

Arrêt du 18 août 2009

CHAMBRE PÉNALE

COMPOSITION

Président : Georges Chanez
Juges : Pierre Corboz, Roland Henninger
Greffier : Felix Baumann

PARTIES

X, recourant, représenté par Me Claude Hentz, avocat, Gartenhofstr. 15,
Postfach 1633, 8026 Zurich,

contre

MINISTÈRE PUBLIC, rue de Zaehringen 1, case postale, 1701 Fribourg,
intimé.

OBJET

Prélèvement de profil ADN

Recours du 15 juin 2009 contre l'ordonnance du juge d'instruction du 5
mai 2009

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Le 11 octobre 2008, une trentaine de personnes cagoulées, casquées et gantées ont pénétré de force dans le café « A », à B, et l'ont saccagé. Plusieurs objets portant des traces biologiques ont été perdus par les agresseurs dans leur fuite. Dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre Y et inconnu pour émeute, violation de domicile, dommages à la propriété, lésions corporelles, violence et menaces contre les fonctionnaires, le juge d'instruction a ordonné à la Police cantonale, le 5 mai 2009, de procéder à un "prélèvement d'échantillon de profil ADN" sur la personne de X (pce 4000). Ce mandat a été exécuté le 3 juin 2009 et l'échantillon prélevé a été adressé au CURML [Centre universitaire romand de médecine légale] pour analyse et comparaison avec les échantillons prélevés sur les objets perdus par les agresseurs dans leur fuite.

B. Le 15 juin 2009, X a adressé un recours ("Einsprache") rédigé en allemand au juge d'instruction contre le mandat décerné par ce dernier le 5 mai 2009 et requis l'effet suspensif. Le 19 juin 2009, le juge d'instruction a transmis le recours à la Chambre pénale. (...)

Par déterminations des 19 et 25 juin 2009, le juge d'instruction ainsi que le Ministère public ont conclu au rejet du recours.

e n d r o i t

1. a) Les délits instruits par le juge d'instruction ont été commis dans l'arrondissement _____ et plusieurs personnes, de langue française, se sont déjà constituées parties civiles (cf. pces 2000 ss), de sorte que la procédure pénale est menée en français (art. 45 al. 1 let. a et 46 al. 1 CPP). L'ordonnance attaquée a d'ailleurs été rendue dans cette langue et le présent arrêt le sera également (art. 45 al. 3 CPP), nonobstant le fait que le prévenu Y ainsi que le recourant sont de langue maternelle allemande. Par contre, il est exceptionnellement renoncé à demander au recourant de fournir une traduction de son recours (cf. art. 49 al. 1 CPP).

b) L'ordonnance attaquée émane du juge d'instruction et non pas de la police comme semble croire le recourant, de sorte que seul le recours à la Chambre pénale est donné (art. 202 al. 1 CPP). Le délai de recours est de 10 jours à compter de la mesure ou de la communication de la décision (art. 203 al. 1 CPP).

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier si et quand la décision attaquée a été communiquée au recourant. Il ressort toutefois de la détermination du juge d'instruction que le mandat délivré le 5 mai 2009 a été exécuté le 3 juin 2009 et que le recourant a été interrogé par la police ce jour-là (pces 1000, 2000 E). C'est dès lors ce jour au plus tard que le recourant en a eu connaissance. Partant, le recours, déposé le lundi 15 juin 2009, l'a été en temps utile (cf. art. 64 al. 2 CPP). Etant directement atteint dans ses intérêts juridiquement protégés, le recourant a qualité pour agir, peu importe qu'il soit considéré comme prévenu

ou comme personne appelée à fournir des renseignements (art. 196 let. a et d CPP). L'acte de recours est conforme aux exigences formelles de l'art. 199 CPP. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur le recours.

2. En premier lieu, le recourant reproche au juge d'instruction que les conditions légales pour le prélèvement d'un profil ADN ne sont pas remplies (recours, ch. 2-4). En outre, il allègue des lacunes procédurales.

a) A teneur de l'art. 133b al. 1 CPP, le prélèvement et l'analyse d'ADN ainsi que la destruction d'ADN et l'effacement d'office des profils d'ADN sont régis par la législation sur les profils d'ADN. En vertu de l'art. 2 al. 1, 1^{ère} phrase OADN (RSF 551.17), la Police cantonale, les juges d'instruction et les tribunaux pénaux ordonnent, dans les procédures pénales, les prélèvements et les analyses conformément aux dispositions de la législation fédérale. A teneur de la loi fédérale sur les profils d'ADN (RS 363, ci-après: la loi), pour élucider un crime ou un délit, un prélèvement, par exemple un frottis de la muqueuse jugale, peut être effectué aux fins d'analyse de l'ADN sur la personne d'un suspect (art. 3 al. 1 let. a). Le prélèvement non invasif d'échantillons sur des personnes et l'analyse de ces échantillons pour l'établissement d'un profil ADN peuvent être ordonnés par la police, l'autorité d'instruction pénale ou le tribunal pénal (art. 7 al. 1 let. a). Sous réserve d'une enquête de grande envergure au sens de l'art. 3 al. 2, aucune analyse de l'échantillon n'est effectuée avant qu'il soit établi que les conditions requises pour la saisie du profil d'ADN dans le système d'information sont remplies (art. 3 al. 3). Sont notamment saisis dans le système d'information les profils d'ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou un délit ou d'y avoir participé (art. 11 al. 1 let. a). Ne sont notamment pas saisis dans le système d'information les profils d'ADN des personnes dont il s'est avéré, lors d'une enquête de grande envergure visant à élucider un crime, qu'elle ne pouvaient en être les auteurs (art. 11 al. 4 let. c), des personnes dont il s'est avéré qu'elles ne pouvaient être les auteurs du crime ou du délit dont elles ont été soupçonnées (art. 11 al. 4 let. d), et des personnes impliquées dans une procédure qui s'est conclue par un non-lieu (art. 11 al. 4 let. e). L'autorité qui ordonne la mesure informe la personne en cause, avant le prélèvement, de la saisie de son profil d'ADN dans le système d'information, de son droit d'être renseignée et des conditions requises pour que les données soient effacées (art. 15 al. 1).

La loi fédérale sur les profils ADN a subi de nombreuses modifications en débats parlementaires. Ont notamment été ajoutées les lettres d et e de l'art. 11 al. 4 de la loi, sans que les motifs exacts ressortent des débats (BO CN 2002 III 1241 ss). Il y a lieu de distinguer l'analyse de l'ADN de la saisie dans le système d'information des profils d'ADN établis par l'analyse. A l'exception des enquêtes de grande envergure (art. 3 al. 2 de la loi), l'analyse ne peut être effectuée que si une des conditions de l'art. 11 de la loi est remplie. Or, cela ne signifie pas que tout profil d'ADN résultant d'une analyse au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi soit automatiquement saisi dans le système d'information, sinon les lettres d et e de l'art. 11 al. 4 de la loi seraient vidées de leur sens, quand bien même l'on constate une certaine contradiction avec l'obligation, prévue à l'art. 15 al. 1 et également introduite au cours des débats parlementaires (BO CN 2002 III 1248 s.), d'informer la personne en cause de la saisie de son profil dans le système d'information avant le prélèvement. Aussi, l'art. 3 al. 3 de la loi n'est pas sans équivoque dans la mesure où cette disposition subordonne l'analyse de l'échantillon à la condition que son résultat puisse être saisi dans le système d'information, ce qui n'est précisément pas le cas pour les exceptions énumérées à l'art. 11 al. 4 de la loi. Il y a toutefois lieu de constater que même le message prévoyait des exceptions à la saisie dans le système d'information (FF 2001 I 40 s. ch. 2.2.4.2).

b) En l'espèce, on n'est à l'évidence pas en présence d'une enquête de grande envergure, le prélèvement et l'analyse ayant été ordonnés contre le seul recourant, suspecté d'avoir participé aux événements du 11 octobre 2008, et le reproche d'une "fishing expedition" (cf. recours, ch. 4) n'est pas fondé. Le prélèvement et l'analyse de l'ADN auprès du recourant sont dès lors conformes à la loi sur les profils d'ADN à condition que la mesure ait été ordonnée par la police, l'autorité d'instruction pénale ou le tribunal pénal (art. 7 al. 1 de la loi) et qu'il y ait des soupçons suffisants sur le fait que le recourant ait commis un crime ou un délit ou y ait participé (art. 11 al. 1 let. a en relation avec l'art. 3 al. 3 de la loi). En outre, la personne en cause doit être informée, avant le prélèvement, de la saisie de son profil d'ADN dans le système d'information, de son droit d'être renseignée et des conditions requises pour que les données soient effacées (art. 15 al. 1 de la loi).

aa) L'ordonnance attaquée qui parle de "prélèvement de profil ADN" est quelque peu ambiguë dans la mesure où elle mélange le prélèvement de l'échantillon et l'analyse de l'ADN qui s'en suit, mais il est évident que tant l'ordonnance que le recours portent aussi bien sur le prélèvement de l'échantillon que sur son analyse subséquente. En outre, l'échantillon prélevé a déjà été transmis au CUMRL pour analyse et comparaison (cf. détermination du juge d'instruction, p. 3). Le mandat du 5 mai 2009 ayant été décerné par le juge d'instruction, la condition stipulée à l'art. 7 al. 1 de la loi est à l'évidence remplie, et le grief du recourant relatif à l'information à donner par la police dans les cas de l'art. 7 al. 2 de la loi (recours, ch. 1) tombe à faux.

bb) L'enquête est menée pour émeute, violation de domicile, dommages à la propriété, lésions corporelles, violence et menaces contre les fonctionnaires, c'est-à-dire pour des délits (cf. art. 10 al. 3 CP). Le juge d'instruction a motivé ses soupçons à l'encontre du recourant par le fait que ce dernier a eu de nombreux contacts téléphoniques avant et après l'attaque du 11 octobre 2008 avec Z dont il est établi qu'il y a pris part, par le fait que le téléphone portable du recourant a été localisé la soirée du 11 (recte probablement: 10) octobre 2008 à C où l'attaque a été préparée, et enfin par le fait qu'il est connu que les groupes extrémistes dont sont issus les auteurs de l'attaque ont adopté comme règle de ne pas emporter sur les lieux de leurs méfaits leurs téléphones portables, ou de laisser ceux-ci éteints (cf. sa détermination du 19 juin 2009). Bien que relativement vagues, ces indices sont à ce stade de la procédure suffisants pour soupçonner le recourant d'avoir participé à l'attaque du 11 octobre 2008. La condition stipulée à l'art. 11 al. 1 let. a en relation avec l'art. 3 al. 3 de la loi est dès lors également remplie.

cc) Lors de l'audition faite à l'occasion du prélèvement le 3 juin 2009, le recourant a été informé des deux premiers éléments à charge mentionnés ci-dessus ainsi que de l'objet de l'enquête menée par le juge d'instruction (pce 2000 partie E). Il savait dès lors pourquoi le prélèvement et l'analyse étaient effectués. Le grief selon lequel l'ordonnance attaquée n'a pas été motivée (recours, ch. 1 et 5) est dès lors infondé. Au demeurant, une éventuelle motivation lacunaire au moment du prélèvement aurait entre-temps été guérie du fait que la détermination du juge d'instruction du 19 juin 2009 a été transmise au recourant le 25 juin 2009 sans que celui-ci ait complété son recours.

dd) Vu ce qui précède, le prélèvement de l'échantillon ainsi que l'analyse d'ADN ont été effectués conformément à la loi. Sur ce point, le recours est infondé.

ee) Il ne ressort pas du dossier que les informations au sens de l'art. 15 al. 1 de la loi aient été données au recourant avant le prélèvement. Comme il s'agit là d'une prescription

d'ordre qui n'affecte pas la validité du prélèvement et de l'analyse, cette question peut rester indécise. De toute façon, cette disposition n'a pas de portée propre lorsque le profil d'ADN n'est pas saisi dans le système d'information. Toutefois, au cas où il s'avèrerait que le profil d'ADN du recourant correspond à une des traces biologiques retrouvées sur les objets perdus par les agresseurs dans leur fuite, le juge d'instruction est invité à donner au recourant les informations prescrites à l'art. 15 al. 1 de la loi avant de saisir son profil d'ADN dans le système d'information. Au cas où le profil d'ADN du recourant ne correspond à aucune des traces biologiques retrouvées sur ces objets et qu'aucun autre indice à charge du recourant n'est découvert, le juge d'instruction est invité, en application de l'art. 11 al. 4 let. d/e de la loi, à ne pas saisir le profil d'ADN du recourant dans le système d'information.

3. Le recourant s'en prend au fait qu'il a été cité en tant que personne appelée à fournir des renseignements et que le prélèvement a également été effectué à ce titre (recours, ch. 3). Le 6 avril 2009, le juge d'instruction a ordonné un contrôle rétroactif du téléphone portable du recourant (pces 8000 ss). En ordonnant cette mesure de contrainte, il a matériellement ouvert une enquête contre le recourant (N. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2^e éd., Berne 2005, n. 1338; N. SCHMID, Strafprozessrecht, 3^e éd., Zürich 1997, n. 785). Le mandat de prélever un échantillon aux fins d'établir une analyse d'ADN, décerné de surcroît par un juge, constitue également une mesure de contrainte (F. BOMMER, DNA-Analyse zu Identifizierungszwecken im Strafverfahren *in* RPS 2000 p. 144 s.). En outre, l'analogie faite par le juge d'instruction et le Ministère public est quelque peu boiteuse dans la mesure où la personne appelée à fournir des renseignements peut refuser toute collaboration, ce qui n'est pas le cas pour le prélèvement d'échantillon ordonné par le juge. Il est dès lors douteux que le recourant puisse être considéré comme personne appelée à fournir des renseignements. Le nouveau droit prévoit d'ailleurs explicitement qu'en cours d'enquête, le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN peuvent être ordonné sur le prévenu (art. 255 al. 1 let. a du Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007, FF 2007 VI 6659). Comme les conditions légales pour le prélèvement d'un échantillon et l'analyse d'ADN sont en l'espèce remplies (cf. consid. 2), la question de savoir à quel titre le recourant a fait l'objet de la mesure de contrainte en cause n'a pas d'incidence pratique pour la présente procédure et peut demeurer indécise. A toutes fins utiles, il sied de relever que le recourant a refusé de répondre aux questions qui lui ont été posées par la police, a déjà mandaté un avocat et a recouru contre le mandat de prélèvement et d'analyse d'ADN. Ses droits de prévenu ont dès lors été sauvegardés. Le recours est infondé sur ce point.

Au cas où il s'avèrerait, après comparaison de l'ADN du prévenu aux traces biologiques prélevées sur place, que la procédure à son encontre devrait être continuée, le juge d'instruction est toutefois invité à en aviser le recourant, conformément à l'art. 156 al. 1 CPP, à la première occasion.

4. Enfin, le recourant demande à ce que les pièces relatives au contrôle téléphonique rétroactif lui soient communiquées (ch. 6 du recours). L'ordonnance attaquée ne portant pas sur le contrôle téléphonique rétroactif, le recours est irrecevable sur ce point.

5. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. (...)

6. Vu le sort de la procédure, les frais, y compris ceux de la procédure d'effet suspensif, sont mis à la charge du recourant. Ils sont fixés à 753 francs. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie au recourant qui succombe (art. 241 al. 1 CPP).

I a C h a m b r e a r r ê t e :

- I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. Les frais de la procédure de recours dus à l'Etat, y compris ceux de la procédure d'effet suspensif, sont mis à la charge de X. Ils sont fixés à 753 francs.
- III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 18 août 2009

5587