

Paris, le 15 septembre 2008

À Monsieur le Président de la Section
du contentieux du Conseil d'État

1 place du Palais Royal

75100 Paris 01 SP

Affaire suivie par Mme Tardy (secrétaire de la 10^e sous- section)

Requête n° 313760 déposée conjointement par la Cimade, le Gisti, Iris et la LDH qui ont désigné comme mandataire unique le Gisti représenté par son président.

Objet : Demande d'annulation du décret n° 2007-1890 du 26 décembre 2007 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et modifiant la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (NOR: IMID0759221D, JO du 30 décembre 2007).

MEMOIRE EN REPLIQUE

Monsieur le Président,

Vous avez bien voulu nous communiquer les observations du gouvernement (il est difficile, au vu des documents adressés au Conseil d'État et que vous nous avez transmis, de savoir si la réponse émane du ministre de l'Intérieur ou du ministre de l'immigration) concernant la requête commune déposée par la Cimade, le GISTI, IRIS et la LDH contre décret n° 2007-1890 du 26 décembre 2007. Ce mémoire en défense nous conduit à faire les observations suivantes.

I. Concernant la légalité externe

– Sur l'absence d'autorisation de la CNIL

Les associations requérantes maintiennent leur grief fondé sur l'absence d'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), conformément aux dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Le ministre auteur de la réponse n'apporte d'ailleurs aucune réponse sur ce point, se contentant de souligner que le décret attaqué a bien été pris après avis de la CNIL, ce que les requérantes n'ont au demeurant pas contesté.

– Sur l'irrégularité des conditions de consultation de la CNIL

Les associations requérantes soutenaient dans leur recours que « *il apparaît clairement à la lecture de l'avis de la CNIL que le projet de décret dont elle a été saisie au mois de mars 2007*

comporte de très nombreuses différences avec le projet qui a finalement été adopté (sans que les modifications intervenues soient la conséquence de son intervention). Ceci signifie que la CNIL n'a pas pu donner son avis sur toutes les dispositions du décret et que sa consultation a donc été viciée. ». En se bornant à affirmer que le décret est conforme au texte adopté par la section de l'intérieur du Conseil d'État (ce que les associations requérantes ne sont du reste pas en mesure de vérifier puisque cet avis est secret), le ministre n'apporte aucune réponse à ce grief que les associations requérantes entendent donc maintenir.

– Sur l'absence d'avis du Conseil national de l'information statistique (CNIS)

Les associations requérantes s'étonnent de lire, dans le mémoire du ministre, que les dispositions des articles L. 611-3 et L. 611-5 du CESEDA dérogeraient à la loi du 6 janvier 1978 modifiée. En effet, l'article L. 611-3 précise tout au contraire que les données seront relevées et que le traitement fonctionnera « *dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.* ». L'article L. 611-5 ne saurait pas plus être interprété comme autorisant à déroger à la « *lex generalis* » qu'est la loi de 1978 puisqu'il se borne à prévoir l'intervention d'un décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL pour fixer les modalités d'application de l'article L. 611-3.

Dans ces conditions, l'affirmation du ministre équivaut à reconnaître la non conformité du décret attaqué à la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Les associations requérantes ne peuvent que maintenir leur grief.

Elles notent de surcroît que le traitement statistique autorisé par le décret permettrait – par l'intermédiaire et sous couvert de la collecte d'informations à finalité affichée de statistiques - d'appréhender en réalité l'activité des services et au demeurant, de mesurer l'activité de leurs responsables personnes physiques. Il en résulte, d'une part, une collecte déloyale et illicite de données indirectement nominatives et, d'autre part, un détournement de finalité.

II. Concernant la légalité interne

– Sur le détournement de finalité constitué par la finalité statistique du traitement

Le seul argument qu'oppose le ministre à ceux des associations requérantes est relatif aux caractéristiques d'un logiciel qui demeurent inconnues des requérantes. La CNIL en a peut-être eu connaissance, mais, comme le mentionnaient les requérantes dans leur recours, le décret publié ne mentionne nulle part l'ajout correspondant à une mention de la CNIL dans son avis, à savoir que la CNIL disait « *prendre acte, qu'à sa demande, le décret sera complété des termes suivants : "les résultats issus des requêtes statistiques ne doivent pas permettre d'identifier les personnes"* ». Au surplus, les requérantes font remarquer qu'un logiciel est susceptible d'évoluer par des modifications de son code informatique, en dehors de toute transparence, alors que les termes d'un décret ne sauraient être modifiés sans la publicité nécessaire aux exigences démocratiques. Sachant que de simples modifications logicielles, fussent-elles ultérieures, ne peuvent être exclues, il apparaît curieux aux associations requérantes que le ministre prétende ainsi pouvoir s'affranchir des indispensables garanties réglementaires, pour s'en remettre à des garanties pour ainsi dire informatiques.

– Sur les données relatives aux enfants d'étrangers

Le ministre continue curieusement à considérer la filiation – pourtant clairement définie par le Code civil - comme incluant les descendants, et non simplement les ascendants des personnes

concernées, en l'occurrence les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. Il présente l'inscription dans le fichier des données relatives aux enfants comme un moyen d'identification des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, autrement dit de leurs parents. Le ministre fait valoir que ces données permettraient de limiter les risques de confusion par homonymie : cette justification, assurément originale, ne saurait convaincre du caractère indispensable de cette inscription, et l'on ne peut qu'espérer que l'administration dispose d'autres moyens pour éviter d'éloigner un étranger sur la base d'une confusion due à une homonymie, ne serait-ce que parce que tous les étrangers n'ont pas la chance d'avoir des enfants mineurs...

Le ministre continue par ailleurs à défendre l'utilisation des données concernant les enfants mineurs pour organiser au mieux l'éloignement des familles : utilisation des centres de rétention administrative habilités à accueillir des enfants, réservation du nombre de place adéquat dans les avions, etc.

Il est particulièrement cynique, d'oser déclarer : « il est de règle (sic) que les enfants mineurs accompagnent leurs parents lorsque ceux-ci font l'objet d'une mesure d'éloignement ». On se demande en effet de quelle « règle » il s'agit, sinon d'une pratique hautement contestable. Il est tout aussi cynique de s'approprier la convention internationale des droits de l'enfant pour justifier le placement de mineurs en rétention et leur éloignement du territoire avec leurs parents. Rappelons sur ce point que l'article 9 proscrivant la séparation des enfants de leurs parents n'a aucunement été conçu pour cautionner la détention de mineurs et leur éloignement forcé, même en compagnie de leurs parents.

En tout état de cause, si, selon le ministre, le recueil des données relatives aux enfants n'a finalement qu'une finalité logistique, dans l'organisation du placement en rétention de familles avec enfants, alors le Conseil d'État retiendra le caractère disproportionné du recueil de leur état civil complet (nom, prénom et date de naissance) pour ce simple rôle de logistique « hôtelière », au regard du respect de la vie privée et notamment du risque de stigmatisation que ce fichage pourrait entraîner. Les requérantes rappellent que ce fichage de l'enfant mineur le désigne ainsi à l'attention de l'administration et de la police comme résidant ou ayant résidé en France avec ses parents en situation irrégulière. Ce fichage accroît donc le risque d'être éloigné au moment où il atteint l'âge de la majorité et peut aussi compromettre ses chances d'obtenir un titre de séjour.

Et ce risque est d'autant plus réel que les données relatives aux enfants sont conservées pendant trois ans. La seule réponse du ministre sur ce point consiste à dire « qu'il n'aurait pas été pertinent de distinguer leur durée de conservation de celles des autres données de même nature ». Il ne répond donc pas à l'argument tiré du caractère excessif de cette durée de conservation. Enfin, le ministre s'en remet encore au « système informatique » pour garantir qu'une recherche nominative sur les enfants eux-mêmes n'est en aucun cas permise. Les associations requérantes ne sauraient se satisfaire d'un tel argument dont le caractère juridique reste à prouver.

– Sur la « nécessité d'une surveillance particulière au regard de l'ordre public ».

Le ministre reconnaît clairement, dans son argumentaire, que cette nécessité n'est justifiée que dans une fraction très limitée des cas d'éloignement. Mais, dans le même temps, il précise que « *la mention relative à la surveillance particulière se matérialisera sur le logiciel par un pictogramme de couleur indiquant le caractère sensible d'un dossier* » et que ce pictogramme « *ne s'accompagnera pour autant d'aucune précision quant à la nature des faits pouvant être reproché à l'intéressé ni d'aucune référence, le cas échéant, à des procédures judiciaires en cours le concernant.* ». Les associations requérantes en déduisent, comme elles le craignaient

dans leur recours en soulignant l'imprécision de la formule comme source d'arbitraire, qu'apparaîtront ainsi dans le logiciel, comme source de menace équivalente, et pêle-mêle : un terroriste, un trafiquant de drogue, un(e) prostitué(e), toute sorte de délinquant ou criminel, au même titre que toutes les personnes simplement en situation de séjour irrégulier. Les requérantes réaffirment avec force le risque qui en découle de signalement à l'attention de l'administration de personnes qui n'ont commis aucun délit, risque qui pourrait ultérieurement faire obstacle à leur admission au séjour pour celles qui n'auraient pas été éloignées.

– Sur la mention du numéro AGDREF

Si le numéro AGDREF est l'un des critères de recherche pour les utilisateurs d'ELOI, c'est bien qu'un rapprochement ou une mise en relation avec le fichier AGDREF est possible. Rappelons que l'une des finalités poursuivies par le fichier AGDREF est la vérification par les agents de l'autorité de la régularité du séjour d'une personne et le contrôle de sa situation en tout point du territoire. La question de savoir si la mention du numéro AGDREF dans ELOI constitue le prélude à un nouveau schéma informatique de l'application AGDREF – qui comporte d'autres finalités – reste donc posée.

– Sur la collecte et la conservation des données relatives aux hébergeants

Les associations requérantes ne contestent pas l'utilité de disposer des noms et adresses des personnes chez qui pourrait être assigné à résidence un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. L'objet de leur contestation porte sur la conservation de ces données, fût-ce pour une période de trois mois, *après la fin de l'assignation à résidence*, c'est-à-dire lorsque l'étranger n'est plus hébergé chez la personne concernée par la conservation des données. Force est de constater que le ministre ne répond pas sur ce point, confirmant, s'il en était besoin, le grief des requérantes sur l'inadéquation et le caractère excessif de la mise en mémoire et de la conservation de ces données.

– Sur le caractère excessif de la conservation de certaines données pendant trois ans au regard de la finalité du fichier

Rappelons tout d'abord que cette durée de conservation des données court à compter de la date de l'éloignement effectif si l'éloignement a eu lieu, ou à compter de la date à laquelle il a été mis fin à la rétention s'il n'a pas été procédé à l'éloignement effectif, c'est-à-dire dans tous les cas à compter de ce que le ministre décrit à juste titre comme « *la clôture du dossier inscrit dans le logiciel dès l'issue de la procédure d'éloignement* ».

La conclusion, élémentaire, qui s'impose est justement l'absence totale de pertinence et de nécessité de conserver ces données au-delà de la date de clôture du dossier, puisque la finalité du traitement ELOI est « *de permettre le suivi et la mise en œuvre de mesures d'éloignement [...] par la gestion de différentes étapes de la procédure* ». Les requérantes peinent à comprendre pourquoi le dossier serait clos si la mise en œuvre de la mesure d'éloignement n'était pas encore exécutée (c'est-à-dire si la finalité n'était pas encore remplie), ou, a contrario, pourquoi un dossier clos serait conservé, qui plus est pendant trois ans, la finalité étant de mise en œuvre de la mesure d'éloignement étant alors parfaitement achevée.

Le ministre n'apporte aucun élément de réponse à cet égard. Force est alors de conclure, pour les requérantes, que la conservation des données dans le fichier ELOI pendant une durée de trois ans à compter de la clôture du dossier vise alors à remplir d'autres finalités que celles précisées

dans le décret. Par voie de conséquence, cette conservation de trois ans n'a aucunement lieu d'être, et les données doivent être effacées à la clôture du dossier.

De plus, les requérantes ont rappelé que, s'agissant des mesures conservant leur validité au-delà de leur mise en œuvre initiale et produisant des effets au-delà du moment où elles sont exécutées, les données y afférentes sont déjà conservées dans un autre fichier, le fichier des personnes recherchées (FPR). Le ministre appuie à présent son argumentation sur l'absence d'interconnexion de ce fichier avec le fichier ELOI, reconnaissant que les deux fichiers poursuivent des finalités différentes. Puisque, d'une part, les finalités du fichier ELOI sont remplies à la clôture d'un dossier, et que, d'autre part, le fichier FPR comprend déjà les données nécessaires à l'exécution de ses propres finalités, les requérantes ont du mal à percevoir l'usage qui serait fait des données conservées dans le fichier ELOI au-delà de l'exécution de ses finalités propres.

Par ailleurs, le ministre ajoute que la conservation de ces données pendant trois ans dans le fichier ELOI permettrait de remplir la finalité seconde de ce fichier, à savoir l'établissement de statistiques. Les associations requérantes ne contestent pas le bien fondé d'un tel usage. Il reste que cette finalité statistique est parfaitement remplie avec les mêmes données, **mais après leur anonymisation totale**. Le ministre le reconnaît au demeurant dans sa réplique. Pourquoi alors conserver pendant trois les données nominatives sur les étrangers – et encore plus sur leurs enfants – dans le fichier ELOI après la clôture d'un dossier ?

EN CONCLUSION :

Les associations requérantes réitèrent donc leur demande d'annulation du décret n° 2007-1890 du 26 décembre 2007 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et modifiant la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Pour l'ensemble des associations requérantes,
Le Président du Gisti

Stéphane Maugendre