

**Par e-mail uniquement
skp.cip@parl.admin.ch**

Commission des institutions politiques
du Conseil national
A l'att. de Monsieur Andreas GLARNER
Président

Genève, le 4 juin 2020

**Procédure de consultation relative à l'obligation de collaborer à la procédure d'asile
Possibilité de contrôler les téléphones mobiles Initiative parlementaire 17.423**

Mesdames, Messieurs,

La présente fait suite à l'ouverture de la procédure de consultation du 11 février 2020 concernant le projet de révision de la loi sur l'asile (LAsi) ainsi qu'à l'avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 14 février 2020 (ci-après : l'Avant-projet, respectivement le Rapport explicatif) visant à mettre en œuvre l'Initiative parlementaire 17.423 Obligation de collaborer à la procédure d'asile. Possibilité de contrôler les téléphones mobiles (ci-après : l'Initiative parlementaire).

Dans le délai imparti au 4 juin 2020, l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : l'ODAGE) souhaite vous soumettre ses observations et préoccupations quant à la conformité du projet considéré avec les droits fondamentaux, la Constitution fédérale ainsi que les obligations internationales de la Suisse.

I- Notion de consentement

Le Rapport explicatif précise que : « *La confiscation par le SEM de supports de données, c'est-à-dire la saisie de dispositifs sans le consentement de leur détenteur, n'est pas prévue* » (Rapport explicatif, p. 7).

L'Avant-projet précise néanmoins que le refus du requérant de laisser inspecter son téléphone mobile ou son ordinateur portable sera pris en compte dans le cadre de l'appréciation de sa crédibilité et pourra conduire en dernier ressort au classement de la demande d'asile en application de l'article 8 al. 3^{bis} LAsi ou à son rejet en application de l'article 31a al. 4 LAsi, à teneur duquel la demande d'asile est rejetée si la qualité de réfugié n'est ni prouvée ni rendue vraisemblable ou s'il existe un motif d'exclusion au sens des art. 53 et 54 LAsi, en relation avec l'article 36 al. 1 lit. c LAsi.

Si la jurisprudence associe régulièrement le terme *consentement* des épithètes *libre et éclairé*, ce pléonasse ne doit pas être attribué à une maladresse mais bien plutôt compris comme une mise en exergue de ces deux caractéristiques fondamentales du consentement.

A l'instar du Tribunal fédéral, nous rappelons que l'absence de liberté de choix exclut le consentement. En particulier, un accord donné sous la contrainte du non-examen de la demande d'asile ou de son rejet ne peut être tenu pour valable, respectivement consenti.

Ainsi, une loi excluant qu'une mesure non consentie puisse être exécutée tout en sanctionnant sévèrement le refus prévoit en réalité une mesure de contrainte. D'une part, le principe de la bonne foi qui lie l'autorité dicte qu'une telle mesure doit être présentée comme telle à l'administré. D'autre part, lorsqu'il y est soumis, l'administré doit bénéficier des garanties constitutionnelles et conventionnelles qui encadrent toute restriction de leurs droits fondamentaux.

II- Proportionnalité de la mesure au regard du respect de la vie privée

Notre Constitution prévoit que : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications. Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.* » (art. 13 Cst.).

Le droit fondamental au respect de la vie privée est également protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévoyant que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » (art. 8 § 1 CEDH).

Le droit au respect de la sphère privée au sens de l'article 13 al. 1 Cst., dont le champ d'application matériel concorde largement avec celui de l'article 8 CEDH, garantit notamment le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale ; il protège l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation (ATF 135 I 198, consid. 3.1 ; 126 II 377 consid. 7). L'article 13 al. 2 Cst. détaille l'une des composantes de ce droit ([ATF 128 II 259](#) consid. 3.2); il prémunit l'individu contre l'emploi abusif de données qui le concernent et qui ne sont pas accessibles au public, en particulier les informations relatives à des procédures judiciaires qui porteraient atteinte à sa considération sociale ([ATF 135 I 198](#) consid. 3.1).

Les garanties de l'article 13 al. 2 Cst. sont concrétisées par la législation applicable en matière de protection des données (cf. ATF 137 I 167, consid. 3.2 ; [ATF 131 II 413](#) consid. 2.6; art. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données [LPD; RS 235.1]; FF 2002 1915, p. 1962).

L'analyse du téléphone portable d'un administré ou de tout support électronique en sa possession permet d'obtenir « *toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée au sens de L'article 3, let. a, LPD ainsi que toutes les données sensibles au sens de L'article 3, let. c, LPD ; il s'agit notamment des opinions ou activités religieuses ou politiques, de la santé ou encore de l'appartenance à une race* » (Rapport explicatif, p. 12).

Elle constitue donc une restriction de son droit fondamental au respect de la vie privée, en particulier dans ses composantes détaillées à l'article 13 al. 2 Cst.

Le respect du principe de proportionnalité encadre strictement toute restriction des droits fondamentaux. En particulier, une restriction n'est licite que si elle est proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst. et 8 § 2 CEDH). Le principe de proportionnalité consacré à l'article 36 al. 3 Cst. exige ainsi qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts) (ATF 143 I 403, consid. 5.6.3 ; ATF 142 I 76 consid. 3.5.1; ATF 138 I 331 consid. 7.4.3.1; arrêt du TF 8C_781/2015 du 8 août 2016 consid. 10.2).

a. Aptitude des mesures

Selon le Rapport explicatif, la mesure vise à établir l'identité des requérants d'asile.

D'emblée, on perçoit mal en quoi la fouille d'un téléphone portable permettrait d'établir l'identité d'un individu.

A ce titre, le rapport de l'assemblée parlementaire allemande établi après 18 mois d'application d'une telle mesure, conclut que, dans 64% des cas, les informations se sont révélées inutilisables et que, dans 34% des

cas, elles se sont bornées à confirmer les déclarations du requérant (Deutscher Bundestag - Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 - Drucksache 19/8701, 25 mars 2019).

L'exemple allemand démontre que l'on peut fortement douter de l'aptitude de la mesure proposée à atteindre le but visé.

b. Nécessité

Sous l'angle de la nécessité, l'autorité doit, lorsqu'elle entend décider d'une mesure constituant une restriction d'une liberté fondamentale, démontrer que la mesure restrictive est apte à produire le résultat escompté, mais doit également prouver qu'il s'agit de la seule mesure à-même de le faire, c'est-à-dire qu'il n'y en a pas d'autres, plus respectueuses des libertés, qui soient aussi efficaces (AUER/MALINVERNI/ HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Berne 2006).

Selon le Communiqué de presse relatif à la mise en consultation de l'Avant-projet, « *les téléphones mobiles des requérants d'asile doivent pouvoir être analysés à des fins d'identification lorsque l'identité de ces derniers ne peut être établie faute de documents appropriés. Cette possibilité doit aussi s'appliquer à l'exécution des renvois dans le domaine de l'asile.* ».

Le but ainsi visé suppose une défiance de principe à l'endroit des déclarations des requérants d'asile. L'expérience allemande démontre que cette défiance est injustifiée puisque seules 2% des informations communiquées par les requérants d'asile ont été réfutés par l'analyse de supports électroniques (Deutscher Bundestag - Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2018 - Drucksache 19/8701, 25 mars 2019), ce qui signifie que dans 98% des cas une telle mesure n'était pas nécessaire.

Le rapport explicatif trahit en outre l'absence de nécessité de la mesure en vantant ses avantages ou inconvénient pratiques pour justifier qu'elle soit préférée à une autre mesure ou l'inverse :

- « *La CIP-N est convaincue que cette mesure simplifiant l'établissement de l'identité des requérants est absolument proportionnée au travail qu'elle implique* » ;
- « *En vertu du principe de proportionnalité, on commencera toujours par établir l'identité « par d'autres moyens » dès lors que cette manière de faire implique une charge de travail moindre qu'une analyse de données électroniques* » ;
- « *[...] une analyse de provenance ne doit pas être envisagée avant l'analyse de données électroniques car cette procédure requiert beaucoup de temps et de préparatif* » (Rapport explicatif, p. 6).

c. Proportionnalité au sens étroit

Le respect du principe de proportionnalité requiert en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public - proportionnalité au sens étroit - (arrêt du TF 2C_721/2012, consid. 6.2 ; ATF 137 I 167 consid. 3.6 ; 138 I 331 consid. 7.4.3.1). Il convient d'examiner le rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts compromis. Il s'agit de trouver un équilibre entre le respect de la sphère privée (ATF 140 I 381, consid. 4.5.3) et le contrôle de la migration.

Accéder au téléphone portable ou à tout autre support électronique d'une personne constitue une mesure particulièrement intrusive en ce qu'elle donne accès à tout type de données privées, y compris des données sensibles. Pour les requérants d'asile en particulier, le téléphone portable ou tout autre support électronique constitue le dernier lien avec leurs proches (époux, épouse ou enfants) restés au pays. Une fouille effectuée sur le téléphone portable ou tout autre support électronique d'un requérant équivaut ainsi à une intrusion forcée par des inconnus dans son dernier îlot d'intimité. Cette mesure entame ainsi le cœur du droit fondamental protégé par les articles 13 Cst. et 8 CEDH.

En parallèle, comme discuté ci-avant, l'intérêt public n'est pas préservé par la mesure visée.

Dès lors, la fouille des téléphones portables ou tout autre support électronique ne respecte pas le principe de la proportionnalité au sens étroit.



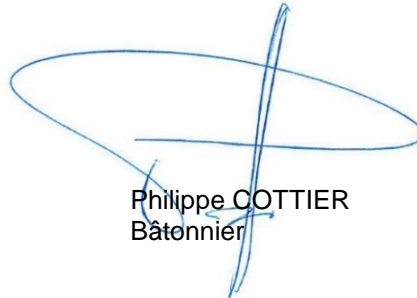
Compte tenu des éléments qui précèdent, l'ODAGE considère que l'Initiative et l'Avant-projet contreviennent aux droits fondamentaux tels que garantis par la Constitution et la CEDH et recommande le rejet clair et ferme de l'Initiative.

Nous restons bien entendu à la disposition de la Commission pour développer les éléments de la présente prise de position.

En vous remerciant pour l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre considération distinguée.



Sandrine GIROUD
Présidente de la Commission
des droits de l'Homme



Philippe COTTIER
Bâtonnier