

I. Edito

Le nouveau « *Entry-Exit System* », la saga Big Brother continue...

Un nouveau règlement européen prévoit la mise en place d'un « Entry-Exit System » qui permet d'enregistrer dans une base de données commune des informations et données biométriques relatives aux touristes non européens qui franchissent les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne. L'accès à ces données aurait pour but de faciliter la prise de décision en matière d'éloignement et de visa Schengen mais également de lutter contre la fraude à l'identité, le terrorisme et d'autres infractions pénales graves. L'efficacité de ce système est cependant loin d'être garantie et ne justifie en aucun cas l'atteinte aux droits fondamentaux que sa mise en œuvre implique.

Le 30 novembre 2017, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté un règlement européen instaurant un « système d'entrée/de sortie » (*Entry-Exit System* – ci-après, EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée des ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres de l'Union européenne¹.

Ce nouveau système EES a plusieurs objectifs : optimiser le contrôle aux frontières extérieures de l'espace Schengen², calculer automatiquement la durée de séjour autorisé des ressortissants de pays tiers admis pour un court séjour³, aider à l'identification de ceux qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée et de court séjour, lutter contre la fraude à l'identité et recueillir des statistiques⁴. En outre, il entend renforcer la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et autres formes graves de criminalité en accordant aux autorités répressives des États membres et à Europol l'accès à l'historique des déplacements des ressortissants de pays tiers⁵.

Nouvelle base de données européenne

Le règlement prévoit pour ce faire la création d'une nouvelle base de données électronique reprenant plusieurs informations relatives à tout étranger non européen rejoignant ou quittant le territoire Schengen dans le cadre d'un court séjour⁶. Après le SIS II⁷, le VIS⁸ et Eurodac⁹, ce système informatique à grande échelle est le quatrième du genre dans le cadre du contrôle des frontières de l'Union européenne¹⁰.

1 Règlement (UE) n° 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les Règlements (CE) n° 767/2008 et (UE) n° 1077/2011, *JOUE*, 9.12.2017, L 327, p. 20. Ci-après, « Règlement EES ».

2 Les frontières extérieures peuvent être définies comme étant les frontières terrestres des États membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, et les frontières maritimes, qui ne sont pas communes aux États membres, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres, pour les vols et liaisons avec arrivée, départ ou escale sur le territoire d'un pays tiers. Voyez l'article 2, point 2), du Règlement (UE) n° 2016/399 (ci-après, « code frontières Schengen »).

3 Le court séjour est un séjour sur le territoire des États membres d'une durée n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours conformément à l'article 6, paragraphe 1, du code frontières Schengen (art. 3, §8 du Règlement EES).

4 Art. 6, §1^{er} du Règlement EES.

5 Art. 6, §2 du Règlement EES. Initialement présenté comme secondaire dans la proposition de Règlement de la Commission, cet objectif a vite été repris au premier plan.

6 Des exceptions sont prévues pour les catégories de personnes suivantes: 1) les ressortissants de pays tiers titulaires d'une carte de séjour qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union ou d'un ressortissant de pays tiers qui jouit du droit à la libre circulation, même si ces personnes n'accompagnent pas ou ne rejoignent pas le citoyen de l'Union ou le ressortissant de pays tiers en question ; 2) les titulaires d'un titre de séjour ou d'un visa de long séjour ; 3) les ressortissants des principautés d'Andorre, de Monaco et de San Marin ; 4) les ressortissants de pays tiers qui sont exemptés de vérifications aux frontières ou de l'obligation de franchir les frontières extérieures uniquement aux points de passages frontaliers ou durant les heures d'ouverture fixées, ainsi que les ressortissants de pays tiers qui bénéficient de mesures facilitant le franchissement de la frontière ; 5) les titulaires d'un permis de franchissement local de la frontière. Les informations sont conservées pour une durée variant de un à cinq ans (Art. 34 du Règlement EES).

7 Système d'information Schengen. Cette base de données contient des informations sur des objets volés, des personnes recherchées ou disparues et des personnes faisant l'objet d'une interdiction d'entrée (*Règlement (CE) n° 1987/2006*).

8 Système d'information sur les visas. Ce système contient les données biographiques et biométriques des personnes qui introduisent une demande de visa pour l'espace Schengen (*Règlement (CE) n° 767/2008*).

9 Base de données reprenant les empreintes digitales des demandeurs d'asile et des personnes ayant pénétré irrégulièrement sur le territoire des États membres (*Règlement (UE) n° 603/2013*).

10 A l'instar des trois autres bases de données, la gestion opérationnelle, y compris les fonctionnalités liées au traitement des données biométriques, ainsi que le niveau de sécurité adéquat de l'EES sont confiés à l'Agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (« eu-LISA »), créée par le Règlement (UE) n° 1077/2011.

Contrôle aux frontières

Concrètement, lors de chaque franchissement de frontière extérieure dans le cadre d'un court séjour, les gardes-frontières enregistrent l'identité de l'étranger¹¹, la date, l'heure et le lieu de son passage, une image faciale ainsi que ses empreintes digitales¹² dans un dossier électronique individuel. Les autorités frontalières vérifient de manière systématique si le ressortissant de pays tiers n'a pas déjà été enregistré dans l'EES à une date antérieure et comparent les données biographiques et biométriques. Elles consultent également la base de données VIS (contenant les informations relatives aux personnes ayant introduit une demande de visa Schengen), vérifient au besoin l'authenticité et la validité du visa ainsi que le respect des conditions d'entrée et comparent les données biographiques et biométriques contenues dans cet autre système¹³. Cette méthode de vérification a pour vocation de remplacer l'actuel système d'apposition manuelle des cachets sur les passeports lors du franchissement de la frontière¹⁴.

Calcul de la durée de séjour autorisé

Un programme de calculatrice intégré détermine automatiquement la durée de séjour autorisé de l'étranger en tenant compte, le cas échéant, du nombre d'entrées et de la durée du séjour permis par le visa¹⁵. Le résultat de ce calcul est transmis à l'intéressé au moment de son entrée sur le territoire et reste accessible, en ligne, via un accès internet sécurisé¹⁶. Lorsqu'un ressortissant de pays tiers dépasse la durée de son séjour autorisé, l'information est conservée dans l'EES, et le nom de la personne, automatiquement inscrit sur une liste prévue à cet effet¹⁷. Ainsi, les États membres peuvent à tout moment, en consultant l'EES, identifier les personnes dont le séjour est devenu irrégulier.

Impact sur les demandes de visa Schengen

Lors de toute demande de visa Schengen, les autorités chargées de la délivrance des visas sont autorisées à consulter l'EES. Elles peuvent dès lors vérifier si le nombre d'entrées et la durée d'éventuels séjours antérieurs dans l'espace Schengen ont été respectés. Bien que le règlement n'en fasse pas mention, tout porte à croire qu'une personne listée comme ayant dépassé le délai de séjour autorisé se verra dès lors refuser tout futur visa Schengen¹⁸.

Lutte contre les infractions terroristes et autres infractions pénales graves

Tout comme pour les bases de données VIS et Eurodac, le législateur européen a choisi de donner accès aux informations contenues dans le système EES aux autorités répressives des États membres et à Euro-pol¹⁹ en vue de « *contribuer à la prévention et à la détection des infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves* »²⁰.

Doute quant à l'efficacité du système et risque de violation des droits fondamentaux

Pour justifier sa proposition du nouveau système EES, la Commission européenne met en avant les avantages de modernisation des frontières et de célérité des contrôles. La prise d'une image faciale et de quatre empreintes digitales peut néanmoins s'avérer longue et fastidieuse pour certaines personnes, surtout lorsqu'il

11 Parmi les données relatives à l'identité des personnes, seront consignées : le nom de famille, le ou les prénoms, la date de naissance, la ou les nationalités, le sexe, le type et le numéro du ou des documents de voyage, et le code à trois lettres du pays de délivrance du ou des documents de voyage ainsi que la date d'expiration de la validité du ou des documents de voyage. Art. 15 à 18 du Règlement EES.

12 Les personnes soumises à l'obligation de visa dont les empreintes digitales sont conservées dans le VIS ainsi que les enfants de moins de douze ans sont cependant exemptés de l'obligation de donner leurs empreintes digitales. Art. 16 et 17 du Règlement EES.

13 Art. 23 du Règlement EES.

14 Système considéré par la Commission comme lent et peu fiable. Voyez la proposition de la Commission de Règlement portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs, 28 février 2013, COM (2013) 97 final, p. 3.

15 Art. 11 du Règlement EES. Ce système de calcul automatique s'applique à tout étranger, qu'il soit ou non soumis à l'obligation de visa, à l'exception des membres de la famille du citoyen de l'Union et des ressortissants de pays tiers « assimilés » qui jouissent du droit à la libre circulation (art. 2, §4 du Règlement EES).

16 Art. 13 du Règlement EES.

17 Art. 12 du Règlement EES. Cette information sera conservée durant cinq années au sein de l'EES (Art. 34, §3 du Règlement EES).

18 Voyez par exemple la proposition de Règlement EES de la Commission du 6 avril 2016, COM(2016) 194 final, p. 7

19 Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs mise en œuvre par le Règlement (UE) n° 2016/794 du 11 mai 2016. Art. 6, §2 du Règlement EES.

20 Art. 6, §2, a) du Règlement EES.

faut s'y reprendre à plusieurs fois. En outre, la consultation systématique d'autres bases de données et la comparaison d'informations par les gardes-frontières risquent de provoquer un temps d'attente bien plus long que celui que nous connaissons à l'heure actuelle²¹. Sans parler des frais d'installation et de maintenance des appareils techniques dans tous les postes frontières²².

Quant à l'objectif de lutte contre l'immigration clandestine en identifiant les étrangers dont le séjour est expiré, notons que l'EES ne permet ni de localiser ces personnes, ni de déterminer les conditions de retour vers leur pays d'origine. Aussi, n'apporte-t-il pas d'information supplémentaire à l'actuel système de cachets dans le passeport dans le cadre d'une procédure d'éloignement²³.

Enfin, aucune étude scientifique ne démontre l'efficacité de la mise à disposition d'une base de données biométriques à grande échelle aux autorités répressives dans la lutte contre le terrorisme et autres formes d'infractions graves. Cette autorisation de consultation est pourtant prévue à l'égard d'autres bases de données depuis plusieurs années déjà²⁴. Au contraire, l'entêtement de la Commission à vouloir livrer de plus en plus de données à caractère personnel d'individus qui ne sont *a priori* suspectés d'aucune infraction, données relevées dans un cadre totalement étranger au domaine pénal, est relativement controversé notamment en ce qu'il stigmatise certains groupes²⁵ (en l'espèce, les touristes étrangers).

Un système informatique à grande échelle de conservation de données à caractère personnel, tel que l'EES, induit par contre un risque considérable de violation des droits fondamentaux²⁶. La Cour de justice de l'Union européenne a déjà jugé invalide – au regard des articles 7 (respect de la vie privée et familiale), 8 (protection des données à caractère personnel) et 52, § 1 (principes de nécessité et de proportionnalité) de la Charte des droits fondamentaux – une directive européenne qui prévoyait la création d'une base de données à caractère personnel de grande ampleur, et sa consultation par les autorités répressives des États membres, sans garanties suffisantes contre les risques d'abus ou contre tout accès et toute utilisation illicites des données²⁷. En particulier, la Cour pointait le caractère global du groupe visé et le défaut de lien entre celui-ci et une situation pouvant donner lieu à des poursuites pénales²⁸, le manque de définition des infractions graves²⁹, l'absence de conditions matérielles et procédurales d'accès à la base de données par les autorités nationales³⁰, de limite au nombre de personnes autorisées à utiliser les données³¹ et de contrôle préalable par une juridiction ou une autorité indépendante³².

A notre estime, les critiques formulées par la Cour dans cet arrêt peuvent en grande partie être transposées au nouveau Règlement EES : il s'applique à une catégorie de personnes extrêmement large, renvoie au droit interne des États membres pour plusieurs conditions procédurales, n'impose pas de limite claire quant au nombre de personnes autorisées à accéder aux données et ne prévoit pas un contrôle préalable par une

21 En ce sens, voyez la note du comité Meijers (comité permanent d'experts en droit international de l'immigration, des réfugiés et du droit pénal) au parlement européen sur la proposition de frontières intelligentes du 3 mai 2013, p. 2. Le temps réservé à ces vérifications techniques pourrait empiéter sur d'autres vérifications indispensables comme, par exemple, la détection des personnes vulnérables.

22 La Commission évalue le coût de la mise en œuvre de l'EES à 480 millions d'euros, sans y inclure les coûts opérationnels futurs exposés dans les États membres. Proposition de règlement EES de la Commission du 6 avril 2016, COM(2016) 194 final, p. 8 et 14.

23 Avis du contrôleur européen pour la protection des données du 21 septembre 2016 sur le 2^{ème} package des frontières intelligentes, DOC 12562/16, point 82.

24 Le contrôleur européen pour la protection des données regrette d'ailleurs que les systèmes existants (VIS, SIS II, Eurodac) n'aient toujours pas fait l'objet d'une évaluation complète. Avis du 18 juillet 2013 sur les propositions de règlement portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) et de règlement portant création d'un programme d'enregistrement des voyageurs (RTP), point 37.

25 Voyez le point de vue défendu par Valentin Henkinbrant dans son analyse : « Accès à la base de données Eurodac aux autorités répressives : une porte ouverte vers la stigmatisation des demandeurs d'asile », *Newsletter ADDE* n° 83, janvier 2013. Voyez également : AEDH, « La réforme d'EURODAC : Renforcement du contrôle des personnes plutôt qu'un système d'asile plus équitable », 30 novembre 2016, <http://www.aedh.eu/La-reforme-d-EURODAC-Renforcement,3521.html>.

26 Voyez notamment l'avis du contrôleur européen de la protection des données du 21 septembre 2016, DOC 12562/16, p. 7. Voyez également la proposition de règlement EES de la Commission du 6 avril 2016, COM(2016) 194 final, p. 12.

27 CJUE, 8 avril 2014, affaires jointes C 293/12 et C 594/12. Questions préjudicielles relatives à la directive 2006/24/CE sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications.

28 CJUE, *op. cit.*, § 58. Sur cette question, voyez également : CJUE, affaires jointes C-92/09 et C-93/09 du 9 novembre 2010 ; CEDH, *Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008 (req. n° 60562/04 et 30566/04).

29 CJUE, *op. cit.*, § 60.

30 CJUE, *op. cit.*, § 61.

31 CJUE, *op. cit.*, § 62.

32 CJUE, *op. cit.*, § 62.

autorité suffisamment indépendante³³. En outre, soulignons que la conservation des informations pendant cinq ans et l'enregistrement de données biométriques déjà consignées dans d'autres bases de données nous semblent disproportionnés³⁴.

Et pourtant, le Règlement EES entrera bel et bien en vigueur le 31 décembre 2017. Après la création du SIS II, du VIS et d'Eurodac, la Saga Big Brother aux frontières continue...

Gaëlle Aussems, juriste ADDE a.s.b.l., gaelle.aussems@adde.be

d'accès aux données EES par une autorité habilitée, que les conditions d'accès définies dans le règlement sont effectivement remplies. Bien que le texte européen précise que ces points d'accès agissent en toute indépendance, il autorise que ceux-ci fassent partie de la même organisation que l'autorité qui demande l'accès aux données. En outre, il ne prévoit pas le mode de preuve des conditions d'accès. Sans garde-fous supplémentaires, il nous semble que l'indépendance de l'autorité chargée du contrôle préalable n'est pas suffisamment garantie.

³⁴ A cet égard, voyez les inquiétudes formulées par le contrôleur européen de la protection des données dans son avis du 21 septembre 2016, *op.cit.*, p. 3.