

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 9 juillet 2020

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

Art. 255 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 26 juin 2020 par **X.** _____
contre l'ordonnance d'établissement d'un profil ADN rendue le 19 juin
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. **a)** Le Ministère public a ouvert une instruction pénale contre
X. _____, auquel il est reproché d'avoir, entre fin 2018 et début 2019,
téléchargé depuis son ordinateur des dossiers compressés nommés
« boys », dont certains contenaient de la pornographie enfantine, en
particulier plus de 4'200 images de pornographie enfantine dite

« effective » et 14 fichiers de pornographie infantine « non effective », 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, X._____ 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° 3361739021 (I) et dit que les frais suivaient le sort de la cause (II).

Par arrêt du 9 juin 2020 (n° 432), la Cour de céans a admis le recours de X._____ contre cette ordonnance, au motif que le Ministère public n'avait pas expliqué en quoi concrètement la mesure envisagée était 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 constituait pas un indice sérieux et concret du fait que le recourant puisse être impliqué dans des infractions contre l'intégrité sexuelle, voire physique d'autrui.

B. Par ordonnance du 19 juin 2020, le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a rendu une nouvelle ordonnance tendant à 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).

Dans cette nouvelle ordonnance, le Procureur a exposé que X._____ travaille depuis 2013 avec des enfants et adolescents comme professeur de langue dans une école privée et que vu les faits reprochés et leur contexte - notamment une dépendance aux substances psychoactives -, le risque de passage à l'acte d'une personne exerçant une activité impliquant un lien de subordination avec des mineurs était

vraisemblable, tout comme la possibilité d'un passage à l'acte antérieur, a fortiori au vu du profil des enfants avec lesquels le prévenu est en contact (enfants à haut-potentiel ou contexte de remotivation scolaire). Le Ministère public a ajouté que dans ce contexte, le potentiel de prévention spéciale de la mesure contestée, face à un individu ayant téléchargé du contenu pédopornographique, était particulièrement élevé, alors qu'en comparaison, l'atteinte apparaissait légère, la mesure étant dès lors proportionnée.

C. Par acte du 26 juin 2020, X._____ a recouru 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 1'260 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.

Il n'a pas été ordonné d'échange d'écritures.

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 fait valoir que le but de prévention spéciale invoqué par le Ministère public serait une nouvelle fois purement théorique, dès lors qu'il n'existerait aucun indice sérieux ni concret d'un passage à l'acte antérieur ou d'un risque de passage à l'acte futur.

En outre, il conteste la proportionnalité de la mesure. En substance, il fait valoir qu'il n'aurait consommé que de la pornographie licite mais que, sans qu'il ait eu le moyen de contrôler le contenu des dossiers auparavant, il aurait involontairement téléchargé des images à contenu pédopornographique ; il les aurait toutefois effacées de son propre chef aussitôt après avoir pris connaissance de leur contenu et il aurait cessé de procéder via l'application concernée (tumblr), qui aurait d'ailleurs été fermée à cause de problèmes similaires. Selon lui, ces explications seraient attestées par l'absence de toute image stockée dans les espaces usuels (soit les espaces alloués) de son ordinateur. Il fait également valoir que le nombre d'images ne serait pas déterminant, dès lors qu'un seul clic suffirait à télécharger un grand nombre d'images au sein d'un seul fichier. Il conteste dès lors avoir – intentionnellement – consommé de la pédopornographie. Il ajoute que son activité d'enseignant concernerait à 95 % des adultes et qu'il n'est pas attiré par les enfants, ayant au contraire été scandalisé par le peu d'images qu'il a visionné.

Enfin, son casier est vierge et il aurait collaboré à l'enquête de manière exemplaire.

2.2 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).

Sous l'angle du but de prévention spéciale, l'absence d'antécédents n'exclut pas l'établissement d'un profil ADN mais doit être prise en considération parmi les nombreux critères dans l'appréciation générale et doit être pondérée en conséquence. En outre, le fait qu'il n'existe pas de soupçons suffisants qui laissent présumer une infraction au sens de l'art. 197 al. 1^{er} CPP pour des infractions futures ne s'oppose pas à l'établissement d'un profil ADN dans la perspective de telles infractions. De tels soupçons doivent exister pour ce qui concerne l'acte ayant fondé le prélèvement ou l'établissement du profil ADN, alors que dans la perspective d'éventuelles infractions pénales futures, des indices au sens mentionné suffisent (ATF 145 IV 263 consid. 3, en part. consid. 3.4, JdT 2019 IV 327).

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 Les infractions dont est suspecté le recourant – soit la consommation de pornographie dure (art. 197 al. 5 CP), voire la pornographie dure (art. 197 al. 4 CP) – sont graves. En effet, l'auteur s'expose à une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à 3 ans en cas de consommation de pédopornographie dite « effective » (cf. Dupuis et alii, Petit commentaire CP, 2^e éd., Bâle 2017, nn. 4 et 37 ad art. 197 CP).

2.4 Contrairement à ce que soutient le recourant, l'ordonnance rendue le 19 juin 2020 met en évidence des éléments démontrant que le risque de passage à l'acte n'est pas purement théorique.

2.4.1 En premier lieu, le prévenu se défend d'avoir agi consciemment, exposant qu'il se serait contenté de cliquer sur des liens concernant de la pornographie licite sur « tumblr » et cette application ayant téléchargé contre son gré les images pédopornographiques ; il

aurait immédiatement effacé celles-ci après en avoir pris connaissance. Toutefois, il ressort du dossier (cf. en particulier P. 25) que l'application « tumblr » a supprimé tout contenu pornographique (y compris licite) sur sa plate-forme depuis le 17 décembre 2018, ensuite de la découverte de matériel pédopornographique. Or, cela n'a pas empêché le recourant, en janvier 2019, soit postérieurement à la fermeture de cette application, d'effectuer plusieurs recherches sur Google qui, compte tenu des titres explicites utilisés, soit « *culitos nino* » ou encore « *culos de chico* », visaient manifestement à trouver du contenu pédopornographique. En cours d'enquête, X. _____ a fourni diverses explications à ce sujet, exposant notamment que le terme « chico » ferait référence à un « mec », ou un « garçon » (cf. PV aud. 2, R. 3 ; P. 25, p. 3), alors que « nino », aux Îles Canaries, en Andalousie et au Honduras, est susceptible de faire référence à une personne - de sexe masculin - célibataire, même si elle a un certain âge (cf. P. 36 et 37/2). Toutefois, outre que ces précisions sont intervenues largement après les premières déclarations de l'intéressé, on peut douter de la pertinence d'user de telles nuances dans le cadre de recherches générales effectuées sur Internet via un moteur de recherche tel que Google.

Enfin et surtout, malgré qu'il dise n'en avoir aucun souvenir et fasse valoir que l'instruction n'en aurait pas établi les circonstances, il ressort clairement de l'instruction que le recourant a effectivement partagé un fichier contenant une image à contenu pédopornographique manifeste via l'application KIK en octobre 2018 (P. 9).

Ainsi, pris globalement, ces agissements tendent à démontrer que le recourant a persisté à rechercher des images pédopornographiques après y avoir été confronté la première fois, ce qui infirme le caractère involontaire de la démarche.

Le recourant fait valoir qu'il ne serait pas attiré par les enfants. On peut prendre acte de cette déclaration, dont la crédibilité est cependant largement remise en cause par le comportement mis en évidence ci-dessus.

Il résulte de ce qui précède que des soupçons existent bel et bien de la commission de l'infraction réprimée à l'art. 197 al. 5 CP (consommation de pornographie dure), voire de l'al. 4 de cette disposition (pornographie dure).

2.4.2 Enfin, le recourant est en contact régulier avec des enfants et adolescents dans le cadre de son activité professionnelle, de surcroît des mineurs en difficulté (cf. pour le détail l'attestation de son employeur du 27 octobre 2017, figurant dans le dossier du SPOP, P. 35/1). Son assertion selon laquelle 95% de son activité se déroulerait avec des adultes - élément qui minimiserait donc le risque de passage à l'acte - est donc irrelevante ; quand bien même le recourant aurait majoritairement affaire à des adultes, il est néanmoins actif dans le soutien scolaire à des enfants et adolescents, de surcroît en difficulté, relations dans le cadre desquelles il bénéficie, selon son employeur, de la vive sympathie de ses élèves et de la direction.

Dans ce contexte, on doit à tout le moins admettre que le recourant représente auprès de ces jeunes une figure d'autorité et jouit de leur confiance, ce qui favorise le risque d'abus, a fortiori lorsqu'il s'agit de jeunes en difficulté.

2.5 Eu égard au caractère réitéré de la consommation de pornographie dure au détriment de mineurs (art. 197 al. 5 CP) et de la nature de l'activité professionnelle du recourant, il faut admettre que le risque de passage à l'acte mis en avant par le procureur de façon dûment motivée et explicitée n'est pas purement théorique et que l'on doit au contraire retenir des indices suffisants d'une éventuelle infraction au détriment de l'intégrité sexuelle de mineurs, justifiant l'établissement d'un profit ADN du recourant dans un but de prévention spéciale.

2.6 Sous l'angle de la proportionnalité enfin, c'est à juste titre que le Procureur a relevé qu'eu égard au but de prévention de potentielles infractions au détriment de la liberté et de l'intégrité sexuelle de mineurs,

l'atteinte aux droits fondamentaux du recourant est somme toute légère, ce que la jurisprudence a d'ailleurs déjà eu l'occasion d'exposer s'agissant de l'établissement d'un profil ADN (ATF 144 IV 127 consdi. 2.1, en fr.). Le respect du principe de proportionnalité ne s'oppose donc pas à l'établissement du profil ADN requis.

3. Compte tenu de ce qui précède, le recours, manifestement mal fondé, doit être rejeté sans échange d'écritures (art. 390 al. 2 CPP) et l'ordonnance entreprise confirmée.

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 judiciaires et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), et des frais imputables à la défense d'office de X. _____ (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), fixés à 540 fr. sur la base d'une durée d'activité d'avocat estimée à trois heures et d'un tarif horaire de 180 fr., auxquels il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 % (art. 3bis al. 1 RAJ [Règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 26b TFIP), par 10 fr. 80, plus la TVA par 42 fr. 40, soit à 593 fr. 20 au total, arrondis à 593 fr., seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 428 al. 1 CPP).

Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au défenseur d'office du recourant ne sera exigible que pour autant que la situation financière de ce dernier le permette (art. 135 al. 4 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I. Le recours est rejeté.
- II. L'ordonnance du 19 juin 2020 est confirmée.

- III.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de X._____ est fixée à 593 fr. (cinq cent nonante-trois francs).
- IV.** Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur de X._____, par 593 fr. (cinq cent nonante-trois francs), sont mis à la charge de ce dernier.
- V.** Le remboursement à l'Etat de l'indemnité allouée au chiffre III ci-dessus ne sera exigible que pour autant que la situation financière de X._____ le permette.
- 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 X._____),
- 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).

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 fédérales; 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 :