

Observations formelles du CEPD sur le projet de décision déléguée de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou un risque épidémique élevé

LE CONTRÔLEUR EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le 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 («RPDUE»)¹, et notamment son article 42, paragraphe 1,

A ADOPTÉ LES OBSERVATIONS FORMELLES SUIVANTES:

1. Introduction et contexte

1. Le 14 septembre 2022, la Commission européenne a consulté le CEPD sur le projet de décision déléguée visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou un risque épidémique élevé (ci-après le «projet de proposition»).
2. L'objectif du projet de proposition est de définir plus précisément les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou les risques épidémiques élevés sur la base des données statistiques détaillées et des informations visées à l'article 9 *undecies*, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 767/2008 (le «règlement VIS»). Ce règlement, qui établit le système d'information sur les visas pour l'échange de données entre les États membres sur les demandes de visas de court séjour et de visas de long séjour, ainsi que de titres de séjour, a été modifié par le règlement (UE) 2021/1134 du 7 juillet 2021².
3. L'article 9 *undecies*, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 767/2008 [tel que modifié par le règlement (UE) 2021/1134] prévoit que les risques liés à la sécurité, à l'immigration illégale ou à un risque épidémique élevé sont définis sur la base:

¹ JO L 295 du 21.11.2018, p. 39.

² Règlement (UE) 2021/1134 du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2021 modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (CE) n° 810/2009, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1860, (UE) 2018/1861, (UE) 2019/817 et (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les décisions 2004/512/CE et 2008/633/JAI du Conseil, aux fins de réformer le système d'information sur les visas (JO L 248 du 13.7.2021, p. 11).

(a) «de statistiques générées par l'EES indiquant des taux anormaux de dépassement de la durée du séjour autorisé et de refus d'entrée pour un groupe spécifique de titulaires de visa;

(b) de statistiques générées par le VIS conformément à l'article 45 bis indiquant des taux anormaux de refus de demandes de visa en raison de risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou d'un risque épidémique élevé associé à un groupe spécifique de titulaires de visa;

(c) de statistiques générées par le VIS conformément à l'article 45 bis et par l'EES indiquant des corrélations entre les informations collectées via le formulaire de demande et les dépassements de la durée du séjour autorisé par certains titulaires de visa ou les refus d'entrée;

(d) d'informations, étayées par des éléments factuels et fondés sur des données probantes, fournies par les États membres concernant des indicateurs de risques spécifiques en matière de sécurité ou des menaces identifiées par un État membre;

(e) d'informations, étayées par des éléments factuels et fondés sur des données probantes, fournies par les États membres concernant des taux anormaux de dépassement de la durée de séjour autorisée et de refus d'entrée pour un groupe spécifique de titulaires de visa pour un État membre;

(f) d'informations fournies par les États membres au sujet de risques épidémiques élevés spécifiques, ainsi que d'informations en matière de surveillance épidémiologique et d'évaluations des risques fournies par le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, de même que de foyers de maladie signalés par l'Organisation mondiale de la santé».

4. Le projet de proposition doit être adopté conformément à l'article 9 *undecies*, paragraphe 2, du règlement VIS [tel que modifié par le règlement (UE) 2021/1134].
5. Le CEPD avait précédemment émis l'avis 9/2018 sur la proposition de nouveau règlement concernant le système d'information sur les visas³. Toutefois, les dispositions juridiques prévoyant le profilage algorithmique des demandeurs de visa sur la base d'indicateurs de risques spécifiques n'ont pas été incluses dans la proposition de la Commission de révision du règlement VIS mais ont été introduites à un stade ultérieur des négociations législatives. Le CEPD n'a donc pas eu la possibilité de les évaluer et de formuler d'éventuelles observations et recommandations avant leur adoption.
6. En outre, le 29 juin 2022, le CEPD a publié des observations formelles sur le projet de décision d'exécution de la Commission visant à préciser les risques en matière de

³ Avis 9/2018 du CEPD sur la proposition de nouveau règlement sur le système d'information sur les visas, publié le 12 décembre 2018, point 88, disponible à l'adresse suivante: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-12-13_opinion_vis_en.pdf

sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé⁴. Le projet de décision d'exécution est intrinsèquement lié au présent projet de proposition, puisqu'il vise à préciser les risques définis dans le règlement VIS et dans le projet de proposition, comme base des indicateurs de risques spécifiques qui seront utilisés dans le processus d'examen des demandes de visa de court séjour⁵. Le CEPD regrette que ces deux propositions connexes n'aient pas été traitées de manière coordonnée et encourage la Commission à prendre en considération les liens substantiels entre différents actes d'exécution dans ses demandes de planification et de consultation. Les présentes observations formelles doivent être lues conjointement avec celles publiées le 29 juin 2022 sur le projet de décision d'exécution de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé.

7. Les présentes observations formelles du CEPD sont émises en réponse à une consultation de la Commission européenne du 14 septembre 2022, conformément à l'article 42, paragraphe 1, du règlement (UE) 2018/1725⁶ (le «RPDUE»). À cet égard, le CEPD se félicite de la référence faite à cette consultation au considérant 16 de la proposition.
8. Les présentes observations formelles n'empêchent pas le CEPD de formuler d'éventuelles observations supplémentaires à l'avenir, en particulier si de nouvelles questions sont soulevées ou si de nouvelles informations deviennent disponibles, par exemple à la suite de l'adoption d'autres actes d'exécution ou actes délégués connexes⁷.
9. En outre, ces observations formelles sont sans préjudice de toute mesure future qui pourrait être prise par le CEPD dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 58 du RPDUE et se limitent aux dispositions du projet de proposition qui sont pertinentes du point de vue de la protection des données.

⁴Observations formelles du CEPD sur le projet de décision d'exécution de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé, 29 juin 2022, https://edps.europa.eu/system/files/2022-07/22-06-29_formal-comments-illegal-immigration-or-epidemic-risk_en.pdf

⁵Article 9 *undecies*, paragraphe 3, du règlement VIS [tel que modifié par le règlement (UE) 2021/1134].

⁶Règlement (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) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE (JO L 295 du 21.11.2018, p. 39).

⁷Dans le cas d'autres actes d'exécution ou actes délégués ayant une incidence sur la protection des droits et libertés des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le CEPD tient à rappeler qu'il doit également être consulté sur ces actes. Il en va de même en cas de modifications futures qui introduiraient de nouvelles dispositions ou modifieraient des dispositions existantes qui concernent directement ou indirectement le traitement de données à caractère personnel.

2. Observations

2.1. Observations générales

10. Selon le projet de proposition, les différentes analyses effectuées tant par l'unité centrale ETIAS que par les États membres afin de définir et de préciser davantage les risques en matière de sécurité, d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé «*ne contiennent aucune donnée à caractère personnel*»⁸. Le CEPD tient à rappeler ses observations formelles sur le projet de décision d'exécution susmentionné⁹: ces deux textes s'inscrivent dans un système juridique plus large, dont l'objectif est l'application pratique du profilage dans l'analyse des demandes de visas de court séjour. Un tel profilage algorithmique aura une incidence directe sur la protection des données à caractère personnel des personnes physiques et, plus largement, sur les droits fondamentaux¹⁰. Par conséquent, le CEPD regrette profondément que son avis n'ait pas été sollicité avant que des dispositions juridiques d'une telle importance pour la protection des droits et libertés des personnes (à savoir l'article 9 *undecies* du règlement VIS révisé) soient introduites dans la législation de l'Union.
11. En outre, le CEPD estime que le projet de proposition devrait préciser comment l'absence de données à caractère personnel telle que prévue à l'article 8 sera assurée dans la pratique et qui sera responsable. Cette clarification est particulièrement nécessaire pour les données fournies par les États membres, en ce qui concerne la «*liste des faits et preuves connus liés au risque en matière de sécurité ou à la menace détectée*», mentionnée à l'article 4, paragraphe 1, point b), du projet de proposition. Dans ce contexte, le CEPD tient également à rappeler qu'aux fins d'une anonymisation effective d'un ensemble de données, il ne suffit pas de supprimer des identifiants manifestes tels que des noms. En particulier, toute possibilité de réidentification devrait être exclue, étant donné que même un ensemble de données anonyme peut être combiné avec d'autres données de manière à ce qu'une ou plusieurs personnes puissent être identifiées. En conséquence, le CEPD attire l'attention sur la nécessité d'évaluer régulièrement les techniques d'anonymisation utilisées, afin d'exclure toute possibilité de réidentification.

⁸ Article 6 du projet de décision d'exécution de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé, et article 8 du projet de proposition.

⁹ Observations formelles du 29 juin 2022, point 9.

¹⁰ Voir les observations formelles du CEPD sur le projet de décision déléguée de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé, publié le 2 juin 2021.

12. L'article 9 *undecies*, paragraphe 2, du règlement VIS exige que le projet de proposition «*précis[e] les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé sur la base*» des éléments prévus aux dispositions a) à f) de cet article. Le CEPD fait observer que le projet de proposition ne satisfait pas à cette exigence en tant que telle mais précise plutôt les modalités selon lesquelles les risques seront définis par l'unité centrale ETIAS, conjointement avec les États membres. Le CEPD estime que l'absence de risques définis dans le projet de proposition n'est pas conforme à l'article 9 *undecies*, paragraphe 2, du règlement VIS et invite par conséquent la Commission à reformuler les dispositions pertinentes du projet de proposition (voir ci-dessous). En outre, le CEPD tient à souligner la nécessité de définir une méthodologie précise, des critères clairs et l'existence de garanties solides à inclure dans le processus d'établissement des risques et des profils de risque. Les observations du CEPD ci-après sont donc formulées en ce sens.

2.2 Analyse et spécification des risques

13. Le CEPD estime que les préoccupations qu'il a exprimées en ce qui concerne l'utilisation d'indicateurs de risque et de règles d'examen aux fins du profilage des demandeurs dans le cadre du règlement ETIAS¹¹ sont tout aussi pertinentes en l'espèce¹². En particulier, le projet de proposition ne va pas assez loin en ce qui concerne la détermination des risques en matière de sécurité, d'immigration illégale ou d'épidémie élevée. Par exemple, en ce qui concerne les risques associés au dépassement de la durée du séjour autorisé, au refus d'entrée et au refus de demande de visa, la gravité de l'infraction est différente selon que des ressortissants de pays tiers sont entrés sur le territoire d'un État membre en utilisant des documents falsifiés ou qu'ils ont dépassé de quelques jours la durée de séjour autorisée. Or, le projet de proposition ne comporte aucune distinction à cet égard.
14. Le 25 janvier 2022, la Commission a répondu aux observations formelles du CEPD sur les projets de décision d'exécution et de décision déléguée de la Commission précisant les risques définis dans le règlement (UE) 2018/1240 ETIAS ainsi que dans la décision déléguée XXX/XXX [acte délégué] de la Commission et sur le projet de décision déléguée de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé. En particulier, la Commission a souligné que le projet de décision d'exécution sur les risques prévoit

¹¹ Règlement (UE) 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 1077/2011, (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 et (UE) 2017/2226, JO L 236 du 19.9.2018, p. 1.

¹² Avis 3/2017 du CEPD sur la proposition de règlement portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages, paragraphe 36, et observations formelles du CEPD sur le projet de décision déléguée de la Commission visant à préciser les risques en matière de sécurité ou d'immigration illégale ou le risque épidémique élevé, point 2.

que l'unité centrale ETIAS «*précise les risques en établissant des informations sur chaque risque détecté dans un format standard*». Selon la Commission, «*ces informations comprennent des orientations à l'intention des unités nationales des États membres à prendre en considération lors de l'évaluation d'une réponse positive liée au risque. Cela aidera les États membres, dans chaque cas spécifique, à évaluer la "gravité d'une infraction donnée"*». Une disposition similaire figure à l'article 3 du projet de décision d'exécution lié au présent projet de proposition, qui renvoie explicitement aux articles 3 à 6 du projet de proposition. Toutefois, le CEPD rappelle que le présent projet de proposition devrait traiter de la définition plus détaillée des risques, qui servira de base à l'établissement d'indicateurs de risques. Les orientations destinées aux États membres ne deviendront pertinentes qu'après la définition des indicateurs de risque.

15. En outre, le CEPD souligne les risques de discrimination résultant de l'établissement, par les États membres, d'«*ensembles de caractéristiques de groupes spécifiques*» de voyageurs liés au risque ou à la menace en matière de sécurité détectés, et des titulaires de visa associés au dépassement de la durée de séjour autorisée ou au refus d'entrée, si les risques ne sont pas suffisamment définis. La définition figurant à l'article 2 du projet de proposition dispose que «*les ensembles de caractéristiques désignent les ensembles de qualités ou propriétés observables identifiés sur la base des statistiques et informations visées à l'article 9 undecies, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 767/2008 et tenant compte des données visées à l'article 9 undecies, paragraphe 4, points a) à f), dudit règlement*». Selon ce dernier article, les données englobent, entre autres, la nationalité actuelle, le pays et la ville de résidence d'un demandeur, ainsi que le sexe et la profession actuelle. Le CEPD a souligné par le passé que les informations telles que la nationalité et le lieu de résidence, surtout lorsqu'elles sont combinées à d'autres données, peuvent permettre de se faire une idée relativement précise de la race ou de l'origine ethnique d'un demandeur¹³. Par conséquent, le CEPD estime que la Commission devrait définir davantage de risques et de menaces afin d'empêcher les États membres d'établir des ensembles de caractéristiques de groupes spécifiques qui seraient fondés sur des catégorisations discriminatoires de personnes. Conformément à l'article 9 undecies, paragraphe 5, du règlement VIS, les indicateurs de risques «*ne sont en aucun cas fondés uniquement sur le sexe ou l'âge d'une personne ou sur des informations révélant la couleur, la race, les origines ethniques ou sociales, des caractéristiques génétiques, la langue, les opinions politiques ou toute autre opinion, la religion ou les convictions philosophiques, l'appartenance à un syndicat, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap ou l'orientation sexuelle*

¹³Avis 3/2017 du CEPD sur la proposition d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS), point 40.

d'une personne». Un tel objectif ne peut être atteint que si les risques spécifiques, sur la base desquels les indicateurs de risques seront établis, sont suffisamment définis.

16. Les articles 4 et 5 du projet de proposition exigent une analyse de la part des États membres décrivant les ensembles de caractéristiques de groupes spécifiques de voyageurs associés à des risques spécifiques en matière de sécurité ou d'immigration. Le CEPD prend note de l'appréciation de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle les critères prédéterminés aux fins du profilage doivent être définis de manière à prendre en considération à la fois les circonstances «incriminantes» et les circonstances «à décharge», étant donné que cela peut contribuer à la fiabilité de ces critères et, en particulier, veiller à ce qu'ils soient proportionnés¹⁴. Le CEPD recommande vivement d'intégrer explicitement cette exigence dans le projet de proposition, en stipulant que les analyses des États membres incluent non seulement les caractéristiques liées aux risques ou aux menaces mais aussi les caractéristiques qui pourraient dissocier les groupes de voyageurs de risques ou de menaces spécifiques ou les en éloigner.
17. En ce qui concerne l'analyse des risques en matière de sécurité que les États membres doivent fournir à l'unité centrale ETIAS en vertu de l'article 4 du projet de proposition, et afin de veiller à ce que les indicateurs de risques spécifiques soient ciblés et proportionnés, comme l'exige l'article 9 *undecies*, paragraphe 5, du règlement VIS, le CEPD suggère de limiter les risques et menaces en matière de sécurité aux infractions terroristes et aux infractions pénales graves, telles que définies respectivement à l'article 4, paragraphes 22 et 23, du règlement VIS (tel que modifié par le règlement (UE) 2021/1134).
18. L'article 4 exige que l'analyse fournie par l'unité nationale ETIAS comprenne au moins: a) une description du risque ou de la menace, y compris la fréquence, les tendances et les incidences qui y sont liées; b) une liste de faits connus et d'éléments de preuve relatifs au risque ou à la menace; et c) les ensembles de caractéristiques de groupes spécifiques de voyageurs associés au risque ou à la menace en matière de sécurité détectés. Le CEPD note que l'exigence de faits et de preuves ne concerne que le risque ou la menace et non les caractéristiques des voyageurs qui y sont liées. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment jugé que l'application du profilage devrait reposer sur un lien clair entre les critères prédéfinis utilisés et le profil des personnes ciblées¹⁵. Il devrait exister des motifs suffisamment solides pour considérer que le risque ou la menace est réel et actuel ou prévisible et que son lien avec une catégorie spécifique de titulaires de visa est objectivement établi et fondé sur des données probantes. Le CEPD recommande de renforcer les garanties prévues

¹⁴ Affaire C-817/19, arrêt de la Cour (grande chambre) du 21 juin 2022, Ligue des droits humains ASBL/Conseil des ministres. Demande de décision préjudicielle de la Cour constitutionnelle.

¹⁵ *Ibidem*.

à l'article 4 afin de garantir une application proportionnée des profils de risque et d'éviter un ciblage arbitraire et potentiellement discriminatoire de groupes de voyageurs. Cet objectif pourrait être atteint, par exemple, par l'ajout d'un quatrième élément nécessaire pour accompagner l'analyse, qui pourrait être libellé comme suit: «d) une liste de faits connus et d'éléments de preuve étayant le lien entre le risque ou la menace en matière de sécurité et les ensembles de caractéristiques des groupes spécifiques de voyageurs identifiés.»

2.3. Évaluation des informations fournies par les États membres

19. L'article 4, paragraphe 4, et l'article 5, paragraphe 4, du projet de proposition prévoient une évaluation, par l'unité centrale ETIAS, de la pertinence de l'analyse fournie par les États membres en ce qui concerne les risques ou menaces spécifiques en matière de sécurité, ainsi que les taux anormaux de dépassement de la durée de séjour autorisée et de refus d'entrée. Le CEPD note que la «pertinence» dans ce contexte n'est pas définie et que le projet de proposition n'indique pas non plus comment cette évaluation sera réalisée ni quels critères seront utilisés à cette fin. Le CEPD recommande donc que le projet de proposition contienne une indication des éléments qui seront pris en considération pour l'évaluation de la pertinence. À la lumière des considérations exposées au point 18 ci-dessus, cela devrait inclure une évaluation de la fiabilité des informations fournies, sur la base des faits et des éléments de preuve fournis.
20. Ces évaluations de la pertinence des informations pour préciser les risques en question devraient être effectuées «*en consultation avec l'unité nationale ETIAS*». Le CEPD croit comprendre que cet examen des analyses fournies par les États membres devrait être fait en liaison avec l'article 4 du projet de décision d'exécution lié au projet de proposition, relatif à «*l'évaluation et l'examen des risques*». Par conséquent, le CEPD suggère d'inclure dans le projet de proposition une référence à la consultation du comité d'examen VIS, déjà mentionnée à l'article 4 de la décision d'exécution, ainsi qu'à la consultation du comité d'orientation VIS sur les droits fondamentaux. Compte tenu de l'incidence directe que la définition des risques peut avoir sur les données à caractère personnel et les droits fondamentaux des personnes physiques, le CEPD estime qu'il est de la plus haute importance de procéder à un examen indépendant des informations traitées par l'unité centrale ETIAS.
21. Afin d'assurer une supervision et un réexamen appropriés, il doit être possible d'examiner tous les motifs et tous les éléments de preuve qui constituent la base du fonctionnement des indicateurs de risques spécifiques, y compris les faits et éléments de preuve sur lesquels ils sont fondés, ainsi que l'évaluation de leur pertinence par l'unité centrale ETIAS. Le CEPD recommande donc que le projet de proposition précise que les statistiques et les informations qui constitueront la base des indicateurs de risques spécifiques visés à l'article 9 *undecies*, du règlement VIS, ainsi

que les évaluations de l'unité centrale ETIAS visées aux articles 4 et 5 du projet de proposition, soient documentées et conservées à des fins de suivi. Ces informations devraient également être mises, sur demande, à la disposition du comité d'examen VIS et du comité d'orientation VIS sur les droits fondamentaux afin que ces organismes puissent remplir leur rôle consultatif, y compris en ce qui concerne l'évaluation de l'incidence des indicateurs sur la proportionnalité et les droits fondamentaux.

Bruxelles, le 14 octobre 2022

(signature électronique)

Wojciech Rafał WIEWIÓROWSKI