

Paris, le 20 septembre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-105

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 Conseil d'Etat, afin qu'il soit statué sur sa légalité ;

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

Jacques TOUBON

**Observations devant le Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 33 de la loi organique
n° 2011-333 du 29 mars 2011**

Rappel des faits

Le Défenseur des droits a été saisi le 11 février 2019, par l'Unicef qui a contesté la légalité du décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 (INTV1826125D) devant le Conseil d'Etat.

Une procédure en référé suspension avait été initiée devant le Conseil d'Etat. Le Défenseur des droits avait présenté ses observations lors de l'audience de référé du 26 mars 2019. Par une ordonnance du 3 avril 2019, le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté la requête de l'UNICEF.

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. »

Ces dispositions ont été jugées constitutionnelles par une décision du 26 juillet 2019, du Conseil constitutionnel, dans la mesure où elles n'ont « ni pour objet ni pour effet de modifier les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu et aux protections attachées à la qualité de mineur, notamment celles interdisant les mesures d'éloignement et permettant de contester devant un juge l'évaluation réalisée ». Le Conseil constitutionnel précise que « À cet égard, la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses empreintes ni de la seule constatation, par une autorité chargée d'évaluer son âge, qu'il est déjà enregistré dans le fichier en cause ou dans un autre fichier alimenté par les données de celui-ci ».

Le décret doit donc respecter scrupuleusement ces conditions pour être conforme à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

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 (CASF) 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 3, 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 3 § 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) 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 considération primordiale* ». Dans l'arrêt *Cinar* du 22 septembre 1997, le Conseil d'Etat a jugé cette disposition comme étant d'effet direct.

Le Conseil constitutionnel a reconnu dans sa décision du 21 mars 2019¹, que l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe à valeur constitutionnelle, qui impose s'agissant des mineurs non accompagnés, que « les règles relatives à la détermination de leur âge [soient] entourées des garanties nécessaires afin que les personnes mineures ne soient pas indument considérées comme majeures. ».

Dans sa décision du 26 juillet 2019, le Conseil constitutionnel précise que « À cet égard, la majorité d'un individu ne saurait être déduite ni de son refus opposé au recueil de ses empreintes ni de la seule constatation, par une autorité chargée d'évaluer son âge, qu'il est déjà enregistré dans le fichier en cause ou dans un autre fichier alimenté par les données de celui-ci ».

Or, le décret déféré n'entoure pas la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant des garanties nécessaires.

Il ressort, en effet, de l'analyse du Défenseur des droits que les dispositions du décret ne poursuivent aucunement la protection de 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 (CEDH) 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 des données des personnes évaluées majeures vers le fichier AGDREF2, traitement national de gestion

¹ Conseil Constitutionnel - Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019

administrative des ressortissants étrangers en France, dont les finalités sont particulièrement larges², semblent davantage organiser la gestion des flux migratoires, la lutte contre le nomadisme administratif et contre la fraude documentaire, au mépris de l'intérêt supérieur des enfants.

Comme l'a rappelé de façon extrêmement ferme la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 28 février 2019³, la protection de mineurs non accompagnés est une obligation absolue pour les Etats, du fait de leur condition de particulière vulnérabilité. Cette obligation de protection ne peut céder la place à des considérations tenant à la gestion des flux migratoires, et faire ainsi passer au second plan, l'intérêt supérieur des mineurs non accompagnés.

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

Le principe de présomption de minorité implique que soit respecté le droit des mineurs non accompagnés à bénéficier d'une protection adaptée durant l'ensemble des procédures relatives à la reconnaissance de leur minorité.

a) Sur l'existence d'une présomption de minorité

La présomption de minorité est garantie par la CIDE et rappelée par plusieurs instances. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant, autorité onusienne en charge de faire respecter cette convention, considère qu'« *un enfant devrait (...) avoir le droit au « bénéfice du doute » en cas de contestation de la véracité de son histoire, ainsi qu'à la possibilité de former un recours pour un réexamen officiel de la décision* ». Dans un rapport du Conseil de l'Europe sur les normes et garanties relatives aux procédures de détermination de l'âge, il est rappelé que « *[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* ».⁴

En droit français, seul le juge des enfants (puis la cour d'appel) est compétent pour confier durablement un enfant à un service d'aide sociale à l'enfance lorsque celui-ci est en danger ou en risque de danger. Il appartient donc à l'autorité judiciaire de déterminer, en même temps que l'existence d'un danger ou d'un risque de danger si la personne dont il est question est un enfant ou un adulte.

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 (...)* ».

L'article 375-3 permet au juge des enfants, si la protection de l'enfant l'exige, de confier celui-ci, « *3°- à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

² 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.

³ CEDH – Affaire Khan c. France – 28 février 2019 (requête n° 12267/16)

⁴ Conseil de l'Europe, Rapport, Détermination de l'âge : Politiques, procédures et pratiques des états membres du Conseil de l'Europe respectueuses des droits de l'enfant dans le contexte de la migration, 2017.

L'article 375-5 du code civil permet au procureur de la République, en cas d'urgence, de prendre une mesure similaire, « à charge pour ce dernier de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure ».

A ce titre le Conseil d'Etat reconnaît depuis sa décision du 1^{er} juillet 2015, que la seule faculté dont dispose le conseil départemental s'agissant de la protection d'un mineur est de choisir de saisir ou non, l'autorité judiciaire en vue d'un placement, et ce dans le délai de 5 jours fixé par le code de l'action sociale et des familles. Le Conseil d'Etat rappelle qu'en aucun cas, « le conseil départemental ne peut décider d'admettre le mineur à l'aide sociale à l'enfance sans que l'autorité judiciaire ne l'ait ordonné ».

Ainsi le Conseil d'Etat précise que « si le président du conseil général refuse de saisir l'autorité judiciaire, notamment lorsqu'il estime que le jeune a atteint la majorité, celui-ci peut saisir le juge des enfants en application de l'article 375 du code civil ; que l'existence de cette voie de recours, par laquelle un mineur peut obtenir du juge qu'il ordonne son admission à l'aide sociale à l'enfance, y compris à titre provisoire pendant l'instance, sans que son incapacité à agir en justice ne puisse lui être opposée, rend irrecevable le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif contre la décision du président du conseil général de refuser de saisir l'autorité judiciaire et la demande de suspension dont ce recours peut être assorti ».

Cette jurisprudence constante⁵ reconnaît donc une présomption de minorité qui s'attache à la personne se déclarant mineure non accompagnée dans la mesure ou selon le Conseil d'Etat, seul le juge des enfants peut se prononcer sur l'admission d'un mineur à l'aide sociale à l'enfance. Le Conseil d'Etat a ainsi tiré de cette présomption, la conclusion selon laquelle tout recours contre une décision administrative de refus d'admission à l'ASE présentée par un mineur était irrecevable devant le juge administratif, « du fait de son incapacité à agir en justice ».

La personne se déclarant mineure non accompagnée est par conséquent présumée telle jusqu'à ce que le juge des enfants se prononce, que le département l'ait évaluée, durant la période de recueil provisoire d'urgence, mineure ou majeure. A ce titre, cette personne bénéficiera lors de son recours juridictionnel devant le juge des enfants, ou de la procédure devant le juge aux affaires familiales en charge des tutelles mineurs, ou devant la cour d'appel, de l'ensemble des garanties prévues par l'article 388 du code civil, « afin que les personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures⁶ ». Le fait que le législateur n'ait pas fixé de délai à l'exercice de ce recours ne saurait invalider cette analyse, au risque de priver la personne évaluée majeure par un conseil départemental de droit à un recours effectif.

A cet égard, le principe selon lequel « le doute doit bénéficier à la qualité de mineur de l'intéressé » cité par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 mars 2019, posé par l'article 388 du code civil, tend à renforcer cette présomption de minorité, qui garantit en outre les mineurs « contre les mesures d'éloignement » et leur permet de « contester devant un juge l'évaluation réalisée »⁷.

C'est d'ailleurs en s'appuyant sur cette présomption de minorité que la Cour européenne des droits de l'homme a prononcé des mesures provisoires en faveur d'une jeune fille évaluée majeure par un département, à la rue et en attente d'une décision du juge des enfants. La Cour a ordonné à l'Etat français sa mise à l'abri et son hébergement, le temps de la décision du juge⁸.

⁵ Voir CE - 13 mars 2019 (n°427708)

⁶ Conseil Constitutionnel - Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019 – considérant n°6

⁷ Conseil Constitutionnel - Décision n° 2019-797 QPC du 26 juillet 2019 – considérant n°7

⁸ CEDH – Requête n° 14356/129 – mesures provisoires en date du 15/03/2019

b) Sur l'atteinte au droit à une protection adaptée, corollaire de la présomption de minorité

L'article 3-2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit que « *Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.* »

A ce titre, dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 28 février 2019 précité, a rappelé l'obligation de protection des mineurs non accompagnés pour les Etats, en indiquant que « *dans les affaires relatives à l'accueil d'étrangers mineurs, accompagnés ou non accompagnés, il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal.* » La Cour réaffirme que les mineurs étrangers non accompagnés en situation irrégulière relèvent de la « *catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* », et qu'il appartient aux Etats de les protéger et de les prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales.

En droit interne, le recueil provisoire d'urgence est prévu par l'article L.223-2 alinéa 2 du CASF qui 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* ». Cet article poursuit à l'alinéa 4 : « *Si, dans le cas prévu au deuxième alinéa du présent article, l'enfant n'a pas pu être remis à sa famille ou le représentant légal n'a pas pu ou a refusé de donner son accord dans un délai de cinq jours, le service saisit également l'autorité judiciaire en vue de l'application de l'article 375-5 du code civil* ».

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.

Dans son alinéa premier, cet article prévoit : « *Le président du conseil départemental du lieu où se trouve une personne se déclarant mineure et privée temporairement ou définitivement de la protection de sa famille met en place un accueil provisoire d'urgence d'une durée de cinq jours, à compter du premier jour de sa prise en charge, selon les conditions prévues aux deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 223-2* ».

Il précise à l'alinéa 2 qu'« *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* ».

L'article 1^{er} du décret litigieux modifie l'article R.221-11 du CASF pour faire du passage en préfecture un préalable à la procédure d'évaluation sans prévoir de garanties aux conditions de recueil et ne sont pas conformes aux exigences en matière d'accueil provisoire et de protection de l'enfant. Alors même qu'en l'état des textes, de nombreux conseils départementaux ne respectent pas cette obligation de recueil provisoire d'urgence, le décret attaqué vient complexifier la procédure d'évaluation sans jamais rappeler l'obligation de protection préalable qui s'attache à la personne du mineur en situation de particulière vulnérabilité. Ainsi, aucune temporalité n'est prévue quant à la présentation du mineur devant les services de la préfecture. Aucune disposition ne prévoit non plus l'articulation de cette présentation avec le recueil provisoire d'urgence.

Or, l'application actuelle du présent décret dans plusieurs départements démontre que les insuffisances du texte portent manifestement atteinte à l'intérêt supérieur des enfants et à leur droit de bénéficier d'une protection adaptée. Ainsi, la plupart de ces départements ne procèdent pas au recueil provisoire du mineur avant le relevé d'empreintes prévu par le décret, soit au moment de la présentation du mineur devant les services départementaux⁹. Dans l'Essonne, l'Isère, les Hauts-de-Seine, le Loiret, si le mineur doit d'abord se présenter aux services du conseil départemental, il se voit remettre une convocation en préfecture à laquelle il devra se rendre, seul le plus souvent. Il n'est pas procédé à son recueil provisoire d'urgence lors de sa première présentation devant les services de l'aide sociale à l'enfance. Pire encore, dans de nombreux départements, il ressort des informations transmises par les associations et les avocats, que, si le jeune s'oppose au relevé de ses données personnelles, il est mis un terme au processus d'évaluation de minorité et d'isolement¹⁰.

Ainsi, dans le cadre de cette première mesure de protection de l'enfance qu'est le recueil 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 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 organisé 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 ouvertes 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 entre les territoires et conduiront potentiellement à accroître le traitement inégalitaire des personnes se disant mineures non accompagnées selon le lieu où 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

⁹ Voir InfoMIE – « Note d'observations sur l'application du Décret n°2019-57 du 30 janvier 2019 » - Juillet 2019 (<https://www.infomie.net/spip.php?article4916>)

¹⁰ Voir note InfoMIE

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 se disant 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 CNIL¹¹ 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 existantes¹², 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 désignés¹³ 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.

¹¹ 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)

¹² Article R.221-11 du CASF

¹³ Voir article 2 du décret créant l'article R.221-15-3. I-1° du CASF

2. Sur l'entrave à l'exercice des recours à l'encontre des mesures d'évaluation et une atteinte à leur caractère effectif entraîné par le transfert automatisé des données du fichier AEM vers le fichier AGDREF2

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 :

« 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.

A ce titre, il est indiqué à l'article R.221-15-8 du CASF créé par le décret litigieux, que la personne est informée que « *Si elle est de nationalité étrangère et évaluée majeure, [qu'] elle fera l'objet d'un examen de sa situation et, le cas échéant, d'une mesure d'éloignement* ».

Ainsi, comme indiqué *supra*, cet article prévoit que sur la base d'une décision administrative d'un conseil départemental non définitive, susceptible d'être remise en cause par l'autorité judiciaire, les données personnelles d'une personne évaluée majeure seront automatiquement transférées dans le traitement automatisé de gestion administrative des étrangers AGDREF2. Or, les conséquences sont particulièrement importantes 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.

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 et suspendre tout examen de la situation de la personne au regard du droit au séjour.

A cet égard, les déclarations d'intention du ministère de l'intérieur figurant dans ses conclusions écrites et soutenues lors de l'audience en référé, selon lesquelles il serait « *peu probable* » qu'un préfet prenne une décision portant obligation de quitter le territoire français et placement en rétention administrative à l'encontre d'une personne qui aurait déposé une requête devant le juge des enfants, ne sauraient constituer une garantie suffisante quant à l'application du texte déféré.

En effet, le Défenseur des droits est déjà intervenu dans de nombreuses situations, afin de signaler aux préfets ayant délivré des mesures d'obligation de quitter le territoire français

assorties de placement en rétention, que les personnes concernées étaient mineures non accompagnées comme étant confiées à des départements par le juge des enfants ou même sous la tutelle de ces derniers. Dans d'autres situations, le Défenseur des droits est intervenu afin de souligner le caractère non effectif des évaluations menées par les départements et notamment lors d'antécédents détectés dans les fichiers VISABIO (voir *infra*). Il est récemment intervenu auprès du préfet du Nord, département qui applique le décret, afin de lui signaler qu'un mineur non accompagné placé en rétention à la suite de l'évacuation d'un squat, avait saisi le juge des enfants de sa situation.

En outre, la possibilité pour le juge administratif saisi en contestation d'une décision préfectorale d'obligation de quitter le territoire français assortie d'un placement en rétention administrative concernant une personne qui se prétend mineure, de surseoir à statuer et saisir l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle relative à la minorité, possibilité évoquée par le juge des référés du Conseil d'Etat dans son ordonnance du 3 avril 2019¹⁴, ne présente pas les garanties d'effectivité suffisantes eu égard aux enjeux de protection des droits de l'enfant. En effet, l'article R. 771-2° du code de justice administrative indique que « *lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction judiciaire, la juridiction administrative initialement saisie la transmet à la juridiction judiciaire compétente. Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle* ». Le juge administratif reste donc libre d'apprécier si la question de la minorité évoquée devant lui soulève une difficulté sérieuse ou non. Or, le Défenseur des droits relève au travers de ses saisines qu'il n'a jamais vu le juge administratif faire application de ces dispositions. En outre, il convient de relever que dans l'hypothèse où le juge administratif sursoit à statuer, la personne se prétendant mineure reste privée de liberté. Il existe par conséquent un risque de rétention abusive d'une personne dont la minorité serait finalement reconnue.

Dans la mesure où cette possibilité n'est pas expressément exclue par le décret, la protection des mineurs et de leur intérêt supérieur n'apparaît pas garantie, et le transfert automatisé des données d'une personne évaluée majeure par un département dans le fichier AGDREF2 pourrait entraver l'exercice des recours juridictionnels prévus et porter atteinte à leur effectivité au mépris des articles 13 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

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.¹⁵

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 l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et les articles 13 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

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

L'article 3 du décret prévoit que seule la notification au préfet par le département d'une mesure d'assistance éducative concernant un mineur évalué majeur par le département permettra l'effacement de ses données contenues dans AGDREF2, sans évoquer les mesures de tutelle

¹⁴ CE – 3 avril 2019 (n°428477 et 428831)

¹⁵ *De Souza Ribeiro c. France* [GC], no 22689/07, § 80, CEDH 2012.

ou de délégation d'autorité parentale pouvant être prononcées par le juge aux affaires familiales. Or, de telles mesures révèlent de la part de l'autorité judiciaire la confirmation de la minorité de la personne et devraient conduire à l'effacement des données de celle-ci dans AGDREF2 et faire obstacle à tout éloignement.

Par ailleurs, le Défenseur des droits considère que la collecte de ces données depuis le traitement AEM comporte le risque qu'elles soient 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* ».

L'article 2 du 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.

A ce titre, et bien que le ministère de l'intérieur l'ait contesté dans ses conclusions devant le juge des référés du Conseil d'Etat, le Défenseur des droits relève un risque, dans la rédaction du décret, de confusion entre évaluation de minorité et contrôle d'identité à finalité répressive. L'exemple récent d'un protocole conclu entre un département, la préfecture et le parquet, dans lequel sont étroitement mêlées procédure fixée par le décret, vérifications d'identité par les services de police et information du parquet en vue de poursuites pénales¹⁶, tend à l'illustrer.

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

Le Défenseur des droits observe, par ailleurs, que l'efficacité invoquée 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 ou dont la tutelle a été déferée au conseil départemental par un juge aux affaires familiales, 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.

¹⁶ Département des Vosges – protocole entre le Président du Conseil Départemental, le Procureur de la République et le Préfet des Vosges pour l'appui à l'évaluation de la situation des personnes se présentant comme MNA (version du 17 juin 2019)
voir : http://deliberations.vosges.fr/webdelib/files/unzip//seance_11419/156_d1561380603312.pdf et son annexe (le protocole)

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 Calais¹⁷. A cet égard, l'effet dissuasif, y compris sur des jeunes gens en demande de protection, de cette nouvelle procédure prévue par le décret s'avère nettement établi dans la plupart des départements qui l'appliquent.

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 effectivement assurée par le décret, au mépris d'une meilleure garantie d'accès à la protection de l'enfance pour les mineurs non accompagnés.

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

L'article 2 du décret prévoit que préalablement à la collecte de ces 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 légitime dans le cas présent qu'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.

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.

¹⁷ Voir rapport du Défenseur des droits - Exilés et droits fondamentaux, trois ans après le rapport Calais – décembre 2018

A cet égard, la notice d'information élaborée par la direction générale des étrangers en France n'est pas de nature à rassurer quant aux informations données aux mineurs. En effet, d'une part la notice mentionne (page 5) que lors du premier accueil en préfecture la personne devra « **obligatoirement**¹⁸ donner [ses] empreintes digitales et être photographiée », et qu'elle devra « **obligatoirement**¹⁹ communiquer à l'agent les informations » devant être enregistrées dans le fichier AEM, et d'autre part elle indique « Vous n'avez pas le droit de vous opposer à la collecte et à l'enregistrement des données listées ci-dessus », en flagrante contradiction avec les termes du décret.

En bas de page, en encadré, il est mentionné que si la personne s'oppose à la collecte des données, le conseil départemental en est informé et que « cet élément pourra être pris en considération dans l'évaluation de votre situation ».

Cette notice, qui a d'ailleurs été communiquée au Conseil d'Etat dans le cadre de l'action en référé suspension, est donc en flagrante opposition avec le droit des mineurs à s'opposer à la collecte de leurs empreintes et des données qui les concernent. Elle entraîne de fait une désinformation des mineurs concernés, et porte atteinte à leur droit à une information complète en ce qu'elle est particulièrement déloyale, et donc contraire à leur intérêt supérieur.

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 exhaustive et dans une langue qu'ils comprennent, due aux mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille n'est pas garantie par le texte du décret.

5. Sur la consultation du fichier VISABIO

L'article 3 du 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 même article 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 traitement automatisé de données à caractère personnel VISABIO, concerne 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 constitue en outre la partie nationale du système biométrique VIS (Visa Information System) dont les modalités de mise en œuvre sont définies par un système européen²⁰.

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.

¹⁸ En caractère gras dans le texte

¹⁹ idem

²⁰ Article R.611-8 du CESEDA

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 rapporteure 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'emprunt 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.

A ce titre, le Défenseur des droits a récemment pris une décision individuelle relative à un jeune congolais qui s'était présenté au commissariat de police afin de demander une protection en tant que mineur non accompagné. Ses empreintes ayant été retrouvées sur VISABIO avec une autre identité et une date de naissance majeure, il a été immédiatement placé en rétention administrative sous le coup d'une mesure d'éloignement. Ce jeune est parvenu à déposer une demande d'asile. Il a été reconnu réfugié par l'OFPRA, son identité et sa minorité ont été confirmées par l'Office²¹.

A cet égard, dans un courrier adressé au Défenseur des droits en mai 2018, l'OFPRA indiquait que selon lui le fait d'écarter la minorité sur la seule foi d'une enquête VISABIO n'était pas conforme aux modalités d'évaluation de la minorité prévues par la loi de 2016, précisant plus loin que ces enquêtes VISABIO ne s'imposaient pas à l'Office en matière de détermination de l'âge.

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 Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON

²¹ Décision du Défenseur des droits n°2019-067 du 15 mars 2019 (en annexe)

Annexe

- Décision du Défenseur des droits n°2019-067 du 15 mars 2019 relative aux conditions de prise en charge d'un mineur non accompagné, par le service de l'aide sociale à l'enfance du département de Y.