

Immigration et biométrie

Par Claudine Guerrier
Enseignant-chercheur
Institut national des télécommunications

E-mail : claudine.guerrier@int-evry.fr

Introduction

Avec la mondialisation, les biens, les marchandises, les personnes traversent toujours plus de frontières. Quant aux moyens de transport, routier, aérien, ferroviaire, ils sont de plus en plus sollicités. Avec l'adhésion croissante d'un grand nombre de pays à l'OMC, la concurrence devient le maître-mot pour le marché et les marchés. En ce qui concerne les personnes physiques, sans abandonner le droit de la concurrence¹, il est fait appel aux droits de l'homme. Dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*² est garantie la liberté d'aller et de venir³. L'article treize devient le symbole de la liberté de circulation⁴. D'autres textes de base du droit humanitaire se réfèrent à la liberté de circuler. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* s'y réfère dans son protocole n°4⁵. Le *Pacte international des droits civils* proclame la liberté de circuler⁶ : il reprend presque mot pour mot l'article treize de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* tout en abordant un nouveau thème : la possibilité de l'expulsion et la protection contre cette menace. Au niveau de l'Union européenne, la *Charte des droits fondamentaux*⁷ a tiré les leçons des conventions antérieures et est incorporée au traité constitutionnel⁸. Remarquons cependant que la liberté de circuler et de séjourner concédée aux migrants en situation régulière n'est pas une obligation (est) mais une possibilité (peut). Cette restriction peut être lourde de conséquences.

Il convient enfin de citer la *Convention de l'ONU relative au statut des réfugiés*, car une distinction claire est établie entre les réfugiés⁹ et les immigrants¹⁰. L'immigration n'est pas un phénomène nouveau mais elle prend des dimensions exponentielles à la fin du vingtième siècle et au début du vingt-et-unième siècle. Les pays occidentaux accueillent la main d'œuvre étrangère qui exécute les tâches négligées ou refusées par les nationaux, malgré le taux de chômage élevé enregistré dans la plupart des pays développés. Ils profitent aussi de l'intelligence et de la créativité des étudiants étrangers¹¹, qui, après avoir suivi un troisième cycle dans une nation au PIB élevé demeurent parfois dans ces pays pour le plus grand profit de l'Etat d'adoption.

Cette immigration n'est pas sans poser des problèmes juridiques, économiques, culturels.¹² Les personnes physiques ne sont pas des choses, mais des sujets de droit, qui peuvent conclure des

¹ Les commerçants européens, par exemple, sont libres de s'installer dans tous les Etats de l'Union européenne ; les salariés peuvent travailler pour n'importe quel employeur (traité de Rome).

² 1948.

³ Article treize : « 1/ Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat. 2/ Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

⁴ Cf : Centre Article treize à l'Université du Québec à Montréal (UQAM).

⁵ Art 2.1 : « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence ».

⁶ Article douze du Pacte International des droits civils : « 1/ Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2/ Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ». Article treize : « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat ... ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi ».

⁷ 2000.

⁸ Article 18 : droit d'asile. Article 45 : « 1/ Tout citoyen... de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. 2/ La liberté de circulation et de séjour peut être accordée ... aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre ».

⁹ Qui sont contraints de quitter leur pays pour leur sauvegarde physique et celle de leur famille.

¹⁰ Ces derniers quittent leur pays de plein gré pour chercher une vie meilleure autre part.

¹¹ Notamment aux USA, au Canada, au Royaume-Uni, en France.

¹² « Le droit de circuler librement n'est pas évident comme il peut l'être pour les oiseaux, les poissons ou les animaux. Il est réglementé par l'Etat » a déclaré M. Robert Barsky, fondateur du Centre Article Treize.

actes juridiques. La consultation des travaux préparatoires de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, du *Pacte des droits civils* et d'autres textes de moindre importance qui n'ont pas été mentionnés ici, démontre que certains Etats sont réticents à l'égard de l'immigration. Selon Mme Monique Chemillier-Gendreau¹³, ces travaux « révèlent la volonté persistante de certains Etats d'écartier un droit général à l'immigration ». Des restrictions à la liberté de circuler, et donc à l'immigration sont admises par la doctrine, notamment lorsqu'elle s'appuie sur le concept de « sécurité nationale ». L'interprétation de cette notion ne doit pas déboucher sur des abus. Mme Monique Chemillier-Gendreau insiste : « la « sécurité nationale » désignée par le Pacte¹⁴ comme une des causes possibles de ce droit...ne sera pas interprétée de manière incompatible avec la notion autrement enthousiasmante de « bien-être général dans une société démocratique » introduite en 1948 par la Déclaration ». Pour Mme Monique Chemillier-Gendreau, la notion de libre circulation est « l'idée d'un bien public commun à l'échelle internationale » qui s'oppose aux restrictions nationales.

Depuis les attentats du 11 septembre 2001 aux USA, et la médiatisation qui en a été l'objet, les restrictions se sont élargies. Les Etats souhaitent mieux connaître et identifier les migrants. Pour ce faire, il est de plus en plus souvent fait appel à la biométrie et aux techniques biométriques. La personne identifiable peut être reconnue par des éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale. En matière de flux migratoires, les techniques les plus utilisées sont la reconnaissance faciale, via la photographie et les empreintes digitales. Il s'agit d'identifiants, protégés au niveau européen¹⁵ et national¹⁶.

Il convient de parvenir à un équilibre entre la liberté de circulation et le droit de contrôle que chaque Etat, dans le cadre du principe de proportionnalité, entend exercer sur les immigrants. Cet équilibre est-il possible ? La distorsion redoutée par Mme Chemillier-Gendreau en 1998, avant les attentats du 11 septembre 2001, est-elle devenue une réalité ? Afin de répondre à ces questions, afin de savoir si la liberté de circulation est conciliable avec l'utilisation de la biométrie dans le domaine de l'immigration, il importe de procéder à une étude comparative aux USA, au Canada, au sein de l'Union européenne, puis en France.

I. Les avantages et les inconvénients

En Amérique du Nord, comme au sein de l'Union européenne, l'usage de la biométrie, dans le cadre de l'immigration, **présente des avantages** : meilleure identification, fraude amoindrie, et un inconvénient : difficulté de respecter le principe de proportionnalité¹⁷.

A. L'Amérique du Nord et l'Union européenne ont une vieille tradition de politique des flux migratoires

En Amérique, l'immigration implique le visa. En droit américain, le nombre de visas, dont certains permettent d'effectuer des séjours temporaires, dont d'autres permettent de s'installer aux USA, sont très nombreux. Il en est de même au Canada.

Un programme commun¹⁸ élabore une recherche sur les rapports entre utilisation de la biométrie et protection des données personnelles. L'article trente-deux du programme Manley-Ridge met l'accent sur l'utilité de la biométrie dans le secteur de l'immigration et la nécessité, reconnue au Canada et admise dans ce programme de respecter les données personnelles.

¹³ « La Déclaration universelle des droits de l'homme, entre célébration et méconnaissance » par Monique Chemillier-Gendreau, *Revue de la Ligue des droits de l'Homme*, novembre 1998.

¹⁴ Pacte des droits civils.

¹⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 est afférente au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Elle est abrogée après l'entrée en vigueur de la directive du 12 juillet 2002 sur la protection des données personnelles dans le secteur des communications électroniques.

¹⁶ Loi du 6 août 2004 sur la protection des données personnelles.

¹⁷ Supra sur la protection des données personnelles.

¹⁸ Accord Manley-Ridge.

1. L'Amérique

1.1. Le visa biométrique aux USA

Aux USA, l'avantage principal de l'utilisation du visa biométrique réside dans la diminution de la fraude et de l'usurpation d'identité.

La biométrie :

- garantit mieux l'identité¹⁹,
- permet aux résidents et aux réfugiés qui sont en situation régulière d'avoir un statut clair, d'être reconnus par tous, sans ambiguïté,
- facilite, si besoin est, l'évacuation et le rapatriement des réfugiés,
- fait échec à certaines formes de fraudes et à certains abus,
- prévient notamment la fraude en cas d'examens médicaux,
- encourage la coopération entre immigrants et autorités,
- facilite²⁰ l'identification des criminels et des délinquants,
- affecte à chaque personne physique un identificateur unique.

1.2. La biométrie rationalise les mesures demandées en matière d'immigration

Sur la base de la réforme de l'immigration illégale²¹, et dans les zones sensibles américano-mexicaines, la carte biométrique de passage des frontières²² est devenue obligatoire à partir du 1^{er} octobre 2002.

2. La législation au sein de l'UE

Au sein de l'Union européenne, la législation est protéiforme. Le principe de la libre circulation des personnes est mentionné dès le Traité de Rome, au même titre que la libre circulation des marchandises : le point de vue est économique, et non humanitaire. Une politique d'immigration communautaire n'en a pas moins été décidée.

2.1. Les accords de Schengen

Ils reposent sur le principe de libre circulation mais les citoyens européens ne sont pas des immigrants. Le premier *Accord de Schengen* date du 14 juin 1985²³. L'actuel *Accord de Schengen* regroupe l'Allemagne, la France, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède. Les citoyens européens se déplacent et séjournent librement. Néanmoins, les mesures de sécurité ont été renforcées entre les Etats signataires. Des contrôles d'identité peuvent avoir lieu dans les différents pays. En cas de séjour prolongé²⁴, un titre de séjour sera demandé²⁵.

Un système informatique, dénommé *Système d'information Schengen* est mis en place. Le SIS est une base de données communes, une interconnexion de fichiers nationaux comprenant des données qui demeurent nationales²⁶. Cette base de données regroupe plus de dix millions d'enregistrements, dont 15% concernent des personnes²⁷. Les personnes sur lesquelles apparaissent des données sont les suivantes : personnes physiques recherchées pour une extradition, les ressortissants des pays

¹⁹ La biométrie rassemble les techniques les plus évoluées, les plus sophistiquées pour identifier une personne.

²⁰ Cf point de vue de M. Van Kessel, ancien fonctionnaire de *Citoyenneté et Immigration* (Canada), en affectation à Genève.

²¹ Loi de 1996.

²² BCC, avec photo et information biométrique compréhensible par une machine.

²³ Il rassemblait seulement à cette époque la France, la RFA, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas.

²⁴ Trois mois.

²⁵ Et accordé automatiquement.

²⁶ Les Etats peuvent seuls décider de l'opportunité de l'inscription dans la base.

²⁷ Chiffres de la fin 2001 mentionnés par M. Van Buuren (collaborateur du bureau Eurowatch) « Les tentacules du système Schengen », *Le Monde diplomatique*, mars 2003, p 8 à 12.

tiers non admissibles sur le territoire national, les personnes disparues, par exemple les mineurs en fugue ou enlevés.

Dans ce cadre institutionnel, les personnes étrangères à l'Union européenne peuvent demander le droit d'asile²⁸. Il n'en demeure pas moins que l'Union européenne veut rester maîtresse de ses flux migratoires.

2.2. Le traité d'Amsterdam²⁹

Le traité d'Amsterdam se situe dans la continuité des *Accords de Schengen*. Il se préoccupe de la sécurité et de la libre circulation. Il supprime les entraves à la circulation des citoyens européens tout en luttant contre les filières de l'immigration clandestine. En France, la Constitution est révisée. En effet, la suppression des contrôles aux frontières ne pouvait être décidée par le Conseil qu'à l'unanimité et à partir d'un rapport minutieux sur l'effectivité des dispositifs mis en place ; le Conseil disposait de cinq années après l'entrée en vigueur du traité pour mettre en œuvre les mesures nécessaires. La Constitution était révisée afin de permettre à la France, au terme des cinq ans, de participer à la définition d'une politique commune à la majorité qualifiée³⁰.

En matière d'immigration, les Etats n'ont pas la même appréciation pour des raisons culturelles et économiques. Malgré tout, en terme d'immigration, l'Union européenne est un ensemble relativement homogène, attractif. Une réflexion est amorcée dans ce domaine. Le règlement du Conseil du 13 juin 2002³¹ institue un modèle uniforme de titre de séjour contenant les informations nécessaires, correspondant à des normes techniques de haut niveau, notamment en ce qui concerne les garanties contre la contrefaçon et la falsification. Il s'agit de prévenir l'immigration clandestine et les séjours irréguliers³². Les Etats membres et la Commission étudient les changements à apporter dans les éléments de sécurité incorporés dans le titre, notamment l'intégration, l'utilisation de nouveaux éléments biométriques, en phase avec l'évolution technologique. Le règlement établit les spécifications qui n'ont pas de caractère secret. Ces spécifications sont complétées par d'autres éléments qui restent secrets et qui ne peuvent comporter de données personnelles. C'est la Commission qui dispose du pouvoir d'arrêter ces éléments complémentaires secrets. Chaque Etat désigne un unique organisme pour l'impression du modèle uniforme de titre de séjour. Le nom de l'organisme sera communiqué aux autres Etats membres et à la Commission.

2.3. Une politique d'immigration communautaire a été mise en place

Le Conseil européen réuni à Tampere en octobre 1999 a fixé les grandes lignes d'une politique d'immigration communautaire : cette dernière doit gérer les flux migratoires afin de trouver un équilibre entre l'aspect humanitaire et l'aspect économique ; elle doit réserver un traitement équitable aux ressortissants des pays tiers. Il convient d'instaurer un partenariat entre les pays d'origine et l'Union européenne.

La Commission a présenté en novembre 2000 une communication au Conseil et au Parlement européen. La Commission suggère dans cette communication de prendre en compte le développement économique et démographique de l'Union, la capacité d'accueil de chaque Etat membre, ses liens historiques et culturels avec les pays d'origine, la situation dans ces pays d'origine. Une autre communication de juillet 2001 a proposé l'adoption d'une méthode de coordination. L'Union européenne entend lutter contre l'immigration clandestine : le 28 février 2002, le Conseil des ministres de l'Union européenne a adopté un plan contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains

²⁸ Convention de Dublin et règlement du 11 décembre 2000 qui permet de stocker les empreintes digitales, même celles des mineurs, à partir de quatorze ans.

²⁹ Signé le 12 octobre 1997, adopté en France en 1998.

³⁰ Procédure de codécision et de vote à la majorité qualifiée. Le passage automatique à la majorité qualifiée et à la codécision ne concerne que les conditions de délivrance des visas de court séjour et les règles en matière de visa uniforme.

³¹ Règlement n° 1030/2002 du Conseil.

³² « Le modèle devrait aussi être adapté à son utilisation par tous les Etats membres et comporter des dispositifs de sécurité harmonisés, universellement reconnaissables, qui soient visibles à l'œil nu » in règlement du 13 juin 2002.

dans l'Union européenne. Le 28 novembre 2002, le Conseil a élaboré un programme d'action en matière de retour pour les personnes en séjour illégal.

2.4. Le Conseil de Salonique³³

Le Conseil de Salonique a décidé l'introduction, pour 2005, de données biométriques pour les documents des ressortissants des pays tiers. La Commission européenne est déjà en charge d'un travail afférent au développement d'un système d'information sur les visas³⁴. Elle préconise de retenir deux éléments biométriques pour identifier les personnes et pour mieux sécuriser les titres de séjour et les visas. Les éléments biométriques, dont l'empreinte digitale, sont numérisés et stockés sur une carte à puce³⁵. Les Exécutifs sont fermement décidés à sécuriser les visas et les passeports. Le Règlement du Conseil du 13 décembre 2004³⁶ intègre des indicateurs biométriques dans les passeports³⁷ et les documents de voyage³⁸.

Ainsi, des normes précises et solides s'appliquent, dans le domaine des techniques biométriques, à l'immigration. A priori, le recours à la biométrie ne semble pas en contradiction avec les droits de l'homme.

B. Cependant, des inconvénients apparaissent

En immigration, l'utilisation de la biométrie peut

- induire des erreurs lors de l'entrée des données³⁹,
- permettre la commission d'infractions,
- générer des coûts induits par la formation destinée aux administrateurs des systèmes biométriques,
- le problème de l'identité n'est pas réglé ; il est possible de dissimuler son identité véritable⁴⁰ au moment de l'enregistrement.

1. En Amérique du Nord

1.1 Les USA

1.1.1. La protection des données personnelles : le groupe de coordination de la biométrie du *Conseil national de la science et de la technologie* étudie des questions juridiques. Sur la relation entre la sécurité et la protection des données personnelles, le point de vue officiel est sujet à caution. La protection des données, des renseignements personnels ne passe pas par l'anonymisation. Ce point de vue est éminemment contestable dans beaucoup de cas. De plus, pour les USA, la protection de la vie privée implique la prévention de l'usurpation d'identité. S'il est vrai que la politique d'immigration ne peut reposer sur des identités usurpées, la lutte contre l'usurpation d'identité n'est pas le pilier de la protection des données personnelles. En fait, l'utilisation aux USA de la biométrie dans l'immigration est oblitérée par le concept américain de droit à la vie privée. Aucun texte ne consacre expressément le droit à la vie privée au niveau fédéral, même si dans certains Etats⁴¹, le droit à la vie privée a été proclamé et a une valeur constitutionnelle. S'il existe un *Privacy Act* depuis

³³ Il s'est tenu les 19 et 20 juin 2003.

³⁴ VIS.

³⁵ Les autorités de régulation en matière de protection de données personnelles sont réticentes à l'égard des systèmes centralisés de bases de données.

³⁶ Règlement CE n°2252/2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les Etats membres.

³⁷ Décision du 28 février 2005.

³⁸ La désignation des autorités et des organismes habilités à consulter les données présentes sur le support de stockage des documents est régie par la législation nationale. Sur ce point, c'est le principe de subsidiarité qui s'applique.

³⁹ Ce qui peut fausser le statut concédé aux candidats à l'immigration.

⁴⁰ Selon M.Gerry Van Kessel « *l'intégrité d'un système biométrique repose sur la qualité du processus d'enregistrement* », dans « Consultations intergouvernementales sur les politiques d'asile, de reconnaissance du statut de réfugié et de migration en Europe, en Amérique du Nord et en Australie », colloque « *La biométrie : Incidences et applications pour la citoyenneté et l'immigration* ».

⁴¹ Exemple : la Californie.

1974, les données privées ne sont pas protégées. Lorsqu'une personne physique subit un préjudice de la part d'une société qui a vendu des informations la concernant, seul le droit de la responsabilité peut être invoqué.

1.1.2. Le droit de l'immigration aux USA est de plus en plus sécuritaire : la biométrie est utilisée depuis longtemps pour contrôler l'immigration. En 1940, a été adoptée une loi tendant à réguler l'entrée des étrangers. Cette loi stipulait que tous les étrangers entrant aux USA devaient se faire enregistrer⁴² avec leurs empreintes digitales. L'enregistrement était réalisé en double exemplaire, l'un à destination du consul, l'autre à destination des autorités américaines⁴³, qui transmettaient le dossier aux services de l'immigration, pour examen, puis au ministre de la justice. Les mineurs de moins de quatorze ans n'étaient pas soumis à cette obligation. L'*Illegal Immigration reform and immigrant responsibility Act* de 1996 généralise cette formalité par l'introduction d'un système automatique de contrôle des étrangers et des sorties sur le territoire américain afin d'identifier les personnes qui restent au-delà du délai prescrit⁴⁴. L'*Immigration and nationality Act*⁴⁵ applique la procédure de l'enregistrement de l'*Alien Registration Act* de 1940 aux étrangers de plus de quatorze ans demeurant aux USA depuis plus de trente jours. Le dépôt d'un gabarit d'empreinte digitale est obligatoire pour tous les demandeurs de visas. La section 326 de la loi invite le Commissaire de l'immigration et de la naturalisation à développer un système d'identification des criminels étrangers afin de leur interdire l'entrée sur le territoire américain et faciliter les recherches policières.

Le *Patriot Act* de 2001 étend les pouvoirs du gouvernement en matière de surveillance, facilite le contrôle de l'entrée et de la sortie des étrangers, utilise la biométrie dans la délivrance des visas : ces dispositions sont explicitées dans le *Enhancer Border Security and Visa Entry Reform Act* de 2001. Selon le *Patriot Act*⁴⁶, le ministère de la justice et le ministère des affaires étrangères doivent travailler, avec le concours du *National Institute of Standards and Technology*, à l'élaboration de technologies pour identifier les demandeurs de visas et les personnes pénétrant sur le territoire américain. La technologie choisie doit être identique dans toutes les administrations pour faciliter les échanges. Les administrations fédérales qui ont à connaître de l'immigration sont invitées à mettre en œuvre les meilleurs moyens techniques pour assurer la sécurité des frontières. La section 405 dispose que le ministre de la justice doit faire un rapport au Congrès sur le système d'empreintes digitales du FBI. Ce rapport fait également le bilan des moyens qui sont utilisés dans les autres administrations fédérales. Selon la section 414 du *Patriot Act*, des mécanismes d'identification sont mis en place non seulement dans les aéroports, mais aussi dans les ports et à tous les points d'entrée du territoire américain. Par ailleurs, le *Patriot Act* préconise l'utilisation de techniques biométriques et d'autres méthodes rendant infalsifiables les documents d'identité⁴⁷. La biométrie est donc utilisée pour tous les candidat(e)s à l'immigration de quatorze ans, sans vraiment de garantie pour la protection des données individuelles.

1.2. Terrorisme et société civile

La priorité donnée à la lutte contre le terrorisme tend à cristalliser les craintes et les phobies de la société civile en matière d'immigration. Au Canada, une recherche initiée par *Ekos* est particulièrement intéressante. Depuis le début des années 1990, *Ekos* a suivi les Canadiens dans leurs rapports avec des concepts comme la protection des libertés individuelles, l'accueil des immigrés. Cela permet de forger un panorama de l'opinion publique. Depuis lors, le Canada a envisagé de créer une carte nationale d'identité. *Ekos* a ajouté ce volet à son étude, sans négliger les autres volets.

Bien que les Canadiens accordent une grande importance à la protection des données personnelles, ils mettent davantage l'accent sur la sécurité. D'année en année, les Canadiens se soucient moins

⁴² *Alien Registration Act*.

⁴³ Visa.

⁴⁴ Section 101.

⁴⁵ Section 262.

⁴⁶ Section 403 paragraphe c.

⁴⁷ Development of the system. *In the development of in the integrated entry and exit data system under section 110 of the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility of 1996 (U.S.C 1365 a), the Attorney General and the Secretary of State shall particularly focus on*

1) *the utilization of biometric technology,*

2) *the development of tamper resistant documents readable at ports of entry.*

pour la protection des renseignements personnels et ont davantage confiance dans les nouvelles technologies⁴⁸. Les Canadiens, dans le domaine de la protection des données personnelles, sont de moins en moins méfiants à l'égard du secteur public. Plus l'opinion est jeune, et moins elle redoute l'intrusion dans la vie privée⁴⁹ par le gouvernement. Par contre, l'opinion publique a de moins en moins confiance⁵⁰ dans les entreprises en ce qui concerne la protection des données personnelles.

Les attentats du 11 septembre 2001 ont eu des répercussions sur l'appréhension de l'immigration par l'opinion publique. Cette dernière a manifesté un certain repli frileux à l'égard de l'immigration dans les mois qui ont suivi le 11 septembre 2001. Par la suite, les Canadiens sont revenus sur leurs positions d'antan, à leur ouverture traditionnelle face à l'immigration. Néanmoins, ils manifestent une appréhension marquée à l'attention des immigrants arabes. Selon M. Graves, les Canadiens sont favorables au profilage ethnique. Le résultat de cette étude peut faire craindre une dérive discriminatoire à l'endroit de certains immigrants. La biométrie est considérée comme une méthode fiable d'identification. La relation biométrie⁵¹/immigration/sécurité tend à mettre en exergue biométrie et sécurité. La liberté de circulation n'est pas remise en cause dans son essence, mais elle pose question.

L'Amérique du Nord, bien qu'étant un continent de forte immigration, manifeste récemment des réserves. Le 3 janvier 2005, le département de la sécurité américain a annoncé que des techniques d'identification biométriques⁵² seraient instaurées pour l'immigration dans le cadre du programme US-VISIT.

2. Au niveau de l'Union européenne, le principe de proportionnalité⁵³ s'impose

2.1. Eurodac Catégorie deux

Eurodac est afférent aux demandeurs d'asile et, à ce titre, ne concerne pas directement l'immigration. Entré en vigueur le 15 janvier 2003, il comprend un système central d'identification des empreintes digitales des demandeurs d'asile et un système de transmission électronique des empreintes digitales dont l'objectif est, lui, de lutter contre l'immigration clandestine ; la catégorie deux d'*Eurodac* correspond aux personnes interceptées au moment de franchir une frontière externe de façon irrégulière (immigrants potentiels en situation illégale) ; les données sont stockées au besoin. L'unité centrale de comparaison d'empreintes digitales appelées AFIS⁵⁴ est gérée par la Commission européenne. La base de données informatisée, les moyens électroniques de transmission sécurisée entre les Etats et la base de données centrale complètent *Eurodac*. L'unité centrale détermine les impératifs techniques nécessaires à la transmission des empreintes digitales par voie électronique. Si des problèmes techniques surviennent, il sera fait recours à d'autres moyens de transmission. Le numéro de référence relie l'empreinte digitale à une personne physique, identifie l'Etat-membre qui a envoyé les données. Dans la catégorie deux d'*Eurodac*, il est nécessaire d'avoir dix empreintes digitales pour procéder à une identification. *Eurodac* est conforme à la directive d'octobre 1995, mais l'unité centrale peut poser problème à plus ou moins longue échéance.

⁴⁸ « Les citoyens sont également moins préoccupés parce que les prédictions d'intrusion technologique et d'échec catastrophique ne se sont pas réalisés » par Frank Graves, président des associés de recherche *Ekos inc*, dans le cadre de « La biométrie : Incidences et applications pour la citoyenneté et l'immigration ».

⁴⁹ « Environ 75% des répondants des générations montantes étaient d'accord avec l'affirmation suivante : « Ça ne me dérange pas que les gouvernements utilisent des renseignements qui me concernent, tant et aussi longtemps que je sais pourquoi et que je peux demander que cela cesse » par Frank Graves, président des associés de recherche *Ekos*.

⁵⁰ Premiers chiffres : 1992.

⁵¹ M.Graves a indiqué que près de 80% des Canadiens sont convaincus que l'utilisation de technologies biométriques est inévitable.

⁵² Photographie numérique et empreintes digitales.

⁵³ Entre le danger induit par les phénomènes d'immigration et l'utilisation des techniques biométriques.

⁵⁴ *Automated Fingerprint Identification System*.

2.2. Les visas d'entrée au niveau de l'Union européenne

Dans le nouveau visa d'entrée, une puce supplémentaire stocke, en dehors de la photo numérique, deux empreintes digitales qui ne servent qu'à des fins d'identification. Là apparaît la préoccupation de la robustesse suffisante des technologies proposées⁵⁵ et non la proportionnalité⁵⁶.

2.3. Schengen et traité d'Amsterdam

Le traité d'Amsterdam veut concilier sécurité et liberté de circulation. Il entend respecter l'article treize de la déclaration universelle des droits de l'homme.

Parallèlement, le système d'information de *Schengen* deuxième génération est en cours de développement. Il vise à prendre en compte l'accroissement du flux d'informations, à contrôler les personnes entrant dans la zone de *Schengen*, à intégrer dans le fichier central des empreintes digitales, les techniques de reconnaissance faciale et d'iris de l'œil. Les défenseurs des libertés individuelles perçoivent un danger⁵⁷. Indubitablement, le SIS II élargit sa fonction policière. Existe-t-il une proportionnalité entre la défense des frontières externes de *Schengen* et le fonctionnement de SIS II ? La question a été posée nettement. Le débat reste ouvert.

II. L'article treize et la France

Alors que les techniques biométriques sont utilisées dans les visas et les titres de séjour de la plupart des pays occidentaux notamment au sein de l'Union européenne, il convient de s'interroger sur l'applicabilité de l'article treize⁵⁸ sur le territoire français.

En France, la biométrie est utilisée en matière d'immigration, en prenant en compte les exigences européennes et françaises dans le domaine de la protection des données personnelles.

A. La France a introduit la biométrie en matière d'immigration

1. Les normes

Le texte de base dans le secteur de l'immigration remonte à 1945⁵⁹ et à l'ordonnance du 2 novembre 1945. Il a été modifié à maintes reprises, car l'immigration est un sujet sensible en France comme aux USA et au Canada. Les deux dernières modifications remontent à la loi Debré de 1997 et à la loi de mai 1998 dite Réséda, qui créait la carte de séjour scientifique.

La loi actuelle du 26 novembre 2003⁶⁰ a, comme la loi de 1998, un impact sur le statut des étudiants et des scientifiques. Les autorités consulaires ne sont plus tenues de justifier le refus de visa étudiant qui avait été créé en 1998. Jusqu'alors, les consulats devaient consulter les services culturels pour avis s'ils envisageaient de procéder à un refus pour des motifs afférents au plus ou moins bon déroulement de la scolarité : insuffisance du niveau académique de l'étudiant, insuffisance linguistique en français⁶¹. Ils ne sont plus tenus de le faire, pour des raisons essentiellement démographiques : en 1998, 29000 visas étudiants ont été délivrés alors qu'en 2002, 65000 visas étudiants ont été alloués. Cette augmentation rapide a été perçue négativement, même si certains universitaires considèrent que cet essor est favorable à l'influence de la francophonie. La charge financière n'est en effet pas négligeable. Sur le plan strictement juridique, les auteurs du projet de loi ont fait valoir que les droits des étudiants étrangers demandeurs de visas n'étaient pas remis en cause puisqu'ils pouvaient

⁵⁵ Mme Russell ... « n'est pas persuadée qu'il y a eu suffisamment de recherche pour évaluer leur efficacité », Justice et affaires intérieures, Commission européenne, dans le cadre de « *La biométrie : Incidences et applications pour la citoyenneté et l'immigration* ».

⁵⁶ Puisque la carte à puce est utilisée.

⁵⁷ « *Le SIS sera passé d'un instrument de contrôle des frontières intérieures de l'Union à un outil plus « proactif » d'investigation et de police* ». Van Buuren, « Les tentacules du système Schengen », *Le monde diplomatique*, mars 2003, p 10.

⁵⁸ De la déclaration universelle des droits de l'homme.

⁵⁹ Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945.

⁶⁰ Loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003.

⁶¹ Qui retentit sur le niveau académique.

utiliser les différentes voies de recours administratives et contentieuses. Toutefois, cette mesure est une dérogation aux dispositions relatives à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

La situation des chercheurs étrangers est quelque peu améliorée. Le détenteur d'une carte de séjour scientifique est en mesure de solliciter, lors de son renouvellement⁶², une durée de validité supérieure à un an⁶³. Le chercheur qui effectue un long séjour en France s'épargne de lourdes démarches administratives. Il doit, en revanche, à l'occasion du renouvellement de sa carte, fournir un protocole d'accueil qui correspond à la période concernée.

2. Le durcissement

En dehors de ce volet spécifique, la nouvelle loi sur l'immigration marque un durcissement.

- La durée maximale de rétention administrative est allongée et portée de 12 jours à 32 jours.
- Les sanctions contre les passeurs de clandestins sont alourdies.
- La carte de résident n'est accordée à un conjoint étranger marié à un(e) Français (e) qu'au bout de deux ans, contre un an auparavant. Il s'agit de lutter contre les mariages blancs.

Le Conseil Constitutionnel saisi le 4 novembre 2003 a rendu sa décision le 21 novembre 2003. Il annule trois dispositions :

- il n'y aura pas de débat annuel sur l'immigration.
- la personne qui héberge un étranger ne sera pas obligée de payer les frais de rapatriement si l'étranger est insolvable⁶⁴,
- le maire n'est pas tenu d'informer « *immédiatement* » le préfet si une personne souhaitant se marier n'est pas en mesure de justifier de la régularité de son séjour⁶⁵.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel émet deux réserves d'interprétation :

- les sociétés qui ont pour mission de transporter des personnes retenues dans un centre de détention ne sont pas autorisées à se charger également de la surveillance,
- les délais⁶⁶ pendant lesquels une personne étrangère est retenue, sont des délais maximum. Le juge des libertés du tribunal de grande instance est habilité à interrompre la procédure lorsque cela lui paraît nécessaire.

3. L'usage de la biométrie

Cet usage correspond, dans un premier temps⁶⁷, à l'occasion des débats, aux articles quatre et cinq, puis, dans la version définitive, à l'article onze. La loi a prévu un fichier qui recense les empreintes digitales de toute personne qui dépose une demande d'asile ou obtient un visa pour la France. Cette initiative était en phase avec la législation de l'Union européenne⁶⁸. Le projet de loi prévoyait le relevé, la mémorisation, le traitement automatisé d'une photographie numérique⁶⁹ et des empreintes digitales de tout ressortissant extra-communautaire refoulé lors du franchissement d'une frontière de l'espace *Schengen*. Ce groupe de personnes vient s'ajouter à celui déjà prévu par la loi Debré de 1997 : demandeurs de titres de séjour, personnes en situation irrégulière ou ayant subi une mesure d'éloignement du territoire français. Adoptée sous le gouvernement Juppé, cette mesure n'était pas entrée en application pour des raisons techniques. Le projet de loi prévoyait le même dispositif pour les demandeurs de visas. Ces derniers sont soupçonnés de mauvaise foi. C'est ce qui apparaît lors de déclarations de Nicolas Sarkozy à l'occasion des débats devant le Sénat. Il s'agit de prévenir la

⁶² Au bout d'un an.

⁶³ La durée n'excédera pas quatre ans.

⁶⁴ Ce qui était prévu initialement.

⁶⁵ Conflit entre la liberté de fonder une famille et la lutte contre les mariages blancs.

⁶⁶ Qui ont été prolongés Cf : supra.

⁶⁷ Discussion à l'Assemblée nationale et au Sénat.

⁶⁸ Cf : supra, Eurodac, SIS II, VIS.

⁶⁹ Reconnaissance faciale.

fraude⁷⁰. Les politiques semblent se méfier de certains immigrants.⁷¹ Devant l'Assemblée Nationale, le projet de loi initial a été durci. Il ne comprenait que le relevé des empreintes digitales pour les étrangers en situation irrégulière, ou qui ne remplissaient pas les conditions d'entrée. L'amendement n°343⁷² ajoute aux empreintes digitales la photographie numérique⁷³ et a été accepté. A également été voté l'amendement n° 365 qui rendait systématique le relevé des empreintes digitales. Par contre, la Commission des lois a repoussé les amendements qui visaient à alléger les procédures biométriques⁷⁴. Devant le Sénat, la discussion a été nettement plus animée. Certains sénateurs ont déposé des amendements hostiles à l'utilisation⁷⁵ ou à l'utilisation systématique⁷⁶ des procédures biométriques. Certains sénateurs font valoir qu'il ne convient pas de recourir à la biométrie dans le cadre de l'immigration. La prise d'empreintes est prévue pour tous ceux qui sollicitent un visa. Or, les demandeurs de visas ne sont pas tous des délinquants ou des criminels. Le fichage systématique peut être considéré comme une atteinte aux libertés⁷⁷. Par ailleurs, les procédures biométriques deviendront difficilement effectives : les consulats sont peu capables de relever les empreintes ; le délai sera long. Les sénateurs socialistes sont en désaccord avec Mme Borvo, porte-parole du parti communiste. Ils sont favorables au fichier, font valoir que les citoyens français qui demandent une carte d'identité nationale sont obligés de se plier au relevé de l'empreinte digitale. Il existe donc un consensus dans la majorité de la classe politique française⁷⁸ ; néanmoins les sénateurs socialistes sont favorables à un relevé d'empreintes digitales pour les étrangers qui obtiennent un visa et non pour ceux qui sollicitent un visa. Le problème de la mise en place pratique des relevés dactyloscopiques dans les consulats est relevé par tous les partis politiques. Les consulats ne sont pas armés, ni en termes de ressources financières, ni en termes de ressources humaines, pour faire face au relevé des empreintes digitales. C'est pourquoi l'incertain se glisse dans les discours politiques⁷⁹. De multiples allusions sont faites aux longues files d'attente devant les consulats (les demandeurs) et au travail colossal qui est exigé des fonctionnaires (l'institution consulaire). Finalement le texte de loi n'impose pas le relevé des données dactyloscopiques et de la photographie. Les personnes concernées sont non pas celles qui obtiennent, mais sollicitent un visa, et le terme « *peuvent* » (être relevées, mémorisées) a été introduit dans la loi du 26 novembre 2003.

Enfin, l'amendement n°110 vise le cas de la Suisse. Cette dernière fait évidemment partie de l'entité européenne sur le plan géographique⁸⁰. Néanmoins, elle n'appartient ni à l'Union européenne ni à l'Espace économique européen. Elle n'en entretient pas moins des relations étroites avec plusieurs Etats de l'Union européenne. De plus, la confédération helvétique n'impose pas de procédures contraignantes aux citoyens des Etats voisins, même si la politique d'immigration de la Confédération helvétique est stricte. Il ne semble pas opportun d'appliquer des procédures biométriques aux citoyens

⁷⁰ Il faut « *pouvoir retrouver l'identité et l'origine de ceux qui entrent en France grâce à un visa de court séjour et s'y maintiennent en détruisant leurs papiers* », déclaration de Nicolas Sarkozy devant le Sénat en octobre 2003.

⁷¹ « *Certaines personnes perdent leur visa ou le déchirent après trois mois puis oublient d'où elles viennent. Ce nouveau fichier constituera une aide particulièrement humaine pour ceux qui auront perdu la mémoire* », Nicolas Sarkozy, Sénat, octobre 2003.

⁷² De M. Nicolas Perruchot.

⁷³ Reconnaissance faciale.

⁷⁴ Amendements n°221 de M. Noël Mamère et n°305 de M. Patrick Braouezec.

⁷⁵ Amendement n°248 présenté par M. Bret, Mmes Borvo, Mathon, Beaudeau, Beaufilet et Bidard-Reydet, M. Coquelle, Mmes David, Demessine et Didier, MM. Fischer, Foucaud et Le Cam, Mme Luc, MM. Muzeau, Ralite et Renar, Mme Terrade, M. Vergès.

⁷⁶ Amendement n°134, présenté par Mme M. André, MM. Dreyfus-Schmidt, Mahéas et Sueur, Mme Blandin et les membres du groupe socialiste et apparenté.

⁷⁷ « *Cela contribue à jeter le discrédit sur l'ensemble des immigrés en situation régulière présents en France* » Mme Nicole Borvo, Sénat, séance du 9 octobre 2003.

⁷⁸ « *Le relevé des empreintes digitales est absolument nécessaire pour permettre d'identifier les étrangers qui sont sur notre territoire et qui seraient entrés dans la clandestinité ! En effet, nous connaissons nombre de cas de personnes ayant fait disparaître leurs papiers au bout d'un certain temps...* » M. Jean-Jacques Hiest, Sénat, séance du 9 octobre 2003. « *En effet, nous sommes favorables à la photographie et au relevé des empreintes digitales et vous devez concevoir qu'il s'agit là d'un accord important entre nos groupes* » Jacques Mahéas, Sénat, séance du 9 octobre 2003.

⁷⁹ « *Laissons donc des marges de manœuvre au Gouvernement et aux consulats* », Jean-Patrick Courtois, rapporteur de la commission des lois, Sénat, séance du 9 octobre 2003 ; « *le texte adopté par l'Assemblée nationale impose la prise d'empreintes digitales et la photographie pour tous les demandeurs de visas, ce qui est excessif et impossible à réaliser par les services consulaires* », Christian Cointat, Sénat, séance du 9 octobre 2003.

⁸⁰ cf : discussions juridiques sur le rattachement géographique de la Turquie et de la Russie à l'Europe.

suisses⁸¹. L'amendement n'est pas adopté dans la mesure où un nouveau régime est prévu, en matière d'immigration, pour les citoyens de l'Union européenne, de l'Espace économique européen, de la confédération helvétique⁸² : les ressortissants de ces Etats qui souhaitent établir en France leur résidence habituelle ne sont pas obligés de détenir un titre de séjour. En France, deux circulaires précisent les mesures applicables : la circulaire du 20 janvier 2004⁸³, la circulaire du 26 mai 2004⁸⁴. Les personnes mentionnées ci-dessus ne sont plus tenues de demander un titre de séjour pour résider en France mais les autorités françaises sont obligées d'instruire les demandes de titres de séjour qui seraient déposées par les citoyens des trois catégories mentionnées ci-dessus. Ces dispositions participent à la fois au principe de libre circulation des personnes physiques et à la volonté d'aménagement administratif. Les ressortissants peuvent circuler, résider, exercer une activité professionnelle en France sans autre formalité administrative que la possession d'une carte nationale d'identité ou d'un passeport. En ce qui concerne la Confédération helvétique, la base juridique est l'accord⁸⁵ conclu entre l'Union européenne et la Suisse. L'obligation de procéder au traitement d'une demande de titre de séjour, alors même que la possession d'un titre de séjour n'est pas nécessaire s'explique par l'utilité d'un titre de séjour en vue de l'obtention de certaines prestations sociales. Quant aux membres de la famille, ressortissants d'un Etat tiers, ils sont astreints à la détention d'un titre de séjour.

La discussion autour de la biométrie tend donc à renforcer les liens entre les Etats membres de l'Union européenne et les Etats qui semblent avoir vocation à plus ou moins long terme⁸⁶ à intégrer l'Union européenne.

B. Immigration et protection des données personnelles

La loi sur l'immigration en France doit être en conformité avec les dispositions relatives à la protection des données personnelles. Un décret en Conseil d'Etat⁸⁷ est pris après avis de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. L'avis est rendu par la CNIL en date du 5 octobre 2004. Le décret annoncé est en date du 25 novembre 2004⁸⁸. Les textes de référence sont non seulement ceux de l'Union européenne⁸⁹, mais aussi ceux du Conseil de l'Europe⁹⁰.

Les données à caractère personnel sont notamment les photographies numériques et les empreintes digitales des demandeurs de visas. Le droit d'accès et de rectification⁹¹ s'exerce auprès du ministère des affaires étrangères⁹², du ministère de l'intérieur⁹³, de la chancellerie consulaire ou du consulat⁹⁴ où la demande de visa a été déposée. Le droit d'opposition ne s'applique pas. Afin de faciliter l'authentification du détenteur de visa aux postes frontières, un composant électronique, qui contient les images numérisées des empreintes digitales et de la photographie du titulaire du visa peut, à titre expérimental, être associé à la vignette visa. Le travail auprès des consulats, comme prévu, est difficile, en raison du manque de moyens et des problèmes ergonomiques.

⁸¹ « Cet amendement vise à prévoir que les ressortissants de la Confédération helvétique, au même titre que les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ne soient pas soumis au relevé d'empreintes digitales lorsqu'ils sollicitent la délivrance d'un visa afin de séjourner en France », M. Christian Demuyneck, « Ils feraient mieux d'entrer dans l'Union européenne ! » M. Michel Dreyfus-Schmidt, Sénat, 9 octobre 2003.

⁸² Article quatorze de la loi du 26 novembre 2003.

⁸³ NOR INT 004 0000 6 C.

⁸⁴ NOR INT/D/04/00066/C.

⁸⁵ Du 21 juin 1999.

⁸⁶ Ex : Suisse.

⁸⁷ Article onze de la loi du 26 novembre 2003.

⁸⁸ Décret n°2004-1266 du 25 novembre 2004.

⁸⁹ Cf : Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995.

⁹⁰ Convention n°108 du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

⁹¹ Prévu par les articles 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978.

⁹² Direction des Français à l'étranger et des étrangers en France.

⁹³ Direction centrale de la police aux frontières.

⁹⁴ Annaba (Algérie), Bamako (Mali), Genève (Suisse), Colombo (Sri Lanka), Minsk (Belarus), San Francisco (USA), Shanghai (Chine).

Quant à l'immigration, elle est délibérément encadrée en France. La problématique esquissée par Mme Chemillier-Gendreau reste plus que jamais d'actualité, en France, au sein de l'Union européenne. En ce qui concerne la France, elle obéit aux règles du G5, qui réunit au sein de l'Union européenne, le Royaume-Uni, l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne. En octobre 2003, c'est-à-dire au moment où les procédures d'immigration étaient débattues en France, les ministres de l'intérieur du groupe des Cinq, qui ont adopté une position commune, et plutôt restrictive en termes de liberté, sur les thèmes d'*Europol*, de l'instauration de la biométrie, du contrôle de l'immigration, se déclarent favorables à l'entrée de la biométrie sur les visas⁹⁵. Le groupe des Cinq se prononce pour la technologie de la carte à puce, qui permet déjà de stocker la photographie numérique⁹⁶, les empreintes digitales et qui pourra accueillir la reconnaissance par l'iris de l'œil. Le groupe des cinq est également favorable à un développement de la politique de normalisation de la biométrie, qui est sortie de ses limbes mais demande à croître en raison de sa très grande utilité⁹⁷. Le groupe G5 entend lutter contre le terrorisme et contrôler les flux migratoires, comme cela se pratique aux USA.

Une menace contre les libertés individuelles, en particulier, contre la liberté de circulation, apparaît en filigrane. Le contrôle de l'immigration peut conduire à une certaine forme de profilage, au détriment de certaines nationalités et de certaines religions. Ainsi, un contrôle trop strict de l'immigration peut-il conduire à la fois à une mise en cause de la liberté de circulation et à une discrimination à l'égard de certaines ethnies. Ces tentations, qui se sont inscrites à maintes reprises dans la loi depuis le début du vingt-et-unième siècle, remettent en cause non seulement l'article treize de la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais aussi l'édifice des textes humanitaires, y compris les plus récents, comme la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Il convient d'insister sur le caractère ambigu des textes sécuritaires, qui ne remettent jamais en cause officiellement les textes humanitaires, tout en minant les soubassements de l'édifice.

La biométrie, comme instrument privilégié d'identification, sinon d'authentification⁹⁸, est partie prenante dans cette insidieuse entreprise de démolition des avancées des droits de l'homme. L'équilibre est difficile à maintenir. Il exige une grande vigilance : c'est un pari à relever, comme le souhaitait Mme Chemillier-Gendreau.

C. G.

⁹⁵ Cf : en particulier, visas de *Schengen*.

⁹⁶ Reconnaissance du visage.

⁹⁷ Pour le ministre de l'intérieur allemand, à l'époque, Otto Schily, « *il faut éviter que plusieurs systèmes biométriques différents existent, un système russe, un autre européen ou d'autres* ». Réunion des ministres de l'intérieur du G5, octobre 2003.

⁹⁸ Cf : « De l'authentification biométrique » par Philippe Wolf, *Infosécu*, n°46, octobre 2003.