

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

QUESTION PRIORITAIRE
DE CONSTITUTIONNALITÉ

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, telles que créées par l'article 51 la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie – lesquelles prévoient que 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 – le législateur a, **d'une part**, méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit – en l'occurrence, l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée –, en ce que, d'abord, il s'est abstenu de définir la notion de « *personnes reconnues mineures* » conformément à la présomption de minorité qui découle de l'exigence constitutionnelle de protection des enfants ; ensuite, il n'a pas limité l'objet du traitement automatisé à la seule finalité de protection de l'enfance, n'a pas exclu l'utilisation des données aux fins de lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France et, en tout état de cause, n'a assorti cette utilisation d'aucune garantie légale ; en outre, il n'a pas davantage assorti l'expression du consentement du mineur à la collecte des données de garanties légales suffisantes et adéquates ; enfin, il n'a pas encadré les délais de conservation des données collectées par des garanties légales précises ; et, **d'autre part**, porté une atteinte injustifiée et disproportionnée à ces mêmes droits et libertés.

- POUR :
1. **UNICEF France**
 2. **La Convention nationale des associations de protection de l'enfance**

3. **Défense des enfants international - France**
4. **Médecins du Monde**
5. **Médecins sans frontières**
6. **Le Secours Catholique-Caritas France**
7. **La Fédération des Acteurs de la Solidarité**
8. **La Fondation de l'Armée du Salut**
9. **La Cimade**
10. **Le GISTI**
11. **La FASTI**
12. **La Ligue des droits de l'homme**
13. **Le Syndicat de la magistrature**
14. **Le Syndicat des avocats de France**
15. **L'UNIOPSS**
16. **La Fédération de l'Entraide Protestante**
17. **L'Association Nationale des Assistants de Service Social**
18. **L'Union syndicale Solidaires**
19. **L'Association des Avocats pour la Défense des Droits des Etrangers**

SCP SPINOSI & SUREAU

Question posée à l'appui de la requête n° 428.478

Sur l'applicabilité au litige

I. La présente question prioritaire de constitutionnalité tend à faire constater la non-conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »), telles que créées par l'article 51 la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, en ce qu'elles disposent :

« 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. »

II. Le litige à l'occasion duquel cette question a été soulevée procède du recours en annulation formé par les associations et syndicats requérants à l'encontre du décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 relatif aux modalités d'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.

Or, ce décret a été directement pris en application des dispositions litigieuses issues de l'article 51 la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée puisque son chapitre II a précisément pour objet d'autoriser « *la création d'un traitement de données à caractère personnel d'appui à l'évaluation de la minorité des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille (« AEM »)* ».

En outre, le chapitre 1^{er} relatif à la procédure d'évaluation de la situation des personnes se déclarant mineures et privées temporairement ou définitivement de la protection de leur famille, qui comprend l'article 1^{er} du décret, prévoit la possibilité d'une collecte, par les agents des préfectures et auprès du mineur, de « *toute information utile à son identification et au renseignement du traitement mentionné à l'article R. 221-15-1* ». Or, ce dernier texte est lui-même fondé sur l'article 51 de la loi du 10 septembre 2018.

Il est donc acquis que l'abrogation des dispositions contestées à l'occasion de la présente question prioritaire de constitutionnalité priverait de toute base légale ces dispositions réglementaires prévues par ce décret.

III. A tous égards, la condition de l'applicabilité au litige est donc parfaitement et indiscutablement remplie.

Sur l'absence de déclaration de constitutionnalité antérieure

IV. Les dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), telles que créées par l'article 51 la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Et ce, tant dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* au titre de l'article 61 de la Constitution que dans celui d'une décision prise sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution.

A cet égard, il convient de souligner que si le Conseil constitutionnel a bien été saisi de cette loi dans le cadre d'un contrôle *a priori*, l'article 51 n'a aucunement été examiné dans les motifs de cette décision et, par voie de conséquence, n'a pas davantage été déclaré conforme à la Constitution dans son dispositif (Cons. constit. Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018).

Partant, la condition d'absence de déclaration préalable de conformité est, elle aussi, parfaitement remplie.

Sur le caractère sérieux

V. Il en va de même pour la condition tirée du caractère sérieux de la question.

Et ce, à au moins deux titres.

Sur l'incompétence négative affectant le principe constitutionnel de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée

VI. En premier lieu, en édictant les dispositions litigieuses, le législateur a méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit.

VI-1 D'emblée, et en droit, il y a lieu de rappeler que le vice d'incompétence négative peut être utilement invoqué à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'« *est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (Cons. constit., Déc. n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010).

Autrement dit, peut être invoqué au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité le moyen tiré d'une délégation de prérogatives du législateur au pouvoir réglementaire, dès lors que, d'une part, cette délégation est irrégulière au regard de la théorie de l'incompétence négative, et, d'autre part, la méconnaissance en cause de l'article 34 affecte des droits et libertés au sens de l'article 61-1, le législateur

omettant d'encadrer, par des garanties de valeur législative, un tel droit ou une telle liberté.

En effet, cette omission est susceptible de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles, ce que le juge constitutionnel ne saurait admettre.

VI-2 En effet, en vertu de l'article 34 mais aussi de « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* », le Conseil constitutionnel considère que, pour que le législateur puisse être regardé comme ayant pleinement exercé sa compétence, encore faut-il que celui-ci « *adopte des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Cons. Constit. Déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 9).

Surtout, le juge constitutionnel a également précisé que :

« [Le législateur] doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (Ibid.).

VI-3 Or, et encore en droit, l'article 34 de la Constitution dispose notamment que :

« La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Autrement dit, la Constitution dispose que **seule la loi** peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques. Il incombe donc au législateur d'assortir de garanties légales suffisantes les dispositions qui pourraient affecter lesdites libertés. Ce qui implique qu'il ne peut pas abandonner au pouvoir réglementaire la détermination du champ d'application des règles qu'il pose au sujet de l'exercice des libertés publiques.

VI-3.1 Parmi ces libertés publiques figure **d’abord l’exigence constitutionnelle de protection de l’intérêt supérieur de l’enfant.**

En effet, il convient de rappeler qu’aux termes de l’alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

« *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement.* »

L’alinéa 11 du même texte ajoute que :

« *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* »

C’est sur le fondement de ces dispositions que le Conseil constitutionnel a admis l’existence d’un « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (Cons. const., Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. récemment Cons. const. Déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

Corrélativement, et compte tenu de la situation de vulnérabilité qui caractérise les enfants, le Conseil constitutionnel a également déduit de ces dispositions une exigence constitutionnelle de protection de l’intérêt supérieur de l’enfant.

En effet, au visa des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, plusieurs séries de dispositions législatives ont été contrôlées au prisme de cette exigence constitutionnelle.

Ainsi, pour déclarer conformes à la Constitution les dispositions relatives au mariage des couples de même sexe, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d’interprétation selon laquelle :

« *Les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce*

que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (Cons. const., Dec. n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, § 53).

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a également souligné que les dispositions légales qui régissent l'adoption d'un enfant – que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent – « *mettent en oeuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » (Ibid. § 54).

De façon tout aussi éloquente, si le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions autorisant le divorce conventionnel, sans intervention du juge, et a jugé qu'à cette occasion « *le législateur n'a méconnu ni le dixième alinéa du Préambule de 1946, ni l'étendue de sa compétence* », c'est eu égard à la présence d'un ensemble de garanties légales spécifiquement dédiés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant :

« Le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant, que ce dernier, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge. En outre, il a exigé qu'il soit fait mention, sous le contrôle du notaire, dans la convention de divorce, de la délivrance de cette information et du souhait du mineur de ne pas faire usage de cette faculté. Si, en revanche, le mineur demande à être entendu, la procédure conventionnelle doit être abandonnée au profit de la procédure judiciaire. Le juge est alors chargé de s'assurer que la convention ne porte pas préjudice aux intérêts du mineur. En outre, conformément à l'article 373-2-13 du code civil, dans sa rédaction résultant de l'article 50 de la loi déferée, le juge aux affaires familiales peut être saisi, après le divorce, des dispositions de cette convention relatives à l'exercice de l'autorité parentale. » (Cons. const., Dec. n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, § 51).

L'existence et la consistance d'une telle exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant sont d'autant moins contestables que cet impératif est largement reconnu en droit international et européen.

Ainsi, l'article 3 § 1 de la Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant stipule que :

« 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 »

Ce principe a été abondamment relayé au point que la Cour européenne des droits de l'homme juge désormais avec constance qu'« *il existe actuellement un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* » (Cour EDH, G.C. 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, Req. n° 41615/07, § 135).

VI-3.2 Ensuite, le droit au respect de la vie privée relève également des libertés publiques, tel que garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a estimé que « *la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée* » (Cons. Constit., Déc. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 45).

VI-3.2.1 En vertu de ce « *droit au respect de la vie privée et [d]es garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », il est d'abord requis que les dispositions législatives qui affectent le droit au respect de la vie privée « *comporte[nt] les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution* » (Cons. constit., Déc. n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 11).

En d'autres termes, le Conseil constitutionnel veille à ce qu'en ce domaine, le législateur « *ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* » (Cons. constit., Déc. n°s 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 7 et 2004-499 DC du 29 juil. 2004, cons. 12) et assure « *la conciliation entre [l]es exigences constitutionnelles [liées notamment à l'ordre public] et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figur[e] le respect de la vie privée* » (Cons. constit. Dec. n°s 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 70 ; 2010-71 QPC du 26 nov. 2010, cons. 32).

En somme, sauf à méconnaître le droit constitutionnel au respect de la vie privée, le législateur ne peut y apporter une restriction que si celle-ci répond à de solides conditions de justification et de proportionnalité et si le législateur prévoit pour ce faire des garanties légales appropriées et spécifiques.

VI-3.2.2 Il en est particulièrement ainsi concernant les dispositifs relatifs à la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel (Cons. constit., Déc. n^{os} 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 8 ; Déc. n^o 2015-713 DC du 23 juillet 2015 ; Dec. n^o 2016-536 QPC du 19 février 2016).

Ainsi, la juridiction constitutionnelle exige que les atteintes portées à la vie privée, telles « *la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel* », soient « justifié[s] par un motif d'intérêt général et mis[es] en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif » (Cons. constit. Déc. n^o 2012-652 DC du 22 mars 2012, cons. 8).

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel impose au législateur de déterminer lui-même les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés mais aussi les conditions d'un contrôle effectif de ces opérations tant par une autorité indépendante que par une juridiction.

Il a ainsi été jugé à l'occasion du contrôle de la loi relative au renseignement que :

« *[E]n ne définissant dans la loi ni les conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés en application de l'article L. 854-1, ni celles du contrôle par la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement de la légalité des autorisations délivrées en application de ce même article et de leurs conditions de mise en œuvre, le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, par suite, les dispositions du paragraphe I de l'article L. 854-1, qui méconnaissent l'article 34 de la Constitution, doivent être déclarés contraires à la Constitution* » (Cons. constit., Déc. n^o 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78).

De même, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui « *permettent à l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition* » réalisée au titre de l'état d'urgence (Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 14).

Et ce, au motif que « *ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée* » et « *qu'au demeurant peuvent être copiées des données dépourvues de lien avec la personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ayant fréquenté le lieu où a été ordonnée la perquisition* », de sorte « *le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée* » (*Ibid.*).

Plus récemment encore, le Conseil constitutionnel a censuré pour ces mêmes motifs – et en particulier pour défaut « *de garanties appropriées* » – le dispositif de surveillance et de contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne (Cons. constit. Déc. n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, § 3 à 9), celui relatif au droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion (Cons. constit. Déc. n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, § 7 à 10), celui relatif à l'accès administratif en temps réel aux données de connexion (Cons. constit. Dec. n° 2017-648 QPC du 4 août 2017, § 11 et 12) ou encore, très récemment, le dispositif prévoyant le droit de communication aux agents des douanes des données de connexion (Cons. constit. Dec. n° 2018-764 QPC du 15 février 2019).

VII. Or, en l'occurrence, ces exigences constitutionnelles sont gravement méconnues par les dispositions litigieuses qui prévoient la collecte de données personnelles concernant les mineurs et la création corrélative d'un fichier.

VII-1 A titre liminaire, il convient de souligner d'emblée que l'ensemble des garanties constitutionnelles relatives à la protection des données personnelles doivent être protégées avec plus de rigueur encore

lorsque les dispositifs en cause affectent les données personnelles des enfants.

En effet, l'impératif constitutionnel de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant commande d'assortir ces dispositifs de collecte, de mémorisation et d'exploitation des données de garanties légales bien plus conséquentes que celles qui doivent encadrer les autres dispositifs.

Un tel accroissement des exigences protectrices est d'ailleurs pleinement illustré par de nombreux instruments européens et internationaux de protection des données, dont en particulier le Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 dit « Règlement général sur la protection des données » qui souligne que :

« Les enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données à caractère personnel parce qu'ils peuvent être moins conscients des risques, des conséquences et des garanties concernées et de leurs droits liés au traitement des données à caractère personnel. Cette protection spécifique devrait, notamment, s'appliquer à l'utilisation de données à caractère personnel relatives aux enfants à des fins de marketing ou de création de profils de personnalité ou d'utilisateur et à la collecte de données à caractère personnel relatives aux enfants lors de l'utilisation de services proposés directement à un enfant. Le consentement du titulaire de la responsabilité parentale ne devrait pas être nécessaire dans le cadre de services de prévention ou de conseil proposés directement à un enfant. »

La circonstance que les enfants concernés soient étrangers ne saurait nuancer un tel constat mais, bien au contraire, le renforcer.

En effet, pour reprendre l'analyse constante et éclairante de la Cour européenne des droits de l'homme, il convient de rappeler que « la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal » (Cour EDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, Req. n° 39472/07 et 39474/07, § 91).

Dans ce le même sens, « c'est l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion [...]. Il faut donc partir de la présomption que les enfants étaient vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que

de leur histoire personnelle » (Cour EDH, 2^e Sect. 13 déc. 2011, *Kanagaratnam c. Belgique*, Req. n° 15297/09, § 67)

Plus encore, cette impérieuse exigence de protection s'accroît lorsqu'un enfant étranger est isolé donc et n'est accompagné d'aucune personne majeure qui en est « *responsable légalement sur le territoire national ou ne le prend effectivement en charge et ne montre sa volonté de se voir durablement confier l'enfant, notamment en saisissant le juge compétent.* » (Article 1 de l'arrêté du 17 novembre 2016 pris en application du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 relatif aux modalités de l'évaluation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille)

En effet, une telle situation implique que l'enfant relève alors « *incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables de la société* » (Cour EDH, 1^e Sect. 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, Req. n° 8687/08, § 87).

VII-2 C'est dans ce contexte normatif très particulier qu'il convient d'apprécier la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence concernant la collecte et la mémorisation dans un traitement automatisé des empreintes digitales et d'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille.

Or, une telle méconnaissance affecte gravement des droits et libertés que la Constitution garantit.

Et ce, à au moins quatre égards.

Sur l'absence de définition de la notion de « personnes reconnues mineures » conformément à la présomption de minorité

VIII. Premièrement, le législateur a manqué de définir la notion de « *personnes reconnues mineures* » qui figure à l'alinéa 4 de l'article L. 611-6-1 du CESEDA.

Et ce, dans un sens conforme à la présomption de minorité qui découle de l'exigence constitutionnelle de protection des enfants

VIII-1 D'abord, il convient de rappeler qu'aux termes des dispositions litigieuses, les données relevées, mémorisées et intégrées dans le traitement automatisé ne peuvent concerner que « *des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* » (al. 1^{er} de l'article L. 611-6-1 du CESEDA).

Cependant, comme le prévoit la première phrase de l'alinéa 3, si « *les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure* », la seconde phrase énonce que « *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* ».

En d'autres termes, ces dispositions distinguent deux catégories : l'une comprend toute « *personne [qui] se déclare mineure* » et l'autre inclut les « *personnes reconnues mineures* ».

Or, par hypothèse, les personnes figurant dans la seconde catégorie constituent une fraction seulement des personnes qui se trouvaient initialement dans la première.

VIII-2 Cependant, le législateur n'a absolument pas défini cette notion de « *personnes reconnues mineures* ».

Pourtant, une telle définition proprement légale est constitutionnellement requise afin que nulle incompétence négative n'affecte gravement tant l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant que le droit au respect de la vie privée

VIII-2.1 En effet, et d'une part, puisque cette notion de « *personnes reconnues mineures* » commande le champ d'application du dispositif litigieux et une partie de ses garanties légales, elle ne saurait dépendre de conditions définies par le seul pouvoir réglementaire ou, plus largement encore, de l'administration.

Sauf à abandonner ainsi à cette dernière le soin de déterminer le champ d'application de règles qu'il appartient pourtant au seul législateur de fixer au sujet de l'exercice des libertés publiques.

Au demeurant, et en tout état de cause, la notion exacte de « *personnes reconnues mineures* » n'est pas davantage définie au sein des dispositions réglementaires.

En particulier, il ne saurait être question de qualifier comme telles uniquement les personnes qui sollicitent une protection au titre de l'enfance mais qui n'ont pas reçu de « *une décision de refus de prise en charge* » du président du conseil départemental au sens du IV de l'article R. 221-11 du CASF.

VIII-2.2 Car d'autre part, et corrélativement, une telle interprétation ne saurait s'imposer sauf à porter radicalement atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant dont découle la présomption de minorité.

En effet, il convient de rappeler qu'en vertu de cet impératif de protection, « *la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant* », en particulier lorsqu'il est étranger et n'est pas accompagné d'un adulte susceptible de veiller sur lui, « *est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal* » (*Popov c. France*, précité, § 91).

Dans ces conditions – et là encore à l'aune du « *large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer* » (*Neulinger et Shuruk c. Suisse*, précité, § 135) –, une telle « présomption que les enfants [étrangers sont] vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle » (*Kanagaratnam c. Belgique*, § 67) ne peut être renversée que **si, et seulement si, il n'existe plus aucun doute sur la majorité de la personne concernée, et donc qu'une décision de justice ayant autorité et force de chose jugée est intervenue, après épuisement des voies de recours.**

Tel est le sens de « *la présomption de minorité [qui] devrait être respectée* » en application notamment des exigences internationales et européennes (**Prod. 1** – p. 24).

Si un doute subsiste, il doit profiter à l'intéressé.

Tel est le sens des observations du Comité des droits de l'enfant qui, en

sa qualité d'interprète authentique de la Convention relative aux droits de l'enfant, énonce avec constance qu'« *en cas d'incertitude persistante, le bénéfice du doute doit être accordé à l'intéressé – qu'il convient de traiter comme un enfant si la possibilité existe qu'il s'agisse effectivement d'un mineur;* » (CDE, 1^{er} septembre 2005, Observation générale n° 6, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, § 31)

Plus récemment encore, dans son observation conjointe avec le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, le Comité des droits de l'enfant a également souligné que « *la personne évaluée devrait avoir le bénéfice du doute. (...) Les États devraient aussi veiller à ce que leurs décisions puissent être réexaminées ou soient susceptibles d'appel devant un organe indépendant approprié.* » (CDE, 16 nov. 2017, Observation générale n° 23, conjointe à l'observation générale n° 4 du CMW sur les obligations des États en matière de Droits de l'Homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, § 4).

Pour renverser cette présomption, le processus d'évaluation de l'âge doit donc nécessairement être assorti de garanties légales adéquates et suffisantes.

C'est la raison pour laquelle il ne saurait être question d'interpréter la notion de « *personnes reconnues mineures* » comme visant uniquement celles qui l'ont été à l'issue de la seule procédure d'évaluation réalisée par le président du conseil départemental en application de l'article R. 221-11 du CASF, laquelle s'achèverait formellement par la saisine du procureur de la République ou la notification d'« *une décision de refus de prise en charge délivrée dans les conditions des articles L. 222-5 et R. 223-2* » du CASF.

Car lorsqu'elle est notifiée, cette dernière décision, administrative, n'est alors absolument pas définitive.

En effet, une fois cette décision de non-admission au bénéfice de l'aide sociale à l'enfance ou de refus de prise en charge notifiée à la personne concernée, celle-ci peut former un recours gracieux.

Surtout, elle doit être en mesure de saisir le juge des enfants en application des dispositions des articles 375, 375-1, 375-3 et 375-5 du code civil.

En ce sens, le Conseil d'Etat juge ainsi 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* » et insiste sur « *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* » (CE, 1^{er} juillet 2015, n° 386.769).

En tout état de cause, la compétence du Conseil départemental telle que prévue par les dispositions législatives du CASF se limite à la possibilité d'admettre ou non à l'aide sociale à l'enfance le jeune se déclarant mineur et privé temporairement ou définitivement de la protection de sa famille.

Le conseil départemental apprécie la minorité uniquement dans le cadre de la demande de protection administrative qui lui est adressée, sa décision n'ayant aucune portée en matière d'état civil. La décision de refus de prise en charge au titre de l'aide sociale à l'enfance adoptée par un conseil départemental à l'encontre d'une personne se déclarant mineure n'a donc aucune incidence à l'égard des tiers, ses effets se limitant à l'absence d'accès au dispositif de protection de l'enfance.

En ce sens le Conseil d'Etat juge ainsi que si les départements peuvent « *apprécier, sous le contrôle du juge, si les personnes qui sollicitent cette protection remplissent effectivement les conditions légales pour l'obtenir, dont celle de minorité* », c'est en vertu de « *la compétence conférée aux départements en matière d'aide sociale à l'enfance et de protection des mineurs en danger, notamment par les articles L. 221-1, L. 223-2 et L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles* » (CE, 14 juin 2017, n° 402.890).

De fait, il n'est pas rare que, postérieurement à la notification d'une décision de refus de prise en charge délivrée par le président du conseil départemental, la minorité d'un ressortissant étranger soit finalement établie à l'aune d'éléments complémentaires, notamment à l'issue d'un recours juridictionnel.

D'ailleurs, et de façon pour le moins révélatrice et éloquente, le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 reconnaît lui-même une telle possibilité d'établissement de la minorité postérieurement à une décision initiale de refus de prise en charge.

En effet, ce décret prévoit notamment que les données initialement collectées auprès d'une personne étrangère qui a sollicité une protection en qualité de mineurs non accompagnés feront l'objet d'un « *transfert* » au sein du fichier « *AGDREF2 (Application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France)* », lequel a pour finalité « *de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers en France des ressortissants étrangers* » et, à cet effet, notamment « *de permettre la gestion des différentes étapes de la procédure applicable aux mesures d'éloignement* » (Article R. 611-1 du CESEDA).

Or, en modifiant l'article R. 611-7-1 du CESEDA pour prévoir que « *les données relatives aux personnes ayant fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, prononcée par l'autorité judiciaire saisie par l'intéressé, sont effacées [de ce fichier AGDREF2] dès la notification au préfet de département et, à Paris, au préfet de police de la date de cette mesure d'assistance éducative* », les auteurs du décret ont nécessairement admis que l'évaluation initiale concluant à la majorité ou à l'absence d'isolement peut, finalement, être infirmée.

VIII-3 En définitive, l'absence de toute définition légale de la notion de « *personnes reconnues mineures* » et l'atteinte à la présomption de minorité qui en résulte révèlent une incompétence négative manifeste imputable au législateur, en méconnaissance flagrante de l'impératif constitutionnel de protection de l'enfance.

Partant, la présente question est indubitablement sérieuse et ne peut qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

Mais il y a plus.

Sur les finalités du fichier et la réutilisation des données à des fins de lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers

IX. Deuxièmement, et corrélativement, les dispositions litigieuses n'ont aucunement limité l'objet du traitement automatisé à la seule

finalité de protection de l'enfance et, corrélativement, n'a pas exclu l'utilisation ultérieure des données aux fins de lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France.

Bien au contraire, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 611-6-1 du CESEDA prévoit que le traitement automatisé est créé « *afin de mieux garantir la protection de l'enfance et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France* ».

IX-1 Pourtant, il ressort de ces mêmes dispositions que les données relevées, mémorisées et intégrées dans le traitement automatisé ne pouvait concerner que « *des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* », lesquels bénéficient – comme cela a été précédemment démontré (cf. *supra* VIII) – de la présomption de minorité jusqu'à établissement définitif de leur âge.

En outre, ce même texte souligne que « *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* ».

En somme, et au premier regard, les dispositions litigieuses ne visent pas exclusivement les mineurs non accompagnés qui auraient été déclarés majeurs à l'issue de la phase d'évaluation prévue à l'article R. 221-11 du CASF mais tous les mineurs non accompagnés qui sollicitent une protection à ce titre alors qu'ils sont de nationalité étrangère.

A cet égard, il convient de rappeler que le Comité des droits de l'enfant souligne que « *les données personnelles des enfants, en particulier les données biométriques, ne devraient être utilisées qu'aux fins de la protection de l'enfant et dans le strict respect des règles pertinentes relatives à la collecte, à l'utilisation et à la conservation des données ainsi qu'à l'accès aux données. Les Comités engagent instamment les États à faire preuve de la diligence voulue concernant les garanties à mettre en place dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre des systèmes de données et du partage de données entre les autorités et/ou les pays. Les États parties devraient mettre en place un «pare-feu» et interdire l'échange et l'utilisation aux fins du contrôle de l'immigration de données personnelles recueillies à d'autres fins,*

comme la protection, les procédures de recours, l'enregistrement des faits d'état civil et l'accès aux services. Une telle interdiction est nécessaire pour assurer le respect des principes de protection des données et protéger les droits de l'enfant, comme le prévoit la Convention relative aux droits de l'enfant. » (CDE, 16 nov. 2017, Observation générale conjointe n° 23 précité, § 17)

IX-2 Au demeurant, il ressort nettement des travaux parlementaires que les dispositions litigieuses ont été conçues, formellement du moins, en opposition à une série d'amendements adoptée par le Sénat lors de l'examen en première lecture du projet de loi « *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* ».

Ces amendements sénatoriaux entendaient, d'une part, autoriser, lors de la procédure d'évaluation des mineurs non accompagnés, la consultation du fichier Visabio prévu par l'article R. 611-8 du CESEDA qui a notamment pour but « *de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, en prévenant les fraudes documentaires et les usurpations d'identité* » et, d'autre part, créer un « *fichier national biométrique des étrangers déclarés majeurs à l'issue de leur évaluation par un département* ».

Or, lors d'une nouvelle lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale, ces modifications réalisées au Sénat ont été supprimées et un amendement a introduit les dispositions litigieuses finalement insérées dans un nouvel article L. 611-6-1 du CESEDA.

Pour justifier cet amendement prévoyant la création du fichier contesté, la rapporteure du projet de loi à l'Assemblée nationale a énoncé que le fichier envisagé par le Sénat « *paraît contraire au respect des droits fondamentaux, et, en dehors de tout contrôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), contraire au respect de la vie privée* » (Rapport de Madame Elise Fajgeles fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, en nouvelle lecture, sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, n° 1106, p. 133).

IX-3 Pourtant, la lettre des dispositions législatives litigieuses ainsi adoptées à l'Assemblée nationale conduit à des résultats comparables au fichier initialement entériné au Sénat.

Car en prévoyant que le traitement est créé non pas uniquement « *afin de mieux garantir la protection de l'enfance* » mais aussi pour « **lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France** » et, corrélativement, en s'abstenant d'exclure toute réutilisation ultérieure des données ainsi collectées auprès de personnes réclamant une protection en qualité de mineurs non accompagnés, le législateur a tout simplement permis au pouvoir réglementaire de créer un dispositif similaire à celui voté au Sénat.

De façon éloquente, le décret n° 2019-57 du 30 janvier 2019 pris en application des dispositions législatives litigieuses l'a amplement confirmé.

En effet, ce décret autorise le ministre de l'intérieur à créer le traitement de données à caractère personnel visé à l'article L. 611-6-1 du CESEDA.

Or, il prévoit en particulier que les données initialement collectées auprès d'une personne étrangère qui a sollicité une protection en qualité de mineur non accompagné feront l'objet d'un « *transfert* » au sein du fichier « *AGDREF2 (Application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France)* », lequel a pour finalité « *de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers en France des ressortissants étrangers* » et, à cet effet, notamment « *de permettre la gestion des différentes étapes de la procédure applicable aux mesures d'éloignement* » (Article R. 611-1 du CESEDA).

Corrélativement, le décret du 30 janvier 2019 modifie également les finalités du fichier Visabio prévu par l'article R. 611-8 du CESEDA afin de permettre l'usage de ces mêmes données.

Un tel détournement des données initialement collectées auprès de personnes réclamant une protection en qualité de mineurs non accompagnés était au demeurant prévisible puisque la rapporteure du projet de loi à l'Assemblée Nationale a elle-même affirmé, au soutien de l'amendement qui a créé les dispositions litigieuses, que « *si une personne qui a donné ses empreintes n'est pas reconnue mineure, elle passe dans le droit commun des étrangers, et relève de l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France (ADGREF). C'est dans ce fichier, et non dans un fichier de faux MNA, que leur*

identité sera connue et leur situation administrative examinée. » (Rapport de Madame Elise Fajgeles, précité, p. 139).

Or, une telle position est en contradiction manifeste avec la position tenue pour rejeter le fichier – dont l’objet et la finalité étaient similaires – voté par le Sénat et qui avait été qualifié par Madame la rapporteure Elise Fajgeles de « contraire au respect des droits fondamentaux, et [...] contraire au respect de la vie privée » (rapport précité, p. 133).

En outre, une telle réutilisation est radicalement injustifiée, notamment au regard des objectifs poursuivis par les dispositions litigieuses.

Car à supposer même qu’il soit possible d’admettre un instant – **pour les seuls besoins de la démonstration** – qu’un tel fichier soit nécessaire pour « *identifier les individus ayant déjà fait cette déclaration une fois, et, s’ils n’ont pas été reconnus mineurs, empêcher qu’ils fassent une nouvelle déclaration auprès d’un autre conseil général afin d’être pris en charge* » (rapport précité, p. 133), ces motifs avancés au soutien de l’amendement à l’origine du texte litigieux ne peuvent en aucune manière justifier la réutilisation des données à des fins de lutte contre l’entrée et le séjour irrégulier.

En effet, pour répondre à l’objectif tendant à faire obstacle à une nouvelle déclaration auprès d’un second conseil général dans le cadre d’une procédure similaire de protection de l’enfance, le seul fichier explicitement prévu par les dispositions litigieuses suffit.

Car sa consultation permettrait d’identifier l’existence d’une première demande, qu’elle soit encore pendante ou désormais close.

La réutilisation des données à d’autres fins que la protection de l’enfance ne répond donc aucunement au but affiché – qui, selon l’exposé des motifs de l’amendement à l’origine des dispositions litigieuses, vise à « *assurer un suivi plus rapproché des mineurs concernés, notamment au bénéfice des collectivités départementales et des services de l’aide sociale à l’enfance qui les prennent en charge* ».

Cette réutilisation s’apparente donc à un véritable détournement des finalités du traitement et donc des données collectées auprès de mineurs déclarés qui sollicitaient une protection au titre de l’enfance.

De ce seul chef, l'atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant combiné au droit au respect de la vie privée apparaît manifeste.

IX-4 Mais quoiqu'il en soit, et à supposer même qu'il soit possible d'admettre un tel détournement, les dispositions litigieuses sont en tout état de cause contraires à ces mêmes exigences.

Et ce, eu égard à l'absence flagrante de garantie légale.

IX-4.1 En effet, il convient d'abord de relever que les dispositions légales litigieuses ne définissent en aucune façon le moment à partir duquel les données collectées peuvent être ainsi utilisées non plus pour « *mieux garantir la protection de l'enfance* » mais pour « *lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France* ».

Tout au plus est-il prévu à l'alinéa 3 de l'article L. 611-6-1 du CESEDA que « *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* ».

Cependant, faute de définition légale de la notion de « *personnes reconnues mineures* » et comme démontré précédemment (cf. *supra* **VIII**), ces dispositions ne précisent aucunement le moment à compter duquel la reconnaissance en qualité de mineures peut être considérée comme acquise.

IX-4.2 En outre, et tout état de cause, la notion déjà imprécise de « *personnes reconnues mineures* » au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 611-6-1 du CESEDA renvoie uniquement à la conservation des données dans le traitement créé par ce dernier article et non à la réutilisation ultérieure des données initialement collectées pour ce traitement, dans le cadre d'un transfert vers d'autres fichiers dédiés non plus à la protection de l'enfance mais à la lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers.

Partant, il est manifeste que les dispositions litigieuses de l'article L. 611-6-1 du CESEDA n'ont absolument pas encadré par des garanties

légales les conditions d'une telle réutilisation, laquelle n'est pourtant pas exclue par les mêmes dispositions.

Une telle incompétence négative affecte gravement l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant combinée au droit au respect de la vie privée dès lors, notamment, que les données concernées ont initialement été collectées auprès de personnes présumées mineures – puisque sollicitant une protection en cette qualité, couplée à celle d'étranger non-accompagné – et que cette présomption de minorité indispensable à la protection de l'enfance ne peut être regardée comme définitivement renversée que si le juge des enfants, et le cas échéant la cour d'appel, ont été saisis d'une demande de protection et l'ont rejetée.

IX-4.3 Dans ce cadre, bien loin de réduire la carence de garanties proprement légales, les dispositions du quatrième et dernier alinéa de l'article L. 611-6-1 du CESEDA qui renvoient à un « *décret en Conseil d'Etat, pris après avis publié et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés* » le soin de « *fixe[r] les modalités d'application du présent article* » législatif révèle un peu plus encore cette incompétence négative.

Car à l'occasion de ce renvoi au pouvoir réglementaire, le législateur n'a aucunement encadré les conditions dans lesquelles le décret pourrait autoriser la réutilisation des données collectées auprès de personnes se déclarant mineures à d'autres fins que la protection de l'enfance.

Bien au contraire, le législateur a abandonné au pouvoir réglementaire le soin de définir « *les catégories de personnes pouvant [...] accéder ou [...] être destinataires* » des données enregistrées.

Ce faisant, le vice d'incompétence négative est établi à plus d'un titre.

Là encore, la présente question apparaît sérieuse et ne peut qu'être vouée à la transmission au Conseil constitutionnel.

Sur l'absence de garanties légales suffisantes et adéquates concernant l'expression du consentement à la collecte des données

X. Troisièmement, en édictant les dispositions litigieuses, le législateur a manqué de prévoir une garantie légale essentielle, puisqu'il n'a pas conditionné la collecte des données de mineurs à un consentement explicite des personnes concernées, en l'occurrence les « *les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers se déclarant mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* ».

X-1 En effet, et d'une part, l'article L. 611-6-1 du CESEDA se borne à prévoir en son alinéa 3 que « *les données peuvent être relevées dès que la personne se déclare mineure* ».

Ce faisant, le législateur n'évoque aucunement l'exigence d'un consentement explicite.

Il tend même à présenter le recueil des données comme une démarche automatique susceptible d'être réalisée dès qu'une personne étrangère sollicite une protection en qualité de mineure privée temporairement ou définitivement de la protection de sa famille.

En somme, les dispositions litigieuses n'excluent pas de conditionner l'accès d'un mineur étranger au dispositif de protection de l'enfance à la collecte préalable de données personnelles sensibles – en l'occurrence, les empreintes digitales et une photographie – mais aussi à leur mémorisation dans un fichier biométrique.

A ce seul titre, les dispositions litigieuses affectent gravement l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

X-2 D'autre part, le renvoi général réalisé par les dispositions litigieuses aux « *conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* » ne permet pas davantage

de combler l'absence de garanties légales suffisantes et adéquates concernant le consentement de mineurs non-accompagnés.

En effet, l'article 7-1 de la loi du 6 janvier 1978 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. »

Cet article a été abrogé par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 – laquelle entrera en vigueur le 1^{er} juin 2019 au plus tard – mais le nouvel article 45 de la loi de 1978 prévoit des dispositions identiques.

Or, il est manifeste que ces dispositions générales sont totalement inadaptées à la situation particulière des mineurs non-accompagnés.

X-2.1 D'abord, l'applicabilité de l'exigence de consentement conjoint **dépend de l'âge du mineur**, alors même que la vérification de sa minorité constitue précisément l'une des finalités de la procédure d'évaluation dans le cadre de laquelle la collecte de données interviendra.

A cet égard, l'impératif constitutionnel de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant – qui induit en particulier que cet intérêt doit être une considération primordiale et prioritaire dans toutes les décisions concernant des enfants – exige certes d'étendre ce régime légal à l'ensemble des mineurs déclarés qui, à ce titre et tant que leur majorité

n'a pas été définitivement établie, doivent être présumés mineurs et donc être particulièrement protégés.

Cependant, ce régime est lui-même inadéquat.

X-2.2 En effet, et ensuite, le recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale est, par hypothèse, tout simplement impossible concernant les mineurs non accompagnés car ils sont précisément « *privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille* ».

X-2.3 Enfin, et en tout état de cause, il ne saurait être question de se satisfaire du régime général du consentement prévu par les dispositions de la loi de 1978, en particulier son article 7 qui se borne à prévoir qu'« *un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée, dans les conditions mentionnées au 11) de l'article 4 et à l'article 7 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 précité* », lesquels prévoient respectivement que :

Article 4 du RGPD – « Définitions »

« Aux fins du présent règlement, *on entend par* :

[...] 11) « *consentement* » de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (Art. 4 du RGPD) et

Article 7 du RGPD – « Conditions applicables au consentement »

« 1. Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne

concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant.

2. Si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples. Aucune partie de cette déclaration qui constitue une violation du présent règlement n'est contraignante.

3. La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement.

4. Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat. »

Or, ces exigences générales ne permettent pas de répondre aux besoins spécifiques des mineurs non-accompagnés, au surplus dès lors qu'ils sont étrangers, compte tenu de leur situation de particulière vulnérabilité.

X-2.3.1 Non seulement le droit commun des données personnelles ne prévoit aucune garantie spéciale et proprement légale permettant de s'assurer de la pleine compréhension des conséquences d'un tel consentement à la collecte de données.

En particulier, l'exigence selon laquelle « *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* » n'est pas applicable à l'ensemble des mineurs, puisque

l'article 7-1 de la loi du 6 janvier 1978 ne bénéficie au mieux qu'aux seuls « *mineur[s] [...] âgé[s] de moins de quinze ans* ».

Mais compte tenu de l'inadaptation de ce texte, une telle garantie apparaît largement impraticable et donc ineffective concernant les personnes étrangères qui sollicitent une protection en qualité de mineurs non-accompagnés (cf. *supra* X-2).

X-2.3.2 Au surplus, et ainsi qu'il l'a aussi été souligné, aucune garantie n'est spécifiquement prévue par les dispositions litigieuses concernant les conditions dans lesquelles le mineur est accompagné d'un représentant légal pour exprimer son consentement (cf. *supra* X-2.2).

X-2.3.3 En outre, et corrélativement à l'absence de toute indication ou précision concernant l'expression d'un consentement à la collecte litigieuse de données, les dispositions légales n'ont aucunement prévu les conséquences sur la procédure d'évaluation et de protection qu'entraînerait un éventuel refus opposé par l'intéressé à une telle collecte.

Or, une telle carence ne peut que réduire à néant toute idée de libre consentement, dans la mesure où la personne concernée est dans l'incapacité d'apprécier les implications de sa décision.

Plus encore, le seul fait que l'hypothèse d'un refus de collecte ne soit pas prévue par les dispositions légales – tout comme n'est pas explicitement prévue l'expression du consentement – tend à ériger la mémorisation des empreintes digitales et d'une photographie en condition *sine qua non* de la poursuite de la procédure d'évaluation ou, à tout le moins, serait de nature à réduire sensiblement les chances de l'intéressé d'être protégé comme mineur.

Pourtant, il n'est pas inutile de rappeler qu'à l'aune des sources internationales et européennes – notamment l'article 25 de la directive 2013/32/UE relative à la procédure d'asile –, il est acquis que « *le refus de participer à une procédure de détermination de l'âge ne doit pas automatiquement entraîner une décision sur l'âge de l'enfant ou son statut au regard de la législation sur l'immigration ou sa demande de protection internationale. S'il oppose un refus, l'enfant ne devrait pas avoir à craindre de conséquences négatives directes ou indirectes*

découlant de refus. La présomption de minorité devrait être respectée » (Prod. 1 - Rapport réalisé au nom de la division des droits des enfants du Conseil de l'Europe, précité pp. 23-24).

X-2.4 En définitive, ni les dispositions litigieuses, ni celles de la loi de 1978 auxquelles elles renvoient ne permettent d'assortir de garanties légales suffisantes l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant concernant l'expression du consentement à la collecte des données.

De ce chef aussi, la présente question est nécessairement sérieuse.

Sur l'insuffisance des garanties légales précises concernant la conservation et la destruction des données collectées

XI. Quatrièmement, et enfin, le législateur n'a pas encadré par des garanties légales précises et suffisantes les délais de conservation des données collectées auprès des mineurs non-accompagnés.

Et ce, malgré leur caractère particulièrement sensible.

XI-1 D'emblée, il importe de rappeler que selon la jurisprudence désormais constante du Conseil constitutionnel, il appartient notamment au législateur de déterminer lui-même les conditions de collecte, d'exploitation, de conservation et de destruction des données à caractère personnel.

En effet, la juridiction constitutionnelle estime qu'en s'abstenant de définir « *dans la loi* » ces *conditions*, « *le législateur n'a pas déterminé les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et les dispositions ainsi affectées d'une telle carence « *méconnaissent l'article 34 de la Constitution* » (Cons. constit., Déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, cons. 78 ; v. encore récemment, Cons. constit. Dec. n° 2018-764 QPC du 15 février 2019, § 8).

En somme, sauf à méconnaître les exigences constitutionnelles, le législateur doit impérativement prévoir lui-même un encadrement aussi

suffisant qu'adéquat et ne saurait abandonner au pouvoir réglementaire le soin d'assumer cette mission.

Un tel constat est encore plus incontestable lorsque les données personnelles visées sont sensibles car concernent des personnes particulièrement vulnérables qui sollicitent une protection en qualité de mineur non-accompagné.

XI-2 Or, en l'occurrence, il est manifeste que les dispositions litigieuses de l'article L. 611-6-1 du CESEDA ont méconnu ces exigences notamment en ce que le législateur a globalement renvoyé à « *un décret en Conseil d'Etat* » le soin de fixer des modalités et garanties qui relèvent du domaine de la loi.

En particulier, et au-delà même des carences légales manifestes concernant les conditions de réutilisation des données et de consentement à leur recueil (cf. *supra* VIII et IX), il convient de relever que les dispositions litigieuses ont totalement abandonné au pouvoir réglementaire le soin de « précise[r] la durée de conservation des données enregistrées et les conditions de leur mise à jour » (alinéa 4 de l'article L. 611-6-1 du CESEDA).

XI-2.1 Certes, les dispositions légales contestées énoncent que les données collectées font « *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* ».

Cependant, un tel renvoi global au vaste régime de la loi de 1978 n'est aucunement assorti des précisions suffisantes pour identifier les garanties légales applicables à la procédure particulière d'évaluation et de protection visée par l'article L. 611-6-1 du CESEDA.

Or, s'agissant tout particulièrement de données à caractère sensible, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de conditionner sa déclaration de conformité à la Constitution des dispositifs de collecte et d'exploitation de ces données à la présence de garantie légales explicite

concernant les délais de conservation (en ce sens, v. not. Cons. constit., Déc. n^{os} 2015-713 DC du 23 juillet 2015, § 39, 60 ou 67).

Ainsi, le fait pour le législateur de n'avoir pas fixé, par lui-même et explicitement, un délai à l'issue duquel les données collectées sont détruites méconnaît la Constitution (Cons. const. Déc. n^o 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, § 15-16).

XI-2.2 Certes également, l'alinéa 3 de ce dernier texte prévoit que « *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* ».

Toutefois, ces exigences ne visent que les « *données des personnes reconnues mineures* », ce qui exclut purement et simplement de toute protection celles qui n'ont pas obtenu une telle reconnaissance.

Ainsi, une fraction conséquente des données collectées sur le fondement de l'article L. 611-6-1 du CESEDA n'est encadrée par aucune indication législative concernant leur durée de conservation.

En tout état de cause, l'indexation de la durée de conservation des données concernant les « *personnes reconnues mineures* » sur des critères flous – ce qui est « *strictement nécessaire à leur prise en charge et à leur orientation, en tenant compte de leur situation personnelle* » – revient nécessairement à abandonner une ample latitude au pouvoir réglementaire.

XI-3 A ce titre également, la présente question apparaît sérieuse et ne peut manquer d'être transmise au Conseil constitutionnel.

Sur l'atteinte injustifiée et disproportionnée à l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée

XII. En second lieu, les critiques adressées aux dispositions contestées au titre de l'incompétence négative sont à ce point caractérisées qu'en réalité, elles peuvent même être envisagées comme autant d'atteintes

directes tant à **l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'au droit au respect de la vie privée.**

Il suffit de reprendre les développements précédents sous cet angle juridique différent pour s'en convaincre.

De ce chef aussi, la question prioritaire de constitutionnalité est sérieuse.

XIII. En définitive, il résulte de l'ensemble des considérations précédemment énoncées qu'à bien des égards, la présente question ne pourra qu'être transmise au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, les organisations requérantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **CONSTATER** l'existence du moyen contestant la conformité d'une disposition législative, aux droits et libertés garantis par la Constitution ;
- **TRANSMETTRE** au Conseil constitutionnel la question suivante :

*« En édictant les dispositions de l'article L. 611-6-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, telles que créées par l'article 51 la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie – lesquelles prévoient que 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 – le législateur a-t-il, **d'une part**, méconnu sa propre compétence en affectant des droits et libertés que la Constitution garantit – en l'occurrence, l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée –, en ce que, d'abord, il s'est abstenu de définir la notion de « personnes reconnues mineures » conformément à la présomption de minorité qui découle de l'exigence constitutionnelle de protection des enfants ; ensuite, il n'a pas limité l'objet du traitement automatisé à la seule finalité de protection de l'enfance, n'a pas exclu l'utilisation des données aux fins de lutte contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France et, en tout état de cause, n'a assorti cette utilisation d'aucune garantie légale; en outre, il n'a pas davantage assorti l'expression du consentement du mineur à la collecte des données de garanties légales suffisantes et adéquates ; enfin, il n'a pas encadré les délais de conservation des données collectées par des garanties légales précises ; et, **d'autre part**, porté une atteinte injustifiée et disproportionnée à ces mêmes droits et libertés ? »*

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Production :

- 1) Rapport réalisé au nom de la division des droits des enfants du Conseil de l'Europe, « *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* », septembre 2017