

Propos introductifs

Sandrine TURGIS

Les empreintes de pas sur le sable qui accompagnent les nombreux drames de la migration se doublent aujourd'hui d'empreintes numériques, de données numériques, succession froide de 0 et de 1¹. En effet, ces données numériques se sont immiscées dans le parcours des migrants et des réfugiés, de la préparation en amont de leur périple, au franchissement des frontières, en passant par les éléments que les demandeurs d'asile soumettent aux instances d'éligibilité. Ce sont ces données numériques des migrants et des réfugiés qui font l'objet du présent ouvrage, ce dernier correspondant aux actes de la journée d'étude organisée le 29 septembre 2017 à la faculté de droit et de science politique de l'université de Rennes 1. Le sujet est traité dans une perspective européenne d'autant plus pertinente que l'Union européenne (UE) n'a pas tourné la page de la « crise migratoire » ou « crise des réfugiés » – selon la diversité des expressions utilisées – commencée en 2015. Le droit européen – à savoir le droit de l'UE, le droit du Conseil de l'Europe et le droit interne des États européens – est donc mobilisé dans les pages qui suivent.

Le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, adopté lors de la Conférence intergouvernementale des 10-11 décembre 2018 à Marrakech, rappelle que « les migrants et les réfugiés sont deux groupes différents relevant de cadres juridiques distincts » et que « seuls les réfugiés bénéficient de la protection internationale définie par le droit international des réfugiés² ». Le réfugié est défini et protégé par la Convention relative au statut des réfugiés, la convention de Genève de 1951, complétée par le protocole de 1967 qui a écarté les restrictions *ratione loci* et *ratione temporis* prévues en 1951³. Il s'agit de toute personne qui, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité,

1. Conseil d'État, *Étude annuelle 2014 : le numérique et les droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, 2014, p. 9 : « Le numérique se définit comme la représentation de l'information ou de grands cadres physiques (images, sons) par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1. »

2. Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Marrakech, 10 et 11 décembre 2018, § 4.

3. ALLAND D., « Le dispositif international du droit de l'asile », in SFDI (dir.), *Droit d'asile et des réfugiés*, Paris, Pedone, 1997, p. 38-41 ; LOCHAR D., « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, n° 144, 2013/1, p. 47.

de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner⁴ ». À l'inverse, en l'absence d'une définition unanimement acceptée, plusieurs conceptions du terme « migrant » coexistent et ce dernier fait lui-même l'objet de plusieurs déclinaisons⁵. Dans cet ouvrage – qui ne traitera pas des migrations intra-européennes –, le terme migrant, conformément à une définition couramment retenue, désigne « les personnes qui, par choix, par nécessité ou par contrainte, quittent leur pays pour aller s'installer dans un autre⁶ ». Certains migrants ne répondant pas à la définition du réfugié peuvent néanmoins bénéficier de la protection subsidiaire s'ils remplissent les critères posés par la directive « qualification⁷ ». Quoi qu'il en soit, ainsi que le souligne la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, adoptée par l'assemblée générale de l'Organisation des Nations unies (ONU) en 2016, « si leur traitement relève de cadres juridiques distincts, les réfugiés et les migrants jouissent des mêmes libertés fondamentales et droits de l'homme universels [et sont] confrontés à beaucoup de difficultés et de vulnérabilités communes, notamment dans le contexte des déplacements massifs⁸ ». Ils rencontrent, en effet, les mêmes difficultés particulièrement dans la période

-
4. Article 1 A, § 2 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 tel que modifié par l'article 1 du protocole relatif au statut des réfugiés adopté le 31 janvier 1967. Il faut rappeler que dans la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969 l'approche est plus large puisque « le terme "réfugié" s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité » (article 1, § 2). Il en est de même pour la Déclaration de Carthage sur les réfugiés en Amérique adoptée le 22 novembre 1984 lors du colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama.
 5. L'expression de « travailleur migrant » est ainsi utilisée dans la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée au sein de l'ONU en 1990 ou dans les conventions n° 97 de 1949 et n° 143 de 1975 de l'Organisation internationale du travail (OIT) relatives aux travailleurs migrants. Par ailleurs, les expressions « migrant économique », « migrant volontaire » ou « migrant forcé » sont aussi parfois utilisées, même si « aujourd'hui, la distinction entre migration forcée et volontaire devient parfois assez floue » : WIHTOL DE WENDEN C., *Atlas des migrations : un équilibre mondial à inventer*, Paris, Autrement, 2018, p. 28. Consulter aussi : PEREZ S., « La multiplication des catégories de migrants et de réfugiés », in MILLET-DEVALLE A.-S. (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Paris, Pedone, 2010, p. 155-168.
 6. RODIER C., *Migrants réfugiés : réponse aux indécis, aux inquiets et aux réticents*, Paris, La Découverte, 2^e éd., 2018, p. 5. Pour des précisions terminologiques relatives au droit de l'asile : FLEURY GRAFF T., MARIE A., *Droit de l'asile*, Paris, PUF, 2019, p. 17-18.
 7. Directive n° 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JOUE L 337, 20 décembre 2011.
 8. AGONU, résolution 71/1 adoptée le 19 septembre 2016, Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants, § 6.

actuelle dans laquelle les flux migratoires sont dits mixtes, expression utilisée pour souligner que migrants et réfugiés voyagent souvent côte à côte, empruntant « les mêmes routes, les mêmes moyens de transport et les mêmes réseaux de passeurs⁹ ». Par ailleurs, leurs vulnérabilités communes se manifestent notamment lorsque l'attention se porte sur leurs données numériques.

L'utilisation de l'expression « données numériques » s'explique par la volonté d'inscrire la réflexion en lien avec le format et le traitement des informations concernées. En effet, ces données, « dont la mémorisation a été confiée à un système informatique¹⁰ », vont alors bénéficier de la « puissance transformatrice¹¹ » du numérique qui « tient à sa capacité à exprimer des réalités disparates [...] dans un langage commun universel ouvrant la possibilité de les traiter de manière systématique et de les mettre en relation¹² ». La définition retenue des données numériques des migrants et réfugiés est volontairement large. Ainsi ces données sont entendues, dans la présente recherche, notamment comme les données à caractère personnel sous format numérique des migrants et des réfugiés. Les données à caractère personnel sont définies par la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable¹³ ». Cette définition, reprise sans modification dans la Convention n° 108 modernisée¹⁴, doit être lue à l'aune du règlement général sur la protection des données (RGPD), adopté dans le cadre de l'UE en 2016. Le RGPD précise ainsi qu'est « réputée être une “personne physique identifiable” une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale¹⁵ ». Cependant, les données à caractère personnel n'épuisent pas la catégorie des données numériques des migrants et des réfugiés, objet de la présente

9. MAIER S., « La convention de Genève du 28 juillet 1951 face aux problématiques contemporaines », in TOURNÉPICHE A.-M. (dir.), *La protection internationale et européenne des réfugiés*, Paris, Pedone, 2014, p. 21.

10. Avis du Conseil économique, social et environnemental, « Les données numériques : un enjeu d'éducation et de citoyenneté », 13 janvier 2015, p. 10. Cette expression de données numériques coexiste avec celle de « données électroniques » : MOYSE F., « La protection des données personnelles entre droits de l'homme et droits fondamentaux », in GROSJEAN A. (dir.), *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 99.

11. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2014 : le numérique et les droits fondamentaux*, op. cit., p. 9.

12. *Ibid.*

13. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981, article 2, alinéa a).

14. Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 2018, article 2, alinéa a). Cette convention modernisée, dite « Convention n° 108 + », correspondra à la Convention n° 108 lue à l'aune des dispositions du protocole d'amendement à la convention adopté en 2018 lorsque ce dernier entrera en vigueur.

15. Article 4, § 1 du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (règlement général sur la protection des données/RGPD), JOUE L 119, 4 mai 2016, p. 1.

recherche. En effet, ces données peuvent aussi être des données anonymisées¹⁶, même si, par principe, certaines données à caractère personnel ne peuvent pas être anonymisées, particulièrement les identifiants biométriques¹⁷. Par ailleurs, le cas échéant, des données concernant indirectement les migrants et les réfugiés ont aussi été intégrées à la réflexion portant sur l'assistance apportée à ces derniers. Tel est notamment le cas de données captées par différents systèmes déployés à des fins de surveillance maritime. En effet, partant du constat qu'à travers un « vaste processus de traduction de l'espace maritime en images et données, la mer est devenue [...] une sorte d'archive numérique¹⁸ », il apparaît qu'une attention portée à ces données peut sembler particulièrement pertinente puisque les migrants et les réfugiés sont nombreux à tenter de franchir la Méditerranée – au péril de leur vie – pour rejoindre l'Europe¹⁹.

Afin de poser dans le cadre de ces propos introductifs les premiers jalons de l'analyse des données numériques des migrants et des réfugiés, il est nécessaire de mettre l'accent sur leurs particularités (I) ainsi que sur leurs enjeux pour les migrants et les réfugiés (II).

I. Les particularités des données numériques des migrants et des réfugiés

Les données numériques des migrants et des réfugiés sont omniprésentes dans le parcours de ces derniers (A). De plus, il faut relever, au sein de ces données, la place grandissante prise par les identifiants biométriques (B).

A. Des données numériques omniprésentes dans le parcours des migrants et des réfugiés

C'est la convergence de deux phénomènes qui explique l'omniprésence des données numériques des migrants et des réfugiés dans leur parcours. Elle est, en effet, d'une part, le reflet de la place grandissante prise par le numérique dans

16. ROUVROY A., *Des données et des hommes. Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, rapport soumis au bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), T-PD-BUR(2015)09REV, 11 janvier 2016, p. 42.

17. Affirmation du Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), avis n° 07/2016 sur le premier paquet de mesures pour une réforme du régime d'asile européen commun (Eurodac, EASO et règlement de Dublin), 21 septembre 2016, point 57 : en lien avec la proposition d'accorder à l'Agence pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle (eu-LISA) la capacité d'utiliser des données à caractère personnel réelles provenant d'Eurodac à des fins de test.

18. HELLER C., PEZZANI L., « Traces liquides : enquête sur la mort de migrants dans la zone-frontière maritime de l'Union européenne », *Revue européenne des migrations internationales*, n° 30, 2014, p. 90.

19. C'est ainsi que l'exploitation de ces données a été réalisée dans le cadre du projet *Forensic Oceanography* pour tenter de retracer le drame de 2011 vécu en mer Méditerranée par les 72 passagers du « bateau cercueil » : HELLER C., PEZZANI L., SITU STUDIO, *Forensic Oceanography Report on the « Left-To-Die Boat »*, 2013, [<https://www.fidh.org/IMG/pdf/fo-report.pdf>], consulté le 4 mars 2019. C'est notamment sur la base de ce rapport qu'une « plainte contre X pour non-assistance à personne en danger a été rédigée par un groupe de juristes et d'associations [...] au nom de quatre survivants » : SLAMA S., « Laisser vivre ou mourir les étrangers », *Plein droit*, n° 109, 2016/2, p. II.

la société (1) et, d'autre part, la conséquence du déploiement massif de systèmes d'information à grande échelle en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures de l'UE (2).

1. Le reflet de la place grandissante prise par le numérique dans la société

Il faut faire le constat que « le monde se numérise et où que nous nous tournions, les données numériques sont présentes, obsédantes²⁰ ». La généralisation d'Internet et de l'outil numérique dans la vie quotidienne explique que les données numériques des migrants et des réfugiés prennent une place grandissante dans leur parcours physique et juridique. Les études interdisciplinaires menées les vingt dernières années sur les usages que font les migrants et les réfugiés des technologies de l'information et de la communication soulignent leur apport tant pour la phase de préparation de la migration, la phase migratoire que la phase post-migratoire²¹. Aujourd'hui, le smartphone – sous réserve de pouvoir le recharger – « est devenu un kit de survie qui fait office d'adresse, de boussole, de secrétariat du pauvre (le répondeur), de centre d'information, de mode de paiement et de loisir²² ». D'ailleurs, l'aide et l'assistance apportées aux migrants et aux réfugiés passent aussi par le numérique. C'est ainsi que le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), dans le cadre de sa mission de rétablissement des liens familiaux, a mis en ligne depuis 2015 un site Internet, *Trace the Face*. Permettant de faire défiler des portraits anonymes mais reconnaissables et identifiables, ce site est à la disposition de personnes ayant perdu le contact avec leurs proches lors de leur périple migratoire²³. Les démarches administratives et juridictionnelles peuvent elles aussi faire la part belle aux outils numériques. Ainsi depuis 2017, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) peut, en complément des notifications postales, accompagner les différentes étapes de la procédure d'asile et les démarches des personnes protégées par l'envoi de sms et de courriers électroniques²⁴.

Évaluant dans un environnement de plus en plus numérisé, il est logique que, par ricochet, les demandeurs d'asile présentent à l'appui de leur récit, des données numériques provenant de différentes sources. Informations relatives au passé judiciaire du demandeur d'asile disponibles sur un site gouvernemental²⁵, articles de journaux diffusés en ligne²⁶, extraits de messagerie électronique²⁷, extraction

20. ABITEBOUL S., PEUGEOT V., *Terra Data – Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Paris, Le Pommier, 2017, p. 12.

21. BORKERT M., CINGOLANI P., PREMAZZI V., *The State of the Art of Research in the EU on the Uptake and Use of ICT by Immigrants and Ethnic Minorities*, European Commission, Joint Research Centre, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2009.

22. DIMINESCU D., « Traces numériques », *Plein droit*, n° 110, 2016/3, p. 3.

23. Le site *Trace the Face* est consultable à l'adresse suivante : [<https://familylinks.icrc.org/europe/fr>], consulté le 4 mars 2019.

24. OFPRA, « Nouveau service d'envoi de sms/courriels », 16 février 2017, [<https://ofpra.gouv.fr>], consulté le 4 mars 2019.

25. Cour nationale du droit d'asile (CNDA), 23 décembre 2010, M. H., n° 09011776 C+ ; CNDA, 27 juin 2011, M. A., n° 10025243 C.

26. Cour EDH, 10 mai 2012, A. L. c/ Autriche, requête n° 7788/11, § 21.

27. CNDA, 30 mai 2017, M. S., n° 16015675 C, § 4.

de conversations menées sur des réseaux sociaux ou d'informations disponibles sur des blogs, notamment des blogs d'opposition au régime²⁸, peuvent ainsi être présentés devant les instances d'éligibilité nationales. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) peuvent aussi y être confrontées²⁹. Ainsi, dans le cadre d'une demande préjudicielle d'interprétation de la directive « qualification », la CJUE est parfois appelée à se positionner à l'égard de la documentation soumise par les demandeurs d'asile³⁰. À Strasbourg, alors même que le droit d'asile n'est pas inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour EDH est régulièrement saisie par des demandeurs d'asile déboutés³¹. En cas de rejet de la demande au niveau national, ces documents et données numériques peuvent être avancés devant la Cour EDH, en lien avec le contentieux de l'éloignement, à l'appui de la démonstration selon laquelle le renvoi du requérant vers son État d'origine conduirait à la violation du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants³².

2. La conséquence du déploiement massif de systèmes d'information à grande échelle en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures de l'UE

Au sein de l'UE, la « politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures³³ » s'est accompagnée du déploiement, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), de plusieurs systèmes

28. CNDA, 3 mai 2012, M. M. K., n° 12003008 C.

29. Sur les influences réciproques des jurisprudences respectives des deux juridictions européennes en matière d'asile : IPPOLITO F., VELLUTI S., « The relationship between the CJEU and the ECtHR: the case of asylum », in DZEHTSIAROU K., KONSTADINIDES T., LOCK T., O'MEARA N. (dir.), *Human Rights Law in Europe, The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, Abingdon, Routledge, 2014, p. 156-187.

30. Pour une illustration : CJUE, 2 décembre 2014, *A e.a. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. jointes C-148/13 à C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406, point 65 : alors que les demandeurs proposaient de soumettre notamment des enregistrements vidéo de leurs actes intimes pour tenter d'établir devant les autorités nationales leur homosexualité, la CJUE précise que le juge doit refuser des éléments qui outre qu'ils « n'ont pas de valeur nécessairement probante [...] seraient de nature à porter atteinte à la dignité humaine ».

31. Certains de ses arrêts « concernent le fond même des demandes d'asile, parfois même la crédibilité du demandeur » : BOSSUYT M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2. Ce phénomène a fait l'objet de critiques tant structurelles que conjoncturelles : FLAUSS J.-F., « Les droits de l'homme et la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in CHETAIL V., FLAUSS J.-F. (dir.), *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspective*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 122-131 et GAUTHIER C., « Convention européenne des droits de l'homme et protections internationales des réfugiés », in TOURNEPICHE A.-M. (dir.), *La protection internationale et européenne des réfugiés*, Paris, Pedone, 2015, p. 44-46.

32. Ainsi dans l'affaire *Gebremedhin (Gaberamadhien) c/ France*, le requérant, qui soutient qu'il serait exposé à un risque de violation de l'article 3 de la CEDH en cas de renvoi en Érythrée, indique qu'il est cité sur un site Internet consacré à la réforme dans cet État comme étant un journaliste ayant fait l'objet d'une arrestation : Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin (Gaberamadhien) c/ France*, requête n° 25389/05, § 8.

33. Article 67, § 2 TFUE.

d'information à grande échelle en la matière ainsi que de dispositifs de soutien opérationnels³⁴. Ce déploiement se traduit par le traitement de données numériques des migrants et réfugiés qui, par définition, franchissent ou à tout le moins cherchent à franchir ces frontières et, le cas échéant, à bénéficier de la protection internationale. Ce déploiement semble en perpétuelle évolution et s'il faut relever, depuis plusieurs années, « un empilement de textes et une frénésie normative³⁵ », une constante s'impose : les dernières réformes adoptées en la matière et les réformes en cours d'examen vont dans le sens d'un renforcement de la captation et du traitement des données numériques des migrants et des réfugiés.

Côté systèmes d'information à grande échelle, il s'agit notamment du système d'information Schengen (SIS) qui contient des données sur des ressortissants de pays tiers auxquels l'accès à l'espace Schengen ou le séjour dans celui-ci est interdit ainsi que sur des ressortissants de l'UE mais aussi de pays tiers qui sont recherchés ou portés disparus³⁶. En 2016, la Commission européenne a formulé plusieurs propositions afin de faire évoluer le SIS³⁷. Le système d'information sur les visas (VIS) contient, quant à lui, les données et les décisions concernant les demandes de visa de court séjour pour se rendre dans l'espace Schengen ou y transiter³⁸. En 2018, la Commission a formulé une proposition visant à perfectionner le VIS³⁹. Le système Eurodac se rattache pour sa part au régime d'asile européen commun⁴⁰

34. BALLEIX C., *La politique migratoire de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2013, p. 150-167.

35. BARBOU DES PLACES S., « Entre toile numérique et maillage juridique. L'étranger fiché par l'Union européenne », in DUBIN L. (dir.), *La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne : quelle légalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73.

36. 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), *JOUE L 381*, 28 décembre 2006, p. 4.

37. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006 (proposition SIS sur les vérifications aux frontières)*, COM(2016) 882 final, 21 décembre 2016; COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du SIS dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, modifiant le règlement (UE) n° 515/2014 et abrogeant le règlement (CE) n° 1986/2006, la décision n° 2007/533/JAI du Conseil et la décision n° 2010/261/UE de la Commission (proposition SIS sur la coopération policière et judiciaire)*, COM(2016) 883 final, 21 décembre 2016; COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'utilisation du SIS aux fins du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (proposition SIS sur le retour)*, COM(2016) 881 final, 21 décembre 2016.

38. Règlement (UE) n° 610/2013 du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n° 1683/95 et (CE) n° 539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n° 767/2008 et (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE L 182*, 29 juin 2013, p. 1.

39. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement au Parlement européen et au Conseil modifiant le règlement (CE) n° 767/2008, le règlement (CE) n° 810/2009, le règlement (UE) n° 2017/2226, le règlement (UE) n° 2016/399, le règlement (UE) n° XX/2018 [règlement sur l'interopérabilité] et la décision n° 2004/512/CE et abrogeant la décision n° 2008/633/JAI du Conseil*, COM(2018) 302 final, 16 mai 2018.

40. Sur l'évolution du RAEC : POTVIN-SOLIS L., « Le régime d'asile européen commun : l'impératif de progrès d'un cadre constitutionnel partagé », in CHASSIN C.-A. (dir.), *La réforme de l'asile mise en œuvre*, Paris, Pedone, 2017, p. 13-58.

(RAEC) en ce qu'il contient les empreintes digitales des demandeurs d'asile afin de déterminer quel État de l'UE est responsable du traitement d'une demande d'asile, conformément au règlement de Dublin⁴¹. Une proposition de refonte du règlement Eurodac est en cours d'examen⁴².

Par ailleurs, la relance du paquet « Frontières intelligentes » en 2016 s'est traduite par l'adoption de deux nouveaux systèmes⁴³. Il faut rappeler que ces frontières intelligentes, ces *smart borders* – dont certaines sont déjà opérationnelles notamment outre-Atlantique⁴⁴ – sont présentées comme reposant sur le déploiement de solutions techniques pour automatiser le passage aux frontières afin d'en faciliter le franchissement tout en renforçant la sécurité⁴⁵. Ainsi le nouveau système d'entrée/sortie (EES) adopté en 2017 enregistrera les données relatives aux entrées et aux sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures de l'espace Schengen pour un court séjour⁴⁶. Le système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) adopté en 2018 concernera quant à lui les données des ressortissants d'États tiers exemptés de l'obligation de visa⁴⁷.

41. Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (refonte), JOUE L 180/1, 29 juin 2013.

42. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'« Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du [règlement n° 604/2013/UE établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride], et de l'identification des ressortissants de pays tiers ou apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives (refonte), (proposition de règlement Eurodac [refonte])*, COM(2016) 272 final, 4 mai 2016.

43. COMMISSION EUROPÉENNE, *Frontières intelligentes : options et pistes envisageables*, COM(2011) 680 final, 25 octobre 2011 ; COMMISSION EUROPÉENNE, *Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité*, COM(2016) 205 final, 6 avril 2016.

44. Sur l'influence de l'expérience nord-américaine sur les projets européens en ce domaine : DUEZ D., « La surveillance des frontières : efficacité et limites du projet "smart border" européen », in MARTIN J.-C. (dir.), *La gestion des frontières extérieures de l'Union européenne. Défis et perspectives en matière de sécurité et de sûreté*, Paris, Pedone, 2011, p. 161-163 ; LE TEXIER E., « Mexique/États-Unis : de la frontière intelligente au mur intérieur », *Politique étrangère*, n° 4, 2010, p. 759.

45. ROSSETTO J., « Le contrôle de l'immigration », in BLUMANN C. (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 115.

46. Règlement (UE) n° 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n° 767/2008 et (UE) n° 1077/2011, JOUE L 327, 9 décembre 2017, p. 20.

47. Règlement (UE) n° 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 1077/2011, (UE) n° 515/2014, (UE) n° 2016/399, (UE) n° 2016/1624 et (UE) n° 2017/2226, JOUE L 236, 19 septembre 2018, p. 1.

Côté dispositifs de soutien opérationnel, il faut citer notamment l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE⁴⁸ devenue l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes⁴⁹ (l'acronyme Frontex a alors été conservé), le Bureau européen d'appui en matière d'asile⁵⁰ (EASO) qui pourrait être transformé en Agence de l'Union européenne pour l'asile⁵¹ (AUEA) et l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵² (eu-LISA).

B. La place grandissante prise par les identifiants biométriques des migrants et des réfugiés

La place grandissante prise par les identifiants biométriques des migrants et des réfugiés se traduit, d'une part, par l'expansion du recours à ces identifiants dans le cadre des systèmes d'information à grande échelle (1) et, d'autre part, par la banalisation du recours à la biométrie comme moyen d'identification et d'authentification des migrants et des réfugiés (2).

1. L'expansion du recours aux identifiants biométriques relatifs aux migrants et aux réfugiés dans le cadre des systèmes d'information à grande échelle

L'expansion du recours aux identifiants biométriques relatifs aux migrants et aux réfugiés dans le cadre des systèmes d'information à grande échelle est une tendance forte qui se confirme⁵³. La biométrie « consiste à transformer les caractéristiques biologiques, morphologiques et comportementales d'une personne comme les empreintes digitales, l'empreinte de la rétine de l'iris, la voix, la forme du visage et de

48. Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, *JOUE* L 349, 25 novembre 2004, p. 1.

49. Règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) n° 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision n° 2005/267/CE du Conseil, *JOUE* L 251, 16 septembre 2016, p. 1.

50. Règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *JOUE* L 132, 29 mai 2010, p. 11.

51. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition modifiée de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour l'asile et abrogeant le règlement (UE) n° 439/2010*, COM(2018) 633 final, 12 septembre 2018.

52. Règlement (UE) n°1077/2011 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2011 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (eu-LISA), modifiant le règlement (CE) n° 1987/2006 et la décision n° 2007/533/JAI du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 1077/2011, *JOUE* L 295, 21 novembre 2011, p. 99.

53. GAZIN E., « Le développement de la "biométrisation" des migrants dans l'Union européenne : au mépris du principe de finalité et au service de la lutte contre l'immigration irrégulière », in *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 209-221.

la main, etc., en une empreinte numérique⁵⁴ ». Dans le cadre de l'EES, deux raisons sont avancées pour justifier l'utilisation de l'image faciale et des données dactyloscopiques : « D'abord, la biométrie est un moyen fiable d'identifier les ressortissants de pays tiers qui se trouvent sur le territoire des États membres mais qui ne sont pas en possession de documents de voyage ni de tout autre moyen d'identification, une situation courante chez les migrants en situation irrégulière. Ensuite, la biométrie permet d'obtenir un recoupement plus fiable des données relatives aux entrées et des données relatives aux sorties des voyageurs de bonne foi⁵⁵. » S'il n'y a pas de recours à la biométrie dans le cadre du nouveau système ETIAS – qui met en place un outil de profilage qui soulève de nombreuses problématiques⁵⁶ – il faut néanmoins faire le constat d'une tendance au renforcement du recours à la biométrie dans des systèmes préexistants. Ainsi l'expansion du recours à la biométrie se retrouve dans la proposition de refonte du règlement Eurodac de 2016 qui envisage, d'une part, une extension des données biométriques insérées dans la base Eurodac avec l'abaissement de l'âge minimal pour le relevé des empreintes digitales de 14 à 6 ans et l'ajout de l'image faciale des personnes concernées dans la base, et, d'autre part, une extension du champ d'application d'Eurodac aux fins de l'identification des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et de ceux qui sont entrés illégalement sur le territoire de l'UE par les frontières extérieures, afin que les États membres puissent utiliser ces informations aux fins de retour ou de réadmission⁵⁷. De même, en 2016, la Commission européenne a proposé d'introduire dans le SIS, outre les photographies et les empreintes digitales qui y figurent déjà, de nouveaux identifiants biométriques, à savoir les images faciales, les empreintes palmaires et les profils ADN⁵⁸.

Il faut évoquer *in fine* la proposition de la Commission européenne formulée dans le cadre du renforcement de l'interopérabilité des systèmes d'information à grande échelle de l'UE visant à créer un service partagé d'établissement de correspondances biométriques (BMS partagé), outil technique qui « stockerait des modèles des données biométriques (empreintes digitales et images faciales) contenues dans les systèmes d'information centralisés de l'UE (c'est-à-dire le SIS, le système Eurodac, l'EES, le VIS et l'ECRIS-TCN [Système européen d'information sur les casiers judiciaires mis à niveau pour les ressortissants de pays tiers et les

54. CEYHAN A., « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration. Vers une gestion électronique des "personnes à risque" », *Réseaux*, n° 159, 2010/1, p. 141.

55. Règlement (UE) n° 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES), précit., considérant 20.

56. D'autre part, le système central ETIAS compare les données pertinentes « aux données figurant dans un relevé, un dossier ou un signalement enregistré dans le système central ETIAS, le SIS, l'EES, le VIS, Eurodac, les données d'Europol et les bases de données d'Interpol » et, d'autre part, « les règles d'examen ETIAS prennent la forme d'un algorithme permettant un profilage [...] par la comparaison [...] entre les données enregistrées dans un dossier de demande du système central ETIAS et les indicateurs de risques spécifiques établis par l'unité centrale ETIAS [...], indiquant un risque en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou un risque épidémique élevé » : règlement (UE) n° 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS), précit., articles 20 et 33.

57. COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement Eurodac [refonte]*, 2016, précit., exposé des motifs.

58. Articles 20, § 2, 22 et 28 de la proposition SIS sur les vérifications aux frontières et articles 20, § 3, 22 et 42 de la proposition SIS sur la coopération policière et judiciaire, précit.

apatrides])⁵⁹ ». Face à ces différentes propositions, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) rappelle que s'il a reconnu « à plusieurs reprises les avantages de la biométrie, comme le fait de pouvoir établir l'identité de l'individu avec un degré d'assurance élevé », il a toujours souligné que, « compte tenu de la nature et du caractère sensible de ces données, la nécessité de les utiliser devrait être démontrée de façon stricte⁶⁰ ».

2. La banalisation du recours à la biométrie comme moyen d'identification et d'authentification des migrants et des réfugiés

Permettant l'identification des individus⁶¹ et complétant les données alphanumériques, les données biométriques sont devenues un élément à part entière de la « frontière numérique⁶² » déployée par l'UE. Il est cependant nécessaire de souligner que cette banalisation du recours à la biométrie pour identifier les migrants et les réfugiés n'est pas l'apanage des seuls systèmes d'information à grande échelle de l'UE. C'est ainsi que, notamment, les acteurs internationaux qui apportent aide et assistance aux migrants et aux réfugiés – à commencer par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) et l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) – ont eux aussi recours à une biométrie dite humanitaire⁶³. La politique du Haut-Commissariat est d'encourager l'utilisation des données biométriques pour contrôler ou enregistrer les populations de réfugiés « sauf si cette méthode ne procure aucun avantage opérationnel ou de protection⁶⁴ ». Le tournant de l'enregistrement biométrique des réfugiés par le HCR se situe en 2010 avec l'adoption de sa politique relative aux mesures biométriques lors de l'enregistrement et du contrôle des réfugiés⁶⁵. Après un test considéré comme concluant en 2014 dans un camp de réfugiés au Malawi, cette technique a été étendue⁶⁶ et le logiciel biométrique du HCR « a déjà permis d'enregistrer quelque 4,4 millions de

59. CEPD, avis n° 4/2018 sur les propositions de deux règlements portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information à grande échelle de l'UE, 16 avril 2018, point 12.

60. CEPD, avis n° 7/2017 sur la nouvelle base juridique du système d'information Schengen, 2 mai 2017, point 16.

61. CRETTEZ X., PIAZZA P. (dir.), *Du papier à la biométrie. Identifier les individus*, Paris, Presses de Sciences Po, 2006; FOESSEL M., GARAPON A., « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, n° 8, 2006, p. 165-172.

62. LE VERGER M., « Les réfugiés piégés par la frontière numérique », *Plein droit*, n° 10, 2016, p. 16-19; LAMORT S., *Europe, terre d'asile ? Défis de la protection des réfugiés au sein de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2016, p. 191. C'est parfois l'expression de « frontière électronique » qui est utilisée : JORRY H., « Institutionnalisation et gestion des frontières extérieures de l'Union européenne : quelle situation juridique pour les migrants ? », in THYM D., SNYDER F. (dir.), *Europe : un continent d'immigration ? Défis juridiques dans la construction de la Politique européenne de migration*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 136.

63. UNITED NATIONS OFFICE FOR THE COORDINATION OF HUMANITARIAN AFFAIRS, « Humanitarianism in the Age of Cyber-warfare: Towards the Principled and Secure Use of Information in Humanitarian Emergencies », *OCHA Policy and Studies Series*, n° 11, 2014; KUNER C., MARELLI M., *Handbook on Data Protection in Humanitarian Action*, Genève, CICR, 2017.

64. HCR, *Manuel de réinstallation du HCR. Division de la protection internationale*, Genève, UNHCR, 2011, p. 172-173.

65. HCR, *Politique relative aux mesures biométriques lors de l'enregistrement et du contrôle des réfugiés*, 20 décembre 2010, IOM/083/2010.

66. HCR, Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, Actualisation des opérations du HCR au Moyen-Orient et en Afrique du Nord (MENA), 1^{er} mars 2017.

réfugiés dans 48 pays à travers le monde⁶⁷ ». Cette base d'identifiants biométriques s'appuyant sur l'enregistrement des dix empreintes digitales et de la forme du visage accompagné de scans de l'iris sert à établir l'identité de la personne concernée vis-à-vis du HCR mais elle peut aussi permettre au Programme alimentaire mondial (PAM) de déployer son activité⁶⁸. L'usage de la biométrie humanitaire se répand puisque l'OIM a elle aussi lancé des programmes d'enregistrement biométriques de déplacés internes⁶⁹.

Cependant, cette banalisation du recours à la biométrie ne modifie pas la nouvelle donne que constitue le recueil croissant des données biométriques des migrants et des réfugiés dans les systèmes d'information à grande échelle en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures de l'UE. En effet, « l'individu est extrait de sa situation physique par les techniques biométriques et les bases de données⁷⁰ », ce qui conduit au final à faire de « l'étranger la frontière⁷¹ ». Or, comme l'a souligné en 2012 le groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, « les données biométriques changent de manière irrévocable la relation entre le corps et l'identité car elles rendent les caractéristiques physiques « lisibles par une machine » et sujettes à une utilisation ultérieure⁷² ». D'ailleurs, face au corps comme identifiant, des comportements de contournement peuvent être adoptés afin de tenter de ne pas être capté pour ne pas être identifié. Ainsi la mise en œuvre du système Eurodac peut se heurter à un éventuel refus de prise d'empreintes, voire à la démarche consistant à rendre ces empreintes « illisibles⁷³ ». Dans son avis de 2016 sur la refonte du règlement Eurodac, le CEPD a d'ailleurs recommandé qu'il soit précisé dans le règlement que « la coercition ne peut être utilisée afin d'obtenir les empreintes d'une personne » et de « supprimer la possibilité d'infliger des sanctions et des peines, dont la rétention, dans le cadre du relevé de données biométriques et d'autoriser la rétention uniquement lorsque celle-ci se limite strictement à ce qui est nécessaire aux fins de l'identification d'une personne⁷⁴ ».

Les particularités de ces données numériques expliquent leurs enjeux pour les migrants et les réfugiés.

67. BOND K., « L'Ouganda démarre une opération de vérification biométrique des réfugiés d'une ampleur inédite », *Actualités UNHCR France*, 2 mars 2018.

68. Centre d'actualités de l'ONU, « Jordanie : le PAM utilise le scan de l'iris pour fournir de l'aide aux réfugiés syriens du camp de Zaatar », 6 octobre 2016.

69. OIM, « L'OIM fait appel à la biométrie pour aider les déplacés en République démocratique du Congo », *Centre des nouvelles de l'OIM*, 5 mai 2015.

70. BASILIEN-GAINCHE M.-L., « Les frontières européennes. Quand le migrant incarne la limite », *Revue de l'Union européenne*, n° 609, 2017, p. 341.

71. *Ibid.*

72. Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, avis n° 3/2012 sur l'évolution des technologies biométriques, 27 avril 2012, p. 4.

73. Sur ces problématiques et leurs incidences sur l'examen de la demande d'asile : CHASSIN C., « L'échange de données dans le domaine de l'asile », in CHEVALLIER-GOVERS C. (dir.), *L'échange des données dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne*, Paris, Mare & Martin, 2017, p. 128-132. Sur le phénomène des « doigts brûlés » : L'HELGOUALC'H E., *Panique aux frontières. Enquête sur cette Europe qui se ferme*, Paris, Max Milo, 2011, p. 225.

74. CEPD, avis n° 07/2016 sur le premier paquet de mesures pour une réforme du régime d'asile européen commun (Eurodac, EASO et règlement de Dublin), précit., points 55 et 56.

II. Les enjeux des données numériques pour les migrants et les réfugiés

Les enjeux des données numériques pour les migrants et les réfugiés concernent, d'une part, la protection de leurs données à caractère personnel et de leur droit à la vie privée (A) et, d'autre part, le recours à ces données en tant que preuve dans le contentieux de l'asile (B).

A. La protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée des migrants et des réfugiés

La protection des données à caractère personnel et du droit à la vie privée des migrants et des réfugiés soulève deux problématiques à savoir, d'abord, la question de l'effectivité des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés (1) et, ensuite, la question du respect des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés face à l'élargissement des finalités du traitement des données dans les systèmes d'information de l'UE (2).

1. Quelle effectivité pour les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés ?

À titre liminaire, il faut rappeler qu'en 2017 le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a pris soin de souligner que « lorsqu'ils exercent leur droit souverain d'édicter et d'appliquer des mesures relatives aux migrations et à la sécurité aux frontières, les États sont tenus d'honorer les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment le droit international des droits de l'homme et le droit des réfugiés, afin que les droits de l'homme des migrants, notamment ceux en situation de vulnérabilité, soient pleinement respectés⁷⁵ ». Or, il est régulièrement avancé que les migrants et les réfugiés « paraissent jouir d'un niveau de protection inférieur à celui garanti pour les mêmes droits à des personnes qui ne se déplacent pas⁷⁶ ». Fichés⁷⁷, tracés, pris dans la « toile numérique⁷⁸ » des systèmes d'information à grande échelle de l'ELSJ, qu'en est-il alors du respect du droit à la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel des migrants et des réfugiés ? D'autant plus que l'ampleur des données recueillies se cumule avec

75. Conseil des droits de l'homme, résolution 35, Protection des droits de l'homme des migrants : le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, juin 2017, § 10.

76. SAROLÉA S., *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 607. Concernant la problématique du respect des droits de l'homme des migrants et des réfugiés : FLAUSS J.-F. (dir.), *Migrations de populations et droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2011.

77. PREUSS-LAUSSINOTTE S., *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, Paris, LGDJ, 2000 ; BOUMGHAR M., « Quelques remarques sur la tendance sécuritaire actuelle du droit des étrangers à l'échelle européenne », in BENLOLO CARABOT M., PARROT K. (dir.), *Actualité du droit des étrangers*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 69.

78. BARBOU des PLACES S., « Entre toile numérique et maillage juridique. L'étranger fiché par l'Union européenne », in DUBIN L. (dir.), *La lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne...*, op. cit., p. 67-102.

les capacités de traitement de ces données⁷⁹. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que, comme l'a souligné le CEPD en 2016, « lorsque les migrants et les réfugiés arrivent sur le territoire de l'UE, ils se trouvent dans une situation de grande précarité en raison de plusieurs facteurs : ils ont généralement fui leur pays d'origine à la recherche d'une protection internationale, certains risquent d'être renvoyés dans leur pays, la plupart ne sont pas en mesure de communiquer couramment dans la langue de l'État membre dans lequel ils arrivent ou vers lequel ils sont redirigés, et ils ne connaissent pas le système juridique en vigueur⁸⁰ ».

Quelles sont les garanties encadrant le traitement des données numériques des migrants et des réfugiés – données souvent sensibles⁸¹ – de la collecte à l'effacement en passant par leur éventuel partage ? Ces propos introductifs n'ont pas vocation à présenter le corpus des droits fondamentaux mobilisables sur cette question ni les autres instruments afférents. Il suffira ici de se borner à souligner que l'actualité en la matière est marquée par l'apport du RGPD et que, dans une optique d'alignement sur ce dernier, a été adopté en 2018 le règlement (UE) n° 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001⁸². Comment l'architecture des systèmes d'information concernés ainsi que la structure des traitements de données traduisent-elles les contraintes juridiques visant à assurer la protection des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés⁸³ ? Une seule interrogation permettra à ce stade de synthétiser les enjeux : puisque la CJUE a pu relever que le transfert de données à caractère personnel depuis l'UE vers un État tiers « ne peut légalement avoir lieu que s'il existe, dans ce pays, des règles assurant un niveau de protection des libertés et des droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union⁸⁴ », comment est encadré l'éventuel partage des données numériques des migrants et des réfugiés, d'une part, avec des organisations internationales ou des organisations non gouvernementales (ONG) dans le cadre de la coopération

79. Sur le changement d'échelle dans les problématiques et défis en matière de droits fondamentaux du fait des potentialités des outils du numérique : KIRBY M., « La protection de la vie privée et des droits de l'homme à l'ère du numérique », in UNESCO, *Les droits de l'homme dans le cyberspace*, Paris, Economica/Unesco, 2005, p. 11-30; TAXIL B., GROSBON S., « Droits et libertés à l'ère numérique », in GROSBON S. (dir.), *Résistance et résilience des pactes internationaux des droits de l'homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne*, Paris, Pedone, 2018, p. 175.

80. CEPD, avis n° 02/2016 sur la proposition de règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, 18 mars 2016, point 31.

81. Sur la diversité des données sensibles : CAMMILLERI-SUBRENAT A., LEVALLOIS-BARTH C., *Sensitive Data Protection in the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 13.

82. Règlement (UE) n° 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données qui a abrogé le règlement (CE) n° 45/2001, *JOUE* L 295, 21 novembre 2018, p. 39.

83. Pour une systématisation des différents types de traitement : DELARUE J.-M., « L'Europe des fichiers. Dialogue des juges, des policiers, des autorités administratives indépendantes », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 235 et suiv.

84. CJUE, 26 juillet 2017, avis n° 1/15, *Accord PNR UE-Canada*, ECLI:EU:C:2017:592, point 93; CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C362/14, EU:C:2015:650, points 68 et 74.

pouvant exister avec l'UE⁸⁵ et, d'autre part, avec les États tiers en lien notamment avec l'externalisation de la gestion européenne des migrations ou la coopération entre Frontex et ces États⁸⁶ ?

2. Comment s'assurer du respect des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés face à l'élargissement des finalités du traitement des données dans les systèmes d'information à grande échelle de l'UE ?

Les données à caractère personnel doivent être « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités⁸⁷ », tel est le contenu du principe de limitation des finalités relevant des garanties protégeant les données à caractère personnel. Or, il faut relever un élargissement des finalités du traitement des données récoltées dans le cadre des systèmes d'information à grande échelle de l'ELSJ. Cet élargissement peut être illustré notamment par la décision du Conseil de 2008 relative à l'accès au VIS par des autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol)⁸⁸ ou par la révision en 2013 du système Eurodac permettant aux autorités répressives de « consulter la base Eurodac à des fins d'investigation, de détection et de prévention d'actes terroristes ou autres infractions pénales graves⁸⁹ ». Quelles sont les garanties accompagnant ce glissement des outils, des objectifs et des finalités ? Comment est encadré le traitement de données éventuellement recueillies préalablement à l'élargissement des finalités du système dans lequel elles sont incluses ?

La tendance est-elle d'ailleurs seulement à un glissement ou s'agit-il d'un véritable basculement et avec quelles conséquences ? L'Agence des droits fondamentaux de l'UE souligne que si le développement de l'interopérabilité et de l'interconnexion des systèmes ne viole pas intrinsèquement les droits fondamentaux, les risques sont importants⁹⁰. Conscient du danger, le CEPD a d'ailleurs affirmé en 2018 que

85. MOULIER I., « La coopération de l'Union européenne avec les organisations internationales et les ONG », in AUVRET-FINCK J., MILLET-DEVALLE A.-S. (dir.), *Crise des réfugiés. Crise de l'Union européenne ?*, Paris, Pedone, 2017, p. 359-376.

86. BALMOND L., « Les relations entre l'Union européenne et la Turquie et la crise des réfugiés », in AUVRET-FINCK J., MILLET-DEVALLE A.-S. (dir.), *Crise des réfugiés. Crise de l'Union européenne ?*, op. cit., p. 377-398 ; FABRIZI-RACINE N., « Frontex, nouvelle Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : des données et des hommes », *La Revue des droits de l'homme*, [https://journals.openedition.org/revdh/3037], consulté le 21 mars 2017.

87. Règlement (UE) n° 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, précit., article 4, § 1, alinéa b) ; article 5, § 1, alinéa b) du RGPD.

88. Décision n° 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au VIS par les autorités désignées des États membres et par Europol aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, *JOUE* L 218, 13 août 2008, p. 129.

89. Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac, précit.

90. AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE, *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017.

« l'interopérabilité n'est pas essentiellement un choix technique, c'est avant tout un choix politique à faire » et que « dans le contexte d'une tendance claire qui consiste à mélanger des objectifs législatifs et politiques communautaires distincts (c'est-à-dire contrôles aux frontières, asile et immigration, coopération policière et, désormais aussi, judiciaire en matière pénale), ainsi qu'à assurer aux services répressifs un accès systématique aux bases de données à finalité non répressive, la décision du législateur de l'UE de rendre les systèmes informatiques à grande échelle interopérables aurait non seulement une incidence profonde et durable sur leur structure et leur mode de fonctionnement, mais modifierait également la façon dont les principes juridiques ont été interprétés dans ce domaine jusqu'à présent, marquant ainsi un "point de non-retour"⁹¹ ». Or, parmi les propositions relatives à l'interopérabilité, la Commission européenne envisage la possibilité de constituer un répertoire commun de données d'identité (CIR) qui contiendrait « un dossier individuel pour chaque personne enregistrée dans au moins un des systèmes suivants : l'EES, le VIS, l'ETIAS, Eurodac et l'ECRIS-TCN », soit « des millions de personnes » en compilant dans un dossier individuel « données biographiques (prénoms, noms, lieu et date de naissance, sexe, nationalité, titres de voyage) et données biométriques (empreintes digitales et images faciales)⁹² ». À cette piste, que la Commission qualifie elle-même d'ambitieuse en ce qu'elle permettrait « une gestion de l'identité modulaire et intégrée au service des frontières et de la sécurité⁹³ », doit par conséquent répondre une démarche aussi ambitieuse pour la protection des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés.

B. Le recours aux données numériques des migrants et des réfugiés en tant que preuve dans le contentieux de l'asile

Le recours aux données numériques des migrants et des réfugiés en tant que preuve dans le contentieux de l'asile soulève deux interrogations principales. À la question d'un renouvellement des problématiques relatives à la documentation du récit des demandeurs d'asile (1) s'ajoute celle relative à l'émergence de nouvelles hypothèses de risque de persécution (2).

1. Le renouvellement des problématiques relatives à la documentation du récit des demandeurs d'asile ?

Si « la principale préoccupation d'un étranger quittant son pays de crainte d'y être persécuté n'est pas prioritairement de se charger de documents qui pourraient d'ailleurs lui faire courir les plus grands risques en cas d'interception⁹⁴ », certains

91. CEPD, avis n° 4/2018 sur les propositions de deux règlements portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information à grande échelle de l'UE, précit., point 25.

92. *Ibid.*, points 30 et 31.

93. COMMISSION EUROPÉENNE, *Des systèmes d'information plus robustes et plus intelligents au service des frontières et de la sécurité*, précit., p. 21.

94. LE PORS A., *Le droit d'asile*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^e éd., 2011, p. 97.

de ces documents pourraient néanmoins lui permettre d'étayer son récit lorsqu'il tente de faire reconnaître son statut de réfugié. Les potentialités du numérique et d'Internet laissent envisager une opportunité intéressante en ce domaine. En effet, après numérisation puis stockage dans le *cloud*, les documents deviennent accessibles et téléchargeables à tout moment et en tout lieu par le demandeur d'asile. Par ailleurs, ce dernier pourrait, en parallèle, trouver sur la toile des informations le concernant et servant son récit, saluant au passage le fait que le web ne l'ait pas oublié. Cependant, *quid* de l'hypothèse d'une fracture numérique qui priverait alors certains demandeurs d'asile du recours à cette documentation numérique, soit par ce qu'ils proviennent d'un État dans lequel les technologies de l'information et de la communication sont peu développées⁹⁵, soit par ce qu'ils ne maîtrisent pas personnellement ces technologies ? En effet, la « fracture numérique géographique [coexiste avec la] fracture numérique sociale⁹⁶ ».

Il faut signaler que, dépassant la question du contentieux de l'asile, les nouvelles technologies laissent aussi envisager des opportunités inédites pour établir les faits en matière de violation des droits fondamentaux – y compris des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés – et déterminer les responsabilités⁹⁷. Lorsque l'attention se porte à nouveau vers les données numériques soumises par les demandeurs d'asile devant les instances d'éligibilité, les questions soulevées sont nombreuses. D'ailleurs, s'agit-il de problématiques classiques relatives à la documentation du récit des demandeurs d'asile, éventuellement renouvelées, ou de problématiques inédites ? Ainsi si la question de l'authenticité des documents produits par les demandeurs d'asile est récurrente, devient-elle systématique⁹⁸ à l'égard de ces « preuves numériques » ? Comment sont-elles accueillies ? Comment peuvent-elles être soumises concrètement aux instances d'éligibilité, comment les produire ? Ainsi la Cour autrichienne du droit d'asile a pu écarter le contenu d'un article d'un journal en ligne qui, selon le requérant, établissait l'existence de risques personnels, en considérant que ce type d'articles pouvait facilement être acheté au Togo et que le fait que le requérant ne présentait que l'impression d'un téléchargement d'une page Internet renforçait sa conclusion quant à sa falsification⁹⁹. Une autre question mérite d'être posée, à savoir si et jusqu'à quel point l'examineur de la demande d'asile devrait aller rechercher – notamment sur Internet – des données numériques relatives au demandeur d'asile permettant d'étayer le dossier

95. L'Union internationale des communications (UIT) publie chaque année un classement mondial des États selon l'indice de développement des TIC qui illustre les disparités en ce domaine.

96. LEPAGE A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet*, Paris, Litec, 2002, p. 18-19.

97. ALSTON P., GILLESPIE C., « Global Human Rights Monitoring, New Technologies, and the Politics of Information », *EJIL*, n° 4, 2012/23, p. 108-123 ; ALSTON P., KNUCKEY S., *The Transformation of Human Rights Fact-Finding*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

98. CNDA, 21 septembre 2010, M. B., n° 08013844 : les déclarations du requérant permettent d'établir que les documents produits et les extraits d'Internet le citant expressément comme ayant été victime d'une arrestation et comme porté disparu à la suite de cette arrestation « ont été conçus de manière frauduleuse par une connaissance de l'intéressé à partir d'un article et d'une liste reproduits sur plusieurs sites Internet ou publiés par des organisations internationales [...] ou encore [une] agence de presse ».

99. Cour EDH, 10 mai 2012, A. L. c/ Autriche, requête n° 7788/11, § 21.

sous examen ? En effet, selon le HCR même si dans la détermination du statut de réfugié « la charge de la preuve incombe en principe au demandeur [...] dans certains cas, il appartiendra même à l'examineur d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour réunir les preuves nécessaires à l'appui de la demande¹⁰⁰ ». Quelles sources doivent alors être consultées et quels moyens doivent être déployés ? Qu'en est-il de la recherche par cet examineur de preuves venant non pas au soutien de la demande mais à l'appui de son rejet ? Comment ne pas s'interroger lorsque certaines évaluations nationales opposent aux dires du demandeur des informations issues de la consultation de pages Wikipedia¹⁰¹ ? Que dire aussi des pratiques de certaines autorités nationales qui réalisent des « fouilles numériques » afin de rechercher dans les smartphones des demandeurs d'asile ou sur les réseaux sociaux des éléments permettant d'établir leur profil et leur parcours¹⁰² ? De même, « dans le contexte des centres d'enregistrement et de la relocalisation [...] lorsque des éléments tendent à indiquer l'existence de motifs d'exclusion ou d'une menace pour la sécurité et l'ordre public, les demandeurs d'asile concernés peuvent faire l'objet de vérifications secondaires dans des bases de données, au moyen d'entretiens, ainsi que sur Internet et dans les médias sociaux¹⁰³ ».

2. *Émergence de nouvelles hypothèses de risque de persécution ?*

Dans le cadre du contentieux de l'asile, les données numériques des migrants et des réfugiés soulèvent aussi des questions relatives à de nouvelles hypothèses de risque de persécution à l'égard desquelles elles seraient déterminantes. Les technologies de l'information et de la communication facilitent en effet la possibilité de mener une activité d'opposition à un régime depuis l'étranger et notamment « sur place », c'est-à-dire dans l'État d'accueil. C'est ainsi que dans l'arrêt *S.F. et autres c/ Suède* de 2012, la Cour EDH, saisie de la question de leur éloignement, a été sensible aux actions en faveur des droits des Kurdes réalisées par trois ressortissants Iraniens depuis leur arrivée en Suède. Ces activités étaient soit déployées sur Internet soit mentionnées sur Internet même si elles étaient déployées en dehors de la toile. Tenant compte alors de la façon dont le régime iranien contrôle les activités des opposants politiques sur Internet, qu'ils soient sur le territoire iranien ou en dehors, la Cour EDH considère qu'en raison des activités menées par les requérants depuis qu'ils sont en Suède, leur renvoi en Iran les exposerait à un risque de violation de l'article 3 de la CEDH relatif à l'interdiction de la torture et

100. UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, éd. UNHCR, 2012, § 96.

101. À propos de cette pratique : UNHCR, *Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, rapport, mai 2013, p. 115.

102. MONT J., « Fouille numérique des demandeurs d'asile. Et la protection de la vie privée ? », *Revue du droit des technologies de l'information*, n° 1, 2017, p. 111-128.

103. COMMISSION EUROPÉENNE, *Mise en œuvre du programme européen en matière de sécurité pour lutter contre le terrorisme et ouvrir la voie à une union de la sécurité réelle et effective*, COM(2016) 230 final, 20 avril 2016, p. 6.

des traitements inhumains et dégradants¹⁰⁴. De telles activités peuvent constituer « l'expression et la prolongation de convictions ou d'orientations affichées dans le pays d'origine¹⁰⁵ ». Cependant, elles « sont en revanche grevées d'une présomption défavorable lorsqu'elles sont nouvelles, présomption qui peut toutefois être renversée¹⁰⁶ ». Comment alors évaluer l'activité réalisée « sur place » qui génère des données numériques ? Comment identifier les situations dans lesquelles les activités qui sont déployées sur la toile par le demandeur d'asile relèvent en fait d'une « manœuvre de sa part, dans le seul but d'obtenir la qualité de réfugié¹⁰⁷ » ?

Par ailleurs, faut-il en la matière faire une distinction entre les activités de « cyberdissidents » – qui utilisent Internet comme le média de leur action – et de dissidents plus « classiques » – dont l'activité d'opposition au régime n'est pas menée sur Internet mais dont la toile peut se faire un écho, éventuellement à leur insu ? Comment traiter la requête du demandeur d'asile qui craint des représailles en cas de retour dans son État d'origine car son parcours a fait l'objet d'un article dans un journal local mais diffusé sur Internet¹⁰⁸ ou de celui qui craint pour sa vie en Iran à la suite de sa conversion au christianisme en Suède du fait de la diffusion sur Internet des offices auxquels il participe¹⁰⁹ ? En outre, comment traiter la demande de celui qui craint des persécutions de la part de tiers du fait de la diffusion d'informations relatives à son casier judiciaire sur des sites gouvernementaux¹¹⁰ ? D'ailleurs de quel écho numérique est-il question ici ? Que penser de celui qui précise que Google recense plus de 200 occurrences à partir de son patronyme pour démontrer l'ampleur de son existence numérique et du risque associé¹¹¹ ? La notoriété d'un demandeur d'asile et de ses données numériques peut-elle être évaluée à l'aune d'un moteur de recherche ? Par ailleurs, ainsi que le précise le *Guide des procédures et critères* édité par le HCR, concernant les actes et activités « sur place », « il y a lieu de vérifier si ces actes sont arrivés à la connaissance des autorités du pays d'origine et de quelle manière ils pourraient être jugés par elles¹¹² ». Par conséquent, un traitement différencié se dessine-t-il alors éventuellement puisque certains États sont en effet connus pour surveiller particulièrement l'activité numérique des opposants politiques s'étant établis à l'étranger ?

104. Cour EDH, 15 mai 2012, *S. F et autres c/ Suède*, requête n° 52077/10, § 68.

105. Article 5, § 2 de la directive dite qualification, précit. Pour la reconnaissance de craintes fondées de persécutions du fait de la dénonciation en France des exactions commises par le régime congolais réalisée notamment *via* des caricatures qui ont été diffusées sur le site Internet du journal *L'Express* nécessairement connues des autorités congolaises : Commission des recours des réfugiés (CRR), 14 septembre 2005, 530447, B.

106. BELORGEY J.-M., *Le droit d'asile*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2013, p. 74.

107. CNDA, 3 mai 2012, *M. M. K.*, n° 12003008 C : « Si le requérant s'est livré de manière ostentatoire à des activités politiques depuis son arrivée en France, en figurant sur le site Internet d'un groupe d'opposition au régime en place dans son État d'origine, il s'agit d'une manœuvre de sa part, dans le seul but d'obtenir la qualité de réfugié. »

108. CNDA, 12 janvier 2011, *M. A.*, n° 09006818 C.

109. Cour EDH, Grande chambre, 23 mars 2016, *F. G. c/ Suède*, requête n° 43611/11, § 147.

110. CNDA, 23 décembre 2010, *M. H.*, n° 09011776 C+.

111. Cour EDH, *S. F et autres c/ Suède*, précit., § 54.

112. UNHCR, *Guide des procédures et critères...*, *op. cit.*, § 96.

Conclusion

Les données numériques des migrants et des réfugiés cristallisent les craintes et les espoirs de ces derniers. Elles correspondent à une réalité complexe que le présent ouvrage cherche à saisir dans sa globalité sous l'angle du droit européen. Par conséquent, les contributions qui suivent traitent, d'abord, des données numériques mobilisées dans le cadre du contrôle aux frontières et de la politique européenne d'asile et d'immigration (1^{re} partie) s'attachant alors, d'une part, à cerner le contenu des données récoltées et leur utilisation notamment au regard des récentes évolutions du droit de l'UE et, d'autre part, à analyser la protection des droits fondamentaux des migrants et des réfugiés en lien avec ces données. Elles traitent, ensuite, des données numériques mobilisées dans le cadre de l'assistance aux migrants et aux réfugiés ainsi que dans le contentieux de l'asile (2^e partie) en s'intéressant, d'une part, à la place accordée à ces données dans le cadre de l'assistance apportée aux migrants et aux réfugiés et, d'autre part, à leur invocation en tant que preuves dans le cadre du contentieux de l'asile.