

## I. Edito

### D'une curieuse idée du consentement : une plongée sans fond dans la vie privée des demandeurs d'asile

*Deux projets de loi qui modifient substantiellement les dispositions légales en matière d'asile ont été votés à par la Commission de l'intérieur de la Chambre le 10 juillet 2017. Ces textes prévoient la possibilité pour les instances d'asile d'avoir accès à l'ensemble des supports numériques des demandeurs d'asile en cas de soupçon de rétention d'information. Smartphones, ordinateurs, tablettes, profils Facebook, autant dire tous les nouveaux supports de nos vies privées pourront ainsi être passés au crible. Le gouvernement affirme ne pas violer la loi sur la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans la mesure où cette plongée dans la vie privée des demandeurs d'asile se ferait avec leur « consentement ». Nous vous expliquons dans cette analyse pourquoi cette position n'est selon nous pas conforme à la loi sur la protection des données.*

#### Introduction : une refonte en profondeur du droit d'asile

Le 10 juillet 2017, la Commission de l'intérieur de la Chambre des représentants a voté deux projets de loi qui modifient de manière substantielle la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers, principalement dans ses dispositions relatives à la protection internationale<sup>1</sup>. Ces projets de loi, justifiés par le gouvernement par l'obligation de transposition de plusieurs directives européennes en matière d'asile, ont été rédigés durant plus de 2 ans sans qu'aucune association ou organisme de terrain indépendant et spécialisé dans le secteur de la protection des migrants n'ait été consulté.

Ils remettent pourtant directement en cause l'exercice et l'effectivité du droit d'asile. En multipliant les possibilités de procédures d'asile accélérées, les décisions d'irrecevabilité, en réduisant drastiquement certains délais de recours et en introduisant la notion mal définie de « pays tiers sûrs », le gouvernement diminue en effet par ces textes les garanties procédurales des demandeurs d'asile et valide une externalisation du droit d'asile vers des pays aux régimes politiques souvent douteux.

Ce n'est qu'*in extremis* que l'opposition, appelée à voter dans la précipitation ces textes déposés juste avant les vacances d'été, a réussi à imposer que la société civile soit consultée avant le vote<sup>2</sup>. L'importance des textes (plus de 400 pages) et leur complexité rendaient cependant un travail d'analyse circonstancié impossible dans les délais impartis. Bien qu'inévitablement parcellaire, le travail critique fourni en un temps record (9 jours) avant le vote en commission par les associations consultées est cependant remarquable<sup>3</sup>.

Les manœuvres du gouvernement visant manifestement à éviter un débat démocratique de fond sont en adéquation avec l'esprit des textes proposés. Ceux-ci reposent en partie, une fois n'est pas coutume, sur l'idée nauséabonde que les étrangers sont des abuseurs, des fraudeurs et des menteurs en puissance. Ce climat général de suspicion cultivé à l'égard des étrangers sert de justification au gouvernement pour leur imposer des mesures qui devraient selon nous restées strictement cantonnées à la criminalité la plus grave au regard des atteintes à la vie privée qu'elles engendrent.

En effet, outre l'élargissement considérable des possibilités de placer en détention des demandeurs d'asile prévu par le projet<sup>4</sup>, une autre mesure adoptée vis-à-vis de ceux-ci est particulièrement attentatoire à leur droit fondamental au respect de leur vie privée et entretient l'amalgame avec la criminalité. Cette mesure qui établit ce qui s'apparente à une véritable possibilité de perquisition numérique à l'égard des demandeurs d'asile fait l'objet de la présente analyse.

<sup>1</sup> Projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers (Doc54 2548/001) et projet de loi modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (Doc54 2549/001). <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2548/54K2548001.pdf>.

<sup>2</sup> Le vote final en plénière, manifestement espéré, suite au vote en commission, par le gouvernement avant les vacances n'a cependant pas encore eu lieu, l'opposition ayant obtenu que le vote soit suspendu dans l'attente de l'avis du Haut-commissariat aux réfugiés de l'ONU sur les textes (l'avis est attendu en septembre).

<sup>3</sup> Myria, le Ciré et Vluchtelingenwerk Vlaanderen ont refusé l'invitation mais déposé des notes d'analyse partielle portant sur la plupart des nouvelles dispositions et qui sont accessibles à partir de la page 103 du rapport du 10 août 2018 sur le projet de loi Doc54 2548/02 : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/2548/54K2548002.pdf>.

<sup>4</sup> Ainsi que des personnes en situation irrégulière au travers d'une interprétation extensive de la notion de risque de fuite (voir projet des nouveaux articles 1§2, 74,1§,2°, 51/5§1, et 51/5§4,3° de la loi du 15/12/1980).

### **Le nouvel article 48/6, §1, al. 3 : la production des supports d'informations**

Une nouvelle disposition, présentée, non sans une certaine ironie, par le gouvernement comme une variante du devoir de collaboration du demandeur d'asile, autorise en réalité les instances d'asile à procéder à une véritable plongée sans fond dans la vie privée de ce dernier.

Le nouvel article 48/6, §1, al. 3 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit en effet que « *Si les instances chargées de l'examen de la demande ont de bonnes raisons de penser que le demandeur retient des informations, pièces, documents ou autres éléments essentiels à une évaluation correcte de la demande, elles peuvent l'inviter à produire ces éléments sans délai, quel que soit leur support. Le refus du demandeur de produire ces éléments sans explication satisfaisante pourra constituer un indice de son refus de se soumettre à son obligation de coopération visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>.* ».

En cas de soupçon de rétention d'informations, les instances d'asile (CGRA et CCE) auront donc la possibilité « *d'inviter le demandeur à produire des éléments dont elles ont de bonnes raisons de croire qu'ils se trouvent en sa possession et qu'il n'a pas communiqué spontanément* »<sup>5</sup>.

A la lecture de l'exposé des motifs, on constate que le pouvoir d'appréciation des instances est total quant à l'évaluation des « bonnes raisons » pouvant justifier la demande d'accès aux informations. Le projet cite à titre d'exemples « la présence de déclarations lacunaires, d'incohérences ou de contradictions » ou lorsque le demandeur « *présente un profil tel qu'il pourrait être amené à vouloir minimiser ou amplifier certains aspects de son vécu...* ».

Ces indications sont tellement larges et sujettes à subjectivité qu'elles peuvent potentiellement concerner toute demande d'asile et ce sans qu'une décision motivée ne doive être prise à cet égard.

Le demandeur pourra être invité à produire « sans délai » (durant l'entretien au CGRA ou devant le CCE) les éléments prétendument dissimulés « *quelques soit leur support* ».

Les travaux préparatoires précisent comment interpréter le terme « support ». L'interprétation est extrêmement large puisqu' « *Il peut donc s'agir de tout support matériel ou immatériel, en ce compris toute pièce, tout document, tout objet, tout appareil de communication (téléphone portable, tablette, ordinateur portable,...), tout compte de réseau social sur internet (Facebook,...), tout échange de courrier (y compris électronique) tout support informatique (USB, CD ROM, carte mémoire,...)* »<sup>6</sup>.

Le contenu du smartphone, de l'ordinateur, de la tablette, de la boîte mail, de la partie privée du profil Facebook des demandeurs,... autant dire de tous les supports contemporains de nos vies privées, est susceptible d'être « perquisitionné » et passé au crible.

Le secrétaire d'Etat semble en effet trouver justifié de solliciter un accès total à chaque parcelle de la vie privée des demandeurs d'asile quelques soient les motifs invoqués à l'appui de leur demande. Selon lui, cette intrusion se fait cependant dans le strict respect de la loi sur le traitement des données à caractère personnel.

### **Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel<sup>7</sup>**

Cette loi étant directement citée dans les travaux préparatoires, il y a lieu de se pencher un instant sur son texte afin de vérifier la légalité du nouvel article 48/6, §1, al. 3 de la loi du 15 décembre 1980.

<sup>5</sup> Doc54 2548/001, exposé des motifs, p.10 et p. 33 à 37.

<sup>6</sup> Notons que le nouvel article 57/7 en projet légalise la pratique déjà bien installée du CGRA de consulter et d'utiliser sans permission des demandeurs la partie publique, à savoir non sécurisée, de leur profil sur des réseaux sociaux comme Facebook. Pratique qui semble validée par le CCE au regard du respect du droit à la vie privée (voir arrêts cités dans l'exposé des motifs, p.137 et ss, et arrêts 182 481 du 20 février 2017 et 156 935 du 24 novembre 2015).

<sup>7</sup> Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel. Cette loi a été modifiée en 1998 dans le cadre de la transposition de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données, qui constitue le siège actuel de la matière au niveau européen. La présente analyse se cantonnera à l'examen du nouvel article 48/6, §1, al. 3 au regard de cette législation.

Selon cette loi, les données à caractère personnel ne peuvent être collectées et utilisées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes (art. 4, §1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>).

Penchons-nous en conséquence tout d'abord sur la finalité de la mesure. A la lecture du projet de loi, l'objectif affiché est de récolter des éléments de nature à participer à l'établissement des faits sur lesquels se fondent la demande d'asile, en cas de soupçon de rétention d'informations de la part du demandeur, et nécessaires à l'évaluation correcte de celle-ci.

Cependant, la finalité réelle de cette disposition semble avoir été révélée de manière bien moins édulcorée il y a un an déjà par le secrétaire d'État à l'asile et la migration. Il avait en effet annoncé en août 2016, suite à une visite au Danemark, qu'il voulait contraindre légalement les demandeurs d'asile à produire leur matériel numérique (téléphones et ordinateurs)<sup>8</sup>. Il justifiait cela par le fait « *qu'entre 60% et 70% des demandeurs d'asile mentent à propos d'un aspect de leur identité, qu'il s'agisse du nom, de l'âge du trajet qu'ils ont suivi ou de leur pays d'origine* ». La finalité implicite serait donc plus une lutte contre une fraude massive des demandeurs d'asile sur des éléments essentiels, notamment leur « identité », de leur demande que le simple établissement des faits.

Là où le bât blesse, c'est que les chiffres avancés par le secrétaire d'État en la matière ne reposent en réalité sur aucune données statistiques concrètes mais uniquement, de son propre aveu, sur une « *estimation sommaire* » de ses services<sup>9</sup>. Le Commissaire général aux réfugiés et Apatrides, Dirk Van den Bulk, a confirmé l'absence de données objectives à cet égard lors de son audition à la chambre.

Dans ces circonstances, on peut se demander si cette finalité, la lutte contre un prétendu phénomène de fraude non démontré, remplit le critère de légitimité prévu par la loi. Le principe de légitimité suppose en effet qu'un équilibre doit exister entre l'intérêt du responsable du traitement et l'intérêt de la personne sur qui portent les données traitées. Il semble que cet équilibre ne peut être considéré comme rencontré vu le défaut de justifications quelque peu objectives d'une mesure si intrusive dans la vie privée.

Les données doivent en outre être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de ces finalités, ce qui correspond au respect du principe de proportionnalité (art. 4, §1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>).

Le phénomène de fraude n'étant absolument pas démontré, on peut aussi conclure que permettre un accès total et non limité aux supports numériques des demandeurs est manifestement excessif, d'autant plus que les données pouvant être collectées ne sont pas précisées et peuvent être potentiellement sans rapport aucun avec la demande d'asile. Le principe de proportionnalité n'est donc pas rencontré non plus, d'autant plus que son respect suppose notamment que des mesures moins dommageables pour la réalisation du but poursuivi n'existent pas. Or, à s'en tenir au but affiché officiellement dans le projet de loi, à savoir l'établissement des faits, il n'est aucunement démontré que les « mesures » dont il était fait usage jusqu'ici, à savoir notamment l'analyse circonstanciée de la crédibilité d'un récit d'asile suite à une audition, n'étaient pas suffisantes.

Mais en dehors de la violation des règles de finalité, légitimité et proportionnalité, le fondement juridique même sur lequel repose la mesure est selon nous totalement bancal.

### **Un fondement juridique bancal : le consentement vicié du demandeur**

Selon le gouvernement, cette intrusion s'effectue sur base du « consentement » de ce dernier, ce qui lui permet d'estimer ne pas violer la loi sur le traitement des données à caractère personnel.

En effet, la loi sur la protection de données prévoit explicitement les fondements juridiques pouvant justifier le traitement légitime de données à caractère personnel. La loi fait la distinction entre les données ordinaires et les données sensibles, qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la vie sexuelle.

Dans les deux cas, le traitement, peut être fondé juridiquement sur le consentement de la personne (art. 5, a et 6 §2, a).

<sup>8</sup> <http://plus.lesoir.be/48127/article/2016-06-29/francken-veut-fouiller-le-gsm-des-migrants>.

<sup>9</sup> Voir <http://www.lachambre.be/QRVA/pdf/54/54K0083.pdf>, p. 417.

Ce consentement doit cependant constituer une manifestation de « *volonté, libre, spécifique et informée* »<sup>10</sup>.

D'après notre projet de loi, le demandeur n'est qu' « invité » à donner accès aux profondeurs de sa vie privée et conserverait le droit de décliner cette invitation. Selon le secrétaire d'Etat, ce refus, à moins qu'il ne repose sur des explications satisfaisantes qui ne seront qu' « *exceptionnellement admises* », ne constituera qu'une « *indication défavorable* »<sup>11</sup> dans l'évaluation de la demande et n'entraînera pas nécessairement le rejet de celle-ci.

On peut cependant se demander qu'elle est la part réelle de liberté dans le consentement dans une situation où le déséquilibre des forces est évident et où la pression sur le demandeur est immense vu les conséquences négatives d'un refus sur l'issue de la demande d'asile.

Selon le nouveau règlement européen sur le traitement des données à caractère personnel<sup>12</sup>, qui entrera en vigueur en mai 2018 dans l'ordre juridique belge et remplacera la loi actuelle, pour constituer un fondement juridique valide à un traitement de données, le consentement doit impérativement être libre. Le règlement précise qu'il ne devrait pas être considéré comme tel si « *la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice* »<sup>13</sup>. Il souligne encore que « *pour garantir un consentement libre, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique* »<sup>14</sup>.

Dans ce type de rapports déséquilibrés entre un particulier et une administration, il est en effet hypocrite de prétendre à une liberté de consentement<sup>15</sup>. Un autre fondement juridique prévu par la loi aurait sans doute pu être invoqué par le gouvernement pour imposer de manière assumée et sans hypocrisie l'accès forcé aux données personnelles des demandeurs d'asile. La loi permet en effet le traitement, sans consentement, de données à caractère personnel « *nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public* » ou pour « *un motif important d'intérêts publics* » (art. 5, e et 6 §2, l). Si le gouvernement n'a pas fait le choix de ce fondement et a opté pour celui, bancal, du consentement, c'est sans doute en raison d'un compromis politique entre partenaires de la majorité dont certains assument assurément moins que d'autres les relents totalitaires d'une telle mesure.

Quoi qu'il en soit, la Commission de la protection de la vie privée a été saisie d'une demande d'avis sur la légalité du nouvel article 48/6, §1<sup>er</sup>, al. 3 au regard de la réglementation sur le respect de la vie privée, espérons que cet avis sera rendu avant le vote de la mesure en séance plénière du Parlement<sup>16</sup>.

Valentin Henkinbrant, juriste ADDE a.s.b.l., [valentin.henkinbrant@adde.be](mailto:valentin.henkinbrant@adde.be)

10 Définition du consentement selon l'article 1, §8 de la loi du 8 décembre 1992.

11 Doc54 2548/001, p. 10 et p. 33 et ss.

12 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE. Ce règlement sera directement applicable dans l'ordre juridique interne belge.

13 Considérant 42 du règlement.

14 **Considérant 43 du règlement.**

15 Voir avis 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement émis par le groupe de travail « article 29 » sur la protection des données.

16 L'avis a été sollicité le 13 juillet 2017 par le député Benoît Hellings et a une visé plus large que l'analyse de la nouvelle disposition au regard du seul respect de la Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel puisqu'il porte sur le respect « *de l'esprit et de la lettre des diverses réglementations belge et européennes en matière de respect de la vie privée* ». Il faut donc espérer que la Commission se penchera également sur le respect de la loi du 13 juin 2005 relatives aux communications électroniques, du principe de l'inviolabilité des lettres sanctionné par l'article 29 de la Constitution et 460 du Code pénal, et bien entendu de l'article 8 CEDH qui garantit le respect de la vie privée et familiale.