

Nos 428478, 428826
UNICEF France et autres
Conseil national des barreaux

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 10 mai 2019
Lecture du 15 mai 2019

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

C'est la première fois que l'UNICEF, agence des Nations Unies pour la protection de l'enfance, se présente devant votre prétoire. Comme vous venez de l'entendre, elle le fait aujourd'hui avec 19 autres organisations allant de Médecin du monde et Médecin sans Frontière, au Secours catholique et à la Fédération d'entraide protestante, en passant par la CIMADE, le GISTI, le syndicat de la magistrature et le syndicat des avocats de France. Le Conseil national des barreaux a agi séparément. Le FEHAP et le MRAP sont intervenus. Le défenseur des droits vous a transmis des observations. La presse s'est largement fait l'écho de cette affaire. De quoi s'agit-il ?

De la création d'un fichier national recensant notamment les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille. Ce fichier a été prévu par l'article 51 de la loi (n°2018-778) du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie. Ses modalités de mise en œuvre ont été précisées par un décret (n°2019-57) du 30 janvier 2019 attaqué par ces différentes organisations. Votre juge des référés a refusé le 3 avril de suspendre son application en l'absence de moyen propre à faire naître un doute sérieux sur sa légalité (n°428477 et 428831). Il vous faut à présent examiner les QPC soulevées par les requérants contre l'article L. 611-6-1 du CESEDA issu des dispositions législatives précitées.

1. Précisons, au titre des **questions préliminaires**, qu'à ce stade, vous n'aurez rien à dire des interventions évoquées, portant sur les recours en annulation et non sur la QPC. Il en va de même pour les écritures du Défenseur des droits qui, en dépit de leur base juridique spécifique à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, s'analysent bien comme des observations (Ass. 11 avril 2012, GISTI Fapil, n°322326, rec.) qui n'ont donc pas en tant que telles à être appuyées sur des écritures au fond (contrairement à une intervention : 6 mars 2015, Comité harkis et vérité, n° 373400, T.) et sur les mérites desquelles vous n'aurez pas à prendre parti (v. p. une confirmation récente 14 mars 2018, Section française de l'observatoire international des prisons et M. B..., n°416737, 417314).

Vous n'aurez rien à dire non plus de la FNR soulevée par le ministre de l'intérieur contre la QPC soulevée par le CNB. Rien ne vous aurait interdit de le faire et il est vrai que son intérêt à agir n'est pas évident alors que le décret n'affecte ni l'exercice de la profession d'avocat ni le droit au recours des intéressés. Mais la question ne présente pas de réel enjeu à ce stade, les deux QPC se rejoignant très largement. Vous pourrez donc réserver cette question pour plus tard.

Les autres conditions d'examen de la QPC ne soulèvent pas de difficulté particulière. Ces dispositions législatives, toutes récentes, n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé à l'issue de la procédure parlementaire (2018-770 DC du 6 septembre 2018) ni depuis. Elles sont bien sûr applicables au litige puisqu'elles constituent la base légale du décret attaqué.

Les normes de référence mobilisées que sont l'obligation pour le législateur d'épuiser la compétence qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par les 10^e et 11^e alinéas du Préambule de 1946 et le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la déclaration de 1789 ont déjà été explorées par la jurisprudence constitutionnelle. La question n'est donc pas nouvelle. Est-elle sérieuse ?

2. L'essentiel de l'argumentation est développé sur le terrain de l'incompétence négative du législateur. Le choix de ce terrain appelle quelques observations liminaires... Car c'est un fichier qui est attaqué et il est constant que, compte tenu notamment de l'encadrement de la matière au niveau législatif, notamment par la loi (n°78-17) du 6 janvier 1978, la création d'un fichier relève du pouvoir réglementaire. Dès lors que la loi aurait pu ne rien dire de ce fichier particulier, il est un peu étrange de reprocher au législateur de ne pas avoir épuisé sa compétence. Qui peut le plus peut le moins. Ou, plus exactement ici, qui peut le moins peut le plus.

La jurisprudence avancée dans les mémoires QPC n'infirme pas ce constat. En effet, les décisions 2015-713 DC du 23 juillet 2015 sur la surveillance des communications et dispositifs de géolocalisation, la décision 2016-536 QPC du 19 février 2016 sur les copies de données informatiques lors de perquisitions, la décision 2016-590 QPC du 21 octobre 2016 sur le contrôle de transmission par voie hertzienne ou encore la décision 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017 sur l'exploitation des données de connexion, se rapportent à des techniques de renseignement plus qu'à des fichiers.

Cependant, on trouve dans la jurisprudence des traces d'un contrôle assez approfondi des garanties que présentent les fichiers. D'abord, le juge constitutionnel contrôle pleinement l'incompétence négative lorsqu'elle est invoquée à l'encontre de l'encadrement qui figure dans la loi de 1978 elle-même, ce qui est logique (2004-499 DC du 29 juillet 2004 et 2018-765 DC du 12 juin 2018). Mais il fait également preuve d'un contrôle poussé s'agissant des fichiers particuliers institués par le législateur en vérifiant qu'il poursuit un motif d'intérêt général et que les modalités retenues sont adéquates et proportionnées à cet objectif, notamment eu égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur du traitement, à la fréquence de leur utilisation, au nombre de personnes susceptibles d'y avoir accès et aux modalités de cet accès, en vérifiant que le législateur a suffisamment défini ces différents paramètres (2012-652 DC du 22 mars 2012 ; 2016-745 DC du 26 janvier 2017). On n'est donc pas très loin d'un contrôle de l'incompétence négative ou inspiré de celui-ci dans cette recherche des garanties suffisantes qui s'attachent au dispositif au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

Les droits et libertés invoqués ici sont, bien sûr, le droit au respect de la vie privée et de manière plus originale, l'intérêt supérieur de l'enfant, exigence récemment rappelée par le Conseil constitutionnel (après une première mention dans sa décision 2013-669 DC du 17 mai 2013) par ses décisions 2018-770 DC du 6 septembre 2018 et 2018-768 QPC du 21 mars 2019. Le juge constitutionnel n'a certes pas eu l'occasion depuis de statuer sur un fichier concernant

des mineurs, mais sa jurisprudence antérieure se montrait d'ores et déjà vigilante dans ce type de cas de figure (v. not. 2012-652 DC du 22 mars 2012).

3. On peut en venir au **fond des griefs**.

3.1 La principale critique se rapporte à la **double finalité du traitement**.

L'afflux de mineurs non accompagnés depuis 2015 a mis en effet le système d'accueil à rude épreuve, comme le retrace le rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés du 15 février 2018. Le nombre de mineurs *reconnus comme tels* a triplé en 4 ans passant de 6 000 à près de 18 000 et le nombre de personnes se *présentant comme mineurs* est évidemment beaucoup plus élevé. En 2017, les départements ont procédé à 54 000 évaluations et seulement 27% des personnes qui se sont présentées ont été reconnues comme mineures, chiffre qui s'explique en partie par le fait que les personnes regardées comme majeures dans certains départements tentent à nouveau leur chance dans d'autres. Ce « nomadisme administratif » -pour reprendre une expression qui a fait florès- est encouragé par la diversité de situation des départements, qui ne sont pas tous égaux devant cet afflux et n'ont pas tous mis en place les mêmes dispositifs d'évaluation malgré des tentatives d'harmonisation.

C'est en cherchant à prévenir ces demandes successives dans différents départements que l'idée d'un fichier national a germé, avant d'être inscrite dans l'accord intervenu, le 17 mai 2018, entre le Gouvernement et l'Assemblée des départements de France puis d'être insérée à l'article L. 611-6-1 du CESEDA par la loi du 10 septembre 2018 qui mentionne explicitement sa double finalité : « *mieux garantir la protection de l'enfance* » d'une part et « *lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France* » d'autre part. Double finalité qui se traduit au niveau réglementaire par le fait qu'outre le recensement des données prévues pour les besoins de la protection des mineurs, celles concernant les personnes qui auront été reconnues comme majeures ont vocation à être transférées dans le fichier dit « AGDREF 2 » conçu pour la lutte contre l'immigration illégale.

Bien sûr, chacune de ces deux finalités ne pose pas de problème prise séparément. Elles bénéficient toutes deux d'une assise constitutionnelle, que ce soit la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant comme on l'a déjà indiqué ou la lutte contre l'immigration irrégulière, participant de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle (2001-631 DC du 9 juin 2011). Et les deux objectifs poursuivis ici sont clairement d'intérêt général puisqu'il s'agit, d'une part, d'améliorer la rapidité et la fiabilité de l'évaluation des mineurs et, d'autre part, d'éviter le détournement du dispositif par des personnes majeures.

Il y a par ailleurs une certaine logique ou tout du moins praticité à combiner ces deux finalités puisque c'est la même évaluation du même public -celui qui se présente comme mineur-, qui permet de distinguer entre les vrais mineurs et les autres. Et en prévoyant que les données des personnes reconnues mineures sont conservées uniquement le temps nécessaire à leur prise en charge, le législateur a veillé à assurer une certaine étanchéité des deux ensembles. Les données concernant les mineurs ne pourront ainsi être réutilisées une fois leur majorité atteinte pour alimenter le fichier de lutte contre l'immigration illégale.

Cela étant, cette double finalité ne s'imposait nullement au plan technique et on pouvait tout à fait concevoir un fichier qui aurait eu pour seul objet la protection des mineurs non accompagnés, ce qui aurait empêché le pouvoir réglementaire de prévoir le transfert des données des majeurs vers le fichier AGDREF 2. De prime abord, on pourrait penser qu'il s'agit

là d'une question d'opportunité, appartenant au pouvoir réglementaire ou ici au législateur, dès lors qu'il s'est saisi de la création de ce fichier. Question d'opportunité dont l'appréciation pourrait en outre être assez ouverte, en tout cas du point de vue des exigences « informatique et liberté », si l'on observe que la CNIL elle-même n'y a vu aucune difficulté pour ce qui la concerne, en relevant que les finalités étaient ici déterminées, explicites et légitimes, conformément aux exigences de l'article 5-1-c du RGPD.

Toutefois, la jurisprudence constitutionnelle a déjà pu se fonder sur le mélange de finalités de natures différentes pour retenir qu'il y avait une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée. Il en est allé ainsi des dispositions permettant l'accès des agents du ministère de l'intérieur au fichier des demandeurs d'asile (97-389 DC du 22 avril 1997) ou des finalités de police administrative ou judiciaire autres que celles strictement liées à la gestion des titres électroniques sécurisés (2012-652 DC du 22 mars 2012).

Quel est le risque concrètement en l'espèce ?

Il nous semble double. En premier lieu, il est à craindre que certains au moins des candidats à la protection de comme mineurs non accompagnés puissent ne pas mesurer l'utilisation qui sera faite des informations collectées et se trouver ainsi fichés sans le savoir, avec leurs données biométriques, dans des traitements de données destinés non à leur protection mais à lutter contre l'immigration illégale. En second lieu et surtout, pour ceux qui seront justement informés de ce transfert de données, et dont on peut penser qu'ils seront les plus nombreux (notamment du fait des informations devant figurer sur les formulaires délivrés aux intéressés : art. R. 221-15-8 du CASF), le risque est évidemment de les dissuader de solliciter le bénéfice de la protection à laquelle ils ont droit en tant que mineurs non accompagnés, par peur, plus ou moins rationnelle, de ne pas être regardés comme tels à l'issue de la procédure d'évaluation et de faire ainsi l'objet d'une mesure d'éloignement.

Dans le premier cas, on pourrait estimer qu'il y a une question délicate au regard du droit au respect de la vie privée des intéressés garanti par l'article 2 de la déclaration de 1789 et dans le second au regard de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que la double finalité du traitement pourrait conduire les intéressés à renoncer aux prestations mettant en œuvre les exigences découlant des 10^{ème} et 11^{ème} alinéas du Préambule de 1946.

3.2 On en vient au deuxième grief critiquant l'absence de consentement.

Pour ceux qui, malgré ces risques, se présenteront aux services départementaux, l'enregistrement de leurs données ne sera pas subordonné à leur accord.

Cette portée de la loi est assez débattue devant vous. Elle ne nous paraît pas douteuse. A l'issue de l'examen du texte au Sénat, l'article litigieux comportait bien une disposition prévoyant le consentement des intéressés (amendement CL330 sur l'art. 26 sexies, 10 juillet 2018) mais elle a disparu avec sa réécriture en commission à l'Assemblée nationale en nouvelle lecture. Dans le silence du texte tel qu'il a été finalement adopté, c'est le droit commun de la loi du 6 janvier 1978 qui trouve à s'appliquer et son article 7 exclut le consentement lorsqu'il s'agit du « *respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement* » ou de « *l'exécution d'une mission de service public dont [il] est investi* ». Les dispositions de l'article 7-1, invoquées par les requérants, relatives à la seule offre directe de service de la société de l'information ne sont pas applicables quant à elles. Et c'est bien ainsi que le texte a été compris au stade de la création du fichier par le pouvoir réglementaire, le décret excluant le droit

d'opposition des intéressés (I de l'article R. 221-15-9 du CASF), ce qu'a relevé la CNIL sans y voir de difficulté.

Au plan constitutionnel, le consentement au fichier peut parfois être relevé parmi les éléments concourant à l'acceptabilité d'un traitement (p. ex. 2004-504 DC du 12 août 2004) mais il ne s'agit pas d'une condition nécessaire ni même forcément déterminante. Et on le comprend mieux lorsqu'on mesure ce que signifie précisément l'absence de consentement. S'agissant d'un fichier qui suppose un prélèvement biologique, il nous paraît certain qu'elle n'autorise pas l'administration à recueillir de force ces données sur les intéressés. Sauf cas très exceptionnel, notamment celui des empreintes génétiques des personnes condamnées pour crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement (v. à ce sujet la décision 2010-25 QPC du 16 septembre 2010), l'absence de consentement signifie seulement que si l'intéressé refuse, il s'exposera à des conséquences *juridiques* défavorables comme une sanction ou, lorsqu'il s'agit de bénéficier d'un droit, la présomption qu'il ne remplit pas les conditions pour l'obtenir. Ici, le refus de voir les données biométriques enregistrées dans le traitement pourra être pris en compte dans l'évaluation de l'intéressé, comme ne le nie pas le ministre et comme le laissait de toute façon apparaître le décret d'application qui prévoit d'en informer le président du conseil départemental appelé à statuer sur son sort (R. 221-11 et R. 221-15-8 4° du CASF).

Contrairement à ce que soutiennent les requérants, le Conseil constitutionnel n'est pas allé jusqu'à reconnaître une présomption de minorité. Il a néanmoins jugé que « *les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures* » (2018-768 QPC précitée). On pourrait penser qu'une telle exigence serait méconnue si le refus de voir les données biométriques enregistrées dans le fichier suffisait à motiver une évaluation de l'intéressé comme majeur.

Le ministre en a bien conscience et affirme devant vous que tel ne sera pas le cas, le refus de l'intéressé ne pouvant être pris en compte, selon lui, que dans le cadre d'un faisceau d'indices. La difficulté tient ici au fait que la loi n'en a rien dit et que l'on peut difficilement déduire cette garantie de ses travaux préparatoires. La position du ministre est évidemment importante mais l'évaluation des intéressés est faite par les présidents de conseils départementaux voire en cas de difficulté sérieuse par le juge judiciaire et non par les services de l'Etat. Et dans le cas des examens osseux, où le consentement de l'intéressé était pourtant explicitement prévu et où le refus de l'intéressé avait un rapport plus direct avec la conclusion à tirer de l'évaluation, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui a pris le soin d'affirmer que la majorité de l'intéressé ne pouvait être déduite du seul refus de cet examen (2018-768 QPC précitée). Vous pourriez donc estimer qu'il lui appartient de faire de même ici.

3.3 Un troisième grief concerne la notion de **personne reconnue comme mineure** qui est critiquée comme insuffisamment précise.

L'argumentation ne convainc pas réellement sur le strict terrain de l'incompétence négative. Certes, la notion n'avait jamais été utilisée jusqu'ici dans un texte législatif (elle ne figurait semble-t-il que dans un arrêté du 17 novembre 2016), mais il n'y a aucun doute sur sa signification. Elle inclut tant la reconnaissance administrative, par le président du conseil départemental, que juridictionnelle, par le juge des enfants, saisi soit par le PCD en cas de doute, soit par l'intéressé, soit même par le juge administratif par le biais d'une question préjudicielle pour trancher les litiges, notamment d'éloignement, qui relèveraient de sa compétence.

Le grief retient un peu plus sur le fond. Ce qui est ici critiqué est la possibilité même pour l'administration de se prononcer sur l'âge de l'enfant et donc de refuser de reconnaître une personne comme mineure eu égard aux conséquences qui s'y attachent avec le nouveau fichier. Selon les requérants, cette reconnaissance ne devrait résulter que d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée.

Bien sûr, cette analyse est excessive. D'abord, sa prémisse est inexacte. Comme on l'a déjà indiqué, le Conseil constitutionnel n'a jamais retenu une présomption de minorité mais s'est contenté de juger dans la décision 2018-768 QPC précitée sur les tests osseux que lorsque le « *doute persiste au vu de l'ensemble des éléments recueillis, ce doute doit profiter à la qualité de mineur de l'intéressé* ». Cela n'interdit pas à l'autorité administrative de refuser de reconnaître une personne comme mineure si elle a de bons arguments pour cela. Et, du reste, vous avez déjà jugé qu'il appartenait à l'autorité administrative de porter sa propre appréciation sur ce point (14 juin 2017, Assemblée des départements de France, n° 402890). Elle le fait sous le contrôle du juge qui peut être saisi par l'intéressé et s'il devait infirmer son analyse il est certain que son statut dans le fichier devrait être modifié en conséquence.

Les requérants objectent que la vulnérabilité des personnes concernées limitera les possibilités de recours. Mais c'est un type de considération dans lequel il est difficile de rentrer d'autant que le nombre de recours n'est pas tout à fait négligeable. Les chiffres dont on dispose pour Paris en 2017 font apparaître que 20% des décisions défavorables ont été contestées et la moitié d'entre elles renversées par le juge judiciaire.

Cela étant, il reste une question pour les 80% qui n'attaquent pas. Cette question se posait en réalité de manière tout à fait identique avant que la loi n'institue le fichier contesté. Le risque d'erreur n'a évidemment pas augmenté du fait de ce fichier. Mais les conséquences de ces erreurs sont potentiellement bien plus lourdes qu'avant sa création. Non seulement les intéressés ne bénéficieront pas de la protection réservée aux mineurs non accompagnés comme auparavant mais leurs données biométriques seront désormais transférées dans un fichier destiné à lutter contre l'immigration illégale, en les exposant donc à une mesure d'éloignement.

Une telle issue peut encore être prévenue par le recours au juge - administratif cette fois - puisqu'une telle mesure peut être contestée devant lui y compris au motif que l'intéressé ne serait pas majeur (1° de l'art. L. 511-4 du CESEDA), le juge judiciaire pouvant être saisi quant à lui par voie préjudicielle en cas de doute. Mais là encore, tout dépendra de la saisine du juge. Le dispositif adopté par le législateur augmente ainsi statistiquement le risque que des personnes se trouvent devoir quitter le territoire alors qu'elles sont effectivement mineures.

Ce troisième grief ne soulève peut-être pas une question supplémentaire par rapport aux deux précédentes mais ces considérations leur donnent une certaine épaisseur.

3.4 Le quatrième et dernier grief ne vous retiendra pas en revanche.

Il est reproché au législateur de n'avoir encadré **la conservation des données** que pour les personnes qui seront effectivement reconnues mineures en prévoyant que cette conservation est « *limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation en tenant compte de leur situation personnelle* ». Mais pour les autres, c'est la loi de 1978 qui trouvera à s'appliquer par renvoi exprès des dispositions contestées. Or, l'article 6 de cette loi prévoit de manière très similaire que les données « *sont conservées sous une forme permettant*

l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ». L'encadrement législatif couvre donc bien l'ensemble du champ.

Les requérants soutiennent qu'il est de toute façon insuffisant pour que les exigences constitutionnelles soient respectées. Mais indépendamment du fait que cela revient à mettre en cause la constitutionnalité même de la loi de 1978, rien ne permet de penser qu'il puisse y avoir une quelconque insuffisance ici, la jurisprudence montrant au contraire que le juge constitutionnel tend à se satisfaire de l'encadrement offert par cette loi qui arme suffisamment le juge de la légalité pour contrôler la proportionnalité de la durée de conservation retenue par le pouvoir réglementaire (v. not. 2003-484 DC du 20 novembre 2003 et 2010-25 QPC du 16 septembre 2010).

Comme on le voit au terme de cet examen des griefs, les dispositions contestées ne font pas apparaître d'inconstitutionnalité évidente et peut être pourriez vous être tentés de répondre vous mêmes à l'ensemble des critiques articulées contre elles. Mais en prenant le risque de dissuader des personnes effectivement mineures non accompagnées de solliciter la protection à laquelle elles ont droit, en ouvrant la voie à une prise en compte de leur opposition au traitement dans l'appréciation de leur minorité et en exposant tous ceux qui n'auront pas été reconnus comme mineurs à une mesure d'éloignement à bref délai sauf à agir en justice, ces dispositions nous semblent soulever des questions de constitutionnalité qui excèdent votre office de juge du filtre.

PCMNC au renvoi de la question au Conseil constitutionnel.