



18.xxx

Message

concernant l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225; développements de l'acquis de Schengen) et modification de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI)

du ...

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous soumettons à votre approbation, d'une part, le projet d'un arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225) (développements de l'acquis de Schengen) et, d'autre part, les modifications législatives nécessaires qui s'y rapportent. En outre, nous vous soumettons une autre modification de la loi sur les étrangers et l'intégration.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le présent message porte sur l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et [UE] 2017/2225 ; développements de l'acquis de Schengen) et sur les adaptations légales qui en découlent. Indépendamment de cela, il porte également sur une modification de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI).

Contexte

Les règlements (UE) 2017/2226 portant création d'un EES et (UE) 2017/2225 modifiant le code frontières Schengen (CFS) concernant l'utilisation de l'EES ont été adoptés par le Parlement européen et le Conseil le 30 novembre 2017, puis notifiés à la Suisse le 17 janvier 2018 en tant que développements de l'acquis de Schengen. Le Parlement suisse a compétence pour la reprise et l'approbation de ces développements de Schengen et pour leur transposition dans la LEI.

Contenu du projet

Ces nouveaux règlements de l'UE visent à accroître la sécurité de l'espace Schengen et à permettre, grâce à l'automatisation de nombreux processus, d'améliorer l'efficacité des vérifications aux frontières eu égard au nombre croissant de voyageurs à destination de l'espace Schengen.

L'EES sert à la saisie électronique des entrées et des sorties des ressortissants d'États tiers qui se rendent pour un court séjour dans l'espace Schengen, ainsi qu'à la saisie des refus d'entrée. En outre, il calcule la durée de séjour effective au sein de l'espace Schengen. Ce système doit permettre d'une part de déceler plus facilement les personnes en situation irrégulière (en particulier les personnes qui dépassent la durée de séjour autorisée) et d'autre part d'identifier celles qui voyagent sans document de voyage lors des contrôles aux frontières extérieures ou à l'intérieur de l'espace Schengen, notamment grâce à des éléments d'identification biométriques (image faciale et empreintes digitales).

Par ailleurs, les États Schengen qui le souhaitent peuvent mettre sur pied des programmes nationaux d'allègement des formalités (NFP) et les reconnaître mutuellement. Grâce au NFP, les ressortissants d'États tiers qui voyagent fréquemment et qui, après un contrôle de sécurité préalable, ont obtenu le statut de « voyageur enregistré », bénéficient de contrôles simplifiés aux frontières, vu qu'il n'est plus obligatoire de les interroger sur le motif de leur séjour et sur leurs moyens financiers.

La mise sur pied du NFP étant facultative, le Conseil fédéral a décidé, eu égard aux ressources disponibles limitées, de suspendre ce projet pour le moment et de donner la priorité à l'EES, qui doit obligatoirement être mis en œuvre. L'opportunité d'un

NFP sera néanmoins réexaminée ultérieurement sur la base des développements et à la suite des expériences faites au niveau européen.

Nouvelle disposition dans la LEI

Indépendamment de la reprise de ces développements de l'acquis de Schengen, il est proposé de combler une lacune législative dans la LEI et de régler la compétence du Conseil fédéral de prévoir des exceptions aux conditions d'entrée en Suisse (art. 5 LEI). Ces exceptions se limitent aux entrées pour des motifs humanitaires, d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales. Le Conseil fédéral fait actuellement déjà usage de cette compétence au niveau d'une ordonnance.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	6
1.1 Contexte	6
1.2 Déroulement des négociations	7
1.3 Procédure de reprise des développements de l'acquis de Schengen	9
1.4 Vue d'ensemble du contenu du projet	10
2 Contenu des règlements	12
2.1 Reprise du règlement EES	12
2.1.1 Contenu du règlement EES	12
2.1.2 Nouvelle réglementation proposée	16
2.2 Reprise du règlement (UE) 2017/2225 portant modification du CFS	18
2.2.1 Aperçu des modifications du CFS	18
2.2.2 Utilisation de systèmes de contrôle automatisés aux frontières extérieures de l'espace Schengen (nouveaux art. 8 ^{bis} à 8 ^{quater} CFS)	19
2.2.3 Mise en place facultative d'un NFP (nouvel art. 8 ^{quinquies} CFS)	21
2.2.4 Autres modifications du CFS	22
2.2.5 Nouvelle réglementation proposée	25
3 Résultats de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	26
3.1 Généralités	26
3.2 Protection des données en lien avec le règlement EES	27
3.3 Ralentissement lors des contrôles automatisés aux frontières et besoins des aéroports	29
3.4 Durée de conservation des données	29
3.5 Coûts de la transposition du règlement EES	30
3.6 NFP	32
4 Nouvelle disposition dans la LEI	33
5 Commentaire des dispositions	33
5.1 Commentaire des articles de la LEI (art. 2 et annexe de l'arrêté fédéral) ³³	
5.2 Commentaire de la modification de la LEI	43
6 Conséquences de la reprise des bases juridiques relatives à l'EES et des modifications subséquentes de la LEI	44
6.1 Conséquences pour la Confédération	44
6.1.1 Conséquences financières	44

6.1.2	Conséquences en matière de personnel	45
6.2	Conséquences pour les cantons	46
6.3	Contributions de la Suisse à l'EES au niveau de l'UE	46
6.4	Frein aux dépenses	47
7	Conséquences de la modification de la LEI	47
8	Liens avec le programme de la législation	47
9	Aspects juridiques	48
9.1	Constitutionnalité	48
9.2	Forme de l'acte à adopter et de l'acte de mise en œuvre	48
9.2.1	Forme de l'acte à adopter	48
9.2.2	Forme de l'acte de mise en œuvre	49
9.3	Constitutionnalité de la modification de la LEI	49
9.4	Délégation de compétences législatives	49
9.5	Compatibilité avec les obligations internationales	49
9.6	Relation avec le droit de l'Union européenne	50
	Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée/de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225) (Développements de l'acquis de Schengen) (Projet)	99
	Échange de notes du 15 février 2018 entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du Règlement (UE) 2017/2226 portant création d'un système d'entrée/sortie et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) no 767/2008 et (UE) no 1077/2011 (Développement de l'acquis de Schengen)	99
	Échange de notes du 15 février 2018 entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2017/2225 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/de sortie (Développement de l'acquis de Schengen)	99
	Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)	99

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Dans le cadre de l'Accord d'association à Schengen (AAS)¹ conclu entre la Confédération suisse, l'Union européenne (UE) et la Communauté européenne, la Suisse s'est, en principe, engagée à reprendre tous les développements de l'acquis de Schengen (art. 2, par. 3, et 7 AAS).

En l'espèce, deux nouveaux actes européens qualifiés de développements de l'acquis de Schengen ont été notifiés à la Suisse le 17 janvier 2018.

Il s'agit, d'une part, du règlement (UE) 2017/2226 (règlement EES)², qui crée un système d'entrée/de sortie (*Entry/Exit System*, EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres ; ce règlement détermine également les conditions d'accès à l'EES à des fins répressives et modifie la Convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS)³ ainsi que les règlements (CE) n° 767/2008 (règlement VIS)⁴ et (UE) n° 1077/2011 (règlement eu-LISA)⁵.

D'autre part, le règlement (UE) 2016/399 (code frontières Schengen, CFS)⁶ a été modifié en ce qui concerne l'utilisation de l'EES (règlement [UE] 2017/2225⁷ ; cf.

¹ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, RS **0.362.31**

² Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n° 767/2008 et (UE) n° 1077/2011, JO L 327 du 9.12.2017, p. 20.

³ Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.

⁴ Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 218 du 13.8.2008, p. 60; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 610/2013, JO L 182 du 29.6.2013, p. 1.

⁵ Règlement (UE) n° 1077/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, version du JO L 286 du 1.11.2011, p. 1.

⁶ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, p. 1 ; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2017/2225, JO L 327 du 9.12.2017, p. 1.

ch. 2.2.3). Cette modification prévoit en outre un contrôle automatisé aux frontières et un programme national facultatif d'allègement des formalités aux frontières (*National Facilitation Programme*, NFP) pour les ressortissants d'États tiers.

La reprise de ces actes a été approuvée par le Conseil fédéral le 14 février 2018, sous réserve de son approbation définitive par le Parlement (cf. ch. 9.1).

1.2 Déroutement des négociations

En vertu de l'art. 4 AAS et des art. 2 et 3 de l'arrangement de comitologie⁸ conclu avec l'UE, la Suisse prend part aux groupes de travail du Conseil de l'UE ainsi qu'aux comités qui assistent la Commission dans l'exercice de ses compétences d'exécution (comités de comitologie) dans le domaine de Schengen. La Suisse peut notamment exprimer son avis et soumettre des suggestions. Elle ne dispose cependant pas du droit de vote (cf. art. 7, par. 1, AAS et art. 5, par. 1, de l'arrangement de comitologie).

Dans le cadre du train de mesures « Frontières intelligentes », la Commission européenne a soumis en 2013 aux États membres de Schengen un projet de règlement concernant un EES ainsi qu'un projet de programme d'enregistrement destiné aux ressortissants d'États tiers qui voyagent fréquemment (*Registered Traveller Programme*, RTP). La première lecture de ces projets ayant soulevé de nombreuses questions, la Commission a décidé de lancer une étude technique en 2014 et un projet pilote en 2015 en vue de valider les mesures proposées.

Se fondant sur les résultats de ces travaux, la Commission a publié, le 6 avril 2016, une proposition de règlement portant création d'un système d'entrée/sortie ainsi qu'une proposition de modification du CFS rendue nécessaire par la mise en service de l'EES. Le projet de RTP a été abandonné au profit d'un NFP à caractère facultatif.

Le groupe de travail « Frontières » du Conseil a ouvert la discussion en avril 2016. Les deux propositions ont ensuite été débattues au sein des organes politiques du Conseil, tant au niveau des ministres qu'à celui des ambassadeurs et des hauts fonctionnaires (Justice et affaires intérieures [JAI], Comité des représentants permanents des États membres [COREPER], Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile [CSIFA]). Ces organes ont siégé en tant que comités mixtes (COMIX), c'est-à-dire avec la participation des États associés à Schengen. Les représentants de la Confédération et des cantons ont pris position oralement et par écrit sur les règlements proposés.

⁷ Règlement (UE) 2017/2225 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/de sortie, JO L 327 du 9.12.2017, p. 1.

⁸ Arrangement du 22 septembre 2011 entre l'Union européenne et la République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein, le Royaume de Norvège et la Confédération suisse sur la participation de ces États aux travaux des comités qui assistent la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs dans le domaine de la mise en œuvre, de l'application et du développement de l'acquis de Schengen, RS **0.362.11**.

Lors des débats au Conseil, les controverses ont porté plus particulièrement sur la question de savoir s'il fallait ou non intégrer dans le champ d'application territorial de l'EES les États membres de l'UE qui n'appliquent pas encore entièrement l'acquis de Schengen mais qui ont déjà réussi l'évaluation Schengen (Bulgarie, Roumanie).

Afin d'empêcher l'enchaînement de séjours autorisés dans ces différents pays, la présidence slovaque du Conseil a préconisé une calculatrice automatique unique. Celle-ci permettrait de tenir compte, dans le calcul des 90 jours par période de 180 jours, des séjours dans les États membres de l'UE qui n'appliquent pas encore l'acquis de Schengen dans son intégralité. La Suisse s'est déclarée en principe favorable à la participation des pays en question à l'EES. De son point de vue, cette proposition remettait cependant en cause une pratique établie depuis longtemps. Plusieurs États membres de Schengen, dont la Suisse, ont dès lors émis un avis critique. Finalement, une majorité des délégations s'est néanmoins prononcée en faveur de la proposition de la présidence slovaque.

Le Conseil s'est également longuement penché sur la question de savoir s'il fallait ou non maintenir les accords bilatéraux d'exemption de visa qui autorisent des ressortissants d'États tiers à séjourner dans un État Schengen au-delà des délais normalement admis dans l'espace Schengen. En outre, il s'est interrogé sur la manière de documenter ces séjours dans la calculatrice de l'EES. Une majorité s'est prononcée en faveur du maintien desdits accords et une solution technique sera élaborée en conséquence dans le système.

Les modalités d'accès des autorités de poursuite pénale à l'EES ont également été longuement débattues. La plupart des délégations ont demandé davantage de flexibilité. Le Service juridique du Conseil et la Commission ont toutefois mis en garde contre une réglementation trop ouverte qui pourrait être contestée devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et risquerait ainsi d'être invalidée.

Lors des délibérations, la Suisse s'est prononcée en faveur d'un système qui soit aussi simple que possible tant pour les autorités de contrôle à la frontière que pour les voyageurs. Elle a par exemple fait des propositions sur la manière de gérer, dans l'EES, la durée de séjour dans l'espace Schengen au titre des accords bilatéraux d'exemption de visa. En raison de sa situation particulière, la Suisse a présenté à plusieurs reprises des propositions de modification de la réglementation du champ d'application afin que les membres de la famille d'un ressortissant suisse ou d'un citoyen d'un État membre de l'UE qui vivent en Suisse ne soient pas inscrits dans l'EES.

La Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures (LIBE) du Parlement européen a adopté le mandat de négociations en trilogue le 27 février 2017. Lors de la séance du COREPER du 2 mars 2017, une majorité des États Schengen a confié à la présidence maltaise un mandat de négociations en trilogue avec le Parlement européen.

Dans le cadre du trilogue, le Parlement européen a notamment exprimé des craintes concernant la protection des données. Aussi s'est-il longuement penché sur la question de l'accès des autorités de poursuite pénale et des autorités compétentes en matière d'asile à l'EES. L'accès des autorités du domaine de l'asile a été supprimé,

en dépit de l'avis favorable de la Suisse. Finalement, les deux règlements ont été formellement adoptés le 30 novembre 2017 lors de leur signature par les présidents du Parlement européen et du Conseil.

1.3 Procédure de reprise des développements de l'acquis de Schengen

Conformément à l'art. 2, par. 3, AAS, la Suisse s'est en principe engagée à reprendre tout acte juridique édicté par l'UE en tant que développement de l'acquis de Schengen après la signature de l'AAS le 26 octobre 2004 et, si nécessaire, à le transposer en droit suisse.

L'art. 7 AAS prévoit une procédure spéciale pour la reprise et la mise en œuvre des développements de l'acquis de Schengen. En premier lieu, l'UE notifie « sans délai » à la Suisse l'adoption d'un acte constituant un développement de l'acquis de Schengen. Le Conseil fédéral dispose ensuite d'un délai de 30 jours pour indiquer à l'institution européenne compétente (Conseil de l'UE ou Commission) si la Suisse reprendra ou non le développement et, le cas échéant, dans quel délai. Lorsque, comme dans le cas présent, l'acte juridique en question émane du Conseil de l'UE et du Parlement européen, le délai commence à courir à la date de son adoption par l'UE (art. 7, par. 2, pt a, AAS).

Si l'acte en question est contraignant sur le plan légal, la notification par l'UE ainsi que la note de réponse de la Suisse constituent un échange de notes qui représente, du point de vue de la Suisse, un traité de droit international. Conformément aux dispositions constitutionnelles, ce traité doit être approuvé soit par le Conseil fédéral, soit par le Parlement et, en cas de référendum, par le peuple.

Les deux règlements notifiés à la Suisse ont un caractère obligatoire. De surcroît, ils modifient la CAAS et trois règlements de l'UE qui ont déjà été repris par la Suisse au moyen d'un échange de notes. Ainsi, les présents règlements doivent aussi faire l'objet d'un échange de notes.

En l'espèce, l'approbation de l'échange de notes relève de la compétence de l'Assemblée fédérale (cf. ch. 9.1). Aussi la Suisse devra-t-elle informer l'UE, dans ses deux notes de réponse, qu'elle ne pourra, sur le plan juridique, être liée par le développement en question qu'« après l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles » (art. 7, par. 2, pt b, AAS). Le délai maximal dont dispose alors la Suisse pour la reprise et la mise en œuvre de ces développements est de deux ans à compter de la notification des actes en question par l'UE, période durant laquelle devrait s'inscrire un éventuel référendum.

Une fois que la procédure nationale a pris fin et que toutes les exigences constitutionnelles liées à la reprise et à la mise en œuvre des deux règlements européens auront été accomplies, la Suisse informe sans délai par écrit le Conseil de l'UE et la Commission. Si aucun référendum n'aboutit, cette communication, qui équivaut à la ratification des échanges de notes, a lieu immédiatement après l'échéance du délai référendaire.

En l'espèce, les deux règlements ont été approuvés le 30 novembre 2017, lors de leur signature par les présidents du Parlement européen et du Conseil de l'UE. Ils ont été notifiés à la Suisse le 17 janvier 2018. Le délai pour leur reprise et leur mise en œuvre a donc commencé à courir le 17 janvier 2018 et échoit le 17 janvier 2020. Le délai usuel de deux ans est néanmoins prolongé lorsque la mise en œuvre de l'acte dans l'espace Schengen est prévue à une date ultérieure. C'est le cas pour l'EES, qui ne sera probablement pas opérationnel avant 2021. L'approbation parlementaire doit néanmoins avoir lieu dans le délai de deux ans.

La non-reprise d'un développement de l'acquis de Schengen pourrait conduire, en dernier recours, à la cessation de l'AAS et, par conséquent, à celle de l'accord d'association à Dublin⁹ (art. 7, par. 4, AAS).

1.4 Vue d'ensemble du contenu du projet

La création d'un système enregistrant les entrées et sorties des ressortissants d'États tiers se rendant dans l'espace Schengen pour un court séjour est nécessaire pour relever plusieurs défis auxquels les États Schengen doivent faire face. Les avantages d'un tel système sont exposés ci-après.

Amélioration de la qualité des vérifications de ressortissants d'États tiers aux frontières extérieures de l'espace Schengen

Le flux de voyageurs est en augmentation continue. Le nombre total de franchissements réguliers des frontières extérieures de l'espace Schengen en 2025 devrait atteindre 887 millions, dont environ un tiers devrait être le fait de ressortissants de pays tiers se rendant dans les pays de l'espace Schengen pour un court séjour.

Les contrôles des ressortissants d'États tiers sont actuellement effectués manuellement. L'apposition de cachets sur les documents de voyage, indiquant les dates et lieux d'entrée et de sortie, est l'unique moyen dont disposent les autorités de contrôle aux frontières et les entreprises de transport aérien pour calculer la durée du séjour autorisé et vérifier si celle-ci a été dépassée. De plus, les cachets sont sujets à falsification et parfois difficilement lisibles. Un système électronique comprenant des éléments biométriques (image faciale et empreintes digitales) vise à garantir des contrôles plus efficaces et plus sûrs.

Identification des personnes grâce aux données biométriques

Les empreintes digitales des ressortissants d'États tiers exemptés de l'obligation de visa seront enregistrées dans l'EES. Les données biométriques des demandeurs de visas sont, quant à elles, déjà enregistrées dans le système central d'information sur les visas (VIS), qui sera accessible via l'EES. L'image faciale des personnes qui entrent dans l'espace Schengen pour un court séjour sera également saisie dans l'EES. Ces éléments permettront de contrôler de manière fiable les voyageurs,

⁹ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, RS 0.142.392.68.

d'identifier les personnes en situation irrégulière dans l'espace Schengen et de lutter efficacement contre les fraudes identitaires.

Calculatrice automatique

L'EES permettra aux autorités de contrôle aux frontières et aux autorités migratoires de connaître exactement et rapidement, grâce à une calculatrice automatique, la durée du séjour autorisé restante. Cette durée sera communiquée aux voyageurs afin qu'ils veillent à ne pas la dépasser.

Identification systématique et fiable des personnes ayant dépassé la durée du séjour autorisé

Grâce à l'EES, les personnes n'ayant pas quitté l'espace Schengen dans le délai du séjour autorisé (soit au maximum 90 jours sur toute période de 180 jours) pourront être identifiées de manière fiable. Une liste des ressortissants d'États tiers qui devraient avoir quitté l'espace Schengen sera ainsi accessible aux autorités migratoires et de police afin qu'elles soient en mesure d'identifier ces personnes et de les inviter à retourner dans leur pays de provenance. Cette liste doit permettre aux autorités de mener de manière optimale des contrôles sur le territoire national et d'appréhender les personnes en situation irrégulière.

Saisie des refus d'entrée

Par ailleurs, si l'autorité de contrôle aux frontières est amenée à refuser l'entrée à un ressortissant d'État tiers à une frontière extérieure, ce refus sera également inscrit dans le système.

Système de contrôle automatisé aux frontières (portes électroniques et systèmes en libre-service)

Ce système permet le franchissement automatisé d'une frontière. Il est composé d'un système en libre-service et d'une porte électronique. En principe, tous les voyageurs pourront désormais passer un contrôle automatisé aux frontières s'ils disposent d'un passeport avec puce électronique (biométrique). Cette possibilité est offerte indépendamment du fait que la personne doive ou non être enregistrée dans l'EES. Cette automatisation facilitera grandement le travail des autorités de contrôle aux frontières. La mise à disposition de portes électroniques¹⁰ et de systèmes en libre-service¹¹ est facultative pour les États Schengen. Les autorités chargées du contrôle à la frontière sont libres de décider quand elles veulent avoir recours à ces outils électroniques.

¹⁰ La porte électronique, aussi appelée porte ABC (*automated border control*) est une infrastructure fonctionnant selon des moyens électroniques où a lieu le franchissement effectif d'une frontière extérieure ou d'une frontière intérieure à laquelle les contrôles n'ont pas encore été supprimés.

¹¹ Le système en libre-service est un guichet qui permet au voyageur de pré-saisir ses données. Il effectue tout ou partie des vérifications aux frontières auxquelles une personne est soumise et il peut être utilisé pour le pré-enregistrement de données dans l'EES.

Renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme et les crimes graves

L'EES offrira une aide considérable dans la lutte contre les activités criminelles telles que la traite des êtres humains, l'immigration clandestine ou le trafic de produits illicites tout comme contre les organisations terroristes et les individus radicalisés.

L'EES doit servir aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière (par ex. en comparant les empreintes latentes avec les empreintes digitales enregistrées dans l'EES). L'historique des déplacements des individus figurant dans le système sera un complément aux informations du système d'information Schengen (SIS). Pour cette raison, les autorités concernées, comme Europol, pourront accéder à l'EES à des fins de prévention et de poursuite pénale.

Analyse grâce aux données de l'EES

L'EES apportera des informations importantes pour la politique Schengen, notamment la politique des visas. Il fournira des données précises permettant de déterminer si les personnes d'une nationalité donnée dépassent fréquemment la durée du séjour autorisé, ce qui peut avoir des conséquences sur l'obligation de visa pour les ressortissants de cet État. Ces données seront également utiles à la Suisse et à l'UE afin d'analyser les effets des traités de libéralisation de visas conclus avec des États tiers.

2 Contenu des règlements

2.1 Reprise du règlement EES

2.1.1 Contenu du règlement EES

Le règlement EES établit l'architecture technique de l'EES ainsi que ses fonctionnalités, de même que les diverses procédures d'échanges de données des ressortissants d'États tiers soumis ou non à l'obligation de visa voyageant pour un court séjour dans l'espace Schengen (art. 2 règlement EES). L'image faciale de tout voyageur ainsi que les empreintes digitales des personnes non soumises à l'obligation de visa sont contenues dans le système.

Structure de l'EES

L'EES est utilisé aux frontières extérieures de l'espace Schengen (art. 4 règlement EES ; les par. 2 à 5 réglementent l'utilisation de l'EES par les États qui n'appliquent pas encore pleinement l'acquis de Schengen) ; il est exploité par l'agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle (eu-LISA ; art. 5 règlement EES). Il est constitué d'un système central et d'interfaces nationales uniformes dans les États Schengen (art. 7 règlement EES). Le système EES prévoit entre autres une interopérabilité avec le VIS (art. 8 règlement EES). Cette interopérabilité permet aux agents chargés du contrôle à la frontière de consulter, au moyen de l'EES, les données enregistrées dans le VIS. En outre, elle

permet d'extraire du VIS par un processus automatisé les données relatives aux visas, de les importer dans l'EES et de les mettre à jour. Par ailleurs, les autorités compétentes en matière de visas peuvent également consulter l'EES au moyen du VIS.

Le règlement EES prévoit une procédure de saisie des données (art. 14 règlement EES). Sont notamment saisies les données personnelles du voyageur (nom, nationalité, date de naissance) et des informations sur les documents de voyage. Un dossier individuel EES est ainsi créé. L'existence d'un dossier préalable est vérifiée. S'il en existe un, il est actualisé.

L'interface uniforme nationale (NUI) est le portail par lequel la Suisse accédera au système central EES. Cette interface doit permettre une conservation temporaire des données en cas de problèmes techniques avec l'EES (art. 21 règlement EES). Les États doivent s'assurer qu'un tel enregistrement est techniquement possible à tous les points de passage frontaliers.

Le règlement EES prévoit que les données saisies par chaque État, à l'exception des données biométriques, peuvent être conservées dans un système national ou dans des fichiers nationaux. Cette conservation ne doit cependant pas dépasser la durée de conservation des données du système central. La Suisse devrait dès lors conserver des données à ses propres coûts, risques et avec ses propres moyens techniques (art. 40 règlement EES). Actuellement, aucun système national d'entrée et de sortie n'est prévu à court ou long terme, étant donné qu'un tel système ne contiendrait que les données propres et qu'un accès à l'EES central, qui est lui complet, est toujours garanti. Dès lors, aucune disposition légale consacrée à l'EES national n'est créée.

Saisie des données et création d'un dossier

Les données personnelles des titulaires de visa et des ressortissants d'États tiers exemptés de l'obligation de visa doivent être saisies (art. 16 et 17 règlement EES). Pour créer ou actualiser le dossier individuel EES d'un titulaire de visa, l'autorité de contrôle aux frontières peut importer les données dans l'EES à partir du VIS (art. 18^{bis} règlement VIS).

En principe, l'image faciale est prise sur place. À titre exceptionnel, elle peut être extraite électroniquement de la puce du document de voyage électronique lisible à la machine (e-MRTD, electronic Machine Readable Travel Document ; art. 15 règlement EES).

S'agissant de ressortissants de pays tiers exemptés de l'obligation de visas, l'autorité de contrôle saisit quatre empreintes digitales de la main droite ou, le cas échéant, de la main gauche.

Un ressortissant de pays tiers peut utiliser un système en libre-service et préenregistrer ses données dans l'EES. L'autorité de contrôle aux frontières vérifie alors la saisie des données avant de les transmettre au système central de l'EES.

Contrôle aux frontières et durée du séjour

À chaque entrée dans l'espace Schengen, la date, l'heure ainsi que le point de passage frontalier et l'autorité qui a autorisé l'entrée sont enregistrés, et à chaque sortie, la date, l'heure et le point de passage. En outre, une comparaison des données bio-

métriques (image faciale et empreintes digitales) a lieu aux fins d'identification aussi bien à l'entrée qu'à la sortie. Ainsi, les personnes dont le séjour dans l'espace Schengen a dépassé la durée autorisée sont signalées aux autorités frontalières et migratoires. En outre, les autorités informent les ressortissants d'États tiers de la durée maximale du séjour autorisé par le visa (nouvel art. 8, par. 9, CFS). Cette information est fournie par l'agent de contrôle à la frontière. Les personnes concernées peuvent également se renseigner au moyen d'équipements installés aux points de passage frontaliers donnant accès à un service internet où figurent ces informations (art. 11 et 13 règlement EES).

Les compagnies de transport utilisent ce service internet afin de vérifier si des ressortissants de pays tiers titulaires d'un visa de court séjour ont déjà utilisé le nombre d'entrées autorisé par leur visa (art. 13, par. 3, règlement EES, en relation avec l'art. 26, par. 1, pt b, CAAS). Seules les compagnies de transport aérien sont concernées s'agissant des entrées en Suisse.

Refus d'entrée et adaptation du dossier

Lorsque l'autorité chargée du contrôle à la frontière décide de refuser l'entrée, conformément à l'art. 14 CFS, elle crée ou met à jour le dossier individuel EES et y introduit ce refus (art. 18 règlement EES). Les motifs du refus d'entrée, l'autorité compétente, le point de passage frontalier, la date et l'heure du refus d'entrée sont indiqués dans le système. Plusieurs données doivent être ajoutées au dossier en cas de révocation, d'annulation ou de prorogation du séjour autorisé ou d'un visa (art. 19 règlement EES). Si nécessaire, les données peuvent être extraites du VIS ou y être mises à jour.

Durée de conservation des données

Les données sont conservées pendant trois ans à partir de la date de la création de la fiche de sortie ou de refus d'entrée. Les données sont automatiquement effacées de l'EES à l'échéance de ce délai. Si aucune sortie n'est enregistrée, les données sont automatiquement effacées après cinq ans (art. 34 règlement EES).

Consultation de l'EES

L'EES doit être consulté aux fins de l'examen des demandes de visa et des décisions y relatives (art. 24 règlement EES). Un accès à l'EES peut avoir lieu également à des fins de vérification de l'identité du voyageur ou du respect des conditions d'entrée ou de séjour à l'intérieur du territoire des États Schengen. En outre, il peut servir à identifier les ressortissants de pays tiers qui pourraient avoir été enregistrés dans l'EES sous une autre identité ou qui ne rempliraient pas ou plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence sur le territoire Schengen (art. 26 et 27 règlement EES).

Un accès à des fins de prévention, de détection et d'investigation d'infractions terroristes et pénales graves est également prévu de manière similaire à ce qui a été prévu dans le cadre du système central d'information sur les visas Schengen (chap. IV). Pour obtenir les données, les autorités autorisées doivent passer par un point d'accès central national qui vérifie si les conditions d'accès sont remplies. Si tel est le cas, le point d'accès central national accède aux données de l'EES et les

transmet aux autorités demandresses (art. 29 règlement EES). La centrale d'engagement de l'Office fédéral de la police (fedpol) sera le point d'accès central en Suisse.

L'accès aux données du VIS à des fins répressives a prouvé son efficacité. Les États Schengen ont signalé des cas de personnes décédées d'une mort violente et dont l'identification n'a pu être effectuée qu'en accédant au VIS. Les autres cas pour lesquels l'accès aux données du VIS a permis aux enquêteurs de réaliser des progrès considérables portaient sur la traite des êtres humains, le terrorisme ou le trafic de drogue. Il est dès lors justifié de prévoir un accès similaire aux données des voyageurs à destination de l'espace Schengen.

Par ailleurs, Europol disposera d'un outil permettant l'identification de suspects inconnus, de criminels ou de présumées victimes d'actes terroristes ou d'autres infractions graves dans les cas où les banques de données accessibles pour Europol n'ont pas donné de résultats et n'ont pas permis l'identification d'une de ces catégories de suspect (art. 30 et 33 règlement EES). La consultation du VIS peut avoir lieu conformément à la décision 2008/633/JAI (décision VIS)¹² (art. 33, par. 2, règlement EES).

Modification de la CAAS (art. 60)

L'art. 20 CAAS est modifié afin de permettre aux États Schengen de prolonger le séjour d'un ressortissant d'un État tiers sur leur territoire national au-delà de 90 jours par période de 180 jours, pour autant qu'ils aient conclu des accords bilatéraux en ce sens avant l'entrée en vigueur de la CAAS. Le séjour peut être prolongé au-delà du délai usuel sur demande de l'intéressé. En cas de prolongation, ce dernier ne pourra séjourner que sur le territoire de l'État Schengen concerné et il devra quitter l'espace Schengen par la frontière extérieure Schengen de cet État (par. 2^{bis} à 2^{quinquies}).

Adaptation du règlement VIS

Le règlement VIS est modifié afin de permettre une consultation de l'EES par les autorités compétentes en matière de visas. Les art. 10 et 13 à 15 sont adaptés et permettent notamment l'exportation des données des demandeurs de visas du VIS vers l'EES. Un nouvel art. 17^{bis} est consacré à l'interopérabilité avec l'EES. Le nouvel art. 18 consacré aux contrôles aux frontières extérieures de l'espace Schengen est reformulé et un nouvel art. 18^{bis} traite de la reprise des données du VIS pour créer ou actualiser un dossier individuel EES ou un refus d'entrée d'un détenteur de visa. Les données du VIS peuvent également être utilisées pour créer un dossier individuel EES d'un voyageur non soumis à l'obligation de visas, en particulier afin de vérifier si celui-ci a été enregistré précédemment dans le VIS (en raison de sa nationalité). Par ailleurs, les données du VIS peuvent servir lors de l'entrée dans un État appliquant le règlement VIS lorsque le dossier individuel EES a été créé par un État n'appliquant pas encore ledit règlement (art. 19^{bis} règlement VIS). Les art. 20,

¹² Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière (décision du Conseil); JO L 218 du 13.8.2008, p. 129.

26 et 34 sont également légèrement modifiés et font un lien avec le nouveau système EES.

Adaptations du règlement eu-LISA

Avec l'introduction du nouvel EES, l'agence eu-LISA est appelée à gérer un système d'information Schengen supplémentaire et élargit sa mission.

Cet élargissement concerne en particulier les tâches liées à la formation à l'utilisation technique du système (nouvel art. 5^{bis} règlement eu-Lisa), à la gestion opérationnelle de l'infrastructure de communication (nouvel art. 7, par. 5 et 6, règlement eu-Lisa) et au suivi des progrès de la recherche (nouvel art. 8, par. 1, règlement eu-Lisa). L'agence devra notamment approuver des rapports sur le développement et le fonctionnement de l'EES, examiner les rapports du préposé à la protection des données européen (nouvel art. 12, par. 1, règlement eu-Lisa) et émettre des statistiques. Par ailleurs, un groupe consultatif pour l'EES sera mis sur pied, à l'instar de ceux existant pour les autres systèmes d'information (nouvel art. 19 règlement eu-Lisa).

Début des opérations et participants

Lorsque les États Schengen auront notifié à la Commission qu'ils sont prêts techniquement et juridiquement à transmettre des données conformément aux art. 16 à 20 du règlement EES, d'une part, et procédé aux notifications prévues à l'art. 65 du règlement EES d'autre part, la Commission déterminera la date de la mise en fonction du système (art. 66 règlement EES).

Une mise en fonction est actuellement prévue pour 2021.

Les États participants sont les États Schengen et les États qui n'appliquent pas encore l'acquis de Schengen dans son intégralité, mais qui ont réussi l'évaluation Schengen et appliquent l'acquis Schengen relatif au VIS et au SIS (art. 66, par. 2 et 3, règlement EES). Grâce à ces dispositions, la Roumanie et la Bulgarie pourront mettre en œuvre l'EES à leurs frontières extérieures et intérieures. Les contrôles aux frontières entre ces pays et les États appliquant pleinement l'acquis de Schengen sont néanmoins maintenus. Indépendamment du fait d'être soumis à l'obligation de visas, et d'être en possession d'un visa Schengen ou d'un visa national roumain ou bulgare, la durée maximale de 90 jours sur 180 jours ne doit pas être dépassée dans l'entier de cet espace Schengen. L'UE a ici démontré sa volonté politique d'empêcher un cumul des séjours entre la Roumanie, la Bulgarie et les autres États Schengen.

2.1.2 Nouvelle réglementation proposée

L'essentiel des dispositions du règlement EES sont directement applicables et ne nécessitent aucune transposition en droit suisse. Certaines dispositions doivent néanmoins être concrétisées et impliquent des modifications de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹³ ou, à compter de 2019, de la nouvelle

¹³ RS 142.20

loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁴. Le sigle LEI est utilisé s'agissant des dispositions qui sont nouvellement modifiées, le sigle LEtr pour celles qui renvoient à la législation actuelle.

Les États Schengen doivent tout d'abord désigner les autorités habilitées à créer un dossier individuel EES et à y saisir les données pertinentes (art. 14 à 18 règlement EES). Les autorités autorisées à modifier ou effacer les données doivent également être définies (art. 19 et 20 règlement EES). Une liste des autorités désignées doit être transmise par ailleurs à l'agence eu-LISA (art. 9, par. 2, règlement EES).

Conformément à l'art. 17, al. 2, de la loi sur la protection des données (LPD)¹⁵, des données sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi au sens formel le prévoit expressément. L'EES est un système qui contiendra des données sensibles dont notamment les empreintes digitales et les images du visage des ressortissants d'États-tiers qui viennent pour un court séjour dans l'espace Schengen. Il convient dès lors de prévoir une base légale formelle dans la LEI aux fins du traitement de ces données par les autorités suisses.

L'art. 103b P-LEI définit l'EES et son contenu. Une base légale appropriée doit de plus nommer les autorités suisses qui travailleront avec l'EES. L'art. 103c P-LEI constitue cette base légale. Celle-ci doit également établir quelles autorités suisses peuvent accéder à la calculatrice automatique afin de connaître la durée du séjour restante autorisée des voyageurs. L'art. 103c P-LEI est également consacré à l'accès à l'EES à des fins de prévention, de détection et d'investigation d'infractions terroristes et pénales graves ; il transpose le chapitre IV du règlement EES.

Lors d'un refus d'entrée prononcée à la frontière extérieure Schengen, l'art. 18 du règlement EES prévoit que ce refus doit être inscrit dans le système. Il s'agit des refus prononcés par la Suisse sur la base de l'art. 65 LEtr. Aucune adaptation du droit en vigueur n'est requise ici.

Le règlement EES (art. 41) prévoit également des conditions spécifiques pour la communication des données du système à des tiers (États tiers, organisations internationales, privés). Une nouvelle disposition est prévue dans la LEI afin de donner la compétence au Secrétariat d'État aux migrations (SEM) de communiquer des données et d'ancrer une interdiction de principe de toute communication, contrairement à ce que prévoit l'actuel art. 111d LEtr. L'art. 103d P-LEI est ainsi consacré à la communication des données de l'EES. Le nouvel art. 103e LEI règle l'échange d'informations avec les États membres de l'UE qui n'appliquent pas ou pas encore le règlement EES. Il s'agit ici d'échanges d'information dans le cadre de la prévention, la détection et de l'investigation d'infractions terroristes et pénales graves.

Par ailleurs, le règlement donne mandat aux États Schengen de déterminer le régime des sanctions applicables en cas d'utilisation abusive des données contenues dans l'EES (art. 48 règlement EES). Ce point est réglé à l'art. 120d P-LEI pour tous les systèmes d'information, y compris Eurodac et VIS.

L'art. 13, par. 3, du règlement EES permet aux entreprises de transport aérien de vérifier la validité et l'utilisation appropriée des visas des passagers via un service

¹⁴ RS 142.20, RO 2017 6521

¹⁵ RS 235.1

internet. Une réponse positive ou négative parvient alors aux entreprises, qui peuvent conserver ces données. L'art. 92, al. 2, LEtr prévoit aujourd'hui déjà que le Conseil fédéral règle l'étendue du devoir de diligence des entreprises de transport aérien. Le devoir ou la possibilité de vérifier l'usage conforme d'un visa pourra alors être prévu au niveau des ordonnances.

Enfin, une norme de délégation au Conseil fédéral est prévue afin que celui-ci puisse régler différents aspects liés à l'EES dans des ordonnances (art. 103f P-LEI).

Les modifications du règlement VIS ont uniquement des conséquences au niveau de l'ordonnance du 18 décembre 2013 sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (OVIS)¹⁶ et ne doivent pas être transposées au niveau de la LEI.

2.2 Reprise du règlement (UE) 2017/2225 portant modification du CFS

L'adoption du règlement (UE) 2017/2225 entraîne une modification du CFS. Les changements sont, pour l'essentiel, liés au déploiement de l'EES (cf. ch. 2.1).

2.2.1 Aperçu des modifications du CFS

En supprimant l'apposition de cachets sur les documents de voyage et grâce à la saisie dans l'EES des données relatives à l'entrée et à la sortie, il est possible d'automatiser les opérations de contrôle aux frontières pour les ressortissants d'États tiers qui entrent dans l'espace Schengen pour un court séjour.

Les États Schengen peuvent introduire également un contrôle automatisé à la frontière pour tous les voyageurs, indépendamment de la durée de leur séjour.

Ils peuvent décider eux-mêmes s'ils souhaitent ou non recourir au système de contrôle automatisé et dans quelle mesure ils comptent le faire (systèmes en libre-service et portes électroniques).

Les principales modifications du CFS concernent l'utilisation de systèmes en libre-service et de portes électroniques pour les personnes dont les données doivent être introduites dans l'EES (nouveaux art. 8^{bis} et 8^{ter}) et l'utilisation du NFP qui peut être mis en place par les États Schengen sur une base volontaire, chacun d'eux étant libre de reconnaître le NFP d'autres États Schengen (nouvel art. 8^{quinquies}).

En outre, les ressortissants d'États tiers sont désormais tenus de fournir des données biométriques aux fins des vérifications aux frontières (consid. 4) et les conditions d'entrée sont complétées dans ce sens. Lorsqu'un ressortissant d'un pays tiers refuse de fournir des données biométriques en vue de la création de son dossier individuel ou de la réalisation des vérifications aux frontières, l'autorité prend une décision de refus d'entrée.

¹⁶ RS 142.512.

2.2.2 **Utilisation de systèmes de contrôle automatisés aux frontières extérieures de l'espace Schengen (nouveaux art. 8^{bis} à 8^{quater} CFS)**

La modification du CFS vise à accélérer et à simplifier les vérifications aux frontières par l'emploi de technologies modernes pour tous les voyageurs détenant un passeport biométrique, soit muni d'une puce électronique avec image faciale.

Les nouveaux art. 8^{bis} et 8^{ter} règlementent les conditions d'utilisation des systèmes en libre-service et des portes électroniques pour effectuer les vérifications aux frontières s'agissant de ressortissants d'États tiers dont les données doivent être saisies dans l'EES. Les art. 8^{bis} et 8^{ter} CFS ont la teneur suivante :

Utilisation de systèmes en libre-service pour le pré-enregistrement de données dans l'EES (art. 8^{bis} CFS)

Le nouvel art. 8^{bis} CFS offre aux personnes dont le franchissement de la frontière fait l'objet d'un enregistrement dans l'EES conformément à l'art. 6^{bis} CFS la possibilité d'utiliser des systèmes en libre-service. Cette procédure permet à ces personnes de pré-saisir leurs données dans l'EES.

La personne concernée doit notamment être en possession d'un document de voyage biométrique. L'authenticité et l'intégrité des données stockées sur la puce de ce document doivent être vérifiées moyennant un certificat valide. Le système en libre-service doit avoir techniquement accès à l'image faciale enregistrée sur la puce de manière à pouvoir vérifier l'identité du titulaire du document de voyage, en comparant cette image faciale à l'image faciale prise en direct (par. 1).

Outre l'image faciale, il faut, si possible, également comparer les empreintes digitales enregistrées sur la puce avec celles relevées sur place. Cette comparaison n'est effectuée que si elle peut s'appuyer sur des bases juridiques nationales et que les organes de contrôle à la frontière disposent de l'équipement requis et de la clé de certificat correspondante.

Les par. 2 et 3 décrivent les opérations que les systèmes en libre-service doivent exécuter. Si une personne est déjà enregistrée dans l'EES, la vérification d'identité s'appuie sur les données existantes (cf. art. 23, par. 2, règlement EES). Cette identification est effectuée conformément aux art. 23, par. 4, et 27 du règlement EES. Pour identifier au moyen des empreintes digitales un ressortissant d'État tiers soumis ou non à l'obligation de visa, l'autorité de contrôle peut également consulter les données du VIS, pour autant que l'intéressé y ait été enregistré en raison de sa nationalité ou d'une obligation de visa antérieures (art. 19^{bis} et 20 règlement VIS).

Quand le système en libre-service établit que la personne concernée n'est pas enregistrée dans l'EES, et ce, indépendamment de l'obligation de visa, les données requises sont relevées et pré-saisies dans l'EES par l'intermédiaire du système en libre-service (par. 4, pt a). La personne concernée est ensuite acheminée vers un garde-frontières.

Si toutes les données n'ont pas pu être enregistrées à l'aide du système en libre-service, l'agent chargé du contrôle à la frontière doit les saisir et vérifier que le document de voyage produit pour la vérification dans le système en libre-service

corresponde au document de voyage détenu et si les identifiants biométriques enregistrés dans l'EES correspondent aux identifiants biométriques de la personne relevés sur place (image du visage). Quand une personne soumise à l'obligation de visa n'est pas en possession du visa requis, une comparaison des empreintes digitales saisies par le système en libre-service doit avoir lieu avec les empreintes de la personne concernée.

Enfin, l'agent responsable du contrôle frontières inscrit dans l'EES les données requises pour l'autorisation ou le refus d'entrée (pt b ; cf. aussi art. 16, par. 2, pts a et b, et 18, par. 6, pts a à d, règlement EES).

Les par. 5 et 6 évoquent le cas dans lequel il a été vérifié, à l'aide du système en libre-service, que la personne concernée est déjà enregistrée dans l'EES, mais que son dossier individuel doit être actualisé.

Le par. 7 dispose que les organes de contrôle sont tenus de superviser l'utilisation du système en libre-service.

Utilisation de systèmes en libre-service et de portes électroniques pour le franchissement des frontières par des personnes dont le franchissement de la frontière est soumis à un enregistrement dans l'EES (art. 8^{ter} CFS)

Le nouvel art. 8^{ter} CFS offre aux ressortissants d'États tiers dont le franchissement de la frontière fait l'objet d'un enregistrement dans l'EES la possibilité d'utiliser un système en libre-service ou une porte électronique pour les vérifications aux frontières.

Dans le cadre de cette approche en deux étapes, les États Schengen peuvent décider de mettre en place un franchissement des frontières entièrement automatisé (si l'utilisation d'un système en libre-service est suivie de la possibilité d'utiliser une porte électronique) ou semi-automatisé (si l'utilisation d'une porte électronique n'est nullement envisagée et que la personne doit toujours être autorisée par un agent chargé du contrôle à la frontière à franchir la frontière).

Cependant, les ressortissants de pays tiers non encore enregistrés dans l'EES doivent toujours être dirigés vers un agent chargé du contrôle à la frontière (même s'ils utilisent des systèmes en libre-service pour pré-saisir leurs données), afin que leur enregistrement dans l'EES puisse être finalisé. En conséquence, pour cette catégorie de voyageurs, seul un franchissement semi-automatisé des frontières est prévu.

Le par. 1 énonce les conditions cumulatives que doivent remplir les personnes afin de pouvoir utiliser un système en libre-service pour la réalisation des vérifications aux frontières les concernant (posséder un document de voyage biométrique avec image faciale). Enfin, la personne concernée doit être déjà enregistrée, ou ses données doivent avoir été pré-saisies, dans l'EES.

Le par. 2 énonce de manière détaillée les vérifications aux frontières qui doivent être exécutées à l'entrée et à la sortie de l'espace Schengen via le système en libre-service ou le système automatisé.

L'agent chargé du contrôle à la frontière supervise les résultats du contrôle automatisé aux frontières conformément aux par. 3 à 5. Il contrôle les résultats des vérifications effectuées à l'aide du système en libre-service et, compte tenu de ceux-ci,

autorise l'entrée ou la sortie de l'espace Schengen ou dirige la personne vers un agent qui procède à des vérifications supplémentaires.

Le par. 6 prévoit la possibilité pour les personnes inscrites dans l'EES et qui ont fait usage d'un système en libre-service pour le contrôle aux frontières, d'utiliser des portes électroniques. Il précise le lien qui devrait être établi entre les portes électroniques et l'EES. Les États Schengen qui décident d'installer des portes électroniques peuvent regrouper ou non ces portes avec les systèmes en libre-service. Lorsque la porte électronique et le système en libre-service sont physiquement séparés, la procédure de vérification et le franchissement de la frontière proprement dite se déroulent dans des lieux distincts. En outre, la porte électronique vérifie au moyen d'un identifiant biométrique que la personne qui franchit la frontière est celle qui s'est préenregistrée via le système en libre-service.

Le par. 7 vise le cas dans lequel la personne n'est pas munie d'un document de voyage biométrique ou dans lequel l'authenticité du document de voyage ou l'identité de son titulaire ne peut être vérifiée. En pareil cas, le système en libre-service ne peut procéder qu'à certaines vérifications. L'agent chargé du contrôle aux frontières ne doit dès lors procéder qu'aux vérifications qui n'ont pu être réalisées au moyen de ce système. Dans tous les cas, il doit vérifier au moyen du document de voyage qu'il est en présence de la personne qui a fait usage du système en libre-service.

Le par. 8 énonce l'obligation d'assurer une supervision de l'utilisation du système en libre-service et des portes électroniques par les organes de contrôle à la frontière.

Le par. 9 prévoit que les États Schengen peuvent également autoriser les citoyens de l'UE, les ressortissants des États associés à Schengen ainsi que les ressortissants d'États tiers dont le franchissement de la frontière ne doit pas être saisi dans l'EES à participer au contrôle automatisé à la frontière.

Normes relatives aux systèmes de contrôle automatisé aux frontières (art. 8^{quater} CFS)

Le nouvel art. 8^{quater} CFS règlemente les normes auxquelles les systèmes de contrôle automatisé doivent se conformer. Il est par exemple prévu que ces systèmes ne peuvent être utilisés qu'à partir de l'âge de 12 ans.

2.2.3 Mise en place facultative d'un NFP (nouvel art. 8^{quinquies} CFS)

Chaque État Schengen peut mettre en place un NFP (par. 1). Ce programme s'adresse aux ressortissants d'États tiers qui voyagent fréquemment mais ne jouissent pas du droit à la libre circulation des personnes et qui, après s'être soumis à un contrôle de sécurité préalable, ont obtenu le statut de « voyageurs enregistrés ». Ils peuvent alors bénéficier de contrôles aux frontières simplifiés et plus rapides en étant dispensés de répondre aux questions relatives au motif et à la durée de séjour,

au lieu de destination et aux moyens financiers requis. Ainsi pour ces personnes, on ne procède pas aux vérifications prévues à l'art. 8, par. 3, ch. iv et v, CFS¹⁷ (par. 2).

Tout ressortissant qui souhaite participer à un NFP fait l'objet d'un contrôle de sécurité (par. 3).

Le par. 4 (en relation avec le par. 8) énumère les conditions minimales qu'un ressortissant de pays tiers doit remplir pour se voir octroyer l'accès à un NFP (par. ex., satisfaire aux conditions d'entrée ; présenter un visa en cours de validité qui n'est pas faux, falsifié ou altéré, attester la nécessité de voyager fréquemment ou régulièrement dans l'espace Schengen ; en outre, le SIS est consulté).

La première participation à un NFP est limitée à un an, mais elle peut être prolongée jusqu'à cinq ans ou jusqu'à l'échéance du document de voyage, du visa à entrées multiples (catégorie C), du visa national (catégorie D) ou du titre de séjour. En cas de prolongation, les participants font l'objet d'un réexamen annuel afin de savoir si les conditions minimales fixées au par. 4 sont toujours remplies. Lors de l'entrée ou de la sortie, une vérification complète peut être effectuée de manière aléatoire et sur la base d'une analyse des risques (par. 6).

Le par. 7 précise dans quels cas l'accès au NFP peut être révoqué.

Le par. 9 prévoit la possibilité, pour deux États membres ou plus ayant mis en place leur NFP, de conclure des accords afin que les bénéficiaires de leurs programmes respectifs puissent bénéficier des mesures d'allègement des formalités reconnues par les NFP mis sur pied par d'autres États Schengen. Une copie de l'accord sera transmise à la Commission européenne dans le mois qui suit sa conclusion.

Lorsqu'ils mettent en place un NFP, les États Schengen veillent à ce que le système destiné à mettre en œuvre ce programme réponde aux normes en matière de sécurité des données (par. 10).

La Commission transmet au Parlement européen et au Conseil, à la fin de la troisième année d'application de l'art. 8^{quinquies}, une évaluation de sa mise en œuvre. Sur la base de cette évaluation, le Parlement européen ou le Conseil peut inviter la Commission à proposer la mise en place d'un programme de l'Union pour les ressortissants de pays tiers qui voyagent fréquemment.

2.2.4 Autres modifications du CFS

Par ailleurs, le présent règlement (UE) 2017/2225 apporte les modifications suivantes au CFS.

¹⁷ Les conditions suivantes ne doivent pas obligatoirement être vérifiées (art. 8, par. 3, pt a, CFS :
 iv) la vérification des points de départ et d'arrivée du ressortissant de pays tiers concerné ainsi que de l'objet du séjour envisagé et, si nécessaire, la vérification des documents justificatifs correspondants;
 v) la vérification que le ressortissant de pays tiers concerné dispose de moyens de subsistance suffisants pour la durée et l'objet du séjour envisagé, pour le retour dans le pays d'origine ou pour le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou qu'il est en mesure d'acquiescer légalement ces moyens;

Ajout de définitions (art. 2)

Le CFS définit désormais également les termes « système entrée/sortie (EES) », « système en libre-service », « porte électronique » et « système de contrôle automatisé aux frontières ».

Saisie de données biométriques (nouvel art. 6, par. 1, pt f)

Les ressortissants d'États-tiers sont tenus de faire saisir leurs données biométriques nécessaires pour créer leur dossier individuel dans l'EES ou pour procéder aux vérifications aux frontières.

Calcul de la durée de séjour dans l'espace (nouvel art. 6, par. 1^{bis})

La durée du court séjour se calcule de manière commune dans tous les États Schengen mettant en œuvre l'EES (y compris la Roumanie et la Bulgarie). Le séjour est calculé par contre de manière distincte pour les États européens qui ne mettent pas en œuvre l'EES.

Ressortissants d'État tiers inscrits dans l'EES, et dérogations (nouvel art. 6^{bis})

Le champ d'application de l'EES est précisé dans le CFS. Les données des ressortissants d'États tiers admis dans l'espace Schengen (par. 1) ou dont l'entrée pour un court séjour a été refusée (par. 2) doivent être introduites dans l'EES. Certaines catégories de personnes sont exemptées de cette obligation (par. 3).

Contrôle des personnes aux frontières (art. 8)

Les agents chargés du contrôle à la frontière confirment désormais, à l'aide de certificats valides, l'authenticité et l'intégrité des documents de voyage munis d'une puce électronique, y compris ceux des citoyens européens, (nouveau par. 2, pt a, 2^e alinéa, et pt b, alinéa ajouté, ainsi que nouveau par. 3, pt a, ch. i, 2^e alinéa).

Si un ressortissant d'État tiers ne figure pas dans l'EES, l'image faciale enregistrée sur la puce du document de voyage doit être vérifiée. S'il fait déjà l'objet d'un enregistrement, cette vérification a lieu lors de son enregistrement préalable dans l'EES ou lors de l'enregistrement d'un nouveau passeport électronique dans l'EES (par ex., en cas d'expiration d'un ancien passeport).

Le nouveau par. 3, pt a, ch. iii, énonce l'obligation de procéder à la vérification de l'identité des ressortissants de pays tiers dont l'entrée ou le refus d'entrée fait l'objet d'un enregistrement dans l'EES. Cette vérification doit avoir lieu conformément à l'art. 23, par. 2 et 4, du règlement EES.

La vérification des identifiants biométriques se fait à l'aide de ceux enregistrés sur la puce du document de voyage. Lors de l'entrée ou de la sortie, l'identité des ressortissants d'États tiers est vérifiée par consultation de l'EES ou, éventuellement, du VIS (nouveau par. 2, pt b, alinéa ajouté, et nouveau par. 3, pt a, ch. iii, et pt g, ch. iv). Il est désormais aussi possible de recourir à l'EES, en plus du VIS, pour identifier toute personne qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour applicables sur le territoire des États Schengen (nouveau par. 3, ch. i, 2^e alinéa).

La vérification que le ressortissant d'État tiers entrant dans l'espace Schengen n'a ni atteint ni dépassé la durée maximale du séjour autorisé s'effectue en consultant l'EES et non plus en examinant le cachet dans le passeport (nouveau par. 3, pt a, ch. iii^{bis}). Si la personne concernée est titulaire d'un visa autorisant une ou plusieurs entrées dans l'espace Schengen, on vérifie en outre si elle a respecté le nombre maximal d'entrées autorisées (nouveau par. 3, pt a, ch. iii^{bis}, et pt g, ch. iii et iv, ainsi que suppression du pt h, ch. ii).

Concernant la vérification de l'authenticité et de la validité des documents de voyage, il est désormais expressément prévu de consulter les bases de données pertinentes (notamment du SIS; de la base de données d'Interpol sur les documents de voyage volés ou perdus; et des bases de données nationales contenant des informations sur les documents de voyage volés, détournés, égarés ou invalidés).

Obligation d'introduire les données dans l'EES même en cas d'assouplissement des vérifications aux frontières (nouvel art. 9, par. 3)

L'actuel art. 9 CFS est adapté à l'instauration de l'EES. Les données des voyageurs dans l'EES doivent être introduites systématiquement à l'entrée ou la sortie de l'espace Schengen, et ce, même en cas d'assouplissement des vérifications aux frontières (nouveau par. 3).

Aménagement de couloirs séparés et signalisation (nouvel art. 10, par. 3^{bis} et 3^{ter}, et annexe III, nouvelle partie D)

Des signalisations et des couloirs séparés sont mis en place pour les systèmes de contrôle automatisé aux frontières. Aux fins d'harmonisation, dans ces cas, les États Schengen doivent utiliser les panneaux figurant à la nouvelle partie D et partie E de l'annexe III.

Exceptions à la suppression de l'apposition de cachets sur les documents de voyage (nouvel art. 11 en relation avec la nouvelle annexe IV)

Le cachet est remplacé par des enregistrements électroniques à l'entrée et à la sortie de l'espace Schengen. Font cependant exception les documents de voyage facilitant le transit (DFT) et les documents facilitant le transit ferroviaire (DFTF) selon le règlement CE n° 693/2003¹⁸. Par conséquent, ces documents doivent être munis d'un cachet à l'entrée et à la sortie de l'espace Schengen. En outre, le nouvel art. 11 dispose que, lorsque sa législation nationale le prévoit expressément, chaque État membre peut apposer un cachet, à l'entrée et à la sortie, sur le document de voyage des ressortissants de pays tiers titulaires d'un titre de séjour ou d'un visa D qu'il a lui-même délivré. La Suisse ne prévoit pas de clause d'exception.

¹⁸ Règlement (CE) n° 693/2003 du Conseil du 14 avril 2003 portant création d'un document facilitant le transit (DFT) et d'un document facilitant le transit ferroviaire (DFTF) et modifiant les instructions consulaires communes et le manuel commun ; JO L 99 du 17.4.2003, p. 8.

Présomption concernant le respect des conditions de durée du séjour (nouvel art. 12)

Le texte actuel de l'art. 12 CFS est adapté en raison de l'EES. Pour l'heure, cet article régit les procédures permettant de renverser la présomption de séjour irrégulier en cas d'absence de cachet d'entrée ou de sortie. Il règle désormais la présomption d'un séjour irrégulier, soit dépassant 90 jours sur une période de 180 jours, en l'absence d'enregistrements pertinents dans l'EES (par. 1) et prévoit des possibilités de renverser cette présomption (par. 2 et 3). Le par. 4 régleme la possibilité de prononcer le renvoi des personnes concernées.

Période de transition et mesures transitoires (nouvel art. 12^{bis})

Pendant une période de transition de 180 jours à compter de la mise en service de l'EES, les organes de contrôle à la frontière devront examiner les cachets apposés sur les documents de voyage ainsi que les données enregistrées dans l'EES.

Refus d'entrée (art. 14)

Les données relatives aux ressortissants de pays tiers dont l'entrée pour un court séjour a été refusée doivent comme déjà signalé être enregistrées dans l'EES (nouveau par. 2). Les données introduites dans l'EES doivent être rectifiées si, dans le cadre d'un recours, une décision de refus d'entrée est déclarée non fondée (nouveau par. 3).

Mesures transitoires pour les États Schengen qui ne mettent pas encore en œuvre l'EES (nouvel art. 42^{bis})

Un cachet est systématiquement apposé, à l'entrée et à la sortie, sur les documents de voyage, et ce, jusqu'à ce que les États en question mettent en œuvre l'EES (par. 1). Le par. 2 régleme les dérogations au par. 1. Les dispositions relatives à l'apposition de cachets prévues à l'annexe IV sont applicables (par. 5).

2.2.5 Nouvelle réglementation proposée

Actuellement, l'art. 7 LEtr régit le contrôle du franchissement de la frontière extérieure de la Suisse et renvoie à ce propos aux accords d'association à Schengen.

Système de contrôle automatisé aux frontières extérieures de l'espace Schengen (nouveaux art. 8^{bis} à 8^{quater} CFS)

Depuis janvier 2011, l'art. 103a LEtr prévoit l'utilisation facultative d'un système de contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports. Ainsi, les autorités de contrôle compétentes peuvent vérifier plus simplement les voyageurs en provenance d'États tiers qui entrent en Suisse (et par conséquent dans l'espace Schengen) ou qui en sortent pour se rendre dans un État tiers. Jusqu'à présent, le contrôle automatisé aux frontières ne faisait pas partie de l'acquis de Schengen.

Actuellement, seuls les citoyens suisses et les personnes pouvant se prévaloir de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des per-

sonnes (ALCP)¹⁹ ou de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (Convention instituant l'AELE)²⁰ sont autorisés à participer à ces contrôles automatisés en vertu de l'art. 103a LEtr. Les ressortissants d'États tiers en sont exclus parce que, selon l'actuel CFS, cette catégorie de personnes doit faire l'objet d'une vérification approfondie lors du franchissement de la frontière.

Eu égard à cette modification du CFS, il faut adapter, d'une part, le cercle des personnes pouvant participer au système de contrôle automatisé et, d'autre part, les conditions pratiques de l'utilisation des portes électroniques et des systèmes en libre-service (art. 103g P-LEI).

Le contrôle automatisé à la frontière est actuellement régi par l'ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)²¹, dont les dispositions correspondantes doivent également être modifiées.

NFP (nouvel art. 8quinquies CFS)

Actuellement, il n'existe aucune disposition légale prévoyant un tel allègement des vérifications à la frontière pour les ressortissants d'États tiers qui entrent dans l'espace Schengen ou en sortent. Si la Suisse décidait de mettre en œuvre cette possibilité, il faudrait définir les modalités et les conditions de ces facilitations. Comme le Conseil fédéral a décidé de suspendre la mise en œuvre d'un NFP, aucune nouvelle réglementation n'est proposée à ce titre. Les dispositions proposées dans le cadre de la consultation sont par conséquent supprimées du projet de loi.

3 Résultats de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

3.1 Généralités

Une procédure de consultation²² a été menée conformément à l'art. 3, al. 1, let. c à e, de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo)²³.

23 cantons, quatre partis politiques, trois associations faitières, le Tribunal administratif fédéral (TAF) et dix milieux intéressés y ont répondu, pour un total de 41 prises de position. Parmi ces participants, quatre ont renoncé expressément à formuler un avis (OW, Fédération des Entreprises Romandes, TAF, Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire). GL n'a pas de remarques à formuler sur le projet.

Quelques participants (AR, BS, SG, SH, TG, ZG) sont favorables au projet et, partant, aux modifications de loi proposées ; ils n'ont pas d'autres remarques à formuler.

¹⁹ RS 0.142.112.681

²⁰ RS 0.632.31

²¹ RS 142.204

²² www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultations > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFJP

²³ RS 172.061

La grande majorité des participants (AI, BL, FR, GE, GR, JU, LU, NE, NW, SO, TI, VD, VS, Aerosuisse, Association des services cantonaux de migration [ASM], Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police [CCDJP], CP, Aéroport de Zurich, GE aéroport, Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse [CCPCS], Union des villes suisses [UVS] ainsi que le PDC, le PLR et le PSS) se prononcent fondamentalement positivement sur l'ensemble du projet et font part de quelques remarques. De nombreux participants (BL, BE, FR, GE, JU, NE, NW, SO, TI, VD, VS, Aerosuisse, CP, ASM, CCDJP, CCPCS, UVS, Aéroport de Zurich et GE aéroport) ont fait des remarques concernant les conséquences financières pour les cantons et souhaitent des précisions à ce sujet.

AI, le PDC et le PLR considèrent que les améliorations escomptées lors du contrôle aux frontières des ressortissants d'États tiers constituent une plus-value. La modernisation et l'automatisation du contrôle aux frontières est également soulignée positivement par de nombreux participants à la consultation. Aerosuisse est convaincue que l'EES et le NFP permettront de simplifier les franchissements de la frontière de plus en plus nombreux et de moderniser la gestion des frontières.

Aerosuisse et GE aéroport demandent une coordination avec la mise en œuvre, prévue pour le 1^{er} janvier 2021, du système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (*European Travel Information and Authorisation System*, ETIAS)²⁴, voire une mise en œuvre simultanée.

Asylex a par ailleurs quelques critiques à formuler. L'UDC se montre critique à l'égard du projet, qu'elle ne soutient qu'avec des réserves.

Eu égard aux critiques positives, le projet est pour l'essentiel maintenu. Certains thèmes ayant soulevé des questions particulières sont examinés ci-après.

3.2 Protection des données en lien avec le règlement EES

Selon quelques participants à la procédure de consultation, la protection des données ne serait pas suffisamment garantie dans le cadre de l'EES (Asylex, PSS), car un trop grand nombre d'autorités auraient accès à ces données. VD constate également que certains accès aux données sont délicats notamment ceux qui seront précisés par le Conseil fédéral (art. 103e, let. a à k) et demande des bases légales claires et strictes. Seules les données pertinentes doivent être accessibles aux autorités. VD propose en outre que seules les autorités migratoires aient accès à la liste des personnes en séjour illégal (let. k).

Le PSS demande que, lors de la mise en œuvre du règlement EES et de la modification du CFS, la haute surveillance de la protection des données soit intensifiée et la densité normative sensiblement renforcée. Selon ce parti, il conviendrait également

²⁴ 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, version du JO L 236 du 19.9.2018, p. 1.

de clarifier les interactions avec l'UE. Selon lui, il est inopportun de céder la haute surveillance de la protection des données aux institutions européennes. En outre, l'exercice des droits des particuliers concernant leurs données personnelles et leur traitement ne serait mentionné qu'en lien avec l'EES, mais pas avec d'autres systèmes d'information. Asylex demande en outre une plus grande sécurité des données personnelles (art. 43 règlement EES) dans le droit national.

Par ailleurs, Asylex et d'autres participants plaident pour que le niveau de protection des données de l'UE, à savoir le nouveau Règlement européen sur la protection des données (RGPD)²⁵, entré en vigueur le 25 mai 2018, soit applicable.

S'agissant de l'utilisation de l'EES aux fins de prévention, de détection et d'investigation d'infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves, le PSS propose de préciser ce que l'on entend par infraction pénale. Enfin, il suggère de compléter l'art. 103c P-LEI par un alinéa disposant que chaque autorité compétente doit s'assurer que le traitement des données a lieu en adéquation avec les objectifs visés et soit nécessaire à l'accomplissement de ses tâches légales.

Position du Conseil fédéral

Le règlement EES prévoit des règles spécifiques en matière de protection des données (art. 39, 43 et 55 ss). À l'instar des autres États Schengen, la Suisse doit garantir que les données saisies dans l'EES soient traitées conformément au droit. De surcroît, le règlement EES renvoie au RGPD. Bien que ce règlement ne constitue pas, selon l'UE, un développement de l'acquis de Schengen, la législation suisse se doit d'assurer, de fait, une protection équivalente en matière de protection des données.

Cet alignement sur le droit européen est également nécessaire afin que la Suisse continue d'obtenir de l'UE la reconnaissance d'un niveau de protection équivalent (décision d'adéquation). La révision de la LPD, qui tient compte de cette équivalence, est en outre actuellement examinée par le Parlement.

Comme cela a été le cas lors de la transposition du règlement VIS et de la décision VIS, certains points régis par le règlement EES seront concrétisés, en ce qui concerne la protection des données, au niveau des ordonnances (art. 103e P-LEI). Par exemple la sécurité des données (art. 43 règlement EES), les droits à la protection des données (droit d'accès, de rectification et d'effacement des données) ou encore le rôle de l'autorité de surveillance (art. 50 ss, chap. 7, EES) seront réglementés plus précisément dans l'ordonnance d'exécution. Comme pour le VIS, l'exercice des droits en matière de données sera directement réglé au niveau de l'ordonnance. La surveillance de la protection des données sera également réglée au niveau d'une ordonnance et incombera au préposé fédéral à la protection des données. Elle ne relèvera pas uniquement de l'UE.

Il est accordé en outre une attention toute particulière au respect strict des accès des autorités prévus par le règlement EES et le Conseil fédéral veillera à ce que seules

²⁵ 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, p. 1.

les données utiles soient accessibles aux autorités. Une restriction des accès qui n'est pas prévue par le règlement EES, ne se justifie cependant pas.

Par ailleurs, une définition des crimes ou délits graves pertinents est également prévue au niveau d'ordonnance, comme cela est le cas pour le VIS. Il convient de préciser quels délits réprimés en Suisse sont constitutifs des délits mentionnés au niveau Schengen.

Le règlement EES règle les droits d'accès au système de manière exhaustive. Un accès doit toujours être motivé et avoir lieu en adéquation avec le but visé. Il n'est pas nécessaire de répéter ce principe dans la loi. Cependant, le souhait exprimé par certains participants à la procédure de consultation que le traitement des données dans l'EES soit en adéquation avec les buts visés et ne soit autorisé que pour remplir les tâches de l'autorité compétente est repris à l'art. 120d P-LEI.

3.3 Ralentissement lors des contrôles automatisés aux frontières et besoins des aéroports

L'aéroport de Zurich souligne que dans les premiers mois ou années après l'introduction de l'EES, il y aura des ralentissements et complications lors des contrôles aux frontières. Ceci correspond aux expériences faites à Zurich ainsi qu'à Francfort, lors de l'introduction d'un système de contrôle automatisé aux frontières.

Afin de garantir une mise en œuvre malgré tout optimale, il faut que les aéroports du pays soient impliqués dans les travaux préparatoires le plus rapidement, car toute modification des infrastructures nécessite une longue planification. De plus, des moyens financiers suffisants doivent être à la disposition des cantons et de la Confédération pour permettre une mise en œuvre efficace. GE aéroport estime également que les investissements financiers des aéroports sont conséquents et doivent être planifiés à temps.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est conscient qu'il convient de planifier les adaptations des infrastructures aux aéroports et que les ressources nécessaires doivent être disponibles. Les aéroports doivent être informés à temps des adaptations pratiques que requièrent les nouveaux contrôles aux frontières. Une collaboration active avec les cantons et l'Administration fédérale des douanes (AFD) est nécessaire.

3.4 Durée de conservation des données

L'ASM, CCDJP et GR estiment que la durée de conservation des données, de trois ans, est un peu courte. D'autres participants trouvent ce laps de temps au contraire trop long (PSS, Asylex).

Le PSS propose d'inscrire dans la loi les principes de conservation et d'effacement des données. Il demande en outre qu'il y soit expressément précisé que les éventuels

documents de la Suisse qui sont liés à ces données soient soumis à la même obligation d'effacement.

Position du Conseil fédéral

La durée de conservation des données dans l'EES est prévue au niveau du règlement européen et ne peut être modifiée. Comme la Suisse ne dispose pas d'un EES national, aucune réglementation relative à la conservation des données n'est prévue dans le droit national. Si les informations provenant de l'EES sont enregistrées dans des systèmes d'information cantonaux ou fédéraux, alors les bases légales y relatives s'appliquent notamment concernant la conservation des données. Le règlement EES prévoit cependant que les données de l'EES conservées dans des systèmes d'information nationaux ne doivent pas être conservées plus longtemps que dans l'EES (art. 40, par. 2).

3.5 Coûts de la transposition du règlement EES

Pour les aéroports

Aerosuisse et GE aéroport rejettent les explications relatives aux coûts du commentaire explicatif de l'avant-projet. Leur formulation laisserait penser que les cantons peuvent reporter les coûts d'infrastructure, d'adaptation des processus opérationnels et de formation du personnel aux exploitants des aéroports. Les coûts sécuritaires qui relèvent de la compétence des cantons devraient être pris en charge par ces derniers. GE estime que ces coûts devraient plutôt être répartis entre tous les cantons.

Pour les cantons

CCDJP, FR GE BL, NW et SO prennent note que les cantons devront investir dans le développement *des systèmes* de contrôle des frontières et dans le *personnel qualifié*. ASM, CCDJP, CCPCS et UVS estiment que les coûts qui devraient, selon le rapport explicatif, incomber aux cantons pour les systèmes informatiques ne se justifient pas, car un accès via le portail d'authentification unique (portail SSO, pour *Single Sign On*) devrait suffire. Tous demandent que les adaptations requises et les coûts soient spécifiés afin que les cantons et les villes puissent prévoir les finances nécessaires. JU NE, TI et VS demandent également que les coûts pour les cantons soient estimés.

De plus, JU et VD trouveraient opportun que la Confédération prenne en charge tous les coûts. Plusieurs cantons posent également la question de la formation des utilisateurs d'EES et de sa prise en charge.

Utilisation du Fonds pour la sécurité intérieure (FSI Frontières)

BE demande que la majeure partie des coûts devant être supportés par les cantons pour la mise en place de l'EES soit couverte par le Fonds pour la sécurité intérieure consacré à la protection des frontières et à la politique en matière de visas (FSI Frontières).

Position du Conseil fédéral

La mise en œuvre de l'EES implique des coûts d'une part *aux aéroports* qui ont des frontières extérieures Schengen et d'autres part *dans les cantons* afin de permettre les divers accès prévus au système, notamment aux autorités de police cantonales et communales et aux autorités migratoires.

Aux frontières extérieures Schengen

Les aéroports doivent prendre en charge les frais liés à l'organisation pratique de la mise en œuvre de l'EES, comme l'aménagement de couloirs particuliers. Cependant les coûts liés à la mise en œuvre de l'EES incombent en premier lieu aux cantons qui ont des frontières extérieures Schengen.

Les cantons qui sont compétents pour le contrôle aux frontières doivent prendre en charge les coûts liés aux éventuelles adaptations des systèmes informatiques, ainsi que l'achat d'appareils photographiques et d'appareils biométriques.

En outre, l'achat de portes électroniques, de système en libre-service doit avoir lieu uniquement s'ils le jugent utile. Ceci dépendra notamment de la grandeur des aéroports et des flux de passagers en provenance d'États hors de l'espace Schengen.

Dans certains cantons, où l'AFD est compétente pour le contrôle aux frontières, celle-ci prend en charge les coûts relatifs à la mise en place de l'EES (cf. ch. 6.1.1).

Sur le territoire suisse

Sur le territoire suisse les accès en consultation et modification de l'EES doivent être garantis pour toutes les autorités concernées. Ces accès ont lieu par le système national d'information sur les visas (ORBIS) pour les autorités compétentes en matière de visas, et par d'autres systèmes pour les autorités cantonales de police. Du matériel permettant une consultation de l'EES au moyen des empreintes digitales doit être disponible. Ces frais incombent aux cantons. Si l'AFD est compétente pour le contrôle des personnes sur le territoire suisse, des coûts similaires leur incombent (cf. ch. 6.1.1 et 6.2).

FSI Frontières

Il est possible de demander un financement par le FSI Frontières. Comme la Confédération, les cantons peuvent adresser au SEM leurs demandes de financement en vue de la mise en œuvre de l'EES (cf. ch. 6.3).

Confédération

La Confédération gère des interfaces pour assurer le raccordement des différents systèmes informatiques cantonaux et fédéraux avec la partie nationale de l'EES et le raccordement de celle-ci avec le système central de l'EES ; elle en assume également les coûts ainsi que les coûts des projets informatiques du SEM et de l'AFD. De plus, le SEM prendra en grande partie en charge les besoins en formation des ambassades, des cantons et des autorités de contrôle aux frontières.

3.6 NFP

Un grand nombre de participants à la procédure de consultation sont fondamentalement favorables à l'ensemble du projet et n'ont pas fait de remarques particulières à l'égard du NFP (NW, AI, AR, ZG, JU, GR, FR, SG, GE, TG, BS, BL, LU, SO, GL, VS, ASM, CCPCS, CCDJP, UVS, PLR, Aéroport de Zurich).

Quelques-uns soutiennent expressément la mise en service d'un NFP (AG, NE, VS, GE aéroport, PSS, CP, PDC, Economiesuisse, Aerosuisse). AG estime que celui-ci constituerait un complément très important et nécessaire pour la Suisse, vu que le contrôle des voyageurs qui y participent serait plus rapide et que les autorités disposeraient ainsi de davantage de temps pour les cas « problématiques ». GE aéroport suggère d'aller plus loin en permettant également aux autorités de poursuite pénale d'accéder au système NFP. GE aéroport est par ailleurs prêt à se mettre à disposition pour des études sur ce type de projet. Le CP trouve que le programme d'allègement des formalités pour les visiteurs fréquents est une innovation utile et sans effets négatifs sur la sécurité. Selon Economiesuisse, l'octroi du statut de personne enregistrée devrait profiter plus particulièrement aux partenaires étrangers d'entreprises suisses qui doivent se rendre fréquemment en Suisse en raison de leurs relations d'affaires. VS remarque que le projet permettra de faciliter l'entrée et la sortie de certaines catégories de personnes soumises à l'obligation de visa, mais qui voyagent régulièrement dans l'espace Schengen, et voit cela positivement.

VD se montre critique concernant la délégation à des tiers prévue pour la réception des demandes de participation au NFP, et l'UDC à l'égard du projet dans son ensemble.

BE et TI proposent d'attendre encore avant de lancer un NFP compte tenu du besoin accru en personnel.

Position du Conseil fédéral

Le SEM a commandé une étude sur le NFP. En se fondant sur celle-ci, le Conseil fédéral a décidé de suspendre la mise en place d'un tel programme en Suisse pour les motifs exposés ci-après.

Étant donné que d'autres systèmes d'information utilisés notamment par les organes de contrôle à la frontière doivent être mis en place en parallèle dans un proche avenir (par ex., ETIAS, réaménagement du SIS, éventuellement interopérabilité entre tous les systèmes informatique Schengen, programme global de modernisation et de transformation de l'Administration fédérale des douanes [DaziT]), le Conseil fédéral souhaite pour le moment renoncer au NFP, qui est facultatif. Il accorde ainsi la priorité à l'introduction de l'EES pour des raisons de rentabilité et compte tenu des frais en personnel supplémentaires qu'entraînerait un NFP pour la Confédération et les cantons.

Indépendamment de cela, la Commission européenne examinera trois ans après l'introduction de l'EES la nécessité de mettre en place un NFP à l'échelle de Schengen. Le Conseil fédéral propose donc d'attendre les résultats de cette analyse au niveau européen et de profiter éventuellement des expériences faites par d'autres États Schengen.

4 **Nouvelle disposition dans la LEI**

Indépendamment de la reprise de ces développements de l'acquis de Schengen, une nouvelle adaptation de la LEI est proposée.

Elle concerne l'article 5 de la LEI traitant des conditions d'entrée en Suisse. Il est proposé de régler formellement la compétence du Conseil fédéral de prévoir des exceptions aux conditions d'entrée actuellement prévues (art. 5, al. 3, P-LEI).

Ces exceptions se fondent, pour ce qui concerne l'entrée de ressortissants d'États tiers en vue d'un court séjour dans l'espace Schengen, sur l'art. 6, par. 5, let. c, CFS, qui prévoit des exceptions pour motifs humanitaires, d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales.

L'art. 5 LEI traite des conditions d'entrée générales en Suisse pour tout ressortissant d'État tiers quelle que soit la durée du séjour prévue. La formulation du CFS est reprise ici et s'appliquera aux ressortissants d'États tiers en provenance direct d'un État hors de l'espace Schengen, comme à ceux déjà arrivés sur le sol de l'espace Schengen.

Ce nouvel alinéa 3 formalise une pratique déjà existante et concrétisée dans l'ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV), entrée en vigueur le 15 septembre 2018. Cette lacune législative a été soulevée par le TAF dans le cadre de la consultation externe de la révision totale de l'OEV. Si cette disposition était soumise en consultation, aucune nouvelle conclusion sur cette délégation de compétence ne serait attendue. Pour ce motif une consultation n'est pas requise au sens de l'art. 3a, al. 1, let. b, LCo.

5 **Commentaire des dispositions**

5.1 **Commentaire des articles de la LEI (art. 2 et annexe de l'arrêté fédéral)**

Art. 7

Al. 3

Le CFS étant modifié, la note de bas de page relative à l'art. 7, al. 3, LEtr est adaptée en conséquence. Par ailleurs, cet alinéa fait désormais un renvoi général au CFS et non plus à des articles précis.

Art. 103a

L'art. 103a reprend le contenu de l'actuel art. 103b sans adaptation matérielle. Il s'agit en l'occurrence d'un article consacré au système d'information sur les refus d'entrée prononcés par la Suisse (système INAD). Ce système est maintenu tel quel et la reprise des présents développements de l'acquis de Schengen n'a aucune influence sur ce dernier.

Art. 103b Système d'entrée et de sortie

Al. 1

L'al. 1 définit le système d'entrée et de sortie de l'espace Schengen en indiquant qu'il contient les données personnelles des voyageurs ressortissants d'États non-Schengen qui se rendent pour un séjour n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours dans l'espace Schengen. Les refus d'entrée sont également enregistrés dans le système.

Conformément à l'art. 6^{bis} CFS, les ressortissants d'États tiers qui sont membres de la famille d'un citoyen d'un État membre de l'UE ou de l'AELE, mais qui ne détiennent pas de carte de résident au sens de la directive 2004/38/CE²⁶ ou les ressortissants membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers bénéficiant de la libre circulation mais qui ne détiennent pas de carte de résident au sens de ladite directive sont également soumis à l'obligation d'être enregistrés dans l'EES.

Al. 2

Cet alinéa énonce les données qui seront livrées à l'EES par les autorités suisses. La transmission de quatre catégories de données est prévue.

- les données alphanumériques dont le nom, prénom, les informations relatives au document de voyage, ainsi que les informations relatives aux visas octroyés ;
- l'image du visage est prise et enregistrée dans l'EES lorsque la personne entre pour la première fois dans l'espace Schengen; elle n'est pas reprise du VIS ;
- les dates d'entrée et de sortie de l'espace Schengen et le point de passage frontières ;
- les refus d'entrée, qui sont également saisis dans l'EES ; en Suisse, ces refus d'entrée sont régis par l'art. 65 LEtr.

Al. 3

Cet alinéa prévoit la saisie supplémentaire des empreintes digitales lorsque les autorités sont en présence d'un ressortissant d'un État tiers qui n'est pas soumis à l'obligation de visa. Les autorités ne disposent pas, dans ce cas de figure, des données biométriques (empreintes digitales notamment) enregistrées dans le VIS. Ces données sont également transmises à l'EES par l'intermédiaire de l'interface nationale, comme prévu à l'al. 2.

²⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

Art. 103c Saisie, consultation et traitement des données de l'EES

Al. 1

Selon cet alinéa, sont autorisés à saisir des données dans l'EES et les modifier :

- Le Corps des gardes-frontière (Cgfr) et les autorités cantonales de contrôle aux frontières, pour effectuer leurs tâches aux frontières extérieures Schengen et inscrire les éventuels refus d'entrée (art. 18 règlement EES). Actuellement, l'art. 65 LEtr permettant au SEM de prononcer des décisions de refus d'entrée et de renvoi aux aéroports dans un délai de 48 heures est en cours d'adaptation en vue de permettre aux autorités de contrôle aux frontières de décider directement au nom du SEM. Cette adaptation législative²⁷ permettra à l'autorité de décider et d'inscrire tout refus d'entrée dans l'EES sans requérir de décision formelle du SEM.
- Le SEM, les représentations suisses à l'étranger et les missions ainsi que les autorités cantonales et communales compétentes en matière de visas et en matière d'étrangers, pour révoquer, annuler ou prolonger le visa ou l'autorisation de séjour n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours (art. 19 règlement EES). Dans ce dernier cas, il s'agit de personnes non soumises à l'obligation de visa dont le séjour peut être interrompu ou prolongé sur demande.
- Le Cgfr, les autorités cantonales et communales de police ainsi que les autorités cantonales et communales migratoires, pour examiner la légalité du séjour des étrangers en Suisse et créer un dossier individuel EES si nécessaire (art. 20 règlement EES).

Il peut arriver que la personne n'ait pas de dossier individuel EES ou que la date de sortie de l'espace Schengen n'y figure pas. Dans ce cas, si le ressortissant d'un État tiers prouve qu'il a respecté la durée du séjour autorisée, l'autorité peut créer un dossier individuel EES ou mettre à jour les données manquantes, conformément aux art. 16 et 17 du règlement EES. Tout ressortissant d'État tiers peut démontrer qu'il a respecté les conditions relatives à la durée du court séjour en présentant, par tout moyen crédible, des éléments de preuve tels qu'un titre de transport ou des justificatifs de sa présence en dehors du territoire des États membres, démontrant qu'il a respecté les conditions relatives à la durée du court séjour (art. 12, par. 2, CFS).

Lorsqu'un ressortissant de pays tiers utilise un système en libre-service pour le pré-enregistrement des données mentionnées à l'art. 16 du règlement EES, l'art. 8^{bis} CFS s'applique. Le ressortissant d'État tiers peut alors pré-enregistrer les données du dossier individuel EES ou, le cas échéant, les données qui doivent être actualisées. Les données sont confirmées par l'agent chargé du contrôle à la frontière lorsque la décision d'autoriser ou de refuser l'entrée a été prise conformément au CFS. La vérification est effectuée par le système en libre-service. Pour créer ou actualiser la fiche d'entrée ou de sortie contenue dans le dossier individuel des ressortissants de pays tiers soumis à l'obligation de visa, les données visées à l'art. 16, par. 2, pts c à

²⁷ Message du 2 mars 2018 relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Normes procédurales et systèmes d'information), FF 2018 1673.

f, peuvent être extraites et importées directement à partir du VIS (art. 18^{bis} règlement VIS).

Par ailleurs, lorsqu'un ressortissant de pays tiers utilise un système en libre-service pour la *réalisation des vérifications aux frontières*, l'art. 8^{ter} CFS s'applique. Dans ce cas, la vérification mentionnée au sens de l'art. 16, par. 1, du règlement EES est effectuée par le système en libre-service.

Un ressortissant d'un État tiers peut également utiliser une porte électronique (e-gate) pour le franchissement d'une frontière extérieure ; l'art. 8^{ter} CFS est également applicable. Dans ce cas, l'enregistrement de la fiche d'entrée ou de sortie et le lien de cette fiche avec le dossier individuel sont effectués par la porte électronique.

Les autorités seront amenées également à créer dans l'EES une fiche d'entrée si la personne est déjà en Suisse et que son court séjour démarre après un long séjour autorisé (permis de séjour ou visa national ; art. 14, par. 8, règlement EES).

Le règlement EES ne mentionne pas explicitement l'accès des organes judiciaires dans le cadre d'une procédure de recours. Il n'est pas nécessaire de prévoir un accès direct aux données de l'EES pour le Tribunal administratif fédéral (TAF). Selon la pratique actuelle, les documents relatifs à un refus d'entrée ou à un refus de visa sont enregistrés dans un dossier du système d'information central sur la migration (SYMIC), auquel le TAF a accès.

Al. 2

L'al. 2 énonce les autorités qui peuvent consulter l'EES dans le cadre de leurs tâches :

- Les autorités de contrôle à la frontière pour les vérifications qui doivent avoir lieu lors de l'entrée et la sortie de l'espace Schengen aux frontières extérieures (art. 23 règlement EES).

En cas de vérification aux frontières extérieures, il convient de comparer les données biométriques, soit en premier lieu les empreintes digitales du voyageur avec celles de l'EES ou du VIS. L'autorité de contrôle à la frontière peut, alternativement, comparer l'image faciale de la personne avec l'image saisie conformément à l'art. 16 du règlement EES.

Pour les voyageurs exemptés de visas, l'autorité doit consulter le VIS, conformément à l'art. 19^{bis} du nouveau règlement VIS, afin de vérifier si la personne concernée est enregistrée dans ce système.

- Toutes les autorités ayant compétence pour octroyer un visa, dans le cadre de la procédure de visas, peuvent accéder à l'EES afin de vérifier si la personne a respecté la durée du séjour autorisée lors d'un précédent voyage (art. 24 règlement EES). L'autorité peut consulter les données biométriques de l'EES, comme les données relatives aux visas. Si un dossier individuel EES (fiches d'entrée et de sortie comprises) existe, celui-ci peut être consulté, comme les refus d'entrée y figurant.
- Le Cgfr, les polices cantonales et communales ainsi que les autorités migratoires cantonales et communales peuvent consulter l'EES, afin de vérifier si

les conditions d'entrée ou du séjour en Suisse sont toujours satisfaites. Ce contrôle a lieu sur le territoire suisse (art. 26 règlement EES). De même, subsidiairement, les autorités de contrôles à la frontière, comme les autorités migratoires, peuvent accéder à l'EES pour identifier les étrangers qui ont éventuellement une autre identité dans l'EES ou qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée ou de séjour dans l'espace Schengen (art. 27 règlement EES). Cet accès aux fins d'identification peut avoir lieu soit aux frontières extérieures de l'espace Schengen soit sur le territoire suisse.

Al. 3

Cet alinéa indique quelles autorités peuvent accéder à la calculatrice automatique de la durée du séjour de l'EES afin d'établir si la durée du séjour autorisée de l'étranger a été dépassée (art. 11 règlement EES). Les autorités doivent également informer les intéressés, sur demande, de la durée restante de leur séjour.

Il s'agit ici des autorités compétentes en matière de visas, des autorités compétentes en matière de contrôle aux frontières extérieures de l'espace Schengen, et des autorités migratoires et de police qui opèrent des contrôles sur le territoire suisse.

Accès à l'EES aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi que des enquêtes en la matière (al. 4 et 5)

Les al. 4 et 5 règlent l'accès à l'EES à des fins de prévention, de détection d'infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves, et à l'investigation de ces dernières. Pour ce faire, une demande motivée doit être faite par voie électronique à un point d'accès central national (art. 29, par. 3, règlement EES). Les données de l'EES énoncées sont transmises aux autorités demanderesse uniquement si les conditions prévues par le règlement EES sont satisfaites. En cas d'urgence exceptionnelle, le point d'accès central peut recevoir également des demandes orales et les traiter immédiatement. Il ne vérifie qu'ultérieurement si toutes les conditions énoncées sont remplies, y compris s'il y a eu urgence exceptionnelle. Cette vérification ex post a lieu dans un délai raisonnable après le traitement de la demande.

Al. 4

Les autorités autorisées à demander l'obtention de données au sens du règlement EES sont désignées dans cet alinéa. Il s'agit de fedpol, du Service de renseignements de la Confédération (SRC), du Ministère public de la Confédération, des autorités cantonales de police et de poursuite pénale, ainsi que des polices des villes de Zurich, Winterthour, Lausanne, Chiasso et Lugano. Les autorités communales de police susmentionnées sont habilitées à accéder à ces données du fait qu'elles accomplissent des activités similaires à celles des polices cantonales en matière de police criminelle dans le cadre de la prévention et détection des infractions pénales graves au sens du règlement EES, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière.

Al. 5

Les autorités au sens de l'al. 4 peuvent adresser leurs demandes au point d'accès central, qui est la centrale d'engagement de fedpol. Le point central, qui a un accès

direct aux données de l'EES, examine si les conditions pour obtenir des données du système sont remplies dans des cas individuels. Les conditions suivantes doivent être satisfaites (art. 31, en relation avec l'art. 32, règlement EES):

- l'accès en consultation est nécessaire à la prévention ou à la détection des infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ou aux enquêtes en la matière ;
- l'accès en consultation est nécessaire dans une affaire précise et proportionnel ;
- il existe des preuves ou des motifs raisonnables de considérer que la consultation des données de l'EES peut contribuer [...] à la prévention ou à la détection de l'une des infractions en question, ou aux enquêtes en la matière, en particulier lorsqu'il y a des motifs de soupçonner que le suspect, l'auteur ou la victime d'une infraction terroriste ou d'une autre infraction pénale grave relève du règlement EES.

Si ces conditions sont satisfaites, le point d'accès central consulte l'EES et, en cas de réponse positive, il transmet les données aux autorités demanderesse mentionnées à l'al. 4.

Art. 103d Communication de données relatives à l'EES

Al. 1

Les données de l'EES ne doivent, en principe, pas être communiquées, que ce soit à un État non lié par les accords d'association à Schengen, aux organisations internationales ou à des privés, qu'il s'agisse d'organismes ou de tiers (art. 41 règlement EES).

Al. 2

Une dérogation à la règle énoncée à l'al. 1 permet une communication des données à certaines organisations et certains États, par les autorités de contrôle frontière et migratoires, dans le but de permettre le retour de la personne dans un État non lié par les accords d'association (État tiers), et si les conditions de l'art. 41, par. 2, du règlement EES sont remplies. Il s'agit en pratique de satisfaire aux conditions suivantes :

- la Commission a rendu une décision constatant un niveau de protection adéquat des données à caractère personnel dans ce pays tiers, conformément à l'art. 45, par. 3, du règlement (UE) 2016/679²⁸, ou un accord de réadmission ou tout autre type de dispositif similaire est en vigueur entre l'Union européenne ou un État membre et ce pays tiers, ou des garanties appropriées au sens de l'art. 46 du règlement (UE) 2016/679 ont été prévues ; par ailleurs, il est possible d'invoquer l'art. 49, par. 1, pt d, du règlement (UE) 2016/679 si

²⁸ 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, p. 1.

les données doivent être communiquées pour des motifs importants d'intérêt général ;

- l'État Schengen concerné informe le pays tiers ou l'organisation internationale de l'obligation de n'utiliser les données qu'aux fins pour lesquelles elles ont été transmises ;
- les données sont transférées, ou mises à disposition, conformément aux dispositions pertinentes du droit de l'Union, en particulier celles relatives aux accords de réadmission et au transfert de données à caractère personnel, ainsi qu'au droit national de l'État Schengen qui a transféré ou mis à disposition les données, notamment les dispositions légales relatives à la sécurité et à la protection des données.

Les organisations qui peuvent recevoir des données sont seulement les suivantes : les organisations de l'ONU, comme le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), l'organisation internationale pour la migration (OIM) et le comité international de la Croix-Rouge (annexe 1 règlement EES).

Cet article est également consacré aux données personnelles obtenues de l'EES et communiquées à des fins répressives. Là aussi, une interdiction de communiquer les données prévaut également si les données sont utilisées au niveau national par les autorités policières, de justice ou de poursuites pénales. Exceptionnellement, l'autorité compétente au sens de l'art. 29, règlement EES, peut transmettre certaines données aux autorités désignées d'un État tiers en cas d'urgence exceptionnelle, lorsqu'il existe un danger imminent lié à un acte terroriste ou un autre crime grave, ou lorsqu'il existe un danger imminent pour la vie d'une personne et que ce danger est lié à une infraction pénale grave (art. 41, par. 6, règlement EES). En Suisse les autorités mentionnées à l'art. 103c, al. 4, sont habilitées à transmettre ces données.

De plus, la communication de données doit avoir lieu dans le respect des conditions prévues dans la décision cadre 2008/977/JAI²⁹. Cette décision cadre est restée en vigueur jusqu'au 6 mai 2018 et a été remplacée par la directive (UE) 2016/680³⁰. L'État tiers requérant doit déposer une demande écrite dûment motivée et garantir de manière réciproque la communication aux États membres qui mettent en œuvre l'EES de toute information relative à des fiches d'entrée ou de sortie qu'il détient.

Les données qui peuvent alors être communiquées sont notamment les suivantes (art. 16, par. 1, pts a à c, par. 2, pts a et b, par. 3, pts a et b, et art. 17, par. 1, pt. a, en relation avec l'art. 41, par. 1, règlement EES): Les données personnelles, celles du document de voyage ainsi que les dates d'entrée et de sortie de l'espace Schengen, pour les ressortissants soumis à l'obligation de visa comme pour ceux libérés de

²⁹ Décision cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, JO L 350 du 30.12.2008, p. 60.

³⁰ Directive (UE) 2016/680 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, p. 89.

cette obligation. Pour ces derniers, en plus de ces données, l'image du visage et les empreintes digitales peuvent être communiquées.

Art. 103e Échange d'informations avec les États membres de l'UE pour lesquels le règlement (UE) 2017/2226 n'est pas applicable

Une communication des données à un État de l'UE ou à un État qui ne met pas encore en œuvre l'EES et à un État membre auquel le présent règlement ne s'applique pas est possible à certaines conditions (art. 42 règlement EES).

Il s'agit ici d'une communication des données dans les cas d'urgence exceptionnelle, lorsqu'il existe un danger imminent lié à une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave. Les conditions d'accès prévues pour le point d'accès central national doivent être satisfaites.

Les autorités des États membres de l'UE pour lequel le règlement (UE) 2017/2226 n'est pas encore en vigueur ou qui ne l'applique pas, peuvent adresser des demandes d'information aux autorités autorisées visées à l'art. 103c, al. 4. Le détail de cette procédure sera réglé au niveau d'une ordonnance.

Art. 103f Dispositions d'exécution relatives à l'EES

Plusieurs éléments importants du règlement EES doivent être transposés au niveau des ordonnances d'exécution. Il est proposé de créer une norme de délégation dans la LEI à cette fin. Cette disposition délègue au Conseil fédéral la compétence de désigner les unités des autorités visées à l'art. 103c, al. 1 et 2, soit les autorités habilitées à saisir et à consulter les données de l'EES (let. a) et de définir précisément les droits d'accès à l'EES ainsi que le catalogue des données qu'il contient (let. c), et de régler la conservation des données, l'effacement et l'effacement anticipé de ces dernières (let. d ; art. 35 règlement EES). Il est prévu que la durée de conservation des données est de trois ans à compter de la date de création de la fiche de sortie ou de la fiche de refus d'entrée (art. 34, par. 1, règlement EES). Un éventuel effacement anticipé en cas d'octroi d'une autorisation de séjour ou de la nationalité suisse aura lieu par les autorités compétentes qui seront définies au niveau des ordonnances d'exécution.

En outre, la procédure d'obtention des données par les autorités autorisées en matière de sécurité doit être définie par le Conseil fédéral (let. b). Une procédure analogue à celle existant pour le système d'information sur les visas Schengen dans l'OVIS est prévue. De même, le catalogue des infractions pénales graves sens de l'art. 103c, al. 4, doit être établi (let. h). Par ailleurs, la procédure d'échanges d'information qui a lieu conformément à l'art. 103f P-LEI doit également être définie plus précisément par le Conseil fédéral (let. i).

Le Conseil fédéral est par ailleurs chargé de régler la responsabilité relative au traitement des données personnelles dans l'EES (art. 39 règlement EES), mais également concernant la sécurité des données (art. 43 règlement EES).

Une particularité de l'EES est de produire automatiquement des listes des personnes qui ont dépassé la durée du séjour autorisé dans l'espace Schengen (art. 12, par. 3, règlement EES). Cette liste devra être mise à profit par les autorités suisses. Il est

ainsi prévu que le Conseil fédéral définisse quelles autorités reçoivent cette liste et prennent des mesures en vue de permettre le retour de ces personnes (let. j).

En outre, la question de la saisie biométrique ou des droits des personnes concernées quant à l'accès à leurs données doivent également être précisées. Ces précisions seront prévues dans une nouvelle ordonnance EES, en se fondant sur les règlements pertinents. Il s'agit ici de règles de droit nécessaires à la mise en œuvre de la législation (normes secondaires édictées en vertu de l'art. 182 de la Constitution, Cst.)³¹.

Art. 103g Contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports

Al. 1

Afin de simplifier les vérifications pour les voyageurs qui entrent dans l'espace Schengen ou en sortent, les autorités chargées du contrôle à la frontière dans les aéroports peuvent appliquer une procédure de contrôle automatisé à l'aide d'une porte électronique et prévoir un pré-enregistrement dans l'EES au moyen d'un système en libre-service qui permet également aux voyageurs de s'enregistrer pour effectuer les vérifications les concernant en vue du passage frontière (voir les explications ch. 2.2.2).

La mise en place, l'exploitation et le financement d'un système de contrôle automatisé relèvent en principe de la compétence du canton sur le territoire duquel se trouve l'aéroport. Les modifications du CFS et la disposition de la LEI proposée garantissent que les processus majeurs se déroulent de manière uniforme dans les aéroports suisses concernés.

La procédure à la frontière pourrait se dérouler par exemple comme suit (les systèmes en libre-service et les portes électroniques sont couplés ; si aucune saisie des données requise dans l'EES n'est requise) :

Phase 1 (suivi assuré par un poste de surveillance situé en aval des portes électroniques et disposant d'une bonne vue sur ces dernières):

- Le passager se rend à la porte électronique couplée au système de libre-service et dépose son passeport sur le lecteur de documents.
- Le passeport est balayé optiquement (lecture de la zone lisible par machine eMRZ, lecture et vérification de la puce).
- Si le passeport ne peut pas être lu ou que le voyageur ne remplit pas les conditions d'accès, il est invité à se rendre auprès d'un guichet desservi.

Phase 2 (suivi assuré par un poste de surveillance situé en aval des portes électroniques et disposant d'une bonne vue sur ces dernières):

- Si le passeport est lisible et que les conditions d'accès sont remplies, le passager peut entrer dans le sas. Pendant ce temps, ses données sont comparées avec celles enregistrées dans les systèmes externes (EES, système de recherches informatisées de police RIPOL, SIS, SYMIC et base de données ASF-STD d'Interpol).

³¹ RS 101

- Le voyageur est photographié lors du franchissement de la porte électronique; l'image faciale est soumise à la procédure de reconnaissance des visages.
- Si le système ne trouve aucune concordance dans les banques de données et que le voyageur s'avère être le titulaire du passeport, celui-ci peut quitter le sas sans autre vérification.
- Si la réponse indique une concordance dans l'EES, mais que le résultat de la comparaison des images faciales laisse planer un doute ou qu'il existe des soupçons de falsification du passeport, le voyageur est soit invité à se rendre à un poste de contrôle en aval, soit pris directement en charge par le personnel présent et accompagné à un poste de contrôle ou auprès de la deuxième ligne de contrôle.

Al. 2

Conformément au CFS, la participation au contrôle automatisé est ouverte à tous les voyageurs, indépendamment de leur nationalité (ressortissants d'États tiers compris), aux conditions suivantes :

- ils sont âgés de 12 ans ou plus ;
- ils possèdent un document de voyage muni d'une puce contenant l'image faciale du titulaire et les empreintes digitales (document de voyage biométrique) et dont l'authenticité et l'intégrité des données peuvent être confirmées à l'aide d'une série complète de certificats valides ;
- les personnes qui doivent être enregistrées dans l'EES figurent déjà dans l'EES ou leurs données ont été saisies au préalable.

Lors du franchissement de la frontière, la vérification de l'identité de la personne a lieu au moyen d'une comparaison des données enregistrées sur la puce du document de voyage biométrique avec celles prises en direct. Cette comparaison est effectuée en temps réel et les données relatives à la procédure de comparaison ne sont pas sauvegardées.

Les vérifications préalables de contrôle aux frontières se déroulent conformément à l'art. 8 CFS.

Al. 3

Le Conseil fédéral règle les modalités du contrôle automatisé aux frontières au niveau des ordonnances.

Al. 4

Conformément à l'art. 8^{bis}, par. 1, let. b, CFS, lors du contrôle automatisé, les empreintes digitales et l'image faciale de la personne peuvent être comparées aux données contenues sur le document de voyage muni d'une puce électronique. Comme il s'agit de données biométriques, cette possibilité est prévue dans la loi formelle. Les données biométriques peuvent en outre être comparées avec celles pré-saisies dans le système en libre-service, comme cela est prévu dans le CFS (art. 8^{bis}).

Art. 109a, al. 1 Consultation du C-VIS

Le sigle étant introduit à l'art. 103c, al. 2, let. b, P-LEI, l'expression « système central d'information sur les visas (C-VIS) » qui figure à l'art. 109a, al. 1, LEtr est remplacée par « C-VIS ».

Art. 120d Traitement illicite de données personnelles dans les systèmes d'information du SEM

L'art. 120d LEtr doit être adapté en raison de la mise en fonction de l'EES. Il convient de transposer l'art. 48 du règlement EES qui prévoit des sanctions en vue de prévenir et réprimer l'utilisation frauduleuse des données de l'EES.

Titre

Le titre de l'article renvoie désormais, de manière générale, aux systèmes d'information du SEM, et non plus seulement aux systèmes d'information sur les visas. Ainsi, cette disposition vaut également pour l'EES.

Al. 1

Conformément aux souhaits de certains participants à la consultation, l'al. 1 mentionne nouvellement les principes à respecter dans le cadre du traitement des données dans les systèmes d'information du SEM, y compris l'EES.

*Al. 2**Let. a*

La nouvelle let. a correspond à l'actuel art. 120d LEtr.

Let. b

La mise en fonction de l'EES exige une disposition prévoyant une sanction en cas de traitement illicite de ses données.

5.2 **Commentaire de la modification de la LEI**

Art. 5, al. 3

Cet article est adapté afin de régler clairement la compétence du Conseil fédéral de prévoir des exceptions aux conditions d'entrée en Suisse pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales. Celui-ci règlera, comme aujourd'hui déjà, dans l'OEUV, dans quels cas il est possible de renoncer à certaines des conditions énoncées à l'art. 5, al. 1, LEtr (cf ch. 4). Ces exceptions concernent l'entrée tant pour le long séjour que le court séjour en Suisse.

Les obligations internationales font référence par exemple à des accords internationaux conclus en matière de privilèges et d'immunité. Les motifs d'intérêt national font référence notamment à l'entrée de membres du gouvernement, de personnes entrant en Suisse dans le cadre de procédures judiciaires ou arbitrales. Les motifs

humanitaires font quant à eux référence à la mise en danger de personnes, à un besoin de protection avéré ou à une situation d'urgence médicale par exemple.

Le Conseil fédéral fait déjà usage de cette compétence dans l'OEV. Ainsi, l'art. 4, al. 2, OEV prévoit que dans des cas dûment justifiés, un étranger qui ne remplit pas les conditions d'entrée peut être autorisé pour des motifs humanitaires à entrer en Suisse *en vue d'un long séjour*. C'est le cas notamment lorsque sa vie ou son intégrité physique est directement, sérieusement et concrètement menacée dans son pays de provenance. En outre le Conseil fédéral a également fait usage de la possibilité de faire des exceptions aux conditions d'entrée *pour le court séjour* (art. 3, al. 4, OEV).

Le SEM est compétent pour autoriser l'entrée en Suisse fondée sur ces articles de l'OEV.

6 Conséquences de la reprise des bases juridiques relatives à l'EES et des modifications subséquentes de la LEI

6.1 Conséquences pour la Confédération

6.1.1 Conséquences financières

Coûts au niveau du SEM

La Confédération supportera les frais du projet national de transposition de l'EES et du raccordement à l'EES. Le SEM prendra en charge les coûts de développement du raccordement à l'EES à hauteur de 11,9 millions de francs et les coûts d'exploitation annuels de 2,1 millions de francs découlant du raccordement à l'EES. Ces montants figurent au budget 2018, assorti d'un plan intégré des tâches et des finances pour les années 2019 à 2021. Le montant global, qui faisait initialement partie intégrante du crédit d'engagement Schengen/Dublin II (crédit d'engagement II ; 2012 - 2017), est désormais inscrit dans le crédit d'engagement alloué à la continuation de la mise en œuvre de Schengen et Dublin au SEM pour la période de 2018 à 2021 (crédit d'engagement III).

La Suisse s'est engagée envers l'UE à reprendre en principe les développements de l'acquis de Schengen. Un délai de 2 ans à partir de la notification de la part de l'UE est imparti, pour autant que la mise en œuvre de l'acte juridique dans l'espace Schengen ne soit pas prévue pour une date ultérieure. Selon la planification actuelle

de l'UE, l'EES devrait être mis en fonction en 2021. Pour ce motif, les travaux préparatoires doivent débiter avant l'approbation parlementaire.

Coûts au niveau de l'AFD

Les dépenses uniques liées au projet se situent dans une fourchette de sept à dix millions de francs. En l'état actuel des connaissances, elles s'inscriront dans le programme DaziT de l'AFD et seront imputées sur le crédit d'ensemble dudit programme vu que l'ajustement des systèmes de contrôle aux frontières y est prévu. La date exacte de cet ajustement n'était pas encore connue lors de l'élaboration du message relatif au programme DaziT. Cet ajustement et d'autres modifications de la planification de DaziT nécessiteront vraisemblablement un réajustement de l'ensemble du crédit alloué au programme. À ce stade, aucun coût supplémentaire n'est à prévoir. De plus, le programme ne devrait connaître aucun retard. Les coûts d'exploitation annuels se chiffreront à quelques centaines de milliers de francs.

En plus des coûts de planification et de mise en œuvre des solutions informatiques, il faut prévoir des coûts en matière d'infrastructure et de construction. Afin que le franchissement des frontières puisse être réalisé de manière aussi efficace que possible, l'AFD examine la possibilité d'installer des appareils qui permettent aux voyageurs de saisir eux-mêmes leurs données biométriques. Les estimations actuelles indiquent des coûts de quelques millions de francs.

6.1.2 Conséquences en matière de personnel

Coûts au niveau de la Centrale d'engagement de fedpol

La possibilité pour plusieurs autorités, dont les autorités de poursuite pénale, d'obtenir certaines données contenues dans l'EES, en adressant des demandes écrites à la centrale d'engagement de fedpol, va engendrer des besoins supplémentaires en personnel.

Les requêtes pour l'EES étant similaires à celles déposées aujourd'hui déjà pour obtenir des données du système central d'information sur les visas (C-VIS), les chiffres comptabilisés en 2017 pour le C-VIS permettent de se faire une première idée de ces besoins. À titre indicatif, environ 5500 demandes par an ont été traitées par la centrale d'engagement de fedpol dans le C-VIS.

En raison des processus similaires pour les autorités désignées afin d'obtenir des données des systèmes VIS, EES et ETIAS par le biais de la centrale d'engagement de fedpol, l'évaluation totale des ressources supplémentaires nécessaires pour cette dernière se fera dans le cadre de la reprise du règlement Schengen ETIAS. Ceci permettra de prendre en considération l'ensemble des tâches qui incombent à la centrale d'engagement de fedpol et d'éventuelles synergies.

6.2 Conséquences pour les cantons

Les cantons qui effectuent eux-mêmes les contrôles aux frontières extérieures de Schengen (Berne, Soleure et Zurich ainsi que Nidwald et Glaris pour certains vols) doivent, à l'instar de l'AFD (cf. ch. 6.1.1), adapter leurs systèmes de contrôle et leurs systèmes de consultation à l'EES et en supporter les coûts. Ils devront également se procurer, à leurs frais, les appareils requis (appareils de photographie et lecteurs d'empreintes digitales).

L'acquisition de portes électroniques et de systèmes en libre-service est facultative. Une adaptation de l'infrastructure n'a de sens que là où un grand nombre de ressortissants d'États tiers sont susceptibles de franchir la frontière extérieure de l'espace Schengen. Les cantons décident de l'utilisation et du nombre de portes électroniques et de systèmes en libre-service (selon la situation en concertation avec l'AFD) et les aéroports. Une convention conclue entre les cantons et L'AFD selon l'art. 97 de la loi sur les douanes³² règle à qui incombent ces coûts quand l'AFD est responsable du contrôle à la frontière.

Par ailleurs, les autorités de contrôle à la frontière doivent réaménager leurs processus opérationnels, d'où la nécessité de former le personnel. Ces coûts incomberont également à l'autorité chargée des contrôles aux frontières, soit aux cantons ou à l'AFD.

En outre, les cantons devront prendre en charge les coûts d'ajustement de leurs systèmes de contrôle policier utilisés sur le territoire national.

Vu que les services migratoires et les autorités compétentes en matière de visas accèdent à l'EES par l'intermédiaire de systèmes fédéraux (par ex. ORBIS), les cantons n'auront pas à prendre en charge de frais supplémentaires à cet égard. Les frais de formation du personnel seront pris en charge par la Confédération.

6.3 Contributions de la Suisse à l'EES au niveau de l'UE

La participation de la Suisse au financement du projet EES a lieu par deux voies, à savoir les contributions au FSI et à eu-LISA.

La Suisse devra verser annuellement une contribution financière pour l'EES à l'agence eu-LISA, comme elle le fait déjà pour les autres grands systèmes informatiques (VIS, SIS, Eurodac) liés à la coopération Schengen/Dublin. Cette participation et les méthodes de calcul utilisées sont définies dans l'art. 11 AAS³².

Dans le budget 2018 et le plan financier 2019 – 2021, le SEM a prévu environ 12 millions de francs pour couvrir ces futurs coûts.

En outre, la Suisse participera indirectement au financement du projet EES par son engagement dans le FSI Frontières. Sur l'ensemble de la durée de ce fonds, la Suisse y participera en moyenne, selon les estimations, à hauteur de 20,6 millions de francs (18,7 millions d'euros) par année. Au total, 144 millions de francs sont inscrits à ce

³² RS 0.362.31

titre au budget 2018 et dans le plan financier 2019–2021. En retour, la Suisse recevra du FSI Frontières, en tout, environ 20 millions de francs.

Le projet national Frontières intelligentes étant désigné comme projet du FSI, la Suisse sollicitera des subventions du FSI Frontières et peut compter avec l'octroi des moyens demandés. Tant la Confédération que les cantons peuvent déposer des propositions de projet à financer. La Commission européenne mettra en outre à la disposition de tous les États Schengen d'ici à fin 2018 environ 6,4 millions d'euros pour la mise sur pied de l'EES.

6.4 Frein aux dépenses

Le présent projet n'est pas soumis au frein aux dépenses prévu à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., puisqu'il ne contient pas de dispositions relatives à des subventions, ni de base légale en vue de la création de crédits d'engagement ou de plafonds de dépenses.

7 Conséquences de la modification de la LEI

La nouvelle disposition de la LEI n'a pas de conséquences pour la Confédération et les cantons en termes de ressources et de personnel.

8 Liens avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³³, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³⁴.

Cependant, la reprise du règlement portant création de l'EES et l'adaptation du CFS tombent sous l'objectif 4 du programme soumis au Parlement par le Conseil fédéral, selon lequel « la Suisse renouvelle et développe ses relations politiques et économiques avec l'UE ».

De même, la gestion intégrée des frontières donne également suite aux objectifs 13 et 14 du Conseil fédéral : « la Suisse gère la migration et exploite le potentiel économique et social qu'offre celle-ci » et « la Suisse prévient la violence, la criminalité et le terrorisme et lutte efficacement contre ces phénomènes ». Ce dernier objectif sera notamment rempli grâce à l'obtention de données de l'EES aux fins de prévention, détection et d'investigation d'infractions terroristes et pénales graves.

La modification de la LEI n'a également pas été annoncée dans le programme de la législature. Elle s'inscrit cependant dans l'objectif 13.

³³ FF 2016 981

³⁴ FF 2016 4999

9 Aspects juridiques

9.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral portant approbation des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement EES et du règlement modifiant le CFS se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Au niveau fédéral, l'art. 184, al. 2, Cst. confère au Conseil fédéral la compétence de signer des traités internationaux et de les ratifier.

Aux termes de l'art. 166, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale est chargée d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (art. 7a, al. 1, de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³⁵).

En l'espèce, le Conseil fédéral serait compétent en vertu de l'art. 100, al. 2, let. a, LEtr pour approuver la reprise de ces règlements européens. Comme la transposition de ces développements de l'acquis de Schengen implique des adaptations au niveau de la loi formelle, le projet doit cependant être soumis au Parlement pour approbation (cf. ch. 1.3 et 5.1).

9.2 Forme de l'acte à adopter et de l'acte de mise en œuvre

9.2.1 Forme de l'acte à adopter

La reprise des règlements n'implique pas d'adhésion à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale. L'arrêté fédéral d'approbation des échanges de notes n'est par conséquent pas soumis au référendum obligatoire prévu à l'art. 140, al. 1, let. b, Cst.

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. L'art. 22, al. 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl)³⁶ dispose que sont réputées fixer des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Enfin, on entend par dispositions importantes celles qui, en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., devraient en droit interne être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

Les règlements repris par le biais des échanges de notes contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit, comme des droits d'accès à des systèmes d'informations et des sanctions en cas d'utilisation frauduleuse des données de l'EES. De plus, la reprise des règlements nécessite des adaptations de la LEI. En conséquence, l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre des bases légales

³⁵ RS 172.010

³⁶ RS 171.10

européennes de l'EES est sujet au référendum, en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

L'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux sous la forme d'un arrêté fédéral, lorsqu'ils sont soumis au référendum (art. 24, al. 3, LParl).

9.2.2 Forme de l'acte de mise en œuvre

Selon l'art. 141a Cst., lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications constitutionnelles ou législatives liées à la mise en œuvre du traité.

Les dispositions législatives proposées dans le projet servent à la mise en œuvre des bases juridiques de l'EES et découlent directement des obligations qui y sont contenues. Le projet d'acte de mise en œuvre peut dès lors être intégré à l'arrêté d'approbation.

9.3 Constitutionnalité de la modification de la LEI

La modification de la LEI se fonde sur l'art. 121, al. 1, Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers). Elle est conforme à la Constitution.

9.4 Délégation de compétences législatives

Art. 5 LEI

En vertu de l'art. 164, al. 2, Cst., le législateur peut déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter des normes qui se substituent à des dispositions législatives. Le Conseil fédéral est ici chargé de régler les exceptions aux conditions d'entrée prévues dans la LEI notamment pour motifs humanitaires (cf. ch. 4 et 5.2). Cette délégation de compétence correspond à la pratique existante. Le Conseil fédéral fait usage de cette compétence dans l'OEV.

Art. 103f LEI

Cette délégation de compétence en faveur du Conseil fédéral se fonde sur l'art. 182, al. 1, Cst., qui prévoit que le Conseil fédéral peut édicter des règles de droit sous la forme d'une ordonnance. Il s'agit ici de règles de droit nécessaires à la mise en œuvre de la législation et également du règlement EES.

9.5 Compatibilité avec les obligations internationales

La reprise des règlements en question et les adaptations légales qu'elle entraîne sont compatibles avec le droit international.

La modification de la LEI indépendante de la reprise des développements de l'acquis de Schengen est également compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

9.6 Relation avec le droit de l'Union européenne

Avec la reprise des deux présents développements de l'acquis de Schengen, la Suisse est en conformité avec ses engagements vis-à-vis de l'UE pris dans le cadre de l'AAS. Avec la reprise de l'EES, la Suisse assure un contrôle uniforme aux frontières Schengen. Les règlements repris ont des conséquences sur d'autres actes Schengen, comme le règlement VIS³⁷, le règlement sur l'agence eu-Lisa³⁸ et le CFS³⁹. Ils renvoient, concernant la protection des données, à la directive 95/46/CE⁴⁰ et au RGPD⁴¹.

La modification de la LEI indépendante de la reprise des développements de l'acquis de Schengen est également compatible avec le droit européen et les accords d'association à Schengen.

³⁷ Cf. note de bas de page n° 3.

³⁸ Cf. note de bas de page n° 5.

³⁹ Cf. note de bas de page n° 6.

⁴⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO CE L 281 du 23.11.1995, p. 31.

⁴¹ Cf. note de bas de page n° 27.