



HAL
open science

ENTRE TOILE NUMERIQUE ET MAILLAGE JURIDIQUE. L'ETRANGER FICHE PAR L'UNION EUROPEENNE

Ségolène Barbou Des Places

► **To cite this version:**

Ségolène Barbou Des Places. ENTRE TOILE NUMERIQUE ET MAILLAGE JURIDIQUE. L'ETRANGER FICHE PAR L'UNION EUROPEENNE. Laurence DUBIN. La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne, Bruylant, pp.67 - 102, 2011, 978-2802734567. hal-01614099

HAL Id: hal-01614099

<https://hal.science/hal-01614099>

Submitted on 10 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**ENTRE TOILE NUMERIQUE ET MAILLAGE JURIDIQUE.
L'ETRANGER FICHE PAR L'UNION EUROPEENNE**

Ségolène BARBOU des PLACES
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil

Dans la pièce qui se joue contre l'immigration irrégulière¹, l'Union européenne a désormais un rôle central. Et parmi les instruments à disposition de l'Union, le « fichage » est aussi efficace que le cavalier dans le jeu d'échecs, avec son déplacement irrégulier qui perturbe toute stratégie d'avancée linéaire des pions.

Le terme général de « fichage »² désigne la mise en place et l'utilisation de ce que les textes nomment, selon les cas, « fichiers de données nominatives », « fichiers nominatifs », « traitements de données à caractère personnel » ou encore « technologies de sécurité », « grands fichiers numériques » et même « systèmes d'information à grande échelle ». La pluralité des termes rend bien compte de la multiplicité d'instruments progressivement mis en place pour « saisir » les étrangers, les identifier, les contraindre à se déclarer, contrôler leurs déplacement ou permettre aux Etats de partager une information migratoire.

Dans sa stratégie de lutte contre l'immigration irrégulière, l'Union européenne recourt actuellement à deux fichiers principaux: le SIS et Eurodac. Le SIS (Système d'information Schengen) a été créé par la Convention d'application des Accords de Schengen en 1995. Il permet aux autorités nationales responsables des contrôles aux frontières et autres contrôles policiers et douaniers, ainsi qu'aux autorités judiciaires, d'obtenir des signalements sur des personnes et objets grâce à une procédure d'interrogation automatisée³. Ces données sont recueillies et utilisées lors des contrôles aux frontières ou à l'occasion d'autres contrôles

¹ Pour une analyse politiste de la question, voir DUEZ, Denis, *L'Union européenne et l'immigration clandestine. De la sécurité intérieure à la construction de la communauté politique*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2008, sp. p. 123 et s.

² Pour une très intéressante réflexion sur la nature des fichiers en droit administratif, voir CHAMBON, Maxence, « Les fichiers, nouvel instrument de police administrative ? », in DEFFAINS, Nathalie et PLESSIX, Benoît (dir.), *Les fichiers informatiques, instruments de la politique de sécurité publique*, Presses Universitaires de Nancy, 2011 (à paraître).

³ Sont signalées quatre catégories de personnes : les personnes recherchées à des fins d'extradition ; les étrangers à des fins de non-admission sur le territoire de l'Union (en raison de menace à l'ordre public ou parce qu'ils ont été éloignés) ; les personnes disparues ou qui doivent être mises sous protection ; les personnes recherchées dans le cadre d'une procédure judiciaire ; les personnes qui doivent être mises sous surveillance. Le SIS contient également des informations sur les objets qui doivent être mis sous surveillance (véhicules notamment) ou recherchés parce qu'ils ont été volés, égarés, ou détournés.

exercés à l'intérieur du pays, pour des motifs tels que la délivrance de visas ou de titres de séjour et plus généralement aux fins de l'administration des étrangers⁴. Conçu pour assurer la sécurité des Etats quand ils ont accepté de démanteler les contrôles aux frontières internes, le SIS est un immense fichier interconnecté, un système de partage de l'information dont les Etats peuvent se servir pour lutter contre les trafics et les mouvements migratoires irréguliers. Il joue donc un rôle déterminant dans la lutte contre l'immigration irrégulière même si cette lutte n'est qu'un de ses multiples objets. Cœur du dispositif Schengen, le SIS a connu un grand succès⁵ mais il est aujourd'hui techniquement dépassé en raison des élargissements successifs de l'Union européenne. Son remplacement par le SIS II, en cours⁶, est régulièrement reporté⁷.

Le second fichier à disposition des Etats membres de l'Union est Eurodac, créé par un règlement de 2000⁸ pour permettre le bon fonctionnement du système dit de Dublin, dont la finalité est de déterminer lequel des Etats membres doit être considéré comme l'Etat responsable d'une demande d'asile déposée dans l'Union européenne. Le système Dublin suppose l'identification des demandeurs d'asile au plus tôt, dès leur entrée dans l'Union européenne, ainsi qu'une connaissance précise de leur parcours en Europe. Pour être fonctionnel, il doit donc s'appuyer sur un fichier qui permet d'identifier les demandeurs d'asile et de retracer leur parcours. C'est pourquoi, dès qu'un demandeur d'asile se présente en France en préfecture, ses empreintes digitales sont relevées et stockées dans Eurodac, pour vérifier qu'il n'a pas déjà demandé l'asile dans un autre Etat membre, et en même temps indiquer aux autres Etats membres l'existence de la demande d'asile déposée en France. Eurodac est donc avant tout un fichier créé pour gérer l'asile⁹. Il est néanmoins utile dans la lutte contre l'immigration irrégulière car on y stocke les empreintes de deux autres catégories de personnes : les personnes appréhendées lors du franchissement irrégulier des frontières extérieures de l'Union et les personnes se trouvant en situation de séjour irrégulier. C'est l'arrivée massive d'immigrants irakiens à la fin des années 90 qui a conduit les autorités publiques à vouloir relever leurs empreintes digitales¹⁰. Il s'agissait de limiter les entrées des réfugiés irréguliers dans l'UE et de contrôler les entrées des personnes dont l'identité ne

⁴ Voir SAAS, Claire, « Les refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 50, 2/2003, p. 75.

⁵ Si l'on en juge par sa renommée ou par le nombre d'informations qu'il contient (environ 20 millions).

⁶ Décision 886/JAI du Conseil du 6 décembre 2001 relative au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II) ; règlement CE n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) ; Voir règlement CE n° 1104/2008 du Conseil du 24 octobre 2008 relatif à la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 299 du 8.11.2008 ; décision 2009/720/CE de la Commission du 17 septembre 2009 fixant la date d'achèvement de la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 257 du 30.9.2009 ; décision 2009/724/JAI de la Commission du 17 septembre 2009 fixant la date d'achèvement de la migration du système d'information Schengen (SIS 1+) vers le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 257 du 30.9.2009. Voir enfin le Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le développement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), COM (2010) 0221.

⁷ La Commission a informé le Conseil du nouveau calendrier lors du Conseil JAI des 3 et 4 juin 2010. Ce calendrier global a servi de référence pour l'insertion d'une nouvelle échéance : le 31 mars 2013.

⁸ Règlement 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin, JO n° L 316 du 15/12/2000.

⁹ Voir pour plus de détails BROUWER, Evelien, « Eurodac : Its Limitations and Temptations », *European Journal of Migration and Law*, 4/2002, p. 233.

¹⁰ En 1997, le comité exécutif Schengen a conclu qu'il était nécessaire de relever les empreintes de tous les étrangers en situation irrégulière dont l'identité ne pourrait pas être établie sans doute et de permettre le partage de cette information avec les autres Etats membres. Le relevé des empreintes a été déclaré nécessaire pour « limiter les entrées des réfugiés irréguliers dans l'UE ».

pouvait pas être établie avec certitude. Eurodac a donc une nature mixte : outre un but spécifiquement administratif (permettre la détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile), il tend à devenir un outil de contrôle des migrations et de lutte contre les migrations irrégulières.

A ces deux instruments numériques s'ajoute le VIS (Système d'information sur les visas) dont disposeront les autorités chargées de l'administration des étrangers quand il entrera en fonction. Créé en 2004¹¹, le VIS a pour objet d'améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visa en renforçant la coopération entre les services consulaires des Etats membres. Ses créateurs lui ont assigné la mission de prévenir les demandes multiples de visas, de faciliter les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et d'assurer l'identification de toute personne qui ne remplit pas les conditions d'entrée ou de séjour applicables dans un Etat membre. C'est pourquoi le VIS détiendra des informations sur les demandes de visas, leur état d'avancement, l'éventuel refus d'attribution et intégrera des photographies et empreintes digitales. En d'autres termes, la finalité du VIS est avant tout l'évaluation du « risque migratoire » que représente l'étranger. Son utilisation a été considérée comme fondamentale pour l'efficacité des contrôles aux frontières extérieures. Malgré le rôle central qui lui est assigné, sa mise en fonction tarde¹².

Ces trois instruments européens répondent à l'ambition de former une « frontière numérique »¹³ contre l'immigration irrégulière. L'idée d'une frontière numérique est à replacer dans le contexte des travaux sur « l'externalisation » des contrôles aux frontières, qui décrivent la disjonction entre la frontière physique de l'Etat et le lieu effectif du contrôle du passage de l'étranger. Didier Bigo et Elspeth Guild¹⁴ ont ainsi magistralement démontré, à travers l'exemple de la politique des visas, comment se développent des procédés « de gouvernementalité à distance ». Pour les ressortissants d'Etats tiers tenus d'obtenir un visa pour entrer dans l'Union européenne, la frontière (entendue au sens de lieu où se décide l'entrée dans l'Union) n'est plus tant localisée aux habituels points de contrôle dans les aéroports et gares que dans les consulats des Etats Schengen dans leur propre pays.

Le fichage joue un rôle central dans ce phénomène de déterritorialisation des points de passage de la frontière. En effet, le passage physique de la frontière, qui suppose une autorisation juridique d'entrer et une confirmation de l'autorisation au moment du contrôle des documents d'identité et de voyage, est désormais précédé d'autres « passages numériques »¹⁵. L'entrée dans l'Union européenne d'un ressortissant d'Etat tiers ne se fait que si l'agent qui se trouve à la frontière physique ne rencontre pas dans le SIS un signalement qui

¹¹ La mise en œuvre du VIS a nécessité l'adoption d'un règlement CE n° 767/2008 du Parlement et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour, dont l'objet est de définir le but, les fonctionnalités et responsabilités du VIS, de préciser comment se réalisent l'échange de données entre les Etats. Voir PEERS, Steve, « Legislative Update : EC Immigration and Asylum Law 2008 : Visa Information System », *European Journal of Migration and Law*, 11/2009, pp. 69-94.

¹² Les institutions européennes avancent pas à pas : elles ont d'ores et déjà acté le principe de sa mise en oeuvre selon un processus graduel, région par région, en fonction de critères liés au risque d'immigration illégale et de menaces pour la sécurité intérieure. Lors du Conseil Justice et Affaires intérieures des 7 et 8 octobre 2010, les gouvernements se sont accordés pour une entrée en fonction du VIS central le 24 juin 2011. La décision a été prise de privilégier la mise en fonction du VIS dans les services consulaires d'une région qui couvre l'Algérie, l'Egypte, la Lybie, la Mauritanie, le Maroc et la Tunisie.

¹³ Voir la thèse d'Evelien BROUWER, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹⁴ GUILD, Elspeth et BIGO, Didier, « 1. Le visa Schengen : expression d'une stratégie de « police à distance », *Cultures & Conflicts*, n°49/2003, pp. 22-37. Voir aussi des mêmes auteurs, « 4. Le visa : instrument de la mise à distance des « indésirables », *Cultures & Conflicts*, n°49/2003, pp. 82-95.

¹⁵ DIMINESCU, Dana, « Le système D contre les frontières informatiques », *Hommes et Migrations*, n° 1230, mars-avril 2001, <http://www.ticm.msh-paris.fr/spip.php?article65>

s'opposerait à la circulation. Sinon, il lui faut en tirer les conséquences en termes migratoires et, selon les cas, refuser l'entrée, un titre de séjour ou un visa. Chaque consultation du SIS équivaut donc à un contrôle. Et du fait de la mise en réseau des autorités concernées, on mesure le nombre de points de contrôle migratoire que cela représente. Le VIS ajoutera à ce dispositif car les autorités consulaires fonderont leur décision d'attribution (ou de refus) de visa sur les éléments saisis dans le VIS. De même, les autorités chargées des contrôles aux frontières extérieures pourront consulter la vignette et les empreintes dans le VIS, afin de vérifier l'identité de la personne et l'authenticité du visa. Or il y a plus de 5000 postes consulaires répartis dans le monde, qui sont autant de points de contrôle des flux migratoires en amont de la frontière terrestre de l'Union européenne et qui sont reliés aux points de contrôle de la frontière physique.

Grâce au fichage informatique mis en place au niveau de l'Union européenne, les Etats ont donc tissé une véritable toile de points de contrôles autour de l'étranger. C'est pourquoi la notion de frontière numérique est éclairante : elle décrit une frontière virtuelle qui ne se matérialise pas par des points de passage physique, des installations douanières, mais est remplacée par des points de contrôle informatique. En mettant en réseau les entités chargées des contrôles migratoires et en leur permettant d'échanger des données, les contrôles migratoires sont démultipliés et délocalisés. On comprend pourquoi l'Union développe le fichage et les connexions entre les fichiers des Etats : c'est une pièce maîtresse de sa stratégie de lutte contre l'immigration irrégulière.

Cette contribution s'interroge donc sur le contenu et les effets des normes européennes sur le fichage. La mise en place d'un système normatif européen, d'une légalité distincte de celle des Etats, conduit-elle à la mise en place d'un mode spécifique de lutte numérique contre l'immigration irrégulière ? Le changement de niveau, de dimension, induit-il une pratique spécifique et un régime distinct de protection des libertés des étrangers fichés ? C'est la double question de l'utilisation du fichage et de la protection des libertés qui constitue la trame de cette étude.

Les normes qui permettent à l'Union européenne de lutter contre l'immigration peuvent être décrites à l'aide de l'idée de maillage. Le maillage renvoie à l'idée de « répartition en réseau plus ou moins dense »¹⁶, de filet. Les mailles pour leur part sont les boucles qui s'entrelacent pour former une toile suffisamment solide. Le recours au maillage permet donc de décrire à la fois la configuration des contrôles numériques de l'immigration irrégulière¹⁷ et l'organisation des garanties accordées aux étrangers fichés. En effet, l'organisation européenne du fichage contre l'immigration irrégulière conduit à une intensification des contrôles migratoires. Le droit de l'Union s'efforce d'enserrer l'étranger dans les mailles du filet numérique mis en place (I). Dans le même temps, les normes européennes qui ont pour objet la protection des libertés des étrangers fichés apparaissent comme des mailles très larges, trop lâches. Certes, les garanties accordées en droit européen aux personnes fichées sont nombreuses. Mais en raison de sa dimension européenne, la protection est dispersée et largement inadaptée à la réalité du fichage européen (II).

I. l'étranger dans les filets numériques de l'Union : fichage et intensification des contrôles migratoires

¹⁶ Le Trésor de la langue informatisé, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>

¹⁷ Elle est assez proche de l'idée de réseau, développée en doctrine. Voir CLOCHARD, Olivier, « Le contrôle des flux migratoires aux frontières de l'Union européenne s'oriente vers une disposition de plus en plus réticulaire », *Carnets de géographes*, n° 1, 2010.

La lecture des actes de l'Union sur le fichage révèle un empilement de textes et une frénésie normative. Cette suractivité législative traduit bien la volonté d'intensifier les contrôles migratoires par le fichage et d'adapter les fichiers européens à la lutte contre l'immigration irrégulière dans un cadre multinational. La montée en puissance du fichage, dans l'Union, est tout d'abord, quantitative : l'eupéanisation, presque mécaniquement, amplifie les contrôles migratoires (A). Mais on observe également une extension des potentialités du fichage qui permet de densifier le contrôle de l'immigration irrégulière (B).

A. L'expansion du fichage : l'immigration plus surveillée

Les normes adoptées pour régir et modifier les trois fichiers traduisent une double tendance. On observe à la fois un développement quantitatif du fichage dans la lutte contre l'immigration irrégulière (1) et la banalisation du fichage qui devient un mode ordinaire de gestion de la mobilité (2).

1. Quand eupéanisation rime avec plus de fichage

L'eupéanisation du fichage menée depuis la création du SIS permet d'intensifier les contrôles migratoires car à de nombreux égards, eupéanisation du fichage signifie « plus de fichage » et plus de contrôles. Le SIS a ainsi été créé pour permettre aux autorités nationales de démultiplier leurs connaissances sur les objets et personnes à surveiller ou qu'il convient d'empêcher de circuler. La création de fichiers alimentés par un nombre croissant d'Etats permet l'addition des informations à disposition des autorités chargées des contrôles migratoires. De plus, à chaque élargissement, ce sont de nouvelles autorités qui viennent alimenter les bases de données et nourrir un support informationnel considérable. Ajoutons que le partage des informations n'est pas limité aux Etats membres puisque ce sont aussi des Etats tiers qui participent aux développements de l'acquis Schengen¹⁸. Par la simple addition des ressources nationales, l'eupéanisation du fichage est donc synonyme d'intensification des contrôles numériques possibles, dès lors que plus de données sont contrôlées par plus d'autorités sur un territoire élargi.

De même, l'extension progressive des données inscrites dans chaque fichier renforce les contrôles migratoires. Ainsi, l'extension opérée pour Eurodac est significative puisqu'aux empreintes digitales des demandeurs d'asile ont été ajoutées les empreintes des personnes en situation irrégulière, renforçant ainsi les ressources à disposition des autorités chargées de l'asile de lutter contre le « détournement » du régime Dublin. Dans le cadre de la réforme en cours du droit européen de l'asile, la proposition pendante de modification du règlement Eurodac amplifie la tendance puisqu'elle vise l'ajout, dans la liste des personnes fichées, des demandeurs de protection subsidiaire et de protection temporaire¹⁹. Par l'ajout progressif

¹⁸ Dès sa naissance, le SIS était donc marqué du sceau de la différenciation. Il a en effet été créé dans le cadre du droit Schengen qui n'a pas été adopté par l'intégralité des Etats membres. Et à l'inverse, de nombreux Etats ont souhaité participer au SIS qui peut être utilisé par des Etats non membres de l'Union européenne (Suisse, Liechtenstein, Islande, Norvège).

¹⁹ En effet, la proposition vise à remplacer systématiquement, dans le règlement Eurodac, le terme « demandeur d'asile » par « demandeur de protection internationale », ce qui est beaucoup plus large, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application du règlement (CE) n° [...] [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2009)342.

d'informations, il s'agit donc bien d'accumuler un savoir numérique qui permet un contrôle migratoire de plus en plus complet.

Le VIS contribuera de façon déterminante à l'intensification des contrôles migratoires car il contiendra un nombre considérable de données. Au moment de la présentation de la demande de visas seront inscrits le numéro de la demande et l'état de la procédure indiquant qu'un visa a été demandé ainsi que l'autorité à laquelle la demande a été présentée. S'y ajouteront des données extraites du formulaire de demande : nom, sexe, date et lieu de naissance, nationalité (actuelle et à la naissance), type et numéro du document de voyage, autorité l'ayant délivré, dates de délivrance et expiration, lieu et date de la demande, type de visa demandé, coordonnées de la personne adressant l'invitation et ou susceptible de prendre en charge les frais de subsistance pendant le séjour, destination et durée du séjour prévu, but du voyage, dates prévues d'arrivées et départ, première frontière d'entrée prévue ou itinéraire de transit prévu, résidence, profession actuelle et employeur, et pour les mineurs, noms et prénoms des parents, une photographie du demandeur et enfin, les empreintes digitales du demandeur. La longueur de cette liste traduit bien l'intention d'un contrôle très approfondi puisque les autorités nationales auront en partage un nombre considérable d'informations. Il faut encore ajouter d'autres données qui seront saisies dans le VIS en cas de délivrance du visa, des données qui seront saisies en cas d'interruption de l'examen de la demande, des données à ajouter en cas de refus de visa, etc. Comment mieux rendre compte de la volonté de maîtrise des étrangers qu'en évoquant cet empilement de données?

Mais le fichage est plus qu'une simple inscription de donnée dans un système de traitement : s'il est un enregistrement de données, le signalement au SIS est avant tout le fondement d'une action collective et européenne. La création d'un fichier commun crée en effet un savoir commun, ce qui rompt avec la gestion traditionnellement unilatérale des migrations. En instituant un fichier, les Etats européens acceptent de partager des données, parfois sensibles, ce qui unifie leurs pratiques et leur approche des migrations. Quant au SIS, qui est une liste de signalement de données individuelles sur les personnes que l'on veut identifier (car elles sont recherchées ou interdites de territoire), il est surtout le support informationnel d'une action commune au service d'un ordre public désormais conçu comme commun²⁰. La création du SIS a très largement permis l'édification d'un savoir commun aux Etats de l'Union qui concourt à la préservation de l'ordre et de la sécurité publics sur l'ensemble du territoire des Etats Schengen.

Enfin, le SIS confère aux autorités nationales un titre à agir transnational car le fichage d'un étranger au SIS, que l'on appelle le « signalement » au sens de l'article 96 de la CAAS, vaut titre exécutoire commun. En raison de l'article 111-2 de la CAAS, au titre duquel les Parties contractantes s'engagent mutuellement « à exécuter les décisions définitives prises par les juridictions ou autorités visées au paragraphe 1 », le signalement au SIS produit un effet juridique immédiat dans toute l'Europe. Le signalement opéré par l'autorité française fonde la décision, prise en Allemagne ou en Autriche, de refus d'entrée, de visa, ou de titre de séjour. De même, la conduite indiquée par l'Espagne dans le SIS (refus de visa, éloignement du territoire) s'impose à chacune des autorités consultant le fichier²¹. La liste commune des signalements au SIS vaut donc titre exécutoire commun, ce qui est une forme très marquée

²⁰ Voir la thèse de Sylvia PREUSS-LAUSSINOTTE, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, Bibliothèque de droit public, tome 209, L.G.D.J., 2000.

²¹ Après avoir donné la liste des conditions que doit remplir un ressortissant d'Etat tiers pour être admis sur le territoire des Parties contractantes, parmi lesquelles figure le fait « de ne pas être signalé aux fins de non-admission », l'art. 5 de la CAAS ajoute que « 2. L'entrée sur le territoire des Parties contractantes doit être refusée à l'étranger qui ne remplit pas l'ensemble de ces conditions, sauf si une Partie contractante estime nécessaire de déroger à ce principe pour des motifs humanitaires ou d'intérêt général ou en raison d'obligations internationales. En ce cas, l'admission sera limitée au territoire de la Partie Contractante concernée qui devra en avvertir les autres Parties Contractantes ».

d'européanisation des contrôles migratoires. La montée en puissance du fichage se manifeste donc par un développement quantitatif constant depuis la création du SIS.

Elle se traduit aussi par sa banalisation car la lutte contre l'immigration irrégulière est insérée dans une tendance lourde qui la dépasse. L'Union tend à faire du fichage un mode de gestion ordinaire des circulations sur son territoire.

2. Les fichiers européens, mode ordinaire de régulation de la mobilité

L'expansion du fichage organisé au niveau de l'Union européenne est frappante. Sans doute, ce mouvement de généralisation du fichage n'est-il pas spécifiquement européen. Sans doute n'est-il pas non plus propre à la question migratoire²², tant la croyance en la toute-puissance de l'instrument numérique se répand. Mais à certains égards, la généralisation – et de ce fait la banalisation – du fichage des étrangers s'explique pour des raisons proprement européennes.

L'expansion du fichage des étrangers tient tout d'abord à l'existence d'une dynamique technique interne propre au fichage. Les institutions de l'Union justifient constamment l'extension du fichage par la nécessité d'améliorer les fonctionnalités des fichiers européens. Soucieuses d'améliorer les résultats et la rentabilité des fichiers ainsi que la qualité des services fournis²³, la Commission s'efforce, à chaque réforme du SIS ou d'Eurodac, de leur ajouter de nouvelles fonctionnalités, d'en étendre le potentiel, de les rendre plus rapides, plus sûrs. L'enjeu est donc technique en apparence car il s'agit de rationalisation et d'efficacité du fichage²⁴. Mais on ne s'y trompera pas : à travers ces ajustements techniques, c'est bien l'expansion du fichage des étrangers et l'efficacité de la lutte contre l'immigration irrégulière qui est en cours²⁵.

La spécificité du cadre européen tient à ce que cet engrenage de nature technique rencontre la dynamique de l'intégration juridique européenne. Cette dernière pousse les institutions européennes à un développement normatif européen accru pour éviter que la diversité des réglementations nationales ne mette en échec la réalisation des objectifs européens et notamment l'efficacité des contrôles migratoires par le fichage. C'est ainsi que les institutions européennes cherchent des solutions au déficit d'européanisation des fichiers. Or ces solutions vont presque toujours dans le sens du renforcement des potentialités du fichage comme l'illustre le principe de disponibilité. Principe selon lequel les informations accessibles à certaines autorités dans un Etat membre doivent également être communiquées aux services équivalents des autres Etats membres, il est devenu la réponse européenne aux

²² SLAMA, Serge, « Immigration et libertés », *Pouvoirs*, 2009, n°130, pp. 31-47.

²³ Voir Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2009, COM/2010/0415 final.

²⁴ Dans son rapport annuel 2009 sur fonctionnement d'Eurodac, la Commission place en tête de son rapport l'indice du bon fonctionnement matériel de l'unité centrale, et notamment sa disponibilité, pour les Etats, évaluée à 99,42% du temps.

²⁵ Ainsi, en juin 2009, la Commission, qui souhaitait renforcer l'efficacité des systèmes de traitement de données, a proposé la création d'une agence opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de l'espace de liberté, sécurité et justice. Constatant la sous-utilisation des possibilités offertes par les SIS, VIS et Eurodac, elle propose une réponse technique: leur interopérabilité et le regroupement de leur gestion par une même entité. Le but est le « *développement de synergies importantes entre les fichiers* ». Cet exemple montre une logique technique générer la création d'une institution nouvelle. La Commission indique qu'à terme, l'agence devrait pouvoir être utilisée pour la gestion d'autres systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de la liberté, de la sécurité et la justice. Voir Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une agence pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, COM(2009) 292 final.

réticences des Etats face à l'interconnexion des fichiers nationaux²⁶. Soutenu par la Commission, le principe de disponibilité vise donc bien à compenser le déficit d'eupéanisation de fichiers qui restent nationaux. Le SIS, Eurodac et le VIS ne sont en effet pas des fichiers communautaires mais des interconnexions de fichiers nationaux²⁷.

De même, le projet de création d'une Agence opérationnelle se trouve au croisement de la dynamique technique et de la logique d'intégration juridique dans l'Union. En juin 2009, la Commission, qui souhaitait renforcer l'efficacité des systèmes de traitement de données, a proposé la création d'une agence opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de l'espace de liberté, sécurité et justice. Son point de départ est le constat de la sous-utilisation des possibilités offertes par les SIS, VIS et Eurodac. La réponse est le projet d'interopérabilité et de regroupement de leur organisation et gestion par une même entité. Le but, selon le vocabulaire de la commission, est le « *développement de synergies importantes entre les fichiers* ». L'exemple est d'autant plus révélateur qu'on y voit une logique technique générer la création d'une institution nouvelle. De plus, la Commission indique qu'à terme, l'agence devrait pouvoir être utilisée pour la gestion d'autres systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de la liberté, de la sécurité et la justice. Le développement du fichage résulte donc bien, en droit de l'Union, de la rencontre entre deux dynamiques, l'une technique, l'autre juridique. C'est pourquoi expansion et eupéanisation du fichage semblent aller de pair, dans un mouvement potentiellement sans fin.

C'est à cette même dynamique que l'on doit rattacher le projet soutenu par la Commission dans sa communication du 13 février 2008 *Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne*²⁸. La Commission y envisage une nouvelle génération d'instruments de gestion des frontières applicables aux États qui participent à la coopération Schengen. Il s'agit d'affiner la gestion de la circulation des européens et des ressortissants d'Etats tiers et de faciliter leur mobilité. Le recours au fichage et aux données biométriques est la clé de cette gestion.

Le mécanisme projeté est organisé autour de quatre axes. Tout d'abord, la Commission vise l'établissement d'un « régime spécifique pour les voyageurs de bonne foi », qui permettra aux ressortissants de pays tiers présentant un faible risque (les « voyageurs de bonne foi ») d'obtenir le statut de « voyageur enregistré ». Ce statut leur garantira une vérification simplifiée à leur arrivée dans l'État membre de destination. Le système reposera ensuite sur l'existence de barrières automatiques. Les voyageurs de bonne foi et les ressortissants de l'UE ayant un passeport électronique pourront faire l'objet d'une vérification automatisée à leur arrivée puisqu'un dispositif comparera les identifiants biométriques du voyageur et de ses documents de voyage et ceux qui enregistrés dans une base de données. Le troisième axe devrait être un système qui enregistrerait automatiquement le lieu et la date d'entrée et de sortie des ressortissants de pays tiers admis pour un court séjour. Ce système opérerait d'ailleurs sur la même plateforme technique que le Système d'information Schengen

²⁶ Voir Proposition de décision-cadre relative à l'échange d'information selon le principe de disponibilité, COM(2005) 490 final. Pour un commentaire, voir PINGEL, Isabelle, « Le principe de disponibilité des informations dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in *Le droit à la mesure de l'Homme, Mélanges en l'honneur de Philippe LEGER*, Pédone, 2006, pp. 257-266.

²⁷ Voir DELARUE, Jean-Marie, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, pp. 242-244. Voir aussi BARBOU des PLACES, Ségolène, « Fichiers et politique communautaire de l'immigration et de l'asile : une liaison fatale ? », in DEFFAINS, Nathalie et PLESSIX, Benoît (dir.), *Les fichiers informatiques, instruments de la politique de sécurité publique*, Presses Universitaires de Nancy, 2011 (à paraître).

²⁸ Communication de la Commission du 13 février 2008 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée « Préparer les prochaines évolutions de la gestion des frontières dans l'Union européenne », COM(2008) 69 final - Non publié au Journal officiel.

et le système d'information sur les visas (VIS). Outre les dépassements de séjour, il fournirait des données et des chiffres sur les flux migratoires. Enfin, ce dispositif serait complété d'un système électronique d'autorisation de voyage (ETA) permettant de vérifier qu'un ressortissant de pays tiers non soumis à visa remplit les conditions d'entrée, et ce, avant qu'il n'entreprenne son voyage à destination de l'Union européenne. Il serait alimenté par les données contenues dans les demandes formulées électroniquement. Ces données permettraient l'identification du voyageur ainsi que les éléments relatifs au passeport et au voyage.

La conception même de ce dispositif est révélatrice de la logique sous-jacente, qui appréhende la mobilité en Europe par le biais d'un fichage généralisé, systématique et biométrique. Il est d'ailleurs patent que dans le dispositif projeté, la différence entre les ressortissants d'Etats tiers et les citoyens de l'Union n'est pas centrale : l'enjeu est avant tout le fichage des personnes mobiles, qu'il s'agisse ensuite de faciliter ou d'entraver la mobilité. On voit donc se former une réelle politique informationnelle au niveau de l'Union et à de nombreux égards, la lutte contre l'immigration irrégulière n'est plus qu'un des nombreux aspects d'un traitement numérique beaucoup plus large. C'est le principe même de la mobilité, du franchissement de la frontière qui a vocation à être saisi par la toile numérique européenne.

Dans ce cadre, l'europanisation du fichage conduit donc à une intensification constante des contrôles migratoires. Ce mouvement doit être rapproché d'une autre tendance à l'œuvre : le contrôle de l'immigration irrégulière se fait plus dense, au fur et à mesure que les potentialités du fichage sont mieux exploitées.

B. L'extension des potentialités du fichage : l'immigration mieux maîtrisée

Une perspective macroscopique, qui met l'accent sur les développements normatifs dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, révèle un mouvement de fond. Les fichiers aidant au contrôle de l'immigration irrégulière sont progressivement absorbés par un train de réformes, dont la visée sécuritaire est dominante²⁹. Le tournant a été celui des attentats du 11 septembre, puis des attentats de New York et Madrid, qui ont conduit à l'adoption d'une série de normes ayant pour objet la protection de la sécurité publique et la lutte contre « le terrorisme, les filières d'immigration illégales, et la traite des êtres humains »³⁰. Trois ans plus tard, à Bruxelles, le Conseil européen indiquait que « le renforcement de la liberté, sécurité et de la justice passe par une approche innovante de l'échange transfrontière d'informations en matière répressive »³¹.

Cette évolution politique s'est répercutée sur l'organisation des fichiers migratoires de plusieurs manières. Tout d'abord, le fichage se fait désormais « au plus près de la personne », notamment en raison du recours à la biométrie (1). On observe également que les fichiers se transforment et tendent à devenir les instruments majeurs de la lutte contre la « fraude » (2). Enfin, les fichiers se voient confier une nouvelle fonction : contrer les stratégies de *forum shopping* (3).

1. Le fichage « au plus près de la personne »

²⁹ Pour une analyse globale de la sécurité dans les politiques de l'Union, voir BLANQUET, Marc, « L'évolution des impératifs de sécurité dans les politiques communautaires », in FLAESCH-MOUGIN, Catherine (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 13-77. Voir aussi LABAYLE, Henri « Le concept de sécurité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in FLAESCH-MOUGIN, Catherine (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 79-90.

³⁰ Selon les termes du Conseil européen de Laeken en 2001.

³¹ Conseil européen de Bruxelles, 16 et 17 décembre 2004.

La création d'Eurodac a traduit un saut qualitatif dans la pratique du fichage européen des étrangers. En fichant les empreintes digitales et donc en recourant à la biométrie, Eurodac a pour fonction d'identifier les personnes : il s'agit de déterminer avec certitude qui est le demandeur d'asile pour savoir s'il n'a pas déjà demandé l'asile dans un autre Etat membre. De manière générale, le recours aux données biométriques change la nature du fichage. En allant au plus proche de l'intimité de la personne³², le fichage garantit – on le suppose en tous les cas – une plus grande certitude, une fiabilité³³. Le contrôle se veut absolu, l'ambition n'étant plus seulement de savoir quoi faire avec un étranger, mais d'être certain qu'il est celui qu'il prétend être³⁴. Or, les institutions de l'Union soutiennent la généralisation du recours à la biométrie : le SIS II, comme le VIS, accueilleront des données biométriques. Selon le Règlement SIS, le traitement des données biométriques aide à l'identification correcte des personnes concernées. Quant à l'introduction d'identifiants biométriques dans le VIS, elle doit permettre d'établir un lien plus fiable entre le titulaire du visa et le passeport afin de prévenir l'usage de fausses identités.

La reconnaissance biométrique modifie donc le contrôle migratoire qui n'est plus seulement le contrôle de données écrites ou l'action d'un garde-frontière qui s'assure de la ressemblance entre un visage et une photographie sur un passeport. L'usage de la biométrie, qui a pour objet de réduire la marge d'erreur de l'identification visuelle, rend l'identification beaucoup plus mécanique et systématique. Les fichiers deviennent donc l'outil d'identification des étrangers par excellence car ils ont une double fonction : comparer des données aux fins de la vérification d'information ou de l'authentification d'une personne (le fichier permet de savoir si l'on est bien face à la personne que l'on croit) et identifier (le fichier sert ici à répondre à la question : qui est cette personne dont je détiens les empreintes digitales ?)³⁵. Ces deux usages distincts des données du fichier sont désormais possibles. Ils représentent autant de modes possibles d'exploitation de l'outil informatique aux fins de lutte contre l'immigration irrégulière.

Les données biométriques inscrites dans Eurodac lui permettent de remplir une dernière fonction : la traçabilité de l'étranger. Les autorités nationales n'ignorent pas que les étrangers sont parfois tentés, pour faire échec à l'application des critères du règlement Dublin, de taire la vérité sur leur parcours ou sur leur séjour dans un Etat membre. C'est précisément la fonction d'Eurodac que d'empêcher le demandeur d'asile de choisir l'Etat dans lequel il va demander l'asile. La fonction du fichage des étrangers en situation irrégulière est donc ici très claire : il s'agit de retracer une « *vérité migratoire* » qui permettra d'appliquer mécaniquement les critères Dublin. Cette idée apparaît nettement dans le dernier rapport de la Commission au Parlement et au Conseil sur les activités de l'unité centrale d'Eurodac³⁶. On y voit la Commission s'efforcer, à partir des indications inscrites dans Eurodac par les Etats, de comprendre quels sont les itinéraires des personnes entrées irrégulièrement sur le territoire de

³² Voir DUBEY, Gérard, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cahiers internationaux de sociologie*, volume CXXV, Juillet-Décembre 2008, pp. 263-279.

³³ Voir THOMAS, Rebekah, « Biometrics, International Migrants and Human Rights », *European Journal of Migration and Law*, 7, 2005, pp. 377-411.

³⁴ L'on retrouve ici la croyance dans la toute-puissance de la technologie qui permettrait « l'émancipation cognitive (par le savoir) ». Mais on conviendra que la multiplication de ces instruments engendre également une « tyrannie de la transparence » selon les termes de BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « Les nouvelles technologies », *Pouvoirs*, 130/2009, p. 65.

³⁵ Voir sur les différents usages des fichiers européens, DELARUE, Jean-Marie, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président GENEVOIS*, Dalloz, pp.233-303.

³⁶ Voir Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Rapport annuel sur les activités de l'unité centrale d'EURODAC en 2009, COM/2010/0415 final.

l'Union avant de demander l'asile. Ces exemples montrent à quel point le fichage est devenu un instrument incontournable de la lutte contre l'immigration irrégulière : l'instrument numérique est à la fois un outil de partage d'information sur les personnes, d'identification et de traçabilité. Le fichage mis en place par l'Union européenne permet donc un contrôle très dense de l'immigration dont l'enjeu est avant tout la lutte contre l'immigration non autorisée. Les mailles du filet numérique se resserrent autour du ressortissant d'Etat tiers.

2. Le fichage, outil de lutte contre la « fraude » des étrangers

Sous l'influence du contexte de sécurisation de l'espace de liberté, sécurité et justice, les fichiers créés pour gérer les migrations évoluent. Cette évolution tient essentiellement à la dilution progressive de leurs finalités migratoires dans des finalités plus sécuritaires. Originellement conçus comme des outils de gestion des migrations et/ou d'accompagnement de la liberté de circulation, le SIS et Eurodac ont progressivement été utilisés à d'autres fins, de protection contre des menaces beaucoup largement définies, notamment la lutte contre le terrorisme ou la traite des êtres humains. Pour le SIS, la mutation a été opérée à l'occasion du passage du SIS I au SIS II qui a conduit, selon les termes du Contrôleur européen de la protection des données (ci-après CEPD), à une extension « rampante » des fonctions du SIS³⁷. Cette impression générale de dilution des finalités migratoires des fichiers dans un objectif plus large et sécuritaire est largement confortée par l'examen des finalités du VIS³⁸. Dès la proposition de règlement VIS du 28 décembre 2004, la Commission indiquait que l'objet du VIS devait être de contribuer « à la sécurité intérieure des Etats, qui constitue un objectif horizontal et un critère essentiel de la politique commune en matière de visas »³⁹.

En parallèle, on assiste à une confusion croissante entre les finalités et les potentialités des fichiers. La plupart des normes adoptées à partir des années 2004-2005 ouvrent en effet largement l'accès aux données contenues par ces fichiers à Europol ou aux autorités répressives nationales⁴⁰. L'évolution est substantielle : elle consiste à octroyer aux services

³⁷ Avis du Contrôleur européen de la protection des données du 19 avril 2006 sur la proposition de décision du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) (COM(2005)230 final), la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) (COM(2005) 236 final) et la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'accès des services des États membres chargés de l'immatriculation des véhicules au système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) (COM(2005) 237 final), (2006/C 91/11).

³⁸ L'article 2 du règlement 767/2008 liste les finalités du fichier. Il s'agit d'améliorer la coopération consulaire, et faciliter la procédure de demande de visa. Le VIS doit donc éviter que les critères de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande ne soient contournés ; faciliter la lutte contre la fraude ; faciliter l'application du règlement Dublin II. Enfin, le VIS a pour finalité de contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des Etats membres. Se mêlent donc des objectifs d'administration des migrations et des finalités plus générales, de protection de la sécurité des Etats et de lutte contre la fraude.

³⁹ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour, du 28 décembre 2004, SEC(2004)1628.

⁴⁰ Dans le texte d'origine de la CAAS, les seules autorités habilitées à accéder aux données intégrées au SIS sont les instances compétentes pour la délivrance des visas et les autorités compétentes chargées des titres de séjour et de l'administration des étrangers. Mais les deux textes adoptés sous présidence espagnole consacrent un double élargissement : ils autorisent l'accès d'Europol et des membres nationaux d'Eurojust à certaines données stockées dans le SIS; ils consacrent l'accès des autorités judiciaires nationales responsables des poursuites dans le cadre des procédures pénales. Il en va de même pour Eurodac. Le règlement de 2000 n'ouvrait l'accès aux données stockées qu'aux autorités chargées de l'immigration. Mais le 14 septembre 2009, la Commission a annoncé son intention d'élargir la liste des personnes habilitées à consulter la base de données dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et autres infractions pénales (comme la traite des êtres humains et le trafic des stupéfiants). Devraient pouvoir consulter les données Eurodac Europol et les autorités « chargées de la prévention et de la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves, ainsi que des enquêtes

répressifs l'accès à des données à caractère personnel relatives à des personnes qui ne sont soupçonnées d'aucune infraction. Consulté sur cette évolution programmée d'Eurodac, le CEPD l'a considérée discutable, notamment parce qu'elle aura des conséquences pour un groupe social particulièrement vulnérable, les demandeurs d'asile, qui risquent d'être stigmatisés. Le fait d'octroyer aux services répressifs l'accès à des données à caractère personnel relatives à des personnes qui ne sont soupçonnées d'aucune infraction est très discutable, lesdites données ayant été collectées à d'autres fins⁴¹.

Cette évolution est surtout un exemple de confusion entre les finalités des fichiers et leur utilité, leur potentiel. Les fichiers européens, avec leurs millions d'informations, sont désormais appréhendés comme une ressource précieuse pour les autorités judiciaires et répressives. Ils apparaissent comme des réceptacles de données, des sources ouvertes auxquelles les autorités chargées des services répressifs ou des migrations peuvent aller puiser. De surcroît, l'évolution en cours ne peut qu'être renforcée par les projets visant à développer l'interopérabilité des bases de données européennes⁴². Ces projets trahissent le rapport que les Etats souhaitent entretenir avec les fichiers créés pour gérer les migrations : ils les organisent comme un vivier, un stock d'informations sensibles, consultables au gré des besoins des autorités répressives des Etats. Logiquement, les finalités explicites (migratoires) du fichier perdent donc leur importance, devant un intérêt général qui commande, au nom de l'efficacité, de pouvoir utiliser sans limite les données disponibles. La finalité d'un fichier s'apprécie désormais au prisme d'un impératif transversal: la sécurisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

C'est cette imprégnation sécuritaire du cadre de fonctionnement des fichiers qui conduit, imperceptiblement, à une évolution de leur fonction et de leur nature : les fichiers européens deviennent des outils de lutte contre la « fraude » des étrangers. Alors que les actes créant le SIS ou Eurodac leur attribuent une fonction classique d'administration des étrangers, - la lutte contre l'immigration irrégulière n'étant d'ailleurs qu'une des fonctions de ces fichiers-, le droit de l'Union les transforme progressivement en instruments de lutte contre la fraude en matière migratoire.

Or, la notion de « fraude » s'entend largement dans ces textes. Sans surprises, elle désigne les situations d'accès (ou de séjour) non autorisé au territoire européen. Le SIS a eu dès sa création pour objet d'empêcher ces flux migratoires non autorisés. Mais les actes juridiques réformant le SIS et Eurodac révèlent que des significations périphériques s'agrègent à cette définition de la fraude ou de l'irrégularité. Les fichiers sont ainsi modelés pour devenir les outils de la sécurisation d'un système migratoire que les ressortissants d'Etats tiers souhaitent dévoyer en « trichant », c'est-à-dire en contournant les règles pour entrer en Europe ou y rester. Cette lecture des pratiques migratoires est pratiquée par la Commission, notamment dans sa décision du 24 novembre 2005 sur l'interopérabilité des données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures⁴³. Elle y stigmatise l'usurpation d'identité, la destruction des documents d'identité et les faux, qui rendent le processus d'identification des étrangers long et coûteux. Puis elle présente les fichiers

en la matière ». De plus les critères stricts de l'accès à Eurodac par les autorités répressives ne s'appliquent pas à l'accès d'Europol, qui peut introduire des demandes de comparaison aux fins d'une analyse spécifique ou d'une analyse générale et de type stratégique.

⁴¹ Le CEPD y voit donc un véritable changement de finalités, le fichier étant désormais chargé de contribuer à la prévention et la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves.

⁴² En 2005, la Commission a ouvert la question en proposant l'amélioration de l'interopérabilité technique entre les systèmes d'informations existant dans le domaine de la justice et des affaires intérieures : Communication de la Commission européenne, du 24 novembre 2005, sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures et sur la création de synergies entre ces bases, COM(2005) 597 final - non publiée au Journal officiel.

⁴³ *Ibidem*.

européens comme l'outil décisif pour lutter contre ces pratiques frauduleuses en matière migratoire. Signe de la méfiance à l'égard des fraudes, le Règlement SIS II introduit d'ailleurs une nouvelle procédure pour lutter contre l'usurpation d'identité. Si lors de l'introduction d'un signalement, il apparaît qu'il existe déjà dans le SIS une personne correspondant à la même description, le bureau Sirene prend contact avec l'autorité pour vérifier s'il s'agit de la même personne. En outre, des données complémentaires peuvent être introduites dans le SIS lorsqu'il est possible de confondre la personne effectivement visée par un signalement et une personne dont l'identité a été usurpée⁴⁴.

L'accent mis sur cette dimension frauduleuse des pratiques migratoires fait donc évoluer sensiblement le format de ces fichiers, qui tendent à devenir progressivement des fichiers d'enquête⁴⁵ et s'éloignent ainsi de leur fonction originelle de fichiers d'administration de l'immigration. Mais surtout, la référence constante à la fraude, au détournement de procédure, au faux, connote d'une manière particulière la notion d'immigration « irrégulière » et la rapproche de la notion d'infraction. Dans la même lignée, les fichiers sont conçus pour déjouer les pratiques de *forum shopping*.

3. Le fichage contre les pratiques de *forum shopping*

Les fichiers européens sont enfin conçus pour lutter contre le *forum shopping*, une autre pratique progressivement considérée comme relevant de l'immigration « irrégulière ». La finalité d'Eurodac et du VIS est en effet d'empêcher un ressortissant d'Etat tiers de choisir, entre les Etats membres, celui qui lui paraît le plus à même de lui accorder un visa, d'autoriser son séjour ou de lui accorder le statut de réfugié. Ces pratiques dites de *l'asylum shopping* ou du *visa shopping* sont considérées comme abusives et comme relevant de l'univers de l'immigration irrégulière. La mise en place d'Eurodac et du VIS a précisément eu pour but de remédier aux tentatives des étrangers d'accéder en Europe par l'Etat membre de leur choix – et à leur volonté de demander l'asile dans l'Etat membre de leur préférence. C'est d'ailleurs parce qu'Eurodac a été créé pour lutter contre *l'asylum shopping*, - entendue comme le dépôt de demandes d'asile multiples et/ou la tentative de demander l'asile dans l'Etat supposé le « plus généreux » en termes de protection – qu'il recueille les empreintes digitales des demandeurs d'asile. Quant aux normes qui instituent le VIS, elles lui assignent explicitement pour finalité de lutter contre le *visa shopping*, c'est-à-dire le dépôt simultané ou successif d'une demande de visa dans auprès de plusieurs services consulaires. Le fichier VIS contraindra cette stratégie en informant des multiples demandes de visa en cours toutes les autorités consulaires.

Ce faisant, le fichage européen participe de l'évolution de la qualification de ce qu'est l'« irrégularité ». En créant un fichier dont le but est d'empêcher les stratégies de *forum shopping*, les institutions communautaires obèrent toute possibilité de discuter l'idée que le *shopping* n'est pas en soi une irrégularité, encore moins une fraude, mais simplement l'expression d'une capacité de choisir l'Etat dans lequel on prétend demander l'asile. On doit pourtant se demander ce qu'il y a de frauduleux dans la tentative d'un Irakien de préférer demander l'asile en Suède (où il a des chances non négligeables de se voir reconnaître le statut de réfugié) plutôt qu'en Grèce (où il n'en a quasiment aucune)⁴⁶. Mais dès lors que c'est

⁴⁴ Article 36 du règlement n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO n° L 381 du 28 décembre 2006, pp. 4-23.

⁴⁵ Cette position est défendue par Evelien Brouwer, pour qui il est temps de se demander si le SIS est un fichier administratif ou un instrument d'intelligence : BROUWER, Evelien, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

⁴⁶ Voir l'arrêt du 31 janvier 2011 de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *M.S.S contre Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

l'objet même d'un fichier européen de lutter contre ces pratiques, la contestation de la réalité de la fraude est immédiatement disqualifiée. On observe donc comment une norme sur le fichage participe de la fabrique de l'irrégularité et y inclut désormais le procédé de comparaison des normes juridiques et la tentative de rattachement à celle qui protège plus.

En somme, l'europanisation du fichage contre l'immigration irrégulière répond à des objectifs propres. Il s'agit, par la mise en commun de moyens ou d'informations, de multiplier les contrôles migratoires pour rendre l'immigration irrégulière plus difficile et incertaine. Mais l'enjeu est aussi, dans la mouvance sécuritaire qui anime la réforme des fichiers d'étrangers, de densifier les contrôles. Les mouvements des étrangers sont appréhendés au plus proche de leur réalité physique. Les tentatives de contourner le système numérique, d'une façon licite ou non, sont entravées par les fonctionnalités nouvelles assignées aux fichiers. La mutation d'Eurodac et du SIS (et l'adjonction du VIS) est symptomatique d'une évolution de la lutte numérique contre l'immigration irrégulière : c'est d'une tentative de saisie de l'étranger dont il s'agit. Au fond, le développement simultané d'une logique sécuritaire et d'une « politique d'informationnelle » crée une dynamique qui englobe et modèle le fichage aux fins de lutte contre l'immigration irrégulière. Celui-ci est donc progressivement enchâssé dans ce que Sylvia Preuss-Laussinotte nomme la « globalisation informatique des politiques de sécurité européenne »⁴⁷.

L'enjeu de ces développements est considérable pour les libertés. Il convient donc de déterminer si la légalité européenne offre des garanties adéquates aux étrangers qui font l'objet d'un fichage. On observe que les normes européennes sont nombreuses et les garanties prévues importantes. Mais paradoxalement, la multiplication des normes protectrices ne garantit pas une protection adéquate. Dans le maillage juridique d'une légalité répartie sur plusieurs niveaux, les libertés des étrangers fichés risquent de n'être que nominales.

II. Les libertés de l'étranger dans les mailles de la légalité européenne

Le fichage réalisé par le biais du SIS et d'EURODAC (et du VIS quand il entrera en fonction) est encadré par un corpus normatif important et incontestablement protecteur des libertés des étrangers fichés. Des garanties multiples, émanant tant des droits européens que nationaux, sont accordées par des instruments ayant pour vocation générale la protection des droits fondamentaux ou qui visent plus spécifiquement la protection des données personnelles⁴⁸. Mais il ne s'agit pas d'en faire ici une présentation exhaustive. On voudrait plutôt montrer combien l'ensemble formé, hétéroclite, est inadapté à la situation d'un étranger fiché au SIS ou dans Eurodac. L'ensemble de ces normes ressemble plus à un écheveau de garanties qu'à un droit commun de la protection. Il en résulte donc, pour l'étranger fiché, une protection dispersée et à géométrie variable (A). De plus, la légalité européenne souffre d'un déficit d'effectivité : elle est largement inadaptée à la réalité matérielle d'un fichage de dimension européenne (B).

A. La faillite de la construction d'un droit commun de la protection : des garanties dispersées et inégales

⁴⁷ PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, Bibliothèque de droit public, tome 209, L.G.D.J., 2000.

⁴⁸ Voir la rubrique « Fichiers informatiques », *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, mise à jour 40, pp. 869-902. Voir aussi le mémoire de Master II soutenu par Agathe WILLAUME à la Faculté de droit d'Amiens en juin 2009 : WILLAUME, Agathe, *Les fichiers VIS, SIS II, Eurodac et les droits fondamentaux. Contribution à une étude de l'équilibre entre sécurité et liberté en Europe*.

Deux raisons principales permettent de parler de « faillite de la construction d'un droit commun de la protection »⁴⁹ : la protection est dispersée entre plusieurs niveaux (1) et les garanties sont modulables par les Etats, de sorte que la protection est à géométrie variable (2).

1. Une protection dispersée

Les normes européennes relatives aux garanties des personnes fichées, invocables par un étranger qui serait signalé au SIS, au VIS ou dans Eurodac, relèvent de trois niveaux distincts de réglementation : le Conseil de l'Europe, l'Union européenne et le niveau national. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, c'est la Convention européenne des droits de l'Homme qu'il convient de citer pour commencer, très largement développée par la Cour européenne des droits de l'Homme attentive au droit au respect de la vie privée. Mais à côté de cette norme « généraliste », on trouve la Convention 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, entrée en vigueur en 1985. Signée par les Etats membres de l'Union européenne, elle énonce des principes dont on considère qu'ils sont les piliers de la protection européenne en matière de protection des données : ils sont relatifs à la qualité des données, au droit d'accès et de rectification, au droit d'effacement, traitent du droit au recours et imposent le non traitement des données sensibles. Cette Convention 108 a été complétée par la recommandation R(87)15⁵⁰ adoptée en 1987 pour réglementer l'usage des données personnelles dans le secteur de la police et qui impose notamment que les données administratives ne soient pas soumises aux règles applicables aux données de police. La recommandation, on le mesure, présente un intérêt particulier et offre une réponse intéressante à la mutation des finalités des fichiers migratoires.

Outre les normes adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe, des normes communautaires ont également pour objet de protéger les données personnelles et sont donc applicables aux étrangers signalés dans le SIS, Eurodac ou le VIS. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux, dont la valeur juridique contraignante est désormais acquise, présente l'intérêt d'offrir un article 8 *Protection des données à caractère personnel* au titre duquel chacun a droit à cette protection et qui impose que les données soient traitées loyalement, avec le consentement de la personne ou sur le fondement d'une disposition législative, pour des fins déterminées⁵¹. Mais le cœur de la protection offerte par le droit de l'Union n'est sans doute pas là. Il se trouve dans les normes de droit dérivé adoptées par les institutions de l'Union, notamment la directive 95/46 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁵². La directive harmonise les législations des Etats membres en matière de protection des données

⁴⁹ Pour reprendre l'expression utilisée in GREWE, Constance et BRODIER, Hélène, « Libertés et fichiers », Fasc. 680, *Jurisclasseur Libertés*.

⁵⁰ Recommandation n° R (87) 15 du comité des ministres aux Etats membres visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police (adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410e réunion des Délégués des Ministres).

⁵¹ En outre, l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant » et appelle l'adoption, par le Parlement européen et le Conseil, de « règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les Etats membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes ».

⁵² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, pp. 31-50. Voir PONTHEAU, Marie-Claire, « La directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données », *RFDA*, janvier-février 1997, pp. 125-139.

et énonce les obligations qui pèsent sur les autorités chargées des traitements de données personnelles et les droits des personnes fichées⁵³. Elle crée également une instance, *le groupe de l'article 29*, constitué de représentants des autorités nationales de contrôle, dont le but est de contribuer à élaborer des règles européennes en matière de protection des données personnelles. Ce groupe a pris des positions très remarquées, notamment à l'occasion de l'insertion d'éléments biométriques dans le VIS.

La faiblesse du système vient de ce que les garanties prévues par la directive de 1995 ne sont applicables qu'aux autorités nationales. Or, dès lors que l'activité de fichage fait intervenir des entités communautaires, ce qui est le cas des fichiers SIS et Eurodac, il fallait également réglementer cette activité susceptible d'atteindre les libertés individuelles. C'est pourquoi le règlement 45/2001 relatif à la protection des données personnelles par les organes communautaires⁵⁴ a été adopté. Il est le complément de la directive de 1995 car il est relatif aux données traitées par les institutions et organes communautaires. Il s'applique donc au SIS, à Eurodac et potentiellement au VIS. Ce règlement crée une autorité de contrôle proprement communautaire : le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) qui est une autorité de contrôle indépendante chargée de surveiller les opérations de traitement effectuées par les institutions de l'Union et qui collabore avec le groupe de l'article 29. Enfin, à côté de ces normes applicables à toute personne dont les données font l'objet d'un traitement automatisé, signalons que les normes créant les fichiers SIS⁵⁵, Eurodac et VIS contiennent diverses dispositions qui visent spécifiquement à conférer des garanties aux étrangers fichés. On note même une tendance à l'accentuation de la protection au sein même du texte instituant le fichier, comme l'illustre la décision du Conseil de 2007 créant le SIS II, qui comporte un chapitre XII sur la protection des données et un chapitre XIII « Responsabilités et sanctions »⁵⁶.

Sans aucun doute, ces textes énoncent un « standard minimum » ; ils fixent des principes du fichage, les droits des personnes fichées et imposent la mise en place de mécanisme de contrôle du traitement des données personnelles⁵⁷. Mais si un contenu se forme, suffisamment

⁵³ Sommairement, on peut résumer le contenu de la directive en quelques points. Elle énonce les obligations des responsables des traitements de données et précise les règles sur la qualité des données (licéité et loyauté), les principes de sécurité et confidentialité des données traitées. Elle clarifie ensuite les droits des personnes concernées par le traitement des données à caractère personnel : droit à l'information, quand les données sont recueillies directement auprès de la personne ou quand elles sont collectées auprès d'un tiers. Au minimum doivent être communiquées l'identité du responsable et la finalité du traitement, ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires des données. De même, sont énoncés le droit d'accès aux données concernant la personne et la rectification de ces données, c'est-à-dire le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que les données la concernant sont ou ne sont pas traitées ainsi que les informations portant au moins sur les finalités du traitement, les catégories de données sur lesquelles il porte et les destinataires ou les catégories de destinataires auxquelles les données sont communiquées. La personne a le droit à la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la directive. La directive énonce également le droit de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que les données le concernant fassent l'objet d'un traitement. Elle consacre un droit à l'oubli relatif à la durée de conservation des données : les données ne peuvent être conservées que pour une durée nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées. Enfin, la directive interdit le transfert des données personnelles vers les Etats tiers qui ne disposent pas d'un niveau de protection adéquat.

⁵⁴ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12.1.2001, pp. 1-22.

⁵⁵ Voir SCHATTENBERG, Bernd, « The Schengen Information System : Privacy and Legal Protection », in SCHEMERS, Henry et al. (dir), *Free Movement of Persons in Europe. Legal Problems and Experience*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 43-57.

⁵⁶ Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L n° 205 du 7 juillet 2007, pp. 63-84.

⁵⁷ On renverra à l'étude très complète de Constance GREWE et Hélène BRODIER, « Libertés et fichiers », Fasc. 680, *Jurisqueur Libertés*.

homogène pour que l'on puisse y voir un « standard » de protection, on conviendra du paradoxe fort bien énoncé par Sylvia Preuss-Laussinotte : « globalement, la protection des données personnelles est décevante malgré – à cause ? - de la profusion des textes »⁵⁸.

Cette analyse est confortée par le rôle central joué, en matière de libertés des étrangers fichés, par le troisième niveau de protection : le niveau national. Il est même déterminant dans le cas du SIS, du VIS, (et même Eurodac mais à un degré moindre) car ces fichiers ne sont pas, en raison de leur structure technique, des fichiers communautaires centralisés : ce sont des systèmes de mise en réseau de fichiers nationaux interconnectés. Ces fichiers sont même souvent qualifiés de « fichiers en étoile » car, comme le montre l'exemple du SIS, chaque Etat possède une part nationale du fichier qu'il alimente au bénéfice de tous les autres et seule une partie technique sert à accéder aux données des autres, étant commune à tous. La partie centrale de l'étoile, le C-SIS également appelé « fonction de support technique » n'a donc pas pour rôle de stocker l'information mais de servir d'intermédiaire dans l'échange d'informations.

Cela emporte une conséquence immédiate du point de vue de la garantie des personnes : la partie C-SIS est gérée au niveau communautaire alors que les parties nationales du fichier, les fichiers nationaux nommés N-SIS et qui alimentent le SIS, sont gérés par des instances nationales. Dès lors, deux types de normes s'appliquent à une seule activité de fichage : pour l'activité du C-SIS, le règlement 45/2001 et la surveillance du bon fonctionnement est assurée par le CEPD ; pour l'activité des N-SIS, les garanties sont celles que prévoit le droit national applicable, dans le cadre énoncé par la directive 95/46 mais également dans le creux de ce cadre. Il y a donc une forte incongruité dans ce dispositif, puisqu'une même activité de fichage est régie par des normes différentes selon la partie technique du fichier concernée. Ce pourrait n'être qu'une architecture juridique à étages sans conséquences si les garanties offertes aux étrangers fichés par tous les Etats membres étaient comparables, mais il n'en est rien.

2. Une protection à géométrie et intensité variables

A la dispersion de la légalité européenne, s'ajoute la variabilité de la protection des étrangers fichés. Cette dernière découle de la place laissée aux droits nationaux et de leur disparité. L'omniprésence des droits nationaux a longtemps été confortée par le découpage de l'action européenne en piliers, qui rendait inapplicable le droit communautaire aux actions relevant du troisième pilier⁵⁹. L'impact était immédiat pour un fichier comme le SIS qui est à cheval sur deux piliers. En effet, les éléments relatifs à la politique d'asile et d'immigration relevaient du premier pilier alors que les données inscrites à des fins de sécurité relevaient du troisième pilier de sorte que la directive de 1995 est devenue inapplicable à une partie de son activité. Ce phénomène a été accentué avec la réforme du SIS qui renforce la mixité des finalités du SIS II. D'où l'objectif d'adopter un texte de base susceptible d'apporter, dans le cadre des activités du troisième pilier, les mêmes garanties que celles apportées au premier pilier par la directive 95/46. Ce ne fut chose faite qu'en 2008 avec l'adoption de la décision-cadre relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale⁶⁰. Avec l'entrée en vigueur du traité de

⁵⁸ PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures & Conflits*, 64, hiver 2006, p. 82.

⁵⁹ Voir GUILD, Elspeth, « Sécurité et protection des données personnelles dans l'Union européenne », in FLAESCH-MOUGIN, Catherine (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 151-162.

⁶⁰ La proposition de Décision-cadre relative à la protection des données dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale date de 2001. La décision-cadre a donc été adoptée très tardivement par le Conseil de l'Union européenne le 27 novembre 2008. Voir PEYROU-PISTOULEY, Sylvie, « La protection des données à

Lisbonne, qui supprime les piliers, on peut considérer que le droit des données personnelles de l'Union européenne est aujourd'hui largement unifié. Cette vision doit toutefois être nuancée, non seulement parce que le deuxième pilier forme toujours une dérogation de taille, mais aussi parce qu'il n'est pas certain que l'on puisse totalement aligner les régimes spéciaux fonctionnant au sein du troisième pilier sur le régime de droit commun.

Dans ce cadre morcelé, le renvoi systématique à des droits nationaux qui sont très différents les uns des autres affaiblit considérablement la garantie européenne des étrangers fichés. Dans les nombreux interstices de la légalité européenne, chaque droit national exprime sa propre vision des garanties à donner aux personnes signalées. Certes, la directive de 1995 a tenté de rapprocher les protections accordées par les législations nationales aux personnes fichées mais elle ne conduit pas à une harmonisation exhaustive. Elle renvoie aux droits nationaux pour la définition de questions aussi centrales que les modalités d'accès aux données, leur rectification, l'organisation de recours ou encore le régime des sanctions. Or, des différences considérables demeurent entre les droits nationaux, qu'il s'agisse de l'organisation des autorités de contrôle qui opèrent un contrôle a priori (destiné à assurer les buts, contenus et fonctionnement du traitement automatisé) ou contrôlent l'exécution des traitements. On retrouve les mêmes disparités quant au contrôle exercé par le juge national sur les décisions de l'autorité administrative indépendante ou sur la licéité de l'usage des traitements par l'administration⁶¹.

Ajoutons que les normes établissant les trois fichiers migratoires renvoient également, et de façon constante, aux droits nationaux pour établir les règles relatives au fichage, au contrôle de la licéité du fichage, aux garanties apportées aux personnes signalées. Alors que les fichiers sont qualifiés de fichiers européens, on doit faire le constat que les Etats sont seuls juges de l'opportunité de l'inscription d'un signalement dans la base de données. Or, le renvoi à des normes qui sont très hétérogènes est problématique. Ainsi, au titre de l'alinéa 2 de l'article 96 de la CAAS (qui prévoit les hypothèses de signalement des personnes au SIS aux fins de non-admission), les décisions peuvent être fondées sur la menace pour l'ordre public ou la sécurité que peut constituer la présence d'un étranger sur le territoire national⁶². Mais l'article 96 se contente de donner une liste non limitative des hypothèses de fichage, ce qui autorise toute pratique nationale de fichage. En outre, parce que l'ordre public - qui justifie le fichage - reste une notion nationale, les Etats disposent d'une grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre des opérations de signalement. Sans surprise, les Etats font une interprétation très variable de l'article 96, qui conduit les Etats allemand ou français à signaler massivement⁶³, alors que le Portugal fiche très rarement des personnes à qui il faut

caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress... », *RTDE*, Vol. 46, N° 3, 2010, pp. 775-790. Voir aussi BELLANOVA, Rocco, « Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique », *Cultures & Conflits*, 74, été 2009, pp. 63-80.

⁶¹ Voir sur ce point DELARUE, Jean-Marie, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, pp. 277 et s.; SCHATTENBERG, Bernd, « The Schengen Information System: Privacy and Legal Protection », in SCHERMERS, Henry G. et al. (dir), *Free Movement of Persons in Europe, Legal Problems and Experiences*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 43-57. Ou encore, pour les difficultés de protection dues à l'existence des piliers, DUMORTIER, Franck et POULLET, Yves, « La protection des données à caractère personnel dans le contexte de la construction en piliers de l'Union européenne », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 29, juillet-août 2007, pp. 76-86.

⁶² Tel peut « notamment être le cas d'un étranger qui a été condamné pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ; d'un étranger à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves ». Enfin, selon l'alinéa 3, « les décisions peuvent également être fondées sur le fait que l'étranger a fait l'objet d'une mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion non rapportée ni suspendue ».

⁶³ Voir les chiffres de signalement opérés dans le SIS, cités par DELARUE, Jean-Marie, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du*

refuser l'entrée. Les Etats scandinaves⁶⁴ pour leur part, estiment que l'inscription au SIS ne doit se faire que pour des crimes et délits significatifs.⁶⁵ L'enjeu est considérable car le signalement « mécanique » opéré par l'autorité allemande ou française a désormais un effet européen et s'impose aux autorités réticentes, portugaise ou scandinaves. Un problème naît donc de la confrontation entre l'eupéanisation des effets du fichage et le caractère décidément national de la protection accordée aux étrangers fichés.

D'autant que le même type de disparités se rencontre quand on s'intéresse au type de signalement inscrit⁶⁶, à la responsabilité de modifier ou retirer les données fichées inexactes ou les signalements obsolètes, ou à l'exercice du droit d'accès des personnes aux données fichées. De telles différences de pratique dans le retrait des signalements⁶⁷ illustrent une eupéanisation fantomatique et problématique alors que sont en cause les libertés des personnes fichées. On conviendra que si le droit européen détermine les droits reconnus aux personnes inscrites dans les bases de données européennes, c'est bien le droit interne qui détermine les modalités d'exercice de ces droits⁶⁸. Mais ce constat est préoccupant dès lors que la très forte hétérogénéité des garanties nationales conduit à offrir aux étrangers une protection variable selon le lieu où ils se trouvent ou l'Etat qui les a signalés et qui contraste singulièrement avec l'eupéanisation en cours des contrôles migratoires par le fichage.

Faut-il pour assombrir encore le tableau, faire mention des dispositions des directives de 95 et du règlement 2001⁶⁹, qui accentuent encore la variabilité de la protection en permettant aux Etats de déroger aux règles et garanties européennes pour le motif de protection de l'ordre public ou la sécurité⁷⁰ ? Outre le fait que la définition de l'ordre public reste nationale et ouvre donc la voie à une application différenciée de la dérogation, l'évolution progressive des mutations des fichiers conduit à penser que les Etats pourraient être tentés d'invoquer de façon croissante la protection de la sécurité publique pour justifier une application différenciée ou dérogatoire des règles de fond posées par les normes européennes.

L'arrêt *Dalea contre France* du 2 février 2010 de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas de nature à rassurer l'observateur car elle confirme la prudence du juge européen face à la sûreté de l'Etat. L'affaire concernait un Roumain signalé aux fins de non admission au SIS par les autorités françaises. Il apprend le signalement lorsque l'Ambassade

Président GENEVOIS, Dalloz, p. 240, établis à partir des demandes de contrôle à la CNIL : l'Allemagne représenterait presque la moitié des fichages, la France 35%, l'Italie 10%.

⁶⁴ Voir GUILD, Elspeth et BIGO, Didier, « 2. Désaccords aux frontières et politique des visas : les relations entre Schengen et l'Union », *Cultures & Conflits*, N°49 1/2003, pp. 38-70.

⁶⁵ Une même disparité dans les pratiques se retrouve pour Eurodac : la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Italie transmettent à elles seules environ la moitié des données : Voir DELARUE, Jean-Marie, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁶ Pour plus détails, voir SAAS, Claire, « Les refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 50, 2/2003, pp. 63-83, p. 76.

⁶⁷ Voir sur ce point les éléments donnés par la Commission dans la Proposition de règlement du parlement européen et du Conseil concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement CE n°.../... [établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, COM (2008) 825 final.

⁶⁸ SAAS, Claire, « Les refus de délivrance de visas fondés sur une inscription au Système Information Schengen », *Cultures & Conflits*, n° 50, 2/2003, pp. 63-83, p. 76.

⁶⁹ De même, l'art. 20 du règlement 2001 prévoit que les droits des personnes fichées peuvent être limités s'il est nécessaire pour « assurer la sûreté nationale, la sécurité publique et la défense des Etats membres »

⁷⁰ Ainsi, l'article 3 de la directive déclare hors de son champ d'application les traitements de données à caractère personnel « ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal ». Quant à l'article 13, il autorise les Etats à limiter la portée des obligations et des droits prévus lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la sûreté de l'Etat, la défense, la sécurité publique, la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou de manquements à la déontologie dans le cas des professions réglementées, etc.

d'Allemagne en Roumanie lui a refusé un visa. Saisie par l'intéressé, la CNIL a refusé de communiquer au requérant les données du SIS, de les supprimer et les rectifier⁷¹. La Cour n'a donc pas conclu à la violation de la CEDH car le but ultime du requérant « en formulant ces demandes et en saisissant la CNIL puis le Conseil d'Etat était d'obtenir le droit d'entrer et de circuler dans les pays composant l'espace Schengen » de sorte que « l'instance en cause présente des liens étroits avec la réglementation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, et notamment avec la procédure de délivrance des visas ». Sur ce point la Cour a suivi sa jurisprudence habituelle. S'agissant du fait que le requérant est inscrit au SIS depuis 1989, ce qui lui interdit l'accès au territoire de tous les Etats Schengen, elle a en effet conclu que pour ce qui concerne « l'entrée sur un territoire, les Etats jouissent d'une marge d'appréciation importante quant aux modalités visant à assurer les garanties contre l'arbitraire auxquelles une personne placée dans cette situation peut prétendre ». En somme, « si le requérant ne s'est pas vu offrir la possibilité de combattre le motif précis de cette inscription, il a eu connaissance de toutes les autres données le concernant figurant dans le fichier Schengen, et du fait que le signalement, requis par la DST, se fondait sur des considérations tenant à la sûreté de l'Etat, à la défense et la sécurité publique. » Elle conclut que « l'impossibilité pour l'intéressé d'accéder personnellement à l'intégralité des renseignements qu'il demandait ne saurait, en soi, prouver que l'ingérence n'était pas justifiée au regard des exigences de la sécurité nationale ». Les griefs de violation des articles 8 et 6 sont irrecevables.

Cet exemple jurisprudentiel autorise à penser que les limites et dérogations aux normes de protection affaiblissent - parce qu'elles la morcellent- la protection offerte par une légalité européenne à visée protectrice. A de nombreux égards, les mailles de la légalité européenne sont trop lâches et les interstices de la légalité européenne trop nombreux pour offrir un droit commun de la protection. Or, cette situation est paradoxale quand on pense que c'est précisément la disparité des droits nationaux qui a conduit à l'élaboration d'un droit européen. Ajoutons enfin que la faiblesse principale de la légalité européenne est son inadaptation à une réalité matérielle qui rend largement ineffective la protection organisée par les textes.

B. L'inadaptation de la protection aux réalités du fichage européen

La première faiblesse du dispositif juridique mis en place par l'Union est qu'il peut être contourné, notamment par les débiteurs des obligations qu'il énonce : les Etats. L'exemple le plus manifeste est le traité signé à Prüm le 27 mai 2005 par la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale. Ce traité prévoit des échanges d'informations relatives notamment à l'ADN, aux empreintes digitales et aux plaques d'immatriculation des véhicules. Cette coopération, initiée hors du cadre juridique de l'Union, était destinée par ses auteurs à une intégration rapide dans le droit de l'Union. Six autres États, la Finlande, l'Italie, le Portugal, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède, ont d'ailleurs signé le traité et deux autres, la Bulgarie et la Grèce, ont exprimé leur volonté d'y adhérer. Mais au moment même où ce traité a vu le jour, la Commission préparait une proposition de décision-cadre visant à harmoniser le droit du troisième pilier et à y introduire le principe de disponibilité⁷². Le traité de Prüm est donc largement apparu comme un coup de

⁷¹ Elle s'est fondée sur l'article 41 de la loi de 2007 modifiant la loi *Informatique et libertés* de 1978 qui prévoit que « lorsqu'un traitement intéresse la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique », le droit d'accès s'exerce de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un délégué de la CNIL qui vérifie les données sensibles.

⁷² Principe défini comme suit : dans l'ensemble de l'Union, tout agent des services répressifs d'un État membre qui a besoin de certaines informations dans l'exercice de ses fonctions peut les obtenir d'un autre État membre,

force mettant les États membres qui n'y sont pas parties devant un fait accompli. Surtout, l'adoption du traité de Prüm a conduit à ignorer les garanties que peuvent offrir un processus législatif démocratique puisqu'il a permis de passer outre les contraintes, pourtant déjà très limitées, posées par le troisième pilier. Le CEPD a très fortement critiqué le recours à ce mécanisme et relevé de très fortes faiblesses dans la protection des personnes fichées. Il a en particulier relevé notamment l'imprécision du régime de protection des données personnelles alors que des informations aussi sensibles que celles tirées de l'ADN et des empreintes digitales doivent, selon le traité, être échangées.

Si la légalité européenne est affaiblie par ces contournements ou évitements, elle est également remise en cause par l'évolution des finalités des fichiers que nous avons décrite. En effet, dans la plupart des dispositifs de protection, et sans doute sous l'influence du dispositif pionnier de la loi française de 1978, le contrôle de l'utilisation d'un fichier est opéré au regard de sa finalité. Or, les finalités du SIS, et d'Eurodac s'étendent et sont de plus en plus floues. L'extension rampante des finalités et la confusion progressive des finalités et des potentialités des fichiers rendent par conséquent difficiles l'exercice d'un contrôle de l'utilisation sécuritaire des fichiers. A défaut de finalités claires, comment savoir si une autorité a commis un excès de pouvoir en signalant un étranger pour des raisons purement sécuritaires ? En somme, la mixité croissante des systèmes d'information (double finalité migratoire et de protection de la sécurité) rend de plus en plus délicate le contrôle de la collecte d'informations.

Mais surtout, il faut mesurer combien les normes adaptées sont une légalité très fragile au regard de la pratique du fichage dont la dimension européenne affaiblit encore un dispositif juridique largement privé d'effectivité. Il faut tout d'abord rappeler la difficulté d'assurer, par le biais de normes nationales et statiques, la protection d'un étranger placé par essence dans une situation de mobilité transnationale. Le caractère transnational de la mobilité (et du fichage) pose en effet la question de la norme applicable : quel est le droit national applicable lorsqu'un Etat membre A a fourni les informations qui conduisent l'Etat B à refuser un droit à un requérant qui réside dans cet Etat B ? Comment contraindre l'Etat A à accorder l'accès aux données qu'il a fournies ? Comment contester le refus de rectification d'une donnée quand on réside hors de l'Union européenne ? Dès lors que l'on parle de migrations, on doit en effet penser en termes de mobilités et on mesure alors la fragilité d'une norme protectrice qui est nationale et territorialisée.

Cette difficulté est accentuée par les différences de temporalités du fichage et de la protection. Tout d'abord, le contrôle des fichiers européens retarde souvent sur leur extension⁷³ : les règles applicables au SIS et à Eurodac visent plus à en étendre les potentialités qu'à accroître les libertés accordés aux étrangers fichés. Mais surtout, la faiblesse du dispositif vient des limites matérielles du contrôle du fichage, qu'il s'agisse du contrôle de sa légalité ou du contrôle technique de sa fiabilité technique⁷⁴. Jean-Marie Delarue doute clairement de la capacité de suivi de la validité des données. D'ailleurs, les autorités de contrôle ne cessent d'alerter sur le fait qu'il y a dans les fichiers un nombre considérable de données erronées. Il s'agit souvent, dans le SIS du fichage en excès, qui vient du fait que le sort de l'inscription n'a pas suivi les modifications de circonstances ou de fait ou de droit survenues dans la situation de la personne. Les exemples sont innombrables, comme celui

l'administration répressive de l'autre État membre qui détient ces informations les mettant à sa disposition aux fins indiquées [...]"

⁷³ DELARUE, Jean-Marie, *op.cit.*, p. 235.

⁷⁴ On ajoutera, car les autorités de protection des données le appellent souvent, qu'il est aujourd'hui très facile de pirater des données personnelles et qu'il est impossible d'assurer la sécurité des bases. Ce constat devrait conduire à questionner la croyance dans l'infailibilité des données biométriques qui sous-tend la construction des fichiers européens mais pour l'heure, il ne semble produire aucun effet.

d'un étranger qui a fait l'objet d'une mesure de reconduite et qui reste fiché au SIS alors qu'il a, par la suite, épousé une Française et obtenu la possibilité de rentrer en France. Les chances que son signalement soit effacé sont très faibles.

La solution semble donc devoir résider dans l'accessibilité et l'effectivité du droit de contestation de ces données. Mais celle-ci est très compromise en raison de la situation transnationale de l'étranger qui pose le problème de l'accès à l'autorité qui a effectivement opéré le signalement et qui est seule compétente pour l'effacer. Certes, l'article 106 CAAS, stipule que tout Etat interrogateur du SIS peut faire connaître au pays auteur du signalement des erreurs qui entacheraient les données inscrites, mais il semble que cette faculté soit très peu utilisée⁷⁵. Enfin, et cela pose un problème considérable, le temps nécessaire pour obtenir la correction des données inexacts est sans aucun rapport avec le « temps du droit des étrangers », qui peut conduire à l'exécution d'une décision d'éloignement - pourtant fondé sur un signalement fondé sur une donnée erronée- en quelques heures. Ce temps du droit des étrangers que l'on sait très bref - parfois de quelques heures- s'additionne en effet avec le temps du fichage, qui est lui-même très court puisque la consultation d'un fichier et l'utilisation d'un signalement est une question de minutes. En comparaison, le temps de la garantie est un temps long, qui suppose l'accès à l'autorité de gestion du fichier et nécessite qu'elle procède à une correction et peut s'achever, plusieurs années plus tard, à la fin d'un processus judiciaire fort long.

Enfin, les autorités de surveillance du fichage n'ont guère de pouvoirs ou d'influence. On sait que le comité exécutif n'a jamais vraiment tenu compte des critiques adressées par l'Autorité de contrôle commune qui a pourtant formulé à diverses reprises des critiques ou mises en garde sur les développements du fichier européen⁷⁶. De même, le CEPD qui a pourtant certains pouvoirs⁷⁷, semble avoir une influence très limitée sur la pratique du fichage et sur l'évolution des normes européennes qui font évoluer le SIS et Eurodac. Ses résolutions jouent sans doute un rôle d'aiguillon mais elles ne conduisent pas à la remise en cause d'une logique générale d'expansion et de systématisation du fichage. Quant aux contrôles⁷⁸ qu'il réalise, on se demande ce que peuvent offrir des contrôles ponctuels face à des millions de données personnelles qui peuvent s'échanger et être modifiées à tout instant⁷⁹. Le CEPD est saisi d'environ 50 contestations de personnes par an, ce qui est dérisoire au regard des millions de signalements contenus dans les systèmes d'information et aux centaines de décisions adoptées sur le fondement de ces signalements. On se heurte constamment à la dissymétrie entre les moyens d'assurer la garantie et l'étendue des bases de données.

Le constat ne conduit donc pas à l'optimisme et l'on doit convenir que la légalité européenne, lorsqu'il s'agit de la protection accordée aux étrangers fichés, est abondante mais peu effective. Dans les mailles du filet numérique de l'Union, l'étranger voit décroître ses chances de passer sans autorisation. La lutte contre l'immigration irrégulière est constamment renforcée par le développement des fichiers européens. Mais ce même étranger fiché, à qui

⁷⁵ Voir pour une analyse très informée des fichiers migratoires en pratique, DELARUE, Jean-Marie, *op.cit.*, pp. 233.304.

⁷⁶ Voir l'Avis de l'ACC du 19 mai 2004, sur le développement du SIS II.

⁷⁷ Il peut saisir le responsable d'un traitement de propositions pour mettre fin à la méconnaissance des dispositions de protection, adresser des avertissements, interdire définitivement un traitement.

⁷⁸ Il a accès aux locaux et données et exerce un contrôle préalable sur les fichiers qui sont susceptibles de présenter un risque particulier au regard des droits et libertés des personnes concernées. Lorsque le droit d'accès des personnes aux données est limité pour des motifs de sécurité, la personne peut avoir recours au CEPD qui reçoit les réclamations, effectue des enquêtes et tient les réclamants informés du résultat de ses investigations.

⁷⁹ PREUSS-LAUSSINOTTE, Sylvia, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures & Conflits*, 64, hiver 2006.

s'offre de nombreuses garanties, est face à une légalité à interstices. La mise en réseau des fichiers n'a pas eu pour corollaire la mise en commun des normes de protection. Entre mobilité des personnes et libre circulation des données, le choix de l'Union semble sans appel.