N°s 428478, 428826
UNICEF France et autres / Conseil national des barreaux

1ère et 4ème chambres réunies

Séance du 22 janvier 2020
Lecture du 5 février 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Si leurs parcours de vie et leurs motivations divergent largement[1], les mineurs non accompagnés (MNA) ont en commun de présenter **une triple vulnérabilité** tenant à leur jeune âge, à leur qualité d'étranger et à leur isolement. A ces fragilités répondent en droit deux protections. D'une part, ils ne peuvent être contraints de quitter le territoire français tant qu'ils sont mineurs[2]. D'autre part, ils peuvent être admis au bénéfice de l'aide sociale à l'enfance (ASE) sur décision du juge des enfants après une évaluation[3] du conseil départemental qui a notamment pour objet d'établir leur minorité.

Le phénomène des mineurs non accompagnés, documenté depuis les années 1990[4], a pris **une ampleur nouvelle** au cours des années récentes puisque le nombre de ces mineurs pris en charge par les départements a décuplé entre 2004 et 2017, passant de 2 500 à plus de 25 000 jeunes – ces derniers représentant désormais 20 % des placements à l'ASE. En amont de cette prise en charge, près de 54 000 étrangers se disant mineurs ont fait l'objet d'une évaluation par les services départementaux en 2017, contre 25 000 en 2016. Ce changement d'échelle a conduit à une saturation des capacités d'accueil des départements, créant d'importantes tensions politiques et, en retour, une implication accrue de l'Etat à compter de 2011 qui s'est traduite par un soutien financier et par la mise en place d'un mécanisme de répartition géographique destiné à soulager les départements les plus sollicités[5]. En 2017, une mission

[1] La typologie proposée par A. Etiemble (*Les mineurs isolés étrangers en France* – Quest'us DPM- 2002) distinguant exilés, mandatés, fugueurs et errants semble encore faire largement référence
[2] Art. L. 511-4 du CESEDA
[3] Art. R. 221-11 du CASF
[4] https://www.senat.fr/rap/r16-598/r16-5981.pdf - les chiffres cités, sauf mention contraire, sont issus de ce rapport
[5] Reposant désormais sur l'articulation des art. L. 221-2-2 du CASF et L. 375-5 du Code civil.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

bipartite entre l'Etat et les départements a été lancée pour identifier des moyens supplémentaires d'apaiser cette crise durable.

Cette mission a notamment mis en lumière deux facteurs contribuant à l'engorgement du dispositif. Premièrement, le nombre important d'étrangers majeurs sollicitant une protection pourtant réservée aux mineurs. Deuxièmement, le « nomadisme administratif » qui conduit un étranger reconnu majeur par un conseil départemental à retenter sa chance auprès d'un autre département, étant ici précisé que les pratiques d'évaluation restent très disparates d'un territoire à l'autre[6] en dépit de la mise en place d'un référentiel national. Le décret attaqué **concrétise l'une des préconisations de cette mission** pour répondre à ces deux problématiques.

D'une part, ce décret permet aux départements de solliciter **l'assistance des préfectures dans le cadre de l'évaluation de la minorité**. Concrètement, les services de l'Etat reçoivent alors le jeune et vérifient s'il figure déjà dans le fichier des ressortissants étrangers en situation régulière ou irrégulière (dit AGDREF2), ce qui révèlerait sa majorité, ou dans le fichier recensant les données des étrangers ayant sollicité un visa (dit VISABIO), ce qui permettrait de vérifier les allégations du jeune à la lumière de ses éventuelles demandes de visa antérieures. Ces contrôles sont ainsi destinés à éclairer le conseil départemental dans son travail d'évaluation.

D'autre part, le décret crée **un fichier « d'appui d'évaluation à la minorité » dit AEM**, dont le principe a été posé par la loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (à l'art. L. 611-6-1 du CESEDA). A l'occasion du passage de l'étranger en préfecture, les services sont ainsi conduits à recueillir diverses données, dont sa photo et ses empreintes digitales. Ce recueil dans le fichier AEM a deux conséquences. Premièrement, il permet d'identifier plus facilement les mineurs qui présenteraient des demandes dans plusieurs départements. Deuxièmement, dès lors qu'un mineur a été évalué majeur, le département responsable en informe la préfecture et les données concernant l'intéressé sont alors reversées dans le fichier de droit commun AGDREF2. A l'inverse, s'il est reconnu mineur, ses données seront effacées 12 mois après l'évaluation.

En résumé, l'objectif de ce décret est d'abord **de rapprocher et de fiabiliser les processus départementaux d'évaluation de la minorité**. En dissuadant les majeurs d'y prétendre, ce décret vise aussi à accélérer l'évaluation[7], à désengorger les dispositifs d'accueil et ainsi à

[6] Le taux de reconnaissance de minorité variant de 9 à 100 % selon les départements au premier semestre 2017
[7] Selon l'ADF (cité dans le rapport de la mission bipartite), la durée moyenne d'évaluation était de 40 jours en novembre 2017

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

éviter des cohabitations délicates au sein d'une même structure entre les mineurs et des personnes plus âgées.

Précisons pour compléter ce panorama liminaire que votre juge des référés, par une ordonnance très motivée, a refusé de suspendre ce décret en **n'identifiant aucun moyen de nature à créer un doute sérieux sur sa légalité**. Par ailleurs, dans le cadre d'une QPC que vous lui avez renvoyée, le Conseil constitutionnel a jugé **conforme à la Constitution** l'article de la loi du 10 septembre 2018 posant le principe du fichier AEM.

Deux requêtes contestent ce décret. La première est commune à 19 associations, fondation ou syndicats qui pour la plupart aident ces publics fragiles, de sorte que ce recours collectif est recevable. A son soutien vous admettrez l'intervention de la FEHAP et du MRAP, qui présentent un intérêt suffisant, et vous serez conduits à tenir compte des observations présentées par le défenseur des droits[8]. La seconde requête émane du Conseil national des barreaux (CNB) et **nous semble irrecevable**. En effet, le CNB est un établissement d'utilité publique dont la mission principale, définie par le législateur[9], est de représenter la profession d'avocat auprès des pouvoirs publics. A ce titre, vous admettez logiquement qu'il puisse contester des mesures portant sur les conditions d'exercice de la profession d'avocat[10], ainsi que des dispositions plus générales relatives au contentieux[11]. Mais en l'occurrence, le décret tel que nous vous l'avons présenté n'intéresse ni l'exercice de la profession d'avocat, ni le régime contentieux applicable aux mineurs non accompagnés. Dans ces conditions, et étant rappelé que l'intérêt pour agir s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens invoqués à leur soutien[12], la requête du CNB ne nous semble pas recevable[13]. Cette irrecevabilité sera néanmoins sans incidence sur l'examen de ce décret dans la mesure où les deux requêtes se recoupent largement.

S'agissant de la légalité externe, contrairement à ce qui est allégué, les dispositions de fond contestées ne constituent pas un **« tiers texte »** par rapport à la version initiale du Gouvernement et à la version adoptée par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat. En revanche, l'article 6 du décret retient une date d'entrée en vigueur de l'article 51 de la loi du 10 septembre 2018 nouvelle par rapport à ces deux versions : il devra par suite être censuré **pour irrégularité**[14]. Le dispositif dans son ensemble ne pouvait donc légalement entrer en

[8] Conformément à l'article 33 de la LO n° 2011-333 du 29 mars 2011
[9] Suivant les termes de l'article 21-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971
[10] V. par exemple : CE, Section, 10-04-2008, *CNB et autres*, n° 296845, A
[11] V. par exemple : CE, 23-12-2014, *Syndicat de la juridiction administrative et autres*, n°s 373469 et a., C
[12] CE, 27-05-2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705, A
[13] V., dans le même sens, CE, 23-10-2017, *Conseil national des barreaux*, n° 394474, C
[14] CE, 28-12-2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314, B

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

application que le 1er mars dernier, ainsi que le prévoyait par défaut l'article 71 de cette loi en l'absence d'autre date fixée par décret en Conseil d'Etat, et non le 1er février.

S'agissant de la légalité interne, le moyen tiré de ce que le décret doit être annulé du fait de **l'inconstitutionnalité des dispositions législatives** qui en constituent la base légale ne peut qu'être écarté compte tenu de la réponse apportée par le Conseil constitutionnel. Pour le reste, l'argumentation attaque distinctement les deux parties du décret.

1/La contestation porte d'abord sur la **procédure d'évaluation** des personnes sollicitant une protection en qualité de mineur non accompagné.

La requête soulève à son soutien **un moyen global** tiré de la méconnaissance du droit à la dignité, du droit à un recours effectif et de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'agissant de ce dernier principe, une précision supplémentaire s'impose puisque les requérants invoquent spécifiquement le 1 de l'article 20 de la Convention de New-York, aux termes duquel : « *Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial ou qui, dans son propre intérêt, ne peut être laissé dans ce milieu a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat* ». Or, vous avez jugé par une décision *Mme Mosquera*[15] rendue en 2001 que l'article 20 n'était pas d'effet direct et qu'il ne pouvait par suite être utilement invoqué à l'appui d'un REP. Cette solution, rendue aux conclusions contraires d'Isabelle de Silva, s'expliquait alors vraisemblablement par le fait que vous estimiez la rédaction de l'article en cause trop générale. Mais « *ce lien entre trop grande généralité et absence d'effet direct de la norme conventionnelle* »[16] a été abandonné par votre décision d'Assemblée *GISTI*[17] de 2012, qui a jugé qu'étaient d'effet direct toutes les stipulations qui n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers. Au prisme de **ces deux seules conditions**, il nous semble que vous devrez revenir sur votre précédent et juger que le 1 de l'article 20, dès lors qu'il consacre un droit dont l'enfant peut se réclamer sans qu'un acte de mise en œuvre soit nécessaire à son application[18], est bien d'effet direct. Cette précision étant apportée, c'est au prisme de ces différents principes supra-législatifs qu'il vous faut désormais appréhender les cinq critiques dirigées contre cette partie du décret.

En premier lieu, les associations contestent le **caractère totalement discrétionnaire** de la sollicitation du préfet par le président du conseil départemental. Elles en déduisent que ce texte est discriminatoire au motif que d'un département à l'autre, le recours aux services de

---

[15] CE, 06-06-2001, n° 213745, B
[16] V. en ce sens : *Les aléas de l'effet direct*, X. Domino et A. Bretonneau, AJDA 2012.936
[17] CE, Assemblée, 11-04-2012, n° 322326, A
[18] Cette solution étant du reste d'autant plus opportune que la Cour de Cassation admet l'effet direct du 3 de l'article 20 (Cass, 1ère Civ., 25-02-2009, 08-11.033)

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'Etat est très variable. Il est vrai que le texte ouvre en la matière une simple faculté au président du conseil départemental. Il est vrai aussi qu'en pratique, les départements seront plus ou moins enclins à demander le concours des services de la préfecture. Pour autant, ces deux constats ne nous semblent pas révéler une illégalité du décret. Au regard du principe d'égalité devant la loi en effet, le point déterminant est que tous les départements se voient reconnaître cette faculté[19]. Pour le reste, laisser au président du conseil départemental le soin d'apprécier la pertinence d'une sollicitation de la préfecture est la conséquence de ce que l'évaluation de la minorité doit être adaptée au profil du jeune. C'est d'ailleurs cette même logique qui justifie que le département puisse aussi, selon les cas, demander aux préfectures de vérifier l'authenticité des titres présentés par l'étranger, ou requérir de l'autorité judiciaire la réalisation de tests médicaux.

En deuxième lieu, les associations critiquent le fait que les interactions entre les jeunes et les agents des préfectures **ne sont pas assorties des garanties suffisantes**. Pour le dire crûment, la requête craint que les agents des préfectures, chargés normalement de la mise en œuvre de la réglementation concernant les étrangers et qui ne sont pas des professionnels de l'enfance, malmènent ces jeunes vulnérables, ce qui pourrait les dissuader de solliciter le bénéfice de l'ASE.

Pour répondre à ce moyen, il vous faut d'abord expliciter les contours exacts du rôle nouveau dévolu aux préfectures. Ce décret ne permet pas aux départements **d'externaliser l'évaluation de la minorité**. Il leur offre simplement la possibilité de disposer d'un élément d'information supplémentaire, fourni par les services de l'Etat, tenant au point de savoir si le demandeur figure déjà sur certains fichiers. A cet égard, pour dissiper toute ambiguïté, vous pourriez insister sur trois points. Tout d'abord, contrairement à ce qui semble être la pratique dans certains territoires, la sollicitation de la préfecture n'exonère nullement le département de son obligation de prise en charge provisoire de l'étranger pendant l'évaluation de sa minorité. Ensuite, la réponse apportée par la préfecture ne peut suffire en elle-même à évaluer la minorité : la situation du jeune doit par ailleurs faire l'objet d'une analyse personnalisée et pluridisciplinaire par les professionnels de l'enfance du département. Enfin, dans la mesure où le 5° de l'article R. 221-15-8 du CASF créé par le décret attaqué prévoit que l'étranger est informé au moment de la collecte de ses données de ce qu'il pourra faire l'objet d'une mesure d'éloignement s'il est évalué majeur, il s'en déduit en creux qu'une telle mesure ne peut être prise à la suite du passage en préfecture tant que l'étranger n'a pas été évalué majeur par le président du conseil départemental. Ainsi calibrée, nous ne voyons pas en quoi cette procédure **méconnaîtrait l'intérêt supérieur de l'enfant**. Précisons aussi qu'à nos yeux, les services de l'Etat ne sauraient davantage profiter de cet entretien pour retenir l'étranger dont il

[19] V. par analogie, CE, Section, 14-11-1975, *Ministre de l'éducation c/ Dame Simon et Syndicat national des lycées et collèges*, n° 95455, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

apparaîtrait, en consultant les fichiers, qu'il fait l'objet d'une mesure d'éloignement pendante[20]. Vous n'aurez certes pas à mentionner explicitement ce tempérament dans votre décision dès lors que cette question n'aurait pas relevé de la compétence du pouvoir réglementaire. Mais une telle retenue nous semble s'inférer d'une exigence de loyauté[21] de l'administration à l'égard de l'étranger. Si vous-mêmes ne l'avez encore jamais consacrée[22], cette exigence de loyauté a déjà été mobilisée par la Cour de cassation[23] comme par la CEDH[24] qui ont ainsi jugé contraires à l'article 5 de cette convention des interpellations réalisées à l'occasion d'une convocation pour un simple examen de situation. Dans ces conditions, il nous semble *a minima* que le juge de la liberté et de la détention refuserait de prolonger le maintien d'un placement en rétention[25] consécutif à une interpellation advenue dans de telles conditions.

L'autre argument tiré de ce que cette procédure serait illégale au motif qu'elle est conduite par des agents non formés à cette mission et hors la présence des agents du département ne nous semble pas fondé. D'une part, il procède d'une défiance systémique à l'égard des agents de préfecture à laquelle nous ne saurions souscrire. D'autre part, compte tenu de l'objet de cet entretien en préfecture, qui n'est pas **d'apprécier la véracité du récit intime du jeune** mais simplement de recueillir des informations objectives le concernant, il ne nous semble pas que l'intérêt supérieur de l'enfant exige de prévoir des garanties particulières[26].

En troisième lieu, les associations reprochent au décret attaqué d'être **insuffisamment précis** quant au champ des informations susceptibles d'être recueillies à l'occasion de l'entretien en préfecture. Il est en effet prévu à l'article R. 221-11 du CASF que le jeune qui est envoyé en préfecture « *communique aux agents habilités des préfectures toute information utile à son identification et au renseignement du traitement* [AEM] ». A nos yeux, cet alinéa fait écho aux deux phases déjà évoquées. D'abord, l'agent de préfecture doit vérifier si l'intéressé figure dans les fichiers existants – à cette fin, il réclame diverses informations permettant d'interroger utilement ces bases, mais il ne les enregistre pas. Ensuite, l'agent doit inscrire le jeune dans le fichier AEM et, à cette occasion, il ne peut plus inscrire que les données limitativement prévues par l'acte créant le fichier. Compte tenu de ces deux séquences

---

[20] Cette analyse peut aussi se déduire d'une lecture *a contrario* du 5° de l'art. R. 221-15-8 du CASF prévoyant que l'étranger est informé qu'il « *fera l'objet d'un examen de sa situation et, le cas échéant d'une mesure d'éloignement* » s'il est évalué majeur.

[21] V. *Les normes régissant le comportement de l'administration selon la jurisprudence de la CEDH*, P. Wachsmann, AJDA 2010.2138

[22] V. CE, 07-02-2007, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n°s 292607 et s., A

[23] V. Cour. Cass Civ. 1ère, Plénière, 06-02-2007, n° 05-10.880, AJDA 2007.814 – cette jurisprudence ne s'applique toutefois pas en cas d'interpellation sur convocation explicite ou sur présentation spontanée (not. Cass. Civ. 1ère, 11-03-2009, n°s 08-12.166 et n° 07-21.961)

[24] CEDH, 05-02-2002, *Conka c/ Belgique*, n° 51564/99 ; 12-04-2005, *Chamaïev et a. c/ Géorgie*, n° 36378/02

[25] Sur son rôle en la matière : v. art. L. 552-1 et s. du CESEDA

[26] V. en ce sens CE, 30-07-2003, *SF OIP*, n° 253973, B

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

étanches, le décret attaqué ne peut donc être lu comme autorisant subrepticement un recueil d'informations qui irait au-delà de ce que les textes prévoient.

En quatrième lieu, les associations font grief au décret de ne pas prévoir explicitement que le refus de l'étranger de se plier à cette procédure reste sans conséquence sur l'évaluation de sa minorité. Il est vrai que le texte se borne à prévoir que le préfet informe le président du conseil départemental chargé de l'évaluation du refus de l'intéressé. Mais cette rédaction nous semble ménager un équilibre légal. En effet, il est évident et, à nos yeux, logique que le refus de l'intéressé puisse être pris en compte comme **un élément du faisceau d'indices** au moment d'évaluer sa minorité. Il n'est à cet égard pas irréaliste de penser qu'un tel refus, au-delà d'une peur des autorités souvent compréhensible au regard du parcours de ces jeunes, prend racine dans le fait que les fichiers consultés tendraient à corroborer leur majorité. Pour autant, et vous pourriez ici l'affirmer en prolongeant au niveau du décret l'analyse du Conseil constitutionnel, ce seul refus ne saurait permettre de conclure automatiquement à la majorité de l'intéressé : le conseil départemental doit quand même procéder à un examen circonstancié de sa situation, pour voir si les autres éléments apportés contrebalancent ce signal négatif. En cheminant sur cette ligne de crête, vous transposeriez à l'entretien en préfecture l'approche qui prévaut s'agissant du refus de subir des tests osseux, que le Conseil constitutionnel[27] comme vous-mêmes[28] avez déjà eu l'occasion de valider.

En cinquième lieu, la requête reproche au décret de prévoir que le président du conseil départemental **informe le préfet** une fois qu'il a évalué la minorité du jeune. En substance, les associations partent de l'idée que la transmission de cette information va amener la préfecture à regarder l'intéressé comme un majeur en situation irrégulière, ce qui la conduira ensuite à prendre à son encontre une mesure d'éloignement. Or, elles font valoir que cette décision départementale est souvent contestée devant le juge des enfants, **qui l'infirme dans la moitié des cas**. Elles en déduisent que ce mécanisme va faciliter l'éloignement de jeunes qui sont en réalité mineurs, au mépris de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit au recours effectif.

Cette argumentation n'est, en pratique, pas sans fondement. Il est vrai que le signalement des jeunes déclarés majeurs renforce la probabilité qu'ils soient ensuite ciblés par une mesure d'éloignement[29]. Toutefois, en droit, l'argumentation des requérants repose sur le postulat selon lequel la personne se présentant comme mineure bénéficierait d'une sorte de **présomption de minorité** tant qu'elle n'a pas été reconnue majeure par un juge. Or, une telle prémisse nous semble excessive. Cette présomption ne découle pas de la jurisprudence

[27] V. décision n° 2018-768 QPC du 21-03-2019
[28] V. en ce sens JRCE, 16-10-2017, *Département de Meurthe-et-Moselle*, n° 414872, C
[29] Ce point est d'ailleurs assumé au 5° de l'art. R. 221-15-8 du CASF

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

constitutionnelle, qui se borne à exiger que des mineurs ne soient pas indûment considérés comme majeurs. Elle ne découle pas non plus de la jurisprudence de la CEDH, qui juge seulement que la situation d'extrême vulnérabilité induite par la minorité prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal[30]. Elle ne découle pas davantage de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[31], dont l'article 3-1 prévoit uniquement que l'intérêt de l'enfant constitue une « considération primordiale »[32] et dont l'article 20-1 se contente, nous l'avons dit, d'exiger pour les enfants isolés une « protection et une aide spéciales ». Dans ces conditions, il nous semble qu'une fois déclaré majeur par le département, l'intéressé peut effectivement être regardé comme tel par la préfecture – ce qui, le cas échéant, peut justifier son éloignement. Pour autant, et c'est un point important, l'étranger concerné pourra toujours, dans le cadre de son recours suspensif contre la mesure d'éloignement, faire valoir qu'il est en réalité mineur. C'est alors au juge administratif qu'il appartiendra d'apprécier le bien-fondé de cette argumentation, le cas échéant en posant une question préjudicielle à son homologue judiciaire ou en sursoyant à statuer dans l'attente de l'issue du recours pendant devant le juge des enfants. Autrement dit, la décision du président du conseil départemental ne constitue pas **une présomption irréfragable de majorité**. Par ailleurs, l'article R. 221-11 du CASF prévoit également que le département informe la préfecture en cas de recours du jeune devant le juge des enfants, en lui indiquant ensuite si ce dernier a prononcé un placement à l'ASE. La transmission de cette information supplémentaire conduira donc le plus souvent les préfectures à s'abstenir d'agir dans l'attente de la décision du juge judiciaire, ce qui atténue en pratique le risque invoqué par la requête. **Au total, si vous nous suivez, vous validerez donc la procédure d'évaluation mise en place par le décret attaqué.**

2/ La requête dirige alors ses flèches contre le fichier AEM instauré par ce même décret. Là encore, l'argumentation est foisonnante et, outre l'intérêt supérieur de l'enfant, sont ici invoqués le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données. La critique peut être structurée en 6 points.

En premier lieu, les associations se situent **sur un terrain de principe** et soutiennent que les finalités tenant à la protection de l'enfance et à la lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers sont antithétiques, de sorte qu'un même fichier ne peut poursuivre ces deux finalités. Mais

[30]Ce qui implique un accueil provisoire d'urgence tant que sa minorité est évaluée par les autorités administratives (CEDH, 28-02-2019, *Khan c. France*, n° 12267/16). Symptomatiquement, vous jugez d'ailleurs que cette obligation de prise en charge ne s'étend pas pendant l'instance devant le juge des enfants (JRCE, 13-03-2019, *Département de Maine-et-Loire*, n° 427708, C)

[31] En ce sens, on relèvera également que par une décision *Mme E...* (CE, 27-06-2008, n° 291561, A), vous avez jugé que l'article 12 de cette convention, s'il impose que l'enfant puisse être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, n'impose pas à l'autorité concernée de suivre l'avis exprimé par l'enfant.

[32] Sur l'effet direct de ces stipulations, v. CE, 22-09-1997, *Mlle C...*, n° 161364, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

cette double finalité a été prévue par la loi elle-même, et le Conseil constitutionnel n'a pas trouvé à y redire dans sa décision du 26 juillet dernier (§ 8). Par ailleurs, les exigences conventionnelles ne nous semblent pas davantage faire obstacle à cette double finalité.

En deuxième lieu, la requête critique spécifiquement **la consultation du fichier VISABIO**. Les associations mettent en avant, en écho d'ailleurs aux observations de la CNIL[33], le manque de fiabilité de cette base en faisant valoir que les intéressés pourraient être associés aux faux documents d'identité qu'ils ont autrefois utilisés pour former des demandes de visa. Autrement dit, la consultation de VISABIO risque donc de conduire à **opposer à des vrais mineurs leurs anciens faux-papiers jadis destinés à les faire passer pour des majeurs**. Cette crainte ne saurait à nos yeux être écartée d'un revers de main au motif que nul ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes ; votre jurisprudence n'est d'ailleurs pas en ce sens puisque vous vous attachez à tirer des conséquences nuancées, sur le droit au séjour d'un étranger, d'un jugement pénal relevant qu'il a fait usage de faux documents administratifs[34]. Surtout, l'intérêt supérieur de l'enfant ferait selon nous obstacle à ce que l'application mécanique de cet adage conduise à denier à un mineur la protection spécifique à laquelle il peut prétendre. Pour autant, le fait d'avoir prévu cette consultation ne nous paraît pas illégal. D'une part, contrairement à ce qui est soutenu, la base VISABIO n'est pas structurellement faillible[35] : elle l'est dans la seule mesure des fausses déclarations qui l'ont alimentée[36]. C'est d'ailleurs ce qui explique que les juges, tant judiciaires[37] qu'administratifs[38], acceptent d'en tenir compte. D'autre part, nous l'avons déjà rappelé, les seules informations issues des deux bases consultées ne suffisent pas à elles-seules pour l'évaluation de la minorité – en conséquence, le fait d'être renvoyé via VISABIO à un passé frauduleux pourra être pallié par un récit convaincant ou des vérifications d'autre nature.

En troisième lieu, les associations dénoncent le transfert des données des personnes reconnues majeures **du fichier AEM vers le fichier AGDREF2**. Tout d'abord, à leurs yeux, un tel transfert est dépourvu de base légale. Cette interprétation nous paraît toutefois contestable : la lettre relativement large de la loi n'y fait pas obstacle lorsqu'elle évoque la finalité de « lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers » et des travaux préparatoires ressort clairement l'intention qu'une personne qui ne serait pas reconnue majeure « *passe dans le droit commun*

[33] « *Une attention particulière devra être portée aux conséquences d'une concordance avec le traitement VISABIO, compte tenu des enjeux spécifiques de fiabilité de certaines des données qui y sont enregistrées et notamment celles des empreintes digitales des mineurs ou des documents d'état civil.* »
[34] CE, 17-10-2014, *M. M-A...*, n° 365325, B
[35] Il y a à nos yeux ici un *a fortiori* par rapport aux tests osseux, qui comportent intrinsèquement une marge d'erreur
[36] Rappelons du reste que les actes d'état civil étrangers bénéficient aussi d'une présomption de validité en application de l'art. 47 du Code civil
[37] Cass. Civ. 1ère, 22-11-2018, n° 18-23.072, inédite au bulletin ; 07-03-2019, n° 18-23376, inédite au bulletin.
[38] CE, 28-06-2018, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur c/ M. Sylla*, n° 403431, C

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des étrangers, et relève de l'AGDREF »[39]. Du reste, et en tout état de cause, un tel transfert ne requérait pas un ancrage législatif propre[40]. La requête critique ensuite l'imprécision de la notion de « personnes reconnues majeures » en invoquant à nouveau une prétendue présomption de minorité. Cette critique ne vous arrêtera pas donc si vous nous avez suivis précédemment.

En quatrième lieu, est contesté le fait que le fichier vise, selon les termes mêmes du décret, à « *identifier, à partir de leurs empreintes digitales, les personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et* ***ainsi de lutter contre la fraude documentaire et la fraude à l'identité*** ». Les requérants soutiennent que cet objectif répressif de lutte contre les fraudes documentaires et à l'identité est dépourvu de base légale car il caractérise une finalité pénale distincte des deux finalités identifiées par la loi. A la lumière de cette finalité, ils critiquent alors le fait que le procureur de la République territorialement compétent puisse être destinataire des données contenues dans le fichier AEM. Pour répondre à cette argumentation, il nous faut dérouler un raisonnement en trois temps.

Premièrement, précisons que le débat sur cette finalité est sans incidence sur le cadre européen applicable, à savoir RGPD ou directive police/justice. En effet, ainsi que le juge votre décision d'Assemblée *Association des américains accidentels*[41], le texte applicable doit être déterminé au regard de la **finalité première** du traitement en cause. Or, il ne fait à nos yeux aucun doute que le fichier AEM est avant tout destiné à identifier les mineurs non accompagnés et à éviter la multiplication des demandes, de sorte qu'il relève bien du RGPD. Aussi, le fait que la directive police/justice ne soit pas visée et qu'elle n'ait pas été évoquée par la CNIL dans son avis ne signifient pas, contrairement à ce qui est soutenu, que le fichier ne pourrait avoir une finalité pénale subsidiaire.

Deuxièmement, il nous semble que la finalité répressive en cause pourrait, sans effort excessif, **être rattachée à la finalité prévue par la loi** de « *lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers* ». Après tout, les fraudes documentaires et à l'identité sont bien un moyen au service d'une fin qu'est l'entrée irrégulière sur le territoire.

Pour autant, et c'est notre troisième point, nous sommes réticents à consacrer **une telle finalité pénale subsidiaire.** Celle-ci accréditerait l'argumentation des requérants quant à la confusion des genres entretenue par ce fichier, qui aurait *in fine* pour effet de dissuader les jeunes de solliciter la protection de l'ASE. En particulier, il nous semblerait très délicat de

[39] Intervention de Mme F... (Compte rendu des débats – 3e séance du jeudi 26 juillet 2018).
[40] Cf. art. 27 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version alors applicable
[41] CE, Assemblée, 19-07-2019, n°s 414780, 424216, 424217, A

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

concevoir que le fichier AEM permette d'engager des poursuites pénales contre des jeunes reconnus mineurs à raison de documents d'identité qu'ils ont un jour pu utiliser.

C'est pourquoi, nous vous proposons d'assumer une lecture plus restrictive du texte au travers de deux **réserves d'interprétation** déjà esquissées par votre juge des référés dans son ordonnance. D'une part, vous pourriez juger que la finalité subsidiaire litigieuse est en réalité une finalité préventive : en quelque sorte, cette finalité ne ferait qu'expliciter l'idée que le fichier AEM, en rendant l'évaluation plus efficace et rationnelle, va dissuader les majeurs de frauder dans le but de bénéficier de la protection due aux mineurs. D'autre part, vous pourriez préciser – en écho à la manière dont la CNIL a compris ce décret – que la communication des données au procureur de la République n'est possible qu'en raison des missions qui lui incombent en matière de protection des mineurs en danger, étant entendu qu'une telle interprétation restrictive ne ferait pas obstacle à ce que le procureur puisse par ailleurs obtenir ces données dans le cadre de ses pouvoirs d'enquête[42]. Avec ces deux réserves, la légalité du décret sur le point contesté ne nous semble faire aucun doute.

En cinquième lieu, les associations dénoncent, au regard de l'article 12 du RGPD, l'absence de garanties suffisantes concernant l'information des intéressés avant que leurs données ne soient collectées. Cette critique nous semble infondée. **S'agissant du vecteur de l'information, d'abord**, l'article R. 221-15-8 du CASF prévoit, en reprenant une terminologie éprouvée[43], une information par un formulaire rédigé dans une langue dont il raisonnable de supposer que la personne la comprend[44] ou, à défaut, une information par oral. **S'agissant du contenu de l'information, ensuite**, le décret prévoit que l'intéressé est informé des données collectées, de leur possible transfert vers la base AGDREF2 et des conséquences qui s'attacheraient à son refus de collaborer – ce qui soit dit en passant révèle bien que cette collecte n'est pas obligatoire. Par ailleurs, aucun texte ne requiert à notre connaissance de délai entre l'information de l'intéressé et le recueil de ses données pour lui permettre d'y réfléchir à tête reposée. **S'agissant du consentement, enfin**, il n'est pas requis dès lors que les données sont collectées pour l'exécution d'une mission de service public[45] ainsi que vous l'avait déjà expliqué C. Touboul dans ses conclusions sur la QPC.

En sixième et dernier lieu, les requérants reprochent au décret de ne pas indiquer l'autorité auprès de laquelle les jeunes évalués majeurs, dont les données ont donc été transférées vers AGDREF2, peuvent exercer **leurs droits d'accès et de rectification**. Il est vrai

[42] Cf. art. 60-1 (enquête de flagrance) et 77-1-1 du CPP (enquête préliminaire)
[43] C'est notamment la rédaction retenue par l'article 25 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale
[44] Le formulaire ayant été traduit en 26 langues
[45] 3° de l'art. 7 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version alors applicable

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

qu'AGDREF2 indique seulement cette autorité dans les cas où la personne a été enregistrée à l'occasion de la délivrance d'un titre ou dans le cadre d'un dossier d'éloignement. Il nous paraît toutefois possible de combler ce silence à la lumière de ce que prévoit le décret attaqué pour les personnes enregistrées dans le fichier AEM en indiquant qu'elles doivent s'adresser au préfet de département (II de l'art. R. 221-15-9 du CASF). Vous pourriez ainsi juger que cette autorité reste le point de contact lorsque les données initialement enregistrées dans le fichier AEM basculent dans AGDREF2, ce qui vous permettrait d'écarter le moyen[46].

Et par ces motifs nous concluons à l'admission de l'intervention, au rejet de la requête présentée par le Conseil national des barreaux, à l'annulation de l'article 6 du décret attaqué et au rejet du surplus de la requête de l'UNICEF France et autres, y compris les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative dès lors que l'Etat n'est pas la partie perdante pour l'essentiel dans la présente instance.

[46]Si vous ne nous suiviez pas dans ce pontage expédient, le silence du décret sur ce point ne serait pas pour autant illégal (Etant ici précisé que le moyen n'est pas soulevé à l'égard de l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978, qui prévoit que « *les actes autorisant la création d'un traitement en application des articles 26 et 27 précisent : (...) 2° Le service auprès duquel s'exerce le droit d'accès (...)* ») : en application des articles 15, 16 et 18 du RGPD, il signifierait simplement que la demande doit être introduite auprès du responsable de traitement, c'est-à-dire, s'agissant d'AGDREF2, le ministre chargé de l'immigration (art. R. 611-1 CESEDA).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.