HAL
open science

FICHIERS ET POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE L'IMMIGRATION ET DE L'ASILE : UNE LIAISON FATALE ?

Ségolène Barbou Des Places

To cite this version:

Ségolène Barbou Des Places. FICHIERS ET POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE L'IMMIGRATION ET DE L'ASILE : UNE LIAISON FATALE ?. Fichiers informatiques et sécurité publique, Presse universitaire de Nancy, pp.183 - 221, 2013, 978-2814301696. hal-01614132

HAL Id: hal-01614132

https://hal.science/hal-01614132v1

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.

Article publié in Benoît PLESSIX et Nathalie DEFFAINS (dir.), *Fichiers informatiques et sécurité publique,* Presses Universitaires de Nancy, 2013, pp. 183-221.

FICHIERS ET POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE L'IMMIGRATION ET DE L'ASILE : UNE LIAISON FATALE ?

Ségolène BARBOU des PLACES
Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne

Les trois acronymes SIS, VIS et Eurodac, désignent les bases informatiques de données, - également appelés systèmes d'information, traitements de données ou, tout simplement, fichiers - qui structurent le système communautaire de contrôle des migrations.

Le SIS (Système d'information Schengen) est, selon les termes de l'article 92 de la Convention d'application des Accords de Schengen (ci-après CAAS) qui l'a créé, un système d'information permettant aux autorités nationales responsables des contrôles aux frontières et autres contrôles policiers et douaniers, ainsi qu'aux autorités judiciaires, d'obtenir, grâce à une procédure d'interrogation automatisée, des signalements sur des personnes et objets[1]. Ces données sont recueillies lors de contrôles de frontières et d'autres contrôles exercés à l'intérieur du pays, aux fins de la délivrance de visas, de titres de séjour et plus généralement aux fins de l'administration des étrangers. Le SIS, cœur du dispositif Schengen, a connu un grand succès si l'on en juge par sa renommée ou le nombre d'informations qu'il contient[2]. Mais il est aujourd'hui techniquement dépassé en raison des élargissements successifs de l'Europe. Son remplacement par le SIS II, plus performant techniquement, a été politiquement prévu en 1996 et, en 2001, les fondements juridiques de sa mise en œuvre ont été précisés[3]. Mais la migration du SIS I vers le SIS II est régulièrement reportée[4].

---

[1] Sont signalées les personnes recherchées à des fins d'extradition, les étrangers à des fin 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 Quant aux objets, sont fichés les objets qui doivent être mis sous surveillance (véhicules notamment) ou qui sont recherchés parce qu'ils ont été volés, égarés, ou détournés.

[2] Voir Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p. 243, indique qu'au 1er mai 2007, dix-huit millions de données avaient été enregistrés dans le SIS, dont un dixième relatives à des personnes physiques, le reste relatives à des objets.

[3] 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). Pour une présentation du détail

EURODAC[5] est un fichier mis en place dans le cadre du système dit de Dublin, dont la finalité est de déterminer lequel des Etats membres de l'Union européenne doit être considéré comme l'Etat responsable d'une demande d'asile déposée dans l'Union européenne. A cette fin, sont stockées dans Eurodac les empreintes digitales de trois catégories de personnes : les personnes demandant l'asile dans un Etat membre de l'Union européenne, les personnes appréhendées lors du franchissement irrégulier des frontières extérieures de l'Union, et les personnes se trouvant en situation de séjour irrégulier.

Enfin, le VIS est le système d'information sur les visas. Créé en 2004[6], 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 chargées des visas. Il doit permettre de prévenir les demandes multiples de visas, de faciliter les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et de contribuer à l'identification de toute personne qui ne remplit pas les conditions d'entrée ou de séjour applicables dans un État membre. C'est pourquoi le VIS détiendra des informations sur les demandes de visas et leur état d'avancement. Il intègrera également des données biométriques. Destiné à devenir un système de très grande dimension[7], l'entrée en fonction du VIS est régulièrement différée, notamment parce que sa mise en place nécessite le remplacement du réseau consulaire Schengen qui relie les consulats des Etats membres.

Instruments techniques, ces fichiers sont des espaces numériques permettant la collecte de données innombrables. Ils sont, dans la rhétorique des institutions de l'Union, « au cœur » de la politique communautaire d'immigration et d'asile. L'objet de cette contribution est donc de déterminer à quoi tient la centralité des fichiers dans la politique d'immigration.

Il est vrai que l'affirmation d'un lien étroit entre le fichage et le droit communautaire de l'immigration ne surprend pas, tant l'histoire du fichage semble consubstantielle à celle du droit des étrangers. Le droit des étrangers a en effet toujours été un terreau fertile à l'épanouissement des fichiers[8] : « dès l'origine, le contrôle des étrangers s'est matérialisé par le recours à des recensements et des fichages manuels que l'on a intégrés par la suite dans les grands systèmes informatisés »[9]

---

du passage du SIS I au SIS, voir Jean-Marie Delarue, « 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.

[4] 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.

[5] Le terme Eurodac a été construit à partir des deux mots « Europe » et « dactyloscopique ».

[6] La base de l'inscription au budget général de l'Union des crédits nécessaires au développement du VIS est la décision 2004/512 CE du Conseil du 8 juin 2004, portant création du système d'information sur les visas (VIS), JO L 213 du 15 juin 2004. La mise en œuvre du VIS a également 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 Steve Peers, « Legislative Update : EC Imigration and Asylum Law 2008 : Visa Information System », *European Journal of Migration and Law,* 11/2009, pp. 69-94.

[7] Le VIS est destiné à recueillir environ 70 millions de données.

[8] Voir la rubrique « Fichiers informatiques », *Dictionnaire permanent des étrangers*, Editions législatives, 2008, pp. 8 et 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, p. 95 et s.

[9] 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, p. 2.

Mais le constat de l'importance quantitative des fichiers en droit des étrangers, n'explique pas la continuité de la pratique du fichage. Comment expliquer cette liaison privilégiée entre les fichiers et le droit des étrangers ? Pour la comprendre, il semble opportun de revenir à la définition du droit des étrangers : c'est un droit du contrôle par l'Etat souverain des déplacements des personnes et de l'accès des étrangers au(x) droit(s)[10]. C'est un droit qui prend donc la forme presque exclusive d'une police administrative spéciale « qui ambitionne de sauvegarder l'ordre public par un contrôle de l'accès au territoire et un encadrement du séjour des ressortissants étrangers »[11]. Or, le fichage est un instrument précieux de cette police administrative.

Tout d'abord, le fichier est un élément de rationalisation de la politique d'immigration. Il garantit l'efficacité de la gestion d'un nombre important de dossiers à traiter par les services des étrangers car l'administration a un besoin croissant d'informations sur les étrangers, que ce soit pour les contrôler, déterminer les conditions d'attribution de prestations, ou établir des statistiques. Le fichier, surtout quand il est informatisé, est donc un instrument garantissant l'efficacité administrative.

Mais cette explication ne clôt pas l'enquête car le besoin de rationalité et d'efficacité dans l'action administrative n'est pas spécifique à la gestion des étrangers. Il faut donc aller au-delà de l'objectif d'efficacité pour saisir la relation qui unit le fichier et le droit des étrangers, « domaine plus vaste et particulièrement mouvant de la sécurité de l'Etat»[12]. Les fichiers répondent à un besoin spécifique des autorités publiques chargées des étrangers. Rappelons en effet que l'étranger est, pour l'Etat, un défi en raison de son extranéité et de sa mobilité (au moins temporaire) qui l'a conduit à passer une frontière étatique. Le droit des étrangers est donc un droit qui tente de régir (et de se saisir) de personnes « qui ne sont pas d'ici », et qui posent donc à l'Etat des problèmes de reconnaissance et d'identification. En outre, les étrangers opposent des documents et des titres conférés par une autorité étrangère, ce qui place l'Etat d'accueil face à une autre souveraineté que la sienne.

En pratique, le droit des étrangers s'est donc construit comme une tentative de saisie de l'étranger. Les moyens à disposition de l'Etat sont variés : l'Etat peut créer des catégories juridiques qui permettent l'attribution d'un statut spécifique à des personnes issues d'un ordre juridique étranger, organiser matériellement des contrôles - d'identité notamment-, soumettre l'étranger à des procédures spécifiques d'autorisation. La tentative de maîtrise peut aller jusqu'à la saisie du corps dans le cas de la rétention de l'étranger et son éloignement du territoire.

L'opération de mise en fichiers d'informations sur l'identité de l'étranger est donc un de ces moyens par lesquels l'Etat tente de se saisir de « l'autre ». Le fichier est un savoir : il sert à collecter des informations sur ceux qui passent sur le territoire de la commune ou de l'Etat. L'historien de l'immigration Gérard Noiriel rappelle comment les registres ont traversé l'histoire du XVIIIème au XXème[13]. Le fichage, ensuite, sert à l'identification, à la certification de l'étranger. Certes, le besoin d'identification des personnes vivant sur le

---

[10] Voir Vincent Chetail, « Migration, droits de l'Homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent Chetail (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'Homme : le droit international en question*, Vol. II, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruylant, 2007, pp. 14-132.

[11] Vincent Tchen, *Droit des étrangers*, ellipses, 2006, p. 7

[12] Voir la rubrique « Fichiers informatiques », *Dictionnaire permanent des étrangers*, Editions législatives, 2008, point 99.

[13] Au XVIIIème, on prévoit l'inscription des étrangers dans des registres spéciaux, ou on fait obligation pour les hôteliers de tenir des registres spéciaux. Puis au XIXème, apparaît l'obligation pour les étrangers de déclarer leur résidence à la mairie de leur domicile. Avec la circulaire du 24 octobre 1893, viendra la centralisation des relevés dans les préfectures et sous-préfectures. Voir Gérard Noiriel, cité in 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, p. 18.

territoire ne se limite pas aux étrangers, comme le montre l'histoire de l'état-civil en France[14]. Mais en parallèle naît le besoin d'identifier les étrangers. Or celle-ci pose une double difficulté à l'Etat : leur identité est attestée par des papiers, des titres, attribués par une autorité étrangère ; certains étrangers, pour de multiples raisons, cherchent à cacher leur identité. Le besoin d'identification devient donc un enjeu dans la politique des étrangers ; d'où l'habitude de ficher des données comme le nom, la nationalité d'origine, la date de naissance etc.

Toutefois, le fichage n'est pas réductible à une collecte neutre de données simples dans un espace de stockage. C'est aussi un moyen pour l'autorité publique de « fixer » la personne étrangère : un nom, un prénom, une date de naissance servent à appréhender un étranger et le fichage saisit la personne de façon objective. Saisir les données dans la base, c'est donner à celui qui vient d'ailleurs et ne fait parfois que passer une existence contrôlable, domestiquée. Quand le fichier est informatique, on peut même parler de *capture*. La *capture* (saisie de données, en français) est l'acquisition et l'enregistrement, sous une forme codée ou non, d'informations en vue de leur traitement informatique. Le fichage est donc une traduction : la réalité individuelle est traduite dans le langage et les codes du fichier. Sylvia Preuss-Laussinotte met d'ailleurs en exergue un apparent paradoxe : la recherche des moyens de contrôle les plus efficaces ont entraîné une grande simplification des données autour des étrangers, « opposée au mouvement inverse de complexification à l'intérieur du système : simplification des identités, simplification des signalements informatiques, simplification de leurs effets. Quoi de plus sommaire et de plus simple dans une telle logique que la conduite à tenir d'un signalement d'étranger dans le SIS: mesure immédiate. Refuser l'entrée : interpeller pour éloignement ? »[15].

Le fichage est donc un réductionnisme de la complexité personnelle et sociale de l'individu : quelques données simples résument son parcours migratoire et le fixent dans une base de données. L'efficacité du fichage tient essentiellement à cette simplification. Dans le fichier informatique, le fichage se fait par l'attribution d'un identifiant numérique à la personne. Cet identifiant est un signe, un numéro d'inscription dans la base. La CNIL, dans son troisième rapport, a bien montré la bipolarité de ces identifiants: ils permettent de distinguer une personne d'une autre (levée de doutes) ; mais ils servent également à dénommer la personne[16]. L'identifiant numérique crée donc une identité virtuelle, une identité recomposée. Or, cette identité numérique est composée à partir des catégories ou les besoins de l'autorité signalante : le numéro peut révéler la date de fichage, mettre en évidence l'Etat d'origine, le type d'étranger, etc. Le classement dans une base de données est donc une opération de qualification et de catégorisation. L'attribution d'un identifiant est toujours un classement de l'étranger et la substitution d'une identité objective à une identité subjective.

Quant le fichage utilise les données biométriques, la saisie est encore plus complète. La biométrie consiste à transformer les caractéristiques biologiques et morphologiques d'une personne comme les empreintes digitales, la rétine, l'iris, le réseau veineux, un fragment d'épiderme, etc., en une empreinte numérique avec pour objectif l'identification et l'authentification de la personne. Gérard Dubey[17] souligne l'écart qui existe entre la

---

[14] Gérard Noiriel, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 1993, Volume 13, numéro 1, pp. 3-28. Il montre comment l'Etat, qui garantit des droits et des devoirs, a besoin d'inventer des règles et de fabriquer des techniques permettant d'identifier les ayants-droits et donc les nationaux.

[15] 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, p. 10.

[16] 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, p. 35.

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

reconnaissance et l'identification traditionnelle de la personne en tant que pratiques sociales inscrites dans un lieu et régies par des règles (reconnaissance d'un membre du village, du voisinage, ou d'un parent), et le calibrage numérique de parties du corps et de la mise en concordance de ces données par le biais de systèmes d'information. Il montre que, dès lors que la partie du corps concernée est numérisée sous la forme d'un gabarit enregistré et stocké dans une base de données informatique, les phénomènes biologiques ne sont désormais pris en compte que dans la mesure où ils permettent d'établir les caractéristiques distinctives des individus. On est alors très proche de la description de Foucault constatant ce besoin permanent, (dans le contexte du 18ème siècle), de « faire circuler les effets du pouvoir, par des canaux de plus en plus fins, jusqu'aux individus eux-mêmes, jusqu'à leurs corps, leurs gestes» afin que le « pouvoir même avec une multiplicité d'hommes à régir, soit aussi efficace que s'il s'exerçait sur un seul »[18].

C'est en raison de leurs nombreuses « vertus » (capacité d'identification, de recensement, d'attribution d'une identité objective aux étrangers) que les fichiers ont toujours été centraux dans le développement du droit des étrangers. Un observateur avisé aurait donc pu prédire l'apparition du SIS ou d'Eurodac dans le paysage du droit européen de l'immigration. Mais je forme ici l'hypothèse que les fichiers européens ont acquis une place et un rôle plus spécifiques encore. Dans le vocabulaire des institutions de l'Union et de la doctrine, ces fichiers sont présentés comme la « clé de voute », la « pierre angulaire » du dispositif. Postulant que ces formules ne sont pas purement rhétoriques, il me paraît crucial de rechercher ce qu'elles recouvrent. Il s'agira donc de mettre en relation le développement des trois fichiers européens et celui du droit communautaire de l'immigration et de l'asile, afin de prendre la mesure de la relation qui les unit. Par droit communautaire de l'immigration et de l'asile, sont visées les normes relatives à l'immigration, adoptées dans le cadre du droit Schengen d'abord, puis du Traité d'Amsterdam qui a donné compétence à la CE pour agir, sur le fondement du titre IV TCE (devenu titre IV TFUE). En somme, il s'agit du corpus régissant l'entrée et le séjour des ressortissants d'Etats tiers dans l'Union européenne, leur accès à l'emploi, la réglementation en matière d'asile et enfin la capacité d'éloigner ces étrangers du territoire national. C'est ce que l'on appelle, depuis le traité de Lisbonne, la « politique d'immigration et d'asile de l'Union ».

L'objet de cette contribution est de mettre en lumière la centralité des fichiers dans le développement de la politique d'immigration au niveau de l'Union. En effet, deux éléments sont caractéristiques du développement actuel de la politique d'immigration et d'asile en Europe : elle est en voie de communautarisation et elle est en train de prendre une nette tournure sécuritaire. On montrera comment les fichiers participent à ce double mouvement. Les fichiers sont au cœur de la communautarisation du droit de l'immigration (I) et au cœur de la sécurisation de la politique d'immigration et d'asile (II).

I. DES FICHIERS AU CŒUR DE LA COMMUNAUTARISATION DU DROIT DE L'IMMIGRATION

Formuler l'hypothèse selon laquelle les fichiers sont « au cœur » de la communautarisation du droit de l'immigration et de l'asile conduit à énoncer une double idée. C'est, tout d'abord, postuler que les fichiers sont centraux, déterminants, dans la communautarisation des droits nationaux de l'immigration. Il s'agira donc de montrer que les

[18] Michel Foucault, « L'œil du pouvoir (1977) », in *Dits et écrits*, II, 1976-1988, Quarto, Gallimard, p. 190.

fichiers SIS, Eurodac et VIS sont *le* cœur, le vecteur du processus de communautarisation (I). Mais dans le même temps, la structure technique et le régime juridique hybride applicable aux trois grands fichiers rappellent qu'ils sont aussi les produits d'une communautarisation limitée du droit de l'immigration (B).

A. LES FICHIERS, VECTEURS DE LA COMMUNAUTARISATION DU DROIT DE L'IMMIGRATION ET D'ASILE

Traditionnellement, les fichiers sont appréhendés par leur caractère instrumental : ils sont une technique au service d'une politique. Mais si l'on ne conçoit pas la technique et le droit comme des sphères dissociées, ni la technique comme un monde autonome[19], les fichiers n'apparaissent plus alors comme de simples instruments. L'observation de la fonction des fichiers SIS et Eurodac révèle que ces fichiers ne sont pas un simple dispositif technique, une liste de données à disposition de l'autorité publique. Les fichiers n'ont pas pour seule fonction « d'accompagner » la mise en place de la politique d'immigration de l'Union. L'étude de leur rôle conduit plutôt à penser que les fichiers sont la pierre angulaire d'une politique communautaire d'immigration, et ce pour deux raisons : la création d'un fichier est la condition d'une action commune en Europe (1) ; la pratique du fichage commun conduit à une harmonisation des droits nationaux de l'immigration (2).

1- La création d'un fichier, condition d'une action commune

Le retour à la genèse des fichiers européens en matière d'immigration révèle le lien qui unit la création des fichiers et l'européanisation des droits nationaux relatifs à l'immigration. Les cas du SIS (a) et d'Eurodac (b) sont particulièrement exemplaires.

a. Le SIS, préalable au démantèlement des frontières internes

Au moment où le SIS a été créé par la CAAS (Convention adoptée en 1990 et entrée en vigueur en 1995), il n'existait pas de politique communautaire d'immigration. Les Etats refusaient obstinément de transférer une compétence à la Communauté européenne pour régir les questions migratoires. Dans ce contexte, les accords de Schengen ont eu pour objet d'organiser la circulation des personnes sur un espace intérieur commun et pour singularité d'ouvrir cette liberté de circulation aux nationaux des Etats membres comme aux ressortissants d'Etats tiers. La CAAS a donc organisé l'abolition des frontières internes et leur report au niveau des frontières externes de la Communauté européenne.

Mais si un seul article de la CAAS (l'article 2) règle la question de la liberté de circulation[20], les autres dispositions conventionnelles ont pour objet de mettre en place les « mesures compensatoires », euphémisme servant à décrire les mesures garantissant aux Etats que la liberté de circulation ne conduira pas à une insécurité généralisée. Ces mesures compensatoires vont de la définition commune des conditions de franchissement des frontières extérieures (incluant les visas), à la mise en place d'une coordination entre administrations pour surveiller les frontières, la coopération policière, l'entraide judiciaire en matière pénale, ou encore la lutte contre les stupéfiants. Au sein du *Titre sur les mesures compensatoires*, les articles 92 à 119 sont relatifs au SIS.

---

[19] Voir sur ce point Alain Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil 2005, sp. pp.179-187. Pour cet auteur, (p. 180), « comprendre que le Droit et la technique participent d'une même culture et avancent d'un même pas évite de s'enfermer dans la dispute qui domine habituellement la réflexion sur les liens qui les unissent ».

[20] Art 2. Les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué.

Lors des négociations, le SIS est en effet apparu comme le cœur du dispositif, l'élément technique sur lequel tout le système repose. Cette conviction des rédacteurs de la CAAS mérite analyse : comment un fichier peut-il être conçu comme la clé de voute d'une politique de déplacement des contrôles aux frontières externes ? Une donnée centrale sert d'explication. Les Etats considèrent généralement que c'est à l'occasion des contrôles aux frontières qu'ils détectent la majeure partie des infractions à la loi nationale. C'est pourquoi ils ne pouvaient se satisfaire d'un simple *déplacement* des lieux de contrôles des frontières internes vers les frontières externes de l'Europe. En effet, la suppression des contrôles aux frontières internes a pour conséquence mécanique de diminuer les espaces contrôlés. Craignant une perte significative de sécurité, les Etats n'ont accepté l'abolition des contrôles aux frontières internes que contre la garantie d'un *renforcement* des contrôles aux frontières extérieures. Le SIS a précisément été créé pour apporter cette garantie : immense fichier interconnecté, il met à disposition des autorités migratoires des informations dont elles ne disposaient pas avant sa création. En outre, contenant des signalements de personnes accompagnés d'instructions à tenir, le SIS donne à un Etat la capacité de demander à un autre Etat d'agir sur la base de ses propres instructions.

Le SIS mérite donc bien le qualificatif de pierre angulaire du système car il est la garantie principale contre la perte de contrôle découlant de l'abolition des contrôles aux frontières internes. La création du SIS a été le préalable, la condition même de l'action commune des Etats membres. Sans fichier, les Etats n'auraient probablement pas signé les accords de Schengen. Signalons au renfort de cette idée que les Etats ont attendu le fonctionnement effectif du SIS avant d'opérer la suppression effective des contrôles aux frontières : le SIS a donc eu une fonction psychologique essentielle.

b. Eurodac, clé de voûte du système européen de l'asile

Le cas d'Eurodac est également exemplaire, si l'on veut bien considérer le contexte de sa mise en place sous un angle large. Créé par le Règlement 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000[21] concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la Convention de Dublin[22], Eurodac permet de comparer les empreintes digitales des personnes sollicitant le statut de réfugié dans chaque Etat membre avec les empreintes des demandeurs d'asiles des autres Etats membres.

Eurodac a été mis en place dans le cadre du système de Dublin, système ainsi nommé car il découle d'un traité adopté à Dublin le 15 juin 1990 par les Etats membres : la Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes. L'objectif de cette Convention était de déterminer quel Etat membre de l'Union européenne doit être déclaré responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'Etat tiers entré dans l'Union. La Convention de Dublin avait en effet pour objectif de remédier à deux problèmes: le cas des « réfugiés sur orbite » et le problème de *l'asylum shopping*. Par la formule « réfugié sur orbite », on a coutume de désigner les demandeurs d'asile dont aucun Etat ne veut ou ne peut, en vertu de son droit national, examiner la demande d'asile. Tous les Etats s'étant déclarés incompétents pour traiter leur demande, ces demandeurs sont sans protection, « en orbite ». L'*asylum shopping* est la pratique par laquelle un demandeur d'asile dépose simultanément ou successivement de multiples demandes d'asile dans plusieurs Etats pour augmenter ses chances de se voir reconnaître la qualité de réfugié.

[21] Le règlement Eurodac est le premier instrument adopté sur le fondement du titre IV du TCE (art 63-1, a).
[22] JO n° L 316 du 15/12/2000.

Afin de remédier à ces deux phénomènes problématiques, la Convention de Dublin a établi une liste de critères permettant de déterminer quel est l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile déposée en Europe. Ce peut être l'Etat qui a accordé un visa ou un titre de séjour au demandeur, l'Etat dans lequel le demandeur d'asile est entré ou a séjourné irrégulièrement, l'Etat dans lequel il a un membre de sa famille, etc. L'application de ces critères est impérative, ce qui signifie que le demandeur d'asile ne choisit pas son Etat de destination : il doit demander l'asile à l'Etat désigné compétent par les critères énoncés dans la Convention. Si l'Etat dans lequel le demandeur d'asile a déposé sa demande n'est pas l'Etat compétent, le système Dublin prévoit son transfert vers l'Etat responsable.

Mais le mécanisme a une faiblesse, rapidement découverte par les auteurs de la Convention. Dans de nombreux cas, les demandeurs d'asile tentent d'éviter les critères Dublin car ils souhaitent demander l'asile dans un autre Etat que celui que le dispositif Dublin désigne[23]. Certains demandeurs d'asile ont développé des stratégies pour échapper à l'application des critères Dublin : entrée irrégulière en Europe, récit recomposé du trajet migratoire, destruction des papiers d'identité, etc. Pour être fonctionnel, le système Dublin, qui répartit autoritairement les demandeurs d'asile entre les Etats membres, suppose donc leur identification au plus tôt, dès leur entrée dans l'Union européenne, ainsi qu'une connaissance précise de leur parcours en Europe. C'est pourquoi le règlement Dublin II[24], qui réforme la Convention de 1990, fait reposer l'efficacité du système sur le fichier Eurodac, conçu comme instrument d'identification des demandeurs d'asile, de traçabilité de leur parcours et de preuve. Dès qu'un demandeur d'asile se présente en préfecture, ses empreintes digitales sont relevées. Les autorités des autres Etats membres pourront demander qu'il soit vérifié que le demandeur d'asile qui se présente chez eux n'a pas déjà fait une demande en France. Certes, Eurodac n'a été créé qu'en 2000, mais la nécessité d'une base de données contenant les empreintes digitales des demandeurs d'asile a été discutée dès les premiers stades de la coopération Dublin, en 1992[25].

Ce bref aperçu historique dévoile l'existence d'un rapport de nécessité entre la mise en place d'une action commune en matière d'asile et la création d'un fichier. Au moment où ils concevaient le système Dublin, les Etats le faisaient reposer sur une structure technique d'identification. Le règlement Eurodac est d'ailleurs très explicite sur les liens du fichier Eurodac avec le mécanisme Dublin puisqu'il indique que « la création d'un système de comparaison des données aide à la mise en œuvre de la politique de la Communauté en

---

[23] Ainsi les demandeurs d'asile irakiens n'ont aucun intérêt à demander l'asile à la Grèce, dont le taux de reconnaissance du statut de réfugié pour les Irakiens est de 0%, alors que la Suède a une pratique beaucoup plus généreuse. De même, le demandeur d'asile qui a un membre de sa famille dans un Etat membre préfèrera y demander l'asile et tentera d'éviter l'application du système Dublin s'il le contraint à déposer sa demande d'asile ailleurs.

[24] Règlement CE n°343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO, L 50/1, du 25.2.2003. Qu'il me soit également permis de renvoyer à ma contribution sur le sujet : Ségolène Barbou des Places, « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », *EUI Working Papers, Law,* N°2004/06.

[25] Lors de leur rencontre des 30 novembre et 1er décembre 1992, les ministres chargés de l'immigration ont décidé de réfléchir aux moyens de créer une telle base (JO L 316, 15 décembre 2000). En février 1993, le groupe de travail sur l'asile a demandé au service juridique du Conseil de donner un avis sur la question de savoir si l'article 15 de la Convention de Dublin pourrait être utilisé comme base juridique pour la création d'Eurodac (SN 1419/93 WGI 1365). Selon l'article 15 de la convention, les Etats échangent les données personnelles nécessaires à l'examen d'une demande d'asile, afin d'établir l'Etat membre responsable du traitement de la demande. Le 18 mars 1993, le service juridique confirmait que l'article 15 est une base juridique satisfaisante pour l'établissement d'eurodac (5546/93 JUR). Voir pour plus de détails E.R. Brouwer, « Eurodac : Its Limitations and Temptations », *European Journal of Migration and Law,* 4/2002, p. 233.

matière d'asile » (point 12 du préambule) et qu'il « est nécessaire, aux fins de l'application de la Convention de Dublin, d'établir l'identité des demandeurs d'asile et des personnes appréhendées à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure » (point 3).

La formule récurrente des institutions, qui qualifient le fichier comme la « clé de voûte » du dispositif, semble appropriée. A défaut de capacité de déterminer si un individu n'a pas déjà demandé l'asile dans un Etat membre, et donc de la capacité de déterminer quel a été son parcours (lieu d'entrée, mouvements en Europe), comment pourrait-on assurer une application effective des critères posés par le règlement Dublin ? Eurodac est donc la charnière et la condition d'existence du système Dublin. On ne sera pas surpris d'observer que, dans le cadre de la réforme en cours du « paquet asile », ce sont à la fois les normes harmonisant le contenu du droit d'asile et le mécanisme Eurodac qui sont en discussion.

Ces deux exemples illustrent le rôle majeur joué par les fichiers : les Etats construisent un nouveau dispositif qui s'articule autour d'une base de données, celle-ci étant supposée garantir l'efficacité et la sécurité du système. C'est un cas frappant d'européanisation par constitution d'un fichier, d'autant que le partage d'un fichier – et donc des données fichées - entre les autorités nationales entraîne la création de règles communes et contribue à la communautarisation du droit de l'immigration.

2- Du partage des fichiers à la création de règles communes

Le fichage en commun conduit à européaniser les droits nationaux[26], et ce pour de nombreuses raisons. Tout d'abord, l'harmonisation technique induite par le partage d'un fichier engendre un rapprochement normatif (a) et notionnel (b). Ensuite, le fichage commun conduit à la création d'un réseau administratif commun, destiné à accompagner la transmission des informations (c). Enfin, dans le cadre du SIS, le signalement vaut titre exécutoire européen (d), ce qui représente le degré le plus élevé de rapprochement des droits des Etats.

a- De l'harmonisation « technique » à l'harmonisation juridique

La création des fichiers européens requiert avant tout une harmonisation technique. La mise en place des trois fichiers a nécessité une mise en compatibilité des fichiers informatiques nationaux avec la partie commune du fichier européen. C'est l'architecture même des fichiers qui induit cette harmonisation. Le SIS et le VIS sont organisés sur la base d'une architecture à trois éléments : un système d'information central (le CS-SIS ou le CS-VIS), une interface dans chaque Etat membre (N-SIS ou N-VIS) qui assure la connexion avec l'autorité centrale nationale compétente de l'Etat concerné, et une infrastructure de communication entre le système central d'information et les interfaces nationales. Et, comme le précise l'article 92 de la CAAS, le fichier national de données est rendu « matériellement identique » aux fichiers de données de la partie nationale des autres parties contractantes. De nombreux ajustements techniques sont donc nécessaires.

Or, un rapprochement technique contient ou génère un rapprochement juridique. Ainsi, le travail de mise en compatibilité, de construction d'une interface et d'une connexion adaptée à l'infrastructure générale conduit à des échanges, des adaptations des fichiers nationaux. Il ne s'agit pas seulement de fils, de câbles ou de simples configurations informatiques. Il s'agit surtout du fait que les techniques ont une incidence sur la protection des données

[26] Le terme européanisation est ici préféré à celui de communautarisation les politiques d'immigration en raison du caractère extra-communautaire du droit Schengen, au moins jusqu'au traité d'Amsterdam.

personnelles et la définition des exigences en matière de sécurité lorsque sont en cause les aspects biométriques. On comprend donc comment, des discussions sur l'harmonisation technique, on parvient à la nécessité de concevoir ensemble le fond de la base de données : que stocker ? Comment stocker, c'est-à-dire comment classer et nommer ? C'est ainsi que la manière de ranger les données, la construction des codes identifiants, sont autant de manière d'harmoniser les droits nationaux. En se mettant d'accord sur un code, - l'ordre des lettres qui ouvriront l'accès aux informations sur une personne par exemple-, les Etats établissent des pratiques communes de nomination et de catégorisation des données. En d'autres termes, à partir de l'harmonisation technique des fichiers nationaux, on est conduit, par une méthode qui ferait presque penser à celle des « petits pas », à un rapprochement normatif et une convergence des pratiques.

b- Un savoir commun, des notions communes

La mise en place d'un fichier commun a un autre rôle : elle crée un savoir commun. Il importe de rappeler ce qu'a pu signifier, au début des années 1990, la création d'un SIS qui a pour fonction le partage d'informations entre autorités chargées des contrôles migratoires. Le plus souvent, les règles sur l'immigration reposent sur une approche unilatérale des migrations. D'où l'originalité d'un SIS, qui, contenant des millions de signalements unifie le savoir du douanier italien de Lampedusa et celui de l'agent chargé des contrôles migratoires à l'aéroport Roissy Charles de Gaulle. Les données auxquelles ces deux représentants ont accès sont absolument identiques puisque l'art 94 CAAS en donne la liste[27]: le SIS est donc le support d'un savoir commun.

De plus, les données fichées sont sensibles. Par conséquent, en communiquant ses données, chaque Etat membre met à disposition de ses partenaires des renseignements relatifs à sa sécurité et son ordre public. Le fichier Schengen n'est donc pas seulement la collecte de données individuelles : c'est une liste partagée et finalisée, qui est le support informationnel d'une action commune au service d'un ordre public désormais conçu comme commun. En ce sens, le SIS est beaucoup plus qu'une liste de signalements d'objets ou de personnes : il contribue à l'édification d'un savoir commun qui concourt à la préservation de l'ordre et de la sécurité publics sur l'ensemble du territoire des Etats parties à la CAAS.

Enfin, ce savoir commun peut conduire à la fabrication de notions communes. Sylvia Preuss-Laussinotte[28] observe ainsi comment s'est développée une notion virtuelle : celle de « l'étranger aux fins de non admission ». Cette notion est virtuelle car elle sert à représenter un étranger qui n'a pas de signification hors du fichier SIS. La liste des étrangers signalés aux fins de non-admission se forme par addition des listes nationales indiquant qui sont les étrangers qui ne doivent pas entrer ou rester sur le territoire Schengen. Cette notion virtuelle est donc surtout une notion commune, partagée par les autorités chargées des contrôles migratoires. Elle est centrale dans la mise en œuvre du droit Schengen et constitue un exemple significatif de construction de notions européennes, propres au monde du fichage et qui conduisent à européaniser les droits nationaux des étrangers.

---

[27] Nom, prénom, alias, signes physiques particuliers, première lettre du deuxième prénom, date et lieu de naissance, sexe, nationalité, indication que les personnes concernées sont armées, indication que les personnes concernées sont violentes, motif du signalement, conduite à tenir.

[28] 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, p. 36.

c- Réseau administratif d'accompagnement et formation de pratiques administratives communes

Le bon fonctionnement des fichiers conduit le plus souvent à la mise en place d'un réseau administratif l'accompagnant. Le cas le plus emblématique est celui du SIS car la structure numérique s'est accompagnée de la mise en place de ce qu'on a appelé à l'époque les SIRENE (*Supplément d'Information Requis à l'Entrée dans un Etat membre)*. Outre la connexion informatique dans le SIS, qui permet l'échange des informations, ont été créés les bureaux SIRENE, structures matérielles permanentes qui permettent aux Etats d'échanger des informations supplémentaires nécessaires au bon fonctionnement du SIS. Concrètement, le bureau SIRENE gère la partie nationale du SIS (le N-SIS), ce qui signifie qu'il est le destinataire obligatoire des demandes de signalement effectués en France. Il est également le point de passage de la coopération policière entre les Etats, en matière d'informations qui ne transitent pas par le SIS. Ainsi, une information « en temps réel » circule via les SIRENE quand par exemple une autorité chargée de surveiller la frontière veut signaler à celles d'un autre Etat qu'une personne vient de prendre l'avion vers son territoire[29].

Ainsi, la création du SIS a généré le besoin d'une interface humaine du système pour permettre la circulation de certaines informations sans passer par l'intermédiaire du système central. C'est pourquoi les bureaux SIRENE sont reliés entre eux par un système de télécommunication protégé : les SIS-NET. De plus, les règles d'échanges entre les bureaux SIRENE sont décrites en détail dans le manuel SIRENE qui compile l'ensemble des instructions destinées aux opérateurs de chacun des différents bureaux. On observe donc ici une harmonisation des pratiques administratives et des conduites à tenir par le biais du manuel, sorte de code européen des bonnes pratiques des administrations nationales. La logique est d'ailleurs reproduite dans le cadre du VIS, dont la mise en œuvre va s'appuyer sur un réseau consulaire important. C'est la raison pour laquelle les instructions consulaires communes, élaborées pour accompagner le développement de la politique commune des visas, ont été modifiées en avril 2009[30].

En d'autres termes, le caractère strictement technique des fichiers étant leur limite, un réseau humain doit le prolonger et en permettre le bon fonctionnement. Ce sont autant de pratiques administratives communes qui se forment en matière migratoire.

d- L'émergence d'un titre exécutoire européen

Enfin, un stade supplémentaire d'européanisation est atteint avec la création d'actes juridiques proprement européens. Le cas du SIS est le plus marquant car il confère aux autorités nationales un titre à agir transnational. Le fichage d'un étranger au SIS, que l'on appelle le « signalement » au sens de l'article 96 CAAS, vaut titre exécutoire commun. Cela est du à 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 donc un effet juridique immédiat puisqu'il conduit, partout en Europe, au refus d'entrée, de visa, ou de titre de séjour. De même, la conduite

---

[29] Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p. 238.

[30] Elles ont été modifiées par le règlement CE n° 390/2009 du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, en liaison avec l'introduction de données biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa.

indiquée dans le SIS (refus de visa, éloignement du territoire) s'impose à l'autorité consultant le fichier[31]. En d'autres termes, le signalement d'un ressortissant d'Etat tiers non admis, introduit par une autorité néerlandaise, a un effet direct sur le territoire français. Sur la base d'un tel signalement introduit à Amsterdam, un préfet pourra s'opposer à la délivrance d'un titre de séjour, en refuser le renouvellement ou le retirer, même si l'étranger répond aux conditions lui permettant d'avoir droit à celui-ci en France. Il pourra également éloigner l'étranger en situation irrégulière sur simple signalement exécutoire, dans le cadre d'une reconduite à la frontière. La liste commune des signalements au SIS vaut donc titre exécutoire et certains ont vu dans le signalement au SIS l'ébauche de l'acte administratif européen.

C'est un stade très important de mise en commun qui est atteint ici, au point que l'on peut y voir une forme d'expression de la solidarité entre les Etats. Dans le cadre du SIS, les services des étrangers sont investis de la mission de protection de l'ordre public des autres Etats Schengen. C'est pourquoi en France, la consultation du SIS est une obligation à la charge des fonctionnaires habilités à y accéder, notamment pour les étrangers. La raison est rappelée par le ministre de l'intérieur : la possession d'un titre de séjour permettant de circuler sans visa sur l'ensemble de l'espace Schengen, il est « nécessaire que fussent prises en compte lors de la délivrance des titres, les exigences de sécurité de l'ensemble des Etats parties » [32]. Logiquement, la non-consultation du N-SIS est une cause de responsabilité[33]. Comment mieux dire que le partage de bases de données communes est un vecteur essentiel de l'européanisation des droits nationaux de l'immigration ?

Toutefois, cette présentation ne saurait occulter le fait que, dans le même temps, les trois fichiers SIS, VIS et Eurodac sont le produit d'une communautarisation très inachevée de la politique d'immigration, ce qui a un impact sur leur structure et leur régime juridique.

B- LES FICHIERS, PRODUITS D'UNE COMMUNAUTARISATION LIMITEE DU DROIT DE L'IMMIGRATION

Malgré les affirmations enthousiastes des institutions de l'Union, les fichiers dits européens ne sont en fait que des structures hybrides, partiellement nationales, et non des fichiers proprement communautaires (1). Leur régime juridique procède de la même logique puisque le droit applicable est pour l'essentiel le droit national (2).

1- Des structures hybrides

Les trois fichiers européens relatifs aux étrangers sont souvent qualifiés de bases de données « communautaires ». Or, de nombreuses raisons permettent de contester cette idée.

---

[31] 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 avertir les autres Parties Contractantes ».

[32] 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, pp. 136-138.

[33] 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, pp. 139.

Le SIS, tout d'abord, ne peut pas être considéré comme un fichier « communautaire » car il est né dans le cadre des accords de Schengen, normes de droit international développées en marge des traités communautaire[34].

Mais c'est surtout la structure des fichiers qui empêche de les considérer comme des fichiers communautaires. Elle n'est pas centralisée, elle est en étoile, c'est-à-dire que 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[35].

Ainsi, le SIS est une structure technique complexe, avec, pour point central, une « fonction de support technique » dans laquelle figurent les signalements des personnes et des objets. Mais le SIS n'est qu'une interconnexion de fichiers nationaux rassemblant des données communes, alimentées et consultées par les autorités des différents Etats. Bien que le système soit européen, les données restent nationales. Le SIS a donc bien structuré comme une étoile : son cœur est constitué par le C-SIS et les branches de l'étoile par les N-SIS (parties nationales). Or, il existe un N-SIS par Etat. Le C-SIS, noyau central est le support technique : il n'a pas pour rôle de stocker l'information mais de servir d'intermédiaire dans l'échange d'informations. La CAAS est d'ailleurs très claire (art 92) sur le fait que l'interrogation de fichiers de données des parties nationales des autres parties contractantes n'est pas possible. Le SIS est donc bien une base de données commune, mais non communautaire[36]. Quant à la structure du VIS, elle est calquée sur celle du SIS et n'est donc pas centralisée. L'architecture du VIS comprend une unité centrale et une unité de transmissions, gérés en principe par la Commission et une unité nationale par Etat membre.

La structure d'Eurodac est un peu différente et plus centralisée. Dès que les empreintes des demandeurs d'asile sont relevées dans un Etat, les données sont immédiatement enregistrées (par l'unité centrale elle-même ou par l'Etat d'origine) dans l'unité centrale, gérée par la Commission, qui est le dépositaire des données. C'est l'unité centrale qui compare les données transmises avec les données transmises par d'autres Etats membres et déjà enregistrées dans la base grâce à un mécanisme automatisé appelé AFIS (*Système automatique d'identification des empreintes digitales*). En d'autres termes, dès qu'un Etat souhaite savoir si un demandeur d'asile qui se présente à lui a, au préalable, déposé une demande d'asile dans un autre Etat, il formule une interrogation. L'unité centrale transmet sans délai le résultat positif ou négatif de la comparaison avec l'Etat d'origine. Si la réponse est positive, elle donne également à l'Etat demandeur les données enregistrées, c'est-à-dire l'Etat d'origine, le sexe et les dates d'enregistrement.

La présence d'une unité centrale ne transforme pas pour autant Eurodac en un fichier communautaire dans lequel les Etats pourraient librement piocher des informations. Aucun Etat membre ne peut effectuer des recherches dans les données transmises par un autre Etat membre ni recevoir de telles données : le système oblige toujours à passer par l'unité centrale.

---

[34] Certes, à l'occasion du traité d'Amsterdam, le droit Schengen a été partiellement communautarisé. Mais au moment de la ventilation de l'ensemble des normes Schengen entre les piliers du droit de l'Union, le SIS a été placé dans le troisième pilier, pilier intergouvernemental régi par des règles dérogatoires aux règles communautaires. On voit la volonté des Etats d'en garder la maîtrise. On notera toutefois l'usage, par le Royaume Uni de l'opting-in qui lui permet d'utiliser ce fichier.

[35] Voir la description minutieuse de la structure des fichiers européens par Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, sp. pp. 235 à 276.

[36] Il faut d'ailleurs rappeler que cette structure du SIS a été retenue après l'échec de la tentative de raccorder entre elles les banques de données nationales existantes. Voir sur ce point, Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 52.

En effet, les données transmises à l'unité centrale et traitées par elles le sont pour le compte de l'Etat membre d'origine et cet Etat d'origine est seul habilité à les modifier[37].

En somme, le caractère très inachevé de la communautarisation de la politique d'immigration transparaît dans la structure des fichiers. Ils sont bien plus des réseaux de connexion de fichiers nationaux qu'une superstructure numérique communautaire gérée par une institution communautaire qui concentrerait en une base unique l'ensemble des données relatives à l'immigration. Leur organisation technique révèle donc la volonté des Etats de partager les informations sans aller jusqu'à perdre tout contrôle sur les données introduites dans le fichier. Le caractère très partiellement européen des fichiers est donc observable matériellement. Il est également manifeste lorsque l'on analyse le régime juridique applicable : le droit applicable au SIS, au VIS et à Eurodac reste très largement celui des Etats membres.

2- Un régime juridique principalement national

Plusieurs éléments conduisent à la conclusion que les trois fichiers « européens » sont les produits d'une communautarisation inachevée. Un premier indice est la participation différenciée des Etats membres au droit qui régit leur création et leur fonctionnement[38].
Mais la marque principale du caractère partiellement communautaire des fichiers est la prégnance du renvoi aux droits nationaux pour régir leur statut. On peut aller jusqu'à considérer que c'est le droit national qui régit l'essentiel du statut des données inscrites dans les trois fichiers. Deux éléments illustrent particulièrement la place décisive des droits nationaux : le régime de l'inscription des données (a) et le droit de demander la rectification ou l'effacement des données (b).

a- Le régime national de l'inscription et du retrait des données

Alors que le fichier est censé être européen, les Etats sont seuls juges de l'opportunité de l'inscription d'un signalement dans la base de données : il n'existe pas de ligne directrice présidant au choix des entrées. Cette situation est éminemment problématique quand on connaît la diversité des pratique de signalement en Europe.

L'article 96 de la CAAS prévoit les hypothèses de signalement des personnes au SIS aux fins de non-admission. Au titre de l'alinéa 2, 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 national. 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». L'article 96 donne donc une liste indicative non limitative des hypothèses de fichage, ce qui autorise des pratiques de fichage extrêmement variées d'un Etat à un autre. Par

[37] L'Etat (art 15 du Règlement Eurodac) peut seul modifier, en les rectifiant ou en complétant, les données qu'il a transmises à l'unité centrale ou les effacer directement s'il les a enregistrées directement. De même, cet Etat est responsable de la sécurité et de la légalité du relevé de l'empreinte, de l'exactitude des données, du respect de la légalité lors de l'enregistrement, conservation, rectification et effacement dans la base de données centrale. Il répond de l'identification définitive des données.

[38] Aussi le SIS était-il marqué, dès sa naissance, du sceau de la différenciation puisqu'il a été créé dans le cadre du droit Schengen qui n'a pas été adopté par l'intégralité des Etats membres. Toutefois, de nombreux Etats ont souhaité participer au SIS qui peut être utilisé, non seulement par des Etats qui n'ont pas supprimé les frontières intérieures, mais également par des Etats non membres de l'Union européenne (Suisse, Liechtenstein, Islande, Norvège).

ailleurs, l'ordre public - qui justifie le fichage - restant une notion nationale, les Etats disposent d'une grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre des opérations de signalement.

Sans surprise, dans « les marges de la subsidiarité » laissée par l'article 96, les Etats ont développé des pratiques extraordinairement divergentes en matière de fichage. Sur le plan quantitatif tout d'abord, les différences dans la pratique de signalement sont considérables : certains Etats, comme la France et l'Allemagne, signalent massivement[39], alors que le Portugal fiche très rarement des personnes à qui il faut refuser l'entrée. Quant aux pays nordiques, ils ont une approche plus exceptionnelle du signalement, avec une tendance à considérer que l'inscription au SIS ne doit se faire que pour des crimes et délits significatifs[40]. 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[41].

Sur le type de signalement inscrit, on note également des différences importantes. Pour des raisons diverses, l'Allemagne a pris l'habitude de signaler les personnes déboutées de leur demande d'asile[42] : de nombreux déboutés qui ont pourtant quitté le territoire allemand se retrouvent fichés au SIS avec une mention d'interdiction du territoire. Cette pratique allemande, « pêché par excès de fichage »[43], a donné lieu à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, dont l'arrêt Forabosco du 9 juin 1999, qui révèlent les difficultés découlant des variétés de pratique de fichage.

Mme Forabosco a été signalée au SIS par les autorités allemandes en tant que demandeur d'asile débouté, sans que la décision soit accompagnée d'une interdiction d'entrée ou de séjour sur le territoire allemand. Mais sur la base du signalement, le Consul de France à Bucarest a refusé à Mme Forrabosco la délivrance d'un visa de long séjour. Alors pourtant que le signalement a été inscrit par une autorité administrative étrangère, le Conseil d'Etat a décidé de se prononcer sur le bien-fondé du moyen tiré du caractère injustifié du signalement. Il estime que le motif d'inscription retenu par l'Allemagne ne figure pas dans les différents motifs énumérés par l'article 96 de la CAAS ; l'inscription opérée par l'Allemagne est par conséquent injustifiée.

Cette position a surpris car la liste de l'article 96 CAAS n'est pas exhaustive et permet à un Etat de signaler des personnes à qui l'asile a été refusé. On « aurait pu imaginer qu'une décision prise par un Etat partie à Schengen ne pouvait être remise en cause par les juridictions d'un autre Etat partie, dans sa motivation tout au moins, et qu'elle devait être

---

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

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

[41] Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p. 254.

[42] En Allemagne, les demandeurs d'asile déboutés sont soumis aux règles communes aux étrangers pour l'entrée et le séjour et doivent quitter le territoire allemand. Ces personnes reçoivent alors un certificat de passage à la frontière sur lequel est indiqué le délai qui leur est imparti pour quitter le territoire. Elles doivent remettre ce certificat au moment de la sortie. Mais souvent elles ne le font pas, ou ont quitté l'Allemagne avant l'issue de l'examen de leur demande d'asile. Ces personnes se retrouvent alors fichées au SIS, afin que les policiers les arrêtent pour le reconduire à la frontière. Or, selon la loi allemande, un étranger ne peut revenir en Allemagne quand il a été expulsé ou reconduit à la frontière, mais seules ces deux mesures peuvent entrainer une interdiction du territoire allemand. Un étranger dans un de ces cas sera inscrit au registre central des étrangers sous les mots clés : arrestation/expulsion/reconduite. Il n'y a donc pas de prise en compte de la spécificité des déboutés d'asile qu'il s'agit d'arrêter pour les reconduire à la frontière et non pour les empêcher d'entrer en Allemagne.

[43] Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p. 239.

suivie d'effet »[44]. Mais le Conseil d'Etat considère qu'il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen tiré du caractère injustifié du signalement d'une personne aux fins de non-admission alors qu'elle a été prononcée par une autorité étrangère (même s'il se contente de vérifier si les décisions prises par les autorités étrangères sont au nombre de celles qui, en application de l'art 96 CAAS, justifient une inscription au SIS). Une telle solution révèle les difficultés du juge face à la divergence d'interprétation des possibilités de signalement au SIS. Le juge refuse de sacrifier le contrôle de légalité et la garantie des droits à la logique de solidarité entre Etats que l'on voulait obtenir garantir par le fichage commun. Dès lors, des différences significatives dans la pratique du fichage pourraient porter atteinte à cette solidarité entre les Etats qu'est censée induire la mise en place d'un fichier commun. Les juges nationaux pourraient voir, dans le défaut de définition européenne de la menace qui justifie un fichage[45], une habilitation pour opérer un contrôle qui porte atteinte à l'effet d'un signalement d'un Etat dans un autre Etat membre.

Il faut donc convenir qu'il y a un étrange paradoxe entre cette communautarisation insuffisante et la coordination des moyens de lutte contre les menaces mise en place par l'article 111 de la CAAS. Le règlement 1987/2006 sur l'établissement du SIS II en fait le constat et estime nécessaire « de continuer à envisager des dispositions relatives aux motifs justifiant l'introduction de signalements de ressortissants d'Etats tiers à des fins de non admission ou d'interdiction de séjour et de préciser leur utilisation dans le cadre de politiques en matière d'asile, d'immigration et de retour»[46]. C'est pourquoi son article 24 prévoit que la Commission réexamine l'application du présent article au bout de trois ans et fait les propositions nécessaires pour modifier parvenir à un degré plus élevé d'harmonisation des critères de signalement.

Enfin, et c'est un autre signe du caractère national du droit applicable aux fichiers, les normes communautaires ont confié au seul Etat signalant, et conformément à son droit national, la responsabilité de modifier ou retirer les données fichées inexactes ou les signalements obsolètes. Pour le SIS, c'est l'article 105 de la CAAS qui tient la Partie Contractante signalante pour responsable de l'exactitude, de l'actualité ainsi que de la licéité de l'intégration des données dans le SIS. Quant à l'article 106, il précise que « seule la Partie Contractante signalante est autorisée à modifier, à compléter, à rectifier ou à effacer les données qu'elle a introduites ». Et si une autre partie contractante qui n'a pas fait le signalement dispose d'indices faisant présumer qu'une donnée est entachée d'erreur de droit ou de fait, elle ne peut qu'en aviser la partie signalante. Etant structuré selon une architecture très proche du SIS, le VIS répond à la même logique pour le retrait ou la modification des données[47]. Enfin, l'article 15 du règlement 2725/2000 créant Eurodac est similaire: il dispose que l'Etat d'origine est seul habilité à modifier les données qu'il a transmises à l'unité centrale, ou à les effacer.

Cette compétence nationale pour déterminer les données inscrites et les conditions de leur retrait est problématique car elle ouvre la voie à des pratiques d'une grande diversité selon les Etats membres. Or, on sait que la pratique de retraits de signalements est très faible

---

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

[45] Claire Saas, « 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.

[46] Règlement CE 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 L 381 du 28.12.2006.

[47] L'article 24 du règlement 767/2008 précise que l'Etat membre responsable est seul habilité à modifier les données qu'il a transmises au VIS en les rectifiant ou en les effaçant. Et si un autre Etat dispose d'éléments tendant à démontrer que les données traitées dans le VIS sont erronées, il en informe immédiatement l'Etat responsable.

et inégale selon les Etats[48]. Cela n'est qu'une illustration supplémentaire d'une européanisation fantomatique alors pourtant que sont en cause les libertés des personnes fichées.

b- Le régime national du droit d'accès aux données par les personnes fichées

Une même disparité problématique des droits nationaux et des pratiques est observable pour l'accès des personnes aux données fichées. En effet, le régime des trois fichiers renvoie au droit national le soin de régir l'accès aux données par les personnes fichées. Ainsi, l'article 109 de la CAAS prévoit que toute personne a le droit d'accéder aux données la concernant qui sont intégrées dans le SIS, dans le respect du droit de l'Etat Schengen auprès de laquelle il le fait valoir. De plus, toute personne peut saisir l'autorité nationale compétente en vue d'une action en rectification ou en effacement d'un signalement au SIS la concernant (art 111) ou en vue de lui demander les données la concernant et l'utilisation qui en est faite (art 114).

Le renvoi au droit national de l'Etat signalant pour l'accès aux données est également le principe retenu pour les fichiers Eurodac et VIS. Le règlement 767/2008 précise, pour le VIS, que le droit d'accès, de rectification et d'effacement sont garantis à la personne dont les données personnelles sont stockées, mais la rectification et l'effacement sont effectués conformément aux lois, réglementations et procédures de l'Etat concerné. De même, le droit à un recours ou le droit de déposer plainte devant les autorités compétentes ou juridictions de cet Etat sont organisés par le droit national. Un dispositif du même type est prévu par le règlement 2725/2000 relatif à Eurodac, notamment en ses articles 18 et 19, qui renvoie au droit de l'Etat membre pour l'exercice du droit de demande de rectification ou d'effacement des données, le droit de former un recours, et l'assistance qu'une personne peut obtenir de l'autorité de contrôle nationale.

En d'autres termes, le renvoi aux droits nationaux est la règle dans les dispositifs normatifs, au point que l'on peut conclure, comme Claire Saas, 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 droits[49]. Or, les réglementations nationales étant très hétérogènes en matière d'accès aux données, le renvoi au droit national est susceptible d'avoir des conséquences importantes pour la personne fichée.

Enfin, le droit national est omniprésent dans le régime de la garantie des droits des personnes fichées. Cette garantie suppose, outre l'accès aux données fichées et la possibilité d'en demander la rectification, un contrôle des traitements et de l'usage des données. Le régime juridique applicable est hybride, puisque si des règles communes et des modalités de contrôle communes s'appliquent à la partie commune des traitements informatisés, ce sont surtout les règles du droit national qui vont régir les autorités de contrôle susceptibles d'intervenir (pour opérer un contrôle a priori destiné à assurer les buts, contenus et fonctionnement du traitement automatisé, mais aussi un contrôle de l'exécution des

[48] Voir sur ce point les éléments donnés par la Commission dans la proposition de règlement modifiant Eurodac, 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.

[49] Claire Saas, « 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.

traitements) et le contrôle du juge (sur les décisions de l'autorité administrative indépendante et l'usage des traitements par l'administration)[50].

Ces exemples révèlent un droit des fichiers faiblement communautarisé, à l'image de l'état d'intégration de la politique d'immigration dans lesquels les fichiers sont développés. Ils nous décrivent l'étroite relation qui existe entre les fichiers et la politique d'immigration. Ce lien explique également le développement parallèle des fichiers et de la politique communautaire d'immigration et d'asile dans le sens d'une sécurisation toujours plus grande.

II. DES FICHIERS AU CŒUR DE LA SECURISATION DE LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE D'IMMIGRATION

Les observateurs sont frappés par la tendance sécuritaire que prend la politique communautaire d'immigration[51]. Témoignent de ce virage, notamment, l'Agence FRONTEX et le projet de garde-frontières européens ou les propositions d'externalisation du traitement de l'asile. L'évolution et la systématisation du recours au fichage participent de ce mouvement de sécurisation[52]. Les trois fichiers SIS, VIS et Eurodac apparaissent de plus en plus comme les pivots d'une intensification des contrôles migratoires (A). De plus, ces fichiers se transforment : conçus à l'origine comme des fichiers de gestion administrative, ils semblent devenir des fichiers d'enquête policière (B).

A- LES FICHIERS, PIVOTS DU RENFORCEMENT DES CONTROLES MIGRATOIRES

Les trois fichiers européens relatifs aux migrations jouent un rôle central dans le contrôle des mouvements de personnes. En effet le recours au fichage créé une frontière additionnelle aux frontière physiques de l'Union : la frontière numérique (1). Or, le recours aux fichiers étant de plus en plus systématique, on doit faire le constat d'une intensification des contrôles migratoires (2).

1. La formation d'une frontière numérique

L'idée d'une frontière numérique peut surprendre[53]. La formule étonne moins si on la replace dans le contexte des travaux sur le « déplacement » ou « l'externalisation » des

[50] Voir sur ce point Jean-Marie Delarue, « 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. **;** Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country nationals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008 ; Bernd Schattenberg, « The Schengen Information System : Privacy and Legal Protection », in Henry G. Schermers, Cees Flinterman 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, Franck Dumortier et Yves Poullet, « 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.

[51] Pour le développement d'une politique de sécurité de l'Union européenne, voir synthèse Marc Blanquet, « L'évolution des impératifs de sécurité dans les politiques communautaires », in Catherine Flaesch-Mougin (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp.13-90 ; et pour les questios de migrations et de fichiers Elspeth Guild, "Securité et protection des données personnelles dans l'Union européenne", in Catherine Flaesch-Mougin (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 151-162, et Anne Cudenec, « Sécurité et protection des frontières extérieures de l'Union européenne : le rôle de l'Agence Frontex », in Catherine Flaesch-Mougin (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant, 2009, pp. 321-333.

[52] Pour une lecture critique du recours aux fichiers : Sylvia Preuss-Laussinotte, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? » *Cultures & Conflits* n° 64/2006, pp. 77-95.

[53] Elle est pourtant utilisée par une partie de la doctrine: Voir par exemple Evelien Brouwer dans son ouvrage: Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country naionals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008 ou pour la littérature de science politique, Denis Duez, *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.

frontières, études qui s'attachent à montrer la disjonction entre la frontière physique de l'Etat et le lieu effectif du contrôle du passage de l'étranger. Ainsi, Didier Bigo et Elspeth Guild[54] montrent comment le développement d'une politique européenne des visas - « procédé de gouvernementalité à distance » - délocalise le contrôle migratoire, c'est-à-dire le contrôle de l'accès au territoire européen. Pour les ressortissants sur la liste des pays à visa obligatoire, la frontière (entendue au sens de lieu où se décide l'entrée dans l'Union) se trouve désormais au consulat du pays Schengen dans leur propre pays. La décision qui permet d'entrer en Europe est en effet prise dans un consulat et non aux habituels points de contrôle dans les aéroports et gares. Le contrôle de l'entrée se fait donc très en amont du territoire de l'Union.

Bien sur, lors du passage de la frontière physique, un refus d'entrée reste possible même si la personne est dotée d'un visa valide, dans la mesure où le visa ne délivre pas un droit d'entrée sur le territoire. Mais dans la majorité des cas, le visa permet *de facto* l'entrée et ce qui est recherché à la frontière physique, c'est surtout la validité du document. A de nombreux égards, le cœur du système de contrôle des frontières Schengen ne se trouve donc plus dans la systématicité de la vérification des documents aux frontières, mais dans la détermination préalable de ceux qui seront autorisés à entrer. Comme le formule très justement Elspeth Guild, l'individu active de multiples contrôles et rencontre la frontière virtuellement avant de la passer physiquement[55].

Or, les fichiers jouent un rôle central dans ce phénomène de déterritorialisation des points de passage de la frontière car 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 le plus souvent précédé d'autres passages, qui sont des « passages numériques ».

Ainsi le VIS, créé pour permettre l'échange d'informations entre les autorités qui décident de l'entrée en Europe dans les postes consulaires, dessine une frontière virtuelle en amont du territoire européen. Dès qu'une autorité consulaire voudra attribuer, refuser, annuler, ou proroger un visa, elle consultera le VIS et fondera sa décision sur les éléments qui y sont saisis. De même, les autorités chargées des contrôles aux frontières extérieures et sur le territoire des Etats pourront consulter la vignette et les empreintes dans le VIS, dans le but de vérifier l'identité de la personne et l'authenticité du visa, et pour savoir si la personne remplit les conditions pour entrer et séjourner dans un Etat membre. Le VIS est donc bien conçu comme le cœur de la coopération consulaire car il mettra en réseau 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 ces points de contrôles sont reliés aux points de contrôle de la frontière physique. Grâce au fichage informatique, les Etats sont donc parvenus à tisser une toile de points de contrôles multiples autour de l'étranger, dont certains se situent très loin de la frontière physique de l'Union.

Quant au SIS, il peut être activé au moment du contrôle effectif du passage de la frontière. L'entrée ne se fait que si l'agent ne rencontre pas un signalement qui s'opposerait à la circulation. L'étranger rencontre par conséquent la « frontière numérique » avant même de passer la frontière physique. De plus, le SIS est consulté depuis n'importe quel ordinateur d'un consulat ou service de police. Si l'agent rencontre un signalement, il en tirera les conséquences en termes migratoires : refus de visa, de titre de séjour, refus d'entrée, etc. Chaque consultation du SIS est donc bien la mise en œuvre d'un contrôle migratoire et, du

---

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

[55] Elspeth Guild, Moving the Borders of Europe, Lecture inaugurale délivrée à l'Université de Nijmegen, 30 Mai 2001.

fait de la mise en réseau des autorités concernées, on mesure le nombre de points de contrôle que cela représente. C'est ce constat qui conduit D. Diminescu[56] à parler d'une frontière européenne désormais virtuelle : elle n'est plus matérialisée par des points de passage concrets, des installations douanières, elle est remplacée par des points de contrôle numérique. Quant à la mise en réseau des entités chargées des contrôles migratoires rendue possible par le partage d'un fichier, elle démultiplie et délocalise à la fois les contrôles migratoires.

Consultables à distance par un nombre croissant d'entités, les fichiers ont renforcé le phénomène de déterritorialisation des contrôles migratoires que certains travaux, de science politique ou sociologie, appellent « l'externalisation des frontières ». Mettant l'accent tour à tour sur la délocalisation des lieux et moyens de contrôle des personnes, ces travaux éclairent notre analyse et permettent de comprendre comment les fichiers forment une nouvelle frontière, informatique, qui vient renforcer l'effectivité des contrôles physiques à la frontière physique de l'Etat. Surtout, ils nous incitent à tenir compte de la réalité matérielle du fichage car la réalité des contrôles migratoires est assez largement contenue dans la pratique du fichage. Or il faut convenir que, depuis une petite dizaine d'années, l'évolution du fichage traduit une intensification des contrôles migratoires.

2. Evolution du fichage et intensification des contrôles migratoires

L'évolution du droit des fichiers révèle une nette accentuation des contrôles migratoires. Plusieurs phénomènes concomitants doivent être mis en lumière pour étayer cette affirmation. Tout d'abord, on observe une augmentation des données saisies dans les fichiers (a). Ensuite, les fichiers apparaissent de plus en plus comme des outils de lutte contre la fraude et la clandestinité (b). Enfin, le tournant du recours (systématique) à la biométrie traduit la volonté de faire des fichiers des outils d'identification des étrangers (c).

a- L'accentuation des contrôles par l'augmentation des données saisies

Le renforcement des contrôles migratoires peut passer, tout simplement, par un usage plus important du fichier contenant des données sur les étrangers. Ainsi, l'augmentation massive des données stockées dans les trois fichiers européens peu s'analyser comme un indice de l'intensification des contrôles migratoires dans l'Union européenne. Ceci parce que plus il y a de données conservées dans un fichier, plus ce dernier offre de ressources pour identifier les personnes, connaître leur parcours migratoire, et donc opérer un contrôle efficace.

Mais l'introduction de nouvelles données dans les fichiers peut avoir un effet plus qualitatif et traduire une évolution du type de contrôle opéré, comme le montre l'exemple d'Eurodac. Au moment de sa création, Eurodac a été conçu pour relever les empreintes digitales des seuls demandeurs d'asile. Mais l'arrivée massive d'immigrants irakiens a conduit les autorités publiques à vouloir relever leurs empreintes digitales[57]. Il a donc été décidé

[56] Dana Diminescu, "Le système D contre les frontières informatiques", *Hommes et Migrations*, n° 1230, mars-avril 2001. http://www.ticm.msh-paris.fr/spip.php?article65

[57] 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. Dans le Plan d'action de l'UE du Conseil du 26 janvier 1998 (afflux de migrants de l'Irak et des régions avoisinantes), le relevé des empreintes a été déclaré nécessaire pour « limiter les entrées des réfugiés irréguliers dans l'UE ». Le Plan pressait les Etats d'examiner sans délai si Eurodac pouvait être étendu aux étrangers en situation irrégulière. Mais en raison d'importants désaccords entre les Etats sur le point de savoir si Eurodac devait être étendu aux étrangers en situation irrégulière, il a été choisi de recourir à un protocole

d'ajouter dans Eurodac les empreintes de deux catégories de personnes : toute personne ayant franchi irrégulièrement la frontière d'un Etat membre et qui n'a pas fait l'objet d'une mesure de refoulement et de toute personne en situation irrégulière sur le territoire d'un Etat membre.

Pour Jean-Marie Delarue[58], le fichage des deux dernières catégories s'explique « tout simplement » par la préoccupation de rattacher à une demande d'asile initiale formée dans un Etat membre, non seulement ceux qui déposeraient une autre demande d'asile dans un autre Etat, mais ceux qui y arriveraient sans en présenter. Une lecture plus critique et globale peut être faite, qui voit dans l'évolution des personnes référencées dans Eurodac un indice de sa transformation. Si à l'origine, Eurodac avait un but administratif spécifique limité (permettre la détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile), sa mission a été modifiée par l'introduction des empreintes de personnes qui ne sont pas des demandeurs d'asile. Eurodac n'est plus seulement un fichier pour l'asile mais tend à devenir un outil plus global du contrôle des migrations, et plus particulièrement un outil de lutte contre les migrations irrégulières. Certes, Eurodac n'autorise l'enregistrement des personnes en situation irrégulières que pour déterminer si la personne a ou non déposé une demande d'asile dans un autre Etat membre. Mais il n'en demeure pas moins que l'on va opérer une recherche sur cette personne alors même qu'elle n'a pas (encore) demandé l'asile[59].

Le SIS connaît une évolution du même type. La liste des données pouvant être inscrites au SIS est définie à l'article 94 de la CAAS : ce sont les personnes signalées, les objets visés à l'article 100 et les véhicules visés à l'article 99. Pour les personnes, on intègre les noms, prénoms, alias éventuellement enregistrés séparément, les signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables, la première lettre du deuxième prénom, la date et le lieu de naissance, le sexe, la nationalité, l'indication que les personnes sont armées, l'indication que les personnes concernées sont violentes, le motif du signalement, la conduite à tenir.

Or, deux textes adoptés sous présidence espagnole en 2004 et 2005[60] ont conduit à un allongement important de la liste de catégories d'objets recherchés pouvant faire l'objet d'un signalement : les embarcations, aéronefs, conteneurs, titres de séjour, certificats d'immatriculation et moyens de paiement ont été ajoutés. Et à l'occasion du passage du SIS I au SIS II, on a procédé à une extension des catégories de données stockées. Ainsi, l'article 20 du Règlement 1987/2006 sur l'établissement du SIS II ajoute aux données pouvant être saisies pour opérer le signalement d'un ressortissant d'Etat tiers : les photographies, les empreintes digitales, l'indication que la personne est en fuite, une référence à la décision qui est à l'origine du signalement et le(s) liens vers d'autres signalements introduits dans le SIS II.

Ajoutons que la décision-cadre 2002/584 du Conseil portant création du mandat européen[61] prévoit que les informations figurant dans le nouveau mandat seront traitées au

---

séparé, rendant possible l'inclusion de empreintes des étrangers en situation irrégulière. Ce protocole a été ensuite inclus dans le règlement par la Commission.

[58] Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p. 252.

[59] C'est ce qui a d'ailleurs conduit certains auteurs comme E. Brouwer à se demander si le relevé et l'enregistrement des empreintes de ces personnes peut validement être basé sur l'une des obligations découlant de la convention de Dublin. Le service juridique du Conseil connaissait d'ailleurs que l'inclusion dans Eurodac de données relatives à des personnes, qui passaient légitimement une frontière, mais ont plus tard été trouvées en situation irrégulière, ne peut pas être justifiée : E.R. Brouwer, « Eurodac : Its Limitations and Temptations », *European Journal of Migration and Law,* 4/2002, p. 233.

[60] Le 29 avril 2004, ont été adoptées deux normes : le Règlement 871/2004 du 29 avril 2004 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au SIS, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la décision 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005, concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au SIS y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

[61] Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, J *n° L 190 du 18/07/2002.*

moyen du SIS. Ainsi, l'article 9 de la décision prévoit que l'autorité judiciaire d'émission du mandat d'arrêt peut décider de signaler la personne recherchée dans le SIS.

Quant au VIS, le constat est saisissant. La liste des données qui seront intégrées au VIS lors de la présentation de la demande de visas est prévue par l'article 9 du règlement 767/2008. Elle est impressionnante et commence par le numéro de la demande, l'état de la procédure indiquant qu'un visa a été demandé, l'autorité à laquelle la demande a été présentée. S'y ajoutent un certain nombre de 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[62], 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, pour les mineurs, noms et prénoms des parents, une photographie du demandeur et enfin, les empreintes digitales du demandeur. Il faut encore ajouter à cette liste d'autres données qui seront saisies en cas de délivrance du visa (article 10)[63], des données qui seront saisies en cas d'interruption de l'examen de la demande (article 11)[64], des données à ajouter en cas de refus de visa (article 12)[65]. Précisions enfin qu'au titre de l'article 13, des données pourront être ajoutées en cas d'annulation, de retrait ou de réduction de la durée de validité du visa (notamment les motifs) et que l'article 14 vise également les données à saisir en cas de prorogation de visa[66].

On le voit, les créateurs du VIS ont envisagé un fichage beaucoup plus systématique que celui du SIS qui avait pour objet de signaler une personne indésirable. Le VIS procède à un recensement systématique des données migratoires qui servent à évaluer le « risque migratoire » que représente l'étranger. Pour l'autorité consulaire chargée de délivrer le visa, il s'agit de se protéger (et protéger les autres Etats) d'une personne qui voudrait rester en Europe à l'expiration du visa. D'où la conservation d'un nombre si considérable de données.

b- La transformation des fichiers en outils de lutte contre la fraude et la clandestinité

Parler de contrôle migratoire ne suppose pas nécessairement que l'on mette l'accent sur la fraude ou l'illégalité. Le contrôle peut porter, par exemple, sur la validité des documents

---

[62] S'il s'agit d'une personne physique, on inscrira les noms, prénoms et adresse de cette personne ; s'il s'agit d'une société ou organisation, le nom et prénom de la personne de contact au sein de cette société ou organisation.

[63] Seront inscrites les données suivantes : état de la procédure indiquant que le visa a été délivré, autorité ayant délivré le visa, type de visa, numéro de vignette visa, territoire sur lequel le titulaire du visa est autorisé à voyager, dates du début et d'expiration du visa, nombre d'entrées autorisées par visa, durée du séjour autorisée.

[64] Seront inscrites les données suivantes : état de la procédure indiquant que la demande a été interrompue, nom et localisation de l'autorité qui a interrompu la demande, lieu et date d'interruption, Etat membre compétent pour examiner la demande.

[65] Seront inscrites les données suivantes : état de la procédure, nom et localisation de l'autorité ayant refusé le visa, lieu et date de la décision de refuser le visa, motif(s) du refus de visa, parmi les motifs suivants : défaut de possession de document de voyage en cours de validité ; ou document de voyage faux, falsifié ou altéré ; le demandeur ne justifie pas du but et des conditions de séjour et est considéré comme présentant un risque particulier pour l'immigration clandestine ; le demandeur a déjà séjourné trois mois au cours d'une période de six mois sur le territoire des Etats membres ; il n'a pas les moyens de suffisance correspondant à la période et aux modalités de séjour ou de moyens pour le retour vers le pays d'origine ou de transit ; le demandeur a été signalé aux fins de non-admission dans le SIS ; le demandeur est considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure ou les relations internationales d'un Etat membre ou pour la santé publique.

[66] Seront inscrites les données suivantes : état de la procédure, nom et localisation de l'autorité qui a prorogé le visa, lieu et date de la décision, numéro de la vignette visa, dates de début et d'expiration de la période prorogée, période de prorogation et durée autorisée du séjour, territoire sur lequel le titulaire du visa est autorisé à voyager.

ou consister à vérifier que l'étranger peut accéder à une prestation donnée. Et dans le cadre d'Eurodac, le contrôle a été prévu pour déterminer l'Etat chargé de la demande d'asile. Lors de leur création, les fichiers n'ont par conséquent pas été (principalement) conçus comme des outils de lutte contre l'immigration clandestine et de lutte contre la fraude.

Mais les normes modifiant le SIS et Eurodac, ainsi que les règles relatives au VIS, traduisent une volonté de transformer les fichiers en instruments de lutte contre l'immigration clandestine. Une première manifestation de cette tendance est la mention de plus en plus récurrente de la fraude en matière migratoire. Les fichiers sont présentés comme les outils de la sécurisation du système migratoire contre les ressortissants d'Etats tiers souhaitant tricher, c'est-à-dire contourner les règles pour entrer en Europe ou y rester. Un exemple de cette rhétorique se trouve dans la communication de la Commission du 24 novembre 2005 sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des données européennes dans le domaine de la justice et des affaires intérieures[67]. La Commission y précise que l'identification des personnes en séjour irrégulier est difficile : « celles-ci n'ont généralement aucun document d'identification à fournir ou utilisent de faux documents, donc le processus d'identification est long et couteux. Et si les documents de voyage ont été détruits, les autorités ne disposent d'aucun système pour vérifier l'identité des intéressés (…) Face à la problématique de l'usurpation d'identité, faute de moyens d'enregistrement des citoyens de l'Union au niveau européen, le système a montré ses limites. »

Les fichiers apparaissent donc comme un outil décisif pour lutter contre la fraude en matière migratoire, c'est-à-dire la circulation sous de faux documents. C'est ainsi que le Règlement 1987/2006 établissant le SIS II introduit une procédure spécifique nouvelle pour lutter contre l'usurpation identité. Ses articles 35 et 36 prévoient l'action des bureaux Sirene pour tenter de remédier à l'usurpation d'identité. Si lors de l'introduction d'un signalement, il apparait 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. Et si la vérification fait apparaître que la personne faisant l'objet du nouveau signalement et la personne déjà signalée dans le SIS sont une seule et même personne, le bureau Sirene met en œuvre une procédure spécifique. En outre, (article 36) 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 usurpée.

Les fichiers sont également conçus comme la réponse idoine à un phénomène considéré comme de la fraude : le shopping. Eurodac et VIS ont été précisément créés dans le but d'y remédier. Pour Eurodac, la crainte est *l'asylum shopping*, c'est-à-dire le dépôt de demandes d'asile multiples et la tentative de demander l'asile dans l'Etat supposé le « plus généreux » en termes de protection. Or Eurodac a été créé pour empêcher cette pratique, considérée comme abusive : la saisie immédiate des empreintes permet de déterminer quel Etat doit être déclaré responsable et d'empêcher le demandeur d'asile de choisir lui même son Etat de protection. On retrouve exactement la même idée dans les normes d'établissement du VIS, puisqu'un de ses objectifs est de lutter contre le *visa shopping*. Il s'agit d'éviter que les ressortissants d'Etats tiers fassent plusieurs demandes de visa simultanées auprès de plusieurs services consulaires. Le VIS, qui informera immédiatement de multiples demandes de visa en cours, est donc l'instrument central de lutte contre cette stratégie.

On pourrait discuter l'idée selon laquelle le *shopping* est réellement frauduleux. Il n'en demeure pas moins que la lutte généralisée contre les tentatives de contournements du système, et contre la fraude en général, passe aujourd'hui par les fichiers. Servant désormais

[67]Communication de la Commission du 24 novembre 2005 sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des 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.

l'identification des personnes, les fichiers accueillent aujourd'hui systématiquement des données biométriques qui sont avant tout les instruments de la lutte contre la fraude et la clandestinité.

c- Le tournant de la biométrie et l'ambition de l'identification[68]

Le recours à la biométrie n'est pas nouveau : il a été mis en place avec Eurodac. Mais on assiste à sa généralisation et le SIS II, comme le VIS, accueilleront des données biométriques.

Pour le SIS, le tournant a été le règlement 1987/2006 sur l'établissement et fonctionnement SIS II. Il ajoute, (article 20 relatif aux catégories de données stockées dans le SIS II), les photographies et empreintes digitales. Pour le VIS, la logique est la même : le règlement 390/2009 du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas[69] définit les normes applicables au recueil des données biométriques. Il prévoit que les Etats recueillent l'image faciale et dix empreintes digitales et prévoit comment des données sont recueillies, par qui et quelles sont les dispenses possibles.

Comment expliquer cette systématisation du recours à la biométrie ? Quelques pistes se trouvent dans les normes communautaires. Selon le Règlement 1987/2006 SIS, (point 12), le traitement des données biométriques va « aider à l'identification correcte des personnes concernées. » Le règlement 390/2009 du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas, précise que l'introduction des données biométriques dans le VIS permettra de « vérifier avec certitude l'identité des demandeurs de visa ». Et de manière générale, l'introduction d'identifiants biométriques dans le VIS est perçue comme une « étape importante vers l'utilisation d'éléments nouveaux permettant d'établir un lien plus fiable entre le titulaire du visa et le passeport afin de prévenir l'usage de fausses identités » (Point 2).

Certitude et fiabilité de l'identification sont donc les moteurs de l'introduction des données biométriques. Les Etats poursuivent l'objectif d'une identification la plus parfaite possible. L'utilisation des données biométriques est le « marqueur d'identité » par excellence. Plus encore, selon Gérard Dubey, elle signale un changement de méthode dans l'identification. Techniquement, l'identification de la personne s'opère selon des voies nouvelles car elle se fait, à partir d'un lecteur, par rapprochement automatique entre le gabarit stocké dans le fichier et la partie du corps qui lui correspond[70]. Le recours à la biométrie conduit donc à passer imperceptiblement de la reconnaissance de la personne (par le corps de celui qui reconnaît) à l'identification, c'est-à-dire « à un mode opératoire de définition de l'identité entièrement subordonnée aux critères et au référentiel d'un système technique de gestion des flux »[71].

La reconnaissance biométrique modifie le contrôle migratoire qui n'est pas seulement le contrôle de données écrites ou la tentative du garde-frontière de déterminer si la personne correspond à une photo. L'usage de la biométrie rend l'identification beaucoup plus mécanique et systématique et a pour objet de réduire la marge d'erreur de l'identification

---

[68] Voir, sur l'identification, la synthèse historique d'Ilsen About et Vincent Denis, *Histoire de l'identification des personnes*, La Découverte, 2010, 125 pages.

[69] Règlement 390/2009 du 23 avril 2009 modifiant les instructions consulaires communes concernant les visas adressées aux représentations diplomatiques et consulaires de carrière, avec l'introduction d'identifiants biométriques et de dispositions relatives à l'organisation de la réception et du traitement des demandes de visa, JO N° L 131 du 28.05.2009.

[70] Gérard Dubey, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cahiers internationaux de sociologie*, volume CXXV, Juillet-Décembre 2008, p. 268.

[71] Gérard Dubey, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cahiers internationaux de sociologie*, volume CXXV, Juillet-Décembre 2008, p. 273.

visuelle. C'est pourquoi la généralisation du fichage de données biométriques modifie la mission dévolue aux fichiers. Ils deviennent l'outil par essence de l'identification des étrangers et sont désormais à même de remplir une double fonction: être un espace de comparaison aux fins de vérification (le fichier sert à répondre à la question: est-on face à la personne que l'on croit ?) et être un outil d'identification (le fichier sert alors à répondre à la question: qui est cette personne dont je détiens les empreintes digitales ?)[72]. Ces deux usages distincts des données du fichier sont désormais possibles et représentent autant de modes possibles d'exploitation de l'outil informatique aux fins de contrôle des migrations.

L'introduction de la biométrie dans les trois fichiers créés à des fins migratoires signale donc une importante évolution. Elle manifeste un changement de fonction des fichiers qui n'est pas sans effet sur la nature même des fichiers. Si l'on ajoute cette donnée à d'autres évolutions notables, on pourra alors faire le constat d'un changement radical de la nature des fichiers : ils se transforment en outils d'enquête.

B. LA TRANSFORMATION DES FICHIERS EN OUTILS D'ENQUETE POLICIERE

Ce sont les institutions de l'Union qui ont osé cette formule de « fichiers d'enquête policière »[73] pour rendre compte de la mutation des fichiers créés en matière migratoire. Cette qualification n'apparaît pas excessive si l'on prend en compte l'ensemble des réformes qui affectent le droit de ces fichiers. L'évolution des fichiers se traduit tout d'abord par une extension de leurs finalités (1). Ensuite, on constate qu'une confusion s'opère entre les finalités des fichiers et leur utilité (2) Enfin, l'usage des fichiers change et ceux-ci sont de plus en plus fréquemment conçus comme des instruments de recherche (3).

1. L'évolution des finalités des fichiers

Depuis la loi française de 1978, le droit des fichiers s'est très largement construit autour de la notion de *finalité* du fichier. La directive du 24 octobre 1995 relative à la protection des données physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données n'échappe pas à la règle et confère un rôle très important à la finalité du fichier. La finalité joue un rôle majeur dans la détermination du contenu du fichier (quelles données vont pouvoir y être stockées), et de son utilisation (qui va pouvoir y accéder et à quelles fins). On mesure donc l'enjeu d'une définition plus ou moins souple des finalités d'un fichier.

Or, les finalités des fichiers SIS et Eurodac ont évolué de façon significative. Originellement conçus comme des outils d'accompagnement de la liberté de circulation et/ou de gestion des migrations, ces fichiers sont progressivement utilisés à d'autres fins, de protection contre des menaces assez largement définies.

Les finalités du SIS, énoncées à l'article 93 de la CAAS, sont la préservation de l'ordre public, y compris la sureté de l'Etat, et l'application des dispositions sur la circulation des personnes. La finalité du SIS est donc double : favoriser la liberté de circulation et éviter que l'exercice de cette libre circulation ne porte atteinte aux ordres publics nationaux. Mais dans le

---

[72] Voir, pour ce double usage du fichier, Jean-Marie Delarue, « 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.

[73] Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant le développement du SIS II, 18 décembre 2003, citée in Autorité de contrôle Schengen, Avis sur le développement du SIS II, Bruxelles, 19 mai 2004, que l'on peut trouver sur le site de la CNIL: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/international/shengen/avissisIIcnil.pdf

contexte des attentats de New York et Madrid est apparue l'idée d'utiliser le traitement à des fins élargies, notamment, selon le Conseil européen de Laeken, « pour lutter contre le terrorisme, les filières d'immigration illégales et la traite des êtres humains »[74].

Pour Jean-Marie Delarue[75], l'article 93 de la CAAS mentionnant la préservation de l'ordre public et de la sécurité publique dans les finalités du SIS, n'a pas exclu un tel objet. On peut toutefois trouver trop extensive la modification des finalités du SIS opérée à l'occasion du passage du SIS I au SIS II. Le règlement 1987/2006 sur l'établissement du SIS II précise que l'objet du SIS II est « d'assurer un niveau élevé de sécurité dans l'espace de liberté, sécurité et de justice de l'Union européenne, y compris la préservation de la sécurité publique et la sauvegarde de la sécurité sur les territoires des Etats membres » (article 1). Quant à la décision 2007 JAI du 12 juin, elle apporte un changement décisif en indiquant notamment que le signalement des objets à surveiller a pour fin « la répression des infractions pénales » comme la « répression de menaces pour la sécurité publique » (article 36-2).

Progressivement, le système évolue donc, au point que le Conseil[76] a déclaré que le SIS, conçu à l'origine comme un moyen d'effectuer des contrôles aux frontières et d'autres contrôles de type douanier, est développé pour permettre « l'échange d'informations en vue de surveiller la libre circulation, mais aussi de maintenir la sécurité publique, et en particulier, d'aider les autorités nationales dans la lutte contre la criminalité transnationale ». Un nombre croissant d'entités ou d'auteurs constatent donc une extension « rampante » des fonctions du SIS, bien au-delà des finalités prévues par l'art 93 CAAS, et signalent qu'elle ne devrait pas être réalisée hors du cadre législatif. Le SIS tend ainsi à être considéré comme un outil utilisable dans le cadre de l'antiterrorisme, fonction qu'il n'avait pas avant.

La finalité d'Eurodac a été fixée par l'article 1 du règlement 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 : contribuer à déterminer l'Etat membre qui est responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un Etat membre et de faciliter l'application de la convention de Dublin. En d'autres termes, sa finalité est d'établir l'identité des personnes et de savoir si elles ont déjà déposé une demande d'asile en Europe. Mais les Etats ont rapidement eu la tentation d'élargir ces finalités. En 2001, le gouvernement allemand proposait son utilisation à des fins policières. Le 10 septembre 2009, la Commission a adopté deux propositions : l'une qui vise à la modification du système Eurodac[77], l'autre qui prévoit que les services répressifs des Etats et Europol puissent avoir accès aux données stockées dans Eurodac[78].

Consulté sur ces deux propositions, le Contrôleur européen de la protection des données considère[79] qu'elles conduisent à une évolution problématique, notamment sur la question des finalités. Le point le plus discutable est la possibilité reconnue (article 1, paragraphe 2) aux autorités désignées des Etats membres et d'Europol de demander une comparaison de données dactyloscopiques ou d'empreintes latentes avec les données

---

[74] Conclusions de la présidence du Conseil européen de Laeken, 14 et 15 décembre 2001, sp. point 42.

[75] Jean-Marie Delarue, « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Mélanges en l'honneur du Président Genevois*, Dalloz, p.245.

[76]Cité par Autorité de contrôle Schengen, Avis sur le développement du SIS II, Bruxelles, 19 mai 2004, que l'on peut trouver sur le site de la CNIL: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/international/shengen/avissisIIcnil.pdf

[77] Proposition modifiée 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'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], COM(2009) 344 final.

[78]Proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données EURODAC présentées par les services répressifs des États membres et Europol à des fins répressives COM(2009) 342 final.

[79] Avis CEPD du 10 avril 2010 sur la proposition modifiée du règlement Eurodac, JO 92 du 10 avril 2010.

d'Eurodac. En effet, une comparaison fructueuse donnera lieu à une réponse positive d'Eurodac et sera accompagnée des données stockées qui concernent les empreintes digitales. Or, au moment de la création d'Eurodac, l'accès des services de police à ce système n'avait pas été prévu. Il y a donc un changement des finalités d'Eurodac qui a désormais pour objet de contribuer à la prévention et la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves. Cette extension est discutable, notamment parce que, comme le rappelle le CEPD, la proposition 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 de surcroit - été collectées à d'autres fins.

L'analyse des finalités du VIS confirme l'impression générale. Selon l'article 2 du règlement 767/2008, le VIS a pour objet d'améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visas, la coopération consulaire et la consultation des autorités consulaires chargées des visas en facilitant l'échange de données entre les Etats membres sur les demandes de visas. Mais cet échange est lui-même finalisé puisque son but peut être : de faciliter la procédure de demande de visa ; d'éviter que les critères de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen de la demande ne soient contournés ; de faciliter la lutte contre la fraude ; de faciliter les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et sur le territoire des Etats membres ; d'aider à l'identification de toute personne qui ne remplit pas (ou plus) les conditions d'entrée, de présence ou de séjour sur le territoire des Etats membres ; de faciliter l'application du règlement Dublin II ; et enfin de contribuer à la prévention des menaces pesant sur la sécurité intérieure de l'un des Etats membres.

Cette liste de finalités est impressionnante car se mêlent des objectifs relatifs à l'immigration et des finalités plus générales, relatives à la protection de la sécurité des Etats et la lutte contre la fraude. Dès la proposition de règlement VIS du 28 décembre 2004, la Commission indiquait que l'objet du VIS doit 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 »[80]. On observe donc un phénomène général d'absorption de la finalité migratoire originellement confiée aux fichiers dans des objectifs plus généraux et plus large aux forts accents sécuritaires. Cela rejaillit sur la nature et la mission des fichiers. Cette centralité de l'objectif sécuritaire explique également une évolution, plus insidieuse, qui consiste à confondre la finalité et l'utilité des fichiers.

2. La confusion de la finalité et de l'utilité du fichier

En principe, la saisie et l'utilisation des données doivent être conformes aux finalités du fichier. Or, les dernières évolutions législatives du droit des fichiers européens conduisent, par le biais d'une très large ouverture de l'accès aux données stockées, à s'émanciper du respect des finalités des fichiers mentionnées dans les textes constitutifs.

Dans le texte d'origine de la CAAS, les seules autorités habilités à accéder aux données intégrées au SIS sont (article 101) les instances compétentes pour les contrôles frontaliers et les autres vérifications de police et de douanes exercées à l'intérieur du pays. L'accès aux données ainsi que le droit de les interroger directement peuvent être exercés par les instances compétentes pour la délivrance des visas, ainsi que les autorités compétentes chargées des

[80] Proposition de règlement du Parlement européen 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, COM(2004) 835 final.

titres de séjour et de l'administration des étrangers dans le cadre de l'application des dispositions sur la circulation des personnes.

Cette liste a progressivement été étendue. Une proposition de la Commission[81] de 2003, consacrée au domaine des véhicules proposait de permettre aux instances ou aux services des États membres chargés de délivrer les certificats d'immatriculation des véhicules d'avoir accès à ces données, de même qu'aux données SIS relatives aux documents d'immatriculation ou d'identité vierges ou délivrés volés, détournés ou égarés, dans la mesure où ces données leur sont nécessaires en vue de l'exécution de leurs tâches[82]. Mais l'évolution la plus significative vient des deux textes adoptés sous présidence espagnole. Ils font suite au Conseil européen de Laeken pendant lequel les Etats se sont engagés à renforcer la coopération entre les services spécialisés dans la lutte contre le terrorisme. Parmi les mesures prises, l'amélioration des capacités opérationnelles du SIS était apparue nécessaire pour permettre une collaboration avec d'autres instances, dont Europol et Eurojust, autorisées à avoir accès à certaines données stockées dans le SIS. Les deux textes consacrent donc un double élargissement: l'accès d'Europol et des membres nationaux d'Eurojust à certaines données stockées dans le SIS[83] ; l'accès des autorités judiciaires nationales responsables des poursuites dans le cadre des procédures pénales[84].

On observe une évolution très similaire pour le système Eurodac. Le règlement de 2000 n'ouvre 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), la Commission souhaitait autoriser les services répressifs des Etats à consulter Eurodac. Elle a donc adopté une proposition de décision du Conseil[85] qui prévoit (article 3) que les autorités

---

[81] Proposition relative à un règlement portant modification de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes en ce qui concerne l'accès des services des États membres chargés de la délivrance des certificats d'immatriculation des véhicules au système d'information Schengen, COM(2003) 510.

[82] Article 102*bis : «* 1. (…) les services des États membres chargés de délivrer les certificats d'immatriculation des véhicules visés par la directive 1999/37/CE du Conseil du 29 avril 1999 relative aux documents d'immatriculation des véhicules disposent d'un droit d'accès aux données ci-après, qui sont intégrées dans le système d'information Schengen, en vue de vérifier si les véhicules qui leur sont présentés afin d'être immatriculés n'ont pas été volés, détournés ou égarés et si les personnes qui demandent un certificat d'immatriculation n'utilisent pas à cette fin des documents d'identité volés, détournés ou égarés:
(a) données relatives aux véhicules à moteur d'une cylindrée supérieure à 50 cm3;
(b) données relatives aux remorques et aux caravanes d'un poids à vide supérieur à 750 kg;
(c) données relatives aux documents officiels vierges;
(d) données relatives aux documents d'identité délivrés (…) »
2. Les services visés au paragraphe 1 qui sont des services publics sont habilités à interroger directement les données du système d'information Schengen visées dans ledit paragraphe (…)

[83] Au titre de la décision 2005/211 JAI, un article 101 bis est ajouté à la CAAS : « 1. L'Office européen de police (Europol) a le droit, dans les limites de son mandat et à ses frais, d'accéder aux données introduites dans le Système d'information Schengen conformément aux articles 95, 99 et 100 et de les consulter directement.
2. Europol ne peut consulter que les données nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.
3. Lorsqu'il ressort d'une consultation du système par Europol qu'il existe un signalement dans le SIS, Europol en informe l'État membre dont émane le signalement par le biais des canaux définis dans la convention Europol (…)
5. Europol peut demander des informations complémentaires aux États membres concernés, conformément aux dispositions de la convention Europol (…) »

[84] Au titre du règlement 871/2004, à la fin de l'article 101, paragraphe 1 de la CAAS, la phrase suivante est ajoutée: "Toutefois, l'accès aux données enregistrées dans le Système d'information Schengen et le droit de les consulter directement peuvent également être exercés par les autorités judiciaires nationales, entre autres celles qui sont compétentes pour engager des poursuites judiciaires dans le cadre de procédures pénales et des enquêtes judiciaires avant l'inculpation, définies par la législation nationale dans l'exercice de leurs fonctions."

[85] Proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données Eurodac présentées par les services répressifs des Etats membres et Europol à des fins répressives, COM (2009)342. Constatant que,

désignées par les Etats pour consulter les données Eurodac sont les autorités « chargées de la prévention et de la détection des infractions terroristes et autres infractions pénales graves, ainsi que des enquêtes en la matière ». Quant à l'accès d'Europol, il est consacré et organisé par l'article 4.

Le contrôleur européen de la protection des données[86], a critiqué 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. Selon le CEPD, « il convient de placer le présent avis dans le contexte d'un débat plus vaste sur l'avenir de l'échange d'informations au sein de l'UE et de la tendance de plus en plus marquée à donner aux services répressifs l'accès à d'immenses bases de données » [87]. En outre, 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. Le contrôleur se demande donc comment ces facilités octroyées à Europol peuvent se concilier avec l'exposé des motifs de la Commission, selon lequel « l'accès n'est nécessaire que dans ce cas bien précis, dans des circonstances définies et à de strictes conditions ».

Enfin, le règlement VIS (règlement 767/2008) prévoit un large accès aux données conservées. Son article 3 consacre le principe de la « disponibilité des données aux fins de la prévention, de la détection et de l'investigation des infractions terroristes et autres infractions graves ». Dans des cas spécifiques, les autorités des Etats peuvent donc accéder aux données conservées dans le VIS « s'il y a des motifs raisonnables de considérer que la consultation des données VIS contribuera substantiellement à la prévention, à la détection ou à l'investigation d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves. Europol peut accéder au VIS dans les limites de son mandat et le cas échant, pour l'accomplissement de sa mission »[88].

Le CEPD, dans son avis sur la proposition de règlement VIS, s'est montré critique, estimant que le VIS devrait se limiter à la collecte et à l'échange des données nécessaires à la mise en place d'une politique commune en matière de visas et proportionnées à cet objectif. En d'autres termes, si la mise en place du VIS peut avoir des conséquences positives pour d'autres intérêts publics légitimes, elle ne doit pas aller jusqu'à modifier la finalité du système. Le CEPD invite donc à bien distinguer les finalités du fichier et les « exemples des conséquences positives de la mise en place du VIS » pour les autorités publiques.

Ce faisant, le CEPD met le doigt sur une évolution commune aux trois fichiers: la tendance des Etats à confondre les objectifs pour lesquels les fichiers ont été conçus et les services qu'ils peuvent effectivement rendre à divers dépositaires de l'autorité publique. Les Etats tendent à considérer comme interchangeables la finalité du fichier et son utilité. Cela conduit à réinventer la mission et la nature des fichiers : ils apparaissent de plus en plus

---

dans de nombreux Etats membres, les services répressifs jouissent d'un accès direct ou indirect aux bases de données nationales contenant les empreintes digitales des demandeurs d'asile dans le cadre de la lutte contre la criminalité, la Commission souhaite prolonger cette pratique au niveau européen. Elle fait suite aux conclusions du comité mixte du Conseil JAI de juin 2007 qui estimait que, pour réaliser pleinement l'objectif consistant à améliorer la sécurité et renforcer la lutte contre le terrorisme, un accès devrait être donné aux services de police et répressifs des Etats, ainsi qu'à Europol, dans le cadre des tâches qui leur incombent en matière de prévention et détection des infractions terroristes et autres infractions pénales rares.

[86] Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de décision du Conseil relative aux demandes de comparaison avec les données Eurodac présentées par les services répressifs des Etats membres et Europol à des fins répressives, JO C92 du 10 avril 2010.

[87] Point 21.

[88] Quant à l'alinéa 3 de ce même article 3, il prévoit que si en principe, les données ne peuvent être communiquées à un pays tiers ou à une organisation internationale, en cas d'urgence exceptionnelle, elles peuvent être transférées à un pays tiers ou une organisation internationale mais « uniquement aux fins de prévention, de détection et d'investigation d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves ».

comme des réceptacles de données, des sources ouvertes auxquelles les autorités chargées des services répressifs ou des migrations peuvent aller puiser.

Cette évolution ne peut qu'être renforcée par les projets visant à développer l'interopérabilité des bases de données européennes. En 1985, la Commission a ouvert la question en adoptant une communication[89] dont l'objectif est l'amélioration de l'interopérabilité technique entre les systèmes d'informations existant dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. Après avoir fait la liste de toutes les failles des systèmes actuels dans la lutte contre le terrorisme et la criminalité[90], la Commission souhaite améliorer la surveillance des migrations. Elle suggère pour y parvenir: une plus grande cohérence dans la saisie des catégories de données conservées ; l'extension de l'accès des autorités compétentes en matière d'asile et d'immigration au SIS II et au VIS, et un accès plus étendu des autorités compétentes en matière de sécurité intérieure aux différents systèmes d'informations[91]. Elle conclut que « ces évolutions impliquent des changements architecturaux et organisationnels des systèmes européens »[92].

Ce projet d'interopérabilité montre le rapport que les Etats souhaitent entretenir avec les fichiers créés pour gérer les migrations. Ils les conçoivent de moins en moins comme des traitement de données personnelles répondant à un objectif spécifique migratoire (détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile, partage d'informations à disposition des autorités chargées de délivrer un visa, etc). Les fichiers leur apparaissent bien plutôt comme une réserve, une ressource d'informations sensibles consultables au gré des besoins des autorités répressives des Etats. Dès lors, les finalités explicites du fichier paraissent s'effacer devant un intérêt général qui commande, au nom de l'efficacité, de pouvoir utiliser au maximum les données disponibles. Les finalités des fichiers sont donc désormais appréciées au prisme d'un impératif transversal: la sécurisation de l'espace de liberté, sécurité et justice. Sans doute est-ce pourquoi l'on observe un changement progressif de l'usage du fichier : celui devient un instrument d'enquête.

3. Le fichier, un instrument d'enquête

Il existe un dernier indice de la mutation de la mission des fichiers européens créés en matière migratoire. Dans les années 90, la conception dominante du fichier suppose une certaine passivité de l'autorité consultante. Le SIS et Eurodac ont été conçus comme des espaces de stockage de données partagées entre autorités de différentes Etats. L'Etat souhaitant attribuer un titre de séjour ou une autorisation d'entrée vérifiait, par exemple, que la personne ne faisait pas l'objet d'un signalement.

---

[89] Communication de la Commission du 24 novembre 2005 sur le renforcement de l'efficacité et de l'interopérabilité des bases de données européennes dans le domaine JAI.

[90] Les systèmes existants ne sont pas pleinement exploités ; la limitation aux recherches alphanumériques nécessite un travail de vérification a postériori nécessitant de nombreuses personnes, ce qui n'est pas toujours possible dans le cadre d'un contrôle aux frontières ; l'identification des personnes en séjour irrégulier reste difficile, car celles-ci n'ont généralement aucun document d'identification à fournir ou utilisent de faux documents, donc le processus d'identification est long et couteux. Et si les documents de voyage ont été détruits, les autorités ne disposent d'aucun système pour vérifier l'identité des intéressés.

[91] A plus long terme, la Commission envisage la mise en place d'un système d'entrée-sorties et d'un système facilitant le franchissement des frontières pour les personnes effectuant de fréquents déplacements, ainsi que le développement d'un ou plusieurs registres européens des documents de voyage et cartes d'identité.

[92] Le CEPD a publié un commentaire sur cette proposition le 13 mars 2006. Il relève que l'interopérabilité des systèmes préconisée augmente le risque d'atteintes aux données personnelles. Il souligne le danger que représente le recours à l'utilisation de données biométriques comme clé de l'identification puisqu'elle facilitera des interconnections injustifiées de bases de données alors que leur précision est surestimée. De plus, le recours à la biométrie facilitera des interconnections injustifiées de bases de données alors que leur précision est surestimée.

Le règlement de 2006 sur l'établissement du SIS II opère un glissement qui accroit considérablement les fonctionnalités du SIS. Désormais, la mise en relation des signalements sera possible. Au titre de l'article 37, un Etat membre peut, lorsque cela correspond à un besoin opérationnel manifeste, mettre en relation des signalements qu'il a introduits dans le SIS II et regarder si apparaît un lien entre ces signalements. Les autorités feront donc un usage beaucoup plus actif des données stockées car il ne s'agira pas seulement de chercher confirmation mais de rechercher des liens, des relations, ce qui traduit une logique d'enquête.

Le Parlement[93] a pris la mesure de cette évolution. Il considère que cette nouveauté, combinée à l'extension des données pouvant être saisies et à l'extension de la durée de conservation des données, modifie la perception du SIS. Celle-ci « est passée, au fil des années, du concept de mesure compensatoire à celui d'instrument utile et efficace dans le cadre de la coopération policière, dont les données peuvent être utilisées à d'autres fins que celles initialement prévues ». En somme, de simple système d'information, le SIS II pourrait devenir un instrument d'enquête. Cette position est défendue par Evelien Brouwer[94], pour qui il est temps de se demander si le SIS est un fichier administratif ou un instrument d'intelligence. Contrairement à la base d'Europol conçue aux fins d'intelligence, le SIS a été créé avec des finalités limitées, des catégories limitées d'autorités pouvant y accéder. Le SIS a été conçu comme un instrument de vérification. Mais ce constat ne tient plus aujourd'hui et appelle une réévaluation de la nature du SIS.

De manière générale, l'évolution des fonctionnalités des fichiers est à l'ordre du jour, en lien avec l'extension des autorités pouvant consulter les fichiers et les données conservées. On assiste donc à une expansion sans précédent du fichage, qui tend à devenir le mode normal de gestion de la mobilité des personnes en Europe, et à une exploitation maximale des fichiers, véritables instruments de la sécurité européenne.

Les enjeux sont considérables et les autorités de contrôle multiplient les recommandations et alertes. La garantie de la vie personnelle est en jeu et apparaît comme un maigre objet au regard de la logique sécuritaire propre à la réalisation de l'espace de liberté, sécurité et justice. La liaison entre les fichiers et la politique communautaire d'immigration et d'asile est désormais très établie. Les fichiers sont les outils et les relais de la communautarisation et de la sécurisation de la politique d'immigration en Europe. S'ils devaient devenir les instruments de la communautarisation de la politique de sécurité, la liaison dangereuse qu'entretiennent fichiers et politique d'immigration pourrait devenir fatale.

---

[93] Recommandation du parlement européen à l'intention du Conseil sur le système d'information Schengen de deuxième génération (SISII), 2003/2180(INI).

[94] Evelien Brouwer, *Digital Borders and Real Rights, Effective Remedies for Third-Country naionals in the Schengen Information System*, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 143.