

Avis de la Commission nationale pour la protection des données à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

Délibération n° 304/2012 du 25 octobre 2012

Conformément à l'article 32 paragraphe (3) lettre (e) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après désignée « la loi du 2 août 2002 »), la Commission nationale pour la protection des données a notamment pour mission d'aviser « *tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi* ».

Faisant suite à la demande lui adressée par Monsieur le Président de la commission juridique de la Chambre des Députés et Monsieur le Ministre de Justice, la Commission nationale formule par la présente les observations qu'elle a eu l'occasion d'exposer oralement lors de la séance de la commission parlementaire le 10 octobre 2012.

Elle entend limiter ses réflexions aux dispositions relatives à la délivrance du bulletin n° 2 du casier judiciaire et au traitement des données résultant des extraits du casier judiciaire par les administrations, autorités et organismes publics ainsi que par les employeurs du secteur privé. Les autres dispositions du texte sous revue, en particulier celles relatives aux échanges d'informations entre Etats membres de l'Union européenne et portant transposition de la décision-cadre afférente, n'appellent pas d'observations de la part de notre Commission nationale.

I) Prise en compte de la règle édictée par l'article 8 de la loi sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel

En son paragraphe (2), l'article 8 de la loi cadre modifiée du 2 août 2002 sur la protection des données dispose que le traitement de données relatives aux infractions, condamnations pénales et aux mesures de sûreté « *ne peut être mis en œuvre qu'en exécution d'une disposition légale* ».

La même loi englobe sous la définition de traitement « *toute opération ou ensemble d'opérations (...) appliquées à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, (...), la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement (...)* » de données concernant une personne identifiée ou identifiable.

Sauf l'exception prévue au profit des activités journalistiques et de création artistique et littéraire aux termes de l'article 9 de la même loi (pour réconcilier les deux droits fondamentaux, à savoir la liberté d'expression avec le droit à la vie privée) les seuls textes légaux autorisant expressément le traitement de données par l'employeur dans le contexte du recrutement ou de la gestion des candidatures sont les lois spéciales prévoyant le recueil des données du casier judiciaire par les établissements financiers concernant les personnes auxquelles des fonctions



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

dirigeantes sont confiées (loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier) et la loi du 12 novembre 2002 relative aux activités privées de gardiennage et de surveillance pour ce qui est de l'embauche des convoyeurs de fonds et agents de sécurité ainsi que la législation relative aux agents et courtiers d'assurance.

Par ailleurs le projet de loi examiné reprend en son article 8 la possibilité d'obtenir communication du bulletin n° 2 pour 1) les administrations de l'Etat saisies de demandes d'emplois publics, 2) les autorités militaires pour les candidats qui demandent à contracter un engagement et 3) aux administrations et personnes morales luxembourgeoises de droit public énumérées par règlement grand-ducal (qui remplacera l'arrêté ministériel modifié du 22 novembre 1977 qui règle actuellement la délivrance des bulletins n° 2 aux administrations et organismes publics).

Hormis ces hypothèses prévues par la loi, le recueil de données résultant du casier judiciaire par l'employeur ou le futur employeur serait illicite.

Dans la réalité des choses l'usage généralisé depuis des décennies de demander aux candidats la production d'un extrait récent (bulletin n° 3 que les personnes concernées se font délivrer à leur demande par le Parquet général) lorsqu'ils postulent pour un emploi n'a nullement disparu depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002. La CNPD, à l'instar de son homologue la Commission de protection de la vie privée en Belgique, a donc dû se résoudre à conseiller aux employeurs ne bénéficiant pas d'une autorisation légale de se borner à prendre connaissance du contenu des bulletins produits par les candidats sans pour autant pouvoir en faire mention dans des dossiers structurés ou fichiers informatiques. Bien que non prévue par une disposition légale, une telle communication/consultation de données relatives aux condamnations n'entre pas en conflit avec l'interdiction posée par la loi modifiée du 2 août 2002 sur la protection des données pour la bonne et simple raison que le champ d'application de celle-ci se limite aux traitements automatisés (informatiques) et aux seuls traitements manuels pour lesquels les données sont appelées à figurer dans un fichier structuré.

La Commission nationale n'étant pas favorable à de telles jongleries avec les limites formelles des textes et préférant que les dispositions légales soient en harmonie avec les pratiques généralisées qui ne heurtent pas la sensibilité des citoyens et qui sont couramment suivies dans la réalité des choses, nous suggérons au législateur d'introduire dans le corps du projet de loi une disposition (une proposition de rédaction figure en annexe au présent avis) servant de base légale légitimant le traitement de cette catégorie particulière de données (relatives aux condamnations, infractions pénales et mesures de sûreté) pour les finalités usuelles d'évaluation des candidatures dans le cadre d'une procédure de recrutement et pour une conservation dans le dossier du collaborateur pendant une durée limitée de deux ans maximum.

Une telle mesure œuvrerait par ailleurs dans le sens d'un rapprochement (encore que des différences subsisteraient) de la situation des employeurs du secteur privé avec ceux du secteur public, ce qui se justifie dans de nombreux cas où la fonction à pouvoir au sein de l'autorité, de l'administration ou de l'organisme public en question ne participe pas réellement de l'exercice de la puissance publique.



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

II) Condamnations mentionnées sur le bulletin délivré à l'intéressé

Deux observations peuvent être faites à cet égard, à savoir

1) L'intéressé ne se verra remettre à sa demande que le bulletin n° 2 (qui est incomplet et tout comme actuellement le bulletin n° 3) ne renseigne pas toutes les condamnations. *Le droit d'accès visé à l'article 12 de la directive 95/46/CE et repris à l'article 28 de la loi modifiée du 2 août 2002 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel n'en est-il pas indûment et excessivement restreint par la disposition des articles 7 et 8 du projet de loi ?*

Il résulte des explications de la représentante du Parquet général à la Commission juridique de la Chambre des Députés que l'intéressé peut parfaitement obtenir accès et consulter sur place l'intégralité des inscriptions le concernant en se présentant au guichet du casier judiciaire alors même qu'il ne peut obtenir délivrance d'un extrait que sous la forme du bulletin n° 3 (et à l'avenir du bulletin n° 2 après la suppression du bulletin n° 3) tel que prévu à l'article 10 du règlement grand-ducal (modifié) du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire.

Son avocat y a également accès dans le cadre de toute procédure judiciaire pénale.

Il est vrai que ni le texte du règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 ni celui du projet de loi sous revue n'indiquent un tel accès. La Commission nationale estime qu'il serait souhaitable que cette faculté soit expressément prévue et qu'elle soit en outre portée à la connaissance du public dans les guichets (y compris sur la page web du guichet électronique) du casier judiciaire.

La Commission nationale partage cependant le choix des auteurs du texte sous examen de ne pas prévoir la délivrance d'un extrait complet des inscriptions du casier judiciaire à l'intéressé par peur qu'une telle pratique n'évolue dans ce sens que de plus en plus d'employeurs n'en exigent copie dans le cadre des procédures de recrutement.

Le bulletin dont la délivrance à la personne concernée y est prévue au point 4) de l'article 8 sert en effet à celle-ci pour être joint en annexe à une demande d'emploi ou pour en faire état à l'occasion d'un entretien d'embauche. Il est donc en quelque sorte dans l'intérêt des intéressés que les mentions de l'extrait qui leur est délivré ne mentionne pas les éventuelles condamnations pour faits mineurs ou à des peines assorties de sursis.

2) Les condamnations mentionnées au bulletin n° 2 visé à l'article 8 du projet de loi comprennent désormais celles pour contraventions de police (de 1^{ère} et 2^{ème} classe) et pour infractions à la législation relative à la circulation routière (à l'exception des contraventions en matière de stationnement) alors que le bulletin n° 3 délivré actuellement ne renseigne que les condamnations à des peines privatives de liberté pour crime et délit, sauf condamnations conditionnelles avec ou sans mise à l'épreuve.

L'adoption du projet de loi aura donc pour conséquence une visibilité substantiellement élargie de l'employeur sur les condamnations du candidat ou de son nouveau salarié. Certes, il ne s'agira que d'un alignement sur ce point sur la situation des fonctionnaires et employés publics, mais il n'en reste pas moins que la Commission nationale n'est pas convaincue qu'il est indispensable d'englober ces



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

condamnations pour les infractions à la législation sur la circulation routière ni celles pour les peines de police.

Ce n'est en effet qu'une fraction infime des candidats à l'emploi ou du personnel employé qui exercent une fonction de chauffeur pour lesquelles une disposition spéciale pourrait être nécessaire.

La Commission nationale est consciente que la réduction du nombre de bulletins distincts dont le nouveau texte prévoit la délivrance comme extraits du casier judiciaire emporte forcément certains changements par rapport à la situation existante. Elle peut concevoir que des condamnations à des peines privatives de liberté supérieures à six mois figurent dorénavant sur l'extrait y compris celles assorties de sursis pour crimes et délits.

L'inclusion dans le bulletin remis à l'employeur de condamnations à des peines de police ne procède en revanche pas d'une nécessité évidente.

Pour le recrutement du personnel appelé à exercer leur fonction au volant de véhicules automoteurs, il serait concevable de recourir à un texte spécifique ultérieur exigeant la production d'une pièce du Ministère des transports sur la situation du permis de conduire de l'intéressé, le permis à points étant aussi pertinent que le relevé des condamnations pénales en matière d'infractions à la législation sur la circulation routière.

III) Finalités justifiant la délivrance du bulletin N° 2 aux autorités publiques et personnes morales de droit public et administrations énumérées au projet de règlement grand-ducal

La Commission nationale se rallie à la demande formelle du Conseil d'Etat, formulée dans son avis du 13 juillet 2011, de voir préciser dans la loi les finalités pour lesquelles les organismes publics peuvent se faire délivrer un extrait des inscriptions au casier judiciaire de leurs agents ou des personnes y sollicitant un emploi (ne serait-ce que pour participer à une soumission de marché public) ou dans le contexte d'examen des critères d'honorabilité. Ceci découle du principe de légalité posé à l'article 8 § 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales pour toute ingérence d'une autorité publique dans la sphère privée des citoyens.

Les principes de base du droit fondamental des citoyens à bénéficier de la protection de leurs données à caractère personnel ont acquis depuis leur inscription à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, un rang constitutionnel que nombre d'Etats membres ont formellement inscrits dans leur Constitution nationale.

L'intention d'en faire de même à l'article 30 nouveau de la Constitution luxembourgeoise reflète donc le vœu d'inscrire un droit reconnu à chaque individu par les travaux du Conseil de l'Europe (développement spécifique du droit au respect de la vie privée et familiale inscrit à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme). Ce droit est même devenu un droit fondamental autonome dans l'ordre juridique de l'Union européenne (comme le documente l'inscription de deux articles spécifiques afférents dans la Charte, à savoir l'article 7 (vie privée) et l'article 8 (données à caractère personnel)).

L'inscription du droit à la protection des données à caractère personnel à l'article 30 nouveau viendra donc compléter, de façon cohérente avec les textes de l'Union



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

européenne, la référence à la protection de la vie privée inscrite au paragraphe (3) de l'article 11 de la Constitution depuis sa révision du 29 mars 2007.

Parmi les démembrements essentiels du droit à la protection des données il y a lieu de prendre en considération – en tenant compte de l'exigence d'une finalité déterminée explicite et légitime à la base de la collecte et du traitement des données (et de l'interdiction de leur utilisation à des fins incompatibles); - les principes suivants :

a) consentement ou autre critère de légitimation du traitement prévu par la loi

Il s'agit en l'occurrence des missions d'intérêt public qui relèvent de l'exercice de l'autorité publique, acteurs énumérés au projet de règlement grand-ducal.

b) le principe de nécessité et de proportionnalité

Il s'applique à l'étendue des catégories de données traitées et des opérations de traitements y appliquées (et donc aussi à la transmission à des tiers sous réserve du respect de la finalité (cf. ci-dessus), à la transmission et à la durée la conservation des données (du moins celle précédant éventuellement leur anonymisation complète et irréversible).

c) le principe de transparence à l'égard des personnes concernées se traduisant par l'obligation de les informer préalablement des traitements et par leur droit d'accès, de rectification ou de mise à jour si nécessaire et d'effacement si les données, leur utilisation ou durée de conservation s'avère excessive.

C'est par référence à l'exigence de transparence que nous avons donné à considérer au point III ci-dessus qu'il y aurait lieu de prévoir la possibilité de consultation par les personnes concernées de l'intégralité des inscriptions au casier judiciaire et leur information des demande de délivrance d'extraits par les autorités, administrations et organismes publics visés aux points 1 à 3 du premier paragraphe de l'article 8 du projet de loi.

IV) Transparence et information des personnes concernées en cas de délivrance d'un extrait (bulletin N°2)

Si le projet de loi débouchera sur un certain rapprochement de la situation des employeurs du secteur privé avec l'Etat, les communes, les établissements et autres organismes publics énumérés à l'article 1^{er} du projet de règlement grand-ducal, pour autant que le législateur suivra notre recommandation d'insérer un paragraphe supplémentaire à l'article 8 du projet de loi autorisant les employeurs du secteur privé à se faire remettre par les intéressés une copie du bulletin N°2 délivré à ces derniers et de pouvoir le conserver pendant une durée limitée (nous suggérons 2 ans dans le cadre de la gestion des candidatures à l'embauche et du suivi afférent) la procédure d'obtention des renseignements restera radicalement différente.

S'il peut se justifier que les autorités, administrations et organismes publics puissent se faire délivrer directement de tels extraits du casier judiciaire, il s'avère nécessaire de mettre en place un minimum de mesures de sauvegarde destinées à prévenir et détecter des abus.

Bien sûr, il reviendra au responsable hiérarchique des autorités, administrations et



Avis de la Commission nationale pour la protection des données

à l'égard du projet de loi n° 6418 relatif à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne et modifiant le Code d'instruction criminelle

organismes publics de veiller à ce que sous leur autorité (responsables du traitement) ne soient demandés des extraits du casier judiciaire que dans les seuls cas prévus par la loi (et le règlement grand-ducal) et seulement en cas de nécessité dûment justifiée.

Par ailleurs, il nous paraît impératif de prévoir dans le texte même de la loi, l'information systématique et obligatoire des personnes concernées de toute demande et délivrance d'un extrait les concernant avec mention de l'organisme demandeur.

Annexe : Proposition de rédaction d'un amendement pour compléter l'article 8 du projet de loi sous revue.

Article 8 :

Nouveau § 2

Dans les cas visés aux points 1 à 3 la personne concernée est informée préalablement et pourra s'opposer à la délivrance conformément à l'article 30 de la loi modifiée du 2 août 2002 sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Nouveau § 3

Les employeurs peuvent demander dans le cadre de la gestion des candidatures et du recrutement de personnel la production par les postulants d'un extrait du casier judiciaire et traiter les données afférentes pour les besoins de la gestion des ressources humaines sous réserve des limitations prévues au paragraphe 4).

Nouveau § 4

Les extraits du casier judiciaire délivrés aux administrations et organismes publics et aux écoles européennes saisis de demandes d'emploi et ceux remis par les personnes concernées aux employeurs du secteur privé portant des indications autres que la mention « Néant » ne peuvent être conservés, même sous forme de photocopies, au-delà d'un délai de 24 mois après la date d'établissement du bulletin. Tout traitement des données afférentes doit cesser après l'écoulement de ce délai.

Ainsi décidé à Luxembourg en date du 25 octobre 2012.

La Commission nationale pour la protection des données

Gérard Lommel
Président

Thierry Lallemand
Membre effectif

Marc Hemmerling
Membre suppléant

