

Paris, le 22 juillet 2010

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° 334974, déposée conjointement par 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° 2009-1310 du 26 octobre 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour géré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration (NOR: IMIK0922946D, JO du 28 octobre 2009).

MEMOIRE EN REPLIQUE

Monsieur le Président,

Vous avez bien voulu nous communiquer les observations du gouvernement, représenté par le ministre de l'immigration, concernant la requête commune déposée par le GISTI, IRIS et la LDH contre le décret n° 2009-1310 du 26 octobre 2009. Ce mémoire en défense nous conduit à faire les observations suivantes.

I. Concernant la légalité externe

1) Sur l'absence de consultation du Conseil national de l'information statistique (CNIS)

Le ministère de l'immigration se borne à affirmer que le fichier OSCAR n'a pas été créé sur le fondement de l'article 8-II-7° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, en ce que « *en aucun cas le fichier ne correspond à un traitement statistique réalisé par l'Institut national de la statistique et des études [économiques] ou de l'un des services statistiques ministériels* ». Les associations requérantes relèvent cependant que l'établissement de telles statistiques par le ministère de l'immigration constitue une finalité explicite de ce fichier. Par ailleurs, l'importance de cette finalité est corroborée par l'appellation même du fichier (« Outil de *statistique* et de contrôle de l'aide au retour »), que l'on ne saurait sérieusement attribuer à une simple coquetterie d'ordre linguistique. Elles en concluent que le fichier correspond bien à un traitement statistique réalisé par le service statistique du ministère de l'immigration, et maintiennent de ce fait leur grief.

2) 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), requise par les dispositions de l'article 25 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Le traitement OSCAR entre en effet dans la catégorie visée au 5° de cet article, en tant que « *traitement automatisé ayant pour objet l'interconnexion de fichiers relevant d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et dont les finalités correspondent à des intérêts publics différents* ». Le ministre de l'immigration se contente à cet égard d'affirmer que « *le traitement OSCAR n'a nullement pour objet l'interconnexion avec d'autres fichiers* ». Cette affirmation n'est nullement étayée par le texte du décret, et ne répond pas, en particulier, à l'argument des associations requérantes soulignant que « *le fait que soit enregistré dans OSCAR le numéro AGDREF tend à démontrer que les interconnexions sont à prévoir* ». Ce grief est par conséquent maintenu.

II. Concernant la légalité interne

1) Sur la finalité statistique du traitement

Le ministre se contente de jouer sur les mots en indiquant que « *c'est donc bien la finalité statistique dont la CNIL demandait l'inscription dans le décret, sans que cette finalité n'ait à être précisée plus avant* ». Une telle allégation ne saurait être retenue comme sérieuse, s'agissant d'un traitement dont la finalité statistique est bien principale. À cet égard, la décision du Conseil d'État dans l'affaire ELOI ne saurait être citée, comme le fait le ministre de l'immigration, sans plus de précautions, assimilant les finalités statistiques des traitements ELOI et OSCAR, qui ne sont pas de même nature ni de même importance. Les associations requérantes maintiennent donc que « *le décret ne spécifie aucune mesure relative à ces statistiques, à leur établissement, à leur encadrement, ni à leur utilisation* », et qu'il « *ne comporte aucune précision, ni quant à l'anonymat des statistiques ni quant au but poursuivi par l'élaboration de ces statistiques* ».

2) Sur les données enregistrées

a) Sur les données biométriques

Le ministre appuie son argumentation sur le fait que l'enregistrement des données biométriques concernées a été prévu par la loi. Toutefois, la loi ne précise pas le nombre d'empreintes digitales pouvant être collectées. Le décret collecte les empreintes des dix (10) doigts du bénéficiaire de l'aide au retour et de ses enfants mineurs âgés d'au moins 12 ans, ce que les associations requérantes considèrent comme excessif et non pertinent, eu égard aux finalités du traitement. La disproportion de cette collecte, et du coût induit des traitements qui en résultent, est d'autant plus frappante en regard du montant minime des aides au retour. En comparaison, des objectifs de sécurité autrement plus importants, tels que ceux poursuivis par le règlement communautaire (CE) n° 2252/2004 relatif aux passeports biométriques, se limitent à la collecte de deux (2) empreintes digitales. Les associations requérantes s'interrogent en revanche sur l'alignement du nombre d'empreintes collectées par le traitement OSCAR sur celui exigé par le traitement VISABIO, qui sera interfacé avec le système centralisé européen VIS dès son déploiement.

S'agissant de la collecte de telles données pour les enfants, le ministre se perd en conjectures : « *on pourrait en effet imaginer que des enfants retournés dans leur pays d'origine avec leurs parents qui auraient bénéficié d'une aide au retour, reviennent en FRANCE avec d'autres membres de la famille ou des tiers, se présentant à nouveau comme leurs parents, et qui*

tenteraient de bénéficier d'une majoration d'aide par rapport à ces enfants ». L'éternelle suspicion qui pèse sur les étrangers est une fois de plus à l'œuvre. Une telle manœuvre, à supposer qu'elle soit identifiée, se rapprocherait bien plus du trafic des êtres humains en bande organisée que d'une tentative d'obtenir de manière répétée une aide au retour. Est-ce bien raisonnable de penser que le traitement OSCAR – et donc l'OFII - a pour finalité de lutter contre ce type de phénomène ? Peut-on sérieusement arguer du fait que des trafiquants risqueraient vingt ans de réclusion et 4 500 000 euros d'amende pour bénéficier d'une aide au retour au montant minime afin de justifier la conservation des données concernant les enfants ?

Les associations requérantes maintiennent donc que les données biométriques collectées sont excessives, non pertinentes et non adéquates.

b) Sur les autres données recueillies

- Les coordonnées du bénéficiaire dans le pays d'origine

Le ministre n'appuie valablement son argumentation que sur le cas du bénéfice de *l'aide au retour volontaire*, dont le versement est en effet échelonné. Les associations requérantes maintiennent que le traitement de *l'aide au retour humanitaire* doit être distinct, le versement étant dans ce dernier cas effectué en une seule fois. L'objectif, par ailleurs non dit, d'utiliser un même système et une même procédure informatique pour le seul confort de l'administration ne saurait prévaloir sur le respect du droit : la conservation des coordonnées du bénéficiaire de l'aide au retour humanitaire dans son pays d'origine ne présente aucune pertinence eu égard aux finalités du traitement. Les associations requérantes maintiennent donc ce grief.

- Le numéro AGDREF

Le Conseil d'État a jugé dans sa décision relative au traitement ELOI (CE, 30 décembre 2009, n°312051, au Recueil), à propos de l'enregistrement du numéro AGDREF dans ce fichier, que *« le traitement ayant pour finalité l'exécution des mesures d'éloignement de toutes natures, le ministre n'indique en aucune manière en quoi la facilitation de l'accès aux données relatives aux demandes de titre de séjour présenterait une utilité pour mettre en œuvre lesdites mesures d'éloignement ; que la pertinence et l'adéquation de cette donnée aux finalités du traitement n'est ainsi pas établie ; que les associations requérantes sont fondées à demander, dans cette mesure, l'annulation du décret du 26 décembre 2006 ».* Un raisonnement en tous points similaire s'applique ici dans le cas du traitement OSCAR. En effet, les associations requérantes considèrent comme inopérant l'argument du ministre invoquant la nécessité de *« permettre, comme le prévoit le dispositif d'aide au retour volontaire, la suspension de l'exécution de l'obligation de quitter le territoire français ».*

En premier lieu, selon les termes mêmes du ministre, cet argument ne s'applique pas à l'aide au retour humanitaire. D'évidence, l'enregistrement du numéro AGDREF ne se justifie pas dans le cas des bénéficiaires de cette aide.

En deuxième lieu, les procédures d'éloignement sont traitées dans le fichier ELOI et non dans le fichier AGDREF. Or, comme rappelé ci-dessus, le Conseil d'État a annulé la disposition du décret ELOI prévoyant l'enregistrement dans ce fichier du numéro AGDREF. Quelle est alors la pertinence de l'enregistrement du numéro AGDREF dans le fichier OSCAR, s'il s'agit bien de suspendre l'exécution d'une procédure d'éloignement ?

En réalité, cette disposition du décret attaqué est le pendant de la disposition similaire du fichier ELOI, annulée par la décision précitée du Conseil d'État. De telles dispositions visent à

organiser la mise en relation des fichiers ELOI et OSCAR avec le système AGDREF actuel, en préfiguration de la refonte totale du système AGDREF qui est prévue à terme, pour devenir le fichier AGDREF 2 (anciennement GREGOIRE).

Cette nouvelle version inclura notamment des identifiants biométriques et sera interopérable avec d'autres bases de données biométriques, françaises et européennes, de gestion des visas biométriques, de contrôle biométriques aux frontières, de gestion des demandes de naturalisation... Dans son Programme annuel 2009 de la France pour le Fonds européen « Retour », le ministère de l'immigration définit l'objectif de cette refonte : « élaborer une base de données nationale exhaustive en intégrant l'ensemble des ressortissants étrangers (entrée, séjour, éloignement), fiable en permettant l'édition de titres biométriques sécurisés, et opérationnelle en réduisant les causes d'échec à l'éloignement » (www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/FR_progr2009.pdf). Il y est précisé que AGDREF 2 intégrera les fonctionnalités du logiciel de gestion des éloignements ELOI. L'anticipation de cette intégration a depuis été annulée par la décision précitée du Conseil d'État sur le fichier ELOI.

D'évidence, c'est à la même tentative d'anticipation d'intégration des fonctionnalités du traitement OSCAR que vise le décret attaqué par l'enregistrement du numéro AGDREF dans ce traitement. Les associations requérantes, qui maintiennent leurs griefs à cet égard, considèrent que cette deuxième tentative d'anticipation ne peut se heurter qu'à la même décision d'annulation.

3) Sur la durée de conservation des données

S'agissant de la conservation des données pendant cinq ans lorsque l'aide au retour est accordée par l'OFII et acceptée par le bénéficiaire, le ministre invoque d'abord à l'appui de son argumentaire une décision du Conseil d'État relative à l'enregistrement des attestations d'accueil (CE, 26 juillet 2006, n° 285714, Rec. p.371). Mais c'est ignorer que le Conseil n'avait validé cette durée de conservation qu'en égard à ses finalités, à savoir « la lutte contre l'immigration irrégulière et les détournements consistant notamment dans des attestations de complaisance ». La légitimité de ces finalités ne saurait être comparable à celle des finalités du traitement OSCAR, qui se résument à des finalités de gestion administrative et comptable et de statistiques, en plus de la liquidation de l'aide en évitant le bénéfice indûment perçu du montant de l'aide, soit une somme minimale.

Les associations requérantes maintiennent que cette durée a été fixée en l'occurrence de manière non seulement arbitraire, mais également indifférenciée, s'agissant d'une part des catégories de données conservées et d'autre part du type d'aide au retour accordée, volontaire ou humanitaire.

On pourrait très bien opposer à la nécessité d'une durée de conservation illimitée eu égard aux finalités du traitement, qui est censée rendre la durée de cinq ans retenue en définitive plus acceptable, les délais retenus en matière de prescription de l'action publique qui est d'une année en matière contraventionnelle et de trois années en matière délictuelle. Le choix d'une durée de conservation des données, pour ne pas être arbitraire, doit être effectué en fonction des finalités du traitement. Empêcher l'attribution renouvelée d'une aide au retour, dont on ne rappellera jamais suffisamment qu'elle reste modeste, ne saurait être plus important que l'exercice de l'action publique en matière contraventionnelle, voire même en matière délictuelle.

À cet égard, le ministre oppose, comme trop souvent désormais, des considérations pratiques dues aux spécifications des systèmes informatiques utilisés pour le traitement. Les associations

requérantes maintiennent que de telles considérations sont futiles au regard du respect des droits fondamentaux des personnes, et par ailleurs dépourvues de toute réalité. En effet, rien ne s'oppose techniquement à une différenciation des données et de leur traitement dans un système informatique, pour autant que cela a été prévu dans la spécification et le développement de ce système. À défaut, les caractéristiques du système peuvent tout à fait être modifiées si nécessaire. La CNIL ordonne régulièrement de telles modifications de systèmes informatiques. La seule difficulté réside dans le coût de ces modifications : elle correspond naturellement au coût encouru par le non respect du droit.

Les associations requérantes maintiennent par conséquent leur grief également sur ce point.

*

Comme cela devient désormais systématiquement le cas avec les traitements de données personnelles par l'État et l'administration publique, un système informatique est d'abord spécifié et développé en dehors de toute légalité, puis mis en oeuvre et utilisé « à titre expérimental », puis seulement soumis à l'avis de la CNIL et enfin autorisé par décret ou arrêté ministériel selon les cas. À de nombreuses reprises, la CNIL et de nombreux parlementaires ont dénoncé de telles méthodes, notamment dans le cas des fichiers de police. Une fois dûment en place, les traitements sont élargis de façon importante, en permettant notamment le recueil de nouvelles données, un cercle élargi des destinataires des données et des interconnexions. La proposition de loi n° 1890 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit est intéressante à cet égard, en ce que son article 2, tel qu'il a été adopté par l'Assemblée Nationale en date du 2 décembre 2009, prévoit l'échange simplifié, entre autorités administratives, de « toutes informations ou données strictement nécessaires pour traiter les demandes présentées par un usager ». On ne saurait, en cette période charnière, prendre trop de précautions pour lutter contre la tentation de mettre en place le projet « Safari » avorté dans les années 1970.

EN CONCLUSION :

Les associations requérantes réitèrent donc leur demande d'annulation du décret n° 2009-1310 du 26 octobre 2009 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour géré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration.

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

Stéphane Maugendre