

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 17 avril 2024

Composition : M. KRIEGER, président
Mmes Byrde et Elkaim, juges
Greffier : M. Serex

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

Statuant sur le recours interjeté le 24 mars 2024 par **D._____** contre l'ordonnance rendue le 12 mars 2024 par le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne dans la cause **n° PE23.008719-JMU**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. Le 23 mai 2023, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : Ministère public) a ouvert une instruction pénale à l'encontre de **D._____** et [...] pour avoir, entre janvier 2019 et avril 2023, obtenu des documents d'identité qui ne leurs étaient pas destinés, avoir conclu des contrats portant sur des abonnements de téléphonie mobile ou des cartes de crédit en se faisant passer pour des personnes dont ils

avaient obtenu les documents d'identité, avoir utilisé les appareils et les cartes ainsi obtenus et avoir revendu certains appareils.

B. Par ordonnance du 12 mars 2024, le Ministère public a ordonné l'établissement du profil d'ADN à partir du prélèvement N° 3362410163 (I) et dit que les frais suivaient le sort de la cause au fond (II).

Le Ministère public a considéré que l'établissement du profil d'ADN contribuerait à élucider un crime ou un délit et que, au vu des infractions en cause, cette mesure était adéquate et respectait le principe de proportionnalité.

C. Par acte du 24 mars 2024, D._____, par son défenseur d'office, a recouru contre cette ordonnance et conclu à son annulation, sous suite de frais et dépens.

Le 11 avril 2024, le Ministère public a déclaré renoncer à déposer des déterminations.

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 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 LV CPP [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 la prévenue 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 La recourante invoque une violation du droit d'être entendu en raison d'un défaut de motivation de l'ordonnance entreprise. L'ordonnance n'indique pas quels faits l'analyse serait susceptible d'élucider et sa motivation n'est pas individualisée, puisqu'il s'agit d'un simple « copier/coller » pouvant être utilisé de façon systématique.

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 249 consid. 2.4 et les références citées). 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 7B_361/2024 du 15 avril 2024 consid. 2.2 ; TF 7B_992/2023 du 13 mars 2024 consid. 3.2).

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 145 I 167 consid. 4.1). 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 18 mars 2024/211 consid. 2.2.1 et les références citées).

2.2.2 Comme toute mesure de contrainte, le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN sont de nature à 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). Ces mesures 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 pp. 6351 ss, spéc. 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 pp. 6351 ss, spéc. 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_631/2022 du 14 février 2023 consid. 2).

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 18 mars 2024/211 consid. 2.2.1).

2.3 En l'espèce, l'ordonnance entreprise est motivée de manière non individualisée. Pour toute motivation, le Ministère public a indiqué que l'établissement d'un profil d'ADN « *contribuera à élucider un crime ou un délit* ». Cette motivation est insuffisante et viole le droit d'être entendu de la recourante. En effet, en application de l'art. 255 al. 1bis CPP, pour justifier l'établissement d'un profil d'ADN pour d'autres affaires que l'affaire en cours, il faut que le Ministère public expose au minimum sur la base de quels indices il se fonde pour considérer que le prévenu pourrait avoir commis d'autres infractions que seule la comparaison de l'ADN permettrait de résoudre. La nouvelle version de l'art. 255 al. 1bis CPP codifie la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral considérant comme illicite le fait d'établir systématiquement le profil d'ADN de tous les auteurs d'infractions (FF 2019 pp. 6351 ss, spéc. 6369).

Le plein pouvoir de cognition de la Chambre de céans ne permet pas de guérir le vice précité, dans la mesure où il est impossible de savoir quels sont les soupçons que le Ministère public pourrait avoir dans d'autres affaires et quelles sont les mesures d'instruction qui pourraient être utiles dans la présente affaire en relation avec l'ADN de la recourante. Par ailleurs, l'ordonnance attaquée se réfère à l'art. 7 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) qui a été abrogé.

Par ailleurs, on ne trouve pas la trace de la date à laquelle le prélèvement a eu lieu dans le dossier. L'art. 9 Loi sur les profils d'ADN

impose la destruction de l'échantillon si l'analyse n'est pas demandée dans les six mois. Si le prélèvement devait avoir eu lieu lors de la première audition de l'appelante par la police, comme cela est généralement le cas, soit le 6 juillet 2023, ce délai serait d'ores et déjà échu.

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 d'ADN concerné, non exploitable, devra être détruit.

Au vu du travail accompli par Me Flamur Redzepi, il sera retenu 2 heures d'activité nécessaire d'avocat. Les honoraires s'élèveront ainsi à 360 fr. 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 ; BLV 312.03.1), auxquels viendront s'ajouter des débours forfaitaires à hauteur de 2 % des honoraires admis (art. 3bis al. 1 RAJ par renvoi de l'art. 26b TFIP), par 7 fr. 20, ainsi que la TVA au taux de 8,1 % sur le tout, par 29 fr. 75. L'indemnité d'office s'élèvera ainsi au total à 397 fr. en chiffres arrondis.

Vu l'issue du recours, les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce de l'émolument d'arrêt, par 770 fr. (art. 20 al. 1 TFIP), ainsi que de l'indemnité d'office allouée à Me Flamur Redzepi (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), par 397 fr., seront laissés à la charge de l'Etat (art. 423 al. 1 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 12 mars 2024 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 d'ADN n° 3362410163 devra être détruit.
- IV.** Une indemnité de 397 fr. (trois cent nonante-sept francs) est allouée à Me Flamur Redzepi pour la procédure de recours.
- V.** Les frais d'arrêt, par 770 fr. (sept cent septante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de D._____, par 397 fr. (trois cent nonante-sept francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Flamur Redzepi, avocat (pour D._____),
- 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).

Le greffier :