



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 »

Résumé de l'avant-projet

L'avant-projet discuté ici provient à l'origine d'une initiative parlementaire du Conseiller national UDC zurichois Gregor Rutz. Ce texte a été adopté par la Commission des institutions politiques du Conseil national qui le présente désormais sous la forme d'un avant-projet visant à modifier la loi sur l'asile (LAsi).

Cet avant-projet a pour but de permettre au Secrétariat d'État aux Migrations (SEM) d'analyser les différentes données électroniques qu'un requérant d'asile transporte avec lui. Cela concerne avant tout le téléphone portable, mais s'applique aussi aux tablettes, ordinateurs portables, clés USB, etc.

L'objectif principal est de permettre au SEM de déterminer l'identité du requérant d'asile, son origine, et l'itinéraire qu'il a emprunté pour venir en Suisse, quand ces points n'ont pas pu être établis « sur la base de papiers d'identité ou d'une manière raisonnable » (Art. 8, al. 1, let. g AP-LAsi).

La fouille du téléphone portable peut avoir lieu lors de la phase préparatoire précédant la procédure d'asile proprement dite, lors de l'audition sur les motifs d'asile, ou ultérieurement lors de la phase d'exécution du renvoi. Elle a lieu en présence du requérant d'asile et de son représentant juridique. Un procès-verbal est établi.

Selon le rapport explicatif, le SEM ne peut pas saisir les appareils et les données du requérant d'asile sans son "consentement". Toutefois, son refus engendre une violation de son obligation de collaborer. Celle-ci peut avoir pour conséquence un classement de sa demande d'asile sans décision formelle (art. 8 al. 3bis LAsi), une décision négative (art. 31a al. 4 LAsi) ou, si ce refus se produit au moment de l'exécution du renvoi, l'application de mesures de contrainte (art. 76 al. 1 let. b ch. 3 AP-LEI).

Quelles données exactement seront relevées sur les supports mobiles ? L'avant-projet ne

le précise pas, expliquant que cette compétence reviendra, dans une phase ultérieure à l'adoption de la loi, au Conseil fédéral. Ce flou complique la prise de position.

Analyse de la proportionnalité

Le respect de la vie privée est un droit fondamental. Il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) ainsi que par l'article 13 de la Constitution fédérale. Les informations contenues dans un téléphone portable touchent au cœur de l'intimité de son détenteur. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, « le droit à la vie privée inclut la confidentialité des communications, y compris celle des échanges par courrier, téléphone, messagerie électronique et par d'autres moyens de communication, ainsi que la confidentialité des informations, y compris celles en ligne » (Copland c. Royaume-Uni).

Si dans le cadre d'une demande d'asile le demandeur peut être amené à dévoiler une part importante de son intimité, notamment en raison des motifs qu'il invoque, l'administration reste cependant tenue à une certaine réserve et l'ingérence qu'elle estime nécessaire à son travail d'évaluation doit rester proportionnée. Un téléphone portable contient 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 a le droit de garder pour lui, 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 est donc conséquente.

Pour être proportionnelle, une mesure doit répondre à une nécessité. L'autorité dispose de différents moyens pour établir les faits (auditions, moyens de preuve, rapports médicaux, expertises). La nécessité de recourir à la fouille du téléphone portable ne va pas de soi. Un bilan de l'assemblée parlementaire allemande, après dix-huit mois de mise en oeuvre de cette mesure, établit que la fouille des téléphones portables n'a permis de réfuter l'identité des requérants d'asile que dans 2% des cas¹. Ce ne sont donc que dans des cas bien précis que cette mesure s'avérerait utile. Néanmoins, si le SEM est autorisé à se saisir des téléphones portables et à les fouiller, il est évident qu'il sera tenté de recourir assez systématiquement pour "faire parler" les données personnelles des demandeurs d'asile, en violation de leur droit à maintenir le respect de leur vie privée. C'est d'autant plus vrai que la procédure se déroule désormais à un rythme accéléré et que les fonctionnaires du SEM ne disposeront pas du temps nécessaire pour procéder en deux étapes, c'est-à-dire dans un premier temps chercher à établir les faits par les moyens les moins intrusifs, puis seulement dans certains cas fouiller le téléphone portable. Le risque que la fouille du téléphone portable, et donc l'atteinte à la vie privée, deviennent systématiques, est bien réel.

Vu son caractère extrêmement intrusif, la fouille du téléphone portable, si elle venait à être

¹ <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/087/1908701.pdf>, p. 28-29.

adoptée, devrait à tout le moins être utilisée en dernier recours uniquement. L'avant-projet précise qu'elle serait effectuée en amont d'une analyse lingua (une expertise des connaissances linguistiques et des connaissances sur le pays d'origine du demandeur d'asile). Même si l'analyse lingua peut aussi être imprécise et conduit à des résultats souvent discutables, elle devrait être menée avant la fouille du téléphone portable car elle empiète moins sur le droit à la vie privée.

Par ailleurs, l'avant-projet mentionne que la fouille du téléphone portable et autres données électroniques du requérant ne peut avoir lieu sans son consentement. Notons tout d'abord que le terme de consentement n'apparaît pas dans l'avant-projet de loi, mais uniquement dans le rapport explicatif. La loi utilise des termes plus impératifs, comme "le SEM peut obliger la personne à lui remettre tout support électronique de données" (art. 47 al. 2 AP-LAsi).

Si le rapport explicatif prend la précaution de mentionner la question du consentement, c'est que celui-ci est impératif pour éviter toute violation du droit fondamental à la vie privée. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le principe est que l'article 8 CEDH protège les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées ou utilisées sans son consentement (Flinkkilä et autres c. Finlande).

Ici, toutefois, le terme de consentement est fallacieux: le consentement implique que celui ou celle qui le donne manifeste "une volonté libre, spécifique, éclairée et univoque" (art. 7 du Règlement européen n° 2016/679 général sur la protection des données). S'il risque de voir sa demande d'asile est classée sans décision formelle, rejetée par une décision négative, ou de se retrouver en détention administrative, on peut difficilement admettre que le demandeur d'asile fournira son consentement « librement ».

En résumé, les CSP sont d'avis que la fouille des téléphones portables et autres supports de données électroniques ne respecte pas le principe de proportionnalité, ce qui entraînera des violations du droit fondamental à la vie privée.

Interdiction de la discrimination

Comme le droit à la vie privée est fondamental, toute atteinte est, dans d'autres domaines, strictement encadrée par différentes garanties. Ainsi, en droit pénal:

« La fouille d'un iPhone ou d'un carnet d'adresses constitue une perquisition de documents et d'enregistrements au sens de l'art. 246 CPP (ATF 139 IV 128 consid. 1.3 p. 132).

Sur le fond, pour ordonner une fouille, il faut qu'il existe des soupçons suffisants laissant présumer l'existence d'une infraction (art. 197 al. 1 let. b et 249 CPP). La présomption est suffisante lorsqu'une infraction a été commise et que des soupçons se portent de manière directe ou indirecte sur la personne déterminée. Une fouille systématique et préventive est exclue (GUENIAT/HAINARD, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 1 ad art. 249

CPP).

La compétence pour ordonner une fouille de personnes et d'objets est réglée par les art. 198 et 241 CPP. Les perquisitions, fouilles et examens sont, en règle générale, ordonnés par le ministère public (art. 198 CPP) et font l'objet d'un mandat écrit (art. 241 al. 1 CPP). En cas d'urgence, ils peuvent être ordonnés par oral, mais doivent être confirmés par écrit (art. 241 al. 1 in fine CPP). Les cas urgents sont notamment énumérés à l'art. 241 al. 3 et 4 CPP. Il doit s'agir de situations d'urgence objective pour lesquelles le report de la mesure ne peut être envisagé sans que cela ne compromette le but visé par celle-ci (CATHERINE CHIRAZI, in Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011, n° 27 ad art. 241 CPP). »²

Cet extrait de la jurisprudence du Tribunal fédéral montre 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. Partant, l'avant-projet porte atteinte de manière plus grave au droit à la vie privée de personnes qui ont demandé à l'asile à la Suisse qu'à des personnes présumées criminelles. Cette disposition serait donc contraire à l'interdiction de la discrimination de non-discrimination garanti par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

Dans les autres pays

Le fait que d'autres pays pratiquent ou pratiqueraient déjà la fouille des téléphones portables semble constituer un argument déterminant pour justifier la présente réforme.

En Belgique, la réforme a certes été adoptée au niveau législatif en 2017, contre l'avis de la Commission de la protection de la vie privée³. Elle a ensuite été contestée par un recours devant la Cour constitutionnelle belge par un collectif de neuf associations⁴. Le recours est toujours pendant à ce jour (mai 2020), l'arrêté d'exécution de la loi n'a pas été adopté et la mesure n'est pas appliquée⁵.

Il en va de même en Autriche: la législation a été adoptée mais elle n'a pas été mise en pratique, en raison des problèmes qu'elle pose par rapport à la protection des données⁶.

En Allemagne, la fouille des téléphones portables a été adoptée fin 2017. En mars 2019, après 18 mois d'application, l'assemblée parlementaire allemande dresse un bilan: les analyses des supports de données n'ont apporté aucune information utilisable dans 64% des situations. Elles ont permis de confirmer l'identité des personnes dans 34% des cas et de la réfuter dans 2% des cas seulement. Ainsi, l'inspection des téléphones et autres

² Tribunal fédéral, arrêt 6B_998/2017 du 20 avril 2017.

³ Avis n°57/2017 du 11 octobre 2017, Commission de la protection de la vie privée.

⁴ <https://www.cire.be/recours-contre-la-reforme-mammouth/>

⁵ Information recueillie auprès des associations qui ont déposé le recours devant la Cour constitutionnelle.

⁶ Gesellschaft für Freiheitsrechte, *Das Smartphone, bitte! Digitalisierung von Migrationskontrolle in Deutschland und Europa*, décembre 2019, https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2019/12/GFF-Studie_Digitalisierung-von-Migrationskontrolle

appareils électroniques n'a eu de réel impact que sur une minorité des demandes d'asile. Pour la grande majorité, l'effet a été nul⁷.

Partant de ces deux exemples, il y a lieu de s'interroger: la fouille des téléphones portables est-elle vraiment pratiquée dans les quatre autres pays? Si oui, quelle en est l'efficacité et quels en sont les coûts? Qu'en est-il des autres pays exactement?

Pour les CSP la fouille des téléphones portables est une fausse bonne-idée. Elle n'est pas appliquée en Belgique et son efficacité est remise en question en Allemagne.

Impact sur la durée des procédures

L'explication de cette étape de la procédure au requérant d'asile, l'explication des enjeux liés à son consentement, l'extraction des données, l'analyse du SEM et la formalisation de cette analyse dans un procès-verbal auront nécessairement comme impact de prendre du temps et d'absorber les ressources de l'administration.

L'analyse que rendra le SEM sur les données trouvées sur des supports électroniques donnera en outre lieu à l'exercice du droit d'être entendu: le requérant d'asile, le plus souvent par l'intermédiaire de son représentant juridique, aura droit de se prononcer sur cette analyse et, cas échéant, de la contester. Or, la procédure d'asile dite accélérée est aujourd'hui déjà menée à une cadence très élevée et dans des délais très courts. Les CSP ont critiqué le délai de 24 heures au minimum dont dispose le représentant juridique pour se prononcer sur le projet de décision du SEM. Avec le nouveau pan de discussion qui s'ouvre autour de l'analyse des données électroniques, il paraît évident que ce délai ne suffit plus et doit être prolongé.

Par ailleurs, les routes migratoires pour arriver en Suisse sont toujours plus longues et de nombreux demandeurs d'asile passent régulièrement plusieurs mois voire années en chemin. Lors de ce parcours, en raison de leurs moyens économiques limités, ils achètent des téléphones portables de seconde main. Ainsi les données que le SEM pourrait trouver sur leurs téléphones pourraient ne même pas leur appartenir, ce qu'il appartiendra au requérant d'asile et à son représentant juridique de démontrer. Une analyse basée sur ces données risquent donc de prolonger encore l'instruction des demandes.

La fouille des téléphones portables ne peut que ralentir l'instruction des procédures d'asile. De plus, en raison de la complexité d'exercer le droit d'être entendu sur l'analyse des données électroniques, les CSP demandent la prolongation du délai de 24 heures, mentionné à l'article 52d OA1, dont dispose le représentant juridique d'un requérant d'asile pour prendre position sur le projet de décision du SEM. Une durée minimale de trois jours doit être adoptée.

⁷ [Rapport du Deutscher Bundestag: Deutscher Bundestag – Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 – Drucksache 19/8701](#), 25 mars 2019

Protection des données

L'avant-projet soulève de nombreuses questions relatives à la protection des données. Dans d'autres pays, l'adoption de ces mesures ont été critiquées par les instances chargées de la protection des données. Il conviendrait donc, avant toute adoption du présent avant-projet, de connaître l'avis du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence.

Quelles données sont recueillies exactement? Comment sont-elles sauvegardées et pour combien de temps? Comment sont-elles transmises à d'autres autorités (cantonales) et sous quelles conditions relatives à la protection des données? Que faire des données qui touchent à la vie privée de tiers autres que le requérant d'asile? (Potentiellement, toutes les personnes avec lesquelles le requérant d'asile est entré en contact).

L'avant-projet est flou sur toutes ces questions éminemment sensibles et doit être précisé. La seule délégation au Conseil fédéral ne suffit pas dès lors qu'une atteinte à un droit fondamental est en jeu.

De même, les échanges avec le représentant juridique ou des médecins pourraient se trouver parmi ses données. Dès lors que le requérant ou ses interlocuteurs savent que leurs échanges seront lus par le SEM, le rapport de confidentialité est altéré, la teneur des échanges est modifiée. Cette atteinte à la confidentialité porte atteinte tant au droit à une assistance juridique qu'au droit à la santé des requérants d'asile.

Impact sur les coûts de la procédure d'asile

Même s'il reconnaît que la fouille des téléphones portables et autres supports "alourdira la charge de travail du SEM", le rapport explicatif ne dit rien des coûts supplémentaires. "Le SEM n'est pas en mesure à ce stade de chiffrer précisément les charges de personnel à prévoir. Cet élément sera examiné en détail lors de la définition des dispositions d'exécution (...)".

La légèreté de cette analyse a de quoi surprendre. Il est certain qu'extraire des données depuis différents supports électroniques et les analyser forcera, d'une part, les fonctionnaires du SEM à consacrer du temps à cette tâche. D'autre part, il est tout aussi sûr que ces compétences étendues des fonctionnaires nécessitera soit de la formation, soit le recrutement de spécialistes. Il y aura donc sans aucun doute des coûts supplémentaires et ceux-ci n'ont pas été évalués.

Conclusion

Pour toutes les raisons évoquées ci-dessus, les CSP invitent au rejet de l'avant-projet.

Si celui-ci devait tout de même être adopté, la fouille du téléphone portable et autres supports de données doit remplir les conditions suivantes:

1. utilisation lorsque la nécessité de conduire une telle fouille a été établie par écrit, comme dans le droit pénal
2. utilisation de la fouille après qu'une analyse lingua ait été menée et qu'un doute subsiste, puisque l'analyse lingua porte moins atteinte à la vie privée
3. prolongation du délai pour que le représentant juridique se prononce sur le projet de décision du SEM à minimum trois jours, afin de préserver le droit d'être entendu du requérant d'asile

Centres sociaux protestants (www.csp.ch), 4 juin 2020.