



20.088 Loi sur les profils d'ADN. Modification

Avis de droit du 3 août 2021 du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE relatif au projet de loi: prise de position de l'administration

Date:

31 août 2021

Destinataire:

Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E)

Référence du dossier:

Table des matières

1	Contexte	2
2	Les recommandations émises dans l'avis de droit et leur évaluation	2
2.1	Recommandation A: compléments à l'art. 1 du projet de loi sur les profils d'ADN: garanties légales supplémentaires concernant les normes de qualité et garanties en matière de droits humains et de droits fondamentaux (p. 15, ch. 9 à 38)	2
2.2	Recommandation B: adaptation de la définition légale du profil d'ADN (art. 2 du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 16, ch. 39 et 40)	3
2.3	Recommandation C: recherche en parentèle (art. 258a P-CPP et art. 73r P-PPM): création d'une liste d'infractions; mesure de dernier recours (p. 18, ch. 41 à 47)	3
2.4	Recommandation D: phénotypage (art. 2b du projet de loi sur les profils d'ADN; art. 258b P-CPP et art. 73s P-PPM): définition légale; dispositions de mise en œuvre; création d'une liste d'infractions (p. 23, ch. 48 à 65)	3
2.5	Recommandation E: prélèvement et analyse du matériel génétique d'une personne (art. 3 du projet de loi sur les profils d'ADN; art. 6 de la loi sur les profils d'ADN; art. 251, 255 et 257 CPP; p. 26, ch. 66 à 78)	4
2.6	Recommandation F: conservation du matériel biologique issu d'un échantillon prélevé sur une personne; nouveau typage (art. 9 et 9a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 29, ch. 79 à 90)	5
2.7	Recommandation G: système d'informations fondé sur les profils d'ADN; échange international de données; autorité de surveillance indépendante (art. 10, 11 et 13 de la loi sur les profils d'ADN; p. 30 s, ch. 91 à 95)	5
2.8	Recommandation H: réglementation d'effacement (art. 16 ss du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 34, ch. 96 à 110)	6
2.9	Recommandation I: évaluation par une autorité indépendante (art. 20a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 34, ch. 111 à 116)	6
2.10	Recommandation J: large participation des milieux de la société civile (art. 20a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 37, ch. 117 à 123)	6
3	Remarque conclusive	7

1 Contexte

Le 4 décembre 2020, le Conseil fédéral a adopté le projet 20.088 de message concernant la modification de la loi sur les profils d'ADN (ci-après: message 2020) à l'intention des Chambres fédérales¹. Le projet comprend trois éléments centraux:

- introduction du phénotypage (mise en évidence de caractéristiques morphologiques apparentes à partir d'une trace d'ADN);
- proposition d'une nouvelle réglementation des délais d'effacement des profils d'ADN; évaluation de la réglementation d'effacement des profils d'ADN conformément au postulat 16.3003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, "Analyse des délais de conservation des profils ADN";
- réglementation de la recherche en parentèle.

Le 4 mai 2021, le Conseil national a approuvé le projet en premier conseil par 125 voix contre 54 et 12 abstentions².

Lors de sa séance du 10 août 2021, la CAJ-E a chargé l'administration fédérale de prendre position sur les recommandations émises par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme (BIDDH) de l'OSCE dans son document du 3 août 2021 intitulé "Opinion on Draft Amendments to the DNA Profiles Act" (ci-après: avis de droit).

Le 3 juin 2021, Mme Irène Kälin, conseillère nationale et vice-présidente du Conseil national, avait mandaté le BIDDH pour établir l'avis de droit. L'administration a pris connaissance de ce dernier le 6 août 2021, en même temps que les membres de la CAJ-E.

Comme le précise le BIDDH au début de son document, l'avis de droit a été établi "within its mandate to assist OSCE participating States in the implementation of their OSCE commitments"³.

La prise de position de l'administration sur chacune des recommandations est présentée ci-après.

2 Les recommandations émises dans l'avis de droit et leur évaluation

2.1 Recommandation A: compléments à l'art. 1 du projet de loi sur les profils d'ADN: garanties légales supplémentaires concernant les normes de qualité et garanties en matière de droits humains et de droits fondamentaux (p. 15, ch. 9 à 38)

Dans le cadre du projet 20.088, l'art. 1 en vigueur de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN⁴ est adapté de manière à ce que soient désormais mentionnés les nouveaux instruments forensiques que sont la recherche en parentèle et le phénotypage. En outre, la disposition est débarrassée d'un contenu normatif qui relève en fait du code de procédure pénale. L'élément central de l'actuel art. 1 de la loi sur les profils d'ADN, qui a fait ses preuves depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, est ainsi préservé.

Il n'y a pas lieu de compléter la disposition en ajoutant des principes généraux relatifs aux exigences de qualité applicables aux processus de traitement et au traitement des données. Ceux-ci sont en effet déjà précisés aux sections 3 à 6 de la loi. S'agissant des exigences que la loi sur les profils d'ADN doit remplir en termes de protection des droits humains et des droits fondamentaux, le Conseil fédéral s'était déjà chargé de vérifier cet aspect lors de la création de la loi en l'an 2000⁵. Quant aux nouveautés susmentionnées, il a refait cette vérification, qu'il a confirmée dans le message du 20 décembre 2020⁶.

¹ FF 2021 44

² BO 2021 N 804

³ Avis de droit, p. 7, ch. 3

⁴ RS 363

⁵ 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, ch. 5 s., FF 2001 47

⁶ Message 2020, ch. 7.1 et 7.2, FF 2021 44, 68 ss

2.2 Recommandation B: adaptation de la définition légale du profil d'ADN (art. 2 du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 16, ch. 39 et 40)

L'avis de droit remet en question la formulation selon laquelle un profil d'ADN (standard) est "un code alphanumérique propre à chaque individu".

Le fait que la recherche de concordances entre deux profils d'ADN repose sur un calcul de probabilité biostatistique et qu'un profil d'ADN ne peut donc pas prétendre à une unicité absolue est totalement incontesté. La définition légale en vigueur est unanimement reconnue et son application a fait ses preuves au cours des derniers 16 ans. Dès lors, il n'y a pas lieu de la modifier dans le cadre du projet 20.088.

2.3 Recommandation C: recherche en parentèle (art. 258a P-CPP et art. 73r P-PPM): création d'une liste d'infractions; mesure de dernier recours (p. 18, ch. 41 à 47)

Contrairement à ce qui est avancé dans l'avis de droit⁷, la pertinence et la nécessité de la recherche en parentèle ont été largement saluées par les participants lors de la consultation⁸. La question de savoir si une liste d'infractions doit être créée, allant par là même à l'encontre du projet de loi du Conseil fédéral et de la décision du Conseil national du 4 mai 2021, relève de la latitude décisionnelle du Parlement. Il en va de même pour la recommandation émise dans l'avis de droit, selon laquelle l'exigence de subsidiarité et de proportionnalité devrait être inscrite expressément dans l'art. 258a P-CPP: au vu des prescriptions énoncées à l'art. 197, al. 1, let. c et d, CPP (principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui s'appliquent toujours lorsque des mesures de contrainte sont ordonnées), le Conseil fédéral et le Conseil national en premier conseil n'en voient pas la nécessité.

2.4 Recommandation D: phénotypage (art. 2b du projet de loi sur les profils d'ADN; art. 258b P-CPP et art. 73s P-PPM): définition légale; dispositions de mise en œuvre; création d'une liste d'infractions (p. 23, ch. 48 à 65)

Selon l'avis de droit, la définition légale contenue à l'art. 2b, al. 1, du projet de loi sur les profils d'ADN est imprécise en ce sens que les caractéristiques telles que l'"âge" et l'"origine biogéographique" ne sont pas des caractéristiques "morphologiques apparentes"⁹.

L'âge – élément essentiel pour la réglementation légale – est en principe une caractéristique morphologique apparente. Des exceptions sont possibles dans certains cas. Le fait que cette caractéristique puisse être comprise dans la catégorie des caractéristiques morphologiques apparentes fait largement l'unanimité, dans la doctrine internationale également. S'agissant de l'origine biogéographique, on peut avancer que celle-ci, vue sous un angle purement génético-scientifique, peut être considérée comme une caractéristique morphologique pas immédiatement apparente. L'art. 2b, al. 2, du projet de loi sur les profils d'ADN fait d'ailleurs la différence en plaçant place l'origine biogéographique à une let. b indépendante, donc après les caractéristiques indiscutablement apparentes que sont la couleur des yeux, des cheveux et de la peau (let. a). Cela étant, il convient de noter que la définition légale figurant à l'art. 2b, al. 1, n'est pas d'ordre génético-scientifique, mais une définition relevant de la poursuite pénale. L'expression "caractéristiques morphologiques apparentes" vise à exprimer le contenu normatif central de la disposition selon lequel le phénotypage aboutit et se limite au même type d'éléments d'enquête que ceux qui peuvent être observés par un témoin oculaire.

Il est indéniable que la complexité technique et scientifique du phénotypage nécessite, pour son application pratique, un cadre réglementaire supplémentaire qui comprenne des mesures et des processus de garantie de la qualité afin de prévenir les éventuels risques de discrimination lors des enquêtes. Le Conseil fédéral créera ce cadre grâce à une adaptation ad hoc de l'ordonnance sur les profils d'ADN.

⁷ Avis de droit, ch. 43

⁸ Cf. message 2020, FF **2021** 44, p. 23, et rapport sur les résultats de la procédure de consultation, p. 17.

⁹ Avis de droit, ch. 49 s.

La surveillance et le contrôle indépendants de l'application du phénotypage exigés dans l'avis de droit sont garantis. En tant que mesure de contrainte relevant de la procédure pénale, le phénotypage est en effet soumis au contrôle du pouvoir judiciaire (recours contre les décisions du ministère public conformément à l'art. 393, al. 1, let. a, CPP; renvoi devant la juridiction d'appel cantonale conformément aux art. 398 ss CPP; recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral conformément aux art. 78, al. 1, et 80, de la loi sur le Tribunal fédéral¹⁰). La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'établissement des profils d'ADN le montre également: en Suisse, cette surveillance fonctionne. Il n'y a donc pas lieu d'instaurer de nouveaux organes de surveillance chargés de contrôler spécifiquement l'application du phénotypage. Cela vaut aussi pour la recommandation demandant de préciser dans la loi les conditions auxquelles les informations tirées d'un phénotypage permettent de réfuter les déclarations d'un témoin oculaire.

La question de savoir si le Conseil fédéral doit se voir déléguer, conformément à l'art. 2b, al. 4, du projet de loi sur les profils d'ADN, le droit de définir au niveau de l'ordonnance d'autres caractéristiques pouvant être mises en évidence par le phénotypage, relève de la latitude décisionnelle du Parlement. Le projet de loi du Conseil fédéral prévoit une telle norme de délégation, qui a par ailleurs été soutenue par le Conseil national en premier conseil dans sa décision du 4 mai 2021.

2.5 Recommandation E: prélèvement et analyse du matériel génétique d'une personne (art. 3 du projet de loi sur les profils d'ADN; art. 6 de la loi sur les profils d'ADN; art. 251, 255 et 257 CPP; p. 26, ch. 66 à 78)

À part pour ce qui est de l'art. 3 du projet de loi sur les profils d'ADN, qui fait référence au projet 20.088, la recommandation E se réfère pour l'essentiel au *droit en vigueur*.

Le projet 20.088 instaure une nouvelle réglementation en matière de traitement des informations excédentaires qui soit applicable à l'ensemble de la loi sur les profils d'ADN (art. 3 du projet de loi sur les profils d'ADN). Cette réglementation répond à l'équilibre exigé dans l'avis de droit¹¹ en ce qui concerne la relation entre conservation au laboratoire à des fins de garantie de la qualité et protection de la sphère privée de la personne concernée: le matériel biologique est conservé (et sécurisé physiquement) au laboratoire muni (uniquement) du numéro de contrôle de processus (PCN). Le numéro PCN est effacé en même temps qu'est effacé, à l'échéance du délai légal de conservation, le profil de personne établi à partir de l'échantillon; le matériel est définitivement anonymisé par le laboratoire et ne peut ainsi plus être attribué à une personne.

Contrairement à ce qui est formulé dans l'avis de droit¹², la réglementation en question est clairement exprimée dans le CPP en vigueur (art. 255 et 257): le profil d'ADN d'une personne peut être établi contre la volonté de la personne concernée (art. 260, al. 4, CPP). Cette dernière peut interjeter recours contre la décision du ministère public en vertu de l'art. 393, al. 1, let. a, CPP.

Ici aussi, la recommandation formulée dans l'avis de droit relative à l'établissement de profils d'ADN à des fins d'identification en dehors d'une procédure pénale se réfère au droit en vigueur: contrairement à ce qui est avancé dans l'avis de droit¹³, il découle clairement de l'art. 6, let. b, de la loi sur les profils d'ADN que ces cas constituent une exception. Il en va de même pour les conditions devant être réunies pour établir un profil (la personne concernée ne peut pas donner d'information sur elle-même en raison de l'âge, d'une maladie, etc.).

¹⁰ RS 173.110

¹¹ Avis de droit, ch. 68 ss

¹² Avis de droit, ch. 67

¹³ Avis de droit, ch. 75

2.6 Recommandation F: conservation du matériel biologique issu d'un échantillon prélevé sur une personne; nouveau typage (art. 9 et 9a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 29, ch. 79 à 90)

Tout comme l'enregistrement du profil d'ADN d'une personne dans le système d'information, la conservation au laboratoire du matériel biologique issu d'un échantillon prélevé sur une personne constitue elle aussi une atteinte aux droits fondamentaux¹⁴.

L'avis de droit recommande, pour des raisons de proportionnalité, de raccourcir autant que possible la durée de conservation au laboratoire du matériel biologique issu d'un échantillon prélevé sur une personne¹⁵, allant par là même à l'encontre des 15 ans proposés par le Conseil fédéral et confirmés par le Conseil national en premier conseil le 4 mai 2021. Cette durée de conservation de 15 ans est aussi pertinente que nécessaire: elle permet de procéder à de nouveaux typages de profils d'ADN existants dans le système d'information, conformément à l'art. 9a du projet de loi sur les profils d'ADN. De tels nouveaux typages peuvent être justifiés par les motifs énumérés de façon exhaustive aux let. a et b, comme garantir la qualité des recherches en parentèle effectuées en vertu des art. 258a P-CPP ou 73w P-PPM et permettre d'effectuer ces dernières de manière plus respectueuse des droits fondamentaux¹⁶. À partir du moment où le profil d'ADN et le numéro de contrôle de processus correspondant sont effacés, le matériel biologique est anonymisé. Il ne peut donc plus être attribué à la personne concernée. Les échantillons prélevés sur des personnes sont détruits 15 ans après leur réception par le laboratoire; afin de diminuer la charge logistique de ce dernier et de garantir la qualité, la destruction est effectuée par "paquets" groupés par année. Les réglementations connexes figurant aux art. 9 et 9a du projet de loi sur les profils d'ADN s'avèrent donc proportionnées au sens de l'art. 36, al. 2, Cst¹⁷.

L'avis de droit précise par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de procéder à un nouveau typage au sens de l'art. 9a, let. b lors d'enquêtes de grande envergure menées en vertu de l'art. 256 CPP (et du nouvel art. 73t P-PPM)¹⁸. L'opinion formulée dans l'avis de droit est juste sur ce point. Dans sa décision du 4 mai 2021, le Conseil national a déjà supprimé ce cas de figure du projet de loi et le Conseil fédéral a soutenu cette modification.

2.7 Recommandation G: système d'informations fondé sur les profils d'ADN; échange international de données; autorité de surveillance indépendante (art. 10, 11 et 13 de la loi sur les profils d'ADN; p. 30 s, ch. 91 à 95)

La recommandation G se fonde exclusivement sur le *droit en vigueur*¹⁹.

La critique selon laquelle les *art. 10 et 11 de la loi sur les profils d'ADN* ne contiendraient pas certains éléments normatifs (système d'information)²⁰ doit être rejetée: les deux dispositions en vigueur n'ont à aucun moment été remises en cause au cours des derniers 16 ans. L'exigence concernant l'*art. 13 du projet de loi sur les profils d'ADN* selon laquelle il convient de régler dans une loi au sens formel les bases nécessaires à l'échange international de données est également remplie²¹: ces réglementations existent déjà aux art. 349 ss CPP ainsi que dans les conventions internationales d'entraide judiciaire et de coopération policière transfrontalière ratifiées par la Suisse. Enfin, la demande d'instaurer une surveillance indépendante du traitement des données dans le système d'information fondé sur les profils

¹⁴ Message 2020, FF **2021** 44, 37

¹⁵ Avis de droit, ch. 85

¹⁶ Pour le lien concret entre prolongation de la durée de conservation/nouveau typage et réalisation de la recherche en parentèle, cf. message 2020, FF **2021** 44, 36.

¹⁷ RS **101**

¹⁸ Avis de droit, ch. 90

¹⁹ Les art. 10 et 13, al. 1 font certes l'objet du projet de loi 20.088, mais dans les deux cas pour des raisons purement formelles. En substance, les deux dispositions prévues dans le projet de loi correspondent à leur teneur en vigueur (cf. message 2020, FF **2021** 44, 51 s.).

²⁰ Avis de droit, ch. 91 à 93

²¹ Avis de droit, ch. 94

d'ADN est inutile: le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (FPDPT) garantit aujourd'hui déjà une telle surveillance.

2.8 Recommandation H: réglementation d'effacement (art. 16 ss du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 34, ch. 96 à 110)

En substance, la réglementation d'effacement en vigueur a fait ses preuves au cours de ses 16 ans d'existence. Elle n'a été remise en cause ni par la jurisprudence ni par la doctrine. La recommandation visant à soumettre les art. 16 ss de la loi sur les profils d'ADN à un *réexamen général*²² n'est pas réaliste. La charge administrative que la réglementation en vigueur entraîne pour toutes les autorités concernées est indéniable. C'est cet inconvénient que le projet 20.088 entend pallier – un ajustement qui, pour tous, coule de source.

En outre, la critique selon laquelle la réglementation d'effacement ne tiendrait pas suffisamment compte des cas d'espèce est infondée²³. En effet, en comparaison internationale, il n'y a guère de pays qui disposent d'un catalogue de délais d'effacement aussi différencié que la Suisse.

La critique visant l'*art. 16, al. 4 et 5, du projet de loi sur les profils d'ADN*, selon laquelle ces dispositions contreviendraient à la présomption d'innocence (art. 6, ch. 2, CEDH²⁴) et seraient discriminatoires fait fi du but spécifique du système d'information fondé sur les profils d'ADN, qui est particulièrement évident si l'on compare ce système au casier judiciaire informatisé VOSTRA. VOSTRA a une fonction d'information et de documentation. Ce système sert les autorités fédérales et cantonales dans l'accomplissement d'un vaste éventail de tâches (cf. art. 365, al. 2, CP²⁵). Le système d'information fondé sur les profils d'ADN quant à lui est à la disposition d'un cercle restreint d'autorités de poursuite pénale. Le fait d'enregistrer un profil d'ADN dans le système d'information n'a en aucun cas l'effet d'un verdict de culpabilité. Ce système n'a qu'une fonction de traitement signalétique. Il montre toute son utilité lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir récidivé pendant la durée d'enregistrement (prolongée à titre exceptionnel) de son profil: lorsqu'une trace d'ADN de cette même personne est relevée sur un nouveau lieu d'infraction, une concordance est établie avec le profil déjà existant de cette personne. Le système d'information poursuit ainsi un but de police préventive et doit surtout servir à détecter rapidement les récidives²⁶.

2.9 Recommandation I: évaluation par une autorité indépendante (art. 20a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 34, ch. 111 à 116)

L'avis de droit estime qu'il est "impératif" ("*imperative*") que l'évaluation soit effectuée par une autorité ou une organisation indépendante de la police, et idéalement par le Conseil national²⁷. Cette question relève de la seule décision du législateur suisse.

Notons par ailleurs que le projet 20.088 a été élaboré par le Conseil fédéral, avec le concours de la science et de la recherche. Pour le Conseil fédéral, il va de soi que ces milieux participent aussi à l'évaluation de la loi.

2.10 Recommandation J: large participation des milieux de la société civile (art. 20a du projet de loi sur les profils d'ADN; p. 37, ch. 117 à 123)

L'exigence selon laquelle tous les milieux concernés de la société civile, en particulier les organisations de défense des droits de l'homme et des droits fondamentaux, participent largement à toutes les modifications futures de la loi sur les profils d'ADN est déjà entièrement remplie, et ce grâce à la procédure de consultation au sens de l'art. 147 Cst.

²² Avis de droit, ch. 100

²³ Avis de droit, ch. 103

²⁴ RS 0.101

²⁵ RS 311.0

²⁶ 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 36

²⁷ Avis de droit, ch. 113

3 Remarque conclusive

Dans l'ensemble, l'avis de droit ne parvient pas à de nouvelles conclusions qui nécessiteraient une correction du projet de loi dans sa teneur actuelle selon la décision du Conseil national du 4 mai 2021. Il confirme de nombreux points dotés d'une marge d'appréciation juridique, dont le premier conseil a déjà débattu à plusieurs reprises, et qui sont soumis à la décision du Parlement.