



17.033

Message

concernant l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (Développement de l'acquis de Schengen)

du 17 mai 2017

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (Développement de l'acquis de Schengen), avec le projet d'une modification de la loi fédérale sur les étrangers, de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États et de la loi sur les douanes, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

17 mai 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

L'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, qui constitue un développement de l'acquis de Schengen, est soumis à l'Assemblée fédérale pour approbation. La reprise de ce règlement permettra à la Suisse de continuer à participer aux activités de Frontex, laquelle se voit dotée de compétences plus étendues en matière de surveillance aux frontières extérieures de l'espace Schengen et de retour des ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier dans l'espace Schengen.

Contexte

En 2015, l'Union européenne (UE) a connu des pressions extraordinaires à ses frontières extérieures avec, selon les estimations, 1,5 million de franchissements irréguliers des frontières entre janvier et novembre de cette année. Le volume même des flux migratoires ayant franchi les frontières extérieures de l'UE et les mouvements secondaires qui en ont résulté ont démontré que les structures existantes au niveau de l'UE et des États Schengen sont inadéquates pour faire face aux défis que pose un afflux aussi important. Dans un espace sans frontières intérieures, la migration irrégulière à travers les frontières extérieures d'un État Schengen affecte tous les autres États. L'importance des mouvements secondaires a conduit plusieurs États Schengen à réinstaurer les contrôles à leurs frontières extérieures. Il en a résulté une pression considérable sur le fonctionnement et la cohérence de l'espace Schengen.

Le 14 septembre 2016, le Parlement européen et le Conseil de l'UE ont, dans ce cadre, adopté le règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes. L'UE a notifié ce règlement à la Suisse en date du 22 septembre 2016 et le Conseil fédéral a décidé le 12 octobre 2016 de reprendre cet acte juridique relevant des accords de Schengen sous réserve de l'accomplissement des exigences constitutionnelles requises, conformément à l'art. 7, par. 2, let. b, de l'Accord d'association à Schengen (AAS).

Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (corps européen) se compose, d'une part, de l'Agence européenne de gardes-frontières et de garde-côtes (Agence), qui succède à l'actuelle Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE (Frontex), mais qui conserve le nom abrégé de Frontex et, d'autre part, des autorités nationales compétentes en matière de gestion des frontières (y compris les garde-côtes). La création du corps européen fait partie d'un ensemble important de mesures destinées à assurer une gestion européenne intégrée des frontières extérieures de l'UE, dans le but de gérer efficacement les migrations et à assurer un niveau élevé de sécurité au sein de l'UE, tout en y garantissant la libre circulation des personnes. À noter encore que la Suisse, par l'intermédiaire du Corps des gardes-frontière (Cgfr), participe déjà activement depuis 2011 à l'agence Frontex et à ses opérations. Elle siège également au Conseil d'administration de Frontex.

Contenu du projet

L'échange de notes à approuver a pour objet la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes. Le nouveau règlement dote l'Agence de compétences plus étendues. Il prévoit en effet la création d'une réserve de réaction rapide de 1500 gardes-frontières à disposition de l'Agence et la possibilité pour l'Agence de procéder à des évaluations de la vulnérabilité des États Schengen. Il est également prévu qu'elle puisse, en dernier ressort et sur décision du Conseil, prendre des mesures aux frontières extérieures d'un État Schengen – en coopération avec l'État concerné – en cas de situation nécessitant une action urgente aux frontières extérieures. Le rôle de l'Agence en matière de retour est également renforcé. Elle aura pour mission, entre autres, de soutenir les États Schengen en finançant davantage de vols communs, mais également en organisant ses propres opérations d'éloignement à partir des États Schengen qui en font la demande ou à partir des centres de crise. Le budget de l'Agence et son personnel sont également renforcés.

Ces nouveautés impliquent des adaptations de la loi fédérale sur les étrangers, de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États et de la loi sur les douanes.

Table des matières

Condensé	3892
1 Présentation du projet	3896
1.1 Contexte	3896
1.2 Déroulement des négociations	3898
1.3 Procédure de reprise des développements de l'acquis de Schengen	3900
1.4 Absence de nécessité de renégocier l'arrangement complémentaire	3901
2 Commentaire des dispositions du règlement	3902
2.1 Principales nouveautés	3902
2.2 Autres dispositions	3911
3 Résultats de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	3913
3.1 Remarques générales concernant le projet	3913
3.1.1 Remarques concernant les situations aux frontières extérieures nécessitant une action urgente	3914
3.1.2 Remarques concernant la participation financière de la Suisse à la nouvelle Agence	3915
3.1.3 Remarques concernant le personnel de l'AFD	3915
3.2 Remarques concernant le domaine du retour	3916
3.2.1 Indemnisation des cantons lors d'interventions internationales	3916
3.2.2 Implication de la CCDJP, de la CCPCS et contribution des cantons à la réserve	3917
4 Conséquences	3918
4.1 Conséquences pour la Confédération	3918
4.1.1 Conséquences financières	3918
4.1.2 Conséquences sur l'état du personnel	3920
4.2 Conséquences pour les cantons	3921
4.2.1 Conséquences dans le domaine du contrôle aux frontières	3921
4.2.2 Conséquences dans le domaine du retour	3922
5 Modifications législatives	3923
5.1 Loi fédérale sur les étrangers	3923
5.2 Loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États	3926
5.3 Loi sur les douanes	3926
5.4 Adaptation ultérieure de l'ordonnance sur la coopération opérationnelle avec les autres États Schengen en vue de la protection des frontières extérieures de l'espace Schengen	3928

6 Aspects juridiques	3929
6.1 Constitutionnalité	3929
6.2 Forme de l'acte à adopter	3929
6.3 Compatibilité avec les obligations internationales	3930
Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (Développement de l'acquis de Schengen) (<i>projet</i>)	3931
Echange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (Développement de l'acquis de Schengen)	3937

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

En 2015, l'Union européenne (UE) a connu des pressions extraordinaires à ses frontières extérieures avec, selon les estimations, 1,5 million de franchissements irréguliers des frontières entre janvier et novembre de cette année. Le volume même des flux migratoires ayant franchi les frontières extérieures de l'UE et les mouvements secondaires qui en ont résulté ont démontré que les structures existantes au niveau de l'UE et des États Schengen sont inadéquates pour faire face aux défis que pose un afflux aussi important. Dans un espace sans frontières intérieures, la migration irrégulière à travers les frontières extérieures d'un État Schengen affecte tous les autres États. L'importance des mouvements secondaires a conduit plusieurs États Schengen à réinstaurer les contrôles à leurs frontières intérieures. Il en a résulté une pression considérable sur le fonctionnement et la cohérence de l'espace Schengen.

Vu ce qui précède, la Commission européenne (Commission) a présenté en date du 15 décembre 2015 un ensemble important de mesures afin de mieux gérer les frontières extérieures de l'UE et de protéger l'espace Schengen en l'absence de contrôle aux frontières intérieures. Elle a indiqué à cette occasion que ces mesures avaient pour objectif d'assurer une gestion européenne intégrée des frontières extérieures de l'UE, dans le but de gérer efficacement les migrations et d'assurer un niveau élevé de sécurité au sein de l'UE, tout en y garantissant la libre circulation des personnes.

Dans ce cadre, la Commission a publié une proposition de règlement relatif à la création d'un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes¹, qui modifie le code frontières Schengen (CFS)², abroge le règlement Frontex³, le règlement Rabbit⁴ et la décision 2005/267/EC du Conseil de l'Union européenne⁵. Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes (corps européen) se compose, d'une part, de l'Agence européenne de gardes-frontières et de garde-côtes (Agence), qui succède à

1 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, COM(2015) 671 final

2 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) (texte codifié), JO L 77 du 23.3.2016, p. 1

3 Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE, JO L 349 du 25.11.2004, p. 1

4 Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, version du JO L 199 du 31.7.2007, p. 30

5 Décision 2005/267/CE du Conseil du 16 mars 2005 établissant un réseau d'information et de coordination sécurisé connecté à l'internet pour les services des États membres chargés de la gestion des flux migratoires, JO L 83 du 1.4.2005, p. 48

l'actuelle Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'UE (Frontex), mais qui conserve le nom abrégé de Frontex et, d'autre part, des autorités nationales compétentes en matière de gestion des frontières (y compris les garde-côtes).

Les questions concernant la définition de standards communs et le rôle de Frontex sont régulièrement évoquées depuis plusieurs années. La création d'un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes avait été annoncée par le Président de la Commission Jean-Claude Juncker dans son discours sur l'état de l'UE le 9 septembre 2015. Elle fait également partie des mesures prévues dans l'agenda européen en matière de migration. La Commission entend en outre répondre à la nécessité de renforcer les contrôles de sécurité aux frontières extérieures de l'UE, comme les Ministres de l'Intérieur de l'UE l'ont demandé en date du 20 novembre 2015, soit juste après les attentats de Paris du 13 novembre 2015.

En vue d'atteindre ces objectifs, le nouveau règlement dote l'Agence de compétences plus étendues par rapport à Frontex. Il prévoit en effet la création d'une réserve de réaction rapide de 1500 gardes-frontières à disposition de l'Agence et la possibilité pour l'Agence de procéder à des évaluations de la vulnérabilité des États Schengen. Il est également prévu qu'elle puisse, en dernier ressort et sur décision du Conseil, prendre des mesures aux frontières extérieures d'un État Schengen – en coopération avec l'État concerné – en cas de situation nécessitant une action urgente aux frontières extérieures. Le rôle de l'Agence en matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est également renforcé. Elle aura pour mission, entre autres, de soutenir les États Schengen en finançant davantage de vols communs, mais également en organisant ses propres opérations d'éloignement à partir des États Schengen qui en font la demande ou à partir des centres de crise. Le budget de l'Agence et son personnel seront également renforcés.

Le règlement (UE) 2016/1624⁶ (ci-après: le règlement) a été adopté en date du 14 septembre 2016 et notifié à la Suisse en date du 22 septembre 2016. Il s'agit d'un développement de l'acquis de Schengen. À noter encore que la Suisse, par l'intermédiaire du Corps des gardes-frontière (Cgfr), participe activement depuis 2011 à l'agence Frontex et à ses opérations. Elle siège également au Conseil d'administration de Frontex.

⁶ Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 863/2007 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, version du JO L 251 du 16.9.2016, p. 1

1.2 Déroutement des négociations

Sur la base de l'art. 4 de l'accord d'association à Schengen (AAS)⁷ ainsi que des art. 2 et 3 de l'arrangement de comitologie⁸ conclu avec l'UE, la Suisse est autorisée, dans le cadre de son droit de participation à l'élaboration de l'acquis, à prendre part aux groupes de travail du Conseil 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 5, par. 1, de l'arrangement de comitologie).

Conformément à la volonté exprimée par les ministres des États Schengen au début de l'année 2016, les travaux d'examen de la proposition se sont déroulés à un rythme accéléré. De nombreuses séances ont été organisées à Bruxelles, Luxembourg et Amsterdam pendant le premier semestre 2016 par la présidence néerlandaise du Conseil. Ces séances ont eu lieu au sein des groupes de travail compétents du Conseil, soit le groupe Frontières (niveau experts), le Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (SCIFA, niveau hauts fonctionnaires), le Comité des représentants permanents des États membres (COREPER, niveau Ambassadeurs) et le Conseil des ministres de la Justice et des Affaires Intérieures (Conseil JAI, niveau ministériel). Chacun de ces organes a siégé en format comité mixte, c'est-à-dire en présence de représentants des États associés à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (États associés). Lors de ces séances, les représentants de la Confédération et des cantons ont activement apporté leurs points de vue sur le projet de règlement.

Il convient en particulier de relever que le premier projet de règlement de la Commission donnait des compétences importantes à l'Agence et à la Commission, en particulier en matière d'action urgente aux frontières extérieures d'un État Schengen. Suite aux avis exprimés par les différents pays, dont la Suisse, ces compétences ont été transférées au Conseil d'administration de l'Agence, respectivement au Conseil afin de leur conférer une meilleure légitimité, en renforçant le rôle des États Schengen. Cela donne dès lors également à la Suisse des possibilités supplémentaires d'intervenir. Les conséquences d'un refus d'un État Schengen de donner suite aux décisions de l'Agence ou du Conseil relatives à des mesures nécessaires à entreprendre à ses frontières extérieures ont en outre été précisées, à savoir que le Conseil de l'Union européenne (Conseil) peut recommander à des États Schengen de réintroduire les contrôles aux frontières intérieures (art. 19⁹), en application de l'art. 29 CFS. Cette précision a permis de dissiper les réserves exprimées par différents États

⁷ 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**

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**

⁹ Sauf indication contraire, les articles cités sont ceux du règlement

Schengen (dont la Suisse) et assure que l'Agence ne peut en aucun cas déployer des agents aux frontières extérieures d'un État Schengen sans accord de celui-ci.

La clef de répartition relative à la contribution des États Schengen à la réserve de réaction rapide, initialement fixée à 2 %, voire 3 % des effectifs nationaux des organes de contrôle aux frontières, a également été abandonnée, car elle ne tenait pas compte des différentes formes de structure et d'organisation des organes de contrôle aux frontières des États Schengen. Les contributions ont finalement été fixées d'entente entre les différents États Schengen et la présidence du Conseil à l'occasion d'entretiens bilatéraux. Dans ce cadre, la Suisse s'est engagée à fournir 16 agents, ce qui est raisonnable compte tenu de la taille de ses autorités de contrôles aux frontières et de la nature de ses frontières. Cela représente en effet 0,8 % de l'effectif total du Cgfr.

Les articles concernant les tâches liées au retour (art. 27 à 33) ont été discutés au niveau des experts, indépendamment du reste du texte du règlement, dans le cadre du groupe de travail Intégration, migration et éloignement (MIGR) ainsi que lors de séances des Conseillers JAI. La Suisse a pu soumettre ses commentaires tant oralement, lors des séances, que par écrit. Ceux-ci ont pour la plupart été repris et intégrés dans le règlement. Dans ce contexte, les discussions ont surtout porté sur la manière dont les États Schengen seront appelés à contribuer à la réserve européenne de réaction rapide.

Afin de rendre compte de l'avancement progressif des travaux au niveau du Conseil et de confirmer l'accord de principe intervenu sur certaines parties de la proposition, la présidence du Conseil a régulièrement soumis des propositions de compromis au COREPER. À l'occasion du COREPER du 6 avril 2016, les États Schengen ont confirmé l'accord intervenu sur le compromis du Conseil. À cette même occasion, le COREPER a donné mandat à la présidence du Conseil pour qu'elle entame dans les meilleurs délais des négociations avec le Parlement européen.

Le Parlement européen a ensuite également examiné de son côté la première proposition de la Commission communiquée le 15 décembre 2015 et a fait part de différents propositions d'amendements, qui ont fait l'objet d'intenses négociations dans le cadre de trilogues entre la présidence du Conseil, le Parlement européen et la Commission européenne. Le Parlement souhaitait notamment procéder à des évaluations annuelles de la vulnérabilité et envoyer des officiers de liaison dans tous les États Schengen, y compris ceux qui n'ont aucune frontière extérieure maritime ou terrestre. Suite aux interventions de plusieurs États Schengen, dont la Suisse, le Parlement est revenu sur sa position. Un consensus global a été trouvé lors du COREPER du 22 juin 2016.

Enfin, le règlement a été formellement adopté le 14 septembre 2016 lors de la signature de l'acte juridique y afférent par les Présidents du Parlement européen et du Conseil.

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

Sur la base de 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. Puis, le Conseil fédéral dispose d'un délai de 30 jours pour indiquer à l'institution compétente de l'UE (Conseil ou Commission) si la Suisse reprend 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 et du Parlement européen, le délai de 30 jours commence à courir à la date de l'adoption de l'acte par l'UE (art. 7, par. 2, let. 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.

Le règlement dont la reprise est prévue est juridiquement contraignant et modifie ou abroge trois règlements UE et deux décisions de l'UE que la Suisse avait déjà repris par échange de notes. La reprise du présent règlement UE doit par conséquent être effectuée par conclusion d'un échange de notes.

Si, comme dans le cas présent, l'approbation de l'échange de notes relève de la compétence de l'Assemblée fédérale, la Suisse doit informer l'UE, dans sa note 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, let. b, AAS). Après que l'acte a été notifié par l'UE, la Suisse dispose d'un délai maximum de deux ans pour la reprise et la mise en œuvre du développement, période durant laquelle devrait également 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 de l'acte ont été accomplies, la Suisse en informe sans délai par écrit le Conseil et la Commission. Si aucun référendum n'est demandé, la Suisse communique cette information, assimilée à la ratification de l'échange de notes, au Conseil ainsi qu'à la Commission dès l'échéance du délai référendaire.

En l'espèce, l'adoption formelle du règlement a eu lieu le 14 septembre 2016, soit lors de sa signature par les présidents du Parlement européen et du Conseil. Le règlement a ensuite été notifié à la Suisse le 22 septembre 2016. Le délai maximum pour la reprise et la mise en œuvre du règlement commence donc à courir le 22 septembre 2016 et échoira le 22 septembre 2018.

Le 12 octobre 2016, le Conseil fédéral a accepté la reprise du règlement, sous réserve de l'accomplissement des exigences constitutionnelles requises en l'espèce, et a notifié cette décision au Conseil de l'UE en date du 14 octobre 2016.

L'éventuelle non-reprise d'un développement de l'acquis de Schengen peut entraîner, en dernier recours, l'extinction de la coopération Schengen dans son ensemble, de même que, par voie de conséquence, l'extinction automatique de la coopération Dublin (art. 7, par. 4, AAS).

1.4 Absence de nécessité de renégocier l'arrangement complémentaire

La Suisse n'étant pas membre de l'UE, un arrangement complémentaire¹⁰ a été conclu le 30 septembre 2009 entre l'UE, d'une part, et la Suisse ainsi que la Principauté de Liechtenstein, d'autre part, afin de déterminer les modalités qui permettent à ceux-ci de participer aux activités de Frontex et à leurs représentants de siéger dans ses organes. L'arrangement contient notamment des dispositions concernant l'étendue des droits de participation des États associés (droits de vote) au Conseil d'administration, le montant de leur contribution financière au budget de Frontex et les conditions d'engagement des ressortissants suisses au sein de Frontex. Il comprend en outre quelques dispositions accessoires classiques relatives notamment au statut juridique de Frontex en Suisse, aux privilèges et immunités de Frontex, ainsi qu'au régime de responsabilité de celle-ci.

Dans la mesure où l'Agence conserve la personnalité juridique de Frontex, l'arrangement complémentaire reste valable et continue à déployer ses effets. Le considérant 64 du règlement y fait d'ailleurs référence, de même que son art. 67, par. 4, s'agissant des droits de vote des États associés.

Compte tenu de l'extension du mandat de Frontex, la question d'une renégociation de l'arrangement complémentaire a été examinée, en particulier en ce qui concerne l'étendue des droits de vote de la Suisse.

L'octroi de droits de vote à des États non membres de l'UE sur des questions législatives ou budgétaires de l'UE n'est en principe pas admissible au regard de ses traités fondateurs, ce qui restreint les domaines dans lesquels la Suisse peut demander de voter. De plus, la Suisse dispose déjà de droits de vote au sein de Frontex lorsqu'il s'agit de prendre des décisions sur des questions de nature opérationnelle en relation avec des activités spécifiques à réaliser à ses frontières extérieures et/ou avec des ressources humaines et/ou des équipements mis à disposition par la Suisse. Ces droits de vote définis dans l'arrangement complémentaire à l'art. 2 continueront d'être applicables – directement ou par analogie – aux activités de la nouvelle agence.

¹⁰ Arrangement du 30 septembre 2009 entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, d'une part, et la Communauté européenne, d'autre part, sur les modalités de la participation de ces États aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne; RS **0.362.313**

tés nationales chargées de la gestion des frontières. Ils auront notamment pour tâches d'informer le directeur exécutif de la situation aux frontières extérieures et de la capacité de l'État Schengen concerné d'y faire face efficacement, ainsi que de l'exécution d'opérations de retour vers les pays tiers concernés. Ils seront également chargés de collecter les informations requises par l'Agence pour procéder à l'évaluation de la vulnérabilité prévue à l'art. 13 et d'assurer le suivi des mesures prises par l'État Schengen en ce qui concerne une situation nécessitant une action urgente aux frontières extérieures, telle que visée à l'art. 19. Afin de pouvoir remplir leur mission, les officiers de liaison recevront des informations du centre national de coordination institué par le règlement EUROSUR¹¹.

Il n'est pas prévu d'envoyer un officier de liaison dans chaque État Schengen, mais de cibler les besoins en fonction d'une analyse de risques. L'Agence pourra en outre décider qu'un officier de liaison puisse couvrir jusqu'à quatre États Schengen. La décision relative à la désignation du ou des États Schengen dans lequel l'officier de liaison sera envoyé, à la durée et à la nature du déploiement, est prise par le Conseil d'administration, sur proposition du directeur exécutif, et en concertation avec l'État Schengen concerné (art. 12, par. 2), ce qui lui confère la légitimité nécessaire. À noter encore que les officiers de liaison resteront sous la responsabilité de l'Agence.

Art. 13 Evaluation de la vulnérabilité

L'art. 13 prévoit que l'Agence, sur la base d'une méthode commune d'évaluation et d'une analyse des risques, contrôle et évalue la disponibilité des équipements techniques, les systèmes, les capacités, les ressources, les infrastructures et le personnel nécessaire des États Schengen pour le contrôle aux frontières. L'art. 13, par. 4, précise que l'objectif de l'évaluation de la vulnérabilité consiste, pour l'Agence, à évaluer la capacité et l'état de préparation des États Schengen pour faire face aux défis à venir, notamment aux menaces et défis actuels et futurs aux frontières extérieures.

Les informations nécessaires sont notamment fournies par l'État Schengen lui-même, par un officier de liaison déployé par l'Agence dans l'État Schengen et par les informations découlant du système EUROSUR. Selon les résultats de l'analyse et le degré de coopération de l'État Schengen concerné, il est prévu un mécanisme par paliers (directeur exécutif de l'Agence, puis Conseil d'administration) de décisions contraignantes sur les mesures correctives à prendre par l'État Schengen concerné.

À noter que l'évaluation de vulnérabilité a lieu en principe une fois par année au moins, sauf décision contraire du directeur exécutif. Il s'agit dès lors d'un processus préventif qui s'inscrit dans la durée, contrairement au mécanisme d'évaluation Schengen, qui n'a lieu que ponctuellement. Les deux mécanismes ne devraient dès lors pas provoquer de doublons.

¹¹ Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (EUROSUR), JO L 295 du 6.11.2013, p. 11

Art. 19 Situation aux frontières extérieures nécessitant une action urgente

Il s'agit de la plus importante des nouveautés introduites par le règlement. En effet, les opérations de Frontex n'ont, jusqu'à présent, eu lieu que sur requête des États Schengen. L'art. 19 donne la compétence au Conseil, sur proposition de la Commission, d'adopter une décision au moyen d'un acte d'exécution, qui définit les mesures à mettre en œuvre par l'Agence et qui permet d'exiger de l'État Schengen qu'il coopère avec celle-ci dans la mise en œuvre de ces mesures. Cette décision ne peut toutefois être prise que lorsque le contrôle aux frontières extérieures est à tel point inefficace que le fonctionnement de l'espace Schengen est compromis, et dans les deux situations exceptionnelles suivantes:

- un État Schengen ne prend pas les mesures nécessaires conformément à une décision du Conseil d'administration prise après une évaluation de la vulnérabilité effectuée par l'Agence;
- un État Schengen n'a pas demandé un appui suffisant de l'Agence en vue du lancement d'opérations conjointes ou d'interventions rapides aux frontières extérieures, ou ne fait pas le nécessaire pour mettre en œuvre ces mesures, alors que l'on est en présence de défis spécifiques et disproportionnés aux frontières extérieures.

Si un État Schengen ne se conforme pas à la décision du Conseil, le nouvel art. 19, par. 10, prévoit l'application de la procédure prévue à l'art. 29 CFS. Cela signifie concrètement que l'État concerné doit, dans un premier temps, expliquer au Conseil et à la Commission les raisons de son refus de collaborer. En dernier ressort, le Conseil peut recommander à d'autres États Schengen de réintroduire les contrôles à leurs frontières intérieures. Cette disposition apporte une clarification importante, en ce sens que l'Agence ne pourrait en aucun cas intervenir sur le territoire d'un État Schengen sans son accord. Il ne s'agit donc pas d'un « droit d'intervention » comme initialement annoncé par la Commission lors de la présentation de sa proposition, mais de la mise en œuvre d'un ensemble de mesures nécessaires en vue de prévenir tout risque pour le fonctionnement de l'espace Schengen.

Eventuelle mise en œuvre d'une action urgente en Suisse

Dans la mesure où la Suisse ne possède aucune frontière extérieure terrestre ou maritime et qu'elle dispose d'une bonne surveillance à ses frontières aériennes, à savoir dans ses aéroports internationaux (ce qui a été confirmé dans le cadre d'évaluations Schengen), il n'existe pratiquement aucun risque que la Suisse puisse être soumise à ce genre de mesures, qui ne constituent qu'une solution de dernier recours.

Par ailleurs, l'art. 1, par. 2, let. a, de l'Arrangement complémentaire prévoit – concernant les opérations conjointes « normales » – que la Suisse dispose d'un droit de vote au sein du Conseil d'administration de Frontex en ce qui concerne les décisions relatives à des activités spécifiques à réaliser à ses frontières extérieures; en outre, les décisions de cette nature requièrent un vote en faveur de leur adoption du représentant suisse au Conseil d'administration (c'est-à-dire une sorte de « droit de veto »). Il est vrai que ces dispositions de l'arrangement complémentaire ne s'appliquent pas aux opérations visées à l'art. 19; en effet, les dispositions en question se réfèrent à la

participation au Conseil d'administration de l'Agence, tandis que les décisions relatives aux mesures fondées sur l'art. 19 – en raison de la nécessité d'une légitimation politique aussi élevée que possible – sont prises par le Conseil, au sein duquel la Suisse a bien un droit de participation et d'intervention, mais aucun droit de codécision. Cependant, étant donné que les États membres de l'UE n'ont eux non plus pas de « droit de veto » en ce qui concerne les mesures prises au sens de l'art. 19 à leurs frontières extérieures, la Suisse n'est pas plus mal lotie qu'eux. En pratique, l'art. 19, par. 10, garantit de toute façon qu'aucune opération de l'Agence ne peut avoir lieu aux frontières extérieures se trouvant sur notre territoire sans la coopération et l'accord de la Suisse.

Action urgente dans un pays Schengen avec des agents suisses

A l'instar des autres États Schengen, la Suisse est tenue de participer, via les agents mis à disposition dans le cadre de la réserve de réaction rapide, à des opérations sur le territoire d'un autre État Schengen. Conformément à l'art. 19, celui-ci peut également refuser de collaborer avec l'Agence. Il en résulte qu'aucun agent suisse ne participera à une intervention dans un État Schengen sans l'accord de ce dernier.

Art. 20 Composition et déploiement des équipes du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes

L'art. 20, par. 5, prévoit la mise en place d'une réserve de réaction rapide, qui est un corps permanent d'un effectif de 1500 agents au minimum, mis à la disposition de l'Agence et qui peut être déployé à partir de chaque État Schengen dans un délai de 5 jours ouvrables à partir du moment où le plan opérationnel est approuvé par le directeur exécutif et l'État membre hôte. Cette réserve de réaction rapide peut être déployée soit dans le cadre d'une demande d'un État Schengen de lancement d'une intervention rapide aux frontières, soit lors d'une situation nécessitant une action urgente de l'Agence.

Chaque État Schengen contribue à cette réserve de réaction rapide selon une table définie dans une annexe au règlement. Les contributions ont été fixées après des entretiens bilatéraux entre les différents États Schengen et la présidence du Conseil. Dans ce cadre, la Suisse s'est engagée à fournir 16 agents, ce qui est raisonnable compte tenu de la taille de ses autorités de contrôles aux frontières et de la nature de ses frontières. Cela représente en effet 0,8% de l'effectif total du Cgfr. À titre de comparaison, les contributions des États voisins et d'autres États associés¹² sont les suivantes:

- Allemagne: 225
- Autriche: 34
- France: 170
- Islande: 2
- Italie: 125
- Norvège: 20

¹² Le Liechtenstein participe quant à lui en versant une contribution financière appropriée.

Il convient en outre de préciser que les engagements de la réserve de réaction rapide sont prévus pour une période de temps limitée (cf. consid. 24 du règlement). Les 16 agents ne seront dès lors vraisemblablement pas tous engagés en même temps ni de manière continue. Il s'agira plutôt de mettre en place un système de permanence afin de pouvoir rapidement envoyer le nombre d'agents demandés (au maximum 16) dans le cadre d'une intervention rapide aux frontières extérieures.

Par ailleurs, la composition et le déploiement des équipes européennes de garde-frontières et de garde-côtes sont réglés à l'art. 20 qui, mis à part les dispositions relatives à la réserve de réaction rapide, reprend l'ancien règlement. À relever que les contributions des États Schengen concernant le déploiement de leurs garde-frontières pour des opérations conjointes sont toujours décidées d'entente entre les États Schengen et l'Agence, sur la base de négociations bilatérales annuelles. Ces équipes sont également appelées à compléter si nécessaire le déploiement de la réserve de réaction rapide, sauf si l'État Schengen est confronté à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution des tâches nationales. Il convient en outre de souligner que, durant le déploiement, les équipes européennes de garde-frontières et de garde-côtes restent, comme jusqu'à présent, sous les instructions de l'État membre hôte (cf. art. 21). De même, l'Agence continue à couvrir certains coûts pour le déploiement des équipes européennes de garde-frontières et de garde-côtes, comme les frais de déplacement et d'hébergement, les coûts liés aux vaccinations et aux soins, ainsi que les assurances spéciales requises.

Remarques préliminaires concernant les art. 27 à 33

L'Agence est dotée de compétences nouvelles en matière de retour, et aura pour mission, entre autres, de soutenir les États Schengen en finançant davantage de vols communs, mais également en organisant ses propres opérations d'éloignement à partir des États Schengen qui en font la demande ou à partir des centres de crise.

L'Agence devrait également être en mesure de constituer ses propres équipes d'opération européenne (agents d'escorte, spécialistes des questions de retour) pour venir en soutien aux États Schengen confrontés à des défis spécifiques et disproportionnés dans l'exécution des renvois.

Il est prévu que les États Schengen mettent ces ressources humaines à disposition, sur demande du Directeur exécutif de l'Agence.

L'Agence a pour objectif de mettre en place un système de retour global en collaboration avec les États Schengen, les États tiers ainsi que d'autres parties prenantes (par ex. le HCR, l'OIM, etc.) et d'exploiter les synergies correspondantes. Le règlement prévoit que l'Agence pourra recourir aux équipes européennes d'intervention en matière de retour pour mener des opérations d'éloignement conjointes à partir d'un ou plusieurs États Schengen connaissant des défis migratoires momentanément intenses. Ces opérations seront menées d'entente avec les États concernés qui en font la demande ou qui acceptent une proposition de soutien émanant de l'Agence. Les équipes européennes d'intervention en matière de retour seront constituées de spécialistes en matière d'identification et d'obtention de documents de voyage ainsi que d'agents d'escorte chargés de l'exécution du renvoi. Un engagement de res-

sources humaines sur le territoire d'un État Schengen ou associé ne peut se faire que par consentement mutuel entre l'État concerné et l'Agence.

Le Conseil d'administration de l'Agence fixe les profils ainsi que le nombre des personnes nécessaires pour les différentes réserves (art. 29, par. 2, 30, par. 2, et 31, par. 2).

Un engagement de ressources humaines dans ces différentes réserves sur le territoire d'un État Schengen ne peut se faire que sur la base d'un accord passé entre l'État concerné et l'Agence. À cet effet, chaque État Schengen négocie, d'année en année, le nombre et le profil de ses spécialistes qui seront mis à disposition.

Pour toute opération de retour impliquant des enfants, l'Agence met à disposition des contrôleurs, escortes et spécialistes des retours forcés, ayant une expertise spécifique en matière de protection des enfants.

Une clause de sauvegarde permet aux États Schengen de demander de renoncer à fournir des ressources en personnel s'ils sont confrontés à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution de tâches nationales. Toute demande de ce type doit être introduite au moins 21 jours ouvrables avant le déploiement souhaité, ou cinq jours ouvrables dans le cas d'une intervention rapide en matière de retour.

Pour la Suisse, la mise à disposition de ressources humaines incomberait aux cantons pour les agents d'escorte et au Secrétariat d'État aux migrations (SEM) pour les spécialistes des questions de retour, ainsi qu'à des tiers qui auront le rôle d'experts indépendants chargés du contrôle des renvois. Actuellement la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) exerce ce mandat au niveau national.

Art. 27 Retour

L'Agence coordonne, soutient et cofinance les activités de retour en vue de parvenir à un système intégré de gestion du retour pour les départs tant volontaires que forcés. Ce système vise à faciliter l'identification de ressortissants d'États tiers ainsi que l'obtention des documents de voyage nécessaires et à soutenir l'évolution de «best practices» (par. 1).

Le soutien technique et opérationnel comprend la mise à disposition de services de traduction, d'informations spécifiques aux pays, d'aide à la mise en œuvre des procédures exposées dans la directive dite sur le retour¹³ et à la mise en œuvre des mesures visant à empêcher le passage à la clandestinité des personnes à rapatrier (par. 2).

¹³ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98

Art. 28 Opérations de retour

L'Agence coordonne et cofinance les vols communs organisés par les États Schengen (par ex. par l'affrètement d'avions).

À cet effet, les États Schengen annoncent mensuellement les retours prévus à l'Agence en mentionnant le nombre de personnes à rapatrier, les destinations des opérations de retour, ainsi que la nécessité d'un soutien par l'Agence. Se fondant sur ces annonces, l'Agence établit la planification en continu afin de combiner dans la mesure du possible les opérations de retour.

L'Agence organise des vols communs de sa propre initiative ou sur demande d'un État Schengen ou d'un pays tiers. Les retours peuvent être effectués à partir d'un État Schengen ou d'un État n'appartenant pas à l'espace Schengen (« mixed return operations »).

Tous les retours doivent être effectués dans le respect des droits fondamentaux fixés dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁴ du 4 novembre 1950. Le recours à des moyens de contrainte doit être proportionné.

Les retours doivent être surveillés conformément à l'art. 8, par. 6, de la directive sur le retour.

Art. 29 Réserve de contrôleurs des retours forcés

Il est prévu que la Suisse participe à cette réserve et mette à disposition pour cette tâche des observateurs indépendants pour accompagner des interventions internationales en matière de retour. Les États membres ont la responsabilité de contribuer à la réserve en désignant des contrôleurs des retours forcés qui correspondent au profil prévu. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation stricte (art. 29, par. 2).

Les contrôleurs des retours forcés ont la tâche de surveiller les retours au sens de l'art. 8, par. 6, de la directive sur le retour.

En Suisse, le monitoring des retours forcés relève depuis juillet 2012 de la compétence de la CNPT.

Art. 30 Réserve d'escortes pour les retours forcés

Les retours forcés sont accompagnés d'escortes policières fournies par les États Schengen participant à l'opération (par. 1).

Il est prévu que ce rôle soit assumé par des agents d'escorte spécialement formés issus des autorités cantonales de police. Les ressortissants d'États tiers à rapatrier sont des étrangers qui ont reçu de la part d'un État Schengen une décision de renvoi (par ex. à partir d'un centre de crise situé en Italie ou en Grèce à destination de la Turquie, donc pas nécessairement à partir de la Suisse).

¹⁴ RS 0.101

Art. 31 Réserve de spécialistes des questions de retour

Les spécialistes des questions de retour fournissent un soutien en matière d'identification des ressortissants d'États tiers à rapatrier et d'obtention des documents de voyage nécessaires au retour forcé; à cet effet, ils collaborent avec les consulats compétents (par. 1).

Pour la Suisse, ce sont les spécialistes du SEM pour les questions de retour qui assumeront ce rôle.

Art. 32 Equipes d'interventions européennes pour les retours

Les équipes d'intervention européennes sont composée des réserves instituées par les art. 29 à 31.

Art. 33 Interventions en matière de retour

Elles devraient être déployées en soutien aux autorités nationales compétentes, sur demande d'un État Schengen qui connaît une situation difficile en matière de renvois (art. 33). L'Agence devrait également pouvoir, de sa propre initiative, proposer ses services à un État Schengen. L'intervention de ces équipes d'intervention se fait d'entente avec l'État Schengen concerné et d'entente avec les États Schengen dont sont issus les membres des réserves.

Les dispositions relatives au déroulement des missions de l'Agence et aux coûts qui en résultent (art. 21, 22, 24, 25 et 26) s'appliquent également aux équipes d'intervention européennes pour les retours.

Le règlement prévoit que les États Schengen contribuent de manière contraignante à cette réserve selon une clé de répartition proposée par le Directeur exécutif et avalisée par le Conseil d'administration.

Art. 38 et 39 Equipements techniques

Les art. 38 (acquisition ou location par crédit-bail d'équipements techniques) et 39 (parc des équipements techniques) reprennent le contenu de l'actuel art. 7 du règlement Frontex, qui a été scindé en deux pour des motifs de clarté. L'Agence peut désormais acquérir, louer par crédit-bail et déployer elle-même un parc d'équipement technique, y compris pour les opérations de retour, conformément à l'extension du mandat prévue par le règlement. Le parc des équipements techniques comprend également un parc d'équipements techniques de réaction rapide composé d'un nombre limité d'unités d'équipements nécessaires à d'éventuelles interventions rapides aux frontières.

Comme jusqu'à présent, la contribution des États membres au parc des équipements techniques est programmée sur la base de négociations et d'accords bilatéraux annuels conclus entre l'Agence et les États Schengen. Les États Schengen doivent mettre leurs équipements techniques à disposition en vue de leur déploiement, sauf s'ils sont confrontés à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution de tâches nationales. Cette exception n'est toutefois pas applicable pour le parc d'équipements techniques de réaction rapide.

Art. 44 à 50 Protection des données

Comme prévu actuellement dans le règlement Frontex, l'Agence applique le règlement (CE) n° 45/2001¹⁵ lorsqu'elle traite des données à caractère personnel. Ce dernier règlement est d'ailleurs également applicable à la Suisse dans le cadre de Frontex (cf. art. 3, par. 2, de l'Arrangement complémentaire). Pour le reste, les art. 44 à 50 décrivent, de manière plus précise qu'actuellement, les règles applicables en matière d'échange d'informations et de protection des données, notamment en matière de traitement des données à caractère personnel. L'art. 47 traite en particulier des limitations imposées en matière de traitement des données à caractère personnel par l'Agence, qui est désormais autorisée à traiter également celles concernant des personnes qui franchissent les frontières extérieures sans autorisation et dont les données sont recueillies par les équipes européennes de garde-frontières et de garde-côtes, conformément au mandat de l'Agence.

Le nouveau règlement a des conséquences restreintes quant à la communication des données par le SEM lors des renvois. Le SEM transmet les données personnelles des personnes à rapatrier ainsi que des experts suisses participant aux interventions internationales en matière de retour à l'Agence pour autant que ces données soient nécessaires à l'organisation de l'intervention en matière de retour (art. 105 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr]¹⁶ et nouvel art. 71a LEtr). Les données personnelles des personnes à rapatrier devront être communiquées sur demande de l'Agence, en vertu de l'art. 47 du règlement.

Art. 54 Coopération avec les pays tiers

Le règlement Frontex actuel prévoit déjà la possibilité pour l'Agence de coopérer avec des pays tiers dans les domaines qui relèvent de ses activités. L'art. 54, par. 3, prévoit toutefois une nouveauté, en ce sens que l'Agence peut désormais coordonner la coopération opérationnelle entre les États Schengen et les pays tiers en matière de gestion des frontières extérieures, et mener des actions aux frontières extérieures, y compris sur le territoire de pays tiers voisins. À noter que, dans ce cas, la participation des États Schengen ne peut avoir lieu que sur une base volontaire. Un accord sur le statut sera conclu entre l'UE et l'État tiers concerné afin de couvrir tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions, en particulier l'étendue de l'opération, la responsabilité civile et pénale, ainsi que les tâches et pouvoirs des membres des équipes.

Dans le domaine du retour, le règlement prévoit que l'Agence et les États Schengen puissent confier le rapatriement de ressortissants étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement aux autorités du pays de provenance des personnes concernées. Cette disposition en soi n'est pas nouvelle puisque certains États Schengen recourraient déjà à la coopération avec les États tiers dans le domaine de l'éloignement; le règlement Frontex actuellement en vigueur couvrirait par ailleurs

¹⁵ Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 008 du 12.01.2001, p. 1

¹⁶ RS 142.20

déjà les aspects liés à la prise en charge organisationnelle et financière de telles opérations. Le nouveau règlement prévoit cependant que l'Agence pourra dorénavant organiser de sa propre initiative des opérations de retour opérées par les États tiers et les proposer aux États Schengen connaissant des besoins en matière d'éloignement. Ces nouvelles dispositions s'adressent cependant à l'Agence et non aux États visés par le règlement. Elles ne créent donc pas de nouvelles obligations pour la Suisse. Elles auront pour effet d'augmenter la capacité de soutien de l'Agence dans le domaine de l'exécution des renvois.

2.2 Autres dispositions

Art. 1 Objet

L'art. 1 institue le corps européen et fixe ses objectifs, soit assurer une gestion européenne intégrée des frontières extérieures, dans le but de gérer efficacement le franchissement des frontières extérieures. Cela implique notamment de s'attaquer aux défis migratoires et aux éventuelles futures menaces à ces frontières, en contribuant ainsi à lutter contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontalière, afin d'assurer un niveau élevé de sécurité intérieure au sein de l'UE, dans le plein respect des droits fondamentaux, tout en y préservant la libre circulation des personnes.

Art. 3 Corps européen de garde-frontières et de garde-côtes

L'art. 3, par. 1, précise que le corps européen est composé, d'une part, de l'Agence et, d'autre part, des autorités nationales des États Schengen chargées de la gestion des frontières.

Art. 8 Missions

Les nombreuses missions de l'Agence sont fixées à l'art. 8, qui inclut des nouveautés telles que l'évaluation de la vulnérabilité, l'envoi d'officiers de liaison pour le suivi de la gestion des frontières extérieures, le déploiement des équipes dans la cadre d'une situation nécessitant une action urgente aux frontières extérieures, ainsi que les nouvelles tâches en matière de retour.

L'Agence est également chargée d'établir, sur décision du Conseil d'administration, un modèle d'analyse commune et intégrée des risques (art. 11) ayant pour but de surveiller les flux migratoires vers et au sein de l'UE, les tendances et les défis possibles aux frontières extérieures. Elle procède aussi à l'évaluation de la vulnérabilité.

Art. 15 Lancement d'opérations conjointes et d'interventions rapides aux frontières extérieures

Comme à présent, l'art. 15 prévoit que les États Schengen peuvent demander à l'Agence de lancer des opérations conjointes afin de faire face notamment aux menaces aux frontières extérieures. Ils peuvent également demander le lancement d'opérations rapides aux frontières, dont la procédure est régie à l'art. 17, qui prévoit en particulier un déploiement de la réserve de réaction rapide cinq jours après la date d'approbation du plan opérationnel. Le plan opérationnel est défini entre l'Agence et l'État membre hôte (cf. art. 16), ce qui correspond à la réglementation actuelle.

Art. 18 Equipes d'appui à la gestion des flux migratoires

L'art. 18 institue les équipes d'appui à la gestion des flux migratoires. S'il s'agit formellement d'une nouveauté, cet article ne fait que reprendre ce qui se fait déjà actuellement en pratique dans les centres de crise (filtrage, identification, enregistrement et débriefing des ressortissants de pays tiers, communication d'informations aux personnes ayant manifestement besoin d'une protection internationale et assistance technique et opérationnelle dans le domaine du retour). Si nécessaire, les équipes d'appui à la gestion des flux migratoires comprennent du personnel spécialisé dans la protection de l'enfant, la traite des êtres humains, la protection contre les persécutions fondées sur le genre et/ou les droits fondamentaux (art. 18, par. 5).

Art. 34 à 79 Dispositions générales

Hormis les dispositions déjà évoquées plus haut (acquisition et parc d'équipements techniques, protection des données, domaine du retour), les dispositions générales du règlement reprennent pour l'essentiel les dispositions existantes, en les adaptant en fonction des nouvelles tâches de l'Agence et en reprenant les concepts de l'approche commune annexée à la déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne sur les agences décentralisées adoptée le 12 juin 2012¹⁷.

L'Agence est un organisme de l'UE, dotée de la personnalité juridique (art. 56, par. 1), qu'elle reprend d'ailleurs de Frontex. Elle conserve son siège à Varsovie. Elle dispose d'un Conseil d'administration, d'un directeur exécutif, d'un forum consultatif et d'un officier aux droits fondamentaux (art. 61).

Le Conseil d'administration est l'organe principal de l'Agence. Ses nombreuses et importantes attributions sont énumérées à l'art. 62. Il est composé d'un représentant par État participant, y compris d'un représentant par État associé comme la Suisse (art. 63, par. 3). Le règlement édicte les règles principales en matière de vote au sein du Conseil d'administration. En ce qui concerne les droits de vote des États associés, l'art. 67, par. 4, précise le règlement actuel, en ce sens qu'il mentionne explicitement le fait que les États associés, dont la Suisse, ont des droits de vote limités au sein du Conseil d'administration (cf. à ce sujet ch. 1.4 ci-dessus).

¹⁷ www.europa.eu > fr > À propos de l'UE > Agences de l'UE > Agences décentralisées > Cadre politique : agences décentralisées - remaniement de 2012

Le directeur exécutif a pour mission de gérer en toute indépendance et de représenter l'Agence (art. 68, par. 1, et 56, par. 4). Ses fonctions et ses pouvoirs sont énumérés à l'art. 68. Il participe aux séances du Conseil d'administration, mais ne jouit pas du droit de vote (art. 67, par. 2).

Un mécanisme de plainte a été introduit à l'art. 72, afin de contrôler et d'assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence. Deux cas de figure sont prévus; d'une part, les plaintes à l'encontre des membres des équipes (examinées par l'État membre d'origine de l'agent concerné) et, d'autre part, les plaintes à l'encontre de l'Agence (examinées par le directeur exécutif). Dans un cas comme dans l'autre, des sanctions disciplinaires peuvent être prises et l'officier aux droits fondamentaux est informé des suites données. À noter encore que le mécanisme de plainte ne porte pas préjudice à la faculté des personnes touchées d'aborder les tribunaux ordinaires.

À l'instar du règlement actuel, l'art. 75 prévoit que les recettes de l'Agence comprennent une subvention de l'UE, une contribution des États associés, des redevances perçues en rémunération de services et toute contribution volontaire des États membres. L'art. 75, par. 1, let. c, ajoute encore un financement de l'UE sous la forme de conventions de délégation ou de subventions ad hoc.

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

Une procédure de consultation ordinaire¹⁸ a eu lieu, conformément à l'art. 3, al. 1, let. c, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation¹⁹, du 13 octobre 2016 au 27 janvier 2017.

3.1 Remarques générales concernant le projet

Une large majorité des 43 participants à la consultation soutiennent le principe de la reprise et de la mise en œuvre du règlement (AG, AI, BL, BE, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, SH, SZ, SO, SG, TG, UR, VD, ZG, CCDJP, VKM, PDC, PLR, PES, PS, Centre Patronal, CHANCE Schweiz, CFM, Fédération des entreprises romandes, FEPS, USS, USAM). Un participant (UDC) se prononce fermement contre la reprise et la mise en œuvre du règlement. Deux participants (UPSV, OSP) ne se prononcent que conditionnellement en faveur d'une reprise et d'une mise en œuvre. Cinq participants (OW, NW, BS, Union des villes suisses et OSE) ont renoncé à donner leur avis. ZH prend quant à lui connaissance du contenu du règlement à mettre en œuvre et des répercussions sur les corps de police cantonaux.

¹⁸ www.admin.ch > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultations terminées > 2016 > DFF

¹⁹ RS 172.061

La participation de la Suisse au contrôle renforcé ainsi qu'à la surveillance des frontières extérieures de Schengen et donc aussi à la nouvelle réserve de réaction rapide n'est pas contestée par les participants à la consultation (cantons, partis, milieux concernés). En principe, les participants considèrent que la Suisse a intérêt à ce que les frontières extérieures de Schengen soient protégées et surveillées de façon appropriée. Les contrôles des personnes qui franchissent ces dernières doivent être exécutés de manière efficace et conforme au droit. Quelques participants (par ex. PDC, FR, AI) approuvent expressément la contribution financière et en personnel que la Suisse doit fournir ou la considèrent pour le moins acceptable (BL, PS, FR, VKM, Centre Patronal). D'autres font à nouveau remarquer que la contribution en personnel à fournir ne doit pas entraîner une dégradation de la surveillance des frontières suisses (PLR, UPSV, USAM). Enfin, quelques participants font remarquer que le Conseil fédéral doit porter une attention permanente sur les coûts de la participation de la Suisse à Frontex.

Position du Conseil fédéral

En raison des avis positifs exprimés, aucune adaptation du projet n'est requise et la reprise de ce développement de l'acquis de Schengen est approuvée.

3.1.1 Remarques concernant les situations aux frontières extérieures nécessitant une action urgente

Quelques participants à la consultation (PLR, USS, USAM, UPSV et OSAR) sont d'avis que la reprise et la mise en œuvre du règlement ne doivent pas entraîner une diminution de la surveillance des frontières suisses. À cette occasion, l'OSAR tient à rendre plus explicite le rôle et les tâches du Cgfr qui sont définis dans la loi sur les douanes²⁰ du 18 mars 2005 et clarifier les compétences de police frontière dont le Cgfr dispose. L'OSAR est d'avis que les modifications proposées à l'art. 92 LD ne suffisent pas pour tenir suffisamment compte de ces nouvelles tâches.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire de profiter du projet pour un vaste réexamen des compétences du Cgfr. Sur la base du nouveau règlement, le Cgfr ne se voit effectivement pas accorder de nouvelles compétences de police frontière. Comme cela est mentionné au ch. 3.1.2, la participation de la Suisse à l'Agence n'entraîne pas une augmentation de l'effectif de personnel de l'administration fédérale des douanes (AFD).

²⁰ RS 631.0

3.1.2 Remarques concernant la participation financière de la Suisse à la nouvelle Agence

La plupart des participants (comme BL, FR, SO ainsi que la VKM, le PDC, le PS et le Centre Patronal) sont conscients que l'extension du mandat de l'Agence entraîne une augmentation de la participation financière de la Suisse à l'Agence. Cependant, quelques participants (BL, VKM, PLR et Fédération des entreprises romandes) invitent expressément à la prudence par rapport à l'augmentation de participation attendue. L'UDC n'accepte pas cette augmentation.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est conscient du fait que les coûts de participation de la Suisse vont fortement augmenter ces prochaines années et il va traiter de façon critique et avec le soin nécessaire les opérations budgétaires concernées. Il estime qu'il n'y a pas lieu de prendre d'autres mesures. Les versements de contributions attendus sont expliqués en détail au ch. 4.1.1 et seront comme jusqu'à présent calculés suivant le rapport entre le PIB national et le PIB de tous les pays participant à l'agence.

3.1.3 Remarques concernant le personnel de l'AFD

La consultation a révélé que le PLR, l'UPSV, l'USS et l'USAM approuvent le fait que la Suisse mette à disposition seize gardes-frontière supplémentaires ainsi que des spécialistes du retour pour des engagements d'une durée limitée. Il ne doit cependant pas en résulter un affaiblissement du Cgfr ou de la lutte contre la contrebande de marchandises à la frontière suisse. SZ demande également que les propres mesures nationales de surveillance de la frontière restent garanties, qu'il y ait reprise ou non du règlement. Le PLR et l'USAM sont même favorables à une augmentation des ressources pour le contrôle à la frontière dans l'intérêt de la sécurité publique et de la lutte contre l'immigration illégale.

Position du Conseil fédéral

Dans la foulée de l'élaboration du projet destiné à la consultation, l'AFD est encore partie de l'idée qu'elle pouvait maîtriser une participation de la Suisse à l'Agence par ses propres moyens et qu'elle ne devait pas déposer de demande visant à augmenter l'effectif en personnel.

Dans l'intervalle, il faut considérer cette appréciation de la situation comme trop optimiste. À partir de la mi-2016, il y a eu une modification substantielle de la situation migratoire, qui n'a pas changé depuis. La raison en est un changement profond du comportement des migrants. Alors que les années précédentes la majorité des personnes en séjour illégal qui étaient interceptées déposaient une demande d'asile, en 2016 la plupart des migrants tentaient de traverser la Suisse pour atteindre la destination souhaitée en Europe. Les personnes en séjour illégal qui ne déposent pas de demande d'asile doivent être remises aux autorités du pays voisin compétent en vertu d'un accord de réadmission bilatéral, dans la majorité des cas à l'Italie. Il en résulte pour le Cgfr une charge administrative plus élevée et la nécessité d'encadrer les personnes en dehors des structures d'asile existantes. La Suisse veut et doit éviter

de devenir un État de transit, notamment en direction de l'Allemagne. Cet État a déjà demandé à la Suisse des contrôles renforcés à la frontière Nord.

Au vu des éléments susmentionnés, nous avons procédé à une nouvelle analyse de la situation. Nous ne pouvons en effet plus exclure qu'une augmentation des effectifs du Cgfr soit nécessaire à l'avenir. Cela dépendra de la pression migratoire, notamment si le Cgfr devait faire face de manière persistante à des besoins accrus tant pour remplir ses missions aux frontières extérieures dans le cadre de l'Agence que pour continuer à accomplir ses tâches au niveau national. Ces deux besoins ne sont au demeurant pas opposés, mais complémentaires et interdépendants. En effet, les défis auxquels nous sommes confrontés aux frontières intérieures (migration secondaire) sont directement liés à ceux auxquels les États Schengen doivent faire face aux frontières extérieures.

3.2 Remarques concernant le domaine du retour

La grande majorité des participants à la consultation a approuvé les adaptations proposées. Les remarques les plus importantes concernent la mise en œuvre des opérations de retour de l'Agence (art. 72 P-LEtr; art. 71a et 71a^{bis}).

3.2.1 Indemnisation des cantons lors d'interventions internationales

Tous les cantons ont accueilli favorablement les nouvelles tâches qui leur incomberont dans le cadre des interventions internationales en matière de retour prévues par le règlement (UE) 2016/1624. Plusieurs d'entre eux (par ex. BL, FR, GE, JU, SG, SH, TG, VD, ZG), ainsi que la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) ont souligné que ces engagements représentent une charge additionnelle pour les corps de police cantonaux et demandent que la Confédération indemnise les frais encourus par les agents d'escorte policière lors de leurs engagements. LU demande dans ce contexte une augmentation des indemnisations forfaitaires en la matière ou que les frais réels soient directement facturés à la Confédération.

Position du Conseil fédéral

En raison des critiques positives formulées, aucune adaptation du projet n'est requise. Le Conseil fédéral rappelle que les frais de déploiement des agents d'escorte policière dans le cadre des interventions sont couverts par l'Agence. Il s'agit en particulier des transports vers et depuis le lieu d'engagement ainsi que les frais d'hébergement. Les salaires ne sont par contre pas remboursés par l'Agence. La Confédération ne couvre également pas les salaires. Elle souhaite cependant indemniser les cantons pour la prestation fournie. Pour ce faire, elle examine si elle est en mesure de verser aux cantons des forfaits à titre de compensation, comme elle le fait pour les opérations de retour suisses (art. 58, al. 2, de l'ordonnance 2 du 11 août

1999 sur l'asile [OA 2]²¹). Un forfait de 300 francs par jour et par accompagnant suisse pourrait ainsi être versé pour chaque opération de retour de l'agence. Cette contribution sera fixée dans une convention entre les cantons et la Confédération qui règle les modalités notamment financières de la mise à disposition par les cantons d'agents de police (nouvel art. 71a, al. 3, LEtr).

3.2.2 Implication de la CCDJP, de la CCPCS et contribution des cantons à la réserve

Parmi les participants à la consultation, GE et SH demandent que la CCDJP joue le rôle d'intermédiaire entre les cantons et le Département fédéral de justice et police (DFJP) dans l'organisation du déploiement des agents d'escorte policière. BE, GE et la CCDJP soulignent que la conférence des commandants des polices cantonales CCPCS devrait être impliquée en tant qu'organe disposant des connaissances techniques en matière de qualification du personnel policier pour ce type d'engagements. BE et GE demandent de surcroît quelles seront les modalités de répartition entre les cantons des effectifs déployés dans le cadre des interventions internationales. BE en particulier propose la création d'une réserve intercantonale d'agents d'escorte policière notamment afin d'assurer la qualité de la formation des intervenants et un degré de flexibilité élevé en matière de mobilisation.

Position du Conseil fédéral

Comme signalé, les processus concrets relatifs au détachement de fonctionnaires de police cantonaux seront réglés dans un accord avec la CCDJP. La proposition de consulter la CCPCS est accueillie favorablement et sera mise en œuvre. S'agissant des modalités de répartition entre cantons des effectifs déployés, le DFJP examinera avec la CCDJP et la CCPCS quel modèle répond le plus aux besoins en vue des interventions internationales. Le Conseil fédéral est d'avis que la question d'une réserve intercantonale ne doit cependant pas être étudiée exclusivement dans le contexte international, mais également dans le cadre de la stratégie nationale en matière d'exécution des renvois. L'Agence accorde par ailleurs une grande importance à la formation des agents impliqués dans les renvois internationaux et organise des formations continues auxquelles la Suisse est libre de participer.

²¹ RS 142.312

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

4.1.1 Conséquences financières

L'art. 75, par. 1, let. b, consacre la règle actuelle, à savoir que la contribution financière des États associés est fixée conformément aux accords respectifs qui spécifient la contribution financière. Comme jusqu'à présent, le coût de la participation financière de la Suisse sera dès lors calculé sur la base du PIB suisse par rapport à l'ensemble du PIB des pays participant au financement de l'Agence (cf. art. 11, par. 3, de l'AAS, applicable en vertu du renvoi de l'art. 2 de l'arrangement complémentaire)²².

À l'avenir, la structure, les moyens et les missions de l'Agence seront renforcés. L'Agence devra en effet être en mesure de réagir efficacement aux enjeux futurs en matière de migration et de pouvoir soutenir les États Schengen dans leurs actions. Une hausse importante du budget de l'Agence est dès lors prévue notamment afin de:

- poursuivre les activités opérationnelles à plus grande échelle dans le cadre des opérations conjointes en mer;
- poursuivre la participation de l'Agence aux équipes d'appui à la gestion des flux migratoires dans les centres de crise;
- accroître le rôle de l'Agence dans le domaine des retours en assistant les États Schengen dans les opérations de retour et d'autres activités relevant du nouveau mandat, qui permettra à l'Agence de renforcer son soutien aux États Schengen afin, notamment, de faciliter, d'organiser et financer les opérations de retour;
- constituer la réserve opérationnelle permettant de financer le déploiement de la réserve de réaction rapide aux frontières et d'intervention d'appui aux retours;
- acquérir, de maintenir et de louer ses propres équipements;
- exécuter les nouvelles tâches au titre de la coopération de l'Agence avec l'Agence européenne de contrôle des pêches et de l'Agence européenne pour la sécurité maritime;
- renforcer la coopération de l'Agence avec les pays tiers, y compris sa participation à des activités opérationnelles avec les pays tiers voisins;
- accroître le nombre des officiers de liaison de l'Agence dans les pays tiers;
- engager un effectif supplémentaire de 602 personnes pour permettre à l'Agence d'accomplir ses nouvelles missions.

²² La clé de répartition a été fixée à 3.85% en 2015 et à 3.59% en 2016. À partir de l'année 2017, elle devrait augmenter d'un peu moins d'un point, soit 4.4% en raison des changements intervenant dans la méthode de calcul. Raison: l'Angleterre et l'Irlande ne faisant pas partie de l'espace Schengen, ces deux pays contribueront à l'avenir aux dépenses des seules opérations auxquels ils participent.

Vu la hausse importante du budget de l'Agence, la contribution suisse devrait augmenter proportionnellement.

Le tableau ci-dessous décrit l'évolution du budget de Frontex et celle de la contribution de la Suisse (en millions d'euros):

Années	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Contribution EU	106.1	133.5	281.3	298.3	310.3	322.2
Contributions tiers	7.9	14.7	20.7	21.9	22.8	23.7
Budget Frontex ²³	114.0	148.2	301.9	320.2	333.1	345.9
Contribution CH²⁴	4.6	9.9	12.4*	13.2*	13.7*	14.2*

* estimations

A noter toutefois que, conformément aux modalités financières en vigueur, Frontex prend en charge une partie des frais de voyage des collaborateurs suisses engagés dans ses missions.

Le montant des remboursements s'est ainsi élevé à quelque 420 000 euros en 2014, et à un peu plus de 550 000 euros en 2015 et en 2016 à 1,7 million d'euros.

Il faut également relever que l'augmentation de la contribution financière par laquelle la Suisse participe au fonctionnement de l'Agence entraîne une diminution des dépenses dans le domaine des retours forcés. Ainsi, le coût des vols est par exemple entièrement pris en charge par l'Agence dans le cadre des interventions européennes en matière de retour (vols communs de l'UE).

En 2014, Frontex a remboursé à la Suisse plus de 100 000 francs pour les retours forcés, en 2015 un peu plus de 155 000 francs et en 2016 1,4 million francs. La nouvelle Agence financera ou organisera elle-même un encore plus grand nombre de vols communs de l'UE, si bien qu'il faut s'attendre à de nouvelles économies dans le domaine des retours forcés.

Enfin, les engagements Frontex aux frontières extérieures de l'espace Schengen ont des effets sur le flux migratoire en Suisse conduisant à des coûts moindres pour le ménage fédéral qui ne peuvent pas être chiffrés.

²³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, COM(2015) 671 final, ad fiche financière législative

²⁴ Sur la base d'un taux de change de 1.05 pour 2016 et de 1.10 pour les années suivantes, la contribution de notre pays en francs suisses s'élève comme suit: 2016: 10.4 mio, 2017: 13.7 mio; 2018: 14.5 mio; 2019: 15.01 mio; 2020: 15.7 mio.

4.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

Conséquences sur le personnel de l'AFD

En l'état, la participation de la Suisse à l'Agence n'entraîne aucune augmentation des effectifs de l'AFD. Dans l'idéal, la Suisse continuera de participer aux interventions de Frontex à raison de 1700 jours de travail par année, en tenant compte de la mise à contribution de ces experts pour la réserve de réaction rapide. La durée des engagements dans le cadre de la réserve de réaction rapide est déterminée par l'État d'origine, mais ne devrait pas dépasser 30 jours, raison pour laquelle l'AFD prévoit une durée d'engagement analogue aux opérations ordinaire, soit 30 jours.

Nous ne pouvons toutefois plus exclure que notre participation à l'Agence avec les ressources prévues conduise à l'avenir à une augmentation des effectifs du Cgfr.

En cas de situation de crise sur le plan national, la Suisse peut en outre invoquer certaines dispositions du règlement (art. 20, par. 3 et 7) prévoyant qu'un État Schengen confronté à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution de ses tâches nationales est dispensé de mettre des ressources humaines à disposition, sauf s'il s'agit de la réserve de réaction rapide, auquel cas il ne doit mettre à disposition que la moitié de l'effectif convenu.

Ces prochaines années, le Cgfr a l'intention d'étoffer de façon continue la réserve d'agents susceptibles d'être détachés pour des interventions Frontex. La participation des experts à cette réserve reste volontaire.

À noter encore que la Suisse n'a actuellement aucun agent détaché auprès de l'Agence. Seul un officier de liaison a été envoyé, mais qui reste soumis au Cgfr. Il n'est pas prévu à ce stade d'affecter du personnel permanent pour l'Agence.

Conséquences dans le domaine du retour

La mise à disposition de ressources dans le cadre de tâches liées aux retours effectuées par l'Agence a des conséquences tant pour la Confédération (SEM) que pour les cantons (corps de police cantonaux).

S'agissant de la mise à disposition de l'Agence des spécialistes en matière d'identification et d'obtention de documents de voyage, le SEM est l'unité compétente puisqu'elle soutient les cantons dans le cadre de ces démarches liées à l'exécution des renvois.

Le nombre exact de collaborateurs du SEM qui devront être déployés sur demande de l'Agence n'est à ce jour pas connu car il dépendra de l'évolution de la situation en matière de migration d'année en année. C'est la raison pour laquelle la Suisse négociera annuellement avec l'Agence le contingent de collaborateurs à mettre à sa disposition.

Le SEM estime que, pour l'exécution de ce mandant, deux collaborateurs à plein temps sont nécessaires. L'Agence prendra à sa charge l'entier des coûts liés au déploiement de ces collaborateurs. Les dispositions de la Confédération en matière de personnel (art. 25, al. 3^{bis}, let. a, et 104 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le

personnel de la Confédération, OPers)²⁵ prévoient déjà le déploiement de collaborateurs dans de tels engagements et ne nécessitent par conséquent pas d'adaptations. La conclusion d'une convention spéciale entre l'employeur et l'employé pour les engagements à l'étranger est de plus recommandée.

Lorsque l'Agence en fera la demande, le SEM disposera d'un délai de trois semaines pour mettre à disposition les spécialistes en matière de retour et les déployer sur le terrain de l'État Schengen en appui à l'Agence.

Avec le nouveau règlement, la Suisse devrait également participer à la réserve européenne d'intervention formée de contrôleurs des retours forcés (art. 29).

Le Conseil fédéral peut aujourd'hui déjà charger des tiers de tâches en relation avec la surveillance des retours forcés. À l'heure actuelle, des observateurs de la CNPT accompagnent les vols spéciaux sur la base de leur mandat légal²⁶. À l'avenir, les interventions internationales en matière de retour de l'Agence devront également être accompagnées par des observateurs. Du point de vue juridique, la CNPT, en sa qualité de commission indépendante, ne peut pas être tenue d'accompagner ces renvois forcés. Il faut donc que d'autres tiers indépendants puissent eux aussi assumer ce rôle, pour le cas où la CNPT ne pourrait pas s'en occuper. Le SEM doit pouvoir conclure des arrangements à cet effet (cf. art. 15g de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers [OERE]²⁷). Cependant, comme il s'agit de brèves interventions isolées, le SEM a l'intention de régler les modalités et les processus en même temps que ceux applicables au monitoring des vols spéciaux nationaux.

4.2 Conséquences pour les cantons

4.2.1 Conséquences dans le domaine du contrôle aux frontières

Les cantons participent de manière générale à l'application de l'AAS et à la prise en charge des tâches et des coûts résultant de la mise en œuvre des développements de l'acquis de Schengen, notamment dans le domaine de la police. Tous les cantons frontaliers confient au Cgfr l'exécution de certaines tâches de police à la frontière ou dans l'espace frontalier. Toutefois, dans la majorité des aéroports douaniers et dans les aéroports de Berne et de Zürich, le contrôle des personnes est effectué par la police cantonale, séparément du contrôle du trafic transfrontalier des marchandises effectué par l'AFD. Les aéroports pour les vols en provenance ou à destination d'une localité hors espace Schengen sont réputés frontières extérieures de l'espace Schengen.

Les cantons qui possèdent des aéroports internationaux avec des frontières extérieures peuvent potentiellement devoir participer à des évaluations de la vulnérabilité. Une éventuelle action urgente pourrait également avoir lieu sur leur territoire.

²⁵ RS 172.220.111.3

²⁶ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la Commission de prévention de la torture (RS 150.1)

²⁷ RS 142.281

Il convient toutefois de relever encore une fois que ces actions ne peuvent avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles et leur application en Suisse reste très théorique, vu l'obligation d'obtenir l'accord de l'État Schengen concerné pour mener une telle opération et vu l'absence de frontières extérieures maritimes ou terrestres en Suisse.

4.2.2 Conséquences dans le domaine du retour

Une partie des ressources humaines nécessaires à l'exécution des tâches en relation avec les retours forcés doit être mise à disposition par les cantons. Cela concerne les agents d'escorte policière qui sont engagés lors des retours forcés.

Comme pour les collaborateurs du SEM, le nombre et la durée d'engagement des personnes nécessaires à l'exécution de cette tâche dépendent de la pression migratoire actuelle sur les frontières extérieures européennes et sont par conséquent fixés annuellement de façon bilatérale par les différents États et l'Agence.

Les cantons sont à chaque fois consultés dans la perspective de ces négociations. La Confédération part actuellement du principe que la Suisse devra mettre à la disposition de la réserve d'escortes environ 25 agents de police cantonale qui devront être détachés pour un maximum de 750 jours d'engagement par année au total.

Sur demande de l'Agence, les ressources humaines concernées doivent être disponibles dans un délai de trois semaines. Cependant, si la Suisse est confrontée à une situation exceptionnelle affectant sérieusement l'exécution de tâches nationales, la demande en question peut être rejetée.

Les frais encourus par les agents d'escorte policière dans le cadre des interventions sont entièrement pris en charge par l'Agence, comme dans le cas des collaborateurs du SEM. Le salaire ne fait pas partie des coûts pris en charge par l'Agence.

La Confédération ne couvre également pas le salaire. Elle souhaite cependant indemniser les cantons pour la prestation fournie. Pour ce faire, elle examine si elle est en mesure de verser aux cantons les forfaits d'escorte pour les différents engagements effectués dans le cadre des interventions internationales en matière de retour comme le prévoit actuellement l'art. 58 OA 2 pour l'accompagnement des retours au niveau national. Il en résulterait des coûts annuels d'au maximum 0,3 million de francs pour la Confédération. Ces coûts pourraient être couverts par le crédit d'exécution du SEM.

La Confédération a l'intention de régler les processus concrets relatifs au détachement de fonctionnaires de police cantonaux dans un accord entre le DFJP et la CCDJP.

5 Modifications législatives

5.1 Loi fédérale sur les étrangers

L'art. 71 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) est consacré à l'assistance de la Confédération aux autorités d'exécution. Il donne compétence au DFJP d'assister les cantons chargés d'exécuter le renvoi ou l'expulsion des étrangers. Cet article ne vaut que pour les personnes à rapatrier depuis la Suisse. Il règle uniquement les compétences internes liées au renvoi ou l'expulsion des étrangers. La reprise du règlement n'a pas d'implications sur celles-ci.

L'art. 71a LEtr actuel règle quant à lui le contrôle du renvoi ou de l'expulsion et prévoit une norme de délégation au Conseil fédéral concernant la procédure et la répartition des compétences en la matière. Cet article s'applique uniquement aux renvois de Suisse qu'il s'agisse de vols purement nationaux ou communs européens. Il ne trouve par contre pas application lors des opérations de retour ayant lieu depuis l'étranger et ne transportant pas de personnes ayant séjourné en Suisse. Il doit maintenant s'appliquer aussi aux futurs engagements internationaux de la Suisse en matière de retour. Pour ce motif, un nouvel art. 71a^{bis} est créé. (cf. commentaire de l'art. 71a^{bis} ci-dessous).

De manière analogue à ce qui vaut pour l'AFD, il est nouvellement prévu de mentionner dans la LEtr que le SEM et les cantons peuvent intervenir à l'étranger lors des opérations liées au retour de personnes en séjour illégal dans l'espace Schengen. Ces opérations visent avant tout le retour de demandeurs d'asile déboutés séjournant hors de la Suisse et devant être rapatriés dans leur pays de provenance et d'origine ou encore dans un pays tiers sûr à partir entre autres des centres de crise définis par l'UE. Un nouvel art. 71a est par conséquent inscrit dans la LEtr.

En outre, on a saisi l'occasion dans le cadre de la présente révision pour actualiser quelques renvois au code frontières Schengen dans la loi. Sont concernés par cette mise à jour rédactionnelle qui n'apporte aucune modification matérielle du droit les art. 7, al. 3, 64c, al. 1, let. b, et 64d, al. 2, let. e, LEtr. Ces dispositions renvoient actuellement encore à une ancienne version du code frontière Schengen (règlement [CE] n° 562/2006²⁸), qui n'est plus en vigueur. Dans l'intervalle, celui-ci a en effet été remplacé par une nouvelle version consolidée (règlement [UE] 2016/399²⁹) et modifié dans la foulée par d'autres règlements, en dernier lieu par le règlement (UE) 2017/458³⁰. La Suisse a repris tous ces règlements en tant que développements de l'acquis de Schengen.

Art. 7, al. 3

Le renvoi au code frontières Schengen est actualisé pour des raisons de transparence et de sécurité du droit. Dorénavant, l'art. 7, al. 3, renvoie aux art. 27, 28 et 29 du code frontières Schengen codifié (règlement [UE] 2016/399). La note de bas de page

²⁸ JO L 105 du 13.4.2006, p. 1

²⁹ JO L 77 du 23.3.2016, p. 1

³⁰ JO L 74 du 18.3.2017, p. 1

est complétée avec le renvoi à la dernière version déterminante pour la Suisse selon le règlement (UE) 2017/458.

Art. 64c, al. 1, let. b

Le renvoi au code frontières Schengen est actualisé pour des raisons de transparence et de sécurité du droit. Dorénavant, l'art. 64c, al. 1, let. b, renvoie à l'art. 14 du code frontières Schengen codifié (règlement [UE] 2016/399). La note de bas de page est complétée avec le renvoi à la dernière version déterminante pour la Suisse selon le règlement (UE) 2017/458.

Art. 64d, al. 2, let. e

Le renvoi au code frontières Schengen est actualisé pour des raisons de transparence et de sécurité du droit. Dorénavant, l'art. 64d, al. 2, let. e, renvoie à l'art. 14 du code frontières Schengen codifié (règlement [UE] 2016/399). La note de bas de page est complétée avec le renvoi au règlement (UE) 2017/458.

Art. 71, phrase introductive

L'abréviation du Département fédéral de justice et police, DFJP, est introduite dans cette phrase.

Art. 71a Interventions internationales en matière de retour

L'actuel 71a LEtr doit s'appliquer également aux opérations internationales en matière de retour et devient le nouvel art. 71a^{bis} LEtr.

Al. 1

Cette disposition a pour but de fixer le principe d'intervention du SEM et des cantons dans le cadre des opérations de retour de l'Agence.

Pour les interventions internationales en matière de retour, le SEM et les cantons doivent fournir le personnel nécessaire à la réserve d'agents d'escorte pour les retours forcés (art. 30) et de spécialistes des questions de retour (art. 31). Il s'agit d'une part d'agents d'escorte policière spécialement formés des cantons et d'autre part de spécialistes des questions de retour du SEM.

L'équipe d'intervention européenne pour les retours devrait être déployée en soutien, sur demande de l'Agence, lorsqu'un État Schengen connaît une situation difficile en matière de renvois (équipe d'intervention pour les retours; art. 32 et 33).

Al. 2

Afin de garantir les mesures internationales prévues à l'al. 1, l'al. 2 habilite le DFJP à conclure avec l'Agence des arrangements portant sur les engagements du personnel du SEM et des cantons lors d'interventions internationales en matière de retour.

Si des tiers sont engagés en tant qu'experts pour le monitoring des interventions internationales en matière de retour, ils sont également englobés par ces arrangements.

Ces accords internationaux sont de nature essentiellement technique; ils règlent entre autres le statut du personnel participant à des interventions dans le cadre de la coopération opérationnelle.

Al. 3

Les modalités de la mise à disposition par les cantons d'agents de polices et les compensations financières seront fixées dans une convention entre la Confédération et les cantons. L'al. 3 proposé prévoit ainsi que le DFJP et les cantons conviennent des modalités de ces engagements.

Art. 71a^{bis} Contrôle du renvoi ou de l'expulsion et des interventions
internationales en matière de retour

L'art. 71a LEtr ainsi que les art. 15h et 15i OERE déjà en vigueur traitent du monitoring et doivent s'appliquer aussi à la mise à disposition de contrôleurs des retours forcés internationaux (art. 29).

Al. 1

Cet alinéa prévoit que le Conseil fédéral règle la procédure et la répartition des compétences non seulement en matière du contrôle du renvoi ou de l'expulsion mais également des interventions internationales en matière de retour. Ainsi les normes prévues par le Conseil fédéral dans l'OERE devront être adaptées en conséquence pour les opérations internationales de renvoi.

Al. 2

Cet alinéa permet au Conseil fédéral de confier par voie d'ordonnance à des tiers la tâche d'accompagner également des interventions internationales en matière de retour organisées par l'Agence.

À l'heure actuelle, des observateurs de la CNPT accompagnent les vols spéciaux. Cela correspond aux dispositions de la directive sur le retour, qui prévoit un système indépendant et efficace de monitoring des retours forcés.

Art. 100 al. 5

L'abréviation du Département fédéral de justice et police, DFJP, a été introduite dans l'art. 71, phrase introductive. Cette abréviation doit également figurer dans cet al.

5.2 **Loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États**

L'art. 5 de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États (LOC)³¹ doit être complété (al. 1^{bis}) en ce sens que les agents de liaison de l'Office fédéral de la police (fedpol) puissent également être chargés de tâches d'agents de liaison de l'AFD au sens de l'art. 92 de la LD. Cette modification n'a pas de lien direct avec le développement de l'acquis de Schengen devant être adopté.

L'engagement de personnel à l'étranger est contraignant et onéreux. Il s'agit donc d'exploiter des synergies. L'utilisation des réseaux de fedpol et de l'AFD doit être rendue plus complète et plus flexible par un renforcement de la coopération de toutes les autorités de sécurité suisses.

Le mandat est confié par fedpol, en accord avec l'AFD, pour une fonction déterminée et une période fixée, et uniquement si les ressources de l'AFD le permettent.

La contrepartie de cette réglementation est un complément analogue dans la loi sur les douanes.

L'accès aux différents systèmes d'information constitue un important outil de travail tant pour les agents de liaison de fedpol que pour ceux de l'AFD. Des données sensibles y sont notamment traitées. La nouvelle réglementation tient compte des exigences en matière de base légale formelle de l'art. 19, al. 3, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données³².

L'accomplissement commun des tâches permettra à l'avenir non seulement de mieux exploiter les synergies existant entre les deux offices fédéraux concernés, mais aussi d'économiser des coûts. Globalement, une plus-value opérationnelle est attendue de ce renforcement de la coopération.

5.3 **Loi sur les douanes**

La participation de l'AFD à des missions à l'étranger, de même que la possibilité, pour le Conseil fédéral, de conclure des traités internationaux de coopération avec l'Agence, sont déjà prévues dans la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD)³³. Le nouveau règlement nécessite toutefois une précision de la LD concernant la mise à disposition du matériel, ainsi qu'une adaptation formelle relative à la dénomination de l'Agence.

³¹ RS 360

³² RS 235.1

³³ RS 631.0

Vu que l'Agence change formellement de nom, le renvoi contenu dans la LD doit être également adapté. Afin d'éviter de devoir modifier la LD en cas de nouveau changement de nom de l'Agence à l'avenir, il est prévu de ne plus reprendre le nom exact de l'Agence dans la LD, mais d'introduire une référence plus dynamique, à savoir l'agence de l'Union européenne compétente en matière de surveillance des frontières extérieures Schengen.

Art. 92

Cet article reçoit un nouveau titre. Il ne s'agit pas seulement de mesures internationales, mais aussi d'engagements à l'étranger.

Al. 1 et 2

Les al. 1 et 2 restent inchangés. Dans le cadre de mesures internationales, l'AFD peut participer à des engagements à l'étranger, mais le personnel de l'AFD est engagé à titre volontaire.

Al. 3

Même si le message Frontex³⁴ prévoyait déjà la possibilité pour la Suisse de mettre du matériel de surveillance des frontières à la disposition non seulement d'États étrangers mais également de l'Agence, celle-ci n'était pas explicitement mentionnée dans l'art. 92, al. 3, LD. Il convient dès lors d'ajouter une référence dans ce sens.

La mention, dans le texte en allemand, de «Zollgrenze» doit en outre être remplacée par «Grenze», afin de correspondre aux versions en français et en italien.

Al. 4

L'al. 4 n'a pas de lien direct avec le développement de l'acquis de Schengen devant être adopté. Cette disposition vise à créer une base légale permettant à l'AFD d'engager des agents de liaison à l'étranger, chose qu'elle fait déjà à l'heure actuelle. En ce moment, trois agents de liaison de l'AFD sont engagés à l'étranger à l'échelon bilatéral: ils sont respectivement stationnés en Allemagne (Berlin), auprès de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (Frontex, Varsovie) et auprès de l'Office européen de police (Europol).

Le recours à des agents de liaison constitue un aspect important de la coopération internationale, laquelle est indispensable pour l'AFD. Les agents de liaison de l'AFD – il ne s'agit pas uniquement d'officiers de liaison du Cgfr, mais aussi de représentants de la douane civile – assument en particulier les trois tâches principales suivantes:

³⁴ Cf. Message du 13 février 2008 relatif à l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise du règlement portant création de Frontex et du règlement Rabit, FF **2008** 1305

- récolte d'informations stratégiques, tactiques et opérationnelles;
- échange d'informations;
- coopération dans le domaine de l'assistance administrative et de l'entraide judiciaire;

Si l'échange de renseignements se réfère à des données personnelles, le contenu et les conditions relatives aux renseignements à échanger se fondent sur les traités internationaux respectifs, notamment sur les accords de coopération en matière de sécurité ou les accords d'assistance administrative en matière douanière (cf. art. 113 LD).

Al. 5

L'al. 5 est la contrepartie de l'art. 5, al. 1^{bis}, LOC. Il prévoit que les agents de liaison de l'AFD puissent être chargés de tâches d'agents de liaison de la police. Cette modification n'a pas de lien direct avec le développement de l'acquis de Schengen devant être adopté.

Le mandat est confié par l'AFD, en accord avec fedpol, pour une fonction déterminée et une période fixée, et uniquement si les ressources de fedpol le permettent.

Au surplus, on se référera aux explications figurant au ch. 5.2 ci-dessus.

Al. 6

L'actuelle référence à l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures est remplacée par la mention de l'agence de l'Union européenne compétente en matière de surveillance des frontières extérieures Schengen. En vertu de la clause de délégation à la let. c, le Conseil fédéral se voit désormais accorder la compétence de régler l'étendue des tâches selon l'al. 4.

De plus, les notes en bas de page de l'art. 92, al. 3 et 6, doivent être modifiées pour renvoyer au nouvel arrêté fédéral et au nouveau règlement.

5.4 Adaptation ultérieure de l'ordonnance sur la coopération opérationnelle avec les autres États Schengen en vue de la protection des frontières extérieures de l'espace Schengen

L'ordonnance du 26 août 2009 sur la coopération opérationnelle avec les autres États Schengen en vue de la protection des frontières extérieures de l'espace Schengen (OCOFÉ)³⁵ devra être adaptée afin d'inclure les nouveautés introduites par le règlement. Les modifications feront l'objet d'une proposition séparée au Conseil fédéral en temps voulu. Il s'agira notamment de préciser que le Cgfr est également compétent pour la collaboration avec l'Agence pour toutes les questions qui concernent l'envoi d'un officier de liaison (en particulier le point de contact mentionné à

³⁵ RS 631.062

l'art. 12, par. 4, let. b, du règlement), l'analyse de la vulnérabilité et les décisions prises en relation avec des situations aux frontières extérieures nécessitant une action urgente.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)³⁶, 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. Enfin, l'art. 166, al. 2, Cst. confère à l'Assemblée fédérale la compétence de les approuver, sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (cf. aussi les art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]³⁷, et 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]³⁸), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

6.2 Forme de l'acte à adopter

Comme déjà indiqué dans le cadre du message Frontex³⁹, la participation de la Suisse à l'Agence n'implique pas d'adhésion à une organisation de sécurité collective ou à une communauté supranationale. L'arrêté fédéral d'approbation n'est par conséquent pas soumis au référendum prévu à l'art. 140 Cst.

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

Le présent échange de notes peut être dénoncé aux conditions prévues aux art. 7 et 17 AAS. La reprise du règlement n'implique en aucun cas l'adhésion à une organisation internationale (cf. ch. 2.2).

L'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. dispose qu'un traité international est sujet au référendum lorsqu'il contient 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, LParl dispose que sont réputées fixant 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,

³⁶ RS 101

³⁷ RS 171.10

³⁸ RS 172.010

³⁹ FF 2008 1325

en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., devraient en droit interne être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

En l'espèce, le règlement repris par le biais de l'échange de notes contient des dispositions importantes fixant des règles de droit (par ex. responsabilité partagée des frontières extérieures, envoi d'officiers de liaison, évaluation de la vulnérabilité, action urgente aux frontières extérieures et création d'une réserve de réaction rapide). De plus, la reprise du règlement nécessite des adaptations de lois. En conséquence, l'arrêté fédéral d'approbation 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 à référendum (art. 24, al. 3, LParl).

6.3 Compatibilité avec les obligations internationales

La reprise du règlement et les adaptations légales qu'elle entraîne sont compatibles avec le droit international.