Observations formelles du CEPD sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte) présentée par la Commission

1. Introduction et contexte

• Les présentes observations formelles visent à répondre à une consultation du CEPD par le Parlement européen datée du 13 décembre 2018, qui fait suite à une demande formulée par le président de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures en vertu de l'article 57, paragraphe 1, point g), du règlement (UE) 2018/1725[1], concernant la proposition de refonte de la directive 2008/115/CE adoptée par la Commission le 12 septembre 2018[2] (ci-après la «proposition»)[3].

• Nous saluons cette consultation demandée par le Parlement européen concernant les incidences de la proposition en matière de protection des données. Nous rappelons toutefois que le CEPD a été consulté par le Parlement européen et a formulé des observations formelles le 3 décembre 2018 concernant la proposition de règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (ci-après le «CEGFGC» et le «nouveau règlement CEGFGC»)[4]. Comme dans le cas la proposition précitée, nous regrettons que la proposition de refonte de la directive 2008/115/CE ne soit pas accompagnée d'une analyse d'impact et que le CEPD n'ait pas été consulté, de manière formelle ou informelle, par la Commission.

• L'absence d'une analyse d'impact, notamment concernant les effets possibles de la proposition sur les droits fondamentaux[5] des personnes concernées (en particulier les personnes faisant l'objet d'une décision de retour), y compris leurs droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, est d'autant plus frappante que, de prime abord, il apparaît déjà évident que la proposition aura des répercussions sur ces droits fondamentaux.

• La proposition vise en particulier à:
- établir une procédure pour le retour rapide des demandeurs d'une protection internationale déboutés;

[1] Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) nº 45/2001 et la décision nº 1247/2002/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 295 du 21.11.2018.
[2] Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008.
[3] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (refonte), COM(2018) 634 final.
[4] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant l'action commune 98/700/JAI du Conseil, le règlement (UE) nº 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil, COM(2018) 631 final.
[5] Par exemple le droit à un recours effectif, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit d'asile et le droit à la protection en cas d'éloignement ou d'expulsion.

Adresse postale: rue Wiertz 60 – B-1047 Bruxelles
Bureaux: rue Montoyer 30
Courriel: edps@edps.europa.eu – Site web: www.edps.europa.eu
Tél. 02-283 19 00 - Fax 02-283 19 50

- prévoir des règles plus efficaces en ce qui concerne la délivrance des décisions de retour;
- définir un cadre clair de coopération entre les migrants en situation irrégulière et les autorités nationales compétentes;
- simplifier les règles relatives à l'octroi d'un délai de départ volontaire et établir un cadre pour l'octroi d'une aide financière, matérielle et en nature aux migrants en situation irrégulière disposés à rentrer volontairement dans leur pays;
- mettre en place des instruments plus efficaces pour gérer le traitement administratif des retours, l'échange d'informations entre les autorités compétentes et l'exécution des retours afin de prévenir toute migration illégale;
- assurer la cohérence et des synergies avec les procédures d'asile; assurer un recours plus efficace à la rétention à l'appui de l'exécution des retours[6].

• Compte tenu du court délai imposé par le Parlement européen, et conformément à la demande de consultation, les présentes observations portent uniquement sur les questions les plus évidentes et les plus significatives soulevées par la proposition en ce qui concerne la protection des données. Elles ne préjugent d'aucune observation ou d'aucun avis qui pourraient être formulés à l'avenir par le CEPD concernant ce dossier ou d'autres dossiers liés.

2. Observations

2.1. Remarque préliminaire sur les lois applicables relatives à la protection des données

• En préambule, nous observons que le considérant 47 de la proposition fait référence à la législation sur la protection des données, notamment le règlement (UE) 2016/679 (ci-après le «RGPD»)[7] et la directive (UE) 2016/680 (ci-après la «directive "police"»)[8], en ce qui concerne les transferts de données à caractère personnel entre les autorités des États membres compétentes en matière de retour et les (autorités des) pays tiers de retour.

• Concernant l'ensemble des opérations de traitement de données à caractère personnel induites par les dispositions de la proposition, il y a lieu qu'un considérant distinct spécifique indique clairement que «la proposition ne porte en aucun cas atteinte aux règles applicables en matière de traitement de données à caractère personnel, notamment le RGPD et le règlement (UE) 2018/1725».

• En outre, le considérant 47 ne fait pas référence au règlement (UE) 2018/1725. Ce règlement s'applique au traitement par le CEGFGC de données à caractère personnel tel qu'il est prévu par la proposition. En conséquence, nous recommandons qu'une référence à l'applicabilité du règlement (UE) 2018/1725 soit ajoutée dans un considérant prévu à cet effet.

• De plus, la directive «police» ne s'applique pas, car les activités de traitement de données régies par la proposition [sur la base de l'article 79, paragraphe 2, point c), du TFUE, qui donne le pouvoir à l'Union d'adopter des mesures dans le domaine de l'immigration clandestine et du

[6] Voir la page 2 de l'exposé des motifs.
[7] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016.
[8] Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016.

séjour irrégulier] et visées à son article 1er (Objet), notamment «les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier», en raison de leur caractère administratif, n'entrent pas dans le champ d'application de cette directive[9]. Il y a donc lieu de supprimer la référence à la directive «police», à moins que la Commission ne soit en mesure de fournir des exemples précis relevant du champ d'application de cette directive et qu'il conviendrait de détailler dans des considérants.

2.2. Remarques spécifiques

2.2.1. Sur l'obligation pour les ressortissants de pays tiers de coopérer avec les autorités compétentes des États membres

• Comme le prévoit le considérant 12, le (nouvel) article 7 établit l'obligation, pour les ressortissants de pays tiers, de «coopérer avec les autorités à tous les stades de la procédure de retour, y compris en fournissant les informations et les éléments nécessaires à l'appréciation de leur situation individuelle».

• À cet égard, le CEPD recommande de préciser, dans le considérant 12 précité, que les informations fournies doivent être proportionnées et nécessaires, afin de garantir que les autorités compétentes des États membres chargées de recueillir et de traiter des données à caractère personnel relatives aux personnes faisant l'objet d'une décision de retour parviennent à trouver un juste équilibre entre l'objectif de satisfaire sereinement et rapidement aux obligations fixées en matière de retour et l'ingérence dans les droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel[10].

2.2.2. Sur le transfert de données à caractère personnel entre les autorités des États membres et les autorités de pays tiers

• Le nouveau considérant 47 précise que «les accords de réadmission, conclus ou en cours de négociation par l'Union ou les États membres et prévoyant des garanties appropriées pour le transfert de données aux pays tiers, en vertu de l'article 46 du règlement (UE) 2016/679 ou en vertu des dispositions nationales transposant l'article 36 de la directive (UE) 2016/680, concernent un nombre restreint de ces pays tiers. En l'absence de tels accords, les données à caractère personnel devraient être transférées par les autorités compétentes des États membres aux fins de l'exécution des opérations de retour de l'Union, conformément aux conditions établies à l'article 49, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2016/679 ou prévues dans les dispositions nationales transposant l'article 38 de la directive (UE) 2016/680».

• En ce qui concerne l'applicabilité de la directive «police», nous réitérons les remarques formulées à la section 2.1 du présent document. Nous observons également que la finalité du

[9] Même dans les cas où des États membres décideraient d'appliquer la proposition, en vertu de son article 2, paragraphe 2, point b), aux ressortissants de pays tiers «faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément au droit national, ou faisant l'objet de procédures d'extradition», nous considérons que la procédure de retour relèverait toujours du droit administratif et serait par conséquent soumise aux dispositions du RGPD (contrairement aux procédures ayant trait à la prévention et à la détection des infractions pénales, aux enquêtes et aux poursuites en la matière ou à l'exécution de sanctions pénales, qui entrent dans le champ d'application de la directive «police»).

[10] En ce qui concerne l'application du principe de proportionnalité concernant les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel dans le domaine du contrôle aux frontières, de l'asile et de la migration, voir l'exemple de l'arrêt de la Cour de justice du 25 janvier 2018, F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16.

transfert, qui est notamment «de mettre dûment en œuvre les procédures de retour et d'assurer la bonne exécution des décisions de retour», ainsi qu'il est indiqué dans le considérant précité, ne concerne pas des activités relevant de la directive «police». C'est pourquoi le CEPD recommande de supprimer la référence à la directive «police» présente dans ce considérant.

• Par ailleurs, le CEPD rappelle que l'article 49, paragraphe 1, point d), du RGPD, qui établit qu'un transfert peut avoir lieu s'il «est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public», concerne, ainsi qu'il est clairement indiqué dans l'intitulé de l'article 49, des «dérogations pour des situations particulières». En conséquence, nous estimons que les autorités des États membres compétentes en matière de retour ne peuvent s'appuyer sur des motifs d'«intérêt public» en tant que fondement juridique de tels transferts de données à caractère personnel qu'à titre exceptionnel (en dernier ressort), en l'absence de garanties (notamment en l'absence d'accord avec l'autorité compétente du pays tiers comprenant des dispositions appropriées de protection des données), et pour des transferts non structurels. En d'autres termes, la proposition peut autoriser des transferts de données à caractère personnel sur la base de l'article 49, paragraphe 1, point d), du RGPD uniquement à titre dérogatoire (à titre d'exception à l'exigence d'une décision d'adéquation ou de garanties appropriées), au cas par cas (dans des cas individuels), et sous réserve que la nécessité et la proportionnalité de chaque transfert soient démontrées par l'autorité compétente qui effectue celui-ci[11].

Dans le contexte de la proposition, la base juridique appropriée des transferts de données à caractère personnel à des pays n'offrant pas un niveau de protection adéquat serait, dans le cas de transferts structurels et récurrents, l'article 46 du RGPD, qui établit, à son paragraphe 2, points a) à f), et son paragraphe 3, points a) et b), les garanties appropriées.

[11] À cet égard, concernant le recours à l'«intérêt public» comme fondement de l'autorisation, délivrée à titre exceptionnel et soumise à une évaluation eu cas par cas, de transferts non structurels à des pays tiers, voir le règlement (UE) 2018/1860 du Parlement européen et du conseil du 28 novembre 2018 relatif à l'utilisation du système d'information Schengen aux fins du retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 312 du 7.12.2018:
Article 15: «[...] L'application du règlement (UE) 2016/679, y compris en ce qui concerne le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du présent article, et en particulier le recours à des transferts sur la base de l'article 49, paragraphe 1, point d), dudit règlement, leur proportionnalité et leur nécessité, fait l'objet d'un suivi par les autorités de contrôle indépendantes visées à l'article 51, paragraphe 1, dudit règlement.»
Le considérant 18 précise: «[l]es données à caractère personnel obtenues par un État membre en vertu du présent règlement ne devraient pas être transférées à un pays tiers ou mises à sa disposition. Par dérogation à cette règle, il devrait être possible de transférer de telles données à caractère personnel à un pays tiers si le transfert est soumis à des conditions strictes et s'il est nécessaire dans des cas individuels pour aider à l'identification d'un ressortissant de pays tiers aux fins de son retour. Le transfert à un pays tiers de toute donnée à caractère personnel devrait être effectué conformément au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil (1) et avoir lieu avec l'accord de l'État membre signalant. Il convient cependant de noter que les pays tiers de retour ne font souvent pas l'objet de décisions d'adéquation adoptées par la Commission au titre de l'article 45 du règlement (UE) 2016/679. En outre, les efforts considérables déployés par l'Union pour coopérer avec les principaux pays d'origine des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier faisant l'objet d'une obligation de retour n'ont pas permis de garantir que lesdits pays tiers remplissent systématiquement l'obligation fixée par le droit international de réadmettre leurs propres ressortissants. Les accords de réadmission qui ont été conclus ou sont en train d'être négociés par l'Union ou les États membres et qui prévoient des garanties appropriées pour le transfert de données vers des pays tiers en vertu de l'article 46 du règlement (UE) 2016/679 couvrent un nombre limité de ces pays tiers. La conclusion de tout nouvel accord demeure incertaine. Dans ces circonstances, et par dérogation à l'exigence d'une décision d'adéquation ou de garanties appropriées, le transfert de données à caractère personnel aux autorités d'un pays tiers en vertu du présent règlement devrait être autorisé aux fins de la mise en œuvre de la politique de retour de l'Union. Il devrait être possible de recourir à la dérogation prévue à l'article 49 du règlement (UE) 2016/679, sous réserve que les conditions énoncées dans ledit article soient remplies. En vertu de l'article 57 dudit règlement, la mise en œuvre dudit règlement, y compris en ce qui concerne les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du présent règlement, devrait faire l'objet d'un suivi par des autorités de contrôle indépendantes.»

En conséquence, le considérant 49 devrait être formulé comme suit: «En l'absence des garanties visées à l'article 46 du règlement (UE) 2016/679 et, en particulier, en l'absence d'arrangements administratifs comprenant des dispositions sur les droits opposables et effectifs pour les personnes concernées, des données à caractère personnel peuvent être transférées à titre exceptionnel aux autorités compétentes du pays tiers de retour par les autorités compétentes des États membres, en vertu de l'article 49, paragraphe 1, point d), du règlement (UE) 2016/679, uniquement dans des cas individuels et dans la mesure où cela est nécessaire et proportionné eu égard à l'objectif de la mise en œuvre du retour des ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans les États membres telles qu'établies par la présente directive.»

2.2.3. Sur les systèmes nationaux de gestion des retours, qui doivent être «reliés» au système central mis en place par le CEGFGC

• L'article 14, paragraphe 1, de la proposition établit que «chaque État membre assure le fonctionnement, la maintenance et le développement d'un système national de gestion des retours, qui traite toutes les informations nécessaires à la mise en œuvre de la présente directive, notamment en ce qui concerne la gestion de cas individuels et de toute procédure liée au retour».

• La référence à des «cas individuels» figurant dans la disposition précitée laisse supposer que la collecte et le traitement d'informations impliquent le traitement de données à caractère personnel, c'est-à-dire de données concernant des personnes identifiées ou identifiables.

• L'article 14, paragraphe 2, indique que «le système national est conçu de manière à assurer une compatibilité technique permettant une communication avec le système central établi conformément à l'article 50 du règlement (UE) …/… [*règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes*]».

• En outre, le considérant 38 précise: «[l]a mise en place de systèmes de gestion des retours dans les États membres contribue à l'efficacité du processus de retour. Chaque système national devrait fournir en temps utile, en ce qui concerne l'identité et la situation juridique des ressortissants de pays tiers, des informations pertinentes pour la supervision et le suivi des cas individuels. Pour fonctionner efficacement et réduire de manière significative la charge administrative, ces systèmes nationaux de gestion des retours devraient être liés au système d'information Schengen pour faciliter et accélérer la saisie des informations liées au retour, ainsi qu'au système central créé par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes conformément au règlement (UE) …/… [*règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes*].»

• Le nouveau règlement CEGFGC fait référence au «système central de gestion des retours», notamment à son article 15, paragraphe 4, qui établit la disposition suivante: «[e]n ce qui concerne les retours, l'Agence crée et exploite un système central de gestion des retours permettant de traiter toutes les informations nécessaires à l'Agence pour fournir une assistance opérationnelle conformément à l'article 49 qui sont communiquées automatiquement par les systèmes nationaux des États membres, y compris les données opérationnelles relatives aux retours.»

• Dans le cadre de nos observations formelles sur la proposition de nouveau règlement CEGFGC, présentées au Parlement européen le 3 décembre 2018, nous avons souligné qu'en ce qui concerne le système central créé au titre de l'article 50[12], la ou les finalités

[12] En vertu de l'article 50 (Systèmes d'échange d'informations et gestion des retours) du nouveau règlement CEGFGC, il est prévu que le CEGFGC «élabore, gère et assure la maintenance d'un système central de

spécifiques des activités de traitement réalisées au moyen dudit système central mis en place et géré par le CEGFGC[13], ainsi que les catégories de données à caractère personnel traitées à ces fins, ne sont pas clairement définies.

• Nous observons qu'il en va de même pour les systèmes nationaux de gestion des retours, notamment en ce qui concerne les catégories de données à caractère personnel devant être traitées, qui ne sont pas clairement définies. L'article 14, paragraphe 1, de la proposition dispose qu'un système national de gestion des retours «traite toutes les informations nécessaires à la mise en œuvre de la présente directive», tandis que le considérant 38 prévoit qu'un tel système «devrait fournir en temps utile, en ce qui concerne l'identité et la situation juridique des ressortissants de pays tiers, des informations pertinentes pour la supervision et le suivi des cas individuels».

• Comme il l'avait indiqué en ce qui concerne le nouveau règlement CEGFGC, le CEPD estime que la proposition devrait déterminer expressément, en ce qui concerne les systèmes nationaux, quelles catégories de données à caractère personnel peuvent être traitées et à quelles fins spécifiques le traitement de ces données peut être réalisé (en limitant les catégories de données à caractère personnel à ce qui est pertinent au regard de la finalité concernée). En d'autres termes, la législation devrait définir précisément les informations qui seront recueillies et traitées ainsi que la ou les finalités des activités de traitement. En outre, il convient qu'elle établisse clairement les entités concernées (à savoir les responsables du traitement et, le cas échéant, les sous-traitants, ainsi que les destinataires ou les catégories de destinataires des données) et qu'elle détermine toutes les garanties appropriées et pertinentes en vue de veiller à la protection du droit à la protection des données à caractère personnel des personnes concernées.

• La nécessité de préciser les catégories de données à caractère personnel pouvant être traitées ainsi que les finalités du traitement de celles-ci est d'autant plus importante que le nouveau règlement CEGFGC prévoit, à son article 50, paragraphe 2, la communication automatique de données par les systèmes nationaux de gestion des retours des États membres, établis en vertu de l'article 14, paragraphe 1, de la proposition, au système central devant être élaboré, géré et maintenu par le CEGFGC au titre de l'article 50 du nouveau règlement CEGFGC. Une telle interconnexion augmenterait les risques pour la sécurité de l'information ainsi que le risque de détournement d'usage (utilisation des données à des fins supplémentaires non fixées expressément par la proposition et différentes de la finalité de leur première collecte dans la base de données nationale) des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement.

• Compte tenu du partage automatique de données et de l'interconnexion entre le système central et le système national, les finalités des activités de traitement et les catégories de données traitées devraient être parfaitement alignées entre les deux systèmes.

• Enfin, nous attirons l'attention sur le fait qu'il est nécessaire, en particulier lors de la mise en place de systèmes d'information à grande échelle traitant des données à caractère personnel, de

traitement de toutes les informations et données qui sont communiquées automatiquement par les systèmes nationaux de gestion des retours des États membres, et dont [il] a besoin pour fournir une assistance technique et opérationnelle conformément à l'article 49».

[13] Nous observons en particulier que l'article 50 du nouveau règlement CEGFGC fait référence à l'article 49, qui énumère de manière non exhaustive, à son paragraphe 1, points a) à g), une série de finalités, y compris «fournir aux États membres une assistance [...] pour l'identification de ressortissants de pays tiers et l'acquisition de documents de voyage, y compris en s'appuyant sur la coopération consulaire, sans divulguer d'informations concernant le fait qu'une demande de protection internationale a été présentée» et «fournir aux États membres une assistance technique et opérationnelle pour le retour des ressortissants de pays tiers, y compris la préparation des décisions de retour».

veiller au respect des principes de protection des données dès la conception et de protection des données par défaut, puisqu'il s'agit d'une obligation juridique pour le responsable du traitement tant au niveau national (en l'espèce, les autorités nationales compétentes en matière de retour) qu'au niveau de l'Union (en l'espèce, le CEGFGC)[14], en vertu, respectivement, de l'article 25 du RGPD et de l'article 27du règlement (UE) 2018/1725.

Bruxelles, le 10 janvier 2019

Giovanni BUTTARELLI

[14] Pour des orientations spécifiques à ce sujet, voir CEPD, «Lignes directrices sur la protection des données à caractère personnel pour la gouvernance informatique et la gestion informatique des institutions européennes», mars 2018, consultable à l'adresse suivante:
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/it_governance_management_fr.pdf
Voir aussi les recommandations formulées par le CEPD concernant la proposition de système d'entrée/sortie (EES) dans l'«Avis 06/2016 du CEPD sur le deuxième train de mesures "Frontières intelligentes" de l'Union européenne», consultables à l'adresse suivante:
https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-21_smart_borders_fr.pdf
Dans le cadre des conclusions de cet avis, le CEPD a notamment formulé les recommandations suivantes au sujet du système d'information concerné (l'EES):
«préciser les données pouvant être collectées, stockées et utilisées par les autorités frontalières [...]»;
«souligner la nécessité d'une coordination entre [l'eu-LISA] et les États membres pour garantir la sécurité [de l'EES]»;
«les responsabilités en matière de sécurité devraient être clairement établies dans la proposition en cas d'interconnexion [entre les programmes nationaux d'allègement des formalités des États membres et l'EES]»;
l'information communiquée aux personnes concernées devrait comprendre «la durée de conservation appliquée à leurs données, [...] et une explication du fait que [les données de l'EES] seront consultées aux fins de [la gestion des frontières et de l'allègement des formalités]»;
«décrire clairement les sauvegardes qui garantiraient qu'une attention adéquate est accordée aux données ayant trait aux enfants et aux personnes âgées ou handicapées»;
«fournir au CEPD les informations et les ressources adéquates qui lui permettraient d'assumer ses nouvelles responsabilités de contrôleur [du futur EES] de manière efficace et efficiente».
Nous estimons que les recommandations qui précèdent concernant l'EES sont également applicables, par analogie, aux systèmes de gestion des retours nationaux et central (la gestion de ce dernier étant assurée par le CEGFGC) prévus par la proposition en vertu du nouveau règlement CEGFGC.