

Avis de la Commission nationale pour la protection des données concernant le projet de loi n°5802 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration

Délibération n°1/2008 du 11 janvier 2008

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'« être demandée en son avis sur 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 ».

C'est dans cette optique, et faisant suite à la demande lui adressée par Monsieur le Ministre des Affaires étrangères en date du 25 octobre 2007 que la Commission nationale entend présenter ci-après ses réflexions et commentaires au sujet du projet de loi pré mentionné.

La Commission nationale entend limiter son avis aux dispositions traitant des aspects de la protection des données, dispositions qui se trouvent insérées dans le chapitre six du projet de loi sous examen relatif aux contrôles sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers.

Remarques préliminaires

Le projet de loi sous examen transpose un ensemble de directives européennes¹ ayant trait à l'entrée et au séjour des étrangers. Les auteurs du projet de loi sous examen entendent également adapter la législation sur l'immigration aux réalités actuelles des flux migratoires et du marché du travail.

Les directives en question reconnaissent aux Etats membres la possibilité de procéder à des contrôles sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers.

Force est de constater que les dites directives laissent aux Etats membres le soin de dégager les moyens à employer pour rendre effectif ce contrôle. A cet effet, le projet de loi donne la possibilité au ministre chargé de l'immigration et aux personnes agissant en son nom, de bénéficier d'un accès informatique direct aux bases de données limitativement énumérées à l'article 139 et dont les responsables sont d'autres administrations et organismes étatiques. Ces fichiers contiennent des informations utiles aux contrôles requis par le projet de loi sous examen.

¹ Et plus précisément les directives 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial, 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droits des citoyens de l'Union et des membres de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique.

Le projet de loi ne donne pas d'information sur l'organisation concrète des accès informatiques directs aux différents fichiers des administrations et organismes publics visés à l'article 139. En l'absence de précision sur la façon dont cette communication ou ce partage de données à caractère personnel sera implémenté en pratique, ni sur l'architecture informatique choisie, la Commission nationale part du postulat, dans le présent avis, que les accès auront lieu dans le cadre d'une interconnexion de données.

Les recommandations que la Commission nationale formule ci-après, notamment dans la conclusion du présent avis, s'avèrent toutefois également justifiées et transposables à l'hypothèse de communications ou de partages de données autres que sous forme d'interconnexion.

Les textes légaux ou réglementaires autorisant une interconnexion de données doivent respecter le *ratio* des dispositions de l'article 16 de la loi du 2 août 2002². Conformément à son paragraphe (1), l'interconnexion peut valablement être autorisée par voie légale.

La Commission nationale se propose d'analyser le projet de loi sous examen en passant en revue les différentes conditions posées aux paragraphes (2) et (3) dudit article 16.

Ainsi, le paragraphe (3) en question traite-t-il des finalités des traitements interconnectés. Le paragraphe (2) pose quatre conditions cumulatives supplémentaires à savoir 1) des objectifs légaux ou statutaires présentant un intérêt légitime pour les responsables du traitement, 2) le fait de ne pas entraîner de discrimination ou de réduction des droits, libertés et garanties pour les personnes concernées, 3) la mise en place de sécurité appropriées et 4) la qualité des données faisant l'objet de l'interconnexion.

1. La compatibilité des finalités des traitements interconnectés

En vertu du paragraphe (3) de l'article 16 de la loi du 2 août 2002, les finalités des fichiers interconnectés doivent être compatibles entre elles.

La notion de « compatibilité » n'est pas définie par la loi. Le critère de compatibilité est lié à l'un des principes majeurs de la législation de protection des données, à savoir la transparence des traitements de données à l'égard des personnes concernées par les données³.

Ce critère est traditionnellement interprété comme signifiant prévisible par les personnes concernées, cette prévisibilité pouvant d'ailleurs naître seulement postérieurement à la collecte des données, par exemple par le seul fait d'une disposition légale ou réglementaire prévoyant l'utilisation ultérieure des données pour une finalité nouvelle.

En l'espèce, la personne qui demande à entrer et/ou séjourner au Grand-Duché doit fournir les justificatifs relatifs à sa condition de ressources et/ou son activité professionnelle et, dans le cadre du regroupement familial, il doit justifier ses liens

² doc. parl. N° 4735/13, p. 30

³ « La Protection de la vie privée dans la société de l'information », Tomes 3 à 5, Chapitre 4, Cécile de Terwangne, pages 91 et suivantes, éd. Presse Universitaires de France, Cahier des sciences morales et politiques

familiaux et décliner l'identité de ces personnes. En vertu du principe de la préférence communautaire, les non-ressortissants des Etats membres doivent encore justifier que le poste qu'il souhaite pourvoir ne peut être occupé par un ressortissant européen.

Du fait que la personne étrangère doit fournir l'ensemble des pièces justificatives, elle doit pouvoir légitimement s'attendre à ce que l'administration chargée de lui remettre les autorisations d'entrée et de séjour procède à des vérifications subséquentes et ce afin d'écartier toute éventuelle fraude.

Par conséquent, les finalités des traitements interconnectés sont compatibles au sens de l'article 16 paragraphe (3) de la loi du 2 août 2002.

La Commission nationale entend encore préciser qu'en vertu de l'article 4 paragraphe (1) lettre (a) de la loi du 2 août 2002, les données sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités : en d'autres mots, les personnes procédant aux contrôles institués aux articles 134 à 139 du projet de loi sous examen, ne doivent pas profiter de l'accès à ces fichiers pour un usage autre que le contrôle des conditions d'entrée et de séjour des étrangers. Dans le cas contraire, il y aurait une utilisation qui dépasse le cadre de la finalité initiale, voire un détournement de finalité.

2. Les objectifs présentant un intérêt légitime pour les responsables du traitement

L'objectif recherché par la personne qui accède aux fichiers d'un autre responsable du traitement doit être inscrit, soit dans la loi, soit dans ses statuts.

Chacun des responsables du traitement, dont les données sont interconnectées, a un intérêt légitime individuel au niveau du traitement qui les concerne directement et dont il en a la charge.

De plus, il ressort clairement du projet de loi et des commentaires et exposés des motifs donnés par les auteurs de la loi que la finalité poursuivie par les auteurs du projet de loi est de combattre la fraude dans les demandes d'entrée et de séjour des étrangers.

3. L'absence de discrimination ou de réduction des droits, libertés et garanties pour les personnes concernées

En vertu du principe selon lequel l'interconnexion ne doit pas conduire à une discrimination ou une réduction des droits, libertés et garanties pour les personnes concernées, la balance entre les intérêts des responsables du traitement et les intérêts des personnes concernées doit être maintenue en équilibre.

En d'autres mots, si l'interconnexion permet d'obtenir par des moyens simples et rapides des informations sur une personne, cela ne doit pas se faire au détriment de ses droits et libertés.

L'interconnexion doit dès lors être nécessaire pour atteindre la finalité poursuivie. La Commission nationale relève à ce propos que dans la perspective de rechercher

la fraude à la législation sur l'immigration, l'interconnexion aux fichiers détaillés à l'article 139 du projet de loi est une opération nécessaire. En effet, dans le cas contraire, le ministre chargé de l'immigration – ainsi que les personnes qui agissent sous son autorité – devra à chaque fois faire une demande express auprès de chacune des administrations concernées, ce qui conduit à une perte de temps significative.

De plus, le recours aux fichiers interconnectés doit être justifié. En effet, ces fichiers n'ont pas été créés dans le but de rechercher les fraudes aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, de sorte que leur consultation doit être limitée. Cette condition nous semble être remplie en l'espèce au vu de l'alinéa 3 *in fine* de l'article 139 du projet de loi sous examen.

Ensuite, toujours dans la perspective de ne pas conduire à une discrimination ou de porter atteinte aux droits, libertés et garanties des personnes concernées, les contrôles doivent porter exclusivement sur l'entrée et le séjour des étrangers.

4. Les mesures de sécurité

Le droit de la protection des données s'appuie sur l'idée fondamentale que le responsable du traitement doit s'assurer que les données à caractère personnel qu'il détient soient traitées loyalement et licitement et ne soient pas ultérieurement traitées de manière incompatible avec les finalités déterminées et légitimes pour lesquelles il les a initialement collectées ou obtenues. En particulier, il doit s'en assurer lorsqu'il communique ces données à des destinataires ou lorsque des personnes placées sous son autorité directe sont habilitées à traiter les données. Il a également l'obligation de mettre en œuvre toutes les mesures techniques et l'organisation appropriées pour assurer la sécurité des traitements.

A cela s'ajoute que l'interconnexion de données est une opération délicate qui doit être entourée d'un maximum de garanties⁴.

Dans le projet de loi sous examen, le mode de transmission des données est passif en ce sens que le ministre chargé de contrôler les conditions d'entrée et de séjour des étrangers – ainsi que les personnes qui agissent sous son autorité – peut directement accéder aux différents fichiers énumérés à l'article 139 du dit projet de loi, sans intervention des responsables des différents fichiers consultés.

Le responsable du traitement étant en quelque sorte le garant des données et de la compatibilité des finalités, il doit veiller à ce que la communication des données à caractère personnel à un tiers se fasse selon le même principe de finalité et soit compatible avec le traitement initial.

Le principe de responsabilisation adopté par la loi du 2 août 2002 ne paraît pas conciliable avec le cas de figure envisagé où des données à caractère personnel pourraient être consultées, extraites, copiées par un tiers – fussent-ils des autorités administratives centralisées dans le cadre de leurs missions légales - à l'insu des responsables des différents traitements qui assumeraient, dans des conditions difficiles, la sécurité et la confidentialité de leurs traitements respectifs.

Dès lors, des mesures de sécurité renforcées doivent être adoptées.

⁴ Avis du Conseil d'Etat du 30 janvier 2007 relatif au projet de loi n°5554

Dans le cadre de ces mesures, le projet de loi précise à l'article 139 alinéa (2) qu'un règlement grand-ducal déterminera les catégories de personnes qui seront habilitées et autorisées à accéder aux fichiers interconnectés et l'alinéa (3) du dit article prévoit encore le traçage des accès.

La Commission nationale est satisfaite que les auteurs prévoient des mesures de protection.

Elle recommande toutefois d'inscrire dans la loi le principe de garantie pour assurer la confidentialité des données et la sécurité des traitements conformément aux articles 21 à 23 de la loi du 2 août 2002.

De plus, dans les limites des règles de l'art et de ce qui est techniquement réalisable, la Commission propose aussi un accès parcellaire aux traitements interconnectés : l'accès doit être possible uniquement aux données qui intéressent le ministère et non pas à l'intégralité des données figurant sur les fichiers et relatifs à la personne sur qui la recherche et le contrôle sont effectués. A cet effet, la première phrase du dernier alinéa de l'article 139 du projet de loi pourrait, par exemple, être complétée de la manière suivante :

« Le système informatique par lequel l'accès direct est opéré doit être sécurisé de façon appropriée et aménagé (...) ».

5. Les données faisant l'objet de l'interconnexion

L'article 16 paragraphe (2) de la loi prévoit que le type de données doit être pris en compte dans l'opération d'interconnexion dans le souci de vérifier que les garanties pour les personnes concernées sont appropriées.

Les auteurs du projet de loi sous examen laissent le soin au pouvoir réglementaire de déterminer les données qui peuvent faire l'objet d'un accès dans le cadre de l'article 139.

Au stade actuel, le législateur se trouve dès lors dans l'impossibilité d'apprécier et d'identifier les catégories de données qui feront l'objet d'une communication ou d'un partage de données à caractère personnel.

Il lui est donc difficile de vérifier s'ils sont entourés de garanties suffisantes.

La Commission nationale recommande donc que le projet de loi soit complété par une indication précise et détaillée des données échangées par les différents organismes publics.

Si les auteurs du projet de loi ne souhaitent pas figer cette énumération dans le projet de loi, cette précision pourra alternativement faire l'objet d'un projet de règlement grand-ducal. Il serait préférable que celui-ci soit disponible avant la fin de la procédure législative. La Commission note que, dans une hypothèse similaire, un projet de loi⁵ est actuellement analysé ensemble avec les projets de règlement grand-ducaux y relatifs.

⁵ Projet de loi n° 5563 relative à l'accès des magistrats et officiers de police judiciaire à certains traitements de données à caractère personnel des personnes morales de droit public et portant modification du code d'instruction criminelle et de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police

Conclusion

La Commission nationale estime que le projet de loi sous examen est conforme aux prescriptions de la législation en matière de protection des données à caractère personnel, sous réserve des limitations qui suivent.

Tout d'abord, l'usage des données à caractère personnel faisant l'objet de la communication ou du partage des données prévues à l'article 139 du projet de loi doit être limité à la finalité prévue, à savoir les contrôles des conditions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers pour y déceler des éventuelles fraudes.

La Commission nationale propose également que le projet de loi intègre une énumération des données, respectivement les catégories de données partagées et échangées sinon de la prévoir dans un projet de règlement grand-ducal qui soit disponible pendant la procédure législative.

Il est encore souhaitable de voir insérer dans le corps même du projet de loi le principe de garantie dans la perspective d'assurer la sécurité et la confidentialité des données. Dans les limites de ce qui est techniquement possible et dans les règles de l'art, l'accès doit être limité aux seules données qui intéressent le ministre chargé de l'immigration et non pas à l'intégralité des traitements des autres administrations et organisations étatiques.

Enfin, les recommandations formulées ci-avant sont, le cas échéant, également valables dans l'hypothèse où la communication ou le partage de données ne constituerait pas une interconnexion.

Ainsi décidé à Luxembourg en date du 11 janvier 2008

La Commission nationale pour la protection des données

Gérard Lommel
Président

Pierre Weimerskirch
Membre effectif

Thierry Lallemand
Membre effectif