



17 février 2021

Dispositions d'exécution relatives à l'utilisation du système d'entrée et de sortie (développements de l'acquis de Schengen)

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la
procédure de consultation

Aperçu

Le système d'entrée et de sortie (EES) vise à accroître la sécurité de l'espace Schengen. L'automatisation de nombreux processus doit permettre d'améliorer l'efficacité des contrôles aux frontières et, ainsi, de faire face au nombre croissant de voyageurs à destination de l'espace Schengen. L'EES sert à la saisie électronique des entrées et des sorties des ressortissants d'États tiers qui se rendent pour un court séjour dans l'espace Schengen, ainsi qu'à la saisie des refus d'entrée aux frontières extérieures de Schengen.

Le 17 janvier 2018, les actes relatifs à la création et à l'utilisation de l'EES adoptés par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne (UE) ont été notifiés à la Suisse. La plupart des dispositions relatives à l'EES, en particulier les règlements (UE) 2017/2225 et (EU) 2017/2226, sont directement applicables et ne nécessitent aucune transposition en droit suisse. Il a néanmoins fallu concrétiser certaines dispositions et modifier la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20). Le 21 juin 2019, le Parlement a approuvé ces modifications. Le délai référendaire a expiré le 10 octobre 2019 sans avoir été utilisé. La mise en œuvre des bases légales de l'UE nécessite également des modifications au niveau des ordonnances. D'une part, une nouvelle ordonnance sur le système d'entrée et de sortie (OSSES) sera créée, principalement pour régler les droits des autorités suisses en matière de saisie, de traitement et de consultation de données dans l'EES ainsi que la procédure de consultation et d'accès relative à ces données. D'autre part, l'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV ; RS 142.204) et, dans une moindre mesure, l'ordonnance sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (OVIS ; RS 142.512) seront modifiées.

Les modifications de la loi et des ordonnances entreront en vigueur au moment de la mise en service de l'EES, actuellement prévue pour mai 2022.

Table des matières

1	Contexte	4
2	Grandes lignes du projet	5
3	Commentaire des dispositions	6
	3.1 Ordonnance sur le système d'entrée et de sortie (OSES)	6
	Art. 1 Objet	6
	Art. 2 Définitions	6
	Art. 3 Catalogue de données de l'EES	7
	Art. 4 Droits de saisie et de traitement en ligne	8
	Art. 5 Droits de consultation en ligne	9
	Art. 6 Consultation aux fins de l'examen des demandes de visa et des décisions y relatives	10
	Art. 7 Consultation lors de contrôles aux frontières extérieures de Schengen ou sur le territoire suisse	10
	Art. 8 Établissement et mise à jour du dossier individuel EES ou des données relatives à l'entrée	11
	Art. 9 Consultation aux fins d'identification	11
	Art. 10 Consultation de la calculatrice automatique	12
	Art. 11 Accès à la liste générée par le mécanisme d'information	12
	Art. 12 Services ayant accès à l'EES.....	13
	Art. 13 Procédure d'obtention des données.....	13
	Art. 14 Conditions d'obtention des données	14
	Art. 15 Consultation et transmission des données.....	15
	Art. 16 Échange d'informations avec les États membres de l'UE qui n'appliquent pas le règlement UE 2017/2226	16
	Art. 17 Effacement des données des ressortissants d'États tiers qui ne relèvent plus de l'EES	16
	Art. 18 Rectification, ajout ou effacement des données du mécanisme d'information	17
	Art. 19 Droit de la personne à accéder aux données qui la concernent	17
	Art. 20 Droit de la personne à faire rectifier, compléter ou effacer les données qui la concernent	18
	Art. 21 Sécurité des données	19
	Art. 22 Statistiques.....	19
	Art. 23 Responsabilité du traitement des données	20
	Art. 24 Surveillance du traitement des données	20
	3.2 Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)	20
	Art. 6, al. 2, let. a, et al. 3	20
	Art. 8, al. 2, let. h	21
	Art. 9, al. 3	21
	Art. 17, al. 3.....	21
	Art. 29a Frontières intérieures	21
	Art. 30 et 31.....	21
	Art. 32, al. 2, let. d	22
	Art. 45	22
	3.3 Ordonnance sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (ordonnance VIS, OVIS)	23
	Art. 2, let. e et f	23
	Art. 17, let. c.....	23
	Art. 20, let. a et c	23
	Art. 23, let. e.....	23
	Art. 34	23
4	Répercussions sur les finances et le personnel	24
	4.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération	24
	4.2 Conséquences en matière de finances et de personnel pour les cantons	25

1 Contexte

Les règlements (UE) 2017/2226¹ (règlement EES) portant création d'un système d'entrée/de sortie et (UE) 2017/2225² modifiant le code frontières Schengen (CFS) en ce qui concerne l'utilisation de l'EES ont été adoptés par le Parlement européen et le Conseil le 30 novembre 2017, puis notifiés à la Suisse le 17 janvier 2018 en tant que développements de l'acquis de Schengen.

L'EES a pour objectif d'améliorer les contrôles aux frontières extérieures de Schengen, d'empêcher la migration irrégulière et de faciliter la gestion des flux migratoires. L'EES doit contribuer à identifier les ressortissants d'États tiers qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions relatives à la durée du séjour autorisé dans l'espace Schengen. Enfin, l'EES doit permettre de prévenir et de détecter les infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, et d'enquêter en la matière.

Le 14 février 2018, le Conseil fédéral a approuvé la reprise de ces actes Schengen, sous réserve de l'approbation du Parlement. La plupart des dispositions du règlement EES sont directement applicables et ne nécessitent aucune transposition en droit suisse. Certaines dispositions doivent néanmoins être concrétisées et impliquent des modifications de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20). Tel est notamment le cas des dispositions qui exigent des États Schengen qu'ils définissent des responsabilités, des compétences ou des sanctions. Par l'arrêté fédéral du 21 juin 2019, le Parlement a adopté les modifications concernées (FF 2019 4397). Le délai référendaire a expiré le 10 octobre 2019 sans avoir été utilisé.

La mise en œuvre des bases légales de l'UE relatives à l'EES nécessite également des modifications au niveau des ordonnances. D'une part, une nouvelle ordonnance sur le système d'entrée et de sortie (OSSES) sera créée, principalement pour régler les droits des autorités suisses en matière de saisie, de traitement et de consultation de données dans l'EES ainsi que la procédure de consultation et d'accès relative à ces données. D'autre part, l'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV ; RS 142.204) et, dans une moindre mesure, l'ordonnance sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (OVIS ; RS 142.512) seront modifiées.

Le Conseil fédéral se prononcera sur l'entrée en vigueur de la modification de la LEI et des dispositions d'exécution. Les modifications devraient entrer en vigueur à la date de mise en service de l'EES qui sera fixée par la Commission européenne. Cette mise en service est prévue pour mai 2022.

L'EES sert à la saisie électronique des entrées et des sorties des ressortissants d'États tiers qui se rendent pour un court séjour dans l'espace Schengen, ainsi qu'à la saisie des refus d'entrée. En outre, il calcule la durée de séjour effective au sein de l'espace Schengen, ce qui facilite la détection des cas de séjours illégaux.

¹ Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) n° 767/2008 et (UE) n° 1077/2011, JO L 327 du 9.12.2017, p. 20.

² Règlement (UE) 2017/2225 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne l'utilisation du système d'entrée/de sortie, JO L 327 du 9.12.2017, p. 1.

Qui plus est, l'EES doit permettre d'identifier plus facilement les ressortissants d'États tiers lors de contrôles aux frontières extérieures de Schengen et dans l'espace Schengen, notamment grâce aux données biométriques (photographie, empreintes digitales), et, ainsi, de lutter plus efficacement contre la migration irrégulière.

L'EES est essentiellement utilisé aux frontières extérieures de l'espace Schengen ; il est exploité par l'agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle (eu-LISA). L'architecture technique de l'EES se compose d'un système central (banque de données centrale) et d'une interface nationale uniforme dans chaque État Schengen. La connexion entre le système central de l'EES et l'interface nationale uniforme de la Suisse est assurée par la NUI (National Uniform Interface). Le système central de l'EES est relié au système d'information central sur les visas (C-VIS) conformément au règlement VIS³.

Les autorités migratoires suisses accèdent à l'EES essentiellement via la NUI. Dans le cadre du traitement des visas, elles y accèdent via le système national d'information sur les visas (ORBIS), conformément à l'OVIS. Les autorités de police cantonales sont quant à elles reliées à l'EES via la NUI et les systèmes de requête policiers. La création d'un « EES national » n'a jamais été à l'ordre du jour car l'architecture de l'EES permet à la Suisse d'accéder à tout moment au système central⁴.

2 Grandes lignes du projet

Le règlement EES détermine quelles autorités des États Schengen doivent bénéficier d'un accès à l'EES pour saisir, modifier, supprimer ou consulter des données dans l'EES, dans la mesure où cela sert à l'accomplissement de leur mission. Les art. 103f nLEI (dispositions d'exécution relatives à l'EES) et 103g, al. 3, nLEI (contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports) apportent les précisions nécessaires au niveau de l'ordonnance. Ces précisions portent sur les points suivants:

- Les droits des autorités de la Confédération et des cantons en matière de saisie, de traitement et de consultation en ligne des données dans l'EES sont réglés au niveau de la loi (art. 103c, al. 1 et 2, nLEI). L'étendue de ces droits est quant à elle définie en détail au niveau des ordonnances (grille d'accès à l'annexe 2 de l'OSSES).
- L'EES doit être consulté pour examiner des demandes de visa et rendre des décisions sur ces demandes (art. 24 du règlement EES). Il peut également être consulté pour vérifier l'identité de ressortissants d'États tiers ou pour les identifier (art. 26 et 27 du règlement EES). Les droits d'accès à l'EES des autorités de la Confédération et des cantons sont réglés au niveau de l'ordonnance (grille d'accès à l'annexe 2 de l'OSSES).
- Les droits des autorités fédérales compétentes en matière de sécurité, des autorités cantonales de police et de poursuite pénale et des autorités de police des villes de Zurich, Winterthour, Lausanne, Chiasso et Lugano à obtenir des données de l'EES par l'intermédiaire du point d'accès central dans le but de prévenir et de déceler les infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ainsi que d'enquêter en la matière sont réglés au niveau de la loi (art. 103c, al. 4, nLEI). L'accès aux données de l'EES par l'intermédiaire du point d'accès central est réglé au niveau de l'ordonnance.

³ Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO L 218 du 13.8.2008, p. 60; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 610/2013, JO L 182 du 29.6.2013, p. 1.

⁴ FF 2019 175, ici 186

- S'agissant de la protection des données, l'ordonnance régleme plus précisément la sécurité des données (art. 43 du règlement EES), les droits à la protection des données tels que les droits d'accès, de rectification et d'effacement des données, la responsabilité pour le traitement des données (art. 39 et 52 du règlement EES) ainsi que le rôle de l'autorité de surveillance (chapitre VII du règlement EES).

3 Commentaire des dispositions

3.1 Ordonnance sur le système d'entrée et de sortie (OSES)

Section 1 Objet et champ d'application

Art. 1 Objet

Le principal point à régler concerne la désignation des autorités qui, dans le cadre de leurs tâches légales, peuvent saisir, traiter et consulter des données dans l'EES ainsi que la procédure relative à leur consultation et à l'accès aux données de l'EES. Autre priorité : la réglementation de la procédure régissant la conservation des données à des fins de prévention, de détection d'infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves, et à l'investigation de ces dernières. Enfin, il faut aussi régler la protection des données, la sécurité des données et la surveillance du traitement des données.

Art. 2 Définitions

Al. 1

Les notions suivantes sont employées dans l'OSES:

- **État Schengen:** en font partie les pays européens qui ont signé l'accord d'association à Schengen. Actuellement, les États Schengen sont au nombre de 26. La plupart sont des États membres de l'Union européenne (UE), auxquels s'ajoutent quatre États associés (Suisse, Norvège, Islande et Principauté de Liechtenstein).
- **Frontières extérieures de Schengen:** l'EES est principalement employé aux frontières extérieures de Schengen. En Suisse, seuls les aéroports et aéroports internationaux constituent des frontières extérieures. Les frontières extérieures sont fixées conformément à l'art. 29, al. 1, de l'ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)⁵.
- **Ressortissants d'États tiers:** conformément à l'art. 103b nLEI, l'EES concerne les catégories de personnes suivantes: ressortissants d'États tiers admis dans l'espace Schengen pour un court séjour ou auxquels l'entrée dans ledit espace a été refusée, ressortissants d'États tiers qui sont membres de la famille d'un citoyen d'un État membre de l'UE ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) mais qui ne détiennent pas de carte de séjour au sens de la directive 2004/38/CE⁶ et ressortissants d'États tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant d'un État tiers bénéficiant de la libre circulation mais qui ne détiennent pas de carte de résident au sens de ladite directive (art. 6^{bis} CFS).

⁵ RS 142.204

⁶ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO L 158 du 30.4.2004, p. 77.

- **Infractions terroristes ou autres infractions pénales graves:** la notion d'« infraction terroriste » recouvre toutes les infractions qui correspondent ou sont équivalentes aux infractions mentionnées dans la directive (UE) 2017/541⁷. Sont considérées comme « autres infractions pénales graves » les infractions qui correspondent ou sont équivalentes aux infractions mentionnées à l'art. 2, par. 2, de la décision-cadre 2002/584/JA⁸. Les actes juridiques cités ne relèvent pas de Schengen et le renvoi figurant dans le règlement EES n'y change rien. Mise à part la définition des notions, leur contenu est donc sans importance pour la Suisse.

Les annexes 1a et 1b de l'ordonnance N-SIS du 8 mars 2013⁹ dressent désormais la liste des infractions selon le droit suisse qui correspondent ou sont équivalentes à celles prévues par la directive (UE) 2017/541 et la décision-cadre 2002/584/JAI. Le Conseil fédéral a ouvert la consultation relative à l'ordonnance N-SIS lors de sa séance du 13 janvier 2021. Cette consultation court jusqu'au 20 avril 2021. Il est prévu de régler la liste des infractions dans la loi du 12 juin 2009 sur l'échange d'informations Schengen (LEIS)¹⁰ et dans le code pénal suisse (CP)¹¹. Cette réglementation sera insérée dans le cadre de la mise en réseau de certains systèmes d'information suisses avec ceux d'autres États européens (collaboration instituée par le Traité de Prüm ; voir le commentaire relatif à l'art. 14, al. 3). Dès que les modifications de la LEIS et du CP seront entrées en vigueur, les définitions de l'art. 2 OSES renverront à ces textes. Les renvois à l'ordonnance N-SIS seront quant à eux supprimés.

Al. 2

Le texte relatif à l'accord d'association à Schengen figure à l'annexe 1.

Section 2 Catalogue de données de l'EES et droits de saisie, de traitement et de consultation de données dans l'EES

Art. 3 Catalogue de données de l'EES

La grille de l'annexe 2 règle les droits de traitement et de consultation pour tous les champs de données de l'EES énumérés en définissant les niveaux d'accès (consultation en ligne, traitement, pas d'accès) des autorités fédérales et cantonales (SEM et partenaires du SEM). Les champs de données de l'EES se répartissent entre les sept catégories suivantes:

- **dossier individuel EES (catégorie I):** un dossier personnel EES englobe les données personnelles, les données biométriques et les données relatives au document de voyage.
- **fiches d'entrée ou de sortie (catégorie II)**
- **données en cas d'annulation ou de révocation d'un visa ou d'un séjour (catégorie III)**
- **données en cas de prolongation du visa ou du séjour (catégorie IV)**
- **données relatives aux refus d'entrée (catégorie V):** lorsque l'autorité compétente en matière de contrôle à la frontière décide de refuser l'entrée, conformément à

⁷ Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, JO L 88 du 31.3.2017, p. 6.

⁸ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1.

⁹ RS 362.0

¹⁰ RS 362.2

¹¹ RS 311.0

l'art. 14 CFS, elle crée ou met à jour le dossier individuel EES et y introduit ce refus (art. 18 règlement EES).

- **calculatrice automatique (catégorie VI)**: grâce à la calculatrice automatique, les autorités de police, les autorités migratoires et les autorités chargées du contrôle à la frontière peuvent connaître rapidement et précisément la durée de séjour autorisée d'un ressortissant d'un État tiers. L'EES sert à saisir la durée maximale restante du séjour autorisé sur la base des dates d'entrée prévues, le nombre d'entrées disponibles, la durée du dépassement de la durée du séjour et la durée maximale du séjour autorisé à l'entrée.
- **informations sur les programmes nationaux d'allègement (catégorie VII)**: les États Schengen qui le souhaitent peuvent mettre sur pied des programmes nationaux d'allègement des formalités (NFP) et les reconnaître mutuellement. Grâce au NFP, les ressortissants d'États tiers qui voyagent fréquemment et qui, après un contrôle de sécurité préalable, ont obtenu le statut de « voyageur enregistré », bénéficient de contrôles simplifiés aux frontières, vu qu'il n'est plus obligatoire de les interroger sur le motif de leur séjour et sur leurs moyens financiers. La mise sur pied du NFP étant facultative, le Conseil fédéral a décidé de suspendre ce projet pour le moment et de donner la priorité à l'EES, qui doit obligatoirement être mis en œuvre dans l'ensemble de l'espace Schengen.¹² Bien que la Suisse ait pour le moment renoncé à participer au NFP, les autorités suisses peuvent consulter les données du NFP saisies par les États Schengen qui y participent volontairement. C'est pourquoi la grille d'accès règle également les champs de données du NFP.

Art. 4 Droits de saisie et de traitement en ligne

L'art. 103c, al. 1 et 2, nLEI règle les droits d'accès des autorités de police, des autorités chargées du contrôle à la frontière, des autorités migratoires et des autorités consulaires. Il définit également la finalité du traitement. En résumé, les autorités ci-dessus peuvent accéder aux données de l'EES aux fins suivantes:

Autorités de police et autorités chargées du contrôle à la frontière

- Les **autorités de police cantonales et communales** obtiennent un accès aux données de l'EES pour accomplir leurs tâches dans le cadre des vérifications aux frontières, pour vérifier la légalité du séjour en Suisse et pour créer ou mettre à jour le dossier individuel EES. Les autorités de police cantonales et les autorités de police des villes de Zurich, Winterthour, Lausanne, Chiasso et Lugano obtiennent un accès aux données de l'EES, notamment pour vérifier les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants d'États tiers lors des contrôles de personnes. Ces contrôles peuvent notamment être effectués lors contrôles routiers ou d'activités de patrouille.
- Les **collaborateurs de l'Administration fédérale des douanes (AFD)** qui assument des tâches liées au contrôle des personnes obtiennent les mêmes droits d'accès que les autorités de police cantonales ou communales.

Autorités migratoires

- Les **autorités cantonales migratoires et les autorités communales auxquelles les cantons ont délégué ces compétences** obtiennent un accès aux données de l'EES pour révoquer, annuler ou prolonger un visa et pour vérifier la légalité du séjour d'un ressortissant d'un État tiers en Suisse. Les cantons peuvent déléguer aux communes leurs tâches dans le domaine migratoire, y compris celles liées aux visas. Compte tenu de cette délégation de compétence (p.ex. du canton de Berne aux

¹² FF 2019 175, en l'occurrence 176

- communes de Berne, Bienne et Thoune), les communes concernées doivent aussi pouvoir saisir, traiter et consulter des données dans l'EES.
- Le **Secrétariat d'État aux migrations (SEM)** reçoit les mêmes droits d'accès que les autorités cantonales et communales migratoires. Il obtient également accès aux données de l'EES pour traiter une demande de visa.

Autorités consulaires

- **Les représentations suisses à l'étranger, les missions, le SEM, le Secrétariat d'État et la Direction politique du Département fédéral des affaires étrangères** obtiennent l'accès aux données de l'EES pour traiter les demandes de visa.

Al. 1

L'art. 103c, al. 1, nLEI énumère les autorités fédérales et cantonales autorisées à traiter les données de l'EES. L'al. 1 OSES définit en détail les droits de saisie et de traitement en ligne des unités organisationnelles de la Confédération dans le cadre de leurs tâches légales et répète la finalité du traitement.

Al. 2

L'al. 2 énumère en détail les droits de saisie et de traitement en ligne des autorités cantonales et communales dans le cadre de leurs tâches légales. Il reprend la liste des autorités et la finalité de traitement de l'art. 103c, al. 1, nLEI afin de faciliter la lecture pour les personnes et autorités chargées d'appliquer le droit. La réglementation des compétences au niveau des unités organisationnelles des autorités cantonales et communales relève de la compétence des cantons.

Al. 3

L'annexe 2 dresse la liste des données incluses dans l'EES et fixe l'étendue des droits de consultation.

Art. 5 Droits de consultation en ligne

Al. 1

L'art. 103c, al. 2, nLEI énumère les autorités fédérales et cantonales qui peuvent consulter en ligne les données de l'EES. L'al. 1 OSES définit en détail quelles unités organisationnelles de la Confédération sont autorisées à consulter en ligne ces données dans le cadre de leurs tâches légales et répète la finalité du traitement.

Al. 2

L'al. 2 énumère en détail les unités organisationnelles de la Confédération autorisées à consulter, en ligne et dans le cadre de leurs tâches légales, les données enregistrées dans l'EES. Il reprend la liste des autorités et la finalité de traitement de l'art. 103c, al. 2, nLEI afin de faciliter la lecture pour personnes et autorités chargées d'appliquer le droit. La réglementation des compétences au niveau des unités administratives des autorités cantonales et communales relève de la compétence des cantons.

Al. 3

L'accès aux données de l'EES est également prévu à des fins de prévention des menaces et de poursuite pénale. Pour obtenir des données, les autorités autorisées doivent s'adresser à un point d'accès central national (art. 29, par. 3, du règlement EES). Ce dernier vérifie que les conditions requises pour demander l'accès à l'EES conformément à l'art. 32 du règlement EES sont réunies. Si tel est le cas, le point d'accès central national accède aux données de l'EES demandées et les transmet aux autorités qui les ont réclamées (art. 29 du règlement EES). La centrale d'engagement de fedpol (CE fedpol) sert de point d'accès cen-

tral pour la Suisse et peut consulter les données de l'EES dans le cadre de ses tâches légales (art. 103c, al. 5, nLEI).

Al. 4

L'annexe 2 dresse la liste des données incluses dans l'EES et fixe l'étendue des droits de consultation.

Section 3 Procédure de consultation et d'accès relative aux données de l'EES

Art. 6 Consultation aux fins de l'examen des demandes de visa et des décisions y relatives

L'art. 24 du règlement EES règle l'utilisation des données de l'EES pour examiner des demandes de visas et rendre les décisions y afférentes, pour annuler ou abroger un visa ou encore pour prolonger sa durée de validité.

Al. 1

Les données relatives aux visas sont automatiquement importées dans l'EES depuis le C-VIS et mises à jour dans l'EES. Les autorités migratoires et les autorités consulaires peuvent consulter l'EES depuis le C-VIS. La consultation de l'EES se limite à la recherche des données du C-VIS. Les données sont consultées via ORBIS, la banque de données nationale qui sert à enregistrer les données relatives aux demandes de visas déposées auprès des autorités suisses. Peuvent être consultées:

- les données relatives à la personne,
- les données relatives au document de voyage,
- les données relatives au visa, et
- les données biométriques.

Les données biométriques des ressortissants d'États tiers libérés de l'obligation du visa sont saisies directement dans l'EES lors de l'entrée dans l'espace Schengen (art. 103b, al. 3, nLEI). Aujourd'hui déjà, les empreintes digitales des ressortissants d'États tiers soumis à l'obligation du visa sont saisies dans ORBIS lors de la demande de visa puis transmises au C-VIS.

Al. 2

S'il ressort de la recherche que l'EES contient des données sur le ressortissant d'un État tiers, les autorités migratoires et consulaires se voient accorder l'accès aux données de l'EES dans le cadre de la procédure de visa conformément à la grille de l'annexe 2 (catégories I à VI).

Art. 7 Consultation lors de contrôles aux frontières extérieures de Schengen ou sur le territoire suisse

Les art. 23 et 26 du règlement EES règlent l'utilisation des données de l'EES pour vérifier l'identité de ressortissants d'États tiers lors de contrôles aux frontières extérieures de Schengen ou sur le territoire de la Suisse. Un éventuel dépassement de la durée maximale de séjour autorisé dans l'espace Schengen est désormais contrôlé en consultant les données de l'EES et non plus en vérifiant les cachets apposés sur le passeport. Lorsqu'un ressortissant d'un État tiers muni d'un visa à entrées multiples entre en Suisse, les autorités contrôlent également que le nombre maximum d'entrées autorisé n'est pas dépassé.

Al. 1

Les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière vérifient l'identité d'un ressortissant d'un État tiers sur la base des données mentionnées aux art. 16 et 17 du règlement EES. La consultation de l'EES s'effectue à partir des données relatives à la personne ou des données relatives au document de voyage.

Al. 2

Les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière vérifient l'identité d'une personne en comparant les données relevées avec les données de référence enregistrées (comparaison 1:1). Cette démarche leur permet de vérifier si l'individu est bien celui qu'il prétend être. Si la recherche montre que l'EES contient des données sur le ressortissant d'un État tiers, alors les données biométriques relevées sur place sont comparées avec les données biométriques enregistrées dans l'EES.

Al. 3

Si les données relevées sur place et les données biométriques enregistrées dans l'EES concordent, alors les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière se voient accorder l'accès aux données de l'EES conformément à la grille de l'annexe 2 (catégories I à VI).

Al. 4

Conformément à l'art. 9 OSES, les données de l'EES peuvent être consultées à des fins d'identification lorsqu'aucune donnée relative au ressortissant d'un État tiers n'a été enregistrée, lorsque le contrôle de la personne a échoué ou lorsque les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière ont des doutes quant à l'identité de la personne.

Art. 8 Établissement et mise à jour du dossier individuel EES ou des données relatives à l'entrée

Al. 1 et 2

Lorsqu'aucun dossier individuel n'a été saisi pour un ressortissant d'un État tiers ou que ce dossier est incomplet, les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière peuvent créer un dossier individuel EES ou mettre à jour le dossier existant en le complétant par les données manquantes (art. 4, par. 4, du règlement EES). L'art. 8 reprend cette règle.

Al. 3

Les autorités doivent également saisir dans l'EES les données relatives à l'entrée lorsque la personne concernée séjourne déjà en Suisse et que son court séjour démarre après un long séjour dans le pays (autorisation de séjour ou visa national, art. 14, par. 8, du règlement EES).

Art. 9 Consultation aux fins d'identification

L'identification de personnes est effectuée conformément aux art. 23, par. 4, et 27 du règlement EES.

Al. 1

Les données de l'EES sont consultées aux fins d'identification d'un ressortissant d'un États tiers susceptible d'avoir été enregistré précédemment dans l'EES sous une identité différente ou qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour dans l'espace Schengen. L'identification doit permettre d'établir qui est la personne concernée en compa-

rant les données relevées avec un nombre illimité de données biométriques figurant dans l'EES (comparaison 1:n).

Al. 2

Si la recherche montre que l'EES contient des données sur le ressortissant d'un État tiers, alors les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière se voient accorder l'accès aux données de l'EES conformément à la grille de l'annexe 2 (catégories I à VI).

Art. 10 Consultation de la calculatrice automatique

L'art. 11 du règlement EES règle l'utilisation de la calculatrice automatique. Cette dernière calcule la durée de séjour déjà accomplie par un ressortissant d'un État tiers et affiche la durée maximale de séjour autorisée restante. Jusqu'à présent, les autorités de police et les autorités chargées du contrôle à la frontière procédaient à ces vérifications au moyen des cachets apposés dans le passeport.

Les autorités fédérales et cantonales autorisées à consulter en ligne la calculatrice automatique ont déjà été fixées à l'art. 103c, al. 3, nLEI avec une référence à l'art. 103c, al. 2, nLEI. Il s'agit des autorités de police, des autorités chargées du contrôle à la frontière, des autorités migratoires et des autorités consulaires. Le renvoi à l'art. 5 précise quelles unités organisationnelles de la Confédération peuvent consulter les données de l'EES à partir de la calculatrice automatique.

Art. 11 Accès à la liste générée par le mécanisme d'information

Al. 1

L'EES produit automatiquement une liste des personnes qui ont dépassé la durée maximale de séjour autorisé dans l'espace Schengen (c.-à-d. 90 jours sur une période de 180 jours) (art. 12, par. 3, du règlement EES). Dans le règlement EES, cette catégorie de personnes est dénommée « personnes ayant dépassé la durée du séjour autorisé ». La liste des personnes de cette catégorie doit permettre aux autorités de mener de manière optimale des contrôles sur le territoire national et d'appréhender les personnes en situation irrégulière. Les « personnes ayant dépassé la durée du séjour autorisé » peuvent demander au SEM qu'il rectifie, qu'il complète ou qu'il efface de manière anticipée les données du mécanisme d'information » (art. 18).

En vertu de l'art. 103f, let. j, nLEI, le Conseil fédéral définit quelles autorités reçoivent cette liste. Pour le moment, il s'agit de deux unités rattachées au SEM, à savoir le Domaine de direction Planification et ressources du SEM pour établir des statistiques et le Domaine de direction Immigration et intégration pour accomplir ses tâches dans les domaines des visas, des documents de voyage et de l'identification. En cas de besoin avéré, la liste générée par le mécanisme d'information peut être remise à d'autres autorités de la Confédération, des cantons ou des communes. Cette possibilité nécessite cependant de modifier l'OSSES.

Al. 2

L'EES identifie les « personnes ayant dépassé la durée du séjour autorisé » et génère une liste qui comporte les données des catégories I, II, V et VI mentionnées à l'annexe 2.

Section 4 Accès aux données de l'EES par l'intermédiaire du point d'accès central

Le chapitre IV du règlement EES règle les conditions d'accès des autorités aux données de l'EES à des fins de prévention des menaces et de poursuite pénale.

Art. 12 Services ayant accès à l'EES

Al. 1

L'al. 1 définit quelles unités organisationnelles des autorités de la Confédération peuvent demander des données de l'EES à la CE fedpol. Les autorités fédérales compétentes en matière de sécurité chargées de prévenir et de détecter les infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves sont habilitées à formuler une demande. Il s'agit des autorités suivantes :

- le Service de renseignement de la Confédération (SRC);
- fedpol;
- le Ministère public de la Confédération.

Le SRC est le centre de compétence de la Confédération pour les affaires de renseignement et opérations policières préventives de sécurité intérieure et extérieure. Au niveau de fedpol, la Police judiciaire fédérale assume les tâches de police judiciaire et de police criminelle dans des affaires complexes de grande criminalité. Quant au Ministère public de la Confédération, il mène des enquêtes et dresse les actes d'accusation en cas d'infraction relevant de la juridiction fédérale, notamment en cas de crime organisé, de financement du terrorisme et de criminalité économique.

Al. 2

Les autorités cantonales de police et de poursuite pénale, de même que les autorités de police des villes de Zurich, Winterthour, Lausanne, Chiasso et Lugano sont également autorisées à demander des données de l'EES à la CE fedpol (art. 103c, al. 4, nLEI). L'al. 2 reprend cette règle.

Art. 13 Procédure d'obtention des données

Al. 1

Les services visés à l'art. 12 n'obtiennent pas d'accès direct aux données de l'EES. Normalement, ils doivent adresser leurs demandes dûment fondées à la CE fedpol. Lorsque les conditions d'obtention des données prévues à l'art. 14 sont réunies, la CE fedpol consulte les données demandées dans l'EES.

Al. 2

En cas d'urgence nécessitant de prévenir un danger imminent pour la vie d'une personne lié à une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave, les conditions peuvent être vérifiées a posteriori (art. 31, par. 2, du règlement EES).

Le règlement EES ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par « danger imminent pour la vie ». Est considéré comme tel au sens de la présente ordonnance un danger qui entraîne la mort dans un proche avenir avec un haut degré de probabilité. Il faut que ce danger soit imminent et concret.

La CE fedpol vérifie ultérieurement si toutes les conditions visées à l'art. 14 sont réunies et si l'on était bien en présence d'un cas exceptionnel. L'examen a posteriori doit être réalisé dans un délai raisonnable après le traitement de la demande.

Art. 14 Conditions d'obtention des données

Les conditions d'obtention des données de l'EES sont réglées à l'art. 32 du règlement EES. L'accès aux données de l'EES est lié à une série de conditions afin de protéger les données personnelles et d'exclure toute consultation systématique.

Al. 1

La communication des données doit en premier lieu répondre à l'une des finalités suivantes (let. a à c):

- prévention, détection ou investigation d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves;
- établissement des voyages et séjours antérieurs effectués dans l'espace Schengen par des personnes connues soupçonnées d'avoir commis une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave, des auteurs connus ou des personnes connues présumées victimes d'une telle infraction;
- identification des personnes inconnues soupçonnées d'avoir commis une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave, des auteurs inconnus ou des personnes inconnues présumées victimes d'une telle infraction.

Les autorités fédérales compétentes en matière de sécurité, les autorités cantonales de police et de poursuite pénale et les autorités de police des villes de Winterthur, Lausanne, Chiasso et Lugano doivent disposer des informations les plus actuelles de l'EES pour pouvoir accomplir leurs tâches en matière de lutte contre les infractions terroristes et d'autres infractions pénales graves. Elles peuvent également accéder aux données de l'EES pour identifier au moyen de données biométriques un ressortissant d'un État tiers qui a détruit ses papiers d'identité et qui est soupçonné d'avoir commis une infraction pénale. Les données de l'EES doivent également être exploitées pour suivre l'itinéraire d'auteurs présumés ou de victimes d'infractions. Elles peuvent servir de moyen de preuve dans le cadre de la procédure pénale. Par ailleurs, elles doivent permettre d'élucider des affaires dans lesquelles les suspects emploient plusieurs identités. Enfin, l'accès aux données de l'EES doit également être possible lorsque, par exemple, des empreintes digitales ont été trouvées sur les lieux d'une infraction, que ces empreintes constituent le seul et unique élément de preuve et que des motifs raisonnables permettent de croire que l'auteur ou la victime est enregistré dans l'EES (préambule, ch. 22 et 26, du règlement EES).

Al. 2

L'accès en consultation doit répondre au principe de la proportionnalité. Des preuves ou motifs suffisants de considérer que la consultation des données de l'EES remplit le but poursuivi sont par ailleurs nécessaires. Est considéré comme suffisant le motif mentionné à l'art. 32, par. 1, let. c, du règlement EES, à savoir le soupçon fondé que la personne concernée appartient à une organisation terroriste.

Al. 3

La communication de données aux fins d'identification de personnes inconnues soupçonnées d'avoir commis une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave, d'auteurs inconnus ou de personnes inconnues présumées victimes d'une telle infraction suppose également que la CE fedpol ait déjà interrogé les banques de données nationales et internationales pertinentes (art. 32, par. 2, let. a à b, du règlement EES), dont font partie:

- le système d'information fondé sur les profils d'ADN selon la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN¹³;

¹³ RS 363

- le système automatique d'identification des empreintes digitales (AFIS) selon l'ordonnance du 6 décembre 2013 sur le traitement des données signalétiques biométriques¹⁴;
- le système d'information IPAS selon l'ordonnance IPAS du 15 octobre 2008¹⁵;
- le système d'information JANUS selon l'ordonnance JANUS du 15 octobre 2008¹⁶;
- le système de recherches informatisées de police (RIPOL) selon l'ordonnance RIPOL du 26 octobre 2016¹⁷.

La consultation des banques de données internationales est régie par l'accord entre la Suisse et l'UE relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière (collaboration instituée par le Traité de Prüm)¹⁸. L'accord a été signé le 27 juin 2019 à Bruxelles.

La consultation relative au projet d'arrêté portant approbation et mise en œuvre de l'accord conclu avec l'UE s'est initialement déroulée du 13 décembre 2019 au 31 mars 2020 mais a été prolongée jusqu'au 17 avril 2020¹⁹. L'adoption du message est prévue pour début 2021. La ratification par la Suisse et l'UE n'a pas encore eu lieu. En ce qui concerne la Suisse, la ratification est soumise à l'approbation du Parlement. Pour autant que l'approbation intervienne, la ratification aurait vraisemblablement lieu en 2022. L'un des objectifs de la collaboration instituée par le Traité de Prüm est d'améliorer la coopération policière en Europe, notamment grâce à la comparaison entre les profils ADN et les empreintes digitales.

Al. 4

Les exceptions à la consultation des banques de données sont réglées par l'art. 32, par. 2, du règlement EES. La consultation des banques de données peut être écartée lorsqu'une consultation paraît d'emblée vouée à l'échec ou lorsqu'il s'agit de parer un danger imminent pour la vie d'une personne qui est lié à une infraction terroriste ou à une autre infraction pénale grave. Le règlement EES ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par l'expression « paraît d'emblée vouée à l'échec ». Cette notion doit donc être précisée de la manière suivante : une demande semble vouée à l'échec lorsque la probabilité de ne pas obtenir de résultat dans les systèmes d'information est nettement plus élevée que celle d'en obtenir un. Pour la définition d'un « danger imminent pour la vie », voir le commentaire de l'art. 13, al. 2.

Art. 15 Consultation et transmission des données

Al. 1

Lorsque les conditions requises pour recevoir des données sont réunies, la CE fedpol consulte l'EES et transmet les données requises à l'autorité requérante si le résultat de la recherche est positif. L'étendue des données varie en fonction du but de la communication des données (let. a et b).

Al. 2

La consultation de l'EES à des fins de prévention ou de détection d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves, ou d'enquêtes en la matière, ainsi que pour établir les voyages et séjours antérieurs effectués sur le territoire des États Schengen par des personnes connues soupçonnées d'avoir commis une infraction terroriste ou une autre infraction

¹⁴ RS 361.3

¹⁵ RS 361.2

¹⁶ RS 360.2

¹⁷ RS 361.0

¹⁸ Décision n° 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 1.

¹⁹ FF 2014 2587

pénale grave, des auteurs connus ou des personnes connues présumées victimes d'une telle infraction s'effectue à l'aide :

- des données personnelles;
- des données relatives aux documents de voyage;
- des données relatives aux visas;
- des données biométriques.

Lorsque la recherche montre que l'EES contient des données concernant le ressortissant d'un État tiers, les autorités obtiennent l'accès aux données de l'EES conformément à la grille à l'annexe 2 (catégories I à VI).

Al. 3

La consultation de l'EES à des fins d'identification de personnes inconnues soupçonnées d'avoir commis une infraction terroriste ou une autre infraction pénale grave, d'auteurs inconnus ou de personnes inconnues présumées victimes d'une telle infraction s'effectue exclusivement à l'aide de données biométriques. Lorsque la requête montre que l'EES comporte des données concernant le ressortissant d'un État tiers, les autorités se voient accorder l'accès aux données de l'EES conformément à la grille à l'annexe 2 (catégorie I).

Art. 16 Échange d'informations avec les États membres de l'UE qui n'appliquent pas le règlement UE 2017/2226

Les États membres de l'UE dans lesquels le règlement EES n'est pas encore entré en vigueur ou ne s'applique pas peuvent, en cas d'urgence exceptionnelle, solliciter l'accès aux données de l'EES à des fins de prévention, de détection ou d'investigation d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves (art. 42 du règlement EES). Font partie de ces États la Bulgarie, la Croatie, la Roumanie et Chypre²⁰.

Il y a urgence exceptionnelle en présence d'un danger imminent pour la vie (voir le commentaire relatif à l'art. 13, al. 2) lorsque ce danger est lié à une infraction terroriste ou à une autre infraction pénale grave.

Les demandes doivent être adressées aux services visés à l'art. 12, lesquels transmettent la demande à la CE fedpol. Cette dernière est chargée d'examiner les demandes et de répondre directement aux autorités étrangères. Les art. 13 à 15 s'appliquent par analogie à l'examen des demandes.

Section 5 **Traitement des données**

Art. 17 Effacement des données des ressortissants d'États tiers qui ne relèvent plus de l'EES

Conformément à l'art. 2, par. 3, et à l'art. 35, par. 6, du règlement EES, un ressortissant d'un État tiers doit être effacé de l'EES lorsqu'il quitte le champ d'application de l'EES (voir le commentaire relatif à l'art. 2).

Tel est notamment le cas lorsque le ressortissant d'un État tiers acquiert la nationalité d'un État Schengen, obtient un titre de séjour ou un visa pour un séjour de longue durée. Le règlement EES ne précise pas spécifiquement si les personnes qui ont déposé une demande d'asile relèvent encore de l'EES. Cette lacune juridique doit être comblée à l'aide des dispositions d'exécution nationales. Or les personnes qui déposent une demande d'asile séjour-

²⁰ État au 7 octobre 2020

nent durablement en Suisse après leur premier enregistrement. Elles ne relèvent donc plus du règlement EES et leurs données doivent être effacées de manière centralisée par le SEM. On peut estimer que ces suppressions concernent environ 110 000 personnes par an.

Art. 18 Rectification, ajout ou effacement des données du mécanisme d'information

L'art. 35, par. 5, du règlement EES règle les conditions relatives à la correction, au complément et à l'effacement des données qui s'affichent automatiquement lorsque la durée maximale du séjour autorisé dans l'espace Schengen est dépassée.

Des données peuvent être corrigées, complétées ou encore effacées de manière anticipée dans plusieurs cas de figure. Le demandeur peut notamment apporter la preuve que des événements graves et imprévisibles l'ont contraint à dépasser la durée du séjour autorisé; tel est par exemple le cas lorsque les compagnies aériennes doivent suspendre leurs vols vers l'État de provenance de la personne concernée en raison d'une épidémie ou de risques naturels (p.ex., volcan actif). Il peut également arriver que la personne concernée séjourne entretemps de manière régulière dans l'espace Schengen ou qu'une erreur (p.ex., calcul erroné de la date de départ) soit survenue. Les personnes concernées peuvent demander au SEM qu'il corrige, complète ou encore efface de manière anticipée des données le concernant.

Section 6 Droits des personnes concernées, protection des données, sécurité des données et surveillance du traitement des données

Selon le règlement EES, les personnes concernées ont le droit d'accéder aux données les concernant qui figurent dans l'EES ainsi que de demander qu'elles soient corrigées, complétées ou encore effacées. Il précise également que le traitement des données doit être surveillé par des autorités indépendantes (préambule, ch. 59, du règlement EES). Les art. 19 à 24 reprennent ces règles ou renvoient aux articles concernés du règlement EES.

Art. 19 Droit de la personne à accéder aux données qui la concernent

L'art. 49 du règlement EES renvoie au règlement (UE) 2016/679 (règlement général de l'UE sur la protection des données)²¹ et à la directive (UE) 2016/680 (directive de l'UE sur la protection des données)²². Tandis que la directive de l'UE sur la protection des données constitue un développement de l'acquis de Schengen que la Suisse a déjà repris et mis en œuvre dans le cadre de la loi fédérale du 28 septembre 2018 sur la protection des données Schengen (LPDS)²³, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2019, le règlement général sur la protection des données n'a pas été considéré comme relevant de Schengen par l'UE.

Par conséquent, le renvoi au règlement général de l'UE sur la protection des données qui figure dans le règlement EES ne concerne pas directement la Suisse. Toutefois, la Suisse doit se rapprocher des exigences de ce règlement général si elle souhaite continuer à être reconnue par l'UE comme un État tiers assurant un niveau adéquat de protection des données.

²¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1.

²² Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016, p. 89.

²³ RS 235.3

Al. 1

Le droit d'accès est régi par le droit national. Les règles de l'alignement nécessaire sur les exigences du règlement général sur la protection des données ont été créées à la faveur de la révision totale de la loi sur la protection des données (17.059; Loi sur la protection des données, Révision totale et modification d'autres lois fédérales). Le 25 septembre 2020, le Parlement a adopté la révision totale de la loi sur la protection des données (LPD, RS 235.1). Conformément à l'art. 25 LPD, quiconque peut demander à l'organe responsable s'il traite des données personnelles le concernant. Le droit d'accès permet de garder le contrôle sur ses données personnelles.

Le délai référendaire a couru jusqu'au 14 janvier 2021. Le Conseil fédéral fixera la date de l'entrée en vigueur de la révision totale de la LPD. À la même date, la LPDS sera abrogée. Si la mise en service de l'EES devait précéder l'entrée en vigueur de la révision totale de la LPD, le droit d'accès se fonderait sur les dispositions de la LPDS et de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données²⁴. La teneur de l'art. 19 devra être coordonnée en temps voulu avec l'entrée en vigueur de la révision totale de la LPD.

Al. 2

La personne peut demander au SEM l'accès à toutes les données la concernant qui figurent dans l'EES.

Art. 20 Droit de la personne à faire rectifier, compléter ou effacer les données qui la concernent

Conformément à l'art. 34 du règlement EES, les données saisies dans l'EES sont conservées pendant trois ans suivant la date de la fiche de sortie ou de refus d'entrée. Les données sont automatiquement effacées du système central de l'EES à l'échéance de ce délai. Conformément à l'art. 35, par. 1 et 2, du règlement EES, l'État Schengen responsable rectifie, complète ou efface de manière anticipée les données matériellement erronées ou incomplètes qu'il a enregistrées dans l'EES.

Al. 1

L'art. 52 du règlement EES règle la manière de procéder lorsqu'une personne souhaite, de sa propre initiative, faire rectifier, compléter ou effacer de manière anticipée ses données dans l'EES.

La procédure relative à la correction des données n'est pas la même selon que le responsable du traitement est une autorité suisse ou étrangère. L'examen de la demande doit en premier lieu consister à vérifier que les données sont complètes, correctes et qu'elles ont été enregistrées de manière licite. S'il s'avère que les données ont été saisies de manière erronée, il faut les corriger, les compléter ou les effacer. Si les informations en présence ne permettent pas d'établir l'exactitude et la licéité des données parce qu'un autre État Schengen est responsable du traitement, il faut contacter le maître du fichier. Afin de minimiser la charge administrative des États Schengen qui participent à l'EES, il importe de ne prendre contact avec le service responsable du traitement qu'en cas de nécessité avérée. Par conséquent, cette prise de contact ne doit intervenir que si l'exactitude et la licéité des données n'ont pas pu être vérifiées en dépit d'un examen sérieux et objectif.

L'État Schengen auquel la demande a été adressée ou le responsable du traitement des données informe le demandeur au sujet des résultats et d'un éventuel rejet de la demande dans un délai de 45 jours (art. 52, par. 3, du règlement EES). L'autorité compétente de l'État

²⁴ SR 235.1

Schengen responsable consigne la manière dont ladite demande a été gérée et l'autorité qui l'a traitée.

Al. 2

Le SEM est l'autorité nationale compétente pour traiter les demandes de correction, de complément ou d'effacement de données. La demande doit être adressée par écrit au SEM. Si le SEM rejette la demande de correction, de complément ou d'effacement anticipé des données, ou n'y accède que partiellement, il rend une décision écrite qu'il fait parvenir au demandeur (art. 52, par. 7, du règlement EES). Le SEM rend sa décision conformément à la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)²⁵. Cette décision peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral. Afin d'identifier la personne concernée et de protéger ses données contre tout accès de tiers non autorisés, le demandeur doit justifier de son identité.

Art. 21 Sécurité des données

Conformément à l'art. 43, par. 1, du règlement EES, chaque État assure la sécurité des données qu'il reçoit de l'EES. En vertu de l'art. 43, par. 2, du règlement EES, la Suisse doit prendre des mesures pour:

- empêcher que des personnes non autorisées accèdent aux données de l'EES;
- garantir que les systèmes installés puissent être rétablis en cas d'interruption;
- pouvoir surveiller l'efficacité des mesures sécuritaires citées à l'art. 43, par. 2, du règlement EES.

La sécurité des données en Suisse est régie par l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données²⁶, par les directives du Conseil fédéral concernant la sécurité des TIC dans l'administration fédérale²⁷ et, pour les autorités cantonales, par les dispositions cantonales applicables.

Art. 22 Statistiques

Al. 1

L'art. 63, par. 1, du règlement EES dispose que les données de l'EES peuvent être employées à des fins statistiques uniquement par les autorités des États Schengen y sont autorisées. Le SEM doit pouvoir établir des statistiques sur l'EES en collaboration avec l'Office fédéral de la statistique (art. 5, al. 1, let. b, ch. 2).

Al. 2

La grille de l'annexe 2 énumère les champs de données qui peuvent être utilisés pour les statistiques (art. 63, par. 1, let. a à i, du règlement EES).

Al. 3

Conformément à l'art. 63, par. 1, du règlement EES, les statistiques ne doivent pas permettre d'identifier les personnes concernées. L'al. 3 reprend cette règle. Les renseignements à des fins de statistique ou de recherche se fondent sur les dispositions de la Confédération. La loi du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (LSF)²⁸ concrétise et complète la LPD.

²⁵ RS 172.021

²⁶ RS 235.11

²⁷ FF 2019 1283

²⁸ RS 431.01

Art. 23 Responsabilité du traitement des données

L'art. 39, par. 1, du règlement EES prévoit que chaque État Schengen doit désigner une autorité responsable du traitement des données. Le SEM est l'autorité suisse chargée de remplir ces tâches. Conformément à l'art. 39, par. 1, du règlement EES, il doit garantir que seules les autorités fédérales et cantonales mentionnées aux art. 4 et 5 peuvent saisir, traiter et consulter des données de l'EES afin d'accomplir les tâches qui leur sont assignées. Il doit également veiller à ce que les données de l'EES:

- soient traitées de manière licite;
- soient saisies de manière licite dans l'EES;
- soient relevées de manière licite et dans le respect de la dignité humaine du ressortissant d'un État tiers concerné;
- soient correctes et actuelles lorsqu'elles sont transmises à l'EES.

Art. 24 Surveillance du traitement des données

Al. 1

Concernant les données traitées par des autorités cantonales, la responsabilité incombe aux préposés cantonaux à la protection des données. Ces derniers et le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) coopèrent et coordonnent la surveillance du traitement des données personnelles.

Al. 2

Les autorités fédérales et cantonales de protection des données collaborent étroitement avec le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD). Afin d'optimiser la collaboration, le PFPDT sert de point de contact national.

Al. 3

Conformément à l'art. 55, par. 1, du règlement EES, chaque État Schengen doit veiller à ce que la licéité du traitement des données personnelles fasse l'objet d'un contrôle indépendant. Le PFPDT est l'autorité de contrôle nationale et surveille le traitement des données personnelles. En vertu de l'art. 55, par. 2, du règlement EES, un audit des opérations de traitement des données doit être réalisé en Suisse tous les trois ans au minimum à compter de la mise en service de l'EES. Cet audit doit répondre aux normes internationales en matière d'audit. Le PFPDT est responsable de la surveillance du traitement des données.

3.2 Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)

Art. 6, al. 2, let. a, et al. 3

Concernant la durée de validité du document de voyage, l'ordonnance en vigueur n'opère pas de distinction selon le motif du voyage et de l'entrée. L'art. 6, al. 2, let. a, OEV comporte une disposition générale qui ne distingue pas les courts séjours des longs séjours et des transits aéroportuaires. La modification proposée de l'OEV doit permettre d'établir une subdivision transparente et préciser à partir de quelle date le document de voyage doit être valable au moins trois mois, et ce, pour chaque cas de figure. Cette modification sert à clarifier les choses et reflète la pratique actuelle.

Art. 8, al. 2, let. h

Cette formulation correspond à l'art. 6, par. 2, let. c, du règlement (UE) 1806/2018 dont la disposition potestative laisse la possibilité ouverte d'exclure une certaine catégorie de personnes de l'obligation du visa (personnes engagées pour des opérations de l'OTAN et du Partenariat pour la paix). La modification proposée permet d'ancrer la libération du visa, déjà en vigueur, dans les ordonnances.

Art. 9, al. 3

Cette modification vise à éliminer l'insécurité juridique actuelle. En effet, un titre de séjour ou un visa pour un séjour de longue durée délivré par un État Schengen permet déjà d'entrer en Suisse sans visa pour un séjour de courte durée jusqu'à 90 jours. En toute logique, cette exemption de l'obligation du visa doit donc également s'appliquer aussi aux séjours de longue durée et être réglée expressément dans l'OEV. Les conditions d'octroi d'un visa national D ne font partie du droit Schengen. Par conséquent, chaque État Schengen peut les fixer lui-même. Ce type de cas ne présente pas de risque migratoire. La modification proposée clarifie les choses et évite des démarches administratives inutiles.

Cette modification ne réduit pas la marge de manœuvre qui permet de conclure des accords avec certains États tiers afin d'exempter leurs ressortissants de l'obligation du visa même s'ils ne disposent pas d'un visa pour un séjour de longue durée ou d'un titre de séjour valable délivré par un État Schengen (art. 9, al. 2, OEV).

Art. 17, al. 3

Cette modification permet de corriger une erreur de traduction dans la version allemande.

Art. 29a Frontières intérieures

Lors d'une évaluation Schengen impromptue à la frontière entre la Suisse et l'Italie en 2015, la Commission européenne avait relevé que l'exercice de certaines compétences de police déléguées aux gardes-frontière suisses dans les zones frontalières ne devait pas avoir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières. Dans un arrêt du 22 juin 2010, la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà estimé qu'une réglementation nationale en matière de contrôles sur le territoire d'un État Schengen qui aurait un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ne serait pas compatible avec le CFS²⁹. Conformément à l'art. 23 CFS, les contrôles aux frontières intérieures et dans les zones frontalières sont uniquement autorisés pour maintenir l'ordre public et assurer la sécurité intérieure. Il faut donc régler de manière uniforme la délimitation entre les contrôles aux frontières intérieures et les contrôles aux frontières proprement dits. Le SEM devra rédiger, en collaboration avec l'AFD et les cantons, des directives en tenant de la recommandation (UE) 2017/820 de la Commission européenne du 12 mai 2017 relative à des contrôles de police proportionnés et à la coopération policière dans l'espace Schengen.

Art. 30 et 31

Le personnel de l'Administration fédérale des douanes (AFD) doit pouvoir être engagé de manière plus optimale et flexible, en fonction de ses compétences. Ainsi, l'AFD pourra accomplir ses tâches de manière plus efficace et ciblée. Lors d'un projet-pilote d'une durée de six mois qui s'est déroulé en 2019, des douaniers ont suivi une formation de perfectionnement et ont été engagés sur la première ligne de contrôle aux aéroports de Genève et Bâle.

²⁹ Arrêt ECLI:EU:C:2010:363 de la Cour du 22 juin 2010 dans les affaires jointes C-188/10 et C-189/10 dans les procédures contre Melki et Abdeli

Cette démarche a fait ses preuves et mérite d'être renouvelée pour relever les défis posés par l'aéroport de Genève (cf. l'avis du Conseil fédéral du 19 décembre 2020 en réponse à l'Ip. 19.4587 Amaidruz « Réorganisation des douanes et contrôles aux frontières extérieures dans les aéroports »). Or l'OEV en vigueur prévoit que seul le personnel du Corps des gardes-frontière, qui fait partie de l'AFD, peut assurer le contrôle des personnes aux frontières ainsi que les contrôles aux frontières intérieures. Cette situation restreint les possibilités d'affectation du personnel de l'AFD. La modification proposée des art. 30, al. 3, et 31, al. 2 et 4, OEV doit permettre d'ancrer dans une base légale existante la possibilité de déployer des collaborateurs formés et assermentés sur la première ligne de contrôle. À noter que le remplacement de la désignation Cgfr par AFD ne crée pas de nouveaux droits d'accès ou de nouvelles compétences.

Art. 32, al. 2, let. d

La vérification que le ressortissant d'État tiers qui entre dans l'espace Schengen n'a pas dépassé la durée maximale du séjour autorisé s'effectuera désormais en consultant les données de l'EES et non plus en examinant le cachet dans le passeport. L'introduction de l'EES oblige les compagnies aériennes à consulter le portail pour les transporteurs (*carrier gateway*). Celui-ci ne vérifie cependant que si le nombre d'entrées autorisé par le visa n'a pas été épuisé. À l'avenir, les compagnies aériennes ne pourront plus vérifier la durée du séjour autorisé dans l'espace Schengen, car l'apposition de cachets dans les documents de voyage ne sera plus systématique et le portail pour les transporteurs ne permet pas de vérifier la légalité du séjour. Pour cette raison, le devoir de diligence des compagnies aériennes doit être ajusté dans ce domaine. La base légale correspondante (art. 122a, al. 3, let. a, ch. 3, LEI) sera modifiée ultérieurement dans le cadre du projet de mise en œuvre du règlement ETIAS.

Section 9 Contrôle automatisé aux frontières extérieures Schengen à l'aéroport

La section 9 de l'OEV en vigueur comporte les dispositions d'exécution de l'art. 103a LEI. Cet article sera abrogé avec l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral du 21 juin 2019 portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225). Par conséquent, les dispositions d'ordonnances de cette section pourront elles aussi être abrogées. La section 9 contiendra désormais les dispositions d'exécution de l'art. 103g nLEI. Cet article, dont le titre est identique à celui de l'art. 103a LEI, règle désormais également les contrôles automatisés à la frontière dans les aéroports, conformément aux art. art. 8^{bis} à 8^{quater} CFS. Le nouveau titre de la section 9 reprend le titre de l'art. 103g nLEI.

Art. 45

Conformément aux art. 8^{bis} à 8^{quater} CFS, les vérifications aux frontières doivent être accélérées et simplifiées grâce à l'emploi de technologies modernes pour tous les voyageurs détenant un passeport biométrique muni d'une puce électronique avec image faciale. L'art. 8^{ter}, par. 9, CFS prévoit que les États Schengen peuvent également autoriser les citoyens de l'UE, les ressortissants des États associés à Schengen ainsi que les ressortissants d'États tiers dont le franchissement de la frontière ne doit pas être saisi dans l'EES à participer au contrôle automatisé à la frontière. Par conséquent, l'art. 45 doit dresser une liste (non exhaustive) des groupes de personnes qui peuvent participer à ce contrôle automatisé.

Il n'est pas nécessaire de modifier davantage l'OEV car la mise en place, l'exploitation et le financement d'un système de contrôle automatisé relèvent en principe de la compétence du canton sur le territoire duquel se trouve l'aéroport et les dispositions détaillées du CFS et de l'art. 103g nLEI garantissent que les processus majeurs se déroulent de manière uniforme dans les aéroports suisses concernés.

3.3 Ordonnance sur le système central d'information sur les visas et sur le système national d'information sur les visas (ordonnance VIS, OVIS)

Art. 2, let. e et f

Les notions « infraction terroriste » et « autre infraction pénale grave » sont définies de la même manière que dans l'OSSES (cf. le commentaire relatif à l'art. 2, let. d et e, OSSES).

Art. 17, let. c

Les art. 336 et 337 CP ont été abrogés le 1^{er} janvier 2011, lors de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale (CPP, RS 312.0). Ils figurent désormais aux art. 23 et 24 CPP.

Art. 20, let. a et c

Jusqu'à présent, les notions « infraction terroriste » et « autre infraction pénale grave » renvoyaient à la liste de délits de l'art. 286, al. 2, let. a, CPP. L'art. 286 CPP règle les conditions de l'investigation secrète et énumère les infractions pour lesquelles une telle investigation peut être ordonnée (al. 2). Ces notions sont désormais définies à l'art. 2, let. d et e, OVIS.

Art. 23, let. e

L'EES prévoit une interopérabilité avec le C-VIS (cf. le commentaire relatif à l'art. 6, al. 1, OSSES). Les autorités compétentes pour examiner les demandes de visas peuvent consulter d'autres banques de données via ORBIS. Cette démarche vise en premier lieu à vérifier si le demandeur est enregistré dans le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile.

Art. 34

Les actes pertinents en matière de sécurité des données sont mis à jour (cf. le commentaire relatif à l'art. 21 OSSES).

4 Répercussions sur les finances et le personnel

4.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération

L'entrée en vigueur de l'OSSES et les modifications de l'OEVS et de l'OVIS n'ont pas de conséquences pour les finances ou le personnel de la Confédération.

Le projet national de transposition de l'EES et le raccordement de la Suisse à l'EES sont financés par la Confédération.

Les coûts de développement pour le raccordement à l'EES s'élèvent à 11,9 millions de francs. Les répercussions financières des modifications de lois ont déjà été présentées dans le message.³⁰ Actuellement, il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que les coûts dépassent ce qui avait été annoncé dans le message.

Développement de l'EES, en millions de francs	Total	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Dépenses uniques								
Développement	10,02	0,11	0,58	0,71	0,96	2,64	2,96	2,05
Prestations propres	1,84	0,01	0,19	0,24	0,37	0,33	0,35	0,35
Dépenses récurrentes								
Total	11,86	0,13	0,77	0,95	1,33	2,97	3,31	2,40

Les coûts de développement pour les modifications des composants nationaux de l'EES qui découlent d'autres projets de l'UE s'élèvent à 16,4 millions de francs. Ces répercussions financières ont déjà été présentées dans le message relatif à un crédit d'engagement pour le développement de l'acquis de Schengen et Dublin³¹. Les coûts ne devraient pas dépasser ce qui avait été annoncé dans le message.

Les coûts d'exploitation courants de l'EES, qui s'élèvent à 2,1 millions de francs par an, sont inclus dans les coûts de développement. À l'heure actuelle, la Commission européenne prévoit de mettre en service l'EES en mai 2022.

Développement de l'EES, en millions de francs	Total	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Dépenses uniques							
Développement	7,2			1,8	1,8	1,8	1,8
Prestations propres	0,8			0,2	0,2	0,2	0,2
Dépenses récurrentes							
Exploitation	8,4			2,1	2,1	2,1	2,1
Total	16,4			4,1	4,1	4,1	4,1

³⁰ Message du 21 novembre 2018 concernant l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie (EES) (règlements [UE] 2017/2226 et 2017/2225; développements de l'acquis de Schengen) et modification de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI); FF 2019 175, ici 218 à 219.

³¹ FF 2019 5881, ici 5900 à 5901

4.2 Conséquences en matière de finances et de personnel pour les cantons

L'entrée en vigueur de l'OSÉS et les modifications de l'OEV et de l'OVIS n'ont pas de conséquences pour les finances ou le personnel des cantons.

Les cantons qui effectuent eux mêmes les contrôles aux frontières extérieures (Berne, Soleure et Zurich ainsi que Nidwald et Glaris pour certains vols) doivent assumer eux-mêmes les frais qui en découlent. Il en va de même des répercussions sur le personnel. Les conséquences des modifications législatives sur les finances et le personnel ont été évoquées dans le message.³² Les présentes dispositions d'exécution ne devraient pas avoir de répercussions financières supplémentaires par rapport à ce qui avait été estimé dans le message.

* * *

³² FF 2019 175, ici 219-220