



**00952/13/FR
WP206**

Avis 05/2013 sur les frontières intelligentes

Adopté le 6 juin 2013

Ce groupe de travail a été institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses missions sont définies à l'article 30 de la directive 95/46/CE et à l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

Son secrétariat est assuré par la direction C (Droits fondamentaux et citoyenneté de l'Union) de la direction générale «Justice» de la Commission européenne, B-1049 Bruxelles, Belgique, bureau MO-59 02/013.

Site internet: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_fr.htm

LE GROUPE DE PROTECTION DES PERSONNES A L'EGARD DU TRAITEMENT DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL

institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995,

vu l'article 29, l'article 30, paragraphe 1, point c), ainsi que l'article 30, paragraphe 3, de la directive susmentionnée et son règlement intérieur,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT AVIS

Introduction

Le 28 février 2013, la Commission a présenté des propositions concernant la création d'un système d'entrée/sortie (EES) et d'un programme d'enregistrement des voyageurs (RTP) pour l'espace Schengen, connues sous le nom de paquet «frontières intelligentes». Une proposition visant à apporter au code frontières Schengen certaines modifications nécessaires a également été présentée.

La proposition concernant le système d'entrée/sortie repose sur un système de stockage centralisé des données d'entrée et de sortie relatives aux ressortissants de pays tiers admis dans l'espace Schengen dans le cadre de séjours de courte durée, qu'ils soient tenus ou non de disposer d'un visa Schengen. Au lieu du système consistant à apposer des cachets sur les passeports de ces ressortissants à leur entrée dans l'espace Schengen et à leur sortie de celui-ci, les données relatives à l'identité des visiteurs, de même qu'à la durée et au motif du séjour seront encodées dans le système à l'entrée et seront vérifiées à la sortie, afin de garantir que les ressortissants de pays tiers n'ont pas dépassé la durée de séjour autorisée. Le système étant centralisé, les données EES peuvent être vérifiées quel que soit le point de sortie de l'espace Schengen choisi par les ressortissants de pays tiers. L'objectif premier du système serait de lutter contre le problème du dépassement de la durée de séjour autorisée dans l'espace Schengen par des ressortissants de pays tiers entrés à l'origine pour un séjour de courte durée (maximum 90 jours sur une période de 180 jours) avec un visa en cours de validité ou pour un motif valable. La proposition d'EES concerne un système reposant au départ sur les données à caractère personnel nécessaires à l'identification de personnes (désignées dans le texte uniquement par le terme «données alphanumériques»), les «données biométriques» n'étant introduites qu'après trois ans. Après deux ans, il sera procédé à une évaluation afin de déterminer si les services répressifs et les pays tiers devraient avoir accès au système.

Le RTP propose un programme d'enregistrement des voyageurs pour les voyageurs se rendant fréquemment dans l'espace Schengen, par exemple des hommes d'affaires. Les ressortissants de pays tiers peuvent demander le statut de voyageur enregistré et franchir les frontières plus rapidement. Le RTP reposera sur un registre central contenant des données biométriques et un jeton d'authentification détenu par le voyageur et contenant un identifiant unique.

Le groupe de travail «Article 29» sur la protection des données (ci-après le groupe de travail «Article 29») rappelle les préoccupations qu'il avait exprimées dans sa lettre à la commissaire Malmström au moment de la publication de la communication sur les frontières intelligentes¹. Il émet toujours des réserves au sujet des propositions du point de vue de la protection des données. Le groupe de travail «Article 29» s'inquiète plus particulièrement de savoir si le système d'entrée/sortie satisfait aux critères de nécessité et de proportionnalité indispensables pour justifier ses

¹ Lettre du groupe de travail «Article 29» à la commissaire Malmström sur les frontières intelligentes, 12.6.2012, réf. Ares (2012) 707810 – 13.6.2012.

conséquences sur le droit à la protection des données à caractère personnel prévu à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Le présent avis portera principalement sur le système d'entrée/sortie, tout en mettant également en évidence certaines préoccupations spécifiques relatives à la protection des données en ce qui concerne le programme d'enregistrement des voyageurs. L'objectif premier du présent avis consiste à analyser le système d'entrée/sortie afin de déterminer s'il satisfait ou non aux critères de nécessité et de proportionnalité pour justifier l'intrusion dans la vie privée. La seconde partie de l'avis traitera d'un certain nombre de préoccupations spécifiques à la protection des données dans les deux propositions.

Première partie – Système d'entrée/sortie – Analyse de la nécessité

L'EES créerait essentiellement une nouvelle base de données d'une taille considérable. C'est la raison pour laquelle l'interférence avec le droit au respect de la vie privée doit être justifiée, conformément à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

1. Historique - Objectifs et contexte

Le groupe de travail «Article 29» a déjà admis la nécessité d'une gestion intégrée des frontières extérieures de l'Union européenne et reconnaît que l'amélioration de la gestion des flux migratoires et la prévention de la migration clandestine constituent des objectifs légitimes². Toutefois, la valeur ajoutée d'un EES pour atteindre ces objectifs ne constitue pas un critère suffisant pour prouver la nécessité de l'EES et sa proportionnalité en ce qui concerne ses conséquences sur les droits fondamentaux, y compris la protection des données et de la vie privée. Les ingérences dans la vie privée doivent respecter la condition d'être «nécessaires dans une société démocratique» et la seule valeur ajoutée ne satisfait pas au critère de nécessité dans ce contexte.

La proportionnalité devrait être appréciée au regard de la portée de l'EES. Combien de franchissements de frontières à destination de l'espace Schengen l'EES traitera-t-il effectivement? Selon l'analyse d'impact de la Commission, 73,5 % des franchissements de frontières de l'espace Schengen sont le fait soit de citoyens de l'Union européenne, soit de bénéficiaires de la directive 2004/38/CE³. Les 26,5 % restants se répartissent entre les détenteurs et les non-détenteurs de visa. Il n'est toutefois pas précisé si ces derniers sont des visiteurs de courte durée ni si les titulaires de visas de longue durée ou d'autres titres de séjour, qui ne relèveront pas du champ d'application de l'EES, sont inclus dans ces chiffres. En d'autres termes, l'EES traitera un pourcentage relativement faible (même si cela représente un nombre considérable) de franchissements des frontières. Cela pose la question de savoir si la création d'une base de données aussi vaste est proportionnée à l'importance des problèmes auxquels elle cherche à remédier. En outre, l'Union européenne dispose d'une autre volumineuse base de données, à savoir le système d'information sur les visas (VIS), dont l'un des principaux objectifs est également de lutter contre le phénomène des dépassements de la durée de séjour autorisée. Le considérant 5 du règlement VIS prévoit expressément à cet égard que: «[l]e VIS devrait également aider à l'identification de toute personne qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée, de présence ou de séjour

² Lettre du groupe de travail «Article 29» à la commissaire Malmström sur les frontières intelligentes, 12.6.2012, réf. Ares (2012) 707810 – 13.6.2012.

³ Analyse d'impact accompagnant le document «Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne», SWD (2013)47 final, p. 12.

applicables sur le territoire des États membres». Rien n'est dit dans l'analyse d'impact quant à la raison pour laquelle le VIS ne suffit pas à la réalisation de cet objectif.

L'ampleur du problème du dépassement de la durée de séjour autorisée que l'EES (en complément du VIS) est censé régler devrait également être mentionnée à ce stade. Selon les estimations fournies par le projet Clandestino⁴, le nombre de personnes dépassant la durée de séjour autorisée dans l'Union européenne varie de 1,8 à 3,9 millions. Bien que l'on ne dispose pas de chiffres fiables, il est communément admis que le problème du dépassement de la durée de séjour autorisée est vaste. Fonder une grande base de données sur une preuve aussi fragile est bien sûr problématique. Le groupe de travail «Article 29» tient à faire observer que cela ne justifie pas non plus la création d'une base de données en vue de générer des statistiques visant à justifier sa propre existence.

L'objet et la méthodologie de la présente analyse consistent à se poser la question du caractère approprié, de la nécessité et de la proportionnalité du système d'entrée/sortie, y compris des solutions de rechange possibles. Afin de déterminer si l'EES satisfait ou non au critère de nécessité, il y a lieu tout d'abord d'établir ses objectifs sous-jacents et de les placer dans un contexte stratégique global.

Le fait de placer les objectifs de la proposition dans ce contexte permet d'évaluer la nécessité et la proportionnalité par rapport à trois questions.

- L'EES convient-il pour atteindre un objectif légitime?
- Un EES est-il nécessaire, compte tenu de ses conséquences sur les droits fondamentaux, y compris sur la protection des données et de la vie privée, pour atteindre cet objectif légitime?
- D'autres solutions sont-elles déjà disponibles pour atteindre le même objectif légitime, sans entraîner les mêmes conséquences sur les droits fondamentaux, notamment sur la protection des données et de la vie privée?

1.1 Objectifs de l'EES

Le groupe de travail «Article 29» prend acte du fait que, selon la Commission, l'EES a quatre objectifs:

1) améliorer l'efficacité des contrôles aux frontières de l'espace Schengen – l'actuel système d'apposition de cachets est laborieux et nécessite du temps pour calculer la durée autorisée du séjour de courte durée. Le système d'entrée/sortie supprimera également les problèmes inhérents à l'incohérence, à l'illisibilité et (éventuellement) au risque de falsification des cachets apposés sur les documents de voyage;

2) lutter contre les dépassements de la durée de séjour autorisée sur le territoire Schengen – le système d'entrée/sortie permettra une notification automatique lorsque les ressortissants de pays tiers n'ont pas quitté le territoire Schengen au terme du séjour autorisé. L'actuel système de cachets permet uniquement le calcul de la durée de séjour autorisée sur la base des cachets, c'est-à-dire lors de la vérification aux frontières de l'espace Schengen, ou si les ressortissants de pays tiers entrent en contact avec les autorités d'un État membre pour tout autre motif. Il est impossible de savoir si la durée de séjour a été dépassée si une personne reste discrète. (cela ne concernerait réellement toutefois qu'une minorité de voyageurs si l'on tient compte de toutes les informations déjà enregistrées dans le VIS portant sur les personnes soumises à l'obligation de visa pour les courts séjours ou le transit);

⁴ Ibid, p. 12.

3) élaborer une politique fondée sur des éléments probants – en fournissant des données plus précises sur les entrées dans l'Union européenne, sur le pays d'origine des personnes, ainsi que des chiffres sur les dépassements de la durée de séjour autorisée, le système contribuera à améliorer l'élaboration des politiques en permettant, par exemple, de déterminer les cas pouvant faire l'objet d'accords visant à faciliter la délivrance des visas ou des accords d'exemption de visa;

4) faciliter les retours – le système d'entrée/sortie aura pour conséquence que les migrants en situation irrégulière - dont les données sont enregistrées dans l'EES lors de leur entrée- resteront identifiables à des fins de retour et que ces données compléteront le VIS. Le problème des ressortissants de pays tiers qui détruisent leurs documents de voyage dès leur entrée dans l'espace Schengen sera ainsi résolu.

1.2 Contexte

Les objectifs de l'EES s'inscrivent dans un contexte stratégique. Reconnaître que l'EES intervient en parallèle de la politique de l'Union européenne en matière de migration et de mobilité permet de déterminer s'il peut ou non remplir ses propres objectifs. Le contexte est important dans la mesure où, non seulement il montre les motivations et les problèmes qui ont donné lieu aux propositions, mais il permet également de trouver d'autres solutions pouvant permettre d'atteindre des objectifs similaires. Le principal contexte stratégique est la lutte contre l'immigration clandestine (irrégulière) et la nécessité de promouvoir des politiques de retour efficaces. Un second contexte stratégique est le besoin perçu d'une élaboration des politiques reposant davantage sur des éléments probants en ce qui concerne la lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains, ainsi que la politique de mobilité, pour déterminer pour quels pays et quelles régions l'accès à l'Union européenne peut être ouvert au moyen de la facilitation de la délivrance des visas ou d'exemptions de visa.

Lutte contre l'immigration irrégulière et politique de retour efficace

Il existe, bien sûr, une forte volonté politique de lutter contre l'immigration irrégulière, y compris le dépassement de la durée de séjour autorisée. Le programme de Stockholm⁵ établit les priorités des États membres en matière de lutte contre l'immigration irrégulière et de politique de retour efficace. La création de l'EES est considérée par les États membres comme une priorité en vue de compléter les systèmes existants en matière de gestion intégrée des frontières, dans le respect des règles relatives à la protection des données. La «feuille de route» sur l'immigration irrégulière, adoptée dans le cadre de la présidence danoise et intitulée «L'action de l'UE face à la pression migratoire - Une réponse stratégique»⁶, définit des mêmes priorités.

En matière de lutte contre l'immigration irrégulière, le programme de Stockholm souligne le rôle d'une politique de retour efficace. L'EES devrait également être analysé sous l'angle de la politique de réadmission de l'Union européenne et des problèmes généraux liés à la prise des décisions concernant le retour. En 2010, 226 000 retours ont été réellement exécutés sur 540 000 décisions d'éloignement⁷.

⁵ *Le programme de Stockholm — Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JOUE 2010/C/115/01, points 5.1 et 6.1.6.

⁶ *L'action de l'UE face à la pression migratoire - Une réponse stratégique*, document 8714/12 du Conseil.

⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Frontières intelligentes: options et pistes envisageables, COM(2011) 680 final, p. 4.

Une politique fondée sur des éléments probants

L'un des objectifs de l'EES consiste à fournir des éléments probants en vue de la prise de décisions relatives à la politique de mobilité de l'Union européenne, à savoir à lever l'obligation de visa d'entrée dans l'Union pour nombre accru de pays tiers.

Le VIS fournira des preuves statistiques similaires en ce qui concerne les demandeurs et les titulaires de visas Schengen.

Le rôle que pourrait jouer l'EES dans une telle entreprise doit également être analysé dans le contexte de la méthodologie dont l'Union européenne dispose en vue de prendre de telles décisions, et par comparaison avec cette méthodologie, à savoir l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité (AGMM)⁸. L'AGMM fournit un cadre et des outils opérationnels spécifiques (en particulier le partenariat pour la mobilité) pour nouer un dialogue avec les pays tiers en matière de gestion de l'immigration en ce qui concerne les retours et réadmissions, le renforcement de la capacité à gérer les flux migratoires, la promotion de canaux spécifiques de migration régulière ou l'évaluation de la candidature potentielle d'un pays tiers en ce qui concerne l'amélioration des possibilités de mobilité vers l'Union européenne.

2 – Le critère de nécessité

Question 1 – L'EES convient-il pour atteindre ses objectifs légitimes?

2.1 – Objectif: rendre le franchissement des frontières plus efficace

La Commission a soutenu que l'EES rendra les franchissements de frontières plus efficaces en remplaçant le contrôle de nombreux cachets différents par des inscriptions cohérentes dans une base de données. Cela ne sera toutefois le cas que lorsque des données sur la personne ne sont pas stockées dans le SIS ni dans le VIS, deux bases de données qui sont normalement et aisément accessibles aux gardes-frontières effectuant les contrôles aux frontières. On peut donc se demander dans quelle mesure ce système diminuera l'attente, notamment lors du premier franchissement d'une frontière Schengen, puisque le garde-frontière sera tenu d'introduire de nombreuses données dans le système.

L'EES est censé proposer une méthode cohérente de calcul des séjours de courte durée, au lieu du calcul à partir de différents cachets d'entrée. Les données cohérentes introduites dans l'EES ne laisseront plus de place au doute qui existe face à la multitude de cachets d'entrée différents, parfois illisibles, et permettra de résoudre le problème des cachets falsifiés. On est toutefois en droit de se demander pourquoi le VIS ne pourrait être plus utilisé à cette fin. Il va de soi que l'utilité de disposer d'entrées cohérentes et centralisées dépendrait de la qualité des données, à savoir de l'exactitude des données introduites dans le système au départ, et de la suppression adéquate des données à la fin de la période de conservation ou en fonction de tout changement de la situation du voyageur.

2.2 – Objectif: lutter contre le dépassement de la durée de séjour autorisée

i. Nécessité de disposer de contrôles efficaces à la sortie pour lutter contre les notifications erronées de dépassement de la durée de séjour autorisée

⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Approche globale de la question des migrations et de la mobilité*, COM(2011) 743 final.

Le groupe de travail «Article 29» fait valoir que le système d'entrée/sortie doit disposer d'un dispositif opérationnel à la sortie afin de pouvoir lutter efficacement contre les dépassements de la durée de séjour autorisée. Si les contrôles à la sortie ne sont pas enregistrés de manière complète et précise, certains voyageurs pourraient se voir attribuer à tort des notifications erronées de dépassement de la durée de séjour autorisée dans le système. Les frontières terrestres seraient particulièrement concernées, dans la mesure où les volumes et les différents types de transport utilisés pourraient rendre les contrôles à la sortie problématiques. Le programme de Stockholm indique que la mise en œuvre d'un EES «aux frontières terrestres mérite une attention particulière et il conviendrait d'analyser ses conséquences en termes d'infrastructures et de files d'attente aux frontières avant sa mise en œuvre»⁹, ce qui témoigne d'une prise de conscience d'une part que la création d'un système pleinement opérationnel aux frontières terrestres est déterminante pour que le système fonctionne et d'autre part que la mise au point d'un tel système peut s'avérer extrêmement complexe.

Le groupe de travail «Article 29» fait observer qu'il ne semble pas exister au niveau international d'exemple de système de sortie comparable appliqué à une frontière terrestre. Dans son analyse d'impact, la Commission souligne les problèmes rencontrés dans le cadre de la mise en œuvre du volet «sortie» du programme US VISIT et note que le département américain de la sécurité intérieure (DHS) a constaté qu'il faudrait encore plusieurs années pour mettre la technologie en œuvre, et ce en raison des coûts élevés, des effectifs nécessaires et du grand nombre de moyens de quitter les États-Unis, en particulier par ses frontières terrestres¹⁰. La Commission réfute ce fait dans son analyse d'impact en affirmant que de tels problèmes de mise en œuvre ne s'appliquent pas à l'espace Schengen étant donné qu'il existe une architecture complète et totalement développée, de même que suffisamment de ressources humaines à tous les points de franchissement des frontières, dans les deux sens¹¹. Cette affirmation contredit les inquiétudes précédemment exprimées dans le programme de Stockholm, et il semble que la Commission ne dispose d'aucune preuve opérationnelle réelle d'un système de sortie de dimension et de structure comparables, fonctionnant de manière efficace à une frontière terrestre.

ii. Ampleur du problème de dépassement de la durée de séjour autorisée

Il convient également de remettre en question l'ampleur réelle du problème de dépassement de la durée de séjour autorisée que l'EES est censé combattre.

L'analyse d'impact note qu'il est généralement accepté¹² que le plus grand risque de dépassement de la durée de séjour autorisée provient de personnes admises légalement pour des séjours de courte durée. Il y a lieu de faire remarquer, dans le cadre de la lutte contre le dépassement de la durée de séjour autorisée, que toutes les informations relatives au statut du visa, de même que les empreintes digitales et autres informations prévues par le règlement VIS et le code frontières concernant les ressortissants soumis à l'obligation de visa sont déjà incluses dans le VIS et que la consultation du VIS est une pratique normale pour les gardes-frontières et pour de nombreuses autres autorités (autorité en matière d'immigration et d'asile et autorités chargées du contrôle des étrangers sur le territoire).

⁹ Programme de Stockholm, JOUE 2010/C/115/01, point 5.1, C/115/27.

¹⁰ Analyse d'impact accompagnant le document «Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne», SWD (2013)47 final, p. 14.

¹¹ Ibid., p. 15.

¹² Ibid., p. 13.

Certes l'EES ne peut, par définition, réguler que le séjour de courte durée. Mais les visiteurs effectuant un séjour de courte durée sont-ils les seuls ressortissants de pays tiers à franchir les frontières de l'espace Schengen? De toute évidence, non, et c'est la raison pour laquelle la proposition exclut de son champ d'application les ressortissants de pays tiers qui sont bénéficiaires de la directive 2004/38/CE et qui sont titulaires du titre de séjour adéquat, ainsi que les détenteurs de titres de séjour qui sont exemptés en vertu de l'article 2, point 15, du code frontières Schengen.

Quant aux personnes admises pour des séjours de longue durée, ne posent-elles réellement aucun risque de dépassement de la durée de séjour autorisée? Supposer de manière générale que les migrants de «grande valeur», tels que les détenteurs d'une carte bleue ou les chercheurs, ne posent aucun risque en matière d'immigration est hasardeux. Les étudiants constituent également une catégorie de voyageurs de longue durée et ils sont souvent considérés comme posant un risque en matière de dépassement de la durée de séjour autorisée.

Le dépassement de cette durée peut également résulter d'un abus de droits dérivés prévus par la directive 2004/38/CE. Les ressortissants de pays tiers qui perdent leur droit aux droits dérivés du fait, par exemple, d'une rupture de leur relation avec un ressortissant de l'Union européenne après une courte période ne peuvent être réellement suivis que s'ils remettent leur titre de séjour.

Le groupe de travail «Article 29» ne souhaite pas défendre l'idée que ces catégories de ressortissants de pays tiers devraient également être suivies au moyen d'une base de données à grande échelle! L'objectif de ces exemples est de démontrer que le problème du dépassement de la durée de séjour autorisée est peut-être plus vaste que ce que l'EES pourra jamais prétendre résoudre. L'EES ne constitue qu'un seul élément pour tenter de lutter contre l'ensemble de la problématique du dépassement de la durée de séjour autorisée.

iii. La détection des dépassements de la durée de séjour autorisée ne suffit pas à résoudre le problème

Le groupe de travail «Article 29» tient également à souligner que la détection du dépassement de la durée de séjour autorisée ne constitue pas une fin en soi. L'EES ne peut à lui seul lutter contre le dépassement de la durée de séjour autorisée. La probabilité accrue d'être appréhendées peut dissuader les personnes qui dépassent délibérément la durée de séjour autorisée, mais elle est affaiblie par l'absence de mesures d'accompagnement à cet effet. Les notifications de dépassement de la durée de séjour autorisée dans l'EES risquent de très probablement d'affecter dans une mesure disproportionnée des voyageurs innocents – au niveau, par exemple, des périodes de conservation ou de la nécessité d'effacer les données, comme mentionné dans la deuxième partie du présent avis.

2.3 Objectif: favoriser les retours effectifs

L'EES permettra de faciliter l'identification des migrants ne disposant d'aucun document, qui détruisent leurs documents de voyage, et qui ne sont pas identifiables au moyen du VIS. Cela soulève deux questions. Premièrement, dans quelle mesure l'EES contribuera-t-il à la vérification des identités, alors que le VIS est déjà en place pour remplir cette fonction en ce qui concerne les détenteurs de visa Schengen? L'EES contribuera à la vérification de l'identité des migrants ne disposant d'aucun document et exemptés de l'obligation de visa. Étant donné que les pays bénéficiant d'un régime d'exemption de visa sont considérés comme présentant un risque d'immigration moindre, la question se pose de savoir quel sera le nombre d'entrées EES réellement nécessaire en vue de vérifier l'identité des personnes devant éventuellement être éloignées.

L'EES ne peut lutter que contre une petite partie du problème de la réadmission en ce sens qu'il contribue aux vérifications d'identité. Rien ne garantit qu'une personne dont l'identité a été vérifiée sera vraiment réadmise par le pays tiers¹³. On ne dispose que de peu de données fiables sur le nombre de retours opérés dans le cadre des accords de réadmission de l'Union européenne. L'étude réalisée par la Commission en vue de l'évaluation des accords de réadmission a fait état d'un taux de reconnaissance des demandes de réadmission des ressortissants d'un pays variant de 50 % à 80 %. Toutefois, le rapport constate que les données ne permettent pas de tirer des conclusions fiables au sujet des retours effectifs¹⁴. S'il existe un écart entre le taux de reconnaissance et les retours effectifs dans le cadre des accords de réadmission conclus par l'Union européenne, on peut imaginer que la situation peut être bien plus appropriée lorsqu'il s'agit d'accords bilatéraux. Comme mentionné précédemment dans le présent avis, il existe au sein de l'Union un écart considérable entre les décisions d'éloignement et les retours effectués. Comme le groupe de travail «Article 29» l'a déjà mentionné dans sa lettre relative à la Communication sur les frontières intelligentes, cet écart semble indiquer un problème général davantage lié au retour effectif des immigrants illégaux (y compris des personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée) qu'à leur identification préalable. Même si on tient compte du fait que certains retours ne peuvent être effectués pour des motifs de *non-refoulement* ou d'autres raisons liées aux droits de l'homme, le fossé est trop important pour être imputé totalement à un problème de vérification d'identité. La prudence est de mise si l'on considère que l'EES pourrait constituer la solution au problème du retour des personnes non identifiées ayant dépassé la durée de séjour autorisée.

2.4 Objectif: disposer de meilleures informations en vue de l'élaboration d'une politique fondée sur des données probantes

Un certain nombre de données utiles émergeront sur les flux migratoires, mais des données similaires relatives aux ressortissants soumis à l'obligation de visa pourront également figurer dans le VIS.

Question 2 - Un EES est-il nécessaire, compte tenu de ses conséquences sur les droits fondamentaux, y compris sur la protection des données et de la vie privée, pour atteindre ses objectifs légitimes?

L'analyse effectuée dans le cadre de la question 1 soulève la question de savoir si l'EES peut être suffisamment efficace pour réaliser ses propres objectifs, comme escompté. Mais même à admettre que l'EES puisse apporter une valeur ajoutée significative, la question juridique se pose de savoir si celle-ci peut justifier l'atteinte au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le groupe de travail «Article 29» est fermement d'avis que la valeur ajoutée de l'EES pour atteindre ses propres objectifs ne satisfait pas au principe de nécessité qui peut justifier l'atteinte aux droits visés à l'article 8 de la Charte. Le groupe de travail «Article 29» considère que la valeur ajoutée de l'EES n'est pas proportionnée à ses conséquences sur les droits fondamentaux, et ce au regard de chacun de ses objectifs tels que repris ci-après.

Franchissement plus efficace des frontières: la cohérence des données relatives aux entrées/sorties offre une valeur ajoutée, mais elle dépend de la qualité des données introduites dans le système. Une base de données contenant des données de piètre qualité entraîne un risque élevé de sanctions disproportionnées à l'égard de voyageurs innocents. De plus, il est de toute évidence exagéré de créer une grande base de données à caractère personnel dans le but de réduire l'attente aux frontières.

¹³ Noté par le comité Meijers dans son avis sur les frontières intelligentes, réf.: CM1307, p. 2.

¹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil Évaluation des accords de réadmission conclus par l'UE, COM (2011) 76 final, p. 5.

Le coût de l'EES, soit 183 millions d'euros de frais de développement et 88 millions d'euros de frais opérationnels annuels (en plus des frais de fonctionnement d'autres systèmes tels que le SIS II et le VIS), est un facteur qui doit également être pris en considération lorsque l'on examine les avantages d'un franchissement plus rapide des frontières. Un tel investissement offre-t-il réellement un rapport coût/efficacité intéressant?

Possibilité de lutter contre le dépassement de la durée de séjour autorisée: le fait que l'EES facilitera la prise de conscience de l'existence de personnes dépassant la durée de séjour autorisée dans l'espace Schengen apporte une certaine valeur ajoutée. Mais cette valeur ajoutée est nettement diminuée par le fait que l'EES n'est pas apte à maîtriser l'ensemble du problème, d'autant plus que la simple détection du dépassement de la durée de séjour autorisée ne constitue pas un moyen d'appréhender les personnes concernées. La création de cet outil supplémentaire à elle seule ne suffira pas à satisfaire au principe de nécessité.

Le groupe de travail «Article 29» exprime également de sérieuses préoccupations quant au risque d'interdictions d'entrée erronées ou disproportionnées à la suite de notifications de dépassement émises par l'EES. Nous saluons le fait que la Commission a reconnu, dans l'analyse d'impact, que si le système d'entrée/sortie notifie un dépassement, cette indication ne doit pas automatiquement entraîner la rétention, l'éloignement ou une sanction pour le ressortissant d'un pays tiers¹⁵. Le groupe de travail «Article 29» souligne qu'une interdiction d'entrée ou une décision d'éloignement doit toujours faire l'objet d'une évaluation au cas par cas de toutes les circonstances et qu'un recours effectif doit être possible.

Vérification de l'identité de migrants ne disposant d'aucun document et contribution au retour effectif: les données que l'EES mettra à disposition pour identifier les migrants ne disposant d'aucun document présentent une certaine valeur ajoutée, mais celle-ci est sensiblement diminuée par le fait que des données similaires disponibles dans le VIS sont susceptibles de cibler un plus grand nombre de personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée et par le fait que la vérification de l'identité ne constitue pas en soi un moyen de retour effectif.

Élaboration d'une politique fondée sur des éléments probants: le groupe de travail «Article 29» estime qu'il est disproportionné de justifier la création d'une vaste base de données à caractère personnel par le fait que l'un de ses objectifs est de créer de meilleures statistiques en vue de l'élaboration d'une politique. Ce point de vue est corroboré par le fait que de nombreuses données similaires seront disponibles dans le VIS, et que l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité fournit d'autres possibilités en vue de l'élaboration d'une politique reposant sur des choix éclairés dans ce domaine.

Accès des services répressifs et des pays tiers: le groupe de travail «Article 29» fait observer que l'accès des services répressifs fera l'objet d'une évaluation après deux ans. Une telle évaluation requiert manifestement une nouvelle analyse d'impact tenant compte des principes de nécessité et de proportionnalité. Il est cependant inquiétant de constater que la proposition considère d'emblée que l'accès à des fins répressives va de soi, en se préparant d'un point de vue technique à prévoir l'accès à des fins répressives (considérant 11). Si l'accès à des fins répressives est considéré comme allant de soi d'emblée, le niveau d'intrusion n'en sera que plus grand. Le groupe de travail «Article 29» souhaite rappeler son objection de principe à un accès systématique à des fins répressives à une base de données administratives contenant les données à caractère personnel de voyageurs innocents.

¹⁵ Analyse d'impact accompagnant le document «Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne», SWD (2013) 47 final, p. 19.

Le fait que la proposition de la Commission introduise dès le départ l'obligation d'inclure dix empreintes digitales illustre de même clairement l'intention de permettre en fin de compte un accès à des fins de répression. Un maximum de quatre empreintes digitales (deux de chaque main, comme pour le passeport électronique utilisé en Europe) serait suffisant pour identifier un ressortissant de pays tiers à la frontière, dans le cas d'une entrée ou d'une sortie, ou pour vérifier l'identité d'une personne sur la voie publique, en cas de soupçon d'un dépassement de la durée de séjour autorisée. La proposition de la Commission ne satisfait dès lors pas aux exigences de réduction au minimum des données et de respect de la vie privée dès la conception, principes qui sont défendus par la Commission elle-même dans le cadre de la réforme en cours de la protection des données. La seule raison concevable de collecter et de conserver d'emblée dix empreintes digitales des ressortissants de pays tiers est la mise au point d'une base de données adaptée à la recherche d'empreintes digitales à des fins d'identification lorsque le ressortissant d'un pays tiers n'est pas physiquement disponible, à savoir à des fins de répression.

Question 3 – D'autres solutions sont-elles déjà disponibles pour atteindre les mêmes objectifs légitimes, sans entraîner les mêmes conséquences sur les droits fondamentaux, notamment sur la protection des données et de la vie privée?

Le point de vue selon lequel l'EES ne peut satisfaire au principe de nécessité est corroboré par le fait qu'il existe d'autres solutions pour atteindre ses objectifs fixés. La section du présent avis consacrée au contexte stratégique montre que l'EES ne peut constituer qu'un outil parmi toute une série d'approches de lutte contre l'immigration irrégulière.

Dans son analyse d'impact, la Commission effectue le constat suivant: aucune autre initiative visant à lutter contre l'immigration clandestine n'est pertinente ni pour réduire le nombre des personnes dépassant la durée de séjour autorisée ni pour améliorer les possibilités de les identifier ou de les repérer¹⁶. Ce constat fait directement référence au document du Conseil intitulé «L'action de l'UE face à la pression migratoire - Une réponse stratégique», mais doit, même dans ce contexte étroit, être contesté **en tant que** point de vue politique.

L'EES permettra de détecter certains dépassements de la durée de séjour autorisée, mais pas de lutter contre ses causes sous-jacentes. À lui seul, il n'est pas en mesure de réduire le nombre des personnes dépassant la durée de séjour autorisée. Tout au plus peut-il exercer un léger effet dissuasif. Il existe déjà des outils qui contribuent à lutter contre les dépassements de la durée de séjour autorisée de manière globale.

La directive sur la sanction des employeurs¹⁷ en est un exemple. Il est reconnu que l'emploi illégal est un facteur favorisant l'immigration clandestine, et les personnes qui dépassent la durée de séjour autorisée sont inévitablement employées illégalement étant donné qu'elles n'ont pas de statut juridique. Cette directive prévoit un mécanisme de lutte contre le secteur de l'emploi illégal, de même qu'elle fournit aux États membres un cadre en vue de procéder à des inspections auprès des employeurs soupçonnés d'employer des immigrants illégaux, et offre donc une possibilité d'appréhender les personnes qui ont dépassé la durée de séjour autorisée.

Les efforts visant à améliorer les itinéraires migratoires réguliers vers l'Union européenne constituent également une solution pour dissuader les dépassements de la durée de séjour autorisée.

¹⁶ Ibid., p. 21.

¹⁷ Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE L/168/24.

Les outils d'information et de sensibilisation tels que le portail sur l'immigration aident les migrants potentiels à comprendre les possibilités et les difficultés réelles de l'immigration à destination de l'Union européenne et peuvent offrir d'autres solutions que le choix du dépassement de la durée de séjour autorisée. La promotion des projets de retour volontaire et de réintégration offre une option réaliste aux personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée désireuses de rentrer chez elles. Toutes ces initiatives stratégiques s'intéressent à la situation globale au-delà du dépassement de la durée de séjour autorisée et fonctionnent en l'absence d'EES.

Le groupe de travail «Article 29» considère que l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité fournit un cadre politique et des outils pratiques pour atteindre certains des objectifs déclarés de l'EES, notamment la nécessité d'une politique fondée sur des éléments probants. Il est possible d'élaborer une telle politique en utilisant les priorités géographiques et les outils de l'AGMM. Comment les données d'un EES pourront-elles influencer l'élaboration des politiques, alors qu'il a déjà été décidé à un niveau politique de concentrer les efforts de partenariat principalement sur les pays du voisinage européen, grâce au partenariat pour la mobilité, tout en gardant un œil attentif sur des pays prioritaires plus éloignés, en utilisant l'outil du programme commun pour les migrations et la mobilité? L'AGMM offre également l'occasion de procéder à une évaluation beaucoup plus approfondie de l'aptitude et de la volonté d'un pays à assumer les responsabilités liées à un régime d'exemption de visa, grâce à l'expérience opérationnelle acquise dans le cadre des partenariats pour la mobilité ou à des dialogues politiques dans le cadre de cette approche.

Le groupe de travail «Article 29» est d'avis qu'il existe des solutions bien plus intéressantes permettant à la fois de réduire les dépassements de durée de séjour autorisée, de mettre au point la politique de libéralisation des visas de l'Union européenne et d'assurer le suivi des voyageurs dans un EES. Il semblerait en particulier qu'une partie significative des problèmes relevés ait déjà été abordée par le VIS. Les solutions existantes telles que le VIS ne sont dès lors pas pleinement exploitées.

Le groupe de travail «Article 29» reconnaît que ces solutions, prises individuellement, ne permettent peut-être pas de résoudre l'ensemble du problème. Toutefois, il estime qu'à la lumière de l'analyse faite ci-dessus, l'EES ne constitue pas une réponse proportionnée ou légitime pour atteindre les objectifs définis.

Deuxième partie – Préoccupations spécifiques liées à la protection des données dans l'EES et le RTP

Introduction de la biométrie

L'introduction de la biométrie après trois ans fait partie de la proposition d'EES et ne fait l'objet d'aucune réévaluation après une certaine période. Il est décevant que l'introduction des données biométriques ne soit pas sujette à une évaluation. Comme nous l'avons déjà signalé dans notre lettre à la commissaire Malmström, le groupe de travail «Article 29» considère que les données biométriques ne devraient être introduites qu'après une évaluation du système après quelques années de fonctionnement. Cette évaluation fournirait une base factuelle pour déterminer si les objectifs pourraient également être atteints sans la collecte de données biométriques.

Article 20 - Période de conservation

Le groupe de travail «Article 29» insiste sur le fait que les données devraient être conservées tant qu'elles sont nécessaires à des fins légitimes. Les données introduites dans l'EES sont donc

généralement conservées pendant six mois, la période maximale pendant laquelle un ressortissant de pays tiers peut entrer sur le territoire Schengen pour un séjour de courte durée de maximum 90 jours. En ce qui concerne les personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée, la période de conservation est de cinq ans. Il n'existe aucune preuve de la nécessité de cette extension de la période de conservation. Une période de conservation générale de cinq ans pour les personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée est disproportionnée.

Article 21 – Disposition relative à l'effacement des données

Cette disposition prévoit qu'il appartient à la personne concernée d'apporter la preuve que des données ou une alerte de dépassement doivent être effacés de l'EES, lorsque cette personne acquiert un droit légal de séjour, si elle a été contrainte de dépasser la durée de séjour autorisée en raison d'un événement imprévisible, ou encore si les données sont incorrectes. En particulier, si la personne acquiert le droit légal de séjourner dans le respect des conditions d'un autre système national, d'une autre directive européenne ou de la directive 2004/38/CE, il se peut que la personne concernée ne doive pas demander l'effacement des données de l'EES. Ce changement de circonstances pourrait se produire fréquemment et entraîner des problèmes importants d'alertes erronées. Il est recommandé de prévoir un mécanisme d'information de la personne concernée au sujet de cette exigence au moment où cette personne reçoit l'autorisation légale de séjourner dans l'État membre. Il faudrait inclure un considérant dans la proposition afin d'attirer l'attention des États membres sur ce point.

Cela pourrait poser un problème très important pour les ressortissants de pays tiers qui demandent un permis de séjour au titre de la directive 2004/38/CE. Ces personnes doivent actuellement faire apposer sur leur passeport un cachet conformément au code frontières Schengen, en attendant de recevoir leur titre de séjour conformément à la directive. Il s'ensuit que ces ressortissants de pays tiers seront enregistrés dans l'EES sur la même base, mais avec des conséquences possibles (en ce qui concerne les implications d'une notification erronée de dépassement de la durée de séjour autorisée et la période de conservation de cinq ans) allant bien au-delà de l'apposition de cachets sur leur passeport. Si leur demande de titre de séjour est acceptée par la suite, les données de l'EES doivent être effacées et c'est aux ressortissants de pays tiers qu'il reviendra d'introduire une demande à cette fin. Étant donné que, comme la Commission le reconnaît déjà, les bénéficiaires de la directive 2004/38/CE disposent d'un statut spécial qui doit être protégé¹⁸, le groupe de travail «Article 29» souhaite tout particulièrement attirer l'attention sur le risque que les notifications erronées de dépassement de la durée de séjour autorisée, aient des conséquences disproportionnées sur ce groupe de personnes.

Article 27 – Transfert de données aux pays tiers dans le cadre de la réadmission

Le comité Meijers a déjà exprimé sa préoccupation quant à l'important pouvoir discrétionnaire laissé aux autorités nationales des États membres en ce qui concerne le transfert de données à caractère personnel de l'EES vers des pays tiers¹⁹ dans le cadre de la réadmission visée à l'article 27 de la proposition. L'un des motifs de transfert est l'article 26, paragraphe 1, point d), de la directive 95/46/CE. La question peut être posée de savoir si le retour d'une personne qui a dépassé la

¹⁸ Analyse d'impact accompagnant le document «Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système d'entrée/sortie pour l'enregistrement des entrées et sorties des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne», SWD (2013) 47 final, p. 19 – Les mesures protégeant les droits des voyageurs, y compris le droit à un recours effectif, doivent également tenir compte de la position privilégiée des membres de la famille non-ressortissants de l'UE de citoyens de l'Union européenne dont le droit d'entrée et de séjour dépend du droit du citoyen de l'Union concerné conformément à la directive 2004/38/CE.

¹⁹ Avis du comité Meijers sur les propositions relatives aux frontières intelligentes, CM 1307, p. 4.

durée de séjour autorisée est «nécessaire [...] pour la sauvegarde d'un intérêt public important» et si le transfert de données de l'EES est proportionné à l'objectif à atteindre. Une plus grande clarté est nécessaire quant aux garanties mises en place lorsque des données sont transférées à des pays tiers dont les normes en matière de protection des données sont clairement inadéquates. Il est à noter que la Commission reconnaît, dans sa déclaration à inscrire au procès-verbal du Conseil adoptant les conclusions du Conseil relatives à la réadmission, que «les accords de réadmission de l'UE doivent être mis en œuvre conformément à [la Charte des droits fondamentaux]»²⁰. Quelles sont les garanties que les autorités d'un État membre respecteront cette règle?

Une disposition similaire est prévue à l'article 31 du règlement VIS. Il serait souhaitable d'attendre de disposer d'éléments probants quant à la manière dont le système fonctionnera dans la pratique.

Garanties spécifiques

Le groupe de travail «Article 29» note qu'aucune garantie spécifique n'a été exigée alors que cela est de toute évidence nécessaire: l'architecture de l'EES prévoit à l'article 19 l'accès de tous les utilisateurs à la base de données centrale contenant les données de tous les ressortissants de pays tiers admis dans l'espace Schengen dans le cadre d'un séjour de courte durée, alors que le principe du besoin d'en connaître, s'il était appliqué, imposerait comme condition à l'autorisation de consulter les données à caractère personnel d'un individu dans l'EES, soit la mention de la personne concernée dans la liste de toutes les personnes ayant dépassé la durée de séjour autorisée (article 10, paragraphe 2), soit le contact direct de l'autorité avec un ressortissant d'un pays tiers admis dans l'espace Schengen pour un séjour de courte durée. Le groupe de travail «Article 29» estime que, compte tenu soit des ressources disponibles des autorités de contrôle (articles 37 et 38), soit de la possibilité réelle de contrôler les relevés établis conformément à l'article 30, des dispositions relatives à des garanties spécifiques en matière de protection des données devraient être introduites tant pour l'EES que pour le RTP.

Définitions

Le groupe de travail «Article 29» s'interroge sur les définitions suivantes incluses dans la proposition d'EES.

Une personne ayant dépassé la durée de séjour autorisée est définie comme «tout ressortissant d'un pays tiers qui ne remplit pas, ou ne remplit plus, les conditions tenant à la durée d'un court séjour sur le territoire des États membres». L'expression «ne remplit pas» peut être interprétée comme se rapportant à un migrant en situation irrégulière plutôt qu'à une personne ayant dépassé la durée de séjour autorisée. Une personne ayant dépassé la durée de séjour autorisée devrait être définie comme une personne «qui ne remplit plus les conditions tenant à la durée d'un court séjour sur le territoire des États membres».

Les données biométriques sont définies comme étant les empreintes digitales.

Les définitions de l'identification (contrôle par comparaison de plusieurs échantillons) et de la vérification (contrôle par comparaison de deux échantillons) n'ont de sens que si elles sont liées à une recherche utilisant les empreintes digitales (ou les données biométriques en général).

La définition des données alphanumériques doit préciser clairement, au moins dans un considérant, que les données alphanumériques visées à l'article 11 constituent des données à caractère personnel,

²⁰ Document 11260/11 du Conseil, annexe II.

dans la mesure où elles contiennent des informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (la personne concernée) et que la définition de l'article 2, point a), de la directive 95/46/UE s'applique, avec toutes les conséquences nécessaires en ce qui concerne la légalité du traitement de ces données. De plus, il est suggéré d'inclure les termes «ou dans d'autres systèmes tels que le VIS ou le SIS», après les termes «dans l'EES» à la première ligne de l'article 12.

Programme d'enregistrement des voyageurs

Le groupe de travail «Article 29» est préoccupé par la création d'une autre base de données biométriques centrale. Il considère qu'il serait préférable de n'utiliser qu'un système fondé sur les données biométriques des passeports, de manière à éviter une base de données supplémentaire.

Il est probable que les citoyens européens soient aussi inclus dans cette base de données, et ce parce que la participation à des systèmes de RTP dans les pays tiers requiert, du moins actuellement, la participation à des systèmes nationaux, comme Global Entry aux États-Unis. Une base de données biométriques des voyageurs européens serait ainsi créée.

Risques de discrimination

Il convient de veiller à garantir que des critères d'examen transparents soient utilisés pour évaluer les voyageurs présentant un «faible risque» dans le cadre du RTP. Il y a lieu d'éviter tout risque de discrimination lors de l'établissement de distinctions entre voyageurs à «faible risque» et voyageurs à «risque élevé» (qui seraient donc, d'une certaine manière, considérés comme coupables sans preuve).

Conclusion

Le présent avis pose la question de la capacité réelle de l'EES à atteindre efficacement les objectifs qu'il s'est fixés. Néanmoins, même à admettre que l'EES apporte une valeur ajoutée significative, la conclusion est que la valeur ajoutée de l'EES pour la réalisation des objectifs qu'il s'est fixés ne satisfait pas au principe de nécessité qui peut justifier une atteinte aux droits prévus à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De plus, nous estimons que la valeur ajoutée de l'EES n'est pas proportionnelle à l'ampleur de ses conséquences sur les droits fondamentaux eu égard à chacun de ses objectifs, et que d'autres solutions peuvent permettre d'atteindre ses objectifs.

Fait à Bruxelles, le 6 juin 2013

*Pour le groupe de travail
Le président
Jacob KOHNSTAMM*