

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 25 novembre 2022

Composition : Mme B Y R D E, présidente
Mme Fonjallaz et M. Kaltenrieder, juges
Greffier : M. Ritter

Art. 29 al. 2 Cst. ; 3 al. 2 let. c, 197 al. 1, 255 CPP

Statuant sur le recours interjeté le 24 octobre 2022 par **Z._____** contre l'ordonnance d'établissement d'un profil ADN rendue le 12 octobre 2022 par le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause n° **PE22.017336-MYO**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. a) Le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le Ministère public) mène une instruction pénale à l'encontre de **Z._____**, né en 1981, ressortissant portugais, pour actes préparatoires à meurtre (art. 260^{bis} al. 1 let. a CP), subsidiairement menaces qualifiées

(art. 180 al. 2 let. a CP). Il lui est reproché d'avoir, en fin de soirée du 17 septembre 2022, pris des dispositions concrètes afin de se donner la mort avec ses deux filles. Les faits sont décrits comme il suit par l'ordonnance rendue par le Tribunal des mesures de contrainte le 21 septembre 2022 :

« [...] et son épouse [...] sont séparés mais continuent à vivre sous le même toit depuis environ un an et demi avec leurs deux filles, [...], [...], et [...], [...]. Il y a environ une semaine, [...] a annoncé au prévenu qu'elle avait entrepris des démarches concrètes en vue du divorce. Cette annonce a plongé le prévenu dans un profond désarroi, au point que [...] a confié ses inquiétudes à sa mère, à laquelle elle a dit qu'elle ne voulait pas que son papa meure. Le 17 septembre 2022, il était prévu que Madame passe un week-end avec des amis tandis que le mari resterait à la maison avec les enfants. La fête a été annulée mais Madame n'a rien dit à son mari et s'est rendue avec un ami (éventuel amant) à Lucerne. D'une façon technique pour l'heure peu claire, le prévenu est tombé sur des messages échangés entre sa femme et cet homme. Il en a déduit qu'elle avait une relation extraconjugale et que c'était pour cette raison qu'elle ne voulait plus donner une nouvelle chance à leur mariage (à laquelle il ne cessait de croire). Il s'en est suivi de très nombreux messages et/ou appels entre le prévenu et son épouse, au cours desquels il lui a dit, en substance, qu'il savait tout. La tension est montée entre les deux. A 20h52, le prévenu a adressé un message à sa femme qui disait en portugais « c'est bien que tu parles avec moi sinon je suis capable de tout en ce moment ». A 21h00, il lui a adressé plusieurs « appelle-moi, je suis sérieux, appelle-moi ». A 21h02, il lui a écrit « appelle-moi sinon après c'est trop tard ». A un moment donné, peu avant 22h00, le prévenu a annoncé à sa femme qu'il partait au bord du lac pour manger une glace avec leurs deux filles. Les versions des parties sont ensuite quelque peu divergentes. On sait toutefois que le prévenu a pris le volant, avec ses filles, et s'est rendu sur l'autoroute A1 vraisemblablement depuis Yverdon, en direction de Berne. Il a arrêté son véhicule sur le Viaduc de la Mentue, d'une hauteur de plus de 100 mètres, sur la bande d'arrêt d'urgence, et y est resté avec ses filles durant plus d'une demi-heure, avant d'être appréhendé par la police, à 22h48. Selon les déclarations de l'épouse, le mari, qui se disputait avec elle par le biais du kit mains-libres de la voiture (conversations donc audibles par [...] - [...] dormait), il a tenu des propos alarmants, refusant par ailleurs de dire à sa femme où il se trouvait. Alors que l'épouse annonçait à son mari qu'elle allait appeler la police, la petite [...] est intervenue pour dire à sa mère « ne fais pas ça, je ne veux pas mourir ». Lors de leurs différentes conversations, entrecoupées pour des raisons de connexion, (le prévenu) aurait notamment tenu des propos tels que « tu m'écoutes, tu me laisses parler, tu m'écoutes sinon je termine avec nous trois », « tu veux parler avec les filles une dernière fois ? », tenant par la suite divers propos laissant entendre qu'il allait se suicider en emmenant avec lui leurs enfants, et par moment qu'il allait se suicider mais ne porterait pas atteinte à la vie de celles-ci. Il aurait également crié « cette fois je vais mettre la fin ». Selon les premiers contrôles de police sur le portable du prévenu, il apparaît qu'entre 20h52 et 22h36, il lui a en particulier envoyé les messages suivants : « tu m'appelles ou je vais faire une bêtise », « où tu parles avec ta fille ou c'est fini, adieu », « ou bien tu me parles, je suis capable de tout en ce moment », « si tu ne veux pas parler alors adieu » (soit adieu ou au revoir) [...]. Ainsi, le prévenu est soupçonné d'avoir mis en œuvre tout ce qu'il fallait pour se donner la mort avec ses filles [...]. ».

b) Le prévenu a, comme déjà été relevé, été appréhendé le 17 septembre 2022. Un échantillon de son ADN a été prélevé par la police en cours d'instruction, à une date indéterminée.

B. Par ordonnance du 12 octobre 2022, le Ministère public a ordonné l'établissement d'un profil ADN à partir du prélèvement n° [...] (I) et a dit que les frais de décision suivaient le sort de la cause (II).

La motivation de l'ordonnance est la suivante :

« Vu le prélèvement d'échantillon ADN effectué par la police,
considérant qu'en l'espèce, au vu de la gravité de l'infraction principale envisagée, l'établissement du profil ADN permettra de contribuer à déterminer si le prévenu s'en est pris ou s'en prend ultérieurement à l'intégrité d'autrui,
que cette mesure est adéquate et respecte le principe de proportionnalité,
qu'elle doit donc être ordonnée ».

Cette motivation est précédée de l'énoncé légal des infractions poursuivies ; elle est suivie de la référence aux articles 7 de la Loi fédérale sur les profils d'ADN et 255 CPP.

C. Par acte du 24 octobre 2022, Z._____, représenté par son défenseur d'office, a recouru contre cette ordonnance, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et à la destruction du prélèvement ADN n° [...], subsidiairement au renvoi de la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a préalablement requis que le recours soit assorti de l'effet suspensif. Il a produit une liste d'opérations de son défenseur (P. 35/3).

Par ordonnance du 25 octobre 2022, la Présidente de la Chambre de céans a accordé l'effet suspensif au recours.

Invité à se déterminer sur le recours, le Ministère public a, le 18 novembre 2022, indiqué qu'il renonçait à déposer des déterminations.

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 LVCP [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 garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) au motif que la motivation de la décision entreprise serait insuffisante. Il relève en particulier qu'elle se limite à l'énoncé légal des infractions poursuivies, d'une part, et à deux affirmations, tenues pour péremptoires, dépourvues de substance et « *livrées sans explication* », d'autre part. Il soutient en outre que la décision attaquée ne démontrerait pas non plus que les conditions légales auxquelles est soumis l'établissement d'un profil ADN seraient réalisées, de sorte que la motivation de l'ordonnance serait, toujours selon lui, lacunaire à cet égard également. Pour le reste, il fait valoir que son ADN « *ne pourrait objectivement pas servir dans le cadre de la présente instruction* ». Enfin, l'établissement de son profil ADN ne saurait être ordonné à titre préventif, dès lors qu'il n'existerait, selon lui, aucun indice qu'il aurait commis d'autres infractions, ou qu'il serait susceptible d'en commettre. Ainsi, cette mesure ne serait ni apte à atteindre le but visé, ni nécessaire à l'enquête. Par conséquent, elle contreviendrait au principe de la proportionnalité. Les art. 197 al. 1 et 255 CPP seraient donc violés.

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.) 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

2.3.1 En l'espèce, l'ordonnance ne comporte, sous la rubrique « *Faits reprochés* », aucune description des faits incriminés, mais se limite à renvoyer à l'énoncé légal des infractions poursuivies. Sous la rubrique « *Motivation* », elle mentionne, en substance, qu'au vu de la gravité de l'infraction principale envisagée, l'établissement du profil ADN du prévenu

permettrait de contribuer à déterminer s'il s'en était pris ou s'en prendrait ultérieurement à l'intégrité d'autrui, étant ajouté que cette mesure est adéquate et conforme au principe de proportionnalité.

2.3.2 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 pour élucider les faits reprochés. Il en va de même en ce qui concerne les autres infractions, passées ou futures, mentionnées sous la rubrique « *Motivation* ». En outre, elle ne comporte aucun véritable raisonnement sous l'angle du principe de la proportionnalité.

La Cour ajoutera que l'on ne discerne pas, du moins en l'état, comment et pourquoi l'établissement du profil d'ADN du prévenu pourrait être utile pour élucider les faits reprochés, dès lors que l'intéressé a été interpellé sur le lieu des faits et que l'analyse de sa téléphonie paraît revêtir une importance primordiale. Quant à un éventuel effet préventif, la mesure en cause pourrait certes être utile s'il devait être supposé que le prévenu pourrait s'en prendre à nouveau à ses filles. Toutefois, l'ordonnance ne comporte aucune motivation à cet égard non plus.

2.3.3 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 26 septembre 2022/788; CREP 24 février 2022/140). Le vice ne peut ainsi pas être réparé en procédure de recours (ibid.).

3. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et l'ordonnance du 12 octobre 2022 annulée. Le dossier de la cause sera renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois 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.

Au vu du mémoire de recours produit, l'indemnité d'office allouée au défenseur d'office du recourant doit être fixée à 540 fr. sur la base d'une activité nécessaire d'avocat de 3 heures au tarif horaire de 180 fr., montant auquel il convient d'ajouter des débours forfaitaires à concurrence de 2 %, par 10 fr. 80 (art. 2 al. 1 let. a et 3^{bis} al. 1 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3], applicables par renvoi de l'art. 26b TFIP), plus la TVA, par 42 fr. 40. L'indemnité s'élève ainsi à 594 fr. au total, en chiffres arrondis.

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 de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; BLV 312.03.1]), et des frais imputables à la défense d'office (art. 422 al. 1 et 2 let. a CPP), par 594 fr., seront laissés à la charge de l'Etat (art. 428 al. 4 CPP).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 12 octobre 2022 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois 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 Z._____ est fixée à 594 fr. (cinq cent nonante-quatre francs), débours et TVA compris.

V. Les frais d'arrêt, par 990 fr. (neuf cent nonante francs), ainsi que l'indemnité fixée au chiffre IV ci-dessus, par 594 fr. (cinq cent nonante-quatre francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

VI. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Tracy Salamin, avocate (pour Z. _____),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Mme la Procureure de l'arrondissement de l'Est vaudois,

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).

Le greffier :