

Réponse des Centres sociaux protestants (CSP.ch) à la consultation relative à l'avant-projet de modification de l'ordonnance 3 sur l'asile et de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers - Analyse des supports électroniques de données des requérants d'asile

16 juin 2023

Table des matières

1.	L'avant-projet en résumé.....	2
2.	La position des Centres sociaux protestants : une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux.....	3
3.	Commentaire par mesures	4
3.1.	Liste des données analysables (art. 10a P-OA 3).....	4
3.2.	Droit d'accès aux données personnelles (art. 10b P-OA 3)	4
3.3.	Proportionnalité (art. 10c P-OA 3).....	5
3.4.	Utilisation de logiciels (10d P-OA3)	5
3.5.	Sauvegarde temporaire des données personnelles (art. 10e P-OA 3).....	5
3.6.	Visualisation directe et analyse des données (art. 10f al. 1 P-OA 3)	6
3.7.	Analyse en l'absence de l'intéressé-e (art. 10g P-OA 3)	6
3.8.	Information des personnes requérantes d'asile (art. 10h P-OA 3).....	6
3.9.	Protection juridique (art. 10i P-OA 3).....	6
3.10.	Analyse dans la procédure d'exécution du renvoi (art. 3 al. 3 P-OERE).....	7
4.	Conclusions	7

1. L'avant-projet en résumé

Le 1^{er} octobre 2021, le Conseil national et le Conseil des États ont adopté la modification de la loi sur l'asile relatif à la possibilité de contrôler les téléphones mobiles des personnes requérantes d'asile (nLAsi). Le projet vient à l'origine d'une initiative parlementaire du Conseiller national UDC zurichois Gregor Rutz.

Selon cette modification de la LAsi, le Secrétariat d'État aux Migrations (SEM) pourra désormais analyser les différentes données électroniques qu'une personne requérante d'asile transporte avec elle, lorsque son « son identité, sa nationalité ou son itinéraire ne peuvent pas être établis sur la base de documents d'identité, ni par d'autres moyens » (art. 8 al. 1 let. g nLAsi). Des données personnelles de tiers peuvent être traitées également, mais uniquement si les données concernant le ou la requérante d'asile ne suffisent pas (art. 8a, al. 2, nLAsi). Le texte de loi mentionne également que le SEM est tenu d'analyser au préalable la nécessité et la proportionnalité de la procédure d'analyse d'un support de données (art. 8a al. 4 nLAsi). Celle-ci devrait se faire « en principe » lors de la phase préparatoire, mais peut être effectuée pendant toute la procédure et aussi dans le cadre de l'exécution du renvoi (art. 8a al. 7 et art. 47 al. 2 et 3 nLAsi). Le traitement de données doit se faire en présence de la personne, à moins qu'elle y renonce ou refuse de l'être (art. 8a al. 7 nLAsi). Les données peuvent également être sauvegardées temporairement sur un serveur sécurisé où elles resteront jusqu'à leur analyse (art. 8a al. 5 nLAsi).

Le présent projet de modification de l'ordonnance 3 sur l'asile (P-OA 3) a pour objectif de définir quelles données personnelles le SEM peut analyser, qui peut le faire et selon quelle procédure. Il a également pour but de préciser les questions de sauvegarde temporaire et d'utilisation de logiciels pour la collecte des données personnelles. Le projet de modification veut aussi détailler les informations qui doivent être fournies à la personne concernée et définir les principes régissant l'examen de la proportionnalité. Enfin, la modification de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (P-OERE) a pour objectif de permettre au SEM d'analyser des supports électroniques de données en vue d'établir l'identité et la nationalité des personnes frappées d'une décision de renvoi entrée en force.

2. La position des Centres sociaux protestants : une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux

Les CSP ont déjà clairement rejeté l'analyse des supports électroniques de données de personnes requérantes d'asile lors de la consultation relative à la loi¹. Les CSP estiment que cette mesure constitue une atteinte disproportionnée au droit fondamental à la vie privée.

Une mesure discriminante – Dans leur précédente prise de position, les CSP ont rappelé qu'en droit pénal une fouille de téléphone portable est strictement encadrée par la loi. Une présomption doit être établie, par écrit, par le ministère public. La modification de la LAsi porte donc atteinte de manière plus grave au droit à la vie privée de personnes qui demandent l'asile à la Suisse qu'à des personnes présumées criminelles. Les CSP jugent cette disposition contraire à l'interdiction de la discrimination garantie par l'art. 8 al. 2 de la Constitution fédérale.

Une mesure disproportionnée – Les CSP ont souligné que les téléphones portables contiennent les échanges personnels du requérant ou de la requérante, ses photographies, ses vidéos, la liste de ses contacts, ses données de géolocalisation, et d'autres données. La consultation de son téléphone peut dévoiler des éléments de sa vie privée qu'il ou elle a le droit de garder pour lui ou elle, de manière absolue et à plus forte raison si ces éléments ne concernent pas ses motifs d'asile. Il peut s'agir, par exemple, de ses liens les plus intimes, de son orientation sexuelle, de ses faits et gestes les plus personnels, etc. L'empiètement de la présente mesure sur le droit fondamental à la vie privée n'est donc pas proportionnel au but visé.

Une mesure inutile – Les CSP ont considéré la fouille des téléphones portables comme une « fausse bonne-idée ». Ils rappelaient que, bien qu'autorisée dans ces pays, la mesure n'est pas appliquée en Belgique et son efficacité remise en question en Allemagne. En outre, cette fouille des téléphones ne peut que ralentir l'instruction des procédures d'asile.

À notre grand regret, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le projet et a été suivi par le Conseil national le Conseil des États.

Les CSP s'opposent également à l'avant-projet de modifications des ordonnances.

Les dispositions proposées présentent des lacunes importantes en termes de déroulement concret de la procédure et ne permettent toujours pas d'assurer une mise en œuvre respectueuse du droit fondamental à la protection de la vie privée, à la proportionnalité et à la protection des données des personnes en procédure d'asile.

En termes pratiques, l'inefficacité de la mesure n'est plus à prouver. Selon les résultats du projet pilote mené à Chiasso et à Vallorbe², dans 37 % des cas, il n'y avait aucun appareil exploitable. Sur les appareils analysés, seuls 15 % ont donné des résultats utiles. Enfin, la façon dont cette mesure doit venir s'inscrire dans la procédure dite « accélérée » confirme l'hypothèse d'un ralentissement probable de celle-ci. Selon le rapport du projet pilote, de nombreux retards dus au procédé d'analyse ont déjà été constatés dans les deux centres.

¹ Centres sociaux protestants, « [Prise de position des Centres sociaux protestants relative à l'avant-projet « Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles](#) », 04.06.2020.

² SEM, [Projet pilote : Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile](#), 27 juillet 2018, p. 6.

3. Commentaire par mesures

3.1. Liste des données analysables (art. 10a P-OA 3)

La définition des données personnelles à analyser n'est pas exhaustive et les éléments indiqués sont trop peu précis. Selon le rapport explicatif, les catégories sont énumérées « à titre indicatif » (mentions « en font notamment partie » aux let. a et b).

Ce manque de précision est particulièrement problématique d'autant plus que des données de tiers (adresses, numéros de téléphone, etc.) et des fichiers sonores et visuels sont concernés. Bien que l'art. 8a al. 2 P-LAsi garantisse que les données de tiers ne peuvent être traitées que si les données personnelles ne suffisent pas, il est difficile de comprendre comment cela pourra concrètement être mis en place dans la pratique ; d'autant plus lorsqu'on sait que le premier tri sera effectué par un logiciel.

Rappelons ici que selon la nouvelle loi sur la protection des données (nLPD)³ qui entrera en vigueur en septembre 2023, le premier tri constitue déjà un traitement de données, et le traitement de données de tiers doit reposer sur une base juridique. En l'occurrence ni l'art. 10a P-OA 3, ni l'art. 8a al. 2 P-LAsi n'offre de tel fondement. Toujours selon la nLPD (art. 8 et l'art. 6 al. 1, let. a), les autorités sont tenues d'établir un règlement de traitement lors du traitement automatisé de données personnelles sensibles. Il n'en est fait mention ni dans la loi, ni dans les ordonnances, ni dans le rapport explicatif.

Concernant les données elles-mêmes, les CSP rappellent que les échanges avec le ou la représentant-e juridique ou des médecins pourraient se trouver parmi les données. Dès lors que la personne requérante ou ses interlocuteur-rices savent que leurs échanges seront lus par le SEM, le rapport de confidentialité est altéré et la teneur des échanges est modifiée. Cette atteinte à la confidentialité porte donc atteinte tant au droit à une assistance juridique qu'au droit à la santé des personnes requérantes d'asile. Il est donc impératif d'inscrire que les données protégées par un secret, en particulier celui des avocats ou des médecins, ne peuvent être traitées.

Enfin, une part très importante des fichiers visuels et sonores contenus dans un support électronique de données ne sont absolument pas pertinents pour la procédure d'asile. Leur analyse paraît donc disproportionnée. Ajoutons à cela que la valeur de preuve de ce type de fichiers est hautement discutable, parce qu'ils sont très facilement modifiables. Il est donc impératif de supprimer la mention de ce type de données dans le texte de l'ordonnance.

3.2. Droit d'accès aux données personnelles (art. 10b P-OA 3)

La liste des membres du personnel du SEM ayant accès aux données est beaucoup trop évasive. Trois domaines de direction du SEM sont mentionnés et les descriptifs d'activités des collaborateur-trices ayant droit sont bien trop généraux. Au vu de la gravité de l'atteinte à la vie privée, une réglementation par voie de directives n'est pas suffisante (cf. rapport explicatif).

L'ordonnance doit préciser a minima qui a effectivement besoin d'accéder à quelles données, quand, pour combien de temps, et comment. Selon notre avis, seule une unité indépendante des autres départements du SEM devrait pouvoir opérer à la première analyse. Après quoi, l'accès doit être restreint aux données pertinentes enregistrées dans le dossier d'asile.

³ Nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (loi sur la protection des données, LPD), RS 235.1 (en vigueur à partir du 1er septembre 2023).

3.3. Proportionnalité (art. 10c P-OA 3)

L'art. 8 al. 1 let. g P-LAsi prévoit que les personnes requérantes d'asile ne sont tenues de remettre leurs supports de données électroniques que « si leur identité, leur nationalité ou leur itinéraire ne peuvent être établis ni sur la base de documents d'identité ni d'une autre manière ». Conformément à l'art. 8, al. 4, P-LAsi, le SEM doit analyser au préalable la nécessité et la proportionnalité de chaque cas. Selon l'art. 10c P-OA 3, le SEM doit vérifier « si d'autres mesures appropriées, en particulier celles prévues par l'art. 26 al. 2 et 3 LAsi, peuvent entrer en ligne de compte avant une analyse. »

Dans leur prise de position précédente, les CSP recommandaient que la fouille des téléphones portables ne soit faite qu'après l'analyse Lingua et qu'un doute persiste. À la lecture des ordonnances, la question de la mise en œuvre pratique reste toujours entièrement ouverte, puisqu'il est prévu de réglementer les mesures préalables à l'analyse par voie de directive. De plus, le fait d'indiquer que des documents officiels ou des actes de naissance sont seulement « pris en compte » lors de l'examen de la proportionnalité est parfaitement insuffisant.

Il est impératif que l'analyse des supports de données constitue un *ultima ratio*, c'est-à-dire lorsqu'il est établi qu'aucune autre mesure moins intrusive pour la personne ne soit suffisante. Ce principe doit être formulé explicitement dans le texte de l'ordonnance.

3.4. Utilisation de logiciels (10d P-OA3)

Selon le rapport explicatif, le SEM doit pouvoir utiliser un logiciel permettant de passer en revue des jeux de données selon des critères objectifs et d'effectuer un tri des données, avant « l'évaluation proprement dite ». Le résultat de ce tri serait consigné dans un rapport succinct qui servira ensuite de base à l'analyse des données. Le logiciel utilisé doit « répondre à une norme forensique ».

Ni le texte de l'ordonnance ni le rapport explicatif ne donnent d'indications précises sur l'exécution technique (logiciel utilisé, règles de sélection des données à analyser, filtres de tri à appliquer, etc.). Des questions se posent ici, notamment à l'égard des fichiers visuels et sonores.

Les CSP considèrent qu'il faut a minima que le logiciel utilisé soit certifié par un organisme de certification indépendant, conformément à l'art. 13 nLPD. Le SEM doit aussi présenter un code de conduite au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, tel que le prévoit l'art. 11 nLPD, pour examen et prise de position.

Enfin, la personne concernée doit pouvoir être accompagnée de son ou sa représentant·e juridique. La présence de la personne concernée n'est en effet pas garante de transparence : pour qui que ce soit, les procédés et les implications d'une analyse électronique par un logiciel sont particulièrement difficiles à comprendre. Il en sera de même pour la représentation juridique, mais sa présence permet à tout le moins d'offrir à la personne concernée un soutien sur les éventuelles questions nécessitant des éclaircissements.

3.5. Sauvegarde temporaire des données personnelles (art. 10e P-OA 3)

La nLAsi prévoit la possibilité de procéder à une sauvegarde temporaire des données jusqu'au moment de leur analyse. Selon la P-OA 3, la personne requérante d'asile pourra être présente lors de la sauvegarde et aucun traitement des données ne pourra être fait jusqu'au moment de l'analyse.

Ni l'avant-projet ni le rapport explicatif n'explique vraiment quelles sont les données sauvegardées : s'agit-il de l'ensemble des données, ou uniquement de celles triées précédemment par le logiciel ? Des précisions sont nécessaires. La durée de la sauvegarde temporaire doit aussi être limitée au strict

minimum : les données doivent être effacées dès la fin de l'analyse et cet élément doit être inscrit dans l'ordonnance.

Enfin, les CSP jugent important que la personne concernée puisse être accompagnée de sa représentation juridique lors de la sauvegarde temporaire.

3.6. Visualisation directe et analyse des données (art. 10f al. 1 P-OA 3)

Selon le rapport explicatif, il sera aussi possible de réaliser une analyse directe des données en présence de la personne requérante d'asile « lorsqu'une sauvegarde temporaire des données personnelles et/ou l'utilisation d'un logiciel pour collecter des données personnelles ne sont pas prévues ou possibles ».

Le texte de l'ordonnance ne donne aucune indication claire pour savoir dans quels cas le logiciel est utilisé, dans quels cas une sauvegarde est prévue ou dans quels cas une analyse directe est effectuée. S'agit-il d'une question d'organisation interne ou la décision se fera-t-elle en fonction du type de données ?

Par ailleurs, comment garantir que seules les données pertinentes seront affichées lors d'une analyse directe ? Le fait de passer en revue des images ou des fichiers sonores est problématique à plusieurs égards en termes de respect de la vie privée de la personne concernée, mais aussi des tiers concernés.

Selon le rapport explicatif, la présence d'une ou d'un interprète, ainsi que d'un-e représentant-e juridique serait prévue, l'analyse étant effectuée dans le cadre d'un interrogatoire ou d'une audition, mais rien n'est indiqué dans l'ordonnance. Si c'est le cas, la présence d'une autre personne lors de la visualisation des données pose de nouvelles questions liées à la protection des données.

Tous ces éléments doivent impérativement être clarifiés avant leur mise en pratique.

3.7. Analyse en l'absence de l'intéressé-e (art. 10g P-OA 3)

Selon cet article, l'analyse peut être effectuée en l'absence de la personne concernée, lorsque celle-ci a signé une déclaration de renonciation écrite ou refuse de participer à l'analyse. Selon le rapport explicatif, les raisons de l'absence ou du refus doivent être documentées par le SEM. Les CSP considèrent que cet élément doit être inscrit dans l'ordonnance. De plus, la représentation juridique doit pouvoir être présente.

3.8. Information des personnes requérantes d'asile (art. 10h P-OA 3)

L'avant-projet liste de manière détaillée les étapes sur lesquelles les personnes doivent être informées, et met bien en lumière la complexité de la procédure. Par contre, rien n'est dit sur la forme de cette information. Le rapport explicatif parle de matériel vidéo ou de documentation dans une langue que la personne concernée comprend. Compte tenu de la complexité de la procédure, ces moyens sont clairement insuffisants pour permettre à toutes les personnes concernées de comprendre la mesure et ses implications. Il faudrait a minima des explications orales en parallèle de ces documents, ainsi que la possibilité de poser des questions en présence d'interprètes.

3.9. Protection juridique (art. 10i P-OA 3)

La présence de la représentation juridique de la personne doit être obligatoire et non potestative, comme actuellement inscrite dans le texte de l'ordonnance.

En contrepartie, il est essentiel que le personnel de la représentation juridique dispose des moyens financiers, du temps nécessaire et d'une formation spécifique permettant d'assurer efficacement son rôle de protection juridique. Notons encore que, de manière générale, la seule présence du

représentant ou de la représentante juridique ne saurait compenser ou justifier les risques et les atteintes aux droits engendrés par l'analyse des supports électroniques de données.

3.10. Analyse dans la procédure d'exécution du renvoi (art. 3 al. 3 P-OERE)

Étant donné que l'identité, la nationalité et l'itinéraire ont déjà été clarifiés lors de la procédure d'asile, les CSP considèrent que ces mêmes données ne doivent pas être analysées à nouveau lors de la procédure d'exécution du renvoi.

Il est nécessaire de garantir que l'analyse des supports électroniques de données sera uniquement effectuée dans les cas où les informations nécessaires n'auraient pas déjà été collectées dans le cadre de la procédure d'asile ou ne puissent pas l'être au moyen de mesures moins contraignantes. Dans ce cadre aussi, un examen de la proportionnalité doit être mené au préalable et le principe de *ultima ratio* doit être inscrit.

4. Conclusions

Les commentaires effectués ci-dessus tiennent compte du fait que la possibilité de procéder à l'examen des supports électroniques contenant les données personnelles des personnes requérantes d'asile – y compris de leurs données sensibles – a désormais été inscrite dans la LAsi, sur décision du Parlement.

Les CSP réitèrent néanmoins maintiennent leur position initiale, à savoir que ces nouvelles dispositions inscrites dans la LAsi portent une atteinte grave et inutile au droit fondamental à la vie privée (art. 13 al. 2 Cst. et 8 CEDH).

Les Centres sociaux protestants, 16 juin 2023