effectuée le 21 février 2023 au domicile de S.\_\_\_\_\_ a permis la découverte de 1'275 fichiers illicites. Il en ressort en particulier que le prévenu a téléchargé, reçu et consulté de la pédopornographie effective et non effective, ainsi que de la zoophilie, au moyen de son ordinateur portable, de son ordinateur fixe et de son téléphone cellulaire à tout le moins entre le 30 octobre 2022 et le 14 février 2023, qu'il a envoyé des images interdites et des liens permettant de consulter des fichiers illicites à d'autres internautes, qu'il a consulté le site Internet [...], lequel

héberge des histoires pornographiques impliquant des mineurs, entre le 14 octobre 2020 et le 12 janvier 2023, et qu'une extension du jeu [...] permettant de simuler des actes d'ordre sexuel sur des mineurs en bas âge (« toddlers ») était installée sur son ordinateur portable.

**e)** Le 24 avril 2023, le Ministère public a décidé d'étendre l'instruction pénale ouverte contre S.\_\_\_\_\_ pour avoir, à des dates indéterminées, acquis des images ayant comme contenu de la représentation de la violence et pour avoir, à tout le moins entre le 14 octobre 2020 et le 12 janvier 2023, consulté, téléchargé et échangé des images, vidéos et textes à caractère pédopornographique, soit à tout le moins 1'275 fichiers.

**f)** S.\_\_\_\_\_ a été appréhendé le 24 avril 2023. Son audition d'arrestation par le Ministère public a eu lieu le même jour. A cette occasion, S.\_\_\_\_\_ a en substance admis avoir consulté des fichiers à caractère pédopornographique non effectif, mais a affirmé ne pas se souvenir avoir volontairement consulté des fichiers à caractère zoophile, pédopornographique effectif et de représentation de la violence, précisant qu'il effectuait des recherches pour alimenter son fantasme selon lequel il entretiendrait des relations sexuelles avec sa mère. Informé du fait que son téléphone cellulaire allait faire l'objet d'une nouvelle extraction de données, il a en outre admis avoir consulté, par hasard selon lui, un fichier à contenu zoophile sur un site [...] le 23 avril 2023.

**g)** Par ordonnance du 27 avril 2023, le Tribunal des mesures de contrainte a ordonné la détention provisoire de S.\_\_\_\_\_.

**h)** Le casier judiciaire suisse de S.\_\_\_\_\_ ne contient pas d'autre inscription que l'enquête objet de la présente procédure.

**B.** Par ordonnance du 28 avril 2023, le Ministère public a ordonné l'établissement du profil ADN à partir du prélèvement n° 3362232943 (I) réalisé le

21 février 2023 et a dit que les frais suivent le sort de la cause au fond (II).

La procureure, se référant à l'enquête instruite contre S.\_\_\_\_\_ pour représentation de la violence et pornographie dure contenant des actes d'ordre sexuel effectifs avec des mineurs, a considéré que l'établissement du profil ADN pourrait permettre d'élucider un crime ou un délit, notamment parce qu'au vu du dossier, il y aurait lieu de craindre que le prévenu commette des infractions à caractère sexuel. Elle a en outre estimé qu'au vu des infractions en cause, cette mesure était adéquate et respectait le principe de la proportionnalité.

S.\_\_\_\_\_ a mis un terme à son contrat d'apprentissage d'assistant socio-éducatif.

**C.** Par acte du 11 mai 2023, S.\_\_\_\_\_, par l'intermédiaire de son défenseur, a recouru contre l'ordonnance d'établissement d'un profil ADN, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à la destruction du prélèvement d'échantillon ADN effectué par la police.

Le 30 mai 2023, dans le délai imparti, le Ministère public a déposé des déterminations, concluant implicitement au rejet du recours.

Le 2 juin 2023, S.\_\_\_\_\_ a répliqué, confirmant les conclusions prises dans son recours et a déposé un certificat de travail émis par la crèche qui l'employait.

Le 22 juin 2023, dans le délai imparti, le Ministère public a déclaré renoncer à déposer des déterminations supplémentaires.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** Aux termes de l'art. 393 al. 1 let. a CPP (Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007; RS 312.0), le recours est recevable contre les décisions et les actes de procédure du ministère public. Ainsi, la décision du ministère public ordonnant un prélèvement ADN fondée sur l'art. 255 CPP peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP. Le recours doit être adressé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (cf. art. 384 let. b CPP) à l'autorité de recours (art. 396 al. 1 CPP) qui est, dans le canton de Vaud, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01 ; art. 80 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01]).

**1.2** En l'espèce, interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente par le prévenu qui a qualité pour recourir (art. 382 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours de S. \_\_\_\_\_ est recevable.

## **2.**

**2.1** Invoquant une violation de son droit d'être entendu, le recourant fait grief au Ministère public de ne pas avoir indiqué les motifs justifiants l'utilité de l'établissement d'un profil ADN pour le futur. Il fait également valoir une violation de l'art. 255 CPP, dans la mesure où seules des infractions informatiques lui sont reprochées et que l'ensemble de son matériel informatique a été confisqué. Le recourant reproche également à la procureure de ne pas avoir exposé en quoi cette mesure respecterait le principe de proportionnalité. Il rappelle l'interdiction du *fishing expedition*, proscrite par la jurisprudence et la doctrine, ainsi que le fait qu'il n'a pas d'antécédents.

## **2.2**

**2.2.1** Selon l'art. 255 al. 1 let. a CPP, pour élucider un crime ou un délit, le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN peuvent être ordonnés sur le prévenu. Cette possibilité n'est pas

uniquement limitée à l'élucidation du crime ou du délit pour lequel le prévenu est poursuivi : ces mesures peuvent également être ordonnées afin d'élucider des infractions passées ou futures qui sont encore inconnues des autorités de poursuites pénales (art. 259 CPP et art. 1 al. 2 let. a de la Loi sur les profils d'ADN [loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 ; RS 363]). Le profil ADN a notamment pour but d'éviter de se tromper sur l'identification d'une personne ou de jeter le soupçon sur des innocents ; il peut aussi avoir des effets préventifs et contribuer à la protection de tiers (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.3, JdT 2019 IV 327 ; TF 1B\_631/2022 du 14 février 2023 consid. 2) Malgré ces indéniables avantages, l'art. 255 CPP n'autorise pas le prélèvement d'échantillons d'ADN et leur analyse de manière systématique (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.4 ; TF 1B\_631/2022 précité consid. 2).

Les mesures de reconnaissance et la conservation des données peuvent porter atteinte au droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]) et à la protection contre l'emploi abusif de données personnelles (art. 13 al. 2 Cst. et 8 CEDH [Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101] ; ATF 147 I 372 consid. 2.2 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.4 ; TF 1B\_631/2022 précité consid. 2). Elles doivent ainsi être fondées sur une base légale suffisamment claire et précise, être justifiées par un intérêt public et être proportionnées au but visé (art. 36 al. 1 à 3 Cst. ; ATF 147 I 372 consid. 2.3.3 ; TF 1B\_631/2022 précité consid. 2).

Selon l'art. 197 al. 1 CPP, les mesures de contrainte ne peuvent être prises que si elles sont prévues par la loi (let. a), si des soupçons suffisants laissent présumer une infraction (let. b), les buts poursuivis ne peuvent pas être atteints par des mesures moins sévères (let. c) et elles apparaissent justifiées au regard de la gravité de l'infraction (let. d). Selon la jurisprudence, l'établissement d'un profil ADN

qui ne sert pas à élucider une infraction pour laquelle une instruction pénale est en cours n'est conforme au principe de la proportionnalité que s'il existe des indices sérieux et concrets que le prévenu pourrait être impliqué dans d'autres infractions. Il doit toutefois s'agir d'infractions d'une certaine gravité. Il convient à cet égard également de prendre en considération les éventuels antécédents du prévenu ; l'absence d'antécédents n'empêche pas encore de prélever un échantillon et d'établir le profil ADN de celui-ci, mais il faudra tenir compte de cet élément dans la pesée d'intérêts à réaliser (ATF 145 IV 263 consid. 3.4 ; TF 1B\_409/2021 du 3 janvier 2022 consid. 4.3 ; TF 1B\_242/2020 du 2 septembre 2020 consid. 3.2).

Le fait qu'il n'existe pas de soupçons suffisants qui laissent présumer une infraction au sens de l'art. 197 al. 1 CPP pour des infractions futures ne s'oppose pas à l'établissement d'un profil ADN en vue de telles infractions. De tels soupçons doivent exister pour ce qui concerne l'acte qui a fondé le prélèvement ou l'établissement du profil ADN. Dans la perspective d'éventuelles infractions pénales futures, des indices au sens mentionné suffisent (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.4 ; TF 1B\_409/2021 précité consid. 4.3). Le profil ADN peut aussi avoir des effets préventifs et contribue à la protection de tiers (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.3 ; TF 1B\_409/2021 précité consid. 4.1).

Il s'impose d'examiner chaque cas individuel pour ordonner l'établissement d'un profil ADN (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 141 IV 87 consid. 1.4.2, JdT 2015 IV 280 ; CREP 1<sup>er</sup> mars 2023/104 consid. 2.2.1 et les références citées).

**2.2.2** Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 3 al. 2 let. c CPP (cf. aussi art. 6 CEDH) implique notamment, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et afin que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Le juge doit ainsi mentionner, au

moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3 ; ATF 142 I 135 consid. 2.1). Il n'est pas tenu de discuter tous les arguments soulevés par les parties, mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 142 II 154 consid. 4.2). Dès lors qu'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1).

Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 135 I 187 consid. 2.2). Une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; TF 6B\_1135/2021 du 9 mai 2022 consid. 1.1). La Chambre des recours pénale dispose d'un pouvoir d'examen complet en fait et en droit, permettant de guérir un tel vice procédural (art. 391 al. 1 CPP ; CREP 1<sup>er</sup> mars 2023/104 consid. 2.2.1 et les références citées).

**2.3** En l'espèce, l'ordonnance entreprise est motivée de manière non individualisée. Pour toute motivation, la procureure a indiqué en effet que l'établissement d'un profil ADN contribuerait à élucider un crime ou un délit, notamment parce qu'au vu du dossier de la cause, il y aurait lieu de craindre que le prévenu ne commette des infractions à caractère sexuel, qu'au vu des infractions en cause, cette mesure est adéquate et conforme au principe de proportionnalité, de sorte qu'elle doit être ordonnée. Dans ses déterminations du 30 mai 2023, le Ministère public expose notamment, qu'au moment des faits, le prévenu travaillait au sein d'une crèche avec des enfants dénués de la faculté de langage, ne pouvant dès

lors dénoncer d'éventuels agissements de la part du prévenu dont ils auraient été victimes.

La motivation de l'ordonnance est insuffisante et viole le droit d'être entendu du recourant ; les déterminations du 30 mai 2023 ne permettant au demeurant pas de pallier ce vice. En particulier, le Ministère public n'expose pas de façon suffisamment précise en quoi la mesure ordonnée serait susceptible d'élucider des infractions passées ou futures, notamment à la crèche, commises sur les enfants ; le prévenu étant détenu depuis le 24 avril 2023. Du reste, un éventuel matériel génétique sur les enfants a, sans aucun doute, depuis lors, disparu. A cela s'ajoute que le recourant a démissionné de son poste en garderie le 30 avril 2023. L'ordonnance entreprise ne comporte pas non plus de motivation spécifique sur le caractère proportionné de la mesure contestée. Enfin le Ministère public ne soutient pas que la mesure se justifierait à titre préventif de sorte que la Chambre des recours pénale ne peut pas retenir ce motif, sous peine de violer la garantie de la double instance.

Partant, compte tenu du défaut de motivation de l'ordonnance, le droit d'être entendu du recourant a été violé. Quand bien même la Chambre des recours pénale dispose d'un plein pouvoir d'examen et que le Ministère public a fourni une motivation incomplète dans ses déterminations, il ne lui appartient pas de réparer la violation du droit d'être entendu constatée ci-dessus, le recourant devant dans le cas d'espèce pouvoir bénéficier de la garantie de la double instance. L'ordonnance entreprise doit donc être annulée.

**3.** En définitive, le recours doit être admis et l'ordonnance entreprise annulée, le dossier de la cause étant renvoyé au Ministère public pour nouvelle décision dûment motivée dans un délai de dix jours dès la notification du présent arrêt, à défaut de quoi le prélèvement ADN concerné, non exploitable, devra être détruit.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 990 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), et des frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 495 fr. sur la base d'une durée d'activité nécessaire d'avocat pour le recours et la réplique estimée à 2h30 au tarif horaire de 180 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 3bis al. 1 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 26b TFIP), par 9 fr., et la TVA, par 35 fr. 34, soit à 495 fr. au total, en chiffres arrondis, seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 28 avril 2023 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'Est vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants dans un délai de dix jours dès notification du présent arrêt, à défaut de quoi le prélèvement ADN n° 3362232943 devra être détruit.
- IV.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de S.\_\_\_\_\_ est fixée \_\_\_\_\_ à 495 fr. (quatre cent nonante-cinq francs).
- V.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de S.\_\_\_\_\_, par 495 \_\_\_\_\_ fr. (quatre cent nonante-cinq francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Ludovic Tirelli, avocat (pour S. \_\_\_\_\_),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

En vertu de l'art. 135 al. 3 let. b CPP, le présent arrêt peut, en tant qu'il concerne l'indemnité d'office, faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP devant le Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 et 39 al. 1 LOAP [loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales ; RS 173.71]). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours dès la notification de l'arrêt attaqué (art. 396 al. 1 CPP).

La greffière :

