

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 4 janvier 2023

Composition : Mme BYRDE, présidente
Mme Fonjallaz et M. Perrot, juges
Greffière : Mme Fritsché

Art. 29 al. 2 Cst. ; 3 al. 2 let. c, 197 et 255 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 2 décembre 2022 par **W.**_____ contre l'ordonnance rendue le 24 novembre 2022 par le Ministère public cantonal Strada dans la cause n° **PE22.018788-BBD**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** Une enquête pénale est ouverte devant le Ministère public cantonal Strada contre **W.**_____, né le [...], pour brigandage. Il lui est reproché d'avoir, de concert avec [...] et [...], participé au brigandage commis à l'encontre de **N.**_____ au cours duquel celui-ci s'est fait dérober 6'400 francs.

b) Dans le cadre de cette enquête, un prélèvement a été effectué sur le prévenu en vue de l'établissement d'un profil d'ADN (n° [...]).

B. Par ordonnance du 24 novembre 2022, le Ministère public cantonal Strada a ordonné l'établissement du profil ADN à partir du prélèvement n° [...] (I), et a dit que les frais de cette ordonnance suivaient le sort de la cause au fond (II).

La Procureure a considéré que « *l'établissement du profil ADN et de son introduction dans la base de données CODIS permettra de faciliter les recherches de la police, voire de faire un lien avec d'autres affaires pénales non-élucidées ou d'autres cas qui pourraient survenir à l'avenir, qu'au vu des infractions en cause, cette mesure est adéquate et respecte le principe de proportionnalité, qu'elle doit donc être ordonnée* ».

C. Par acte du 2 décembre 2022, W._____, par l'intermédiaire de son défenseur d'office, a formé recours contre l'ordonnance précitée en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à son annulation, à ce qu'ordre soit donné à la direction de la procédure de faire détruire son profil ADN dans l'hypothèse où il aurait déjà été réalisé et de le faire supprimer de toute base de données. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de cette ordonnance et au renvoi de la cause au Ministère public pour complément d'instruction et nouvelle décision.

Le Ministère public ne s'est pas déterminé dans le délai imparti.

En droit :

1.

1.1 Aux termes de l'art. 393 al. 1 let. a CPP, 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 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 (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 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 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 la décision entreprise serait insuffisante.

2.2

2.2.1 Selon l'art. 255 al. 1 let. a 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. 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 ou futures qui sont encore inconnues des autorités de poursuites pénales (art. 259 CPP et art. 1 al. 2 let. a de la Loi sur les profils ADN [Loi fédérale sur l'utilisation de profil d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 ; RS 363] ; ATF 147 I 372 consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 consid. 3.3, JdT 2019 IV 327 ; TF 1B_409/2021 du 3 janvier 2022 consid. 4.1). Le profil ADN a notamment pour but d'éviter de se tromper sur l'identification d'une personne ou de jeter le soupçon sur des innocents ; il peut aussi avoir des effets préventifs et contribuer à la protection de tiers. Malgré ces indéniables avantages, l'art. 255 CPP n'autorise pas le prélèvement d'échantillons d'ADN et leur analyse de manière systématique (ATF 147 I 372 précité ; ATF 145 IV 263 précité consid. 3.4 ; TF 1B_409/2021 précité).

Les mesures de reconnaissance et la conservation des données peuvent porter atteinte au droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]) et à la protection contre l'emploi abusif de données personnelles (art. 13 al. 2 Cst. et 8 CEDH [Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101] ; ATF 147 I 372 précité consid. 2.2 ; ATF 145 IV 263 précité consid. 3.4 ; TF 1B_242/2020 du 2 septembre 2020 consid. 3.2). 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. ; TF 1B_409/2021 précité consid. 4.2 ; sur la qualification de la restriction aux droits fondamentaux créée par ces mesures : ATF 147 I 372 précité consid. 2.3).

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 ADN qui ne sert pas à élucider une infraction pour laquelle une instruction pénale est en cours n'est conforme au principe de la proportionnalité que s'il existe des indices sérieux et concrets que le prévenu pourrait être impliqué dans d'autres infractions. 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 ADN de celui-ci, mais il faudra tenir compte de cet élément dans la pesée d'intérêts à réaliser (ATF 145 IV 263 précité consid. 3.4 ; TF 1B_409/2021 précité consid. 4.3 ; TF 1B_242/2020 précité).

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 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 ADN. Dans la perspective d'éventuelles infractions pénales futures, des indices au sens mentionné suffisent (ATF 147 I 372 précité consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 précité consid. 3.4 ; TF 1B_409/2021 précité consid. 4.3). Le profil ADN peut aussi avoir des effets préventifs et contribue à la protection de tiers (ATF 147 I 372 précité consid. 2.1 ; ATF 145 IV 263 précité consid. 3.3 ; TF 1B_409/2021 précité consid. 4.1).

Il s'impose d'examiner chaque cas individuel pour ordonner l'établissement d'un profil ADN (ATF 147 I 372 précité ; ATF 141 IV 87 consid. 1.4.2, JdT 2015 IV 280 ; CREP 25 mars 2022/174 consid. 2.2.1 ; CREP 4 novembre 2021/987 consid. 2.1).

2.2.2 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 3 al. 2 let. c CPP (cf. aussi art. 6 CEDH) 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 à ce 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 142 II 154 consid. 4.2). 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).

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 (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; TF 6B_1135/2021 du 9 mai 2022 consid. 1.1). 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 13 juin 2022/419 consid. 2.2).

2.3 En l'occurrence, l'ordonnance entreprise mentionne, sous la rubrique « Motivation », que l'établissement du profil ADN du prévenu et de son introduction dans la base de données CODIS permettront de faciliter les recherches de la police, voire de faire un lien avec d'autres affaires pénales non-élucidées ou d'autre cas qui pourraient survenir à l'avenir, et qu'au vu des infractions en cause, cette mesure est adéquate et conforme au principe de proportionnalité.

Cette motivation viole le droit d'être entendu du recourant, en ce sens qu'elle ne permet pas au prévenu de saisir les considérations qui ont guidé la Procureure dans son raisonnement et, partant, de déterminer si ce raisonnement est adéquat ou doit, à l'inverse, être contesté. En effet, l'ordonnance ne permet pas d'appréhender les motifs pour lesquels l'établissement du profil d'ADN du prévenu serait nécessaire, que cela soit pour élucider les faits reprochés ou pour d'autres infractions, passées ou futures. En d'autres termes, le Ministère public n'a pas exposé, même sommairement et en se référant aux aspects concrets de l'affaire, en quoi la mesure pourrait véritablement être utile et justifier cette atteinte à la liberté personnelle du prévenu. En outre, elle ne comporte aucun véritable raisonnement sous l'angle du principe de la proportionnalité.

Quand bien même la Chambre des recours pénale dispose d'un plein pouvoir d'examen, il ne lui appartient pas de réparer la violation du droit d'être entendu constatée ci-dessus. Le recourant doit pouvoir bénéficier à cet égard de la garantie de la double instance (CREP 20 décembre 2022/973 ; CREP 26 septembre 2022/788 ; CREP 24 février

2022/140). Le vice ne peut ainsi pas être réparé en procédure de recours (ibid.).

Vu ce qui précède, il n'y a pas besoin d'examiner plus avant les autres moyens soulevés par le recourant.

3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et l'ordonnance du 24 novembre 2022 annulée. Le dossier de la cause sera renvoyé au Ministère public cantonal Strada 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.

Me Estelle Marguet a produit une liste d'opérations faisant état de 3h10 d'activité d'avocat (P. 43). Les deux courriers annoncés, totalisant 0h20, ne seront pas indemnisés dès lors qu'il s'agit de travail de secrétariat. On retiendra ainsi 2h20 pour la rédaction du recours et la prise de connaissance de l'avis de la cour de céans du 13 décembre 2022 et 0h30 pour les opérations après jugement. C'est ainsi une indemnité de 510 fr. qui lui sera allouée, correspondant à 2h50 d'activité nécessaire d'avocat au tarif horaire de 180 fr., auxquels il y a lieu 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. 20, plus la TVA par 40 fr. 05, ce qui donne 560 fr. 25 au total, arrondis à 561 francs.

Les frais de la procédure de recours, 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]), ainsi que les frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), par 561 fr., seront laissés à la charge de l'Etat (428 al. 4 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénales
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 24 novembre 2022 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public cantonal Strada pour qu'il procède dans le sens des considérants dans un délai de dix jours dès notification du présent arrêt, à défaut de quoi le prélèvement ADN n° [...] devra être détruit.
- IV.** L'indemnité allouée au défenseur d'office de W._____, Me Estelle Marguet, est fixée à 561 fr. (cinq cent soixante-et-un francs).
- V.** Les frais d'arrêt, par 770 fr. (sept cent septante francs), ainsi que l'indemnité due au défenseur d'office de W._____, par 561 fr. (cinq cent soixante-et-un francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- VI.** 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 Estelle Marguet, avocate (pour W._____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme 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 :