

**Par e-mail uniquement  
([vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch](mailto:vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch))**

Secrétariat d'État aux migrations  
Quellenweg 6  
3003 Berne

Genève, le 19 juin 2023

**Consultation sur la modification de l'ordonnance 3 sur l'asile et de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étranger (analyse des supports électroniques de données des requérants d'asile)**

Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de la consultation sur la modification de l'ordonnance 3 sur l'asile (ci-après : « OA 3 ») et de l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étranger (ci-après : « OERE ») (analyse des supports électroniques de données des requérants d'asile), l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : « l'ODAGE ») soumet la présente contribution spontanée.

Par courrier du 4 juin 2020 adressé à M. Andreas GLARNER, Président de la Commission des institutions politiques du Conseil national, l'ODAGE avait d'ores et déjà soumis ses observations et graves préoccupations quant à la conformité avec les droits fondamentaux, la Constitution fédérale ainsi que les obligations internationales de la Suisse du projet de révision de la loi sur l'asile (ci-après : « LAsi ») et de l'avant-projet et rapport explicatif de la Commission du Conseil national du 14 février 2020 visant à mettre en œuvre l'initiative parlementaire 17.423 « Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles »<sup>1</sup>.

Le résultat de notre analyse juridique approfondie de l'avant-projet effectuée dans ce contexte était clair : la modification envisagée de la LAsi portait une atteinte grave et disproportionnée au cœur du droit fondamental au respect de la vie privée (art. 13 al. 2 Cst. et 8 § 2 CEDH). L'expérience allemande de mise œuvre d'une mesure analogue montrait au demeurant que la mesure n'apportait aucun des résultats escomptés, et qu'elle n'était en ce sens ni apte, ni nécessaire pour atteindre le but visé.

À notre grand regret, le Conseil fédéral a néanmoins proposé d'entrer en matière et d'accepter le projet et le Conseil national et le Conseil des États ont adopté la modification envisagée de la LAsi le 1<sup>er</sup> octobre 2021.

---

<sup>1</sup> Annexe 1 – Courrier de l'ODAGE du 4 juin 2020.

Ce sont désormais les dispositions d'exécution prévues dans l'OA 3 et dans l'OERE qui font l'objet d'une procédure de consultation, lesquelles doivent en particulier **définir** (i) quelles données personnelles le SEM peut analyser sur les supports de données concernés appartenant aux requérants d'asile et aux personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire, et (ii) **désigner** les unités ou collaborateurs du SEM ayant compétence pour procéder à l'analyse des supports de données et **régler** la procédure y afférente.

D'autres modifications à l'OA 3 et à l'OERE s'**imposent** concernant (iii) la sauvegarde temporaire des données personnelles et l'utilisation de logiciels pour les collecter, ainsi que (iv) la spécification des informations qui doivent impérativement être fournies à la personne concernée et la définition des principes régissant l'examen de la proportionnalité.

#### (i) **Données pouvant faire l'objet d'une analyse (art. 10a et 10f OA 3)**

Selon l'art. 10a 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 sur la protection des données (ci-après : « LPD »), pourraient 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.

À la lecture de la disposition envisagée, sensée selon le rapport explicatif définir quel type de données personnelles le SEM a le droit d'analyser<sup>2</sup>, se pose surtout la question de savoir quel type de données le SEM n'aurait pas le droit d'analyser.

Le champ des données qui pourraient être analysées est en effet si large qu'il permet de traiter toutes les données – sans distinction aucune – pouvant se trouver sur un support électronique. Difficile de cibler une donnée qui ne pourrait pas présenter un lien ou permettre de donner des indications sur « la personne » à qui appartient justement le support qui est examiné (art. 10a let. a OA 3 *ab initio*).

Plus grave encore, aucune limite n'est fixée quant au traitement des données sensibles (art. 3 let. c LPD), expressément mentionnées à l'art. 10a OA 3 comme pouvant être traitées comme n'importe quelle autre donnée. La formulation proposée permet ainsi de traiter tous types de données, de la même manière, sans examen de la proportionnalité, que les données présentent ou non un caractère sensible. Ce n'est pas acceptable.

Dans ce contexte, l'ODAGE propose ainsi (i) de préciser à la l'art. 10a let. a OA 3 qu'il s'agit d'obtenir des indications sur « l'identité de la personne » et non sur « la personne ». L'OA 3 doit en effet reprendre les termes – déjà peu précis – utilisés à l'art. 8a al. 1 nLAsi. Rien ne justifie de s'en éloigner pour adopter un terme encore plus large et moins précis.

L'ODAGE propose également (ii) que les données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD ne fassent l'objet d'un traitement qu'après un examen des autres types de données, et à la seule condition qu'il n'ait pas permis d'établir l'identité, la nationalité ou l'itinéraire de la personne.

Des modifications sont en effet nécessaires afin de garantir la mise en œuvre du principe de proportionnalité, pour ne pas laisser au SEM la possibilité de porter une atteinte immédiate, directe et non nécessaire au cœur de l'intimité de la personne dont les données font l'objet d'un examen. Les mêmes principes devront par ailleurs être respectés dans le cadre d'un examen par visualisation directe des données personnelles tel que prévu à l'art. 10f OA 3.

---

<sup>2</sup> Rapport explicatif du 10 mars 2023, p. 3.

Finalement, non seulement des réserves s'agissant des données sensibles ou intimes doivent être inscrites dans l'OA 3, mais il est également impératif d'inscrire que les données protégées par un secret, en particulier celui de l'avocat ou du médecin, ne peuvent être traitées.

Rien ne justifie de permettre, dans un état de droit, que de telles données puissent être examinées et traitées lorsqu'une personne demande l'asile, alors qu'elles ne pourraient absolument pas l'être si cette même personne était poursuivie pénalement.

## **(ii) Compétence pour procéder à l'analyse des supports de données (art. 10b OA 3)**

Selon l'art. 10b OA 3, les personnes suivantes peuvent accéder aux données personnelles issues de supports électroniques de données : (a.) les collaborateurs du SEM qui effectuent des tâches liées à l'établissement de l'identité et de la nationalité des requérants d'asile ; (b.) les collaborateurs du SEM qui sont chargés de mener la procédure d'asile ; (c.) les collaborateurs du SEM qui effectuent des tâches liées au soutien des cantons lors de l'exécution des renvois dans le domaine de l'asile.

L'ODAGE considère que l'OA 3 devrait définir une procédure interne chargeant une unité tierce, au sein du SEM – à défaut d'avoir établi dans la LAsi le principe d'un contrôle des données par une entité ou un tribunal indépendant –, de procéder à un premier tri des données qui pourront ensuite être remises aux collaborateurs listés à l'art. 10b OA 3.

Seule une unité indépendante des autres départements du SEM devrait opérer – avec la personne concernée – un premier examen respectueux du principe de proportionnalité et permettant d'obtenir les données pertinentes pour établir l'identité, la nationalité ou l'itinéraire de la personne.

En aucun cas, les collaborateurs responsables du tri et de la sélection des données ne doivent se confondre avec les collaborateurs qui sont en charge de mener la procédure d'asile et de l'examen de la demande, voire de soutenir le canton pour l'exécution des renvois. Les collaborateurs en charge de la procédure d'asile au fond ne doivent pouvoir traiter les données récoltées qu'après leur tri préalable.

De manière générale, l'OA 3 manque de clarté s'agissant de la répartition des rôles au sein du SEM. Compte tenu des droits en jeu, les précisions nécessaires devraient être intégrées dans l'ordonnance et non dans une directive interne comme le propose le rapport explicatif<sup>3</sup>.

## **(iii) Sauvegardes et logiciels pour le traitement des données (art. 10d et 10e OA 3)**

L'ODAGE reconnaît que l'analyse technique est utile et qu'une sauvegarde temporaire – pour une durée limitée – des données devant être analysées peut être nécessaire, cela également dans la perspective de ne pas priver la personne concernée des supports électroniques qui lui appartiennent et qui lui sont souvent essentiels pour maintenir des contacts avec ses proches notamment.

En relation avec les commentaires formulés au point **(i)** ci-dessus et pour garantir un examen proportionné des données se trouvant sur le support électronique examiné, l'ODAGE recommande de procéder par le biais de mots-clés, à la fois inclusifs et exclusifs, permettant d'une part de cibler les données pertinentes, mais également d'exclure les données qui auraient un caractère particulièrement sensible, qui seraient couvertes par un secret ou qui relèveraient uniquement de la sphère privée et qui n'auraient donc pas à être traitées par le SEM. Ce tri devra être fait en collaboration avec la personne concernée.

---

<sup>3</sup> Rapport explicatif du 10 mars 2023, p. 4.

**(iv) Proportionnalité (art. 10c OA 3)**

Aux termes de l'art. 10c OA 3, lors de l'examen de la proportionnalité, les informations et les déclarations fournies par la personne concernée ainsi que le document officiel tels que les actes de naissance ou le permis de conduire qui permettent de tirer des conclusions pertinentes sur l'identité, la nationalité ou l'itinéraire emprunté doivent être pris en compte. Le SEM vérifie 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. Il est prévu que l'étendue du recours aux mesures appropriées sera réglée par le SEM par voie de directive.

Le fait d'indiquer que des documents officiels ou les actes de naissance sont seulement « pris en compte » lors de l'examen de la proportionnalité est insuffisant. Le principe de la proportionnalité doit être consacré de manière correcte dans l'OA 3 et ne pas être un tigre de papier. Cela implique d'inscrire clairement à l'art. 10c OA 3 que l'examen des supports électroniques n'est possible qu'à la condition que la personne demandant l'asile n'ait pas été en mesure d'établir son identité et sa nationalité de manière crédible par d'autres moyens, en particulier par la remise de documents officiels, d'un acte de naissance ou d'un permis de conduire.

La formulation proposée à l'art. 10c OA 3 met en péril le principe de proportionnalité qu'elle prétend rappeler, en indiquant que les supports électroniques contenant des données peuvent être examinés, même en présence de documents officiels. Le texte proposé donne au SEM une marge de manœuvre arbitraire, contraire au principe de proportionnalité, et ne garantit en aucun cas que l'examen des supports électroniques interviendra uniquement en *ultima ratio* ; cela en contradiction d'ailleurs avec les explications données dans le rapport explicatif<sup>4</sup>.

Une formulation plus claire et plus stricte pour les collaborateurs du SEM responsables de la mise en œuvre de ces mesures doit ainsi être adoptée. Il devra être inscrit sans détour que dans le cas où l'identité et la nationalité de la personne sont établies par d'autres moyens, l'examen d'un support électronique est exclu.

Cela étant, au-delà des remarques qui précèdent, et en relation avec les éléments soulevés au point (i) ci-dessus, l'ODAGE rappelle que la question de la proportionnalité se pose non seulement quant à la possibilité ou non de procéder à l'examen d'un support électronique contenant des données, mais également une fois qu'il a été décidé de procéder à l'examen de ces données.

Dans ce contexte, il est ainsi rappelé que des données sensibles – conformément au principe de proportionnalité – ne doivent pouvoir être traitées avant qu'il n'ait été établi qu'aucune autre donnée moins sensible ne permet d'établir l'identité, la nationalité ou l'itinéraire de la personne.

\*\*\*

Les commentaires présentés ci-dessus tiennent compte du fait que la possibilité de procéder à l'examen des supports électroniques contenant les données personnelles des personnes demandant l'asile, y compris de leurs données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD, et cela sans contrôle indépendant aucun, a désormais été inscrite dans la LAsi votée par le Parlement.

---

<sup>4</sup> Rapport explicatif du 10 mars 2023, p. 4.

L'ODAGE maintient néanmoins la position exprimée dans son courrier du 4 juin 2020 et persiste dans son analyse selon laquelle les nouvelles dispositions inscrites dans la LAsi portent une atteinte grave et inutile au cœur du droit fondamental à la vie privée (art. 13 al. 2 Cst. et 8 § 2 CEDH).

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à la présente et vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de notre très haute considération.



Roxane SHEYBANI  
Présidente de la Commission  
des droits humains



Miguel OURAL  
Bâtonnier