

Paris, le 31 janvier 2007

À Monsieur le Président de la Section du
contentieux du Conseil d'État
10^e sous-section
1 place du Palais Royal
75100 Paris 01 SP

Requête n° 297888, CIMADE, GISTI, IRIS, LDH c/ Ministère de l'Intérieur

Communication d'un moyen d'ordre public

Requête en annulation visant l'arrêté du ministre de l'intérieur du 30 juillet 2006 relatif à l'informatisation de la procédure d'éloignement par la création d'un traitement de données à caractère personnel au sein du ministère de l'intérieur.

Monsieur le Président,

Par courrier daté du 26 janvier, vous nous avez informés de ce que la décision concernant l'affaire référencée ci-dessus pourrait être fondée sur un moyen d'ordre public qui ne figure pas dans les mémoires et qui serait donc relevé d'office. Ce moyen serait tiré de l'incompétence du ministre de l'intérieur pour créer un traitement portant sur des données biométriques – en l'espèce, la photo d'identité des étrangers en situation irrégulière qui doit être mémorisée dans le fichier ELOI.

Nous présentons ci-dessous nos observations sur ce moyen, comme vous nous y invitez.

En premier lieu, il ne fait aucun doute que, en vertu du 2° de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, un traitement portant sur des données biométriques doit être autorisé par décret en Conseil d'État. La question soulevée est donc de **savoir si la photo d'identité doit être considérée comme une donnée biométrique**. Si la réponse est affirmative, l'incompétence du ministre de l'Intérieur est en effet certaine et l'arrêté encourt l'annulation de ce chef.

I. On pourrait *a priori* faire valoir que la photo n'est pas, *stricto sensu*, une donnée biométrique, que la donnée biométrique n'est pas la photo, mais la mesure des caractéristiques biométriques du visage, comme les distances entre certains points du visage. Dans cette optique, c'est le traitement de reconnaissance faciale qui constituerait un traitement biométrique, et non la donnée – la photographie numérisée – elle-même. L'application Eloi ne pourrait alors être considérée comme un traitement portant sur des données biométriques que dans le cas où un système de reconnaissance faciale serait associé à la mémorisation des photos d'identité.

II. Il est toutefois aisé de réfuter cette thèse, pour les raisons suivantes.

1. En premier lieu, s'il est vrai que pendant longtemps, faute de définition légale de la biométrie, des hésitations étaient permises, *il y a désormais consensus pour considérer l'image faciale - y compris la simple photo d'identité - comme étant un élément biométrique*, qui permet une « reconnaissance faciale », même par simple regard comparatif entre la photo

et la personne. On peut de surcroît, à partir de la photo numérisée, extraire des mesures du visage.

2. Cette photographie numérisée est destinée à être enregistrée dans une base de données, contrairement à ce qui est pratiqué pour le passeport électronique (voir en annexe l'extrait de la délibération de la CNIL) et pour la carte d'identité actuellement en vigueur. Or *la photographie numérisée, enregistrée dans une base de données ou dans une puce électronique, est considérée comme identifiant biométrique* tant dans les documents de l'OACI (Organisation de l'aviation civile internationale, « Recommandations en matière de documents de voyage lisibles en machine », document OACI 9303) et de l'ISO (Organisation internationale de normalisation) que de l'Union européenne.

Le document OACI 9303 est aujourd'hui la référence systématique pour tous les documents de voyages, titres de séjour et visas. La notion de photo d'identité est désormais normalisée : les photos doivent être aux normes OACI pour les passeports, et dans le cadre de l'UE pour les visas, les titres de séjour. Le projet carte identité INES retient lui aussi les normes du document 9303 OACI. Dans ce contexte, l'image faciale est bien considérée et traitée comme un élément biométrique.

On peut se reporter également à la décision de la Commission en date du 28 juin 2006 [C(2006) 2909 final]¹ qui complète le règlement (CE) n° 2252/2004 et prévoit les spécifications techniques afférentes aux normes pour les dispositifs de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres. Cette décision est accompagnée d'une annexe dont le premier point est précisément intitulé : « l'élément biométrique principal - Image de face ».

Aucune hésitation n'est donc permise : l'image faciale est aujourd'hui considérée comme un élément biométrique, que ce soit dans le cadre de l'OACI ou, par voie de conséquence, de l'Union européenne.

3/ Enfin, à supposer même que les photos d'identité contenues dans le fichier Eloi ne donnent pas lieu, en France même, à un traitement de reconnaissance faciale, *ces données sont appelées à être partagées avec d'autres pays* - notamment les signataires du traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale² -, *qui, eux, sont susceptibles de l'utiliser comme une donnée biométrique*.

Loin de constituer une vue de l'esprit, une telle éventualité ne peut être ignorée en l'espèce. Elle a déjà été signalée par la CNIL dans sa délibération n° 2005-279 du 22 novembre 2005 relative au passeport électronique dont l'extrait pertinent est reproduit plus loin. S'agissant de la photographie numérisée, la CNIL fait remarquer que : « le dispositif étant interopérable, la mise en place de tels traitements biométriques est susceptible d'intervenir à l'étranger, sur décision des seules autorités du pays concerné ». On ajoutera qu'un tel risque est encore plus susceptible de se présenter dans le cas du fichier ELOI, puisque la donnée biométrique « image faciale » y sera enregistrée, ce qui n'est pas le cas du fichier national des passeports.

*

¹ Téléchargeable au format PDF à l'adresse : http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/freetravel/documents/doc_freetravel_documents_fr.htm

² Ce traité prévoit notamment en son article 23 des dispositions de soutien mutuel entre les signataires lors de mesures d'éloignement.

Pour cet ensemble de raisons, il apparaît donc aux associations requérantes que **le moyen tiré de l'incompétence du ministre de l'Intérieur est fondé, la photo d'identité étant aujourd'hui considérée par les textes en vigueur comme une donnée biométrique.**

Pour l'ensemble des associations requérantes,

La Présidente du Gisti

Nathalie Ferré

EXTRAIT DE LA DÉLIBÉRATION n° 2005-279 DE LA CNIL SUR LE PASSEPORT ELECTRONIQUE

Sur le traitement de la photographie numérisée du détenteur du passeport

Si la photographie faisait déjà partie des données à caractère personnel traitées dans le cadre du passeport, le projet de décret prévoit qu'elle doit désormais être intégrée sous une forme numérisée, d'une part, dans le titre (à la place de l'actuelle photographie collée) comme c'est déjà le cas pour la carte nationale d'identité et, d'autre part, dans son composant électronique (puce sans contact).

La Commission observe que cette modification du contenu du passeport résulte du règlement européen du 13 décembre 2004 susvisé et a pour but de « mieux sécuriser le passeport, par l'établissement d'un lien plus fiable entre ce titre et son titulaire grâce à l'introduction d'éléments de sécurité communs et à l'intégration d'identificateurs biométriques interopérables ».

Elle prend acte qu'il n'est pas aujourd'hui envisagé que la photographie numérisée du détenteur du passeport soit utilisée sur le territoire national dans le cadre de dispositifs automatisés de reconnaissance faciale et qu'en tout état de cause aucune disposition du projet de décret ne permettrait une telle utilisation.

En revanche, le dispositif étant interopérable, la mise en place de tels traitements biométriques est susceptible d'intervenir à l'étranger, sur décision des seules autorités du pays concerné.

La Commission relève enfin que la photographie du détenteur du titre ne sera pas enregistrée dans le fichier national des passeports : celle-ci sera numérisée par les services préfectoraux ou consulaires avant d'être envoyée au prestataire de service désigné pour la production des passeports, à charge pour ce dernier de détruire les données nécessaires à la confection du titre au plus tard trois mois à compter de la réception de l'ordre de production.