

Bundesstrafgericht
Tribunal pénal fédéral
Tribunale penale federale
Tribunal penal federal



Numéro de dossier: BB.2015.17

Décision du 6 octobre 2015

Cour des plaintes

Composition

Les juges pénaux fédéraux Stephan Blättler, président,
Andreas J. Keller et Patrick Robert-Nicoud,
la greffière Manuela Carzaniga

Parties

MINISTÈRE PUBLIC DU CANTON DE GENÈVE,
requérant

contre

OFFICE FÉDÉRAL DE LA POLICE, FEDPOL,

autorité qui a rendu la décision attaquée

Objet

Entraide judiciaire nationale (art. 48 al. 2 CPP)

Faits:

- A.** Le Ministère public de la République et canton de Genève (ci-après: MP-GE) mène depuis 1988 une procédure pénale pour assassinat. L'enquête a permis, à partir d'une trace de liquide séminal, d'isoler le profil ADN d'un homme inconnu, potentiellement auteur du crime susdit; en revanche, ni les recherches dans les banques de données suisses et étrangères, ni les autres mesures d'investigation n'ont permis, à ce jour, de mettre un nom sur ledit profil ADN (act. 1).

- B.** Le 12 juin 2014, le MP-GE a demandé au Service de coordination en matière de profils ADN (ci-après: Service de coordination) de procéder à une recherche familiale dans ladite procédure pénale (act. 1, par. I/13; act. 1.4).

- C.** Le 19 juin 2014, le Service de coordination a refusé de s'exécuter (act. 1.5).

- D.** Le 7 janvier 2015, le MP-GE a demandé à l'Office fédéral de la police (ci-après: FEDPOL) d'ordonner au Service de coordination de procéder à ladite recherche familiale (act. 1.2).

- E.** Le 7 février 2015, FEDPOL a refusé de donner droit à la demande du MP-GE (act. 1.1).

- F.** Le 19 février 2015, le MP-GE a saisi le Tribunal pénal fédéral d'une demande de règlement d'un différend, le priant en substance d'ordonner à FEDPOL, respectivement au Service de coordination, de procéder à ladite recherche familiale (act. 1).

- G.** Dans sa réponse du 13 mars 2015, FEDPOL conclut au rejet du recours (act. 3). Par réplique du 27 mars 2015, le MP-GE persiste dans ses conclusions (act. 5). Invité à dupliquer, FEDPOL maintient également l'intégralité de ses conclusions (act. 7). La duplique de FEDPOL a été transmise pour information au MP-GE le 17 avril 2015 (act. 8).

Les arguments et moyens de preuve invoqués par les parties seront repris, si nécessaire, dans les considérants en droit.

La Cour considère en droit:

1.

1.1 La Cour des plaintes statue sur les affaires dont le CPP attribue la compétence à l'autorité de recours ou au Tribunal pénal fédéral (art. 37 al. 1 de la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération; [LOAP; RS 173.71]).

1.2 Il y a lieu de clarifier en premier lieu si l'autorité de céans est compétente pour connaître de "la demande de règlement de différend" qui lui est soumise par le MP-GE. Celui-ci, se référant à l'art. 48 al. 2 CPP pour fonder la compétence de l'autorité de céans, invoque que FEDPOL lui a refusé une mesure d'entraide judiciaire nationale (act. 1, par. II/A). FEDPOL ne conteste pas la qualité pour recourir du MP-GE (act. 3, par. B/I).

1.3 Aux termes de l'art. 48 al. 2 CPP, les conflits en matière d'entraide judiciaire entre les autorités de la Confédération et des cantons ainsi qu'entre les autorités de différents cantons sont tranchés par le Tribunal pénal fédéral (al. 2). La demande n'est pas soumise à un délai particulier (pratique développée autour de l'art. 279 de la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1935, abrogée le 1^{er} janvier 2011, et applicable à l'art. 48 CPP; cf. décisions du Tribunal pénal fédéral BB.2015.30 du 24 juin 2015, consid. 1.1; BG.2010.19 du 8 novembre 2010, consid. 1.1; BG.2010.11 du 21 septembre 2010, consid. 1.1; BV.2005.35 du 15 février 2006, consid. 1.1; BB.2005.19 du 18 avril 2005, consid. 1 qui renvoie à l'ATF 129 IV 141, consid. 2.2).

1.4 Par entraide judiciaire, on entend toute mesure requise par une autorité en vertu de la compétence qu'elle exerce dans le cadre d'une procédure pénale pendante (art. 43 al. 4 CPP). Le Message précise à cet égard qu'il s'agit concrètement au premier chef de l'assistance que doivent se prêter mutuellement le ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions et les tribunaux. L'entraide englobe également les actes de procédure exécutés par la police sur les instructions des autorités susmentionnées. L'entraide judiciaire comprend toutefois aussi des prestations fournies par d'autres autorités de la Confédération ou des cantons (y compris les autorités communales) aux autorités pénales susmentionnées (Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057, p. 1121, § 2.2.4.1). La jurisprudence du Tribunal fédéral considère pour sa part que l'entraide judiciaire porte sur toute mesure qu'une autorité est requise de prendre, dans les limites de sa compétence, au cours d'une poursuite pénale pendante pour les fins de la poursuite ou pour l'exécution du jugement (ATF 102 IV 217 consid. 2; 96 IV 181 consid. 1) c'est-à-dire, ainsi définie, toute opération

qu'un organe étatique est habilité à accomplir et qui est en rapport avec une affaire pénale, peu importe qu'elle en soit au stade des recherches préliminaires, dans la phase de l'instruction ou de l'exécution du jugement (MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *Petit Commentaire, Code de procédure pénale*, Bâle 2013, n° 5 *ad* remarques préliminaires aux art. 43 à 55 et référence citée; SCHMITT, *Commentaire bâlois, Schweizerische Strafprozessordnung*, Bâle 2014, n° 8 *ad* art. 43; RIKLIN, *StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen*, 2^e éd., Zurich 2014, remarques préliminaires *ad* art. 43-53 n° 1 et 2). Ainsi, pratiquement, tout acte de coopération nécessité par les besoins de l'enquête, en relation avec cette dernière, tombe sous le coup de l'art. 43 al. 4 CPP. On envisagera dès lors les actes de recherche, d'instruction, les citations, les auditions de témoins ou de personnes chargées de donner des renseignements, les perquisitions, les séquestres, les requêtes tendant à autoriser un fonctionnaire à déposer ou à produire des documents officiels, la levée du secret postal ou de télécommunication (MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, n°14 *ad* art. 43 et références citées; SCHMITT, *op. cit.*, n° 15 *ad* art. 43 et références citées).

- 1.5 En l'occurrence, il ne fait aucun doute que la mesure demandée à FEDPOL par le MP-GE, soit une recherche dans la banque de données ADN, est, au sens du CPP, une mesure de contrainte, soit un acte de procédure qui appartient aux autorités de poursuite pénale (art. 196 ss et 255 ss CPP). Par conséquent, la demande de règlement du différend causé par le refus de FEDPOL d'y donner droit est recevable.

2. Outre les art. 255 ss CPP, l'usage des profils ADN est régi par la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (ci-après: loi sur les profils d'ADN; RS 363) et l'ordonnance y relative (RS 363.1). L'art. 1 al. 1 de la loi sur les profils d'ADN précise qu'elle règle l'utilisation des profils d'ADN dans des procédures pénales (let. a); le traitement des profils d'ADN dans un système d'information fédéral (let. b); l'identification, par la comparaison de profils d'ADN, de personnes inconnues, disparues ou décédées, hors d'une procédure pénale (let. c). L'al. 2 prévoit qu'elle vise notamment à accroître l'efficacité des poursuites pénales en permettant le recours à la comparaison de profils d'ADN dans le but (let. a) d'identifier les suspects et de lever les soupçons qui pèsent sur d'autres personnes (ch. 1), de déceler rapidement, par l'analyse systématique de matériel biologique, les éléments communs à diverses infractions et notamment de repérer les groupes de délinquants opérant de manière organisée, les criminels en série et les récidivistes (ch. 2), de contribuer à l'administration des preuves (ch. 3); la

comparaison de profils d'ADN dans le cadre de l'entraide judiciaire et de l'entraide administrative en matière de police (let. b).

- 2.1** La mesure demandée par le MP-GE a pour but, partant du profil ADN complet de l'auteur présumé (*supra*, let. A) d'identifier des profils proches qui pourraient correspondre à des liens de parenté proches (frère-frère, sœur-frère, oncle-neveu, tante-neveu), ainsi que de rechercher des liens de parenté "parent-enfant" (mode *low stringency*; act. 1, par. III). FEDPOL fonde son refus non sur des motifs techniques (act. 3, par. 2.2.1) mais sur l'absence de base légale qui fonderait ladite mesure, respectivement la présence d'un silence qualifié du législateur qui réserverait la recherche familiale aux cas visés par l'art. 1 al. 1 let. c de la loi sur l'utilisation de profils d'ADN, soit l'identification de personnes inconnues, disparues ou décédées (act. 3, par. 2.2.2). Selon FEDPOL, la loi ne permettrait, dans les procédures pénales (art. 1 al. 1 let. a), que l'identification directe des suspects. La recherche familiale en revanche ne serait qu'un moyen indirect d'y parvenir, les personnes dont le profil présenterait les analogies recherchées avec celui de l'auteur présumé n'étant pas liées au crime sous enquête. Le risque serait grand qu'elles ne tombassent dans le champ des investigations que du fait de leur parenté établie génétiquement avec l'auteur présumé (act. 3, par. II, § 2.2.2, let. g).
- 2.2** Le Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (FF 2001 19, p. 19 ss; ci-après: Message ADN), outre qu'il résume les bases scientifiques et techniques de l'usage des profils ADN dans le cadre de la loi (Message ADN, FF 2001 19, p. 25 à 28, § 2.1.1 - 2.1.2; voir également VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils d'ADN [ou recherches en parentèle] en droit suisse, RPS 131/2013, p. 141 ss), indique les choix faits par le Conseil fédéral et adoptés par le législateur. Premièrement, le législateur a voulu qu'en procédure pénale, lorsqu'il s'agit d'établir la preuve, l'analyse de l'ADN ne soit pas soumise à restriction (Message ADN, FF 2001 19, p. 29, § 2.1.4 par. 2) et que le recours à l'analyse de l'ADN soit le plus large possible afin d'éclaircir un grand nombre de délits (Message ADN, FF 2001 19, p. 29, § 2.1.4 par. 6). Au sujet de l'art. 1, le Message ADN ne fait pas de distinction particulière, au sens compris par FEDPOL (cf. *supra*, consid. 2.1), entre l'identification dans le cadre d'une procédure pénale (art. 1 al 1 let. a) ou hors de celle-ci (art. 1 al. 1 let. b; Message ADN, FF 2001 19, p. 32 à 34, § 2.2.1.1 et 2.2.1.2). Concernant l'art. 2 al. 3 de la loi sur les profils d'ADN, qui prévoit que le profil d'ADN, l'échantillon de base et les autres données génétiques ne peuvent être utilisés à d'autres fins que celles prévues dans ladite loi, le Message ADN indique, à titre d'exemples, que le profil ADN recueilli dans

une procédure pénale ne peut pas être utilisée dans une procédure civile, ou que le profil d'un parent établi pour identifier une personne décédée dans un accident (soit hors procédure pénale, cf. Message ADN, FF 2001 19, p. 36, § 2.2.4) ne peut être utilisé dans une procédure pénale (Message ADN, FF 2001 19, p. 34, § 2.2.1.2, par. 2). Les analyses génétiques dans d'autres domaines que ceux de la loi sur l'utilisation de profils ADN sont régies par la loi sur l'analyse génétique humaine (LAGH; RS 810.12).

2.3 La requête du MP-GE refusée par FEDPOL peut se résumer ainsi: en général (et du point de vue de FEDPOL, exclusivement), la comparaison des profils ADN doit permettre de dégager deux profils identiques sur un certain nombre de points de comparaison (*high stringency*). La mesure envisagée par le MP-GE a pour but de dire si des profils ADN figurant déjà dans la base de données correspondent, avec moins de points de comparaison (*low stringency*), à celui attribué à l'auteur présumé. Etant notoire que la comparaison des profils ADN repose sur la statistique, moins le nombre de points de comparaison est élevé, plus le "risque" que des profils ADN présents dans la base de données soient, en ces points, semblables à celui de l'auteur présumé est grand. Il convient de préciser que les points de comparaison sont établis sur des séquences non-codantes de l'ADN, qui ne sont – en substance – pas en rapport avec des caractéristiques physiques (Message ADN, FF 2001 19, p. 25 – 26, § 2.1.1). Il faut également remarquer que la mesure demandée par le MP-GE a pour objectif d'identifier des profils proches (act. 1, par. III), et donc en nombre limité.

2.4 *Prima facie*, l'on peut comprendre la réticence de FEDPOL à ce que des personnes soient portées à la connaissance du MP-GE de par leur seule similarité génétique avec le profil de l'auteur présumé, suite à ce qui pourrait être interprété comme une "fishing expedition" dans la base de données ADN, réserve partagée par VUILLE/HICKS/KUHN lorsqu'ils estiment que les recherches familiales portent atteinte à la vie privée des individus présents dans la banque de données et dont le profil génétique est "parent" de celui de l'auteur présumé, atteinte d'une telle intensité qu'elle interdirait le recours à ce procédé (VUILLE/HICKS/KUHN, *op. cit.*, p. 158 ss).

Cependant, on voit mal, considérant que le Message ADN envisage la comparaison de profils génétiques comme "une méthode d'investigation parmi d'autres" (Message ADN, FF 2001 19, p. 32, § 2.2.1.1, par. 2), en quoi la mesure envisagée se distingue, dans ses effets, des investigations "ordinaires", en particulier suite à un crime capital, qui impliquent souvent un certain niveau de contrainte envers des personnes dont la participation au crime sous enquête est d'emblée exclue ou très improbable (par exemple l'inspection, art. 193 CPP; l'appréhension, art. 215 CPP; la perquisition,

art. 241 CPP) et qui, le cas échéant, bénéficient de droits dans la procédure pénale. En effet, la mesure demandée par le MP-GE ne permettra que d'isoler certains individus qui présentent une proximité génétique avec le profil présumé. Le déroulement ultérieur de l'enquête relative à ces individus – qui sont exclus d'emblée comme l'auteur présumé sur la base de la trace – suivra les règles ordinaires de la procédure pénale, dans laquelle ils disposeront des droits relatifs à leur qualité. *A fortiori*, si l'enquête révèle d'autres individus dont le profil ne figure pas dans la banque de données, le prélèvement de leur ADN devra répondre aux conditions du CPP. Il en découle que la mesure demandée par le MP-GE n'affaiblit en rien les droits des individus que l'enquête pourrait concerner, soit parce qu'ils figurent déjà légalement dans la banque de données soit parce que si le prélèvement de leur ADN devait être ordonné pour y figurer, il se fera aux conditions légales des art. 255 ss CPP, éventuellement dans le cadre et aux conditions d'une enquête de grande envergure (art. 256 CPP, cf. CHERVET, Les conditions de mise en œuvre d'un prélèvement d'ADN lors d'enquêtes de grande envergure et recours contre cette décision, *in*: Jusletter du 21 septembre 2015). Dès lors que la loi n'interdit pas expressément la mesure demandée par le MP-GE et que le Message ADN va dans le sens d'une utilisation la plus large possible, dans les limites légales, de la comparaison de profils ADN "pour accroître l'efficacité des poursuites pénales" (Message ADN, FF 2001 19, p. 32, § 2.2.1.1), la Cour ne partage pas l'avis de FEDPOL quant au silence qualifié du législateur qui interdirait la mesure demandée (silence qualifié que contestent également VUILLE/HICKS/KUHN, qui voient plutôt dans la législation actuelle un flou juridique [VUILLE/HICKS/KUHN, *op. cit.*, p. 176]).

2.5 Par conséquent, le différend entre le MP-GE et FEDPOL est tranché en faveur du premier. FEDPOL est invité à donner droit à la demande d'entraide nationale telle que formulée par le MP-GE.

3. La présente décision est rendue sans frais (art. 423 al. 1 CPP).

Par ces motifs, la Cour des plaintes prononce:

1. Le différend est tranché en faveur du Ministère public de la République et canton de Genève; l'Office fédéral de la police exécutera la mesure d'entraide judiciaire nationale demandée.
2. La présente décision est rendue sans frais.

Bellinzone, le 7 octobre 2015

Au nom de la Cour des plaintes
du Tribunal pénal fédéral

Le président:

La greffière:

Distribution

- Ministère public du canton de Genève
- Office fédéral de la police

Indication des voies de recours

Il n'existe pas de voie de recours ordinaire contre la présente décision.