

jährlichen Einkommen von Fr. 120'000.– führt. Der Netto-Vermögensertrag der Beschuldigten beträgt gemäss Veranlagungsperiode 2014 Fr. 58'790.–, der Schuldzins Fr. 21'567.–, der Steuerbetrag rund Fr. 3'000.–. Für allgemeine Lebenshaltung und Krankenkasse der Beschuldigten werden rund Fr. 27'000.– in Abzug gebracht, für Berufsauslagen Fr. 6'053.–. Daraus errechnet sich ein Tagessatz von Fr. 360.–.

TPF 2015 104

20. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause Ministère public du canton de Genève contre Office fédéral de la police (FEDPOL) du 6 octobre 2015 (BB.2015.17)

Entraide judiciaire nationale. Recherches familiales. Comparaison de profils ADN dans une banque de données.

Art. 43 al. 4 CPP, art. 1, 2 al. 3 loi sur les profils d'ADN

Le refus de FEDPOL de procéder à une recherche familiale dans une banque de données ADN, requise par une autorité pénale cantonale, relève de l'entraide judiciaire nationale. La Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est dès lors compétente pour régler le différend (consid. 1.3–1.5). La loi ne confère pas expressément la possibilité à l'autorité pénale de comparer les profils ADN à l'intérieur d'une banque de données ADN, dans le but de trouver des profils ADN proches (*low stringency*) de celui de l'auteur présumé d'une infraction. Cette lacune législative ne doit pas être interprétée comme un silence qualifié du législateur, qui interdirait la mise en œuvre de cette mesure de contrainte. Les recherches de ce genre sont donc admises (consid. 2.4).

Nationale Rechtshilfe. Familienforschung. Vergleich von DNA-Profilen in einer Datenbank.

Art. 43 Abs. 4 StPO, Art. 1, 2 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz

Die Weigerung der FEDPOL, in einer DNA-Profil-Datenbank die von einer kantonalen Strafbehörde verlangte Familienforschung durchzuführen, fällt in den Bereich der nationalen Rechtshilfe. Die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts ist zum Entscheid eines solchen Konflikts zuständig (E. 1.3–1.5). Das Gesetz erlaubt es den Strafbehörden nicht ausdrücklich, DNA-Profile in einer DNA-Profil-Datenbank zu vergleichen, um DNA-Profile nahe bei demjenigen eines mutmasslichen Straftäters zu finden (*low stringency*). Diese Gesetzeslücke ist nicht als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu

interpretieren, welche die Durchführung einer solchen Zwangsmassnahme verbieten würde. Derartige Nachforschungen sind daher zulässig (E. 2.4).

Assistenza giudiziaria nazionale. Ricerche famigliari. Confronto dei profili del DNA in una banca dati.

Art. 43 cpv. 4 CPP, art. 1, 2 cpv. 3 legge sui profili del DNA

Il rifiuto da parte della FEDPOL di procedere ad una ricerca famigliare in una banca dati del DNA su richiesta di un'autorità penale cantonale rientra nell'ambito dell'assistenza giudiziaria nazionale, per cui la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale è competente a decidere in merito (consid. 1.3–1.5). La legge non attribuisce esplicitamente all'autorità penale la possibilità di comparare i profili del DNA all'interno di un'apposita banca dati, allo scopo di trovare profili di DNA vicini (*low stringency*) a quelli del presunto autore di un reato. Questa lacuna legislativa non deve essere interpretata come un silenzio qualificato del legislatore e quindi come un divieto di questo genere di misura coercitiva. Le ricerche di questo tipo sono pertanto ammissibili (consid. 2.4).

Résumé des faits:

Le Ministère public de la République et canton de Genève (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. Le 12 juin 2014, le MP-GE a demandé au Service de coordination en matière de profils ADN (Service de coordination) de procéder à une recherche familiale dans ladite procédure pénale. Le 19 juin 2014, le Service de coordination a refusé de s'exécuter. Le 7 janvier 2015, le MP-GE a demandé à l'Office fédéral de la police (FEDPOL) d'ordonner au Service de coordination de procéder à ladite recherche familiale. Le 7 février 2015, FEDPOL a refusé de donner droit à la demande du MP-GE. Le 19 février 2015, le MP-GE a saisi le Tribunal pénal fédéral d'une demande de règlement de différend, le priant en substance d'ordonner à FEDPOL, respectivement au Service de coordination, de procéder à ladite recherche familiale.

La Cour des plaintes a tranché le différend en faveur du MP-GE, invitant FEDPOL à procéder dans le sens de la mesure requise.

Extrait des considérants:

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. [...]

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 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*, Bâle 2013, n° 5 ad remarques préliminaires aux art. 43 à 55 CPP et référence citée; SCHMITT, *Commentaire bâlois*, 2^e éd., Bâle 2014, n° 8 ad art. 43 CPP; RIKLIN, *StPO Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2014, n^{os} 1 et 2 ad remarques préliminaires aux art. 43 à 53 CPP). 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 CPP et références citées; SCHMITT, *op. cit.*, n° 15 ad art. 43 CPP 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.

2.1 La mesure demandée par le MP-GE a pour but, partant du profil ADN complet de l'auteur présumé 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*). FEDPOL fonde son refus non sur des motifs techniques 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 fédérale du 20 juin 2003 sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification des personnes inconnues ou disparues (loi sur les profils d'ADN; RS 363), soit l'identification de personnes inconnues, disparues ou décédées. 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.

2.2 Le Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (FF 2001 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 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 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 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, 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 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 utilisé 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 p. 36, § 2.2.2.4) ne peut être utilisé dans une procédure pénale (Message ADN, FF 2001 p. 34, § 2.2.1.2, par. 2). Les analyses génétiques dans d'autres domaines que ceux de la loi sur les profils d'ADN sont régies par la loi fédérale du 8 octobre 2004 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 p. 25 à 26, § 2.1.1). Il faut également remarquer que la mesure demandée par le MP-GE a pour objectif d'identifier des profils proches, 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 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. CHARVET, 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 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.