

Paris, le 26 février 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-065

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier ses articles 3, 8 et 13 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, en particulier ses articles 3, 16 et 20 ;

Vu l'Observation générale N° 6 du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/ 2005/6) (2005) ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code civil ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Saisi le 11 février 2019 par l'UNICEF, qui a déféré le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) au juge des référés du Conseil d'Etat, en vue d'obtenir la suspension de son exécution, et ce, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la légalité de ce même décret faisant l'objet d'un recours introduit au fond ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le juge des référés du Conseil d'Etat conformément à l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

Jacques TOUBON

<p align="center">Observations devant le juge des référés du Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011</p>
--

Rappel des faits

Le Défenseur des droits a été saisi le 11 février 2019, par l'Unicef qui a déféré le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) au juge des référés du Conseil d'Etat, en vue d'obtenir la suspension de son exécution, et ce, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la légalité de ce même décret faisant l'objet d'un recours introduit au fond.

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, insère après l'article L. 611-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, un article L. 611-6-1 ainsi rédigé :

« Afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Le traitement de données ne comporte pas de dispositif de reconnaissance faciale à partir de la photographie.

« Les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure. La conservation des données des personnes reconnues mineures est limitée à la durée strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle.

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis publié et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise la durée de conservation des données enregistrées et les conditions de leur mise à jour, les catégories de personnes pouvant y accéder ou en être destinataires ainsi que les modalités d'exercice des droits des personnes concernées. »

Un projet de décret a été transmis pour avis au conseil national de la protection de l'enfance (CNPE) et à la commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Le décret n° 2019-57 relatif aux modalités d'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, autorise la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes. Il a été publié le 31 janvier 2019.

Ce décret modifie, à l'article 1er, la procédure d'évaluation de la situation des personnes se déclarant mineures non accompagnées et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

En son article 2, le décret amende le code de l'action sociale et des familles pour autoriser, aux articles R.221-15 et suivants, la mise en œuvre du traitement de données relatives aux personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille par le ministre de l'intérieur (article R.221-15-1), en préciser le contenu (article R.221-15-2) et identifier les personnes pouvant y accéder (article R.221-15-3).

En son article trois, il amende le code de l'entrée et du séjour des étrangers pour y intégrer aux articles R.611-1 et suivants des dispositions sur la détermination et la vérification de l'identité d'un étranger qui se déclare mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille.

Discussion

L'article L.521-1 du code de justice administrative prévoit :

« Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ».

Au vu de ces dispositions, un recours en référé suspension doit répondre à deux conditions pour être recevable : l'urgence et un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, en l'espèce le décret du 30 janvier 2019.

1. Sur l'urgence

En droit, l'urgence justifie la suspension d'un acte administratif lorsque l'exécution de celui-ci porte atteinte, de manière suffisamment grave et immédiate, à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre.

La condition d'urgence, qui s'apprécie objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce, est ainsi remplie lorsque les effets de l'acte litigieux sont de nature à caractériser une urgence objective et globale, justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue¹.

Le décret est entré en vigueur le 1^{er} février 2019. Il est d'ores et déjà mis en application dans quatre départements, le Bas-Rhin, l'Indre-et-Loire, l'Essonne et l'Isère. La généralisation de son application sur l'ensemble du territoire métropolitain est prévue pour le mois de mars, ou le début du mois d'avril, au plus tard.

Les dispositions du décret sont donc effectives pour les personnes qui se déclarent mineures auprès de quatre conseils départementaux, leurs empreintes ayant d'ores et déjà été relevées, ainsi que l'ensemble des données relatives à leur identité déclarée.

Le Conseil d'Etat a déjà estimé que l'urgence à suspendre une décision en référé est caractérisée lorsque celle-ci implique la collecte et l'utilisation de données personnelles par les autorités administratives ainsi que leur transmission à des tiers sans assortir ces opérations de garanties suffisantes².

Par ailleurs, le Défenseur des droits rappelle que pour apprécier l'urgence, le juge des référés tient compte de la situation particulière des requérants ou, plus largement encore, des personnes susceptibles d'être affectées par la mesure.

En l'espèce, le décret en cause concerne au premier chef les mineurs non accompagnés qui font partie de « *la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* »³ et doivent ainsi

¹ Conseil d'Etat – Sect - 28 février 2001 - Préfet des Alpes-Maritimes (n° 229562)

² Conseil d'Etat – 13 mai 2015 - Association de défense et d'assistance juridique des intérêts des supporters et autres (n° 389816,389861,389866,389899)

³ CEDH.- Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique - 12 octobre 2006

bénéficiaire de garanties renforcées contre toute atteinte à leurs droits ou à leurs libertés fondamentales.

L'article 2 du décret qui prévoit la création du fichier « AEM » dont la finalité est « *de mieux garantir la protection de l'enfance et lutter contre l'entrée et le séjour irrégulier des étrangers en France* » organise le transfert systématique de l'ensemble des données personnelles, qui sont toutes des données sensibles, des personnes évaluées majeures du fichier « AEM » vers le fichier AGDREF⁴.

Cet article prévoit en effet que, sur la base d'une décision administrative de non-reconnaissance de minorité d'un conseil départemental, décision provisoire, susceptible d'être remise en cause par l'autorité judiciaire, les données personnelles d'une personne évaluée majeure sont automatiquement transférées dans le traitement automatisé de gestion administrative des étrangers AGDREF2. Les finalités de ce dernier sont larges : de la gestion des dossiers des ressortissants étrangers par les préfetures, à la fabrication des titres de séjour, mais également à la gestion des mesures d'éloignement.

Or, le Défenseur des droits rappelle que la décision administrative du conseil départemental concluant à la majorité de la personne évaluée, comme la décision de non-lieu à assistance éducative du parquet, ne sont pas des décisions définitives. En effet, la personne peut exercer un recours, comme l'a d'ailleurs confirmé le Conseil d'Etat⁵, en saisissant le juge des enfants, puis le cas échéant faire appel de la décision de ce dernier devant la cour d'appel. Or, la notion de fin d'évaluation prise en compte par le décret renvoie à la date de la décision du président du conseil départemental.

Si le décret mentionne qu'en cas de saisine de l'autorité judiciaire par une personne évaluée majeure, le préfet doit en être informé par le président du conseil départemental dès connaissance de celle-ci, il reste cependant silencieux sur les conséquences qui doivent en être tirées par le préfet.

Par voie de conséquence, ces personnes, alors même que leur minorité pourrait être confirmée par une décision juridictionnelle ultérieure du juge des enfants, du juge des tutelles ou encore de la cour d'appel, pourraient, dans l'attente de telles décisions, se voir délivrer des obligations de quitter le territoire et être placées en centre de rétention administrative dans l'attente de leur reconduite dans leur pays d'origine.

Il ressort ce qui précède que les conséquences de l'application des dispositions du décret sont immédiates et particulièrement graves pour les personnes concernées. Elles sont par conséquent constitutives de l'urgence au sens où l'entend le Conseil d'Etat pour justifier la suspension du décret.

2. Sur le doute sérieux quant à la légalité du décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019

L'article 3 § 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant pose l'exigence suivante : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une*

⁴ Le décret indique en effet : « Lorsque la personne mentionnée au 1° de l'article R.221-15-1 est de nationalité étrangère et qu'elle a été évaluée majeure à l'issue de la procédure prévue par l'article L.221-2-2, les agents mentionnés au 1° du I de l'article R. 221-15-3 ouvrent dans le traitement mentionné à l'article R. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un dossier qui permet le transfert des données de la personne concernée qui figurent dans le traitement mentionné à l'article R. 221-15-1 vers celui mentionné à l'article R. 611-1 précité. »

⁵ Conseil d'Etat – 1^{er} juillet 2015 – n° 386769

considération primordiale ». Dans l'arrêt *Cinar* du 22 septembre 1997, le Conseil d'Etat a jugé cette disposition comme étant d'effet direct.

Or, il ressort de l'analyse ci-dessous que les dispositions du décret ne poursuivent aucunement l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, elles portent une atteinte disproportionnée aux droits de l'enfant : le droit à la protection de l'Etat tel que garanti par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 20 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le droit au respect de la vie privée protégé par les articles 8 et 16 de ces mêmes conventions, le droit d'exercer un recours au titre de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sous couvert de poursuivre l'objectif légitime de « mieux garantir la protection de l'enfance », les dispositions du décret, qui créent le fichier AEM et organisent le transfert de ses données vers le fichier AGDREF2, semblent davantage concerner la gestion des flux migratoires, la lutte contre le nomadisme administratif et la fraude documentaire, au mépris de l'intérêt supérieur des enfants.

a. Sur l'atteinte à la présomption de minorité et au droit des mineurs de recevoir une protection adaptée à leur situation

Le Défenseur des droits rappelle qu'à plusieurs reprises, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies⁶ a appelé les Etats (et la France) à considérer les mineurs non accompagnés comme des enfants en leur reconnaissant le bénéfice de la présomption de minorité (observation générale n°6)⁷. Ainsi, selon ce Comité : « *S'il existe des motifs de supposer qu'une personne dont l'âge est inconnu est un enfant, ou si une personne déclare être un enfant, cette personne doit se voir accorder le bénéfice du doute et doit être présumée être un enfant* », et ce jusqu'à la fin de la procédure de détermination de l'âge.

L'article 375 du code civil prévoit que « *si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel* ».

L'article L.223-2 alinéa 2 du CASF indique que « *en cas d'urgence et lorsque le représentant légal du mineur est dans l'impossibilité de donner son accord, l'enfant est recueilli provisoirement par le service qui en avise immédiatement le procureur de la République* ».

L'article R.221-11 du même code prévoit les conditions du recueil provisoire des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

Cet article précise que « *au cours de la période d'accueil provisoire d'urgence, le président du conseil départemental procède aux investigations nécessaires en vue d'évaluer la situation de cette personne au regard notamment de ses déclarations sur son identité, son âge, sa famille d'origine, sa nationalité et son état d'isolement* ».

⁶ Voir Comité des droits de l'enfant des Nations-Unies - Observation générale n° 6 (2005) - Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine - CRC/GC/2005/6 – 1^{er} septembre 2005

⁷ Observation générale n° 6 du comité des droits de l'enfant des Nations Unies sur le traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine (CRC/GC/ 2005/6) (2005).

L'article 1^{er} du décret litigieux modifie ces dispositions.

Ainsi, dans le cadre de cette première mesure de protection de l'enfance qu'est l'accueil provisoire d'urgence au cours duquel les vulnérabilités de tout enfant en danger sont évaluées, les services préfectoraux peuvent, pour les mineurs non accompagnés, du seul fait de leur nationalité étrangère, intervenir au-delà de la question de l'analyse documentaire.

Cette disposition prévoit en effet que la personne sollicitant une protection au titre de l'enfance en danger et se présentant comme mineure privée temporairement ou définitivement de la protection de sa famille, communique aux agents habilités des préfectures toute information utile à son identification et au renseignement du nouveau fichier « Appui à l'évaluation de la minorité » (AEM). Le préfet communique par la suite au président du conseil départemental les informations permettant d'aider à la détermination de l'identité et de la situation de la personne.

Le Défenseur des droits considère que la procédure mise en place ne relève plus de l'évaluation de vulnérabilité, dont la minorité et l'isolement font partie, mais bel et bien d'une « identification », d'un contrôle d'identité en dehors du cadre protecteur de l'article 78-3 du code de procédure pénale.

En outre, le transfert automatisé des données d'un individu évalué majeur du fichier AEM vers le fichier AGDREF2 va manifestement à l'encontre de la présomption de minorité dont celui-ci doit bénéficier durant l'ensemble de la procédure d'évaluation, laquelle doit s'achever lorsque les voies de recours disponibles permettant de contester la décision d'évaluation ont été exercées et qu'une décision définitive a été rendue. Or, comme indiqué précédemment, il résulte de la Convention relative aux droits de l'enfant que l'Etat doit reconnaître aux mineurs non accompagnés le bénéfice de présomption de minorité, et ce jusqu'à la fin de la procédure de détermination de l'âge.

Par ailleurs, la mise en œuvre d'un tel décret présente le risque d'un traitement inégalitaire des mineurs non accompagnés sur le territoire. En effet, selon ses dispositions, la sollicitation des préfectures pour l'enregistrement de la personne à évaluer dans le fichier AEM est une simple faculté. Ainsi, les pratiques départementales varieront sur l'ensemble du territoire et conduiront potentiellement à accroître le traitement inégalitaire des personnes se disant mineures non accompagnées selon le territoire dans lequel elles se feront connaître. Certains départements, comme la Seine-Saint-Denis, Paris et la Haute Garonne, ont d'ailleurs fait part de leur refus de recourir à cette procédure : selon la maire de Paris et le président du conseil départemental de Seine-Saint-Denis, le dispositif prévu par le décret « tend à amener les départements qui l'appliqueront à devenir des auxiliaires de la politique de contrôle des flux migratoires en alimentant, via le fichier AEM, le fichier AGDREF2 du ministère de l'intérieur ». Compte tenu de leur position, ces départements craignent que les personnes ne se dirigent systématiquement vers leur dispositif d'évaluation plutôt que vers des départements qui appliqueraient de façon systématique les dispositions du décret.

En outre, il est précisé que si l'intéressé, mineur, refuse de communiquer « *toute donnée utile à son identification* », le préfet en informera le président du conseil départemental. Il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences défavorables d'un tel refus de communication sur les conclusions de l'évaluation.

En effet, et par analogie, le Défenseur des droits constate dans de nombreux dossiers qui lui sont soumis que le refus des personnes se disant mineures non accompagnées de se prêter à des examens radiologiques d'âge osseux est généralement retenu comme un élément à charge, plaidant en faveur de la majorité.

A ce titre, la délibération du 27 novembre 2018 de la CNIL⁸ rappelle notamment que le refus de la personne concernée de se soumettre à la collecte de ses données, ne pourra emporter, à lui seul, « *sans examen circonstancié de la situation* », des conséquences négatives pour celle-ci. Toutefois, le décret reste silencieux sur les conséquences de cette décision de refus de la personne évaluée.

Le décret fait du relevé des empreintes de la personne se disant mineure, en vue de sa comparaison avec les fichiers AEM, VISABIO et AGDREF2 et, si la personne est inconnue, de l'enregistrement de ses données personnelles et biométriques dans le fichier AEM, la première étape de l'évaluation.

Le jeune exilé devra en premier lieu se manifester auprès du département, puisque ce sera à ce dernier de solliciter le préfet pour identification. Le Défenseur des droits est particulièrement inquiet des conséquences sur le terrain d'une telle procédure qui s'ajoute aux processus d'évaluation déjà à l'œuvre dans les départements. Outre l'effet dissuasif que peut avoir un passage en préfecture pour une prise d'empreintes sur des jeunes gens au parcours d'exil particulièrement difficile voire traumatique, cette procédure ne pourra qu'allonger les délais d'évaluation. En effet, les jeunes exilés demandant une protection sont actuellement bien souvent laissés à la rue sans mise à l'abri, au mépris des dispositions réglementaires existantes⁹, du fait du sous-dimensionnement des dispositifs et des délais importants, de plusieurs jours voire plusieurs semaines, imposés pour obtenir un rendez-vous en vue de leur entretien socio-éducatif d'évaluation.

Compte tenu de ce contexte, et alors que les guichets des préfectures au sein desquels des agents seront désignés¹⁰ pour mettre en œuvre cette collecte des données, sont saturés, il est peu probable que l'objectif de ce décret, « d'accélérer l'évaluation », puisse se réaliser, d'autant qu'il ne prévoit aucun délai pour encadrer cette procédure.

Le Défenseur des droits s'interroge également sur l'accompagnement prévu pour aider le mineur présumé à faire face à un entretien en préfecture, qui s'apparente à un entretien de police, eu égard aux informations collectées, au relevé d'empreintes réalisé ainsi qu'à la prise de photographie, dans la mesure où le décret reste silencieux sur ce point. L'absence de dispositions à cet égard pose là encore la question de la conformité du décret aux exigences de la Convention relative aux droits de l'enfant.

b. Le transfert automatisé des données du fichier AEM vers le fichier AGDREF2 : une entrave à l'exercice des recours à l'encontre des mesures d'évaluation et une atteinte à leur caractère effectif

L'article 2 du décret prévoit la création du fichier « AEM » dont la finalité est « *de mieux garantir la protection de l'enfance et lutter contre l'entrée et le séjour irrégulier des étrangers en France* ». Cet article introduit dans le CASF, l'article R. 221-15-1, qui indique :

« Le ministre de l'intérieur (direction générale des étrangers en France) de l'intérieur (direction générale des étrangers en France) est autorisé à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé " appui à l'évaluation de la minorité " (AEM), ayant pour finalités de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France et, à cet effet :

⁸ Délibération n° 2018-351 du 27 novembre 2018 portant avis sur un projet de décret modifiant les articles R. 221-11 et R. 221-12 du code de l'action sociale et des familles relatifs à l'évaluation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à ces personnes (demande d'avis n° 18021240)

⁹ Article R.221-11 du CASF

¹⁰ Voir article 2 du décret créant l'article R.221-15-3. I-1° du CASF

- « 1° D'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 ;
- « 2° De permettre une meilleure coordination des services de l'Etat et des services compétents en matière d'accueil et d'évaluation de la situation des personnes mentionnées au 1° ;
- « 3° D'améliorer la fiabilité de l'évaluation et d'en raccourcir les délais ;
- « 4° D'accélérer la prise en charge des personnes évaluées mineures ;
- « 5° De prévenir le détournement du dispositif de protection de l'enfance par des personnes majeures ou des personnes se présentant successivement dans plusieurs départements.

Cet article prévoit ensuite la création systématique d'un dossier permettant le transfert de l'ensemble des données personnelles, qui sont toutes des données sensibles, des personnes évaluées majeures, du fichier « AEM » vers le fichier AGDREF2, traitement national de gestion administrative des ressortissants étrangers en France, dont les finalités sont particulièrement larges.¹¹

Ainsi, comme indiqué *supra*, cet article prévoit que sur la base d'une décision administrative d'un conseil départemental susceptible d'être remise en cause par l'autorité judiciaire, les données personnelles d'une personne évaluée majeure soient automatiquement transférées au traitement automatisé de gestion administrative des étrangers AGDREF2. Or, les conséquences sont particulièrement graves pour les jeunes exilés soumis à cette procédure dans la mesure où le préfet pourra prendre à leur encontre une mesure d'éloignement assortie d'une mesure de placement en rétention.

Comme le décret ne mentionne pas les conséquences de l'information du préfet de la saisine de l'autorité judiciaire par une personne évaluée majeure et n'indique pas que cette saisine pourrait faire obstacle à une mesure d'éloignement, le transfert automatisé des données d'une personne évaluée majeure dans le fichier AGDREF2 pourrait entraver l'exercice d'un tel recours et porter atteinte à son effectivité au mépris des articles 13 et 3 de la Convention européenne.

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être disponible en droit comme en pratique, ce qui signifie que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat.¹²

En l'absence de garanties permettant de s'assurer que la personne évaluée majeure pourra exercer l'ensemble des recours disponibles contre la mesure d'évaluation, déterminante pour sa prise en charge au titre de la protection de l'enfance, et disposer d'une décision judiciaire définitive, de telles dispositions portent atteinte aux droits et à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à l'effectivité des recours protégés par les articles 13 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

c. Sur le caractère disproportionné des dispositions du décret par rapport aux buts poursuivis

Le décret mentionne que seule la notification au préfet par le département d'une éventuelle mesure d'assistance éducative permettra l'effacement des données contenues dans AGDREF2, sans évoquer les mesures de tutelle ou de délégation d'autorité parentale pouvant

¹¹ Le fichier AGDREF a pour finalité la gestion des dossiers des ressortissants étrangers par les préfetures, la fabrication des titres de séjour, mais également la gestion des mesures d'éloignement

¹² *De Souza Ribeiro c. France* [GC], no 22689/07, § 80, CEDH 2012.

être prononcées par le juge aux affaires familiales. Or, le prononcé d'une mesure de tutelle ou de délégation d'autorité parentale n'est pas prévue par le texte du décret comme conduisant à l'effacement des données du fichier AGDREF2 et faisant ainsi obstacle à une mesure d'éloignement.

Par ailleurs, le Défenseur des droits considère que ces données collectées dans le traitement AEM risqueraient d'être utilisées à des fins de poursuites pénales. En effet, le décret décline les finalités du traitement en précisant notamment qu'il a pour objectif de « lutter contre la fraude documentaire et la fraude à l'identité ».

Le décret prévoit que le procureur de la République territorialement compétent, peut être destinataire des données personnelles et informations contenues dans le traitement AEM - donc des résultats de l'évaluation - à raison de ses attributions et dans la limite du besoin d'en connaître.

Or, le Défenseur des droits rappelle que le traitement AEM ne poursuit pas de finalités répressives et n'a pas pour objet la recherche ou la constatation d'infractions. Il entend insister sur ce point en raison des poursuites systématiques engagées par certains parquets, qu'il a pu constater dans les dossiers dont il est saisi, souvent selon la procédure de comparution immédiate, à l'encontre de personnes évaluées majeures, et ce parfois plusieurs mois après leur prise en charge par l'aide sociale à l'enfance, à la suite d'un examen radiologique osseux.

Le Défenseur des droits considère que l'ensemble de ces dispositions ne peuvent qu'accroître la vulnérabilité des personnes se disant mineures non accompagnées, au regard des procédures qui pourraient leur être appliquées (poursuites pénales, refus de séjour, placement en rétention administrative...) alors même que des recours sont pendants sur la décision administrative de refus d'admission à la protection de l'enfance.

Le Défenseur des droits observe, par ailleurs, que l'efficacité de ce dispositif pour lutter contre le phénomène de « réévaluation » est bien loin d'être évidente. En effet, il constate dans de nombreuses situations qui lui sont soumises que même une décision judiciaire de placement à l'aide sociale à l'enfance d'un département, prise après évaluation réalisée par un autre département, n'empêche pas le département de procéder délibérément à une nouvelle évaluation. Le Défenseur des droits est régulièrement saisi de situations dans lesquelles les mineurs confiés par un parquet ou un juge des enfants, voient leur minorité remise en question par les départements de destination qui, contestant les premières évaluations, sollicitent un non-lieu à assistance éducative, la mainlevée du placement ou de la mesure de tutelle.

Or, la création d'un fichier biométrique, dont l'utilisation sera laissée à l'appréciation des départements, n'aura aucune incidence sur ces pratiques départementales qui entendent évincer les mineurs déjà reconnus comme tels par l'autorité judiciaire, de sorte que l'exigence de proportionnalité de la finalité d'un tel fichier avec l'atteinte à la vie privée qui en résulte ne paraît pas respectée.

Enfin, le Défenseur des droits s'inquiète de l'effet dissuasif de cette procédure sur certaines catégories de mineurs parmi les plus vulnérables, tels les mineurs en transit ou bien encore les mineurs inscrits dans la délinquance et souffrant de multiples addictions, dont l'approche et la mise en confiance afin de les amener vers les dispositifs de protection de l'enfance s'avèrent déjà extrêmement difficiles. Le Défenseur des droits a été amené à constater ce phénomène et à appeler l'attention des pouvoirs publics sur cette difficulté à de nombreuses reprises, notamment concernant la situation des mineurs à Calais¹³.

¹³ Voir rapport du Défenseur des droits - Exilés et droits fondamentaux, trois ans après le rapport Calais – décembre 2018

Le Défenseur des droits considère par conséquent que seule la finalité relative à la lutte contre l'entrée et le séjour irrégulier des étrangers en France est assurée par le décret, au mépris d'une meilleure garantie d'accès à la protection de l'enfance pour les mineurs non accompagnés.

d. Sur l'atteinte au droit à une information complète et loyale

L'article 7-1 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que :

« En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans.

Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur.

Le responsable de traitement rédige en des termes clairs et simples, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne »

La procédure mise en place par le décret ne prévoit aucune information, ni recueil du consentement des représentants légaux du mineur de moins de 15 ans qui se présenterait pour une évaluation de sa situation. Or, si cette information des représentants légaux du mineur et le recueil de leur consentement est, par hypothèse impossible, le mineur non accompagné étant privé par définition de la protection de sa famille, rien n'empêche que d'autres dispositions soient prévues. En effet, en l'absence de titulaire de l'autorité parentale, la loi permet au juge des enfants ou au juge aux affaires familiales de déléguer certains attributs de celle-ci au service de l'ASE. Le juge aux affaires familiales en sa qualité de juge des tutelles peut également ordonner l'ouverture d'une tutelle et la déléguer au président du conseil départemental. Aucune de ces alternatives n'est mentionnée dans le texte déféré. Le silence gardé par le décret sur cette autorisation des représentants légaux, pourtant obligatoire, jette un doute sérieux sur la légalité et la conventionalité de l'ensemble de ses dispositions.

Le décret prévoit en outre que préalablement à la collecte de ses données, la personne est informée par un *« formulaire dédié et rédigé dans une langue qu'elle comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'elle la comprend, ou à défaut sous toute autre forme orale appropriée »* de la nature des données enregistrées, de l'enregistrement de ses empreintes, du possible transfert de ses données personnelles vers AGDREF2, et du fait que si elle est évaluée majeure et si elle est étrangère, *« elle fera l'objet d'un examen de sa situation, et le cas échéant d'une mesure d'éloignement »*.

Le Défenseur des droits s'inquiète de la forme peu claire et laissée à l'appréciation des pouvoirs publics de cette information, alors même que les personnes concernées sont de fait en situation de particulière vulnérabilité. En effet, l'intervention d'un interprète n'est pas expressément prévue pour les jeunes gens qui ne maîtriseraient pas la langue française, ni la lecture, même dans leur langue d'origine.

En outre, la référence à une langue *« dont il est raisonnable de supposer qu'elle la comprend »* est une formulation ambiguë soumise à l'interprétation des agents administratifs chargés de la collecte de données et instaurant des formes de subjectivité susceptibles d'être contraires

à l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoyant que les données sont collectées de manière loyale.

Même si cette formule est issue des directives européennes relatives aux demandeurs d'asile, le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion d'en critiquer l'application, lors de l'examen de la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, critique d'autant plus aigüe dans le cas présent puisqu'elles s'appliquent à des mineurs et des jeunes gens en situation de particulière vulnérabilité.

Par ailleurs, il n'est à aucun moment prévu d'informations relatives à la possibilité pour la personne de déposer une demande de protection internationale au titre de l'asile, alors même que la procédure prévue par le décret emporte des conséquences graves sur le droit au séjour de la personne faisant l'objet d'une évaluation de minorité et d'isolement.

Compte tenu de la finalité du recueil de données visé à l'article R.221-15-1 du CASF, et des droits fondamentaux affectés par celui-ci, l'information des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille exhaustive et dans une langue qu'ils comprennent, n'est en l'espèce pas garantie par le texte du décret.

Par ailleurs, le décret ne précise ni la temporalité de cette information, ni l'autorité en charge d'y procéder alors même que cette information revêt un caractère fondamental.

e. Sur la consultation du fichier VISABIO

Le décret ouvre l'accès aux fichiers AGDREF2 et VISABIO dans le but d'aider à l'identification des personnes se déclarant mineures.

S'agissant de VISABIO, le décret ajoute une finalité à la consultation de ce fichier : « *faciliter la détermination et la vérification de l'identité d'un étranger qui se déclare mineur privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille* ».

Le fichier VISABIO sera donc désormais consultable dès la phase d'évaluation de minorité et d'isolement, et vient constituer un élément supplémentaire dans le faisceau d'indices de l'évaluation de la minorité. Or cette consultation n'est prévue ni par l'article 21 de la loi du 10 septembre 2018, ni par la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant régissant cette question, et n'entre pas dans le cadre de l'article 388 du code civil.

Rappelons que VISABIO est un traitement automatisé concernant l'enregistrement des empreintes des ressortissants étrangers sollicitant l'obtention d'un visa. Il a pour finalité initiale de permettre l'instruction des demandes de visa. Il vise aussi à garantir le droit au séjour des personnes en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France en prévenant les fraudes documentaires et fraudes à l'identité, ainsi que les usurpations d'identité. VISABIO est aussi la partie nationale du système biométrique VIS (Visa Information System) dont les modalités de mise en œuvre sont définies par un système européen.

Cette possibilité de consultation du fichier VISABIO, introduite en première lecture par le Sénat dans le cadre de l'examen du projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, avait été supprimée en seconde lecture par la commission des lois à la demande de la Rapporteuse du texte, qui a considéré que la consultation de ce fichier porterait atteinte aux droits fondamentaux des personnes si elle venait s'ajouter à la création du fichier, prévu par l'article 51 de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018.

Sur le fond, l'ajout de cette disposition n'apparaît ni opportun ni pertinent dans le cadre de l'évaluation de la minorité, les informations contenues dans le fichier VISABIO ne correspondant pas toujours à la réalité. En effet, le Défenseur des droits a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que les données contenues dans le fichier VISABIO doivent être écartées du faisceau d'indices concernant la minorité, dans la mesure où les données contenues dans ce fichier sont souvent le fruit d'une stratégie de franchissement de frontières pour les mineurs qui ne peuvent obtenir de visas qu'en ayant recours à des passeports d'emprunts ou falsifiés.

En effet, la complexité des parcours migratoires, particulièrement pour des personnes mineures qui ont le projet de sortir de leur pays d'origine pour se rendre dans un autre pays, l'insuffisance de voies migratoires sûres et légales, impliquent de recourir aux services de passeurs, lesquels fournissent aux mineurs de faux documents portant une date de naissance d'une personne majeure pour tenter d'obtenir des visas afin de rejoindre la France ou un autre pays.

Le Défenseur des droits rappelle, de surcroît, que les parcours migratoires spécifiques de traite des êtres humains peuvent conduire des personnes mineures à être sous l'emprise de réseaux organisant leur départ vers un pays européen pour différentes raisons (proxénétisme, traite dans le cadre du sport etc.), avec des identités de majeurs.

Par conséquent, le Défenseur des droits considère que les dispositions du décret autorisant la consultation du fichier VISABIO excèdent le champ d'application prévu par l'article 51 de la loi de 10 septembre 2018 et n'apparaissent pas pertinentes s'agissant de l'évaluation de la minorité et de l'isolement, ni même du contrôle de l'identité d'un mineur.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend formuler devant le juge des référés du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON