



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice
et police DFJP

**Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la
Communauté européenne
concernant la reprise de la directive sur le retour
(développement de l'acquis de Schengen)
Explications en vue de la procédure de consultation**

**Office fédéral des migrations
Berne, mai 2009**

Table des matières

1 Contexte	3
2 Echange de notes concernant la reprise de la directive sur le retour	3
3 Contenu et champ d'application de la directive sur le retour	4
4 Modification de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi sur l'asile	5
4.1 Nécessité des modifications législatives	5
4.2 Principales modifications législatives	6
4.3 Commentaires relatifs aux différentes dispositions	6
4.3.1 Modification de la LEtr	6
4.3.2 Modification de la LAsi	17
5 Conséquences financières et incidences sur le personnel	18
5.1 Conséquences pour la Confédération	18
5.2 Conséquences pour les cantons	18
6 Rapport avec le programme de législature	18
7 Aspects juridiques	19
7.1 Compatibilité avec le droit international	19
7.2 Constitutionnalité	19
7.3 Décision d'approbation et de transposition	19

Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen) (*Projet*)

Echange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen) (*Projet*)

1 Contexte

L'accord d'association à Schengen (AAS)¹ est entré en vigueur le 1^{er} mars 2008. La mise en application opérationnelle a eu lieu le 12 décembre 2008, à l'exception de la suppression des contrôles aux aéroports pour les vols à l'intérieur de l'espace Schengen qui est devenue effective le 29 mars 2009 seulement. La Suisse s'est en principe engagée à reprendre tous les développements de l'acquis de Schengen (art. 2, al. 3, et art. 7 AAS). Plus de 80 développements de l'acquis de Schengen ont déjà été notifiés à la Suisse par l'Union européenne (UE) depuis la signature de l'accord d'association le 26 octobre 2004.

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier² (ci après: directive sur le retour) fait partie de ces développements. Les négociations relatives à la directive sur le retour ont duré près de trois ans. La Suisse était représentée dans les différents groupes de travail du Conseil et a pu pleinement faire valoir son point de vue sur les projets dans le cadre de son droit de participation. Les organes compétents de l'UE ont ensuite procédé au vote formel.

La mise en œuvre de cette directive requiert une adaptation de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi). Cependant, elle ne modifie pas fondamentalement l'orientation conceptuelle du droit suisse en matière d'étrangers et d'asile.

2 Echange de notes concernant la reprise de la directive sur le retour

L'art. 7 AAS prévoit une procédure particulière pour la reprise et la mise en œuvre des développements de l'acquis de Schengen. L'UE notifie à la Suisse les nouveaux actes qui constituent des développements de l'acquis de Schengen. Le Conseil fédéral dispose de 30 jours pour décider si la Suisse souhaite reprendre le développement et pour notifier sa décision au Conseil et à la Commission.

La notification de l'acte par l'UE et la réponse de la Suisse représentent un échange de notes qui, du point de vue de la Suisse, constitue un traité international. Selon le contenu du nouvel acte de l'UE à reprendre, l'approbation de ce traité relève de la compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale. Le cas échéant, les conditions du référendum facultatif peuvent également être remplies.

Lorsque l'Assemblée fédérale est compétente ou lorsque des modifications législatives sont nécessaires à la mise en œuvre, le Conseil fédéral informe l'UE dans sa réponse que la reprise du développement ne peut lier la Suisse qu'après l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles (art. 7, al. 2, let. b, AAS)³. En l'espèce, le Conseil fédéral a communiqué cette information à l'UE le 30 janvier

1 RS 0.360.268.1

2 JO L 348 du 24.12.2008, p. 98

3 Cf. la note en annexe.

2009. La Suisse dispose alors d'un délai de deux ans au maximum pour obtenir l'approbation parlementaire et mettre en œuvre le développement, y compris pour procéder, si nécessaire, aux modifications législatives et au référendum. Le délai commence à courir avec la notification du développement par l'UE. En l'espèce, cette notification a eu lieu le 12 janvier 2009. La directive sur le retour doit donc être approuvée par l'Assemblée fédérale et mise en œuvre à l'échelle fédérale et cantonale au plus tard le 12 janvier 2011. La date ultime, prévue à l'art. 20 de la directive sur le retour, pour sa mise en œuvre par les Etats membres est fixée au 24 décembre 2010, soit quelques semaines seulement avant la date définie par l'AAS. Afin de garantir, autant que faire ce peut, que la directive soit appliquée simultanément dans tous les Etats Schengen, le délai fixé dans la directive doit si possible être respecté.

En cas de non-reprise de la directive sur le retour dans un délai maximal de deux ans à partir de la notification, la procédure spéciale prévue dans l'AAS, à savoir la recherche d'une solution consensuelle dans un délai de 90 jours au sein d'un comité mixte, serait appliquée. Si cette procédure n'aboutit pas, l'AAS prend fin automatiquement trois mois plus tard.

3 Contenu et champ d'application de la directive sur le retour

La directive sur le retour vise une harmonisation minimale des procédures en vigueur pour les ressortissants de pays non-membres de Schengen (pays tiers) en séjour irrégulier. Elle contient notamment des dispositions concernant la décision de renvoi, la mise en détention en vue de garantir l'exécution du renvoi, le renvoi ou l'expulsion et l'interdiction d'entrée.

La directive sur le retour améliore la collaboration entre la Suisse et les autres Etats Schengen concernant l'exécution de renvois dans des pays tiers. L'harmonisation des procédures permet par exemple de simplifier l'organisation et l'exécution de vols spéciaux communs. Par ailleurs, l'instauration de procédures uniformes réduit le risque que la migration irrégulière touche de manière inégale les différents Etats en raison de divergences au niveau de leurs réglementations.

La directive sur le retour s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat Schengen. Un séjour est considéré comme irrégulier lorsque les conditions d'entrée visées à l'art. 5, al. 1, du code frontières Schengen⁴ ou les conditions nationales requises pour l'entrée ou le séjour ne sont pas remplies ou ne le sont plus. Le fait que le séjour irrégulier découle d'une entrée illégale, du rejet d'une demande d'asile ou encore de l'échéance de la durée de validité d'une autorisation est sans importance.

Certaines catégories de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier peuvent être partiellement ou totalement exclues du champ d'application de la directive (art. 2, al. 2, let. a et b, de la directive sur le retour).

Cette possibilité doit être utilisée lorsque la personne s'est vu refuser l'entrée conformément à l'art. 13 du code frontières Schengen et qu'elle est signalée aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS). Dans ce cas, une

⁴ RS 221.215.311

décision de renvoi est rendue au moyen d'un formulaire type exclusivement sur demande de la personne concernée.

En principe, la directive sur le retour ne s'applique pas en cas d'interdiction d'entrée à la frontière extérieure Schengen. Par conséquent, elle ne s'applique pas aux contrôles des vols provenant de pays tiers effectués aux aéroports suisses et ne s'applique pas non plus, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acquis de Schengen dans la Principauté de Liechtenstein, à la frontière entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein. En cas de refus d'entrée à la frontière extérieure Schengen, une décision de renvoi doit être rendue conformément au code frontières Schengen (art. 65 LEtr; art. 13 du code frontières Schengen).

Dans ce cas, certaines garanties minimales définies dans la directive sur le retour doivent également être respectées, notamment en ce qui concerne l'adoption de mesures de contrainte et les soins médicaux à l'égard de la personne concernée (art.4, al. 4, de la directive sur le retour).

La directive sur le retour ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une procédure d'extradition visée aux art. 32 ss de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)⁵ (art. 2, al. 2, let. b, de la directive sur le retour). Dans ce type de procédure, les dispositions de l'EIMP prévalent; une adaptation de cette loi n'est pas nécessaire.

Par ailleurs, il serait possible de renoncer à appliquer la directive sur le retour lorsque le renvoi découle d'une sanction pénale (art. 2, al. 2, let. b, de la directive sur le retour). L'expulsion judiciaire ayant été supprimée dans le cadre de la révision globale de la partie générale du code pénal (CP)⁶, cette disposition n'est pas pertinente pour la Suisse.

4 Modification de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi sur l'asile

4.1 Nécessité des modifications législatives

La directive sur le retour comprend, en partie, des dispositions suffisamment concrètes pour permettre une application immédiate dans le cas d'espèce. Cependant, certaines dispositions doivent être transposées dans le droit national. Pour des raisons de sécurité juridique, l'ensemble de la directive doit donc être transposé dans le droit suisse.

Pour mettre en œuvre la directive sur le retour, la Suisse doit adapter certaines dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)⁷ et de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi)⁸.

Une partie de la directive sur le retour ne requiert pas, ou peu, d'adaptations législatives car le droit en vigueur est déjà conforme à ces exigences. La directive sur le retour prévoit également que les Etats membres peuvent maintenir des dispositions

⁵ RS 351.1

⁶ RS 311.0

⁷ RS 142.20

⁸ RS 142.31

plus favorables pour les ressortissants de pays tiers à condition que ces dispositions soient compatibles avec la directive sur le retour (art. 4, al. 3, de la directive sur le retour).

La directive sur le retour s'applique uniquement aux ressortissants de pays tiers. Cependant, les dispositions de la LEtr relatives aux mesures d'éloignement et aux mesures de contrainte continuent de s'appliquer, de manière subsidiaire à l'accord sur la libre circulation des personnes, aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE et aux membres de leur famille (art. 2, al. 2 et 3, LEtr). Si ces derniers ne peuvent se prévaloir d'un droit de séjour en vertu de cet accord, notamment lorsqu'ils sont frappés d'une interdiction d'entrée nationale, des mesures appropriées peuvent être ordonnées.

4.2 Principales modifications législatives

Les principales modifications concernent la LEtr. Des adaptations sont nécessaires dans le domaine des mesures d'éloignement, des renvois et des expulsions, ainsi que des mesures de contrainte. Il est notamment nécessaire de remplacer le renvoi sans décision formelle visé à l'art. 64 LEtr par une procédure de renvoi formelle, à savoir par un renvoi notifié au moyen d'un formulaire type. De plus, la disposition relative à l'interdiction d'entrée (art. 67 LEtr) doit être adaptée de telle sorte qu'à l'avenir, une interdiction d'entrée soit obligatoirement prononcée dans certains cas. Une autre modification importante porte sur la durée maximale de tous les types de détention visée à l'art. 79 LEtr. Compte tenu de la directive sur le retour, cette durée maximale doit être réduite de 24 à 18 mois. Enfin, quelques modifications doivent également être apportées aux modalités de l'expulsion ou du renvoi ainsi qu'à l'exécution de la détention.

La LAsi doit seulement faire l'objet de légères adaptations. Les modifications concernent uniquement la décision de renvoi visée à l'art. 45 LAsi.

4.3 Commentaires relatifs aux différentes dispositions

4.3.1 Modification de la LEtr

Art. 7 Franchissement de la frontière et contrôles

Al. 2

La procédure de renvoi fixée à l'art. 7, al. 2, LEtr tombe dans le champ d'application de la directive sur le retour. Conformément à l'acquis de Schengen, l'ensemble des frontières terrestres suisses constituent des frontières intérieures au niveau desquelles les contrôles ne sont généralement plus admis. Seule la frontière avec le Liechtenstein fait provisoirement exception à ce principe et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acquis de Schengen au Liechtenstein. Lorsqu'une personne est interceptée par le Corps des gardes-frontière (Cgfr) à une frontière terrestre dans le cadre d'un contrôle policier, elle est considérée au sens de la directive sur le retour comme séjournant illégalement sur le territoire de la Suisse. En vertu de l'art. 23 du code frontières Schengen, des contrôles peuvent être réintroduits aux frontières de manière provisoire et à titre exceptionnel lorsqu'une menace grave à l'ordre public ou à la sécurité intérieure le justifie. A l'avenir, une procédure de renvoi formelle devra

également être exécutée conformément à l'art. 64 LEtr en cas de renvoi prononcé dans le cadre d'un tel contrôle des personnes à la frontière.

Art. 64 **Décision de renvoi**

Al. 1

Les Etats membres doivent en principe rendre une décision de renvoi (« décision de retour ») écrite à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire (art. 6, al. 1, de la directive sur le retour). Par conséquent, le renvoi sans décision formelle tel que le permet l'art. 64 LEtr doit être remplacé par une procédure de renvoi formelle. Cependant, le droit en vigueur prévoit déjà la possibilité pour la personne concernée de demander à ce qu'une décision écrite, motivée et sujette à recours soit rendue (art. 64, al. 2, LEtr).

Dans le projet mis en consultation concernant la mise en œuvre d'un autre développement de l'acquis de Schengen, le code frontières Schengen⁹, le Conseil fédéral avait proposé déjà en 2007 de renoncer de manière générale au renvoi sans décision formelle et ce en vue d'une harmonisation des procédures. Cependant, cette proposition avait été abandonnée car le code frontières Schengen n'interdisait pas les renvois sans décision formelle prononcés à l'intérieur du territoire.

Si les motifs conduisant à la prise d'une décision de renvoi, définis à l'al. 1, let. a et b, correspondent toujours au droit en vigueur (art. 64, al. 1, let. a et b, LEtr), désormais, une décision de renvoi formelle doit systématiquement être rendue dans ces cas-là.

L'al. 1, let. c, correspond aux motifs de renvoi définis à l'art. 66, al. 1, LEtr. Conformément au droit en vigueur, une décision de renvoi formelle est déjà rendue de manière systématique dans ce cas.

Al. 2

La directive sur le retour prévoit une procédure à deux niveaux pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat Schengen qui disposent d'un titre de séjour valable délivré par un autre Etat Schengen (art. 6, al. 2, de la directive sur le retour). Dans un premier temps, les étrangers qui remplissent ces conditions doivent être invités, de manière informelle, à quitter la Suisse et à se rendre dans l'Etat pour lequel ils disposent d'un titre de séjour. Puis, s'ils ne donnent pas suite à cette exigence ou qu'ils représentent une menace pour la sécurité et l'ordre publics, une procédure de renvoi formelle doit être lancée conformément à l'al. 1.

Comme mentionné plus haut, la directive sur le retour ne s'applique ni aux ressortissants des Etats Schengen ni aux ressortissants d'Etats tiers qui bénéficient de droits de libre circulation que leur confère l'accord sur la libre circulation des personnes (membres de la famille de ressortissants de l'UE ou de l'AELE). Cependant, ces personnes peuvent également se voir interdire de séjourner en Suisse en raison d'une interdiction d'entrée nationale. Lorsqu'une telle personne est découverte sur le territoire de la Suisse, il ne se justifie pas de la traiter plus sévèrement que les ressortissants d'Etats tiers qui disposent d'un titre de séjour valable délivré par un autre Etat Schengen (cf. al. 1). Par conséquent, l'al. 2 parle de manière générale des étrangers en séjour irrégulier en Suisse qui disposent d'un titre de séjour valable délivré

⁹ FF 2007 7449 7461

par un autre Etat Schengen et ne se limite pas aux ressortissants de pays non-membres de Schengen sans droits de libre circulation.

Al. 3

Cet alinéa correspond en principe à l'actuel art. 64, al. 2, LEtr. Cependant, le délai pour déposer un recours dans le cas d'un séjour illégal visé à l'art. 64, al. 1, let. a et b, LEtr est désormais de cinq jours ouvrables. Ce délai est ainsi identique au délai de recours contre des décisions de non-entrée en matière défini à l'art. 108, al. 2, LAsi. De plus, cette prolongation de délai répond à l'exigence d'une « voie de recours effective » figurant à l'art. 13, al. 1, de la directive sur le retour.

Un recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours a cependant la possibilité de le restituer. Lorsqu'une autorisation a été refusée, révoquée ou qu'elle n'a pas été prolongée (al. 1, let. c, LEtr), les dispositions générales du droit fédéral et cantonal de la procédure administrative en matière de procédure de recours continuent à s'appliquer comme jusqu'à présent.

Al. 4

Avant de prendre une décision de renvoi à l'encontre d'un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter la procédure de renvoi doit être accordée en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 10, al. 1, de la directive sur le retour). Afin de satisfaire à cette exigence, le projet de loi prévoit que, par analogie avec l'art. 17, al. 3, LAsi, les autorités cantonales compétentes désignent également une personne de confiance chargée de représenter les intérêts des mineurs non accompagnés au cours des procédures de renvoi relevant du droit des étrangers. En vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁰, les mineurs non accompagnés ont droit à une protection particulière. Les autorités cantonales compétentes sont donc déjà aujourd'hui tenues de prendre des mesures tutélaires en faveur de ces personnes. Lorsqu'il n'est pas possible de désigner immédiatement un tuteur ou un curateur, une personne de confiance doit être chargée de défendre les intérêts du mineur pendant la durée de la procédure de renvoi.

Art. 64a Renvoi en vertu des accords d'association à Dublin

Al. 1

Cet article règle le renvoi des personnes en séjour irrégulier qui, en vertu des accords d'association à Dublin¹¹, peuvent être renvoyés dans un autre Etat Dublin et qui n'ont pas déposé de demande d'asile en Suisse. Dans les autres cas, les dispositions correspondantes de la LAsi s'appliquent.

Son énoncé doit être aligné sur l'art. 64 LEtr modifié. Les termes « sujette à recours » et « motivée » ne sont toutefois pas indispensables étant donné qu'ils se rapportent à des conditions qui sont toujours réunies dans le cas d'une décision. Pour des raisons de systématique, la règle selon laquelle le renvoi est immédiatement exécutoire est intégrée à l'art. 64c LEtr (délai de départ et exécution immédiate),

¹⁰ RS 0.107

¹¹ RS 0.142.392.68

lequel doit désormais inclure tous les cas dans lesquels une exécution immédiate est possible.

Al. 2

La procédure de recours doit être alignée sur la procédure visée à l'art. 64, al. 3, LEtr. Cette mesure doit permettre d'éviter que différentes dispositions procédurales s'appliquent dans des cas similaires.

Art. 64b **Décision notifiée au moyen d'un formulaire type**

Al. 1

Une décision de renvoi est notifiée au moyen d'un formulaire type si la personne concernée est entrée illégalement en Suisse (art. 12, al. 3, de la directive sur le retour). Cette mesure permet de réduire la charge de travail des autorités. Le formulaire type doit indiquer les motifs de fait et de droit et comporter des informations relatives aux voies de recours disponibles (art. 12, al. 1, de la directive sur le retour). Aucune exigence particulière ne s'applique à la forme. Il est cependant prévu de créer des formulaires uniformes pour tous les cantons.

Art. 64c Renvoi sans décision formelle

Al. 1, let. a

L'art. 6, al. 3, de la directive sur le retour prévoit une exception au principe selon lequel une décision de renvoi doit toujours être rendue par écrit en cas de séjour irrégulier. Cette exception concerne les renvois effectués en vertu d'accords de réadmission existant avec d'autres Etats Schengen au moment de l'entrée en vigueur de la directive sur le retour (13 janvier 2009). A cette date, des accords de réadmission étaient en vigueur avec l'Allemagne, l'Italie, la France, la Finlande, les Etats du Benelux, la Lettonie, la Lituanie, l'Espagne, l'Autriche, la Slovénie, la Pologne, la Norvège et la Slovaquie. Les renvois dans d'autres Etats Schengen requièrent donc toujours une décision de renvoi.

Lors de la remise ou de la reprise en charge d'une personne en vertu d'un accord bilatéral, la directive sur le retour (art. 6, al. 1 et art. 6, al. 3, de la directive sur le retour) précise que l'Etat compétent pour mener la procédure de renvoi est celui qui reprend la personne concernée. Une décision est cependant rendue avant la remise au moyen d'un formulaire type (comme le prévoit déjà l'actuel art. 64, al. 2, LEtr) sur demande immédiate de la personne concernée. Bien qu'elle ne soit pas prescrite par la directive sur le retour, cette mesure doit garantir que le renvoi puisse également être examiné lors d'une procédure de recours. Une exécution immédiate du renvoi doit cependant être possible (art. 64c, al. 2, let. d, LEtr).

Al. 1, let. b

Les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier auxquels l'entrée a déjà été refusée une fois en vertu de l'art. 13 du code frontières Schengen et qui sont inscrits dans le Système d'information Schengen aux fins de non-admission peuvent être exclus du champ d'application de la directive sur le retour (art. 2, al. 2, let. a, de la directive sur le retour, cf. aussi le chiffre 3). De cette manière, les doublons sont évités. En effet, ces personnes ont déjà fait l'objet d'une procédure formelle relevant

du code frontières Schengen durant laquelle il a été examiné si elles remplissaient ou non les conditions d'entrée.

Dans ces cas également, une décision doit être rendue au moyen d'un formulaire type sur demande immédiate de la personne concernée (cf. commentaire relatif à l'al. 1; actuel art. 64, al. 2, LEtr).

Art. 64d Délai de départ et exécution immédiate

Al. 1

Selon le droit en vigueur, c'est aux autorités qu'il incombe de prescrire un délai de départ raisonnable (art. 66, al. 2, LEtr). A ce sujet, la directive sur le retour fixe un certain nombre de principes. En règle générale, le délai de départ doit être compris entre 7 et 30 jours (art. 7, al. 1, de la directive sur le retour). Lorsque des circonstances particulières l'exigent, un délai de départ plus long peut être imparti (art. 7, al. 2, de la directive sur le retour). Il peut s'agir notamment de problèmes de santé, de raisons familiales ou d'un long séjour préalable. Le projet de loi cite comme exemples permettant d'allonger le délai de départ les deux motifs les plus importants dans la pratique, à savoir la situation familiale et un long séjour en Suisse.

Al. 2

L'al. 2 énumère les motifs pouvant donner lieu à une exécution immédiate de la décision de renvoi ou à la fixation d'un délai de départ inférieur à 7 jours.

Al. 2, let. a

Cette disposition correspond à l'actuel art. 64, al. 3, LEtr. Des précisions ont dû lui être apportées compte tenu de l'art. 7, al. 4, de la directive sur le retour. Une exécution immédiate du renvoi est possible lorsque, au moment de la notification de la décision, la personne concernée constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

Al. 2, let. b

Jusqu'à présent, la LEtr ne comprenait pas de disposition similaire. Conformément à l'art. 7, al. 4, de la directive sur le retour, une exécution immédiate du renvoi est possible lorsqu'il existe un risque de fuite. L'énoncé de cette disposition se réfère à l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 3, LEtr (risque de passage à la clandestinité comme motif d'une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion).

Al. 2, let. c

Jusqu'à présent, la LEtr ne comprenait pas de disposition similaire. Cette disposition correspond à l'art. 7, al. 4, de la directive sur le retour. Aujourd'hui déjà, l'intéressé doit en principe attendre à l'étranger que la décision relative à sa demande d'autorisation soit rendue (art. 17, al. 1, LEtr).

Al. 2, let. d

Jusqu'à présent, la LEtr ne comprenait pas de disposition similaire. La directive sur le retour ne prévoit pas qu'une décision de renvoi soit rendue dans les cas cités et permet donc un renvoi sans décision formelle. L'Etat Schengen qui donne son accord à la reprise en charge est responsable de l'exécution correcte de la procédure de renvoi (art. 6, al. 3, de la directive sur le retour). Afin d'assurer la garantie de

l'accès au juge visée à l'art. 29a de la Constitution fédérale (Cst.)¹², une décision doit, sur demande, être notifiée à la personne concernée au moyen d'un formulaire type. Cependant, le renvoi doit être immédiatement exécutoire. En effet, l'exécution immédiate permet de faire en sorte que la reprise en charge soit également effectuée dans les délais contractuels lorsqu'une procédure de recours est en suspens.

Al. 2, let. e

Jusqu'à présent, la LEtr ne comprenait pas de disposition similaire. La directive sur le retour ne prévoit pas qu'une décision de renvoi soit rendue en cas d'interdiction d'entrée et permet donc un renvoi sans décision formelle. Afin d'assurer la garantie de l'accès au juge visée à l'art. 29a de la Cst., une décision doit, sur demande, être notifiée à la personne concernée au moyen d'un formulaire type. Cependant, le renvoi doit être immédiatement exécutoire car la personne concernée a déjà fait l'objet d'une procédure d'entrée formelle en vertu de l'art. 13 du code frontières Schengen.

Al. 2, let. f

Cette disposition correspond à l'actuel art. 64a, al. 1, LEtr. Pour des raisons de systématique, l'exécution immédiate d'un renvoi en vertu des accords d'association à Dublin est désormais réglée dans cet alinéa.

Art. 64e Obligations pendant le délai de départ

Les obligations proposées dans la directive sur le retour visent à éviter le risque de fuite et doivent pouvoir être imposées à titre préventif avant même que le délai de départ soit échu (art. 7, al. 3, de la directive sur le retour). Certaines de ces mesures sont aujourd'hui déjà appliquées par les autorités cantonales lorsque l'ordonnance de mesures de contrainte n'est pas proportionnelle ou n'est pas (ou plus) possible. Cela vaut notamment pour l'obligation d'annonce. La directive sur le retour laisse aux Etats membres le choix de reprendre ou non ces obligations. Ils peuvent en outre prévoir d'autres obligations. La directive sur le retour et le projet de loi ne dressent pas de liste exhaustive des mesures possibles. Par conséquent, les autorités cantonales chargées de l'exécution peuvent envisager d'autres mesures poursuivant le même but.

Art. 64f Traduction de la décision de renvoi

La directive sur le retour prévoit que les éléments principaux d'une décision de renvoi, y compris les informations sur les voies de recours possibles, doivent, sur demande, être traduits pour les ressortissants de pays tiers. La traduction doit être effectuée dans au moins une langue dont on peut supposer que la personne concernée la comprend. Il n'est donc pas obligatoire que la traduction soit faite dans sa langue maternelle.

Les décisions notifiées au moyen d'un formulaire type (cf. art. 64b LEtr) font exception au principe de l'exigence de la traduction sur demande. Dans ce cas, des feuilles d'information traduites dans les langues des 5 principaux pays de provenance des étrangers entrés illégalement (art. 12, al. 3, de la directive sur le retour) peuvent être

¹² RS 101

remises aux personnes concernées. Le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution en la matière au niveau de l'ordonnance.

Art. 66 Renvoi après un séjour autorisé

Cette disposition figure désormais dans l'art. 64 LEtr. Elle peut donc être abrogée.

Art. 67 Interdiction d'entrée

Al. 1

En cas d'exécution immédiate d'une décision de renvoi ou lorsque la personne concernée ne s'acquitte pas de son obligation de départ, la directive sur le retour impose de prononcer une interdiction d'entrée (art. 11, al. 1, de la directive sur le retour). Aujourd'hui déjà, l'ODM prononce régulièrement une interdiction d'entrée dans ce genre de cas (art. 67, al. 1, let. c, LEtr). Cependant, la directive sur le retour ne laisse plus de marge de décision en la matière.

Al. 2

Les cas dans lesquels l'ODM dispose d'une marge d'appréciation pour prononcer une interdiction d'entrée correspondent au droit en vigueur (art. 67, al. 1, LEtr). Cependant, la disposition selon laquelle une interdiction d'entrée peut être prononcée lorsqu'une personne a été renvoyée ou expulsée peut être abrogée. En effet, une interdiction d'entrée sera désormais toujours prononcée dans ces cas-là (cf. al. 1).

Al. 3

La durée maximale pour laquelle une interdiction d'entrée peut être prononcée doit désormais être de cinq ans. Cette durée maximale peut exceptionnellement être prolongée lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (art. 11, al. 2, de la directive sur le retour). La pratique actuelle de l'ODM en matière d'interdictions d'entrée est compatible avec ces principes.

Al. 4

La plupart des interdictions d'entrée prononcées par l'Office fédéral de la police (fedpol) sur demande du Service d'analyse et de prévention du DDPS ne tombent pas dans le champ d'application de la directive sur le retour. Une grande partie de ces interdictions d'entrée ne vont pas de pair avec une décision de renvoi mais sont prises de manière préventive lorsqu'une personne constitue une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Dans ce cas, il reste donc possible d'ordonner une interdiction d'entrée pour plus de cinq ans ou, dans des cas graves, pour une durée illimitée.

Al. 5

La pratique actuelle de l'ODM lorsqu'il s'agit de prononcer ou de lever une interdiction d'entrée correspond aux exigences de la directive sur le retour (art. 11, al. 3 et 4, de la directive sur le retour). La formulation ouverte du projet de loi (pas d'interdiction d'entrée en présence de raisons humanitaires ou d'autres motifs importants) inclut les cas compris dans la directive sur le retour. Il s'agit notamment des victimes et des témoins de la traite d'êtres humains pour lesquels la LEtr prévoit des règles particulières (art. 30, al. 1, let. e, LEtr; art. 35 et 36 OASA). Cette réglementation correspond à la directive relative au titre de séjour délivré aux victimes de

la traite des êtres humains mentionnée à l'art. 11, al. 3, de la directive sur le retour. Cette directive ne fait pas partie de l'acquis de Schengen.

Art. 69 Décision d'exécution du renvoi ou de l'expulsion

Al. 3

Le report du renvoi ou de l'expulsion prévu par la directive sur le retour dans certains cas (p.ex. en cas de recours avec effet suspensif, de problèmes médicaux ou d'absence de moyens de transport) correspond à la pratique actuelle des autorités cantonales chargées de l'exécution (art. 9, al. 2, de la directive sur le retour).

Le report d'un renvoi ou d'une expulsion visé dans cet alinéa doit être différencié de la décision d'admission provisoire (art. 83 LETr). Il ne fait que repousser la date prévue pour le départ jusqu'à ce que les obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion soient écartés. Par contre, les obstacles fondamentaux à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion sont examinés dès la procédure de renvoi et peuvent également être invoqués dans le cadre d'un recours contre la décision de renvoi. Lorsque l'exécution du renvoi n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible dans un avenir proche, alors l'admission provisoire est ordonnée (art. 83 LETr). Il en va de même en cas de violation potentielle du principe de non-refoulement (principe de non-refoulement; art. 9, al. 1, de la directive sur le retour).

Etant donné que le renvoi ou l'expulsion constituent une action d'exécution, c'est l'autorité chargée de l'exécution qui statue définitivement sur le report. Si, jusqu'à la nouvelle date du départ, la personne ne se trouve plus sous la protection des autorités chargées de l'exécution, alors une confirmation que le délai a été prolongé doit lui être délivrée (art. 14, al. 2, de la directive sur le retour).

Al. 4

Avant d'exécuter une décision de renvoi prononcée à l'encontre d'un mineur non accompagné, il faut s'assurer qu'il peut être remis à un membre de la famille, à des autorités de tutelle ou à une structure d'accueil dans l'Etat de retour (art. 10, al. 2, de la directive sur le retour). Cette règle correspond à la pratique en vigueur.

Art. 71a Contrôle du renvoi ou de l'expulsion

La directive sur le retour oblige les Etats Schengen à instaurer un système de contrôle du renvoi ou de l'expulsion (art. 8, al. 6, de la directive sur le retour). La directive sur le retour n'apporte pas de précisions quand à la forme de ce système.

En Suisse, le Comité d'experts « Retour et exécution des renvois » exerce depuis quelques années une fonction de surveillance, de contrôle et de pilotage dans le domaine des rapatriements forcés par la voie aérienne. Dans ce contexte, il a élaboré de nombreux instruments qui servent aujourd'hui de base dans ce domaine. Ce comité se compose d'experts du Département fédéral de justice et police (DFJP), du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et des autorités cantonales compétentes en matière de migration et de sécurité. Le Conseil fédéral réglera les tâches du comité d'experts relatives au contrôle du renvoi ou de l'expulsion au niveau de l'ordonnance.

L'engagement d'observateurs des droits de l'homme indépendants lors des rapatriements sous contrainte avait été discuté en détail au Conseil national dans le cadre des débats autour de la loi sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans

les domaines relevant de la compétence de la Confédération (LUc; RS 364). La proposition de la minorité avait été rejetée¹³.

La forme que doit prendre cette observation fait actuellement l'objet d'une évaluation par une commission de l'UE. Un rapport à ce sujet est prévu pour l'automne 2009. Par ailleurs, un comité de contact de la commission et des Etats membres de Schengen a été créé en vue de la mise en œuvre de la directive sur le retour, qui comprend également la forme de l'observation. Ces efforts visent à ce que l'observation se déroule de manière uniforme dans les Etats membres. Les résultats devront être pris en compte lors de l'élaboration définitive du message relatif à la reprise de la directive sur le retour.

Art. 74 Assignment d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée

Al. 1, let. b

Afin d'éviter le risque de fuite, la directive sur le retour prévoit la possibilité, avant même que le délai de départ soit échu, de contraindre un ressortissant d'un pays tiers à ne pas quitter un lieu déterminé (art. 7, al. 3, de la directive sur le retour). Par contre, la législation actuelle prévoit que l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée peuvent uniquement être ordonnées lorsque la personne concernée n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire (art. 74, al. 1, let. b, LEtr).

Conformément à la directive sur le retour et en complément aux autres obligations proposées dans l'art. 64d LEtr, il doit désormais être possible d'ordonner l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée visées à l'art. 74, al. 1, let. b, LEtr avant même que le délai de départ soit échu lorsque des éléments concrets laissent craindre que la personne pourrait passer à la clandestinité. Sur ce point, le projet de loi va moins loin que la directive sur le retour, laquelle permet d'ordonner l'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée de manière préventive afin d'éviter le risque de fuite ou de passage à la clandestinité.

Art. 76 Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion

Al. 2

La durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est désormais régie par l'art. 79 LEtr. Lorsque l'Office fédéral des migrations prononce une mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion dans un centre d'enregistrement et de procédure (art. 76, al. 1, LEtr), cette détention doit être comptabilisée dans la durée de détention maximale visée à l'art. 79 LEtr.

Al. 3

La directive sur le retour n'établit pas de distinction entre différents types de détention. Cependant, la formulation ouverte de l'art. 15, al. 1, de la directive permet de conserver ou d'introduire différents types de détention dans le droit national. Outre les motifs de détention mentionnés dans la directive, les Etats membres peuvent prévoir d'autres motifs dans leur droit national. Par conséquent, il n'est pas neces-

¹³ JO 2007 N 1626

saire de modifier en profondeur les mesures de contrainte fixées dans la LEtr, notamment la détention en phase préparatoire, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission.

Des adaptations s'imposent pour ce qui est de la durée de détention. La directive sur le retour fixe une limite supérieure de six mois pour la durée de la détention (art. 15, al. 5, de la directive sur le retour). La détention peut être prolongée jusqu'à 18 mois en présence d'un des motifs cités à l'art. 15, al. 6, de la directive sur le retour (pour plus de détails voir les explications sur l'art. 79 LEtr). Cette limite supérieure a force obligatoire pour tous les types de détention prévus dans le droit national et pour toutes les combinaisons de ces types de détention. Les motifs permettant de prolonger une détention ou de prononcer une détention de plus de six mois s'appliquent à tous les types de détention. Les motifs de prolongation de la détention sont désormais régis par l'art. 79 LEtr et s'appliquent à tous les types de détention.

Art. 78 Détention pour insoumission

Al. 2

Alors qu'une limite supérieure s'applique à la mise en détention et à la prolongation de la détention aussi bien dans le cas de la détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr), que dans celui de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion prononcée dans les centres d'enregistrement et de procédure (art. 76, al. 1, let. b, ch. 5, LEtr) et dans celui de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage, il est désormais prévu que, de manière similaire à la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, aucune limite supérieure propre ne s'applique à la détention pour insoumission. La durée maximale de la détention ou de la prolongation de la détention est régie par l'art. 97 LEtr. Dans un cas extrême, lorsqu'aucune détention n'a été ordonnée auparavant, la détention pour insoumission peut, comme jusqu'à présent, durer jusqu'à 18 mois. De même, la détention peut toujours être prolongée de deux mois, puis à nouveau de deux mois tous les deux mois comme le prévoit l'art. 78, al. 2, LEtr.

Art. 79 Durée maximale de la détention

Les différentes formes de détention (en phase préparatoire, en vue du renvoi ou de l'expulsion, pour insoumission) peuvent, dans certains cas, être combinées. Conformément au droit en vigueur, la durée totale de la détention ne doit pas dépasser 24 mois (art. 79 LEtr). Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, la durée maximale de détention était de douze mois en Suisse.

Par contre, en vertu de l'art. 15, al. 5, de la directive sur le retour, la durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion doit être de six mois. Il convient donc d'adapter la présente disposition en conséquence. Cette limite supérieure s'applique aussi bien à la durée globale d'un seul type de détention que de plusieurs types de détention combinés.

Une prolongation de la détention ou une nouvelle mise en détention de plus de six mois ne sont possibles qu'en cas de manque de coopération de la part de la personne concernée ou de retard dans l'obtention des documents nécessaires auprès d'Etats tiers. Ces motifs de prolongation correspondent aux motifs admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral (p.ex. ATF 130 II 56 consid. 4.1.2 et 4.1.3) en matière de

prolongation de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et au motif de prolongation de la détention pour insoumission fixé à l'art. 78, al. 2, LEtr.

La prolongation de la détention est limitée à 18 mois au total (art. 15, al. 6, de la directive sur le retour). La durée maximale de la détention possible en vertu du droit en vigueur est certes réduite de 24 à 18 mois. Cependant, la réglementation proposée permet d'ordonner une première mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion jusqu'à six mois lorsque la personne concernée n'était pas placée auparavant en détention en phase préparatoire ou en détention pour insoumission. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion constitue de loin le type de détention le plus important. 2570 détentions de ce type ont été ordonnées en 2008 sur un total de 2771 mises en détention (détentions en phase préparatoire : 60, détentions pour insoumission : 141).

La prolongation de la détention des jeunes doit rester possible jusqu'à six mois comme le permet le droit en vigueur. La directive sur le retour précise que les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne doivent être détenus qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible (art. 17, al. 1, de la directive sur le retour). La directive sur le retour ne fixant aucune limite inférieure pour la détention des jeunes, la limite de 15 ans prévue par la LEtr doit être conservée (art. 80, al. 4, LEtr).

Un sondage sur l'utilisation de la détention administrative dans le domaine des étrangers, réalisé pour les années 2007 et 2008 parmi les cantons, a montré que la détention ne durait que très rarement plus de 18 mois (moins de 1 %). Il a également fait ressortir que, dans la plupart des cas, la durée de détention nécessaire à l'exécution du renvoi a été de moins de douze mois (ancienne durée maximale). En 2008, près de 85 % des personnes ont été rapatriées après expiration de la détention administrative et la durée moyenne de détention a été de moins de 20 jours. Ces chiffres ainsi que les expériences réalisées par les autorités d'exécution dans le domaine des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers permettent d'affirmer que la réduction de la durée maximale de détention de 24 à 18 mois n'aura que peu de répercussions dans la pratique.

Art. 81 Conditions de détention

Al. 1

L'al. 1 ne contient pas de modification matérielle. Seule la formulation a été adaptée.

Al. 2

Conformément à l'art. 16, al. 1, de la directive sur le retour, la détention doit s'effectuer dans des centres de détention spécialisés. En l'absence de tels centres de détention, les ressortissants de pays tiers placés en détention doivent être séparés des prisonniers de droit commun.

L'énoncé de l'art. 81, al. 2, LEtr doit être adapté dans le sens où il ne s'agit plus uniquement d'éviter le regroupement avec des personnes en détention préventive, mais de rendre obligatoire le placement séparé. Cette adaptation correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, en l'absence d'établissements de

détention spécifiques et adaptés aux besoins des détenus relevant du droit des étrangers, ces derniers doivent être placés dans des divisions séparées de celles des autres catégories de détenus (ATF 122 II 299 ss).

Al. 3

Les art. 16 et 17 de la directive sur le retour contiennent différentes dispositions relatives à la détention des personnes à protéger, des mineurs et des familles. La directive exige notamment que les familles disposent d'un hébergement séparé qui leur garantisse une intimité adéquate. Par ailleurs, les mineurs doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisir pendant la détention administrative. Ces dispositions sont déjà largement prises en compte par les cantons lors de la détention de personnes de ces catégories et sont en partie incluses dans les législations cantonales. Par ailleurs, elles correspondent dans une large mesure à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détention administrative dans le domaine des étrangers. Il faut également ajouter que, contrairement à la directive sur le retour, la LEtr prévoit une limite d'âge inférieure fixée à 15 ans pour la détention de mineurs.

En ce qui concerne les conditions de la détention, la LEtr ne contient que peu de dispositions cadre générales car les cantons sont responsables de l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission. Par conséquent, il suffit de compléter la LEtr dans ce domaine par une disposition générale. Les besoins des personnes à protéger, des mineurs et des familles doivent être pris en compte dans l'aménagement de la détention. Les dispositions cantonales et les différentes structures de détention qui ne répondent pas encore aux exigences de la directive sur le retour doivent être adaptées dans le délai de mise en œuvre de la directive sur le retour.

4.3.2 Modification de la LAsi

Art. 45 LAsi Décision de renvoi

Les dispositions de la LAsi correspondent dans une large mesure aux exigences de la directive sur le retour. Les seules modifications requises portent sur l'art. 45 LAsi qui s'intitule désormais « Décision de renvoi ».

Al. 2

Par analogie avec l'art. 64c LEtr, le délai de départ d'au moins 7 à 30 jours prévu par la directive sur le retour doit désormais être réglé à l'échelon de la loi. Cette proposition n'entraîne aucune modification de la pratique en ce qui concerne la fixation du délai de départ. La pratique actuelle admet déjà un délai de départ minimum – délai de départ en cas de décision de non-entrée en matière – de sept jours (Directive ODM III/2). A l'avenir, l'ODM pourra continuer de fixer un délai plus long lorsque des raisons particulières telles que la durée de la procédure, des problèmes de santé ou des raisons familiales le justifient.

Al. 3

Contrairement à la procédure de renvoi relevant du droit des étrangers, chaque requérant d'asile reçoit aujourd'hui déjà, au début de la procédure d'asile, une notice

d'informations de plusieurs pages comprenant, entre autres, un chapitre sur la procédure de renvoi. Ce chapitre explique les principes fondamentaux relatifs au contenu de la décision de renvoi, aux voies de recours, à l'obligation de retour et à l'aide au retour. Cette notice d'informations est actuellement disponible en plus de 50 langues. Elle reprend également les principaux points de l'audition sur les données personnelles et de l'audition sur les motifs de la demande d'asile. Ainsi, la personne concernée est assurée de recevoir les informations nécessaires relatives à la décision de renvoi dans une langue qu'elle comprend et ce, même lorsque, à titre exceptionnel, cette décision ne peut pas lui être notifiée dans le centre d'enregistrement et de procédure. Les exigences de la directive sur le retour quand aux explications à fournir sur les principaux points de la décision de renvoi (pas sur l'ensemble de la décision d'asile) lorsque la personne concernée en fait la demande sont donc remplies. La remise de cette notice d'informations, laquelle doit éventuellement encore être complétée, doit désormais être réglée à l'échelon de la loi. Les détails concernant cette notice d'informations doivent être réglés au niveau de l'ordonnance.

5 Conséquences financières et incidences sur le personnel

5.1 Conséquences pour la Confédération

La reprise de la directive sur le retour n'entraîne pas de coûts supplémentaires pour la Confédération.

5.2 Conséquences pour les cantons

En raison de la formalisation de la procédure de renvoi, on peut estimer que la reprise de la directive entraînera des charges supplémentaires pour les cantons. Cependant, il est prévu qu'une partie des décisions de renvoi soit notifiée au moyen d'un formulaire type et qu'une décision de renvoi ne soit rendue qu'à titre exceptionnel sur demande de la personne concernée. De plus, plusieurs cantons vont devoir adapter leurs dispositions d'exécution par rapport à la LEtr (en particulier pour ce qui est des mesures de contrainte). Des aménagements seront également nécessaires où les structures de détention cantonales ne répondent pas aux exigences de la directive sur le retour.

6 Rapport avec le programme de législation

Dans le message sur le programme de la législation 2007 à 2011¹⁴, le Conseil fédéral s'est fixé pour objectif de renforcer la coopération internationale en matière de justice et de police. A cette fin, il cite plusieurs mesures nécessaires parmi lesquelles

¹⁴ FF 2008 639 680

l'adaptation du droit suisse aux futurs développements de l'acquis de Schengen. La directive sur le retour constitue un tel développement de l'acquis de Schengen¹⁵.

7 Aspects juridiques

7.1 Compatibilité avec le droit international

La reprise de la directive sur le retour est compatible avec le droit international.

7.2 Constitutionnalité

L'arrêt fédéral concernant la reprise de la directive sur le retour se fonde sur l'art. 54, al. 1, Cst., qui prévoit que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Ceci implique que la Confédération est habilitée à conclure des accords avec l'étranger. La reprise de la directive sur le retour est opérée dans le cadre d'un échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne ayant pour la Suisse valeur de traité international.

7.3 Décision d'approbation et de transposition

En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., l'approbation d'un traité international incombe en règle générale à l'Assemblée fédérale. Cependant, le Conseil fédéral est habilité à conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est spécialement attribuée par une loi fédérale ou par un traité international ou lorsqu'il s'agit de traités internationaux de portée mineure (art. 166, al. 2, Cst.; art. 7a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; LOGA¹⁶). L'échange de notes concernant la reprise de la directive sur le retour ne constitue pas un traité de portée mineure au sens de l'art. 7a, al. 2, LOGA vu que sa mise en œuvre nécessite des adaptations de la LEtr. Par ailleurs, aucune autre loi ou traité international ne confère cette compétence au Conseil fédéral.

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, lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. L'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour peut être dénoncé en vertu du régime général de dénonciation prévu dans l'accord d'association à Schengen (art. 17 AAS) et ne prévoit pas d'adhésion à une organisation internationale. Il convient également de déterminer si l'échange de notes contient des dispositions importantes fixant des règles de droit. Par dispositions fixant des règles de droit, il faut entendre, selon l'art. 22, al. 4, de la loi sur l'Assemblée fédérale (loi sur le Parlement, LParl¹⁷), les dispositions générales et abstraites d'application directe qui

¹⁵ FF 2008 7745 7748

¹⁶ RS 172.010

¹⁷ RS 171.10

créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont par ailleurs importantes, les dispositions qui en droit interne doivent, à la lumière de l'art. 164, al. 1, Cst., être édictées dans une loi au sens formel. La mise en œuvre de la directive sur le retour requiert des modifications ponctuelles de la LEtr et de la LAsi. Par conséquent, l'arrêté fédéral portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour est sujet au référendum prévu par l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. Conformément à l'art. 141a, al. 2, Cst., l'arrêté portant approbation de l'échange de notes et les modifications de la loi rendues nécessaires par la reprise de la directive sur le retour peuvent être intégrées dans le même acte législatif.