

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 28 février 2024

Composition : M. KRIEGER, président
Mmes Byrde et Elkaim, juges
Greffière : Mme Gorrara

Art. 29 al. 2 Cst ; 197 al. 1 et 255 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 8 février 2024 par **X.**_____ contre l'ordonnance rendue le 26 janvier 2024 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE23.015992-LRC**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. Par ordonnance pénale du 26 janvier 2024, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a condamné X._____ pour exhibitionnisme à une peine pécuniaire de 120 jours-amende à 30 fr. et a dit que le délai d'effacement de son profil d'ADN, échantillon prélevé en

cours de procédure, était fixé au 26 janvier 2044, les frais de la procédure étant mis à sa charge.

Il lui était reproché de s'être masturbé, en date du 14 juin 2023 vers 9 heures 40 à Pully, alors qu'il se tenait, avec son caleçon au niveau des genoux, sur le palier de la porte (ouverte) de son balcon situé au premier étage, dans le but d'être vu par sa voisine S._____, qui se trouvait dans la cuisine puis dans la chambre de son appartement situé plus haut, au troisième étage, dans un bâtiment en face du logement de X._____.

Il ressort de l'ordonnance pénale précitée que X._____ aurait été condamné auparavant par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois le 16 mars 2016 pour exhibitionnisme à une peine pécuniaire de 140 jours-amende à 40 fr., avec sursis pendant 2 ans, et à une amende de 1'000 francs.

B. Par ordonnance du 26 janvier 2024, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a ordonné l'établissement du profil d'ADN de X._____ à partir du prélèvement N°3362382232 (I) et a dit que les frais suivaient le sort de la cause au fond (II).

La procureure a considéré qu'au vu de la gravité des faits reprochés à X._____, faisant l'objet d'une ordonnance pénale pour exhibitionnisme, l'établissement d'un profil d'ADN permettrait de déterminer si le prévenu avait commis d'autres crimes ou délits et pouvait également jouer un rôle préventif. Au vu de l'infraction en cause et des antécédents de X._____ pour la même infraction, cette mesure était adéquate et respectait le principe de la proportionnalité, de sorte qu'elle devait être ordonnée.

C. Par acte du 8 février 2024, X._____, par son défenseur d'office, a recouru contre cette ordonnance en concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement, à la désignation de Me Quentin Cuendet en qualité de défenseur d'office dans la procédure de recours,

principalement, à l'annulation de l'ordonnance attaquée, à la destruction du prélèvement d'ADN N°3362382232 et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants dans un délai de 10 jours dès la notification de l'arrêt, à défaut de quoi le prélèvement d'ADN sera détruit. Il a en outre demandé à ce que l'effet suspensif soit accordé au recours et a produit des pièces ainsi qu'une liste d'opérations.

Par décision du 9 février 2024, le Président de la Chambre des recours pénale a accordé l'effet suspensif au recours.

Le 22 février 2024, le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois a déclaré renoncer à déposer des déterminations, sans prendre de conclusions formelles.

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 l'établissement d'un profil d'ADN fondé sur les art. 255 ss 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 (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 est recevable.

2.

2.1 Invoquant une violation de son droit être entendu, le recourant fait valoir que la décision du Ministère public ne serait pas motivée de manière individualisée et qu'elle n'exposerait pas les circonstances concrètes concernant la gravité des faits qui justifieraient l'établissement de son profil d'ADN. Selon lui, le Ministère public devait exposer en quoi la mesure ordonnée serait apte et nécessaire pour élucider des infractions passées ou futures ainsi que l'existence d'indices concrets qui laisseraient présumer qu'il aurait pu avoir commis d'autres crimes ou délits. Il requiert dès lors le renvoi de la cause au Ministère public, la réparation de la violation du droit d'être entendu n'étant, selon lui, pas envisageable.

2.2

2.2.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), 3 al. 2 let. c CPP et 6 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101) 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 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 147 IV 409 consid. 5.3.4 ; ATF 147 IV 249 consid. 2.4 ; ATF 146 IV 297 consid. 2.2.7). 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 ; TF 6B_40/2023 du 8 janvier 2024 consid. 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. Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 148 IV 22 consid. 5.5.2 ; ATF 145 I 167 consid. 4.4 et les références citées ; TF 7B_1011/2023 du 11 janvier 2024 consid. 3.2). 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 16 janvier 2024/43 consid. 2.2 et les références citées).

2.2.2 Les mesures de reconnaissance et la conservation des données peuvent porter atteinte au droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et à la protection contre l'emploi abusif de données personnelles (art. 13 al. 2 Cst. et 8 CEDH ; ATF 147 I 372 consid. 2.2 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.4). 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 du 14 février 2023 consid. 2).

Selon l'art. 255 al. 1 let. a nCPP, pour élucider un crime ou un délit sur lequel porte la procédure, 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, si des

indices concrets laissent présumer qu'il pourrait avoir commis d'autres crimes ou délits (art. 255 al.1bis nCPP ; Message du Conseil fédéral du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, FF 2019 1641, p. 6405). L'art. 257 nCPP permet l'établissement d'un profil d'ADN dans le but d'élucider d'éventuelles infractions futures si une personne est condamnée. Étant donné qu'il s'agit d'un pronostic de comportement, ce n'est pas le Ministère public durant l'instruction, mais le tribunal qui rend le jugement (ou le Ministère public en procédure de l'ordonnance pénale) qui peut ordonner un tel acte. Les éléments permettant d'établir un tel pronostic sont réunis à la fin des débats ou de l'instruction, mais ne le seraient pas lorsque débute l'instruction (message précité, FF 2019 1641, p. 6405).

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 d'ADN, qui ne sert pas à élucider une infraction pour laquelle une instruction pénale est en cours, est conforme au principe de la proportionnalité uniquement s'il existe des indices sérieux et concrets que le prévenu pourrait être impliqué dans d'autres infractions, mêmes futures. 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 d'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 et les références citées ; TF 1B_230/2022 du 7 septembre 2022 consid. 2.2).

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 d'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 d'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_230/2022 précité consid. 2.2). Le profil d'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 3 janvier 2022 consid. 4.1).

Il s'impose d'examiner chaque cas individuel pour ordonner l'établissement d'un profil d'ADN (ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 141 IV 87 consid. 1.4.2, JdT 2015 IV 280 ; CREP 9 janvier 2024/12 consid. 2.2).

2.3 En l'espèce, l'ordonnance attaquée n'est pas motivée de manière individualisée. Pour toute motivation, la procureure s'est en effet contentée d'indiquer que l'établissement d'un profil d'ADN permettrait d'établir si le recourant avait commis d'autres crimes ou délits d'une part, que la mesure avait un effet préventif d'autre part, et qu'enfin, compte tenu de l'infraction en cause, à savoir celle d'exhibitionnisme, et de la précédente condamnation du recourant, la mesure était proportionnée. Or, il faut admettre, avec le recourant, qu'à la lumière de la jurisprudence précitée et de la nouvelle teneur des dispositions relatives à l'établissement d'un profil d'ADN, une telle motivation n'est pas suffisante. En effet, si le Ministère public entendait ordonner l'établissement d'un profil d'ADN pour d'autres affaires passées et/ou futures en application de l'art. 255 al. 1bis CPP, il lui appartenait d'exposer à tout le moins quels indices suggéraient l'implication du recourant dans la commission d'autres infractions qui ne pourraient être élucidées que par la mise en œuvre de cette mesure. Or, l'ordonnance attaquée est muette à ce sujet et il ne résulte pas du dossier que le recourant pourrait être impliqué dans d'autres affaires. Dans ces circonstances, force est de constater que la motivation de l'ordonnance attaquée est insuffisante et que le droit d'être entendu du recourant a été violé.

2.3.1 Cela étant, la pleine cognition dont dispose la Cour de céans permet de réparer ce vice, en particulier dès lors que la procureure a déjà

rendu une ordonnance pénale et que le renvoi de la cause à cette dernière apparaîtrait comme une vaine formalité. En l'occurrence, le recourant a été condamné pour s'être masturbé sur son balcon à la vue de sa voisine. On ne voit donc pas en quoi l'établissement de son profil d'ADN pourrait être utile à l'élucidation d'autres affaires similaires, vu la nature même de l'infraction d'exhibitionnisme, qui rend inutile la mesure. Contrairement à ce que semble soutenir le Ministère public, la précédente condamnation du recourant pour des faits semblables ne change rien à cette appréciation. De plus, aucun indice sérieux et concret résultant du dossier ne laisse penser que le recourant pourrait s'être livré à d'autres comportements sexuellement répréhensibles par le passé ou que cela serait à craindre à l'avenir. C'est le lieu de rappeler que la nouvelle teneur des art. 255 et 257 CPP codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à son entrée en vigueur, qui considérait qu'il était illicite d'établir systématiquement un profil d'ADN à tous les auteurs d'infractions (cf. message précité, FF 2019 1641, p. 6369). Au vu de ce qui précède, la mesure ordonnée par le Ministère public apparaît injustifiée et doit être annulée.

2.4 Pour le surplus, comme on l'a vu (cf. *supra* consid. 2.2.2), il appartient dorénavant au juge du fond de se prononcer sur la nécessité d'établir le profil d'ADN d'un condamné afin de prévenir des infractions futures (cf. art. 257 nCPP). Dans le présent cas, la procureure a simultanément condamné le recourant par la voie de l'ordonnance pénale. C'est donc dans le cadre de ladite ordonnance – susceptible d'opposition puis d'un renvoi devant le tribunal de police – qu'elle aurait dû ordonner l'établissement d'un profil d'ADN à titre préventif, en motivant suffisamment cette mesure.

3. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être admis et l'ordonnance du 26 janvier 2024 annulée.

Vu l'issue du recours, la requête d'assistance judiciaire déposée par le recourant pour la procédure de recours doit être admise et

Me Quentin Cuendet désigné en qualité de défenseur d'office du recourant, les conditions de l'art. 132 CPP étant réunies.

Me Quentin Cuendet a produit une liste d'opérations faisant état d'une durée d'activité de 3 heures 15 minutes pour la procédure de recours. Au vu de la nature de l'affaire et du mémoire de recours déposé, il n'y a pas lieu de s'écarter de la durée alléguée de sorte que l'indemnité due à Me Quentin Cuendet pour la procédure de recours doit être fixée à 585 fr., correspondant à une activité nécessaire d'avocat de 3 heures 15 minutes au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a et 3 al. 2 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3] par renvoi de l'art. 26b TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]). S'y ajoutent 2 % pour les débours (art. 3bis al. 1 RAJ par renvoi de l'art. 26b TFIP), soit 11 fr. 70, et 8,1 % de TVA sur le tout, soit 48 fr. 35 (s'agissant d'opérations réalisées en 2024), de sorte que l'indemnité s'élève au total à 646 fr. en chiffres arrondis.

Le recourant ayant obtenu gain de cause, les frais de procédure, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 990 fr. (art. 20 al. 1 TFIP), et des frais imputables à la défense d'office, seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 26 janvier 2024 est annulée.
- III.** Me Quentin Cuendet est désigné en qualité de défenseur d'office de X. _____ pour la procédure de recours.
- IV.** L'indemnité allouée à Me Quentin Cuendet, défenseur d'office de X. _____, est fixée à 646 fr. (six cent quarante-six francs).

- V.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité allouée au défenseur d'office de X._____, par 646 fr. (six cent quarante-six francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

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 Quentin Cuendet, avocat (pour X._____),
- 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).

La greffière :