

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 19 juillet 2023

Composition : Mme BYRDE, présidente
Mme Fonjallaz et M. Krieger, juges
Greffière : Mme Müller

Art. 197 al. 1 et 255 CPP ; 9 de la Loi sur les profils d'ADN

Statuant sur le recours interjeté le 16 mai 2023 par **N.** _____
contre l'ordonnance rendue le 2 mai 2023 par le Ministère public cantonal
Strada dans la cause n° **PE23.007046-CDT**, la Chambre des recours
pénale considère :

En fait :

A. a) Le 13 avril 2023, le Ministère public cantonal Strada
(ci-après : Ministère public) a ouvert une instruction pénale contre
N. _____, né le [...] 1982, en Albanie, pour faux dans les certificats,
rupture de ban, infractions à la LEI (Loi fédérale sur les étrangers et

l'intégration du
16 décembre 2005 ; RS 142.20) et infractions graves à la LStup (Loi
fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre
1951 ; RS 812.121),
à raison des faits suivants :

- entre février 2023 et le 12 avril 2023, avoir pénétré et séjourné en Suisse, sans document d'identité, sans autorisation et alors qu'il fait l'objet d'une décision d'expulsion de cinq ans ;
- entre mars 2023 et le 12 avril 2023, avoir consommé des produits stupéfiants ;
- entre mars 2023 et le 12 avril 2023, dans le canton de Vaud et la région lausannoise, s'être adonné à un important trafic d'héroïne ;
- entre mars 2023 et le 12 avril 2023, à Lausanne, avoir acquis et revendu de l'héroïne ;
- le 12 avril 2023, à Lausanne, s'être légitimé auprès de policiers avec un faux permis de conduire.

b) L'extrait du casier judiciaire suisse de N._____ fait état des inscriptions suivantes :

- 7 mars 2011 : Tribunal régional Jura bernois-Seeland, peine privative de liberté de 18 mois et amende de 300 fr. pour délit et contravention à la LStup, entrée illégale et séjour illégal ;
- 23 novembre 2011 : Ministère public du canton de Soleure, peine privative de liberté de 30 jours et amende de 300 fr., pour contravention à la LStup et entrée illégale ;
- 9 octobre 2013 : Tribunal criminel des Montagnes et du Val-de-Ruz, peine privative de liberté de trois ans, traitement institutionnel des addictions selon l'art. 60 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0), pour crime et délit à la LStup ;

- 28 septembre 2016 : Tribunal criminel des Montagnes et du Val-de-Ruz, peine privative de liberté de 30 mois, pour crime et délit à la LStup et séjour illégal ;
- 10 juin 2020 : Tribunal criminel des Montagnes et du Val-de-Ruz, peine privative de liberté de quatre ans et expulsion du territoire helvétique pour une durée de cinq ans, pour conduite d'un véhicule automobile sans le permis de conduire au sens de la LCR (Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 ; RS 741.01), délit contre la Loi sur les armes, extorsion et chantage (tentative), contravention, crime et délit à la LStup (cas grave), faux dans les certificats (tentative inachevée d'instigation), conduite d'un véhicule automobile en état d'ébriété avec un taux d'alcool qualifié dans le sang ou dans l'haleine au sens de la LCR et blanchiment d'argent (instigation).

En raison, notamment, des condamnations précitées, les mesures signalétiques de N._____ ont été établies et conservées dans le système de comparaison automatisée d'empreintes (AFIS) et la base de données fédérale CODIS (Combined DNA Index System).

B. Par ordonnance du 2 mai 2023, le Ministère public a ordonné l'établissement du profil ADN de N._____ à partir du prélèvement n° 3362267034 (I) et a dit que les frais suivaient le sort de la cause au fond (II).

La procureure a considéré ce qui suit : « Vu le prélèvement d'échantillon ADN effectué par la police, considérant qu'en l'espèce, l'établissement du profil ADN contribuera à élucider un crime ou un délit, qu'il permettra notamment d'effectuer des comparaisons avec les traces prélevées sur les produits stupéfiants saisis et ainsi de déterminer l'étendue de l'activité délictueuse de N._____, que l'établissement du profil ADN de N._____ permettra également d'élucider d'éventuelles infractions passées ou futures, qu'au vu des infractions en cause, cette mesure est adéquate et respecte le principe de proportionnalité, qu'elle doit donc être ordonnée ».

Le même jour, la Police cantonale a avisé la Police fédérale de mettre le canton de Vaud en succession du profil d'ADN de N. _____ (P. 18).

Le 3 mai 2023, N. _____ a, par son défenseur d'office, requis du Ministère public qu'aucun nouvel établissement de son profil d'ADN ne soit ordonné, celui-ci ayant déjà été établi lors de sa précédente condamnation neuchâteloise, le délai de 20 ans pour sa destruction n'étant pas arrivé à échéance.

C. Par acte du 16 mai 2023, N. _____, par son défenseur d'office, a recouru contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à ce que le prélèvement d'ADN soit détruit.

Le recourant indique, en substance, qu'aucun prélèvement n'a été effectué par la Police cantonale et que, dès lors, il peine à comprendre quand, comment et par qui le prélèvement n° 3362267034 a été effectué. A son sens, l'établissement d'un profil d'ADN à partir de l'échantillon n° 3362267034 serait inutile, car son profil d'ADN figure déjà dans la base de données fédérale ; l'ADN du recourant a en effet déjà été analysé lors d'une procédure pénale neuchâteloise. Il ajoute que l'art. 9 al. 1 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) prévoit que l'autorité qui a ordonné la mesure fait procéder à la destruction de l'échantillon prélevé sur une personne si le profil d'ADN de la personne en cause a déjà été établi.

Le 2 juin 2023, dans le délai imparti, la Procureure cantonale Strada s'est déterminée, concluant au rejet du recours et à la confirmation de l'ordonnance.

Dans ses déterminations, le Ministère public se fonde notamment sur une nouvelle pièce, soit un courriel du 26 mai 2023

sollicité auprès de la Police cantonale, suite au recours déposé par N. _____ (P. 18). La procureure a ainsi indiqué qu'il était exact que le profil d'ADN du recourant figure dans la base de données CODIS, qu'un établissement du profil prélevé à partir de l'échantillon n° 3362267034 ne sera en conséquence pas effectué « *pour éviter des coûts inutiles* » et qu'une « *analyse d'ADN virtuelle* » s'impose afin de prolonger les délais de conservation dans la base de données. Elle précise que, dans ce cas, aucun nouveau prélèvement n'est effectué et qu'il s'agit uniquement d'une « *nouvelle saisie administrative* » pour inscrire la nouvelle procédure dans la base de données, sous un nouveau numéro de contrôle de processus (PCN).

Le 7 juin 2023, N. _____ a répliqué.

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 d'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 (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'occurrence, interjeté en temps utile, devant l'autorité compétente, par un prévenu qui a qualité pour recourir (art. 382 al. 1 CPP) et dans les formes prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours est recevable.

2.

2.1 Le recourant conteste l'établissement de son profil d'ADN. Il retient en substance que son profil d'ADN figure déjà dans la base de données fédérale et qu'un nouvel établissement engendrerait des coûts supplémentaires à sa charge inutiles.

Dans ses déterminations, le Ministère public a, notamment, exposé qu'aucune nouvelle analyse de son ADN ne serait effectuée lors de la présente procédure, qu'il avait été ordonné une « *analyse ADN virtuelle* », soit que le profil d'ADN soit saisi sous un nouveau numéro de contrôle de processus (PCN), afin de prolonger la durée de l'enregistrement dans les registres de l'ADN en question. Le Ministère public se fonde pour ce faire sur un arrêt du Tribunal fédéral (TF 1B_244/2017 du 7 août 2017 consid. 2.3).

Dans sa réplique, le recourant conteste l'établissement d'un nouveau profil d'ADN « *virtuel* » et estime que la jurisprudence à laquelle se réfère le Ministère public n'est pas pertinente en l'espèce, les situations n'étant pas similaires et le Tribunal fédéral ne s'étant pas prononcé sur la pratique cantonale précitée.

2.2 Le Code de procédure pénale prévoit des dispositions spéciales en matière d'analyse de l'ADN (art. 255 à 258 CPP). Il s'ensuit que les articles prévus par la Loi sur les profils d'ADN s'agissant des conditions de prélèvements et d'analyse de l'ADN (section 2 de cette loi) ne s'appliquent pas. En vertu toutefois du renvoi prévu à l'art. 259 CPP, la Loi sur les profils d'ADN continue notamment de réglementer l'organisation de l'analyse (section 3 ; art. 8 ss de la Loi sur les profils d'ADN ; ATF 144 IV 127 consid. 2.1 ; TF 1B_277/2013 du 15 avril 2014 consid. 4.3.2 ; TF 1B_685/2011 du 23 février 2012 consid. 3.2 ; Moreillon/Parein-Reymond, Petit commentaire CPP, 2^e éd. 2016, n. 1 ad remarques préliminaires aux art. 255 à 259 CPP ; Fricker/Maeder, in : Niggli et. al. [éd.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, n. 3 ad art. 259 CPP ; Schmid/Jositsch Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4^e éd., Zurich/Saint-Gall 2023, n. 4 ad remarques préliminaires aux art. 255 à 259 CPP ; Rohmer, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge [éd.], Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019, n. 2 ad art. 259 CPP).

L'art. 9 de la Loi sur les profils d'ADN relatif à la destruction des échantillons est ainsi applicable (ATF 144 IV 127 consid. 2.1 précité ; Moreillon/Parein-Reymond, op. cit., n. 3 ad art. 259 CPP ; Fricker/Maeder, op. cit., n. 39 ss ad art. 255 CPP ; Jeanneret/Kuhn, Précis de procédure pénale, 2013, n. 14043 p. 281 ; Rohmer, op. cit., n. 5 ad art. 259 CPP). Cette disposition prévoit que l'autorité qui a ordonné la mesure fait procéder à la destruction de l'échantillon prélevé sur une personne si le profil d'ADN de la personne en cause a déjà été établi (art. 9 al. 1 let. a de la Loi sur les profils d'ADN) ; après trois mois, à compter du jour du prélèvement, si

cette autorité n'a pas prescrit d'analyse (art. 9 al. 1 let. b Loi sur les profils d'ADN) ; s'il s'est avéré que la personne en cause ne peut être l'auteur du crime ou du délit (art. 9 al. 1 let. c Loi sur les profils d'ADN) ; après l'identification de la personne dans les cas prévus à l'art. 6 de cette loi (art. 9 al. 1 let. d Loi sur les profils d'ADN).

2.3 En l'espèce, il n'y a pas eu de prélèvement d'un échantillon d'ADN, de l'aveu de la Police cantonale et du Ministère public (P. 18 et 19). Dans ces conditions, il est difficile de comprendre l'établissement d'un profil d'ADN qui n'existe pas, n'a pas été prélevé et ne le sera pas, ce qui est admis par le Ministère public lui-même. Cela ne coïncide cependant pas avec l'ordonnance ordonnant l'établissement du profil d'ADN du recourant, dont le Ministère public requiert pourtant la confirmation. En réalité, la procureure, dans son ordonnance, a ordonné l'établissement du profil d'ADN du recourant alors que cela n'était pas nécessaire. La motivation donnée dans l'ordonnance n'est pas soutenable, puisque le prélèvement déjà effectué sur la drogue saisie peut être comparé au matériel génétique précédemment analysé et présent dans la base de données CODIS. C'est par ailleurs pour ce motif que le Ministère public reconnaît dans ses déterminations qu'il ne va pas établir un nouveau profil d'ADN du recourant, contrairement à ce que prévoit l'ordonnance entreprise. Puisque du matériel de comparaison existe d'ores et déjà, la mesure ordonnée n'est en conséquence pas nécessaire, ni pour élucider les infractions objets de la procédure, ni pour élucider de futures infractions.

En outre, à supposer qu'un tel prélèvement ait été effectué par la Police cantonale, il devrait être dans tous les cas détruit, en application de l'art. 9 al. 1 let. a de la Loi sur les profils d'ADN, puisque le profil d'ADN de ce dernier a déjà été établi, comme le relève à juste titre le recourant.

A cela s'ajoute que la jurisprudence fédérale citée par le Ministère public ne lui est d'aucun secours. Comme soulevé dans le recours, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur le bien-fondé de la pratique cantonale bernoise dans la jurisprudence évoquée, au motif que

celle-ci n'avait pas été contestée par le recourant. En outre, l'ordonnance contestée devant le Tribunal fédéral fait état du prélèvement et de l'établissement d'un profil d'ADN. En l'espèce, ce que souhaite faire le Ministère public est différent. En effet, il veut prolonger la durée de l'enregistrement du profil d'ADN par une « *analyse d'ADN virtuelle* ». Si le Ministère public voulait prendre une décision à caractère administratif ayant cet objectif, il devait rendre une autre ordonnance, motivée différemment, en indiquant notamment la base légale d'une « *analyse d'ADN virtuelle* ». Il est douteux qu'un tel objectif soit compatible avec l'art. 9 de la Loi sur les profils d'ADN. Quoi qu'il en soit, en conclusion et pour les motifs précités, le dispositif de l'ordonnance attaquée - qui prévoit l'établissement d'un profil ADN - est contraire à l'art. 9 de la Loi sur les profils d'ADN, d'une part, et la motivation fournie dans cette ordonnance et ultérieurement ne permet pas de justifier ce dispositif, d'autre part.

3. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et l'ordonnance annulée.

Les frais de procédure, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 880 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), ainsi que des frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 396 fr., correspondant à deux heures d'activité nécessaire d'avocat au tarif horaire de 180 fr., honoraires 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 7 fr. 20, et la TVA, par 28 fr. 27, soit à 396 fr. au total en chiffres arrondis, seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 1 et 4 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénales
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 2 mai 2023 est annulée.
- III.** L'indemnité allouée à Me Kathrin Gruber, défenseur d'office, est fixée à 396 fr. (trois cent nonante-six francs).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 880 fr. (huit cent huitante francs), ainsi que l'indemnité allouée à Me Kathrin Gruber, par 396 fr. (trois cent nonante-six francs) sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** 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 Kathrin Gruber, avocate (pour N. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Madame la Procureure cantonale Strada,

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 :