



EDPS
EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

AVIS DU CEPD SUR LES TRANSFERTS INTERNATIONAUX DE DONNÉES PAR FRONTEX DANS LE CADRE DES OPÉRATIONS DE RETOUR (Dossier 2021-0856)

1. INTRODUCTION

-)] Le présent avis porte sur les transferts internationaux de données effectués par Frontex dans le cadre des opérations de retour.
-)] Le CEPD émet le présent avis conformément à l'article 58, paragraphe 3, point c), du règlement (UE) 2018/1725¹ (le «RPDUE»).

2. INFORMATIONS GÉNÉRALES

2.1. Demande de Frontex

Le 17 septembre 2021, le délégué à la protection des données (le «DPD») de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (communément appelée «Frontex») a soumis une demande de consultation informelle concernant l'utilisation admissible de

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) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE (JO L 295 du 21.11.2018, p. 39-98).

dérogations (article 50 du RPDUE) pour les transferts de données à caractère personnel dans le cadre d'opérations de retour organisées par l'Agence.

Le DPD consulte de manière informelle le CEPD sur la question de savoir si la dérogation pour des « motifs importants d'intérêt public » pourrait s'appliquer au transfert vers des pays tiers de données à caractère personnel concernant l'organisation de vols (vols affrétés/vols réguliers) dans le cadre d'opérations de retour organisées par Frontex. En outre, le DPD demande l'avis informel du CEPD sur la question de savoir s'il serait suffisant de réaliser des analyses d'impact des transferts («AIT») pour attester de la nécessité et de la proportionnalité des transferts envisagés au regard du principe de responsabilité. En raison de la sensibilité du sujet, le CEPD a décidé de requalifier cette demande en consultation formelle. On trouvera, dans l'annexe à la demande de consultation, un tableau donnant une vue d'ensemble des opérations et des destinations de retour appuyées par Frontex en 2020 et 2021. Les données partagées portent sur le nombre d'opérations de retour effectuées et le nombre de ressortissants de pays tiers concernés. Les données sont ventilées par pays tiers de destination.

2.2. Frontex en tant que nouvelle «agence de retour de l'UE»

Il est procédé à cette consultation au regard du rôle croissant de Frontex dans le cadre des opérations de retour. L'une des tâches de Frontex consiste à aider les États membres («EM») à organiser le retour dans leur pays tiers d'origine des migrants qui ne remplissent pas les conditions de séjour dans l'UE. Deux réformes législatives consécutives, achevées en 2016 et 2019, ont progressivement élargi le mandat et les responsabilités de Frontex en matière de retours. En vertu de son article 50, paragraphe 1², le règlement (UE) 2019/1896 (le «règlement EBCG»)³, en particulier, a accordé à l'Agence le pouvoir de coordonner et d'organiser des opérations de retour de sa propre initiative par le biais de sa propre réserve d'escortes pour les retours forcés et de contrôleurs des retours forcés. En outre, Frontex a acquis un rôle accru en matière d'assistance aux États membres pour les aider à accomplir un certain nombre d'activités préalables au retour et d'activités liées au retour, notamment l'identification des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, l'aide à l'obtention de

² «1. Sans aborder le bien-fondé des décisions de retour, qui restent de la seule responsabilité des États membres, l'Agence fournit aux États membres une assistance technique et opérationnelle et assure la coordination ou l'organisation d'opérations de retour, y compris par l'affrètement d'avions aux fins de telles opérations et par l'organisation de retours sur des vols réguliers ou par d'autres moyens de transport. L'Agence peut, de sa propre initiative et avec l'accord de l'État membre concerné, coordonner ou organiser des opérations de retour».

³ Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624 (JO L 295 du 14.11.2019, p. 1-131).

documents de voyage et la préparation des décisions de retour (article 48 du règlement EBCG). Lorsqu'elle fournit son assistance aux États membres, l'Agence le fait sans aborder le bien-fondé des décisions de retour, qui restent de la seule responsabilité des États membres (article 48, paragraphe 1, et article 50, paragraphe 1, du règlement EBCG). Toutefois, cette assistance doit être fournie dans le respect des droits fondamentaux, des principes généraux du droit de l'Union et du droit international, y compris la protection internationale, le respect du principe de non-refoulement et des droits de l'enfant (article 48, paragraphe 1, du règlement EBCG).

Le rôle accru de Frontex dans le domaine des opérations de retour reflète la volonté politique de transformer l'Agence en une «agence de retour de l'UE» afin de mettre en œuvre l'agenda européen en matière de migration⁴, qui vise d'emblée à réduire les incitations à la migration irrégulière et à organiser efficacement le retour des migrants qui n'ont pas le droit de séjourner dans l'UE.⁵ Le rôle prépondérant de Frontex dans le domaine des retours est décrit dans la stratégie de la Commission européenne en matière de retour volontaire et de réintégration présentée en avril de cette année⁶. Conformément à cette stratégie, Frontex reprendra les activités du réseau européen pour le retour et la réintégration⁷ à la mi-2022, ce qui garantira que les avantages du réseau seront étendus de manière égale à tous les États membres et que Frontex pourra remplir son mandat dans le domaine des retours de manière pleinement efficace, en fournissant un appui continu à l'organisation d'une assistance au retour et à la réintégration sur mesure en faveur des personnes faisant l'objet d'une décision de retour. La Commission européenne estime que le rôle de Frontex en tant qu'organe opérationnel du système commun de l'UE en matière de retour est essentiel pour améliorer l'efficacité globale du système et pour soutenir l'utilisation pratique d'un cadre consolidé de l'UE en matière de retour volontaire et de réintégration.⁸

Selon l'Agence, il est prévu d'organiser à cet effet trois opérations de retour différentes afin de collecter des informations opérationnelles destinées à améliorer l'organisation et la mise en œuvre des opérations de retour, étant donné qu'à l'avenir, celles-ci seront régulièrement effectuées par l'Agence. [REDACTED]

⁴ [Un agenda européen en matière de migration](#), 13 mai 2015.

⁵ CEPS, [Propositions législatives de la Commission européenne dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile](#), p. 29.

⁶ [La stratégie de l'UE en matière de retour volontaire et de réintégration](#)

⁷ Il s'agit d'un réseau financé par l'UE, composé de plusieurs États membres et de pays associés à l'espace Schengen, qui facilite la coopération entre les autorités chargées de la migration. Ce réseau est devenu un acteur essentiel du processus d'aide au retour volontaire et à la réintégration.

⁸ [La stratégie de l'UE en matière de retour volontaire et de réintégration](#), p. 3 et 9.




2.3. Traitement des données à caractère personnel intervenant dans le cadre des opérations de retour

La réalisation d'opérations de retour implique une série d'opérations de traitement et de transferts internationaux de données. Parmi ces opérations de traitement figure par exemple l'acquisition auprès du pays tiers concerné d'une autorisation diplomatique de survol et d'atterrissage. Pour obtenir une telle autorisation, il faut notamment transmettre aux autorités du pays de retour (pays tiers) la liste des passagers, en particulier les données à caractère personnel concernant les personnes faisant l'objet d'une décision de retour, les escortes pour les retours forcés, les contrôleurs des droits fondamentaux, le personnel de sécurité et éventuellement le personnel médical.

En ce qui concerne les données à caractère personnel des personnes faisant l'objet d'une décision de retour, l'article 86, paragraphe 3, du règlement EBCG prévoit le transfert des données à caractère personnel visées à l'article 49 (données biographiques ou listes de passagers) à un pays tiers conformément au chapitre V du RPDUE, dans la mesure où ce transfert est nécessaire à l'accomplissement des tâches de l'Agence. Cet article prévoit également une série de garanties supplémentaires qui devraient être mises en œuvre par Frontex concernant le transfert.

Selon les précisions fournies jusqu'à présent par Frontex (Centre européen des retours - ECRET), la nature exacte des données transférées dépend à chaque fois (i) du pays de retour spécifique; (ii) de la coopération bilatérale établie entre un EM spécifique et le pays tiers de retour concerné. Au vu de l'expérience de Frontex, les principales données requises sont les suivantes: (i) nom et prénom; (ii) type de document de voyage et numéro du document; (iii) date de naissance; (iv) liens familiaux sur le territoire des EM; (v) nationalité. Frontex a également fourni quelques exemples concrets de données requises par certains pays tiers ou transférées à ceux-ci



██████████ Quoi qu'il en soit, Frontex note également que les données à caractère personnel indiquées ci-après sont incluses dans l'application Frontex pour les retours («FAR», *Frontex application for return*) et peuvent être partagées avec les pays tiers par l'organisateur des opérations de retour, en fonction du cadre juridique du pays tiers concerné: (i) lieu de départ; (ii) destination; (iii) nom et prénom; (iv) date de naissance; (v) liens familiaux avec d'autres passagers, en particulier avec des mineurs; (vi) nationalité; (vii) sexe; (viii) document; (viii) risque en matière de sécurité et (ix) retour volontaire ou retour forcé.

Les destinataires de ces données peuvent être différents suivant les pays tiers concernés: il peut s'agir du ministère de l'intérieur, du ministère des affaires étrangères ou des autorités frontalières et aéroportuaires.

3. ANALYSE JURIDIQUE ET RECOMMANDATIONS

3.1. Licéité des transferts

Le RPDUE autorise explicitement les transferts des données à caractère personnel vers des pays tiers, sous réserve du respect de deux critères: premièrement, le traitement doit être licite et, deuxièmement, un outil de transfert approprié doit être mis en place. Cela signifie que lorsque Frontex transfère des données à caractère personnel vers des pays tiers, l'Agence doit, en plus de se conformer aux dispositions du chapitre V du RPDUE, également satisfaire aux conditions prévues dans les dispositions de fond du RPDUE applicables à tout traitement. En particulier, chaque activité de traitement doit respecter les principes de protection des données consacrés à l'article 4 du RPDUE, être licite conformément à l'article 5 du RPDUE et satisfaire aux dispositions de l'article 10 du RPDUE pour les catégories particulières de données à caractère personnel. Le chapitre V du règlement prévoit des mécanismes et conditions spécifiques concernant les transferts par des institutions et organes de l'UE de données à caractère personnel vers un pays tiers ou une organisation internationale. Ces mécanismes et conditions visent à garantir que le niveau de protection des personnes physiques assuré par la législation de l'UE en matière de protection des données ne soit pas amoindri.

Conformément à l'article 5, paragraphe 1, point a), du RPDUE, Frontex s'assure que le transfert (autrement dit, le traitement) de données à caractère personnel est nécessaire à

l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investie l'Agence au titre du droit de l'UE. En effet, l'article 50, paragraphe 1, du règlement EBCG prévoit que Frontex est compétente pour coordonner ou organiser des opérations de retour de sa propre initiative, ce qui implique une série de transferts internationaux de données.

Toutefois, l'article 86, paragraphes 3 et 4, du règlement EBCG soumet les transferts des données à caractère personnel visés à l'article 49 (données biographiques ou listes de passagers) à quatre conditions cumulatives:

(1) le transfert est nécessaire à l'accomplissement des tâches de l'Agence,
(2) le transfert satisfait aux garanties supplémentaires définies au chapitre V du RPDUE,
(3) le transfert satisfait aux garanties de protection des données spécifiques visées à l'article 86, à savoir:

(i) l'Agence veille à ce que les données à caractère personnel transférées vers le pays tiers ou à l'organisation internationale ne soient traitées qu'aux fins pour lesquelles elles ont été fournies;

(ii) l'Agence indique, au moment du transfert de données à caractère personnel ou lorsque la nécessité des limitations devient évidente pour un pays tiers ou une organisation internationale, toute limitation d'accès à ces données ou d'utilisation de ces données, en termes généraux ou spécifiques, y compris en ce qui concerne le transfert, l'effacement ou la destruction, et

(iii) l'Agence veille à ce que le pays tiers ou l'organisation internationale concerné respecte ces limitations;

(4) le transfert ne porte pas atteinte aux droits des demandeurs d'une protection internationale et des bénéficiaires d'une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement et l'interdiction de divulguer ou de chercher à obtenir des informations énoncée à l'article 30 de la directive 2013/32/UE relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale. À cet égard, étant donné que la décision de retour relève de la seule responsabilité de l'État membre (article 50, paragraphe 1, du règlement EBCG), le CEPD comprend que cette obligation s'applique aux États membres lorsque ceux-ci transfèrent à Frontex, dans le cadre de l'organisation et de la coordination de l'opération de retour, les données des personnes faisant l'objet d'une décision de retour. Frontex devrait toutefois s'assurer que les États membres sont conscients de cette obligation, par exemple en leur demandant de certifier que les données à caractère

personnel à transférer sont conformes à cette disposition (par exemple en cochant une case dans la demande de retour).

3.2. Transferts dans le cadre de garanties appropriées

Le comité européen de protection des données (l'«EDPB»)⁹, son prédécesseur (le groupe de travail «article 29») ainsi que le CEPD ont longtemps interprété le régime des transferts comme prévoyant une approche à plusieurs niveaux des mécanismes de transfert. À cet égard, le responsable du traitement (l'exportateur de données) doit d'abord examiner si le pays tiers offre un niveau de protection adéquat, en se fondant sur une décision d'adéquation rendue par la Commission européenne, et s'assurer que les données exportées dans le cadre d'une opération de traitement spécifique feront l'objet de garanties dans le pays tiers.

En l'absence de décision d'adéquation dans le pays tiers vers lequel les données sont transférées, l'exportateur de données devrait envisager de fournir des garanties appropriées, en examinant les possibilités d'encadrer le transfert par l'un des mécanismes prévus à l'article 48 du RPDUE: instruments juridiquement contraignants et exécutoires entre autorités publiques, clauses types de protection des données adoptées par la Commission européenne ou le CEPD, règles d'entreprise contraignantes, codes de conduite, mécanismes de certification et, sous réserve de l'autorisation du CEPD, clauses de protection des données et arrangements administratifs ad hoc.

Ce n'est qu'en l'absence de telles garanties appropriées, et en dernier recours, que l'exportateur de données pourrait évaluer la possibilité d'utiliser l'une des dérogations prévues à l'article 50 du RPDUE.

L'effort visant à encadrer les transferts de données à caractère personnel par des garanties appropriées et à ne pas se fonder sur des dérogations revêt une importance particulière dans le cadre des opérations de retour, compte tenu de la vulnérabilité des personnes concernées dont les données à caractère personnel sont transférées vers les pays tiers et de l'impact que le transfert peut avoir sur leurs droits et libertés fondamentaux¹⁰. C'est ce que reconnaît le législateur de l'UE, qui met particulièrement l'accent sur le respect des droits fondamentaux dans le cadre des opérations de retour et qui, à l'article 48 du règlement EBCG, prévoit que Frontex fournit une assistance aux États membres uniquement dans le respect des droits

⁹ [Lignes directrices 2/2018 relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement \(UE\) 2016/679](#)

¹⁰ Sur les défis liés à l'État de droit et aux droits fondamentaux découlant de la directive retour 2008/115/CE, voir K. Eisele, et al. [The Return Directive 2008/115/EC, European Implementation Assessment](#).

fondamentaux, des principes généraux du droit de l'Union et du droit international, y compris la protection internationale, le respect du principe de non-refoulement et des droits de l'enfant.

En l'espèce, Frontex fait valoir qu'aucun des pays de retour ne dispose d'une décision d'adéquation. La Commission étant seule compétente pour rendre des décisions d'adéquation, Frontex ne peut pas s'appuyer sur une telle décision pour fonder le transfert.

L'UE a mis en place une série d'accords de réadmission (Hong Kong; Macao; Sri Lanka; Albanie; Russie; Ukraine; Macédoine du Nord; Bosnie-Herzégovine; Monténégro; Serbie; Moldavie; Pakistan; Géorgie; Arménie; Azerbaïdjan; Turquie; Cap-Vert et Biélorussie) sur lesquels Frontex pourrait s'appuyer au titre de l'article 48, paragraphe 2, point a), du RPDUE. Toutefois, même si ces accords de réadmission comportent une clause de protection des données, le DPD est d'avis que le libellé des clauses ne constitue pas une garantie appropriée au sens de l'article 48 du RPDUE. Aucune information supplémentaire n'est fournie à cet égard. L'examen de la clause de protection des données comprise dans les accords de réadmission conclus avec l'Albanie¹¹ et la Géorgie¹² confirme la conclusion du DPD. Les garanties minimales qui doivent être incluses dans un instrument juridiquement contraignant conclu entre autorités publiques, telles qu'elles ont été identifiées par l'EDPB lors de l'interprétation des dispositions pertinentes du RGPD¹³, sont absentes des clauses de protection des données susmentionnées. Par exemple et à titre non exhaustif, il n'existe aucune disposition concernant les obligations de transparence des parties, les droits des personnes concernées ou les mécanismes de recours et de contrôle.

Enfin, l'UE dispose également d'un certain nombre d'accords de réadmission non contraignants (Afghanistan, Guinée, Bangladesh, Éthiopie, Gambie, Côte d'Ivoire) sur lesquels Frontex pourrait s'appuyer pour effectuer ces transferts de données en vertu de l'article 48, paragraphe 3, point b), du RPDUE, sous réserve de l'autorisation préalable du CEPD. Le DPD est par ailleurs d'avis que le libellé des clauses ne constitue pas une garantie appropriée au sens de l'article 48 du RPDUE. Dans le même ordre d'idées, les organisations de la société civile et le Parlement européen ont critiqué ces arrangements pour leur manque

¹¹ [Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier - Déclarations.](#)

¹² [Accord entre l'Union européenne et la Géorgie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier.](#)

¹³ [Lignes directrices 2/2020 du comité européen de la protection des données](#) concernant l'article 46, paragraphe 2, point a), et l'article 46, paragraphe 3, point b), du règlement (UE) 2016/679 pour les transferts de données à caractère personnel entre autorités publiques et organismes publics établis dans l'EEE et ceux établis hors de l'EEE.

de transparence et leur impact potentiel sur les droits humains des personnes faisant l'objet d'une décision de retour, étant donné qu'en principe, ces arrangements ne comportent aucune référence à la protection internationale des réfugiés et aux droits de l'homme.¹⁴

À la lumière de ce qui précède, il apparaît que Frontex pourrait, dans de nombreux cas, utiliser des accords/arrangements de réadmission (contraignants ou, au contraire, non contraignants) si ces derniers prévoient des garanties appropriées en matière de protection des données. Le CEPD est d'avis que de tels accords/arrangements de réadmission devraient, en règle générale, être les instruments privilégiés sur lesquels fonder les transferts de données à caractère personnel des personnes faisant l'objet d'une décision de retour vers leur pays d'origine.

Toutefois, le CEPD comprend, sur la base des informations fournies, que ces instruments ne comportent actuellement pas de telles garanties appropriées et ne peuvent pas, dans les circonstances actuelles, être utilisés comme instruments pour encadrer les transferts¹⁵.

3.3. Utilisation de la dérogation relative à l'intérêt public

Comme nous l'avons analysé ci-dessus, en l'absence de mécanismes de transfert présentant des garanties appropriées et en dernier recours, l'exportateur de données pourrait évaluer la possibilité d'appliquer l'une des dérogations prévues à l'article 50 du RPDUE. Par conséquent et afin que Frontex soit en mesure d'accomplir ses tâches et d'exécuter son mandat légal, l'Agence doit évaluer si elle peut fonder ces transferts sur l'article 50, paragraphe 1, point d), du RPDUE. Cette dernière disposition autorise un transfert ou un ensemble de transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers lorsque ce transfert est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public.

¹⁴ [Rapport spécial de la Cour des comptes européenne: coopération de l'UE avec les pays tiers en matière de réadmission](#), points 34-38.

¹⁵ Le DPD souligne qu'en raison de la sensibilité et de la réticence des pays tiers à signer des accords de réadmission, il semble très difficile de négocier des garanties appropriées. Il ressort également du [Rapport spécial de la Cour des comptes européenne: coopération de l'UE avec les pays tiers en matière de réadmission](#), points 26-38, que, durant la période 2015-2020, l'UE a accompli des progrès limités s'agissant de la conclusion de négociations d'accords de coopération avec l'UE en matière de réadmission. Toutefois, la Commission a connu un plus grand succès en négociant des arrangements de réadmission juridiquement non contraignants, dont le contenu est plus flexible.

3.3.1. Motifs importants d'intérêt public

Le CEPD estime, comme le rappelle également l'EDPB dans les orientations relatives aux dérogations au titre de l'article 49 du RPDUE¹⁶, que conformément à l'article 50, paragraphe 3, du RPDUE, seuls les intérêts publics reconnus dans le droit de l'Union peuvent conduire à l'application de cette dérogation. Plus précisément, pour appliquer cette dérogation, il ne suffit pas que le transfert de données ait lieu au motif de servir un intérêt public d'un pays tiers qui, de manière abstraite, existe également dans le droit de l'UE. En réalité, la dérogation ne s'applique que lorsqu'il peut également être déduit du droit de l'UE que ces transferts de données sont autorisés à des fins d'intérêt public important, notamment dans un esprit de réciprocité au service de la coopération internationale.

L'Agenda européen en matière de migrations¹⁷ met particulièrement l'accent sur la mise en place d'une politique efficace de retour des migrants en situation irrégulière, en soulignant que celle-ci fait partie intégrante d'une politique globale de migration et d'asile. Assurer le retour des migrants en situation irrégulière est essentiel pour renforcer la crédibilité des politiques en matière de protection internationale et de migration légale. C'est pourquoi l'UE s'efforce depuis longtemps d'harmoniser et de soutenir les efforts nationaux de gestion des retours sur la base de la directive retour (2008/115/CE), qui définit des normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans l'UE. Les initiatives adoptées par la Commission dans le domaine des retours au titre de l'Agenda comportaient notamment des recommandations et des orientations formulées à l'intention des États membres concernant la manière de mener des procédures de retour plus efficaces¹⁸, ce qui montre que la lutte contre l'immigration clandestine reposant sur une politique de retour efficace constitue pour l'Union européenne une question importante d'intérêt public.

Le mandat et les responsabilités élargis de Frontex dans le domaine des retours, prévus au titre du règlement EBCG, s'inscrivent également dans le cadre de la politique de retour de l'UE et complètent les règles communes en matière de retours existant dans les États membres. S'agissant plus particulièrement des retours des migrants en situation irrégulière, le considérant 79 du règlement EBCG dispose ce qui suit: « *Le 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, conformément à la directive 2008/115/CE du Parlement*

¹⁶ Voir la note de bas de page 9.

¹⁷ [Un agenda européen en matière de migration](#), 13 mai 2015. [Documents législatifs sur l'agenda européen en matière de migration](#)

¹⁸ CEPS, [Propositions législatives de la Commission européenne dans le cadre du nouveau pacte sur la migration et l'asile](#), p. 29.

européen et du Conseil, est un aspect essentiel de l'action globale menée pour lutter contre l'immigration illégale et constitue une question importante d'intérêt public majeur».

Par conséquent, en espèce, l'organisation d'opérations de retour en vue de lutter contre l'immigration clandestine devrait être considérée comme une question importante d'intérêt public reconnue par le droit de l'Union, conformément à l'article 50, paragraphe 3, du RPDUE.

3.3.2. Une approche restrictive du recours aux dérogations

En ce qui concerne la dérogation pour des «*motifs importants d'intérêt public*», le considérant 68 du RPDUE indique que la dérogation n'est pas limitée aux transferts de données qui sont «*occasionnels*», comme c'est le cas lorsque le transfert est nécessaire dans le cadre d'un contrat ou d'une action en justice. Toutefois, selon les orientations de l'EDPB publiées dans le cadre du RGPD, cela ne signifie pas que les transferts de données sur la base de l'intérêt public important peuvent avoir lieu à grande échelle et de manière systématique. L'EDPB rappelle plutôt le principe général selon lequel les dérogations ne doivent pas devenir en pratique «*la règle*», mais doivent être limitées à des situations spécifiques, et chaque exportateur de données doit s'assurer que le transfert répond au critère de stricte nécessité, en ce sens que le transfert des données spécifiques est nécessaire pour répondre à l'intérêt public poursuivi.

Par conséquent, l'EDPB encourage vivement tous les exportateurs de données (et en particulier les organismes publics) à encadrer ces transferts en mettant en place des garanties appropriées plutôt que de s'appuyer sur des dérogations lorsque les transferts sont effectués dans l'exercice normal des activités ou des pratiques. Le CEPD conseille aussi systématiquement aux institutions de l'UE d'adopter des mesures de protection appropriées en cas de transferts structurels¹⁹.

¹⁹ [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](#), p. 3-4, [Observations formelles du CEPD sur la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, et à l'application provisoire de l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche durable entre l'Union européenne et la République islamique de Mauritanie ainsi que du protocole de mise en œuvre dudit accord, et sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de partenariat dans le secteur de la pêche durable entre l'Union européenne et la République islamique de Mauritanie ainsi que du protocole de mise en œuvre dudit accord](#), p. 4-6, [Observations formelles du CEPD sur la proposition de décision du Conseil relative à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques en haute mer dans le Pacifique Nord](#), p. 4-6.

Cette approche repose sur le fait que les dérogations n'offrent pas en elles-mêmes de protection en matière de transferts de données, étant donné qu'elles visent à couvrir des situations dans lesquelles il n'existe pas de protection adéquate dans le pays vers lequel les données doivent être transférées. Par conséquent, les dérogations prévues à l'article 50 constituent des exemptions au principe général suivant lequel des données à caractère personnel ne peuvent être transférées vers un pays tiers que si un niveau de protection adéquat y est prévu ou si des garanties appropriées ont été apportées et que les personnes concernées jouissent de droits exécutoires et effectifs afin de continuer à bénéficier de leurs droits et garanties fondamentaux. De ce fait et conformément aux principes inhérents au droit européen, les dérogations doivent être interprétées de manière restrictive afin que l'exception ne devienne pas la règle.

Le prédécesseur de l'EDPB (à savoir le groupe de travail «article 29») a également constaté que le concept même de dérogations (appelées précédemment exceptions) repose sur le fait que «*les risques pour la personne concernée sont relativement faibles*» ou que «*d'autres intérêts (qu'ils soient publics ou propres à la personne concernée elle-même) priment le droit de la personne concernée au respect de la vie privée*»²⁰. Ainsi, les dérogations autorisent en fait les transferts de données lorsqu'il existe un intérêt sociétal supérieur les justifiant, soit parce que les risques sont faibles, soit parce que d'autres droits et intérêts importants priment ces risques, ce qui implique la réalisation d'un exercice de mise en balance.

En ce qui concerne cet exercice de mise en balance à réaliser dans le cadre de la protection des données, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que des limitations au droit à la protection des données à caractère personnel sont autorisées si (entre autres conditions) elles sont proportionnées (au sens d'appropriées et nécessaires) au but légitime recherché, qui doit être un intérêt général reconnu par le droit de l'UE²¹. L'exercice de mise en balance demandé par la Cour doit tenir compte de l'existence éventuelle d'autres mesures que celles prévues, qui porteraient moins atteinte aux droits concernés²². La Cour a également jugé que, conformément au principe de proportionnalité, une «*ingérence grave*» dans le droit fondamental à la protection des données à caractère

²⁰ Voir groupe de travail «article 29», Transferts de données personnelles vers des pays tiers: Application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données. Adopté le 24 juillet 1998 et disponible à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp12_en.pdf, p. 24.

²¹ Voir, à titre indicatif, arrêt de la CJUE dans les [affaires C-92/09 et C-93/09](#), Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-93/09) contre Land Hessen, points 65, 72 et 74, arrêt de la CJUE dans les [affaires jointes C-293/12 et C-594/12](#), Digital Rights Ireland Ltd, Seitlinger and Others, points 38-44.

²² Voir, à titre indicatif, arrêt de la CJUE dans les [affaires C-92/09 et C-93/09](#), Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-93/09) contre Land Hessen, points 65, 72 et 74.

personnel peut être justifiée si le but recherché est également important, tandis qu'une ingérence «*moins grave*» peut être justifiée pour des buts moins importants²³.

Selon nous, c'est dans ce sens que l'EDPB exige que les transferts de données fondés sur la dérogation relative à l'intérêt public ne puissent pas avoir lieu à grande échelle et de manière systématique, étant donné que de tels transferts entraîneraient une «*ingérence grave*» dans le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. En l'espèce, comme indiqué ci-dessus, la décision d'organiser le retour de personnes vers leur pays d'origine, ce qui implique pour Frontex la nécessité de transférer des données concernant ces personnes vers des pays tiers n'offrant pas un niveau de protection adéquat, constitue une ingérence grave dans leurs droits fondamentaux. Frontex devrait donc établir que l'intérêt public en jeu prime les droits des personnes concernées relatifs au respect de la vie privée et à la protection des données.

À cette fin, Frontex devrait procéder à une évaluation pour déterminer dans le cadre d'une décision si l'application de la dérogation relative à l'intérêt public est licite. Cette évaluation doit être menée sur la base des critères identifiés ci-dessous.

3.3.3. Critères permettant d'évaluer s'il est admissible d'appliquer la dérogation relative à l'intérêt public

Compte tenu de la vulnérabilité des personnes faisant l'objet d'une décision de retour dont les données à caractère personnel sont transférées vers leur pays d'origine et de l'impact «*grave*» que ce transfert peut avoir sur leurs droits et libertés fondamentaux, et étant donné qu'il semble dangereux de définir des seuils fixes, le CEPD recommande que Frontex prenne en compte les facteurs suivants pour effectuer l'évaluation:

(i) le type de données transférées vers le pays tiers (par exemple, des données biométriques), dans la mesure où l'ingérence sera d'autant plus «*grave*» que les données transférées sont sensibles; et le type de personnes concernées (par exemple, des mineurs);

(ii) le volume de données transférées (indiqué en détail au point 2.3) et le nombre de personnes concernées affectées, afin d'éviter d'effectuer des transferts à grande échelle donnant lieu à une ingérence «*grave*» dans le droit à la protection des données. Le RPDUE ne définit pas ce qui constitue un traitement à grande échelle. Dans les lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (approuvées par l'EDPB

²³ Voir arrêt de la CJUE dans l'[affaire C-207/16](#), Ministerio Fiscal, points 51-58.

lors de sa première réunion plénière),²⁴ le groupe de travail «article 29», interprétant les dispositions pertinentes du RPDUE, a recommandé que les facteurs suivants, notamment, soient pris en compte pour déterminer si le traitement est effectuée à grande échelle:

- Z le nombre de personnes concernées affectées (exprimé sous la forme d'un nombre spécifique ou d'un pourcentage de la population concernée);
- Z le volume de données et/ou l'éventail des différentes données traitées;
- Z la durée, ou la permanence, de l'activité de traitement des données;
- Z l'étendue géographique de l'activité de traitement.

En l'espèce et conformément aux orientations susmentionnées, il convient d'examiner si les besoins des EM concernant certains pays peuvent être anticipés (par exemple, s'il existe un modèle de vols de retour, Frontex peut anticiper les besoins des EM en analysant les demandes antérieures). Dans de tels cas, le volume de données transférées et le nombre de personnes concernées affectées devraient être évalués en tenant également compte de la périodicité du transfert;

(iii) le caractère systématique ou non systématique du transfert. En ce qui concerne l'interprétation du terme «*transfert systématique*», l'EDPB a estimé qu'il fallait considérer comme tel un transfert de données qui se produit régulièrement dans le cadre d'une relation stable entre l'exportateur de données et un certain importateur de données. De tels transferts ne sauraient être considérés comme «*occasionnels*» étant donné que ce dernier terme indique que ces transferts peuvent avoir lieu plus d'une fois, mais pas régulièrement, et ce en dehors du déroulement normal des opérations, par exemple dans des circonstances aléatoires ou inconnues et à des intervalles arbitraires.²⁵

Frontex fait valoir que si elle devait organiser ses propres opérations de retour, les transferts de données que celles-ci supposent ne seraient pas systématiques, étant donné que ces transferts dépendent entièrement de la disponibilité des personnes faisant l'objet d'une décision de retour, de la coopération déployée par les autorités des pays tiers, du besoin de soutien des EM et des modifications de destination.

Afin d'évaluer si ces transferts ont un caractère systématique, il convient par ailleurs d'examiner le rôle de Frontex dans le cadre des opérations de retour. Plus précisément, tant que les opérations de retour effectuées de sa propre initiative constituent pour Frontex une

²⁴ [Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données \(AIPD\) et la manière de déterminer si le traitement est «susceptible d'engendrer un risque élevé» aux fins du règlement \(UE\) 2016/679](#), p. 10.

²⁵ [Lignes directrices 2/2018 relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement \(UE\) 2016/679](#), p. 4.

activité marginale, il est plus facile d'affirmer que les transferts ne sont «*pas systématiques*». En revanche, étant donné que la volonté politique de transformer l'Agence en «agence de retour de l'UE» se concrétisera dans les années à venir, ce qui conduira Frontex à organiser de sa propre initiative la majorité des opérations de retour, le recours à un mécanisme de transfert stable (c'est-à-dire à des accords juridiquement contraignants ou à des arrangements administratifs) constituerait la réponse appropriée face à une situation où les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers seront plus systématiques;

(iv) l'existence d'un régime de protection des données dans le pays tiers qui limiterait les risques du transfert pour les personnes concernées. Cet aspect revêt une importance particulière pour les pays ayant conclu un accord d'association avec l'UE et ses États membres (par exemple, l'Albanie, la Géorgie), accord qui comprend des articles prévoyant une coopération en vue de garantir un niveau élevé de protection des données fondé sur des normes européennes et internationales.

4. CONCLUSION

L'analyse ci-dessus a permis d'établir ce qui suit:

- Z si la décision d'organiser le retour de personnes dans leur pays d'origine relève de la seule responsabilité des États membres, elle implique pour Frontex la nécessité de transférer des données sur des personnes vers des pays tiers qui n'offrent pas un niveau de protection adéquat. Le transfert de données à caractère personnel constitue une ingérence grave dans les droits fondamentaux des personnes concernées vulnérables, à savoir les personnes faisant l'objet d'une décision de retour. Compte tenu de la gravité de l'impact du transfert sur cette catégorie vulnérable de personnes concernées, le législateur a prévu que Frontex devrait remplir son mandat étendu en ce qui concerne les opérations de retour conformément aux droits fondamentaux, aux principes généraux du droit de l'Union et du droit international, y compris la protection internationale, le respect du principe de non-refoulement et des droits de l'enfant (article 48, paragraphe 1, du règlement EBCG);
- Z Frontex devrait s'efforcer de fonder les transferts de données à caractère personnel sur des accords/arrangements de réadmission offrant, en règle générale, des garanties appropriées. Cet aspect devient de plus en plus critique à mesure que Frontex se transforme en «agence de retour de l'UE», c'est-à-dire qu'elle développe sa propre capacité à organiser des opérations de retour de sa propre initiative, conformément à

l'article 50 du règlement EBCG. En ce sens, Frontex devrait encourager la Commission européenne à négocier/renégocier les accords/arrangements de réadmission conclus avec les pays tiers en vue d'y inclure des garanties appropriées en matière de protection des données, conformément à l'article 48 du RPDUE. Dans l'intervalle, Frontex est également encouragée à négocier des accords administratifs avec les pays tiers vers lesquels les transferts de données deviennent réguliers, voire structurels. Ce point semble particulièrement important pour garantir le respect des garanties spécifiques en matière de protection des données énumérées à l'article 86, paragraphe 3, du règlement EBCG;

- Z l'application de la dérogation relative à des «*motifs importants d'intérêt public*» pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers dans le cadre des opérations de retour devrait rester une solution de dernier recours et ne saurait constituer une autorisation générale de transferts vers n'importe quel pays tiers;
- Z l'organisation d'opérations de retour afin de lutter contre l'immigration clandestine a été reconnue comme une question importante d'intérêt public dans le droit de l'Union, conformément à l'article 50, paragraphe 3, du RPDUE;
- Z pour déterminer si le transfert de données vers un pays tiers répond aux conditions strictes visées à l'article 50, paragraphe 1, point d), du RPDUE, il convient d'effectuer une évaluation en tenant compte des critères décrits au point 3.3.3;
- Z l'évaluation doit être vérifiée et mise à jour chaque fois que l'un des facteurs qui y interviennent fait l'objet d'une modification substantielle.

Fait à Bruxelles, le 20 décembre 2021

(signature électronique)
Wojciech Rafał WIEWIÓROWSKI