

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 9 juin 2020

Composition : M. PERROT, président
M. Krieger et Mme Giroud Walther, juges
Greffière : Mme Maire Kalubi

Art. 29 al. 2 Cst. ; 3 al. 2 let. c et 255 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 14 mai 2020 par **G.** _____
contre l'ordonnance d'établissement d'un profil ADN rendue le 7 mai 2020
par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause
n° PE19.023049-ERY, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. Le Ministère public mène une enquête contre **G.** _____,
auquel il est reproché d'avoir, entre fin 2018 et début 2019, téléchargé à
plusieurs reprises depuis son ordinateur des dossiers compressés nommés
« boys », dont certains contenaient de la pornographie infantine, ainsi

que d'avoir, le 20 octobre 2018, partagé un fichier contenant une image pédopornographique via l'application de messagerie instantanée « Kik ».

Entendu par la police les 27 novembre 2019 et 7 mai 2020, G._____ a en substance expliqué avoir téléchargé et partagé les fichiers illicites involontairement.

B. Par ordonnance du 7 mai 2020, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a ordonné l'établissement d'un profil ADN à partir du prélèvement n° [...] (I) et a dit que les frais suivaient le sort de la cause (II).

Le Procureur a indiqué que l'établissement du profil ADN contribuerait à élucider un crime ou un délit et a considéré, vu les infractions en cause, que cette mesure était adéquate et respectait le principe de la proportionnalité.

C. **a)** Par acte du 14 mai 2020, G._____ a recouru auprès de la Cour de céans contre cette ordonnance, en concluant principalement, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que son profil ADN ne soit pas établi à partir du prélèvement n° [...], que celui-ci soit immédiatement détruit et supprimé/radié de la banque de données CODIS et qu'une indemnité de 1'300 fr. lui soit allouée pour ses frais de défense dans le cadre de la procédure de recours. A titre subsidiaire, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

b) Dans ses déterminations du 2 juin 2020, le Ministère public a conclu au rejet du recours, faisant valoir, d'une part, que le recourant avait une parfaite connaissance des faits qui lui étaient reprochés dans la mesure où il avait déjà été entendu à deux reprises par la police et où il avait eu librement accès au dossier et, d'autre part, que la découverte d'images à caractère pédopornographique, outre le fait qu'elle constituait un indice sérieux, soulevait inévitablement la question d'un passage à l'acte déjà survenu ou futur, de sorte que la mesure ordonnée était

entièrement justifiée par l'intérêt à élucider d'autres infractions graves, passées ou futures, l'établissement d'un profil ADN présentant un certain potentiel en termes de prévention spéciale.

c) Par courrier de son conseil du 4 juin 2020, G._____ s'est spontanément déterminé sur la prise de position du Ministère public.

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 au sens de l'art. 255 CPP peut faire l'objet d'un recours au sens des art. 393 ss CPP (Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire du Code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, n. 12 ad art. 393 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 LVCP [Loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; BLV 312.01] ; art. 80 LOJV [Loi vaudoise 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 la qualité pour recourir (art. 382 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 Le recourant invoque une violation de son droit d'être entendu au motif que la motivation de l'ordonnance attaquée serait insuffisante. Il

reproche au Ministère public de ne pas avoir résumé les faits qui lui sont reprochés et de ne pas avoir exposé le but recherché par l'établissement de son profil ADN, mesure dont aucun élément ne permettrait de comprendre la pertinence à ce stade de l'enquête.

2.2

2.2.1 Aux termes de l'art. 255 al. 1 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 (let. a), sur d'autres personnes, notamment les victimes et les personnes habilitées à se rendre sur les lieux de l'infraction si cela est nécessaire pour distinguer leur matériel biologique de celui du prévenu (let. b), sur des personnes décédées (let. c) ou sur le matériel biologique qui a un rapport avec l'infraction (let. d).

L'établissement d'un profil ADN est une atteinte à la liberté personnelle, à l'intégrité corporelle et à la sphère privée ainsi qu'au droit à l'autodétermination en matière de données personnelles protégé par l'art. 13 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), selon lequel toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. Vu les limitations aux droits constitutionnels qu'ils impliquent, un prélèvement d'ADN et l'établissement d'un profil ADN doivent être justifiés par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité (ATF 144 IV 127 consid. 2.1). Ceux-ci ne devraient pas être ordonnés lorsque l'infraction commise est de faible gravité ou qu'elle peut être élucidée par un autre moyen (Rohmer, in : Jeanneret et al. [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, n. 16 ad art. 255 CPP). En particulier, l'art. 255 CPP ne permet pas le prélèvement de routine d'échantillons ADN et leur analyse (ATF 141 IV 87 consid. 1.3.2 et 1.4.2, JdT 2015 IV 280). L'art. 255 al. 1 let. a CPP constitue également une base légale pour l'établissement d'un profil ADN dans la perspective d'éventuelles infractions futures. Toutefois, pour être conforme au principe de la proportionnalité, l'établissement d'un profil ADN dans cette hypothèse suppose en particulier des indices sérieux et concrets que l'accusé

pourrait être impliqué dans de telles infractions, étant précisé qu'elles doivent être d'une certaine gravité (ATF 145 IV 263 consid. 3.4).

2.2.2 Le droit d'être entendu consacré aux art. 3 al. 2 let. c CPP et 29 al. 2 Cst. implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit que le juge mentionne, 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 III 65 consid. 5.2 ; TF 1B_335/2019 du 16 janvier 2020 consid. 3.1.1). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 142 II 154 consid. 4.2 ; TF 1B_335/2019 précité). La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; TF 1B_335/2019 précité et les arrêts cités). La seule référence à la norme légale est insuffisante sous l'angle des exigences de motivation (cf. TF 1A.95/2002 du 16 juillet 2002 consid. 3.3 ; CREP 14 avril 2020/282 ; CREP 6 décembre 2018/950).

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant 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, qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les références citées ; TF 6B_1251/2016 du 19 juillet 2017 consid. 3.1).

S'agissant de l'établissement d'un profil ADN et de la saisie de données signalétiques, la jurisprudence impose d'examiner les conditions légales pour la prise de celles-ci dans chaque cas individuel (ATF 141 IV 87 précité ; CREP 14 avril 2020/282 précité ; CREP 6 décembre 2018/950 précité consid. 2.2.2).

2.3 En l'espèce, l'ordonnance attaquée viole le droit d'être entendu du recourant. Le Ministère public s'est contenté de fournir une motivation abstraite et de se référer à l'art. 255 CPP, sans indiquer en quoi les conditions posées par cette disposition légale seraient réalisées dans le cas d'espèce. Il a uniquement fait mention de l'infraction pouvant entrer en ligne de compte, avant d'indiquer qu'un prélèvement avait été effectué par la police, que l'établissement du profil ADN contribuerait à élucider un crime ou un délit et que cette mesure était adéquate et respectait le principe de la proportionnalité. Le Procureur n'a cependant pas exposé, même de manière succincte, le but recherché concrètement par l'établissement du profil ADN concerné, de sorte qu'on ne discerne pas, à ce stade, ce que cette mesure pourrait apporter à l'enquête. En effet, le recourant n'est pas suspecté d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, ni d'aucune autre infraction contre l'intégrité sexuelle, et l'infraction de pornographie qui lui est reprochée semble pouvoir être élucidée par d'autres moyens. La motivation de l'ordonnance attaquée est donc insuffisante et prive l'autorité de recours de la possibilité d'exercer correctement son contrôle. Quand bien même la Chambre des recours pénale dispose d'un plein pouvoir d'examen, il ne lui appartient pas de réparer la présente violation du droit d'être entendu et le recourant doit pouvoir bénéficier de la garantie de la double instance.

Au demeurant, le Ministère public a certes exposé, dans ses déterminations du 2 juin 2020, que le prévenu avait connaissance des faits qui lui étaient reprochés – ce que celui-ci ne conteste pas – et qu'en matière d'atteinte au développement et à l'intégrité sexuelle de mineurs, l'ADN constituait en pratique un moyen de preuve essentiel. Ce faisant, il n'a toutefois toujours pas expliqué en quoi concrètement la mesure

envisagée serait nécessaire à l'enquête ouverte contre le prévenu pour pornographie, étant précisé que le risque théorique de passage à l'acte invoqué par le Procureur sans plus ample développement ne constitue pas en l'état un indice sérieux et concret que le recourant puisse être impliqué dans le futur dans des infractions contre l'intégrité sexuelle, voire physique d'autrui.

Pour ce motif, l'ordonnance attaquée doit être annulée sans qu'il y ait lieu d'examiner plus avant les autres arguments soulevés par le recourant. Le Ministère public disposera d'un délai de dix jours, à compter de la notification du présent arrêt, pour rendre une nouvelle décision motivée, à défaut de quoi le prélèvement ADN concerné, non exploitable, devra être détruit.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, l'ordonnance du 7 mai 2020 annulée et le dossier de la cause renvoyé au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 770 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

Le recourant, qui a procédé avec l'assistance d'un avocat de choix et qui a obtenu gain de cause, a droit, de la part de l'Etat, à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP, applicable par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP (art. 436 al. 2 CPP). Au vu du mémoire de recours produit et de la nature de l'affaire, cette indemnité sera fixée à 600 fr. (deux heures d'activité d'avocat au tarif horaire de 300 fr. ; art. 26a al. 3 TFIP), montant auquel il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % des honoraires admis (art. 19 al. 2 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6], applicable par renvoi de l'art. 26a al. 6 TFIP), par 12 fr., et la TVA au taux de 7,7 %,

par 47 fr. 10, soit à 659 fr. 10 au total, montant arrondi à 659 francs.

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 7 mai 2020 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de Lausanne pour qu'il procède dans le sens des considérants dans un délai de dix jours dès la notification du présent arrêt, à défaut de quoi le prélèvement ADN n° [...], non exploitable, devra être détruit.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 770 fr. (sept cent septante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** Une indemnité de 659 fr. (six cent cinquante-neuf francs) est allouée à G. _____ pour les dépenses occasionnées par la procédure de recours, 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 Jérôme Reymond, avocat (pour G. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de Lausanne,

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 :