

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)

Réponse de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés
(OSAR) à la consultation

Berne, le 19 juin 2023

Mentions légales

Édition

Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR)

Case postale, 3001 Berne

Téléphone : 031 370 75 75

Fax : 031 370 75 00

Courriel : info@osar.ch

Web : www.osar.ch

Compte de dons : PC 30-1085-7

Versions linguistiques

Allemand (version originale), français (traduction)

COPYRIGHT

© 2023 Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), Berne

La copie et la réimpression sont autorisées à condition que la source soit citée.

Sommaire

1	Introduction	4
2	L'essentiel en bref	4
3	Données à analyser (art. 10a P-OA 3)	5
4	Droit d'accès (art. 10b P-OA 3)	6
5	Proportionnalité (art. 10c P-OA 3)	7
6	Procédure d'analyse	8
6.1	Réserves générales	8
6.2	Utilisation de logiciels pour collecter les données personnelles (art. 10d P-OA 3).....	9
6.3	Sauvegarde temporaire des données personnelles (art. 10e P-OA 3)	10
6.4	Visualisation directe et analyse (art. 10f, al. 1, P-OA 3)	11
6.5	Analyse en l'absence de l'intéressé (art. 10g P-OA 3).....	12
7	Information des personnes requérantes d'asile (art. 10h P-OA 3)	12
8	Protection juridique (art. 10i P-OA 3)	14
9	Analyse dans la procédure d'exécution du renvoi (art. 3, al. 3, P-OERE)	14
10	Conclusion	15

1 Introduction

L'OSAR est reconnaissante de la possibilité qui lui est offerte de prendre position et s'exprime ci-après sur les points qu'elle juge les plus importants. L'absence de prise de position à l'égard d'un point spécifique ne vaut pas pour approbation.

L'OSAR a déjà fermement rejeté l'analyse des supports électroniques de données de personnes requérantes d'asile dans le cadre de la consultation relative à la loi ainsi qu'au cours des débats au Parlement¹. Du point de vue de l'OSAR, une telle analyse constitue une atteinte disproportionnée au droit fondamental à la protection de la vie privée.

L'OSAR s'oppose également à l'avant-projet relatif aux modifications de l'ordonnance. L'OSAR considère les dispositions de la version présentée comme insuffisantes pour assurer une mise en œuvre conforme aux droits fondamentaux et à la protection des données. Elles manquent toujours d'éclaircissements et d'explications suffisants ainsi que d'une évaluation satisfaisante des risques et des conséquences concernant la gestion des différents problèmes et questionnements liés à l'État de droit, au droit fondamental à la protection de la vie privée, à la proportionnalité et à la protection des données. Compte tenu de ces graves lacunes, l'OSAR estime qu'il est indispensable d'apporter des améliorations substantielles au projet, lesquelles sont proposées dans la présente prise de position.

2 L'essentiel en bref

- L'OSAR rejette les modifications proposées de l'ordonnance en l'état.
- L'OSAR a déjà catégoriquement rejeté l'analyse des supports de données dans le cadre de la consultation relative à la loi, car cette analyse constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée.
- La proportionnalité doit impérativement être garantie dans chaque cas. Cela signifie que, lorsqu'une mesure moins intrusive est disponible, l'analyse des supports de données ne saurait être autorisée. Ce point devrait être formulé en termes encore plus clairs dans le texte de l'ordonnance.
- Les dispositions de mise en œuvre prévues par l'ordonnance ne suffisent pas à écarter les réserves de l'OSAR concernant la conformité aux droits fondamentaux et au droit de la protection des données. Elle maintient donc ces réserves.
- Les explications relatives aux données qui peuvent être analysées et à celles qui ne peuvent l'être en aucun cas restent trop vagues.

¹ OSAR, Initiative parlementaire 17.423 : Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles. Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 14 février 2020, 27 mai 2020, www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf ; [Une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes en quête de protection \(osar.ch\)](http://www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf), 2 juin 2020 ; [La vie privée des personnes requérantes d'asile doit être respectée \(osar.ch\)](http://www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf), 27 octobre 2020 ; [L'exploitation prévue des données mobiles enfreint les droits fondamentaux des personnes réfugiées \(osar.ch\)](http://www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf), 4 mai 2021.

3 Données à analyser (art. 10a P-OA 3)

L'OSAR a déjà fait valoir, dans le cadre de la consultation relative à la loi, que les données pouvant être analysées devaient être définies par voie d'ordonnance et non au niveau de la loi². De l'avis de l'OSAR, la définition figurant dans l'avant-projet de l'ordonnance **indique toujours de manière trop peu précise** quelles données personnelles peuvent être concrètement analysées. Le spectre est trop large et trop vague et la liste uniquement donnée « à titre indicatif ». Ce point est d'autant plus problématique que des **données sensibles, comme des fichiers sonores et visuels et des données de tiers**, sont concernées (par exemple dans les photos ou dans l'historique de messages). Il faut donc veiller à ce que les données non pertinentes pour la procédure d'asile soient effectivement exclues de l'analyse. Certes, selon l'art. 8a, al. 2, P-LAsi, les données de tiers ne peuvent être traitées que si les données personnelles ne suffisent pas à atteindre l'objectif (clarifier l'identité, la nationalité, l'itinéraire). Il reste toutefois difficile de concevoir comment cela pourrait être garanti dans la pratique. Par ailleurs, le tri effectué au préalable par un logiciel constitue déjà un traitement de données personnelles. Conformément au droit de la protection des données, le traitement de données personnelles de tiers doit reposer sur un fondement juridique. Or, l'art. 10a P-OA 3 n'en prévoit aucun ; l'art. 8a, al. 2, P-LAsi 3 offre uniquement un tel fondement juridique dans le cas où les données personnelles de la personne requérante d'asile elle-même ont été traitées et jugées insuffisantes au préalable. L'absence de ce fondement juridique porte atteinte au principe de finalité consacré dans le droit de la protection des données.

La réglementation proposée ne satisfait pas non plus à d'autres exigences de la nouvelle **loi sur la protection des données** (nLPD)³. Selon l'art. 8 nLPD, lu en combinaison avec l'art. 6, al. 1, let. a, nOPD⁴, les autorités fédérales sont tenues, lors du traitement automatisé de données personnelles sensibles⁵, d'établir un **règlement de traitement**. Ce règlement doit être prêt avant que la première analyse soit effectuée. L'analyse de supports électroniques de données étant également susceptible d'inclure des données sensibles, le SEM doit lui aussi établir un règlement de traitement, appelé à servir d'orientation dans la manipulation de données analysées de manière automatisée.

De plus, la valeur probante des fichiers visuels est aujourd'hui discutable, étant donné qu'ils peuvent être modifiés par voie électronique. Il convient par ailleurs de partir du principe qu'une part très importante de **fichiers visuels et sonores** contenus dans un support électronique de données **ne sont pas pertinents** pour la procédure d'asile. Leur analyse est donc disproportionnée. Par conséquent, l'OSAR propose de les **supprimer** de la liste des données à analyser.

² OSAR, Initiative parlementaire 17.423, 27 mai 2020, www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf, p. 15.

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 1^{er} septembre 2023).

⁴ Nouvelle ordonnance sur la protection des données (ordonnance sur la protection des données, OPD), RS 235.11 (en vigueur à partir du 1^{er} septembre 2023).

⁵ Conformément à l'art. 5, let. c, nLPD, constituent des données personnelles sensibles : les données sur les opinions ou les activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales ; les données sur la santé, la sphère intime ou l'origine raciale ou ethnique ; les données génétiques ; les données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque ; les données sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives ; les données sur des mesures d'aide sociale.

En outre, l'OSAR suggère de renvoyer à la version révisée de la loi sur la protection des données (plutôt qu'à l'actuelle LPD) dans la phrase introductive, étant donné que la nouvelle version entrera en vigueur dès le 1^{er} septembre 2023.

Proposition de l'OSAR :

Art. 10a P-OA 3 :

Les données personnelles suivantes issues de supports électroniques de données, y compris les données sensibles au sens de l'art 3, let. c, de la loi fédérale du ~~19 juin 1992~~ **25 septembre 2020** sur la protection des données (LPD), peuvent être traitées :

- a. indications sur la personne et sa nationalité ; ~~en font notamment partie~~ les adresses, les numéros de téléphone, ~~les enregistrements sonores et visuels~~ ainsi que les documents ;
- b. indications sur l'itinéraire ; ~~en font notamment partie~~ les données de navigation, ~~les enregistrements sonores et visuels~~ ainsi que les documents.

4 Droit d'accès (art. 10b P-OA 3)

La catégorie des membres du personnel du SEM qui, conformément à l'avant-projet, ont accès aux données des personnes requérantes d'asile est beaucoup trop vaste : l'article couvre les collaboratrices et les collaborateurs de trois domaines de direction du SEM en donnant des descriptifs d'activités très généraux. Au vu de la profusion de données potentielles, dont une part probablement importante d'informations non pertinentes pour la procédure, ce descriptif ne suffit pas. Au regard de la finalité de la mesure, il n'est **pas nécessaire que toutes ces personnes aient accès** à l'intégralité des données. En raison de la gravité de l'atteinte au droit fondamental à la vie privée, une **réglementation par voie de directives**, telle qu'envisagée dans le rapport explicatif⁶, **n'est pas suffisante**.

Du point de vue de l'OSAR, les questions suivantes doivent donc impérativement être examinées de manière approfondie dans le but d'assurer la clarté de l'ordonnance : qui a effectivement besoin d'accéder à quelles données, et quand ? Comment cet accès peut-il être organisé pour réduire autant que possible l'atteinte à la vie privée des personnes requérantes d'asile ? Il convient également de prendre les dispositions techniques nécessaires pour veiller à ce que le personnel du SEM ait uniquement accès aux données pendant la durée de l'analyse, après quoi cet accès doit être limité aux données pertinentes enregistrées dans le dossier d'asile.

⁶ DFJP, 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, Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation (ci-après : DFJP, Rapport explicatif), [fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2022-86-cons_1-doc_5-fr-pdf-a.pdf](#), p. 4.

5 Proportionnalité (art. 10c P-OA 3)

L'OSAR maintient son appréciation selon laquelle l'analyse des supports de données constitue une **atteinte disproportionnée au droit fondamental à la vie privée**⁷. L'art. 8, al. 1, let. g, P-LAsi prévoit que la personne requérante d'asile n'est tenue de remettre ses supports électroniques de données au SEM que « si son identité, sa nationalité ou son itinéraire ne peuvent pas être établis sur la base de documents d'identité, ni par d'autres moyens ». Conformément à l'art. 8, al. 4, P-LAsi, le SEM analyse la nécessité et la proportionnalité au préalable dans chaque cas.

L'OSAR salue, sur le principe, la mention explicite dans la LAsi d'un examen de la proportionnalité dans chaque cas. La question de la mise en œuvre pratique reste en revanche entièrement ouverte : bien que le passage de l'avant-projet évoquant des « moyens raisonnables » (concernant les autres mesures devant être épuisées au préalable) ait été supprimé du texte de loi final, le rapport explicatif actuel renvoie de nouveau au rapport de la CIP-N, qui invoque des mesures pouvant être prises avec « une charge de travail moindre »⁸. Il n'est pas prévu de réglementer les mesures à effectuer au préalable dans le texte de l'ordonnance, mais uniquement **par voie de directive**. L'OSAR juge cette règle **insuffisante**. Elle manque de critères transparents permettant de décider à quel moment une analyse est nécessaire. Compte tenu de l'atteinte au droit fondamental, il est essentiel que l'analyse des supports de données soit présentée en termes non équivoques comme une **ultima ratio**, c'est-à-dire **lorsqu'il est établi qu'aucune autre mesure moins intrusive pour la personne requérante d'asile (et non pas liée à une charge de travail moindre pour l'autorité) ne suffit**.

En Allemagne, le Bundesverwaltungsgericht (Tribunal administratif fédéral) a récemment confirmé ce principe fondamental dans l'affaire d'une requérante d'asile afghane : « *L'analyse de supports numériques de données (notamment de téléphones mobiles) à laquelle se livre régulièrement le Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Office fédéral des migrations et des personnes réfugiées, ci-après le "Bundesamt") en l'absence de passeports ou autres documents d'identité lors de l'enregistrement de personnes requérantes d'asile n'est pas légale lorsque les autres renseignements et documents disponibles ne sont pas suffisamment pris en considération. [...] Dans le cas de la requérante, des moyens moins contraignants et devant donc être utilisés en priorité par le Bundesamt [...], à savoir la tazkira, l'acte de mariage, la mise en correspondance des répertoires et une demande de clarification sur des spécificités linguistiques auprès de l'interprète, étaient disponibles afin de recueillir d'autres indices permettant de constater l'identité et la nationalité.* » Le Tribunal a considéré l'analyse du téléphone mobile comme illégale sur ce fondement⁹.

L'OSAR estime que, compte tenu de la gravité de l'atteinte au droit fondamental, la nature de l'**ultima ratio** devrait également être **formulée explicitement dans le texte de l'ordonnance**.

⁷ OSAR, Initiative parlementaire 17.423, 27 mai 2020, www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf, p. 7 et suivantes.

⁸ DFJP, Rapport explicatif, p. 4.

⁹ Bundesverwaltungsgericht, Allemagne, 1 C 19.21, arrêt du 16 février 2023, [communiqué de presse n° 13/2023 | Bundesverwaltungsgericht \(bverwg.de\)](https://www.bverwg.de/communiqué-de-presse-no-13-2023).

Proposition de l'OSAR :

Art. 10c P-OA 3

1 ~~Lors de l'examen de~~ **Afin de garantir** la proportionnalité, les informations et les déclarations fournies par la personne concernée ainsi que les documents officiels tels que les actes de naissance ou les permis de conduire qui permettent de tirer des conclusions pertinentes sur l'identité, la nationalité ou l'itinéraire emprunté doivent être pris en compte **avant que soit envisagée l'analyse des supports de données**. Le SEM ~~vérifie si d'autres~~ **épuise les 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.

2 **Les mesures appropriées sont utilisées dans la mesure où elles constituent une atteinte moindre aux droits fondamentaux de la personne requérante d'asile**. Le SEM règle ~~les détails de la procédure~~ par voie de directive ~~l'étendue du recours aux mesures appropriées~~.

6 Procédure d'analyse

6.1 Réserves générales

L'avant-projet et le rapport explicatif n'expliquent pas de façon suffisamment claire le déroulement concret de la procédure. De manière générale, l'OSAR **ne voit pas comment** le tri préliminaire et l'analyse peuvent être **raisonnablement effectués en respectant les droits fondamentaux et la protection des données dans la pratique**. La Société Numérique suisse a par exemple également qualifié d'inappropriée l'analyse de supports de données, en pointant le taux élevé d'erreurs en cas d'analyse automatique et la charge de travail importante en cas d'analyse manuelle¹⁰. Les avantages, à l'inverse, sont très limités, comme le montrent les résultats du projet pilote mené à Chiasso et Vallorbe : dans 37 % des cas, il n'y avait aucun appareil exploitable. Sur les appareils analysés, seuls 15 % ont donné des résultats utiles¹¹. Lors de la consultation sur la loi, le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a à son tour exprimé des doutes quant à l'efficacité de la mesure dans la pratique et à la possibilité de mettre les propositions en œuvre dans le respect des droits fondamentaux¹². L'OSAR estime que seules les réglementations qui ont été examinées, évaluées et approuvées par le PFPDT devraient être introduites.

¹⁰ PFPDT, Modification de la loi sur l'asile, 17.423 Initiative parlementaire Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles, Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, août 2020, [1865_WRQXwDv.pdf \(storage.googleapis.com\)](https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf), p. 13.

¹¹ SEM, Projet pilote : Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile, 27 juillet 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf>, p. 6.

¹² PFPDT, Modification de la loi sur l'asile, 17.423 Initiative parlementaire Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles, Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national, Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, août 2020, [1865_WRQXwDv.pdf \(storage.googleapis.com\)](https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf), p. 12.

L'argument selon lequel cette mesure drastique était également appliquée dans d'autres pays a été avancé maintes fois lors de l'introduction de l'analyse des supports de données dans la LA si. L'**expérience de ces pays** n'est toutefois exposée que de manière très restreinte et **unilatérale**, sans qu'il soit jamais fait mention des débats controversés, des aspects problématiques et des avantages extrêmement limités. En Allemagne, par exemple, la Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) se bat contre l'analyse des supports de données dans la procédure d'asile. Elle a publié une étude sur le sujet en 2019, accompagne des procédures juridiques stratégiques (notamment l'affaire en cause dans l'arrêt du Bundesverwaltungsgericht du 16 février 2023 susmentionné¹³) et a introduit un recours auprès du délégué allemand à la protection des données, toujours pendant à ce jour. La GFF expose à cet égard très clairement les risques ainsi que les **avantages limités** : « *L'analyse des téléphones portables est liée à un risque extrêmement élevé d'erreurs. Entre 58 et 64 % des résultats sont inutilisables. Le jeu de données est par exemple trop restreint dans les nouveaux téléphones, les anciens modèles ne sont pas pris en charge par le programme du BAMF et on obtient des résultats contradictoires lorsqu'un téléphone portable a été utilisé par plusieurs personnes. L'analyse des téléphones portables comporte en outre un risque d'abus. Il est difficile pour les membres du personnel du BAMF d'évaluer dans quelle mesure les résultats sont utilisables. Des résultats de test inutilisables peuvent aussi les influencer dans leur décision dans le cadre de la procédure d'asile et indûment éveiller leur méfiance.* »¹⁴. Le fait que le logiciel soit sujet aux erreurs renferme également le risque d'une inégalité de traitement s'il est possible qu'il analyse avec une fiabilité variable les données présentées en différentes langues.

Globalement, il convient d'examiner et de prendre en compte **la façon dont cette mesure s'inscrit dans la procédure accélérée et les conséquences** qu'elle aura dans la pratique sur l'organisation de cette procédure, en particulier dans les périodes de forte hausse des demandes d'asile. Des retards dus au procédé d'analyse ont déjà été constatés à Chiasso, ainsi que l'explique le rapport relatif au projet pilote¹⁵. Celui-ci avait encore été mené dans le cadre de l'ancienne procédure d'asile. Selon l'OSAR, il y a lieu d'examiner et de démontrer dans le détail en quoi ses résultats pourraient tout de même offrir une base solide pour l'introduction d'une telle mesure dans les conditions totalement différentes de la procédure d'asile restructurée. Or, aucun examen de ce type n'a été mené.

6.2 Utilisation de logiciels pour collecter les données personnelles (art. 10d P-OA 3)

Selon le rapport explicatif, il conviendrait, sur le fondement de l'expérience des Pays-Bas et de l'Allemagne, d'utiliser un logiciel qui passe en revue des jeux de données selon des critères objectifs et effectue un tri préliminaire des données relatives à l'itinéraire et à l'identité. Le résultat de ce tri est consigné dans un rapport succinct qui sert ensuite de base à l'analyse

¹³ Voir point 5.

¹⁴ GFF, BAMF-Handydaten-Auswertungen, [BAMF-Handydatenauswertungen - GFF – Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.](#). Voir également : 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.pdf. L'étude contient des informations détaillées sur la situation juridique et sur la pratique en Allemagne, ainsi qu'un bref aperçu de la situation juridique et de la pratique au Danemark, en Norvège, en Belgique, en Autriche et au Royaume-Uni.

¹⁵ SEM, Projet pilote : Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile, 27 juillet 2018, [https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf](https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf), p. 9.

des données. Tant le tri effectué par le logiciel que l'analyse doivent avoir lieu en présence de la personne requérante d'asile. Le logiciel utilisé est censé satisfaire aux exigences requises pour une utilisation lors de procédures judiciaires et de droit pénal¹⁶.

Le texte de l'ordonnance **ne contient pas non plus de directives précises** sur l'exécution technique (logiciel utilisé, catalogue de sélection des données à analyser, filtres à appliquer, etc.). L'avant-projet et le rapport explicatif ne clarifient en rien la question de savoir quelles règles concrètes doivent être appliquées à l'utilisation de quel logiciel ou ce que celui-ci devrait chercher pour pouvoir trier les informations pertinentes. Des questions se posent ici en particulier à l'égard des fichiers visuels et sonores. Il existe un risque important que de trop nombreuses données (non pertinentes) soient traitées. Il est par ailleurs difficile de comprendre le sens à donner au respect d'une « norme forensique ». L'OSAR considère qu'il faut à tout le moins que le logiciel utilisé soit **certifié** par un organisme de certification indépendant, conformément à l'art. 13 nLPD. L'OSAR propose en outre que le SEM présente un **code de conduite** au PFPDT, tel que le prévoit l'art. 11 nLPD, pour examen et prise de position.

Selon l'OSAR, il est important que la personne concernée soit **présente** au moment du tri effectué par le logiciel. Sa présence ne compense cependant pas les risques, étant donné que même dans ce cas, il est difficile pour cette personne de comprendre les procédés et les implications d'une analyse électronique par un logiciel non transparent pour elle. Les procédés techniques ne sont pas davantage transparents, ou uniquement de façon très limitée, pour la représentante ou le représentant juridique présent-e. Sa présence est toutefois essentielle, ne fût-ce que pour accompagner la personne requérante d'asile et lui offrir son soutien sur les éventuelles questions nécessitant des éclaircissements (voir proposition pour l'art. 10i P-OA 3 au point 8).

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

La LAsi prévoit la possibilité de procéder à une sauvegarde temporaire des données à analyser jusqu'à leur analyse. Un examen de la proportionnalité doit impérativement être effectué avant cette sauvegarde temporaire ; aucun « stockage de données secondaire » n'est autorisé. La sauvegarde temporaire doit être effectuée en présence de la personne requérante d'asile¹⁷.

Ni l'avant-projet ni le rapport explicatif n'exposent à suffisance les données qui sont concrètement concernées par une sauvegarde temporaire, pas plus que le rapport entre celle-ci et le tri effectué par le logiciel. Cette sauvegarde temporaire n'inclut-elle que les données déjà sélectionnées par le logiciel ? En vertu de la loi sur la protection des données, toute manipulation de données, c'est-à-dire également leur sauvegarde, constitue un traitement de données. Partant, **seules les données visées par l'art. 10a P-OA 3** peuvent faire l'objet d'une sauvegarde temporaire. La manière dont la sauvegarde temporaire s'imbrique dans le déroulement de la procédure d'asile accélérée dans la pratique n'est pas plus claire : d'une part, elle a lieu à un stade relativement précoce de la procédure (« jusqu'à leur analyse »), mais

¹⁶ DFJP, Rapport explicatif, p. 5.

¹⁷ DFJP, Rapport explicatif, p. 6.

de l'autre, d'autres mesures moins contraignantes doivent déjà être examinées au préalable (pas de stockage de données secondaire).

L'OSAR juge important que la personne concernée soit **présente** pendant la sauvegarde temporaire. Sa présence n'est cependant pas garante de transparence (comme dans le cas du tri effectué par le logiciel), étant donné qu'il est difficile pour elle de comprendre quelles données sont effectivement sauvegardées et ce qui en est fait ensuite. Les procédés techniques ne sont pas davantage transparents, ou uniquement de façon très limitée, pour la représentante ou le représentant juridique présent-e. Sa présence est toutefois essentielle, ne fût-ce que pour accompagner la personne requérante d'asile et lui offrir son soutien sur les éventuelles questions nécessitant des éclaircissements (voir proposition pour l'art. 10i P-OA 3 au point 8).

Enfin, la durée de la sauvegarde temporaire doit être limitée au strict minimum : les données doivent être effacées dès la fin de l'analyse. L'effacement doit être prouvé et notifié immédiatement à la personne requérante d'asile.

6.4 Visualisation directe et analyse (art. 10f, al. 1, P-OA 3)

Selon le rapport explicatif, il est 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 n'est pas prévue ou possible », par exemple pour des raisons techniques. La procédure est fondée sur le projet pilote précité mené à Chiasso et à Vallorbe entre novembre 2017 et mai 2018, dans le cadre duquel des supports électroniques de données ont été analysés sur une base volontaire¹⁸.

Selon l'OSAR, le texte de l'ordonnance **n'établit pas en termes suffisamment clairs les cas dans lesquels** il convient de recourir au logiciel et à la sauvegarde temporaire et ceux dans lesquels une analyse directe doit être effectuée. Une analyse directe est-elle par exemple prévue pour les types de données qui ne peuvent pas être triés de façon automatique par un logiciel ? Le texte n'indique par ailleurs **pas clairement** comment il prévoit **de garantir que seules les données pertinentes s'affichent** dans le cas d'une analyse directe. Le fait de passer en revue des images ou des fichiers sonores est problématique à plusieurs égards : respect de la vie privée de la personne concernée, données concernées de tiers et part probable de données non pertinentes pour la procédure. Une telle méthode requerrait par ailleurs énormément de temps, ce qui n'est pas raisonnablement compatible avec la procédure d'asile accélérée. Il en résulte une contradiction flagrante avec le gain d'efficacité que la mesure d'analyse est censée apporter.

Le rapport du SEM relatif au projet pilote souligne l'importance de la présence **d'une ou d'un interprète**. Il serait pratiquement impossible d'analyser des éléments de texte sans traduction et l'analyse resterait donc largement circonscrite aux photos et aux vidéos¹⁹. Selon le rapport explicatif, la présence d'une ou d'un interprète (ainsi que d'un-e représentant-e juridique) est

¹⁸ DFJP, Rapport explicatif, p. 6.

¹⁹ SEM, Projet pilote : Saisie et évaluation des supports de données électroniques avec consentement des requérants d'asile, 27 juillet 2018, <https://www.sem.admin.ch/dam/sem/fr/data/publiservice/berichte/ber-evaluation-daten-f.pdf.download.pdf/ber-evaluation-daten-f.pdf>, p. 8.

également prévue à l'avenir, étant donné que l'analyse doit être effectuée dans le cadre d'un interrogatoire ou d'une audition²⁰. L'OSAR propose d'ancrer la présence de ces parties à la procédure dans l'ordonnance. Il convient toutefois de garder à l'esprit, dans la pratique, que la traduction constitue souvent une espèce de boîte noire dont l'exactitude ne peut pas être vérifiée par les autres parties à la procédure. Cela vaut tant dans le cas d'une traduction personnelle que dans celui d'une analyse linguistique automatique des données. En outre, la présence d'une autre personne lors de la visualisation de données très personnelles, telles que des fichiers visuels ou sonores, peut aussi mettre la personne requérante d'asile mal à l'aise ou représenter une contrainte supplémentaire. Il y a lieu d'examiner soigneusement la façon de gérer ce problème dans la pratique.

Proposition de l'OSAR :

Art. 10f, al. 2, P-OA 3 :

² La visualisation directe et l'analyse de données personnelles issues de supports de données a lieu en présence de l'intéressé, **d'une ou d'un interprète ainsi que de la personne assurant la représentation juridique.**

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

Selon le rapport explicatif, l'analyse peut être effectuée en l'absence de l'intéressé à titre exceptionnel lorsque cette personne a signé une déclaration de renonciation écrite ou refuse de participer à l'analyse. Les raisons de l'absence doivent être documentées de façon exhaustive par le SEM²¹. En ce sens, l'OSAR propose d'ancrer la documentation écrite du refus de participer dans le texte de l'ordonnance. En outre, la personne assurant la représentation juridique doit pouvoir être présente si la personne requérante d'asile le souhaite.

Proposition de l'OSAR :

Art. 10g, al. 1, P-OA 3 :

¹ L'analyse de données personnelles après leur sauvegarde temporaire ou l'utilisation de logiciels sans la présence de l'intéressé présuppose que ce dernier ait préalablement remis une déclaration de renonciation écrite ou ait refusé de participer. **Le SEM documente par écrit le refus de participation et les raisons de celui-ci.**

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

L'OSAR juge essentiel que les personnes requérantes d'asile soient informées de la mesure prévue de manière compréhensible. Si l'avant-projet de l'ordonnance énumère certes de manière transparente et détaillée les étapes par lesquelles les personnes requérantes d'asile doivent être informées, cette liste met en même temps en lumière la complexité de la

²⁰ DFJP, Rapport explicatif, p. 6.

²¹ DFJP, Rapport explicatif, p. 7.

procédure. À cela s'ajoute encore la barrière de la langue. La proposition de texte de l'ordonnance ne livre aucune information précise quant à la forme sous laquelle les informations doivent être fournies ; le rapport explicatif cite comme possibilités une vidéo ou un document dans une langue que la personne requérante d'asile comprend²². Compte tenu de la **complexité** de la procédure, l'OSAR estime qu'on ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que toutes les personnes requérantes d'asile comprennent les informations à suffisance grâce à ces moyens. Il faudrait à tout le moins des **informations et explications verbales en parallèle ou la possibilité de poser des questions par l'intermédiaire d'interprètes**.

Le caractère « volontaire » de la mesure a systématiquement été mis en avant lors de l'introduction de l'analyse de supports électroniques de données au niveau de la loi : l'analyse serait effectuée avec l'accord des personnes requérantes d'asile, aucune collecte de données sous contrainte ne serait prévue. Or, la mesure est conçue comme une composante de l'obligation de collaborer à la procédure d'asile. Un refus de collaborer peut être lourd de conséquences : influence négative potentielle sur l'examen de la vraisemblance, classement sans décision formelle, rejet sans audition, ou détention administrative pour violation de l'obligation de collaborer. Pour ces raisons, l'OSAR estime qu'il ne saurait nullement être question d'un consentement volontaire²³.

Il est important **de ne pas automatiquement déduire d'un refus d'analyse des données électroniques que celles-ci contiennent des informations potentiellement préjudiciables**. De nombreuses raisons légitimes peuvent en réalité expliquer ce refus (par exemple la peur de mettre des tiers en danger, la protection des droits de la personnalité de tiers, ou encore le respect de ses propres droits de la personnalité en cas de données intimes). Il convient donc d'expressément examiner et de dûment prendre en compte les motivations d'un refus éventuel afin de prévenir toute interprétation arbitraire. Cela doit être signalé et, le cas échéant, explicité aux personnes requérantes d'asile. En aucun cas un refus de remettre des supports électroniques de données ne saurait automatiquement entraîner des conséquences préjudiciables pour les personnes requérantes d'asile.

Une telle analyse affecte aussi un volume potentiellement important de données de **tiers** non impliqués dans la procédure. Du point de vue de la protection des données, les tiers concernés devraient aussi **être informés du traitement de leurs données** à cet égard. Cette obligation d'informer s'applique également lorsque la collecte de données n'est pas directement effectuée auprès du tiers concerné (art. 19, al. 1, nLPD). Il paraît difficile d'imaginer comment le respect de cette exigence pourrait être garanti dans la pratique.

Proposition de l'OSAR :

Art. 10h, al. 2, phrase introductive, nouvel al. 3, P-OA 3 :

² En même temps qu'il est prié de remettre ses supports électroniques de données, l'intéressé est informé en détail, **par l'intermédiaire d'une ou d'un interprète** :
[...]

²² DFJP, Rapport explicatif, p. 7.

²³ Voir également : OSAR, Initiative parlementaire 17.423, 27 mai 2020, www.osar.ch/fileadmin/user_upload/Publikationen/Vernehmlassungsantworten/200527_OSAR_consultation_collaboration_telephones_mobiles.pdf, p. 11.

³ Si la personne requérante d'asile refuse de remettre ses supports de données, les raisons du refus doivent être expressément examinées et dûment prises en compte.

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

La présence de la représentante ou du représentant juridique de la personne requérante d'asile lors de l'analyse des données est essentielle pour lui assurer un accompagnement et un soutien suffisants. Une telle présence devrait donc être obligatoire et non relever d'une **disposition potestative**. Pour que cela soit possible, la personne assurant la représentation juridique a toutefois besoin des **disponibilités** nécessaires. Il convient de **créer ces disponibilités supplémentaires**, le domaine de la protection juridique étant déjà saturé avec l'accélération considérable de la procédure d'asile. Les délais liés à l'analyse des supports de données doivent être annoncés suffisamment à l'avance. En outre, l'analyse de données électroniques requiert un savoir-faire dans un domaine nouveau qui ne relevait jusqu'ici pas du domaine de compétences de la protection juridique. Celle-ci a également besoin de ressources pour acquérir le savoir-faire en question. **Il convient donc de fournir à la protection juridique au moins les moyens financiers et le temps nécessaires pour qu'elle puisse assumer efficacement son rôle dans la pratique vis-à-vis de l'analyse des supports de données.** De manière générale, le rôle du représentant ou de la représentante juridique ne saurait compenser ou justifier les risques élevés posés par la mesure.

Proposition de l'OSAR :

Art. 10i P-OA 3 :

Le SEM informe le prestataire de services ou le représentant juridique qu'une analyse des supports électroniques de données est prévue et lui communique tous les délais. Le représentant juridique ~~peut être~~ **est** présent lors de la collecte et de l'analyse des données personnelles.

9 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 pendant la procédure d'asile**, l'OSAR considère que les mêmes données ne peuvent pas de nouveau être analysées dans le cadre de la procédure d'exécution du renvoi. Il convient de garantir que l'analyse des supports électroniques de données est uniquement effectuée en tant qu'**ultima ratio** et dans une finalité précise, pour autant que les informations nécessaires n'aient 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 dans chaque cas. Selon l'OSAR, il y a par ailleurs lieu de clarifier à quel stade de la procédure d'exécution du renvoi la mesure doit être effectuée et comment la présence de la personne requérante d'asile, de son représentant ou de sa représentante juridique et de l'interprète s'organise. Un degré suffisant d'**information** et le **droit d'être entendu** doivent également être garantis dans la procédure d'exécution du renvoi.

10 Conclusion

Eu égard à la gravité de l'atteinte à un droit fondamental, aux nombreuses réserves qui subsistent en matière de protection des données et au caractère trop vague des dispositions, l'OSAR rejette les modifications proposées dans l'avant-projet et la mise en œuvre en l'état.

En tant que principale organisation d'aide aux personnes réfugiées en Suisse et faïtière des œuvres d'entraide et des organisations actives dans les domaines de l'exil et de l'asile, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR) s'engage pour une Suisse qui accueille les personnes réfugiées, les protège efficacement, respecte leurs droits fondamentaux et humains, favorise leur participation dans la société et les traite avec respect et ouverture. Dans sa fonction, l'OSAR renforce et défend les intérêts et les droits des personnes bénéficiant d'une protection et favorise la compréhension de leurs conditions de vie. Grâce à son expertise avérée, elle marque le discours public et exerce une influence sur les conditions sociales et politiques.

D'autres publications de l'OSAR sont disponibles sur le site www.osar.ch/publications. La newsletter de l'OSAR, qui paraît régulièrement, vous informe des nouvelles publications. Inscription à l'adresse www.osar.ch/sabonner-a-la-newsletter.