

CH_VB 2007-1045 7449 vom 24. Oktober 2007

Bundesverwaltung, 2007-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2007-1045_7449_

FR: CH_VB 2007-1045 7449 du 24 octobre 2007

IT: CH_VB 2007-1045 7449 del 24 ottobre 2007

Erwägungen

E. 24

RS 101

E. 25

RS 142.20

E. 26

RS 171.10

7463 générales et abstraites d'application directe qui 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. Le présent échange de notes prévoit la reprise intégrale du code frontières, lequel contient des dispositions directement applicables. Celui-ci règle notamment la procédure d'entrée à la frontière extérieure et prévoit, en particulier, l'obligation de rendre une décision formelle, sujette à recours. Le code frontières Schengen contient donc des dispositions fixant des règles de droit. Ces dispositions doivent, en outre, être considérées comme étant importantes dans la mesure où elles ne peuvent être édictées sur le plan national que sous la forme d'une loi au sens formel, conformément à l'art. 164, al. 1, let. c et g, Cst. Par conséquent, l'arrêté portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du code frontières est sujet au référendum en matière de traités internationaux en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. 2.6.3 Décision d'approbation et 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 LOGA27). L'échange de notes sur la reprise du code frontières Schengen ne peut pas être considéré comme un traité international de portée mineure au sens de l'art. 7a, al. 2, LOGA vu que sa mise en œuvre nécessite des adaptations de la LEtr. Aucune autre loi ni aucun traité international n'attribue la compétence de conclure un tel accord au Conseil fédéral. L'échange de notes nécessaire à la reprise du développement, de même que les modifications de la LEtr requises pour sa mise en œuvre sont soumis ensemble au Parlement, l'échange de notes pour être approuvé, les modifications légales pour être adoptées. 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 du code frontières Schengen peuvent être intégrés dans le même acte législatif. 3 Adaptations du droit national visant à la mise en œuvre complète de l'acquis de Schengen et de Dublin 3.1 Vue d'ensemble Lors des travaux de préparation aux développements de l'acquis de Schengen

mentionnés plus haut, on a constaté que certaines prescriptions du droit sur les étrangers et sur l'asile, qui avaient été adaptées suite à l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin²⁸, devaient être réexaminées et complétées. Lorsque

E. 27

RS 172.010

E. 28

FF 2004 6709

7464 la nécessité de ces adaptations est apparue, les travaux législatifs liés au droit des étrangers et de l'asile étaient déjà terminés. Aussi, afin d'éviter non seulement toute lacune lors de la mise en œuvre mais aussi un report du délai de mise en application de l'accord d'association à Schengen, il convient de traiter ces compléments en même temps que le développement de l'acquis de Schengen. Outre les adaptations à effectuer suite aux développements de l'acquis de Schengen, il y a lieu d'apporter des compléments à la LEtr, à la loi sur l'asile (LAsi)²⁹ et à la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)³⁰. Il ne s'agit pas ici de développements, mais de compléments et d'améliorations en vue de la mise en œuvre des acquis de Schengen et de Dublin, que la Suisse a déjà repris (voir le message «Accords bilatéraux II»³¹). Il n'y a ainsi pas lieu de procéder à un échange de notes supplémentaire en vue de la reprise des actes européens concernés, leur reprise étant intervenue dans le cadre des accords de base. Contrairement aux développements, auxquels s'appliquent une réglementation des délais particulière, (cf. ch. 2.1.2), les compléments doivent être intégrés dans le droit suisse au plus tard au moment de la mise en application des accords d'association à Schengen et à Dublin. Les modifications et adaptations suivantes sont proposées: – l'inscription dans la LEtr d'un type de renvoi particulier en rapport avec la procédure Dublin pour les personnes qui n'ont pas demandé l'asile en Suisse, mais qui ont déposé une demande d'asile dans un Etat Dublin; – l'inscription dans la LEtr de dispositions en vue de la mise en œuvre de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers³² (renseignements préalables concernant les voyageurs [procédure RPCV]); – l'inscription de dispositions pénales dans la LEtr en rapport avec les directives 2001/51/CE et 2004/82/CE; – la délégation au Département fédéral de justice et police (DFJP) de la conclusion d'arrangements traitant des questions d'ordre organisationnel et technique en matière de réadmission des propres ressortissants; – une procédure conforme à Dublin dans la LAsi pour les demandes d'asile à la frontière, dans les zones frontalières, à l'aéroport ou dans le pays; – l'inscription d'une base légale permettant de déléguer à des tiers le traitement de données biométriques; – la création de bases légales dans la LDEA permettant d'utiliser le nouveau système d'information central sur la migration (SYMIC) également pour des tâches liées à l'application des accords d'association à Schengen et à Dublin.

E. 29

RS 142.31

E. 30

RS 142.51

E. 31

FF 2004 5593

E. 32

JO L 261 du 6.8.2005, p. 24

7465 3.2 Adaptation de la LEtr 3.2.1 Renvoi facilité (procédure Dublin) 3.2.1.1 Remarques préliminaires Par son association à Dublin, la Suisse reprend le principe selon lequel un seul Etat est responsable de l'examen d'une demande d'asile dans l'espace Dublin (art. 1 du règlement Dublin)³³. Cette terminologie européenne est traduite différemment au niveau national, par Etat compétent pour mener la procédure d'asile. La Suisse devra examiner lors du dépôt d'une demande d'asile d'un ressortissant d'un pays tiers, soit d'un pays qui n'est lié par aucun des accords d'association à Dublin³⁴, si elle est responsable du traitement de la demande d'asile selon les critères prévus par le règlement Dublin. L'ODM consulte alors notamment la banque de données d'empreintes digitales Eurodac³⁵ afin de vérifier si la personne a déjà déposé une demande d'asile dans un autre Etat Dublin. S'il apparaît qu'un autre Etat Dublin est responsable de l'examen de la demande d'asile, la personne peut être reconduite dans cet Etat. Le règlement Dublin (art. 16) distingue la prise en charge de la reprise en charge. La prise en charge résulte de la situation où l'application des critères Dublin fait naître la responsabilité d'un autre Etat Dublin que celui dans lequel la demande a été déposée. La reprise en charge signifie que «l'Etat de premier asile» est obligé de «reprendre» la personne concernée en vue de l'exécution de la procédure d'asile ou de renvoi lorsqu'elle s'est rendue dans un autre Etat Dublin après l'ouverture de la procédure d'asile. Le terme «Etat de premier asile» désigne l'Etat Dublin qui a été le premier à traiter la demande d'asile, que cette dernière ait été retirée, rejetée ou soit en cours d'examen.

E. 33

Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25.2.2003, p. 1).

E. 34

- Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (FF 2004 6103);
- Accord du 17 décembre 2004 entre la Confédération suisse, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur la mise en œuvre, l'application et le développement de l'acquis de Schengen et sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite en Suisse, en Islande ou en Norvège (FF 2004 6117);
- Protocole du ... relatif à l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre, en Suisse ou dans la Principauté du Liechtenstein [Protocole concernant le Danemark] [titre provisoire] (RS ...);

– Protocole du ... entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Suisse et la Principauté du Liechtenstein relatif à l'adhésion de la Principauté du Liechtenstein à l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse [titre provisoire] (RS ...).

E. 35

Règlement (CE) 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin (JO L 316 du 15.12.2000, p. 1).

7466 Hors du cadre du dépôt d'une demande d'asile en Suisse, l'application des règlements Dublin et Eurodac permet le renvoi d'une personne sans droit de séjour (séjour illégal) en Suisse à destination d'un Etat Dublin. Il s'agit des personnes qui ont déposé précédemment une demande d'asile dans un autre Etat Dublin (cas de reprise en charge). Aucune base légale établissant la compétence pour le prononcé de ce renvoi ne figure actuellement dans la LEtr (FF 2005 6885). C'est pourquoi il faut la compléter par l'art. 64a LEtr. 3.2.1.2 Commentaire de la disposition (art. 64a LEtr) Avec le système institué par Dublin, les cantons auront la possibilité de s'adresser à l'ODM qui peut procéder à une comparaison Eurodac pour les personnes en situation irrégulière qui ne déposent pas de demande d'asile en Suisse. Pour ce faire, les conditions de l'art. 11, ch. 1, du règlement Eurodac doivent être remplies³⁶. Si l'ODM constate que ces conditions sont satisfaites, il pourra alors procéder à une demande de comparaison d'empreintes Eurodac à l'unité centrale de la Commission de l'UE. En cas de réponse Eurodac positive, une demande de reprise en charge auprès de l'Etat Dublin concerné peut être engagée par le bureau Dublin de l'ODM. Une reprise en charge peut avoir lieu lorsque la personne séjournant illégalement en Suisse a déposé une demande d'asile en cours d'examen dans un autre Etat ou si elle a fait l'objet d'une décision négative en matière d'asile exécutoire dans un autre Etat Dublin (art. 16, ch. 1, let. c et e, règlement Dublin). Ces obligations de reprise en charge cessent néanmoins si la personne a quitté le territoire des Etats Dublin pendant au moins trois mois. Lorsqu'une procédure d'asile a été menée à son terme dans un autre Etat Dublin, l'obligation de reprise en charge cesse en outre dès que cet Etat a pris et effectivement mis en œuvre les dispositions nécessaires pour que la personne concernée se rende dans son pays d'origine ou dans un autre pays où elle peut se rendre légalement (art. 16, ch. 4, règlement Dublin). Si l'Etat Dublin responsable accepte la reprise en charge, il est opportun que l'ODM prenne une décision de transfert conformément à l'art. 20, ch. 1, let. e, du règlement Dublin. En droit suisse, cette notion se traduit par le terme de renvoi (cf. art. 64 LEtr). Cette décision doit être notifiée à l'intéressé et motivée. Ainsi la compétence décisionnelle qui appartient actuellement aux cantons pour les personnes en situation irrégulière est transférée à la Confédération (al. 1). Ceci permettra une procédure centralisée et une pratique uniforme dans toute la Suisse. Le renvoi sera en outre immédiatement exécutoire. Les cantons auront la possibilité de s'adresser à l'ODM en vue d'initier cette procédure. Cela ne signifie pas que la reprise en charge par un autre Etat Dublin sera possible dans tous les cas. Par ailleurs, la procédure Dublin peut durer un certain

E. 36

L'art. 11 du règlement Eurodac prévoit qu'il y a lieu de vérifier si un étranger n'a pas auparavant présenté une demande d'asile dans un autre Etat membre lorsque:

- a) il déclare qu'il a présenté une demande d'asile mais n'indique pas l'Etat membre dans lequel il l'a présentée.
- b) il s'oppose à son renvoi dans son pays d'origine en faisant valoir qu'il s'y trouverait en danger bien qu'il ne demande pas l'asile.
- c) il fait en sorte d'empêcher d'une autre manière son éloignement en refusant de coopérer à l'établissement de son identité, notamment en ne présentant aucun document d'identité ou en présentant de faux documents d'identité.

7467 temps, même en cas de réponse positive à une consultation d'Eurodac. Il peut donc s'avérer nécessaire et judicieux que le canton prépare voire effectue le renvoi dans l'Etat d'origine ou de provenance pendant la procédure Dublin, si le rapatriement peut ainsi être exécuté plus rapidement et efficacement. Dans ce cas, la procédure Dublin devient alors caduque. La décision de renvoi prononcée par l'ODM est susceptible d'un recours qui n'a pas d'effet suspensif (al. 2). Cela correspond à ce que prévoit l'art. 20, ch. 1, let. e, du règlement Dublin, qui laisse cependant au droit interne la faculté de prévoir expressément la possibilité, pour le juge, de restituer cet effet. La loi sur l'asile connaît une disposition analogue dans le cas où l'ODM prononce une décision de non-entrée en matière et de renvoi à destination d'un Etat Dublin (art. 107a LAsi; voir le message «Accords bilatéraux II», FF 2004 6049). En outre, les recours touchant à l'application de ce transfert Dublin seront tous traités de manière centrale par le Tribunal fédéral administratif. Ainsi les tribunaux cantonaux ne sont pas confrontés à la mise en œuvre du règlement Dublin et ceci permet d'éviter le risque que les cantons appliquent des pratiques divergentes. Il convient enfin de préciser que les personnes sans droit de séjour concernées par ce renvoi relèvent exclusivement de la compétence financière des cantons (al. 3). Les cantons restent tenus de fournir l'aide sociale ou l'aide d'urgence (art. 12 Cst.). Cette précision est conforme à la loi fédérale du 24 juin 1977 en matière d'assistance³⁷, qui prévoit à son art. 21 que lorsqu'un étranger séjournant en Suisse sans y être domicilié a besoin d'une aide immédiate, il incombe au canton de séjour de la lui accorder. Par ailleurs, les cantons restent comme c'est le cas aujourd'hui compétents pour l'exécution du renvoi.

3.2.2 Procédure RPCV

3.2.2.1 Remarque préalable

L'arrêté fédéral du 17 décembre 2004³⁸ ne transpose que partiellement la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers³⁹ dans le droit des étrangers. La directive 2004/82/CE vise en premier lieu à lutter de manière plus efficace contre la migration illégale. Elle enjoint les Etats Schengen d'édicter les prescriptions requises au niveau national en matière d'annonce. En vertu de la directive, les éléments suivants doivent être prévus dans une loi formelle: l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer certaines données, le cercle des personnes concernées (tous les passagers, quelle que soit leur nationalité, même les Suisses), les sanctions en cas d'omission fautive ou de transmission de données incomplètes ou fausses, et le montant maximal de l'amende. Les nouvelles dispositions proposées dans la LEtr (art. 104 et 120b LEtr) viennent combler ces lacunes. Les entreprises de transport sont tenues, en vertu de la directive, de communiquer, avant l'arrivée de l'avion, aux organes responsables du contrôle à la frontière, cer-

E. 37

RS 851.1

E. 38

FF 2004 6709

E. 39

JO L 261 du 6.8.2004, p. 24.

7468 taines données relatives aux passagers («renseignements préalables concernant les voyageurs», RPCV, ou «Advance Passenger Information», API) 40. Le fait que les autorités responsables du contrôle disposent des données relatives aux passagers avant leur arrivée peut faciliter et accélérer le déroulement des vérifications aux frontières. En outre, la procédure RPCV permet d'améliorer l'efficacité des contrôles aux frontières et d'optimiser l'utilisation des ressources humaines limitées en concentrant les efforts sur les aspects prioritaires. L'art. 111c LEtr⁴¹ dans la formulation de l'arrêté fédéral portant approbation des accords bilatéraux (FF 2004 6042) correspond à l'art. 104 LEtr actuel. Il régit l'échange de données dans le cadre du devoir de diligence et de prise en charge des entreprises de transport. Cette disposition ne permet pas d'appliquer la directive 2004/82/CE concernant l'obligation d'annonce des entreprises de transport aérien. C'est pourquoi un nouvel art. 104 LEtr est proposé.

3.2.2.2 Commentaire de la disposition (Art. 104 LEtr)

La directive 2004/82/CE laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats membres. Elle n'ordonne pas la communication systématique des données sur tous les passagers transportés, mais elle n'exclut pas un tel principe. En effet, l'art. 3, al. 1, de la directive prescrit uniquement de transmettre les données sur demande et à des fins de contrôle des personnes aux frontières extérieures. Cette obligation d'annonce ne s'applique pas aux vols intérieurs à l'Espace Schengen. La situation actuelle n'exige pas la communication systématique de toutes les données sur les passagers transportés en Suisse en provenance d'un Etat non-membre de l'Espace Schengen. Pour permettre des contrôles aux frontières efficaces, il suffit de soumettre à l'obligation d'annonce les entreprises qui transportent en Suisse des passagers en partance d'endroits représentant un risque particulier de migration illégale. L'art. 3, al. 2, de la directive 2004/82/CE énumère les renseignements devant être transmis à l'avance par une entreprise de transport. Cette liste n'est pas exhaustive. Les Etats membres sont en principe libres d'introduire des obligations supplémentaires⁴². Toutefois, toute obligation supplémentaire alourdit la procédure de prise en charge des passagers. Pour cette raison, la France et l'Autriche, par exemple, qui ont déjà adapté leur loi en la matière, exigent exclusivement les catégories de données énumérées dans la directive. Par ailleurs, il y a lieu de veiller à ce que les entreprises de transport ne doivent pas utiliser plusieurs systèmes d'information pour satisfaire

E. 40

Les procédures RPCV ne doivent pas être confondues avec l'accès aux données PNR (Passenger Name Record) qui sont recueillies par les entreprises de transport aérien et les agences de voyage en marge de leur service de réservations. Certains Etats exigent de consulter les données PNR dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et les délits graves (cf. à ce sujet les accords que la Suisse a conclu avec les USA les 22 décembre 2004, 4 et 29 mars 2005, et avec le Canada le 17 mars 2006). L'accès systématique aux données PNR constitue une atteinte significative à la sphère privée. Il ne serait pas justifié d'appliquer une telle mesure uniquement au titre de la prévention de la migration illégale. Elle serait de plus en contradiction avec les principes de la proportionnalité et de l'opportunité. En revanche, les autorités compétentes peuvent, dans un cas d'espèce, exiger de pouvoir consulter la

liste des passagers d'une entreprise de transport aérien à des fins de vérification de l'identité et d'établissement des faits.

E. 41

FF 2005 6933

E. 42

Cf. considérant (8) de la directive 2004/82/CE.

7469 aux différentes obligations de chaque Etat. Diverses dispositions et recommandations internationales ont été édictées, notamment par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC), l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et par l'Association du Transport aérien international (IATA), dans le but d'uniformiser la saisie et la communication des données. L'art. 104, al. 1, LETr prévoit que l'ODM détermine, après consultation des entreprises de transport aérien, pour quelles liaisons aériennes les renseignements mentionnés dans la directive 2004/82/CE doivent être fournis à l'avance. Ceci doit améliorer l'exécution des vérifications aux frontières et permettre de lutter plus efficacement contre l'entrée et le transit clandestins. Conformément à l'objectif de la directive, il s'agit de vols en provenance d'aéroports connus comme points de départ de migration illégale. Ces endroits changeant fréquemment, il n'est pas possible d'inscrire dans la loi ou dans une ordonnance une liste exhaustive des vols et des aéroports de départ. En collaboration avec les autorités chargées du contrôle dans les aéroports suisses qui constituent une frontière extérieure Schengen et les entreprises de transport aérien concernées, l'ODM analysera les risques en matière de migration à intervalles réguliers et prendra alors les mesures qui s'imposent, compte tenu des possibilités techniques et de la sécurité des données au niveau local. L'al. 1 prévoit en outre que les données personnelles relatives aux passagers transportés doivent être communiquées à un organe central déterminé par l'ODM. En effet, la collecte centralisée des données par l'ODM permettra de mettre en œuvre une recommandation de la Conférence européenne de l'aviation civile⁴³. Au vu des connaissances actuelles, il semble judicieux que les renseignements soient communiqués par voie électronique à un organe central qui se charge de les transmettre aux autorités qui effectuent les contrôles aux frontières. On ne dispose pratiquement pas, à l'heure actuelle, des expériences des autres Etats Schengen. En vertu de l'al. 2, les entreprises de transport aérien sont tenues d'annoncer à l'organe désigné par l'ODM uniquement les renseignements prévus dans la directive. Ces données sont suffisantes pour contrôler la migration de manière efficace dans les aéroports. Par conséquent, on renonce à exiger des renseignements supplémentaires. L'al. 3 prévoit, conformément à la directive, l'obligation de l'entreprise de transport d'informer les passagers concernés de la communication de leurs données. En vertu de l'al. 4, l'ODM est habilité à conclure des conventions avec les entreprises de transport aérien en vue de régler les détails techniques permettant une procédure d'annonce appropriée et sûre. L'al. 5 prescrit l'effacement, par l'entreprise de transport soumise à l'obligation d'annonce, des données relatives aux passagers, de manière conforme à la directive. Selon l'al. 6, l'organe désigné par l'ODM doit mettre à la disposition des autorités chargées des contrôles aux frontières extérieures les données sur les passagers (cf. art. 6 de la directive 2004/82/CE). Le mode de transmission de ces données et leur traitement de manière conforme à la directive ne peuvent toutefois pas encore être déterminés. Les bases techniques nécessaires sont en cours d'élaboration.

L'expé-

E. 43

Cf. The European Civil Aviation Conference Magazine, number 32, printemps 2006, p. 27; Déclaration de principes sur les systèmes de renseignements préalables concernant les voyageurs, ch. 5. viii).

7470 rience en la matière des Etats Schengen est d'ailleurs presque inexistante, très peu d'Etats ayant mis en œuvre cette directive. L'al. 6 prévoit finalement, en conformité avec la directive 2004/82/CE, que les données soient uniquement enregistrées de manière temporaire et effacées dans les 24 heures suivant leur communication, sauf si les autorités en ont directement besoin pour une procédure de pénale ou administrative (LEtr, LAsi) ou à des fins statistiques, sous forme anonyme. La sanction prévue dans la directive 2004/82/CE est mise en œuvre par le nouvel art. 120b LEtr (cf. ch. 3.2.3.3).

3.2.3 Dispositions pénales applicables aux entreprises de transport

3.2.3.1 Remarque préliminaire

En prévision de la mise en application de la directive 2004/82/CE, la disposition pénale prévue dans la LEtr sur la mise en œuvre des «carrier sanctions» (art. 94 LEtr) a fait l'objet d'un examen. Celui-ci a révélé que cette disposition n'était pas conforme aux nouvelles dispositions de la partie générale du code pénal (CP)⁴⁴, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Par conséquent, il y a lieu d'abroger l'art. 94 LEtr et de le remplacer par le nouvel art. 120a LEtr. La nouvelle disposition pénale sur l'obligation d'annonce des entreprises de transport aérien (art. 120b LEtr) doit également tenir compte de la partie générale révisée du CP. Il s'agit pour l'essentiel d'adaptations formelles relevant du droit pénal et de la procédure pénale (applicabilité du droit suisse à des infractions commises à l'étranger, responsabilité de l'entreprise de transport en tant que personne morale, compétence de la Confédération en matière de poursuite pénale).

3.2.3.2 Violation du devoir de diligence des entreprises de transport (art. 120a LEtr)

Cette disposition reprend pour l'essentiel la réglementation prévue jusqu'ici à l'art. 94 LEtr en relation avec l'art. 127 LEtr. Suite à un réexamen du contenu de la directive 2001/51/CE⁴⁵, une nouvelle solution, mieux adaptée aux principes généraux du droit pénal suisse, a été adoptée concernant le montant de la sanction. Ainsi, au lieu d'infliger une amende relativement basse lorsqu'un passager n'est pas muni des documents requis (ce qui contrevient au principe de la culpabilité), conformément à la lettre de la directive, une amende maximale de un million de francs est prévue. Ce montant pouvait effectivement être atteint en application de l'ancien art. 94 LEtr, pour autant qu'un tel jugement se fonde sur un nombre suffisamment élevé de passagers ne disposant pas des documents requis (par ex. un avion de 200 passagers). Cependant, le montant de l'amende ne sera avec cette nouvelle disposition plus déterminé indépendamment des circonstances et uniquement selon le nombre de passagers ne disposant pas des documents requis, mais dans chaque cas d'espèce, en fonction du degré de la faute (les bases de calcul se définissent néanmoins selon la directive). Une amende plus élevée sera par exemple prononcée, lorsqu'une

E. 44

RS 311.0

E. 45

JO L 187 du 10.7.2001, p. 45

7471 entreprise transporte en toute connaissance de cause des passagers ne disposant pas des documents nécessaires ou lorsqu'elle ne respecte pas, de manière réitérée son devoir de diligence, et ce malgré un avertissement. Cette amende élevée vise, à l'instar de l'art. 117, al. 2, LEtr (emploi d'étrangers sans autorisation), un effet préventif général. Le montant maximal d'un million de francs ne peut être considéré comme trop élevé en comparaison avec les amendes prévues par le code pénal qui peuvent atteindre cinq millions de francs pour les entreprises (art. 102 CP) et 1 080 000 francs pour les personnes physiques (art. 34 CP).

3.2.3.3 Violation de l'obligation d'annonce des entreprises de transport aérien (art. 120b LEtr) La possibilité dont dispose l'ODM de prononcer une amende administrative en cas de violation coupable de l'obligation d'annonce doit, comme dans le cas similaire des «carrier sanctions» (art. 120a LEtr), être réglée à l'art 120b LEtr. Pour des raisons de systématique, cette amende administrative qui se fonde sur la directive 2004/82/CE, doit être introduite dans les dispositions pénales prévues dans la LEtr. L'al. 1 détermine le montant de l'amende. Cette amende peut être comparée aux «carrier sanctions» (art. 120a LEtr). C'est pourquoi, nous renvoyons aux commentaires de cette disposition. De plus, l'al. 3 précise dans quelles conditions une entreprise de transport peut être accusée d'avoir violé intentionnellement l'obligation d'annonce. Cette définition correspond à la réglementation prévue par le code pénal quant à la responsabilité primaire des entreprises (art. 102, al. 2 CP). A cet égard, il y a lieu de préciser que les art. 120a et 120b LEtr, qui prescrivent des sanctions directes à l'encontre des entreprises, priment la disposition sur la responsabilité pénale de l'entreprise qui, en règle générale, ne prévoit qu'une punissabilité subsidiaire de l'entreprise (cf. art. 102, al. 1, CP). De même, l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA)⁴⁶ n'est pas applicable vu que les art. 120a et 120b LEtr permettent, dans tous les cas, de poursuivre directement la personne morale. Par conséquent, l'art. 6 DPA ne s'applique pas non plus.

3.2.3.4 Dispositions communes relatives aux sanctions prises à l'encontre des entreprises de transport (art. 120c LEtr) L'art. 120c contient les règles de procédure pénale qui s'appliquent lorsque des sanctions sont prises à l'encontre des entreprises de transport en vertu de l'art. 120a («carrier sanctions») ou 120b (obligation d'annonce). Il faut souligner que les entreprises de transport peuvent être punies en Suisse pour toutes les infractions pénales au devoir de diligence ou à l'obligation d'annonce, même si les infractions sont commises à l'étranger. Une norme spéciale est ainsi créée, en complément du nouvel art. 6 CP qui ne prévoit d'appliquer qu'à certaines conditions des sanctions pour une infraction commise à l'étranger, que la Confédéra-

E. 46

RS 313.0

7472 tion, en vertu d'un traité international, s'est engagé à poursuivre. L'art. 120c, al. 1, LEtr permet de renoncer notamment à la condition de la double incrimination qui, dans le présent contexte, ne devrait en principe pas se présenter. Si la violation du devoir de diligence ou de l'obligation d'annonce au sens des art. 120a et 120b LEtr devait tout de même être punissable, à titre exceptionnel, dans le pays où l'infraction a été commise, il conviendrait alors de tenir compte en Suisse d'un jugement étranger pertinent (renvoi à l'art. 6, al. 3 et 4 CP). La représentation de l'entreprise en cas de procédure pénale est régie par l'art. 102a CP. Les délais de prescription prévus satisfont également aux dispositions générales du code pénal en matière de prescription. D'autres mesures au sens de l'art. 4, ch. 2, de la directive 2004/82/CE, ont également été examinées. La question de l'opportunité

de conférer le droit aux autorités d'exécution de confisquer des valeurs patrimoniales en vue de l'exécution d'une amende prononcée à l'encontre d'une entreprise domiciliée à l'étranger s'est posée. Or, cela n'est pas nécessaire car le séquestre des biens du débiteur peut être demandé en vertu de l'art. 271, ch. 4 de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite⁴⁷. Il serait aussi envisageable, dans les cas graves, de retirer aux compagnies aériennes l'autorisation d'atterrissage en Suisse et aux entreprises de transport leur autorisation ou leur concession. Pareilles mesures ne sont pas adoptées pour l'instant. Elles pourront toujours l'être ultérieurement, si elles se révèlent nécessaires suite à l'expérience réalisée après l'introduction des sanctions prévues ici.

3.2.3.5 Poursuite pénale (art. 120d LEtr) L'organisation de la procédure d'entrée et des contrôles aux frontières est du ressort de la Confédération. L'office responsable de ce domaine sera donc chargé d'infliger ces amendes. Il est par conséquent justifié de prévoir une procédure conforme aux dispositions de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁴⁸ (al. 2).

3.2.4 Délégation au DFJP 3.2.4.1 Remarque préliminaire Cette délégation a été introduite au niveau de l'ordonnance en 2006 (art. 4a de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)⁴⁹ et rapport sur la procédure de consultation⁵⁰). Cette compétence doit, conformément au principe de la légalité, être fixée dans une loi au sens formel. La présente révision touchant au droit international (mise en œuvre de l'acquis de Schengen et de Dublin) est l'occasion de reprendre cette réglementation dans la LEtr.

E. 47

RS 281.1

E. 48

RS 313.0

E. 49

RS 142.281

E. 50

Disponible sur le site Internet de l'ODM: www.bfm.admin.ch.

7473 3.2.4.2 Commentaire de la disposition (art. 100 LEtr) La présente norme de délégation habilite le DFJP à conclure, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), des arrangements avec des autorités étrangères concernant des questions organisationnelles et techniques liées à la réadmission des ressortissants du propre pays. La conclusion de ces arrangements techniques ne peut avoir lieu qu'avec l'assentiment du DFAE. En revanche, l'exécution des tâches qui leur sont liées ainsi que leur mise en œuvre proprement dite restent du ressort du DFJP. L'entrée en vigueur de l'art. 100, al. 5, LEtr n'implique aucune modification matérielle. Comme jusqu'à présent, des arrangements de ce type ne peuvent être conclus que jusqu'à la conclusion d'un accord de réadmission au sens du par. 2, let. b, du même article. Ces arrangements ne sauraient toutefois se substituer aux accords de réadmission. Ils concernent uniquement l'organisation du rapatriement (par ex. des auditions communes, la compétence en matière d'établissement de documents de voyage, etc.) ainsi que les modalités relatives à l'octroi de l'aide au retour et à la réintégration. Ces réglementations organisationnelles ne contiennent pas de dispositions matérielles quant à l'établissement de l'identité ou quant à une obligation de réadmission des propres ressortissants du pays concerné. La réadmission ou le transit de ressortissants

de pays tiers n'y sont pas non plus inclus. La conclusion de ces arrangements présuppose que l'autre partie donne des assurances satisfaisantes concernant sa compétence de conclure ces accords, un standard minimal de protection des droits de l'homme et la protection des données personnelles. Les modifications apportées aux alinéas 2 à 4 sont purement linguistiques. Elles répondent à un souci d'unité de la terminologie de l'art. 100, au vu de la pratique et des instruments utilisés.

3.3 Adaptation de la LAsi

3.3.1 Demande d'asile à la frontière (art. 21 LAsi)

Selon l'art. 3 du règlement de Dublin⁵¹, toute demande d'asile à la frontière ou sur le territoire suisse de la part d'un ressortissant d'un pays-tiers (pays non lié par les accords d'association à Dublin) devra faire l'objet d'un examen visant à déterminer quel est l'Etat Dublin responsable de l'examen de la demande d'asile. La demande d'asile est examinée par un seul Etat membre, qui est celui que les critères énoncés au ch. III du règlement désignent comme responsable. La Suisse est ainsi tenue dans les cas susmentionnés d'examiner sa compétence pour le traitement de la demande d'asile. Dès lors, la pratique actuelle qui consiste à renvoyer de manière informelle, soit sans émettre de décision, les demandeurs interceptés à la frontière ou dans la zone frontalière, sur la base des accords de réadmission, n'a plus lieu d'être.

51 Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25 février 2003, p. 1).

7474 L'art. 21, al. 1, LAsi prévoit ainsi que, dans les cas de demande d'asile à la frontière, en zone frontalière, ou sur le territoire suisse, les autorités compétentes doivent en règle générale assigner le requérant à un centre d'enregistrement. Les exceptions à ce principe ne peuvent être énoncées exhaustivement dans la loi. On peut citer ici l'art. 8, al. 3 et 4, de l'ordonnance 1 sur l'asile⁵² à titre d'exemple. Si une personne se trouve en détention et dépose une demande d'asile, elle doit s'adresser aux autorités cantonales. Il en va de même pour les enfants de moins de 14 ans qui rejoignent leurs parents en Suisse. L'art. 21, al. 2, LAsi précise que l'ODM vérifie si, en vertu des dispositions des accords d'association à Dublin, il est compétent pour mener la procédure d'asile. L'art. 3 du règlement Dublin parle de «ressortissant de pays tiers», soit d'un pays non lié par les accords d'association à Dublin. L'art. 21, al. 1, LAsi est théoriquement aussi applicable à un ressortissant d'un pays membre de l'UE qui demanderait l'asile. Les demandeurs d'asile sont conduits à un centre d'enregistrement notamment en raison de la durée de la procédure de détermination de l'Etat membre responsable (art. 21, al. 2). Cette procédure ne peut être menée à la frontière. Si la comparaison d'empreintes digitales via Eurodac s'effectue rapidement, en règle générale dans les 24 heures⁵³, la décision quant à la prise en charge ou la reprise en charge peut nécessiter, selon les circonstances, plusieurs mois. Sur la base des résultats d'Eurodac ou d'autres critères prévus par le règlement Dublin, une demande de prise en charge ou de reprise en charge doit être initiée auprès de l'Etat Dublin que la Suisse estime compétent. La réponse à une demande de prise en charge peut prendre au maximum 2 mois dans un cas non urgent⁵⁴. Dans un cas où l'urgence est invoquée, le délai de réponse est d'une semaine à un mois. Une réponse à une demande de reprise en charge peut prendre quant à elle au plus un mois⁵⁵. Il est possible de conclure des arrangements administratifs bilatéraux, afin de faciliter la mise en œuvre du règlement Dublin (art. 23 règlement Dublin). De tels arrangements pourraient notamment permettre d'accélérer la procédure de prise en charge ou de reprise en charge lorsqu'une demande d'asile est déposée dans la

zone fron- tière. Cependant, rien ne changerait pour la Suisse car elle ne dispose pas des infras- tructures requises à la frontière terrestre (possibilités d'hébergement et de procéder à des auditions) pour y mener une procédure Dublin. Après déroulement de la procédure Dublin, l'ODM saura quel Etat est compétent pour traiter la demande. Il sera en mesure soit de prononcer une décision de non- entrée en matière avec renvoi à destination d'un autre Etat Dublin, soit de traiter la demande sur la base du droit interne (décision matérielle ou non-entrée en matière) quand la Suisse est compétente. Actuellement, l'art. 21 LAsi règle également les conditions d'entrée lors d'une demande d'asile à l'aéroport. Ce ne sera plus le cas. L'art. 22 LAsi traitera exclusi- vement de la demande d'asile déposée à l'aéroport et du refus provisoire d'entrée dans ce cadre.

52 RS 142.311 53 Message «Accords bilatéraux II»; FF 2004 5741. 54 Art. 18 règlement Dublin. 55 Art. 20 règlement Dublin.

7475 3.3.2 Procédure à l'aéroport 3.3.2.1 Remarque préliminaire La procédure Dublin (incluant une comparaison d'empreintes Eurodac, puis, le cas échéant, une procédure de prise ou de reprise en charge) peut également être menée à l'aéroport. Avec l'art. 22 de la loi sur l'asile révisée (modification du 16 décembre 2005), l'ODM est en mesure de prendre toute décision en matière d'asile, que ce soit de non-entrée en matière ou matérielle, à l'aéroport. Un refus provisoire d'entrer est prononcé lorsqu'on ne peut déterminer si les conditions d'obtention d'une autorisa- tion d'entrée sont remplies. Dans ce cas, le requérant est assigné à l'aéroport. Une décision en matière d'asile doit cependant être notifiée dans les 20 jours suivant le dépôt de la demande. Si la procédure est plus longue, l'ODM attribue le requérant à un canton⁵⁶. L'entrée en Suisse d'un demandeur d'asile doit dans tous les cas être autorisée à l'échéance du délai légal permettant la rétention à l'aéroport. Dans la LAsi, ce délai est de 60 jours pour toute la procédure, y compris la procédure de recours⁵⁷. Dans l'optique de l'entrée en vigueur de Dublin, la procédure à l'aéroport doit subir plusieurs adaptations. 3.3.2.2 Commentaires de la disposition (art. 22 LAsi) Saisie des empreintes digitales L'art. 22, al. 1, LAsi prévoit le prélèvement systématique des empreintes digitales des demandeurs d'asile. A cet égard, il convient de souligner que l'art. 99, al. 1, LAsi, dans la version de l'arrêté fédéral portant approbation des accords bilatéraux (FF 2004 6046), s'applique également à la procédure à l'aéroport. Les exceptions prévues par le Conseil fédéral en matière de prélèvement des empreintes digitales pour les mineurs âgés de moins de 14 ans sont par conséquent, elles aussi, applica- bles à l'aéroport. Compétence selon Dublin Lors du dépôt d'une demande d'asile d'un ressortissant d'un Etat tiers à l'aéroport, la Suisse examine quel est l'Etat responsable du traitement de la demande en appli- cation du règlement Dublin. La procédure Dublin doit être engagée immédiatement à l'aéroport, lors du dépôt de la demande d'asile. En conséquence, l'al. 1bis précise que l'ODM vérifie sa compétence en application des accords d'association à Dublin. Si le demandeur peut être transféré à un autre Etat Dublin, une décision de non- entrée en matière Dublin, sera prononcée à l'aéroport (cf. art. 34, al. 2, let. d, LAsi). La Suisse peut néanmoins toujours choisir de mener la procédure d'asile, même si un autre Etat Dublin serait en fait l'Etat responsable de l'examen de la demande (cf. art. 3, al. 2 règlement Dublin).

56 Art. 23, al. 2, LAsi; FF 2005 6943. 57 Message concernant la modification de la loi sur l'asile du 4 septembre 2002; FF 2002 6394.

7476 Conditions d'entrée L'al. 1ter énonce les conditions auxquelles une autorisation d'entrée en Suisse est octroyée. L'entrée ne sera autorisée que lorsque la Suisse arrive à la conclusion qu'elle est responsable du traitement de la demande d'asile selon les critères du

règlement Dublin. Il s'agit d'une condition nécessaire. Si la Suisse n'arrive pas à cette conclusion, le requérant sera assigné à l'aéroport. Il faut en outre, qu'une des deux conditions alternatives suivantes soit remplie afin que l'autorisation d'entrée soit prononcée : – la personne semble être exposée à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'art. 3, al. 1, LAsi, ou menacée de traitements inhumains dans le pays d'où elle est directement arrivée. dans ce cas, la personne est menacée dans le pays d'où elle est arrivée. Il est cependant aussi possible que la personne soit en danger car le pays d'où elle est directement arrivée peut la renvoyer dans un autre Etat dans lequel elle est menacée. C'est pourquoi la condition alternative suivante est prévue: – la personne rend vraisemblable que le pays d'où elle est arrivée directement l'obligerait, en violation de l'interdiction du refoulement, à se rendre dans un pays où elle semble être exposée à un danger. Ces deux conditions alternatives correspondent à l'actuel art. 21, al. 1, let. b, et 2, let. a, LAsi. Avec la mention expresse des accords d'association à Dublin dans l'al. 1bis, le renvoi à la compétence de la Suisse pour traiter la demande d'asile en vertu d'une convention n'a plus de raison d'être (art. 21, al 2, let. b, du droit en vigueur). Contrairement à ce qui est prévu dans la réglementation actuelle, une personne demandant l'asile ne pourra à l'avenir plus entrer directement sur le territoire suisse à l'aéroport même si elle possède les pièces de légitimation (passeport ou visa) nécessaires pour entrer en Suisse (art. 21, al. 1, let. a LAsi). Il convient, sur la base de la procédure Dublin, d'interdire provisoirement l'entrée de ces personnes afin de déterminer si la Suisse est compétente pour traiter la demande d'asile selon le règlement Dublin. A l'avenir, l'Etat qui aura délivré un visa Schengen à un demandeur d'asile sera responsable du traitement de la demande (art. 9 règlement Dublin). De plus, le titulaire d'un visa qui dépose une demande d'asile peut voir son visa immédiatement révoqué (art. 15 de l'ordonnance concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée des étrangers, OEArr)⁵⁸. Il ne serait alors plus en possession d'un document valable permettant son entrée en Suisse. Il convient de rappeler que les personnes provenant de l'Union européenne sont autorisées à entrer en Suisse sur la base de l'Accord sur la libre circulation des personnes⁵⁹. Le fait qu'elles déposent une demande d'asile n'a pas d'influence sur ce point. Refus provisoire d'entrée L'art. 22, al. 2, LAsi renvoie actuellement à l'art. 21 LAsi qui fixe les conditions d'entrée en cas de demande d'asile déposée à l'aéroport. Or, l'art. 21 LAsi traitera

58 RS 142.211. L'art. 15 OEarr correspond à l'art. 17 de la nouvelle ordonnance sur la procédure d'entrée et de visas (OPEV). 59 RS 0.142.112.681

7477 désormais uniquement de la demande d'asile à la frontière, lors d'une interception après une entrée illégale, ou sur le territoire suisse. Il n'y a donc plus lieu d'y faire référence. Il convient par contre de faire un renvoi au nouvel al. 1ter de l'art. 22 LAsi qui énonce justement ces conditions d'entrée. Un refus provisoire d'entrée est prononcé lorsqu'on ne peut déterminer immédiatement si les conditions permettant l'entrée en Suisse sont remplies. Pour déterminer si ces conditions d'entrée sont remplies, l'ODM dispose des mesures usuelles comme par exemple la saisie des empreintes digitales et l'audition sommaire sur les motifs qui ont poussé la personne à quitter son pays. Dans le cadre de la vérification si la Suisse est l'Etat Dublin compétent, l'ODM peut procéder à diverses mesures d'instruction dont notamment une comparaison des empreintes Eurodac, puis s'adresser à l'Etat Dublin qu'il juge compétent. Il convient ainsi de préciser qu'un refus d'entrée est prononcé lorsque les mesures prévues à l'al. 1 et les vérifications entreprises en vertu de l'al. 1bis ne permettent pas d'établir immédiatement que les conditions d'entrée de

l'al. 1ter sont satisfaites. Suite à l'adaptation de l'art 22 LAsi, il y a lieu de prévoir un renvoi à cette disposition dans l'art. 93, al. 4, LEtr (Prise en charge et couverture des frais) en lien avec l'art. 127 LEtr ainsi que dans le nouvel art. 120a, al. 2, let. d, LEtr (violation du devoir de diligence des entreprises de transport). De surcroît, l'al. 2bis prévoit que le Conseil fédéral peut décider dans quels autres cas l'entrée est autorisée afin d'éviter les cas de rigueur. Dans les cas prévus à l'art. 11, al. 2, de l'ordonnance 1 sur l'asile⁶⁰ l'une autorisation d'entrer en Suisse doit toujours être accordée. L'adaptation de cette disposition de l'ordonnance est actuellement à l'examen. Elle sera soumise à l'approbation du Conseil fédéral vraisemblablement dans le courant 2008, après l'adoption des présentes modifications légales par le Parlement.

3.3.3 Interception en Suisse lors de l'entrée illégale près de la frontière (art. 24 LAsi)

L'art. 24 LAsi en vigueur prévoit que lors de l'interception de personnes entrant illégalement en Suisse et déposant une demande d'asile, celles-ci sont remises aux autorités compétentes de l'Etat limitrophe. Or, lors de la mise en application des accords d'association à Schengen et à Dublin, la Suisse sera tenue d'examiner sa compétence pour mener la procédure d'asile, sur la base du règlement Dublin, dès qu'une demande d'asile est déposée sur son territoire (art. 3, al. 1, règlement Dublin). L'art. 24 LAsi doit être en conséquence abrogé et le dépôt d'une demande d'asile en cas d'interception lors de l'entrée illégale sera nouvellement réglé à l'art. 21 LAsi (cf. ch. 3.3.1).

60 RS 142.311

7478 3.3.4 Traitement de données biométriques par des tiers (art. 98b LAsi)

Dans la révision partielle de la LAsi, le nouvel art. 98b permet aux autorités compétentes de traiter les données biométriques d'un requérant d'asile ou d'une personne à protéger afin d'établir son identité. Les données biométriques sont des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, de la loi sur la protection des données (LPD)⁶¹. Sont considérées comme données biométriques, par exemple, les empreintes digitales, la photographie, la géométrie de la main, l'iris, la rétine ou le visage. En l'état actuel de la technologie, seules les empreintes digitales sont relevées dans le domaine de l'asile. L'ODM délègue à des tiers (par ex. ASCOM), pour des raisons pratiques, la saisie des empreintes digitales des requérants d'asile dans les centres d'enregistrement. Comme il est prévu à l'avenir de relever et de traiter d'autres données biométriques, qui sont des données sensibles, la délégation de cette tâche à un tiers doit être prévue dans une base légale formelle. L'al. 1bis de l'art. 98b LAsi répond à cette exigence. Cet article précise que l'ODM doit s'assurer que le tiers mandaté respecte les normes pertinentes en matière de protection des données et de sécurité informatique. Cette adaptation légale a sa raison d'être dans le cadre des accords d'association à Schengen et à Dublin car elle permet de garantir la mise en œuvre optimale et efficace de ces derniers, notamment en ce qui concerne la saisie des empreintes digitales et des données qui permettront à l'avenir d'identifier les requérants d'asile.

3.4 Adaptation de la LDEA

3.4.1 Remarque préalable

Le traitement des données personnelles dans le système d'information SYMIC⁶² doit également être assuré dans le cadre des accords d'association à Schengen et à Dublin. Ceci vaut notamment pour la procédure en matière de visa, le devoir de diligence et l'obligation de prise en charge auxquels les entreprises de transport sont soumises, la procédure RPCV et la procédure Dublin. Il est par conséquent nécessaire d'adapter les bases légales de SYMIC. La LDEA⁶³ est la base légale formelle du système SYMIC qui est le plus vaste et le plus important instrument de travail dans le domaine des étrangers et de l'asile. SYMIC contient les données personnelles de toutes les

personnes entrées en Suisse et de tous les étrangers établis en Suisse. Il assiste les autorités compétentes dans l'exécution du droit des étrangers et du droit de l'asile, notamment pour la saisie uniforme des données relatives à l'identité des personnes, lors de l'établissement de visas et d'autorisations d'établissement ou de travail et pour l'élaboration de statistiques.

61 RS 235.1 62 SYMIC (système d'information central sur la migration) est la banque de données électronique utilisée par les autorités chargées de l'exécution du droit des étrangers et du droit de l'asile. Elle doit remplacer le système RCE (registre central des étrangers), devenu obsolète, et le système AUPER (système d'enregistrement automatisé des personnes). 63 RS 142.51

7479 Les renvois aux accords d'association à Schengen et à Dublin figurant dans la LDEA se réfèrent à tous les actes juridiques UE compris dans l'acquis (en particulier les ordonnances et les directives). Ainsi, lors du traitement de données personnelles en relation avec ces accords, il faut observer rigoureusement la directive sur la protection des données⁶⁴. Les modalités, telles que les autorisations d'accès à SYMIC ou les données contenues dans ce système, sont réglées dans l'ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration (ordonnance SYMIC)⁶⁵. Cette ordonnance doit également être complétée en vue de la mise en application des accords d'association à Schengen et à Dublin. 3.4.2 Commentaires des dispositions Adaptation de l'art. 1 LDEA Cet article renvoie aux dispositions sur la protection des données inscrites dans la LEtr, la LAsi et dans la loi sur la nationalité⁶⁶ qui seront maintenues parallèlement à la LDEA et ont déjà été adaptées en marge de l'approbation et de la mise en œuvre des accords d'association à Schengen et à Dublin (voir message «Accords bilatéraux II» FF 2004 6039 à 6049). Ainsi, lors du traitement de données personnelles dans SYMIC, il y a également lieu de respecter le devoir d'informer (art. 111e LEtr et 102d LAsi), le droit d'accès (art. 111f et 102e LAsi) et la qualité pour recourir du Préposé fédéral à la protection des données (art. 111h LEtr et 102g LAsi), dispositions qui ont été reprises dans la loi par l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004⁶⁷. Adaptation de l'art. 3 LDEA L'al. 2 comprend la liste des tâches légales relevant du domaine des étrangers pour l'exécution desquelles SYMIC est nécessaire. La let. c. régit le contrôle des conditions d'entrée et de séjour des étrangers conformément aux dispositions de la LEtr, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes⁶⁸, l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'AELE⁶⁹. Il convient ici de renvoyer aux accords d'association à Schengen et à Dublin afin que les données personnelles puissent également être traitées lors de procédures relevant de Schengen et Dublin. L'al. 3 énumère les tâches légales du domaine de l'asile qui requièrent l'emploi de SYMIC. La nouvelle let. h mentionne la procédure visant à déterminer l'Etat compétent pour mener la procédure d'asile (procédure Dublin). Toute demande d'asile déposée dans l'espace Dublin est enregistrée dans SYMIC. Par ailleurs, des statistiques peuvent être effectuées sur la base des données saisies lors de procédures

64 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31). 65 RS 142.513 66 RS 141.0 67 FF 2004 6709 68 RS 0.142.112.681 69 RS 0.632.31

7480 Dublin (notamment sur les renvois exécutés dans le cadre de la procédure de prise en charge ou de reprise en charge). Adaptation de l'art. 15 LDEA La communication à des

destinataires à l'étranger, au titre des accords d'association à Schengen et à Dublin, de données personnelles tirées de SYMIC est régie par les dispositions déjà adaptées par l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004. Ces dispositions, qui satisfont aux prescriptions de la directive sur la protection des données⁷⁰, prévoient que la communication de données personnelles vers un Etat Schengen ou Dublin est assimilée à une communication entre organes fédéraux (art. 111a LEtr et 102b LAsi). En revanche, les Etats qui ne sont liés par aucun de ces accords d'association doivent garantir un niveau adéquat de protection des données (art. 111d LEtr et 102c LAsi). Nous renvoyons en outre aux commentaires concernant les art. 22h et 22k LSEE (correspondant aux art. 111a et 111d LEtr) et 102b et 102c LAsi du message «Accords bilatéraux II» (FF 2004 5860 à 5877).

3.5 Justification et appréciation de la solution proposée

Les compléments proposés dans le cadre de la mise en œuvre des accords d'association à Schengen et Dublin ont été approuvés par la quasi totalité des participants à la procédure de consultation externe. Concernant les adaptations apportées à la LEtr, quelques cantons (GE, SG, UR, NW) se sont prononcés pour une participation financière de la Confédération aux frais de séjour et de renvoi des personnes illégales faisant l'objet d'un renvoi Dublin (art. 64a LEtr). Il convient ici de préciser que ce nouveau renvoi est un outil de plus pour les cantons qui peuvent reconduire des personnes sans droit de séjour en Suisse à destination d'un Etat-tiers sûr dans un délai raisonnable. La prise en charge financière du séjour et du renvoi des étrangers incombe, comme jusqu'à présent, aux cantons (art. 21 de la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin)⁷¹. Plusieurs organisations des droits de l'homme ont demandé qu'un recours contre un renvoi Dublin selon l'art. 64a LEtr ait un effet suspensif en cas d'indices fondés de violation de la CEDH. Cette proposition n'a pas été suivie, le règlement Dublin prévoyant en principe le retrait de l'effet suspensif à son art. 20, ch. 1, let. e, à moins que le droit interne le prévoit expressément. Il s'agit en outre ici de personnes en situation illégale qui n'ont pas demandé l'asile en Suisse et qui peuvent être immédiatement reconduites dans un Etat Dublin. De plus, certains participants à la consultation externe ont critiqué la hauteur du montant des amendes prévu en cas de violation des obligations de diligence et d'annonce des entreprises de transport. Ces montants correspondent néanmoins à la pratique du droit pénal et à ce que prévoient les directives 2001/51/CE⁷² et 2004/82/CE⁷³.

⁷⁰ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31 ⁷¹ RS 851.1 ⁷² JO L 187 du 10.7.2001, p. 45 ⁷³ JO L 261 du 6.8.2004, p. 24

⁷⁴81 Par ailleurs, une petite minorité des participants (Organisation suisse d'aide aux réfugiés, Amnesty International, USS, UNIA) s'est prononcée contre la norme de délégation en faveur du DFJP (art. 100 al. 5 LEtr). Cette disposition n'a, selon eux, pas de lien réel avec les accords d'association à Schengen et Dublin. On peut répondre à cela que cette délégation a été prévue au niveau d'une ordonnance en 2006. Cette compétence doit, conformément au principe de la légalité, être fixée dans une loi au sens formel. La présente révision touchant au droit international (mise en œuvre de l'acquis de Schengen et de Dublin) est l'occasion de reprendre cette réglementation dans la LEtr. Dans le domaine de l'asile, quelques organisations ont proposé des modifications de la procédure à l'aéroport. Ces remarques ne donnent pas lieu à des modifications car la procédure à l'aéroport a été approuvée en votation populaire le 24 septembre 2006. Les dispositions de la LDEA n'ont pas été controversées.

3.6 Conséquences

3.6.1 Conséquences pour la Confédération

Renvoi Dublin

Les nouveaux renvois prononcés par la Confédération dans le cadre de la procédure

Dublin n'entraîneront probablement pas des coûts supplémentaires. D'éventuels coûts additionnels pourraient être amortis dans le cadre des ressources disponibles, grâce aux économies découlant de la suppression de la promulgation de décisions d'extension par la Confédération (art. 12, al. 3, LSEE). Par conséquent, les compléments proposés ne devraient pas nécessiter de personnel en plus de celui prévu pour la mise en œuvre de l'acquis de Schengen/Dublin. Introduction de la procédure RPCV Vu l'état actuel des travaux concernant ce projet, les communications prévues dans la procédure RPCV seront effectuées par voie électronique à destination d'un organe central. Il ne sera possible de donner des informations fiables sur les coûts et le calendrier qu'une fois l'analyse technique terminée. Une analyse complète est nécessaire en particulier du fait que presque aucun Etat Schengen n'a encore appliqué la directive 2004/82/CE et que l'on ne peut donc se baser sur l'expérience d'autres pays. Il convient de trouver une solution sûre et la moins coûteuse possible qui, d'une part, permette un échange de données avec les différents systèmes informatiques des entreprises de transport et, d'autre part, permette aux autorités de contrôle habilitées de disposer de ces données à leur poste de travail. Il est impératif que les dispositions en matière d'entrée et d'admission soient respectées et que les données personnelles nécessaires soient disponibles afin d'assurer la protection de l'ordre et la sécurité publics. A l'heure actuelle, il n'est pas possible de déterminer exactement quelle solution technique sera choisie. Cependant, les coûts approximatifs de la mise en œuvre de la procédure RPCV peuvent être estimés. Selon la planification actuelle, il faut compter avec des coûts de l'ordre de 800 000 francs. Ils ont été prise en considération dans le budget correspondant.

7482 3.6.2 Conséquences pour les cantons Il faut s'attendre à ce que les cantons qui effectuent le contrôle à la frontière dans un aéroport international aient besoin de personnel supplémentaire pour appliquer la procédure RPCV, à partir de 2009 au plus tôt. Le supplément en personnel requis dépend de la solution technique mise en œuvre et des tâches supplémentaires qui y sont liées aux aéroports. Ce supplément en personnel ne devrait pas être de grande ampleur. Par ailleurs, il n'est pas totalement exclu de pouvoir réaliser des économies grâce à la procédure RPCV, qui permet de concentrer les efforts sur les aspects prioritaires.

3.7 Rapport avec le programme de la législature Le message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE du 1er octobre 2004 comprend un volet Schengen Dublin, annoncé dans le rapport sur le programme de la législature 2003 à 200774. Les présentes adaptations complètent ce message et sont conformes aux engagements du Conseil fédéral. Ces modifications doivent être soumises au Parlement aujourd'hui afin de garantir une mise en œuvre des accords d'association au plus tôt en novembre 2008.

3.8 Aspects juridiques 3.8.1 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse Les compléments proposés sont des adaptations liées à l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris. S'agissant de la compatibilité avec le droit européen et international, nous renvoyons donc au «message Schengen» (FF 2004 5633).

3.8.2 Constitutionnalité Les présentes adaptations de la LEtr, de la LAsi et de la LDEA se fondent sur l'art. 121, al. 1, Cst. Ces modifications législatives visent à la réalisation intégrale de l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris par l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004 et figurent dans un acte distinct de l'arrêté d'approbation du Conseil fédéral concernant la reprise du code frontières Schengen. Elles sont sujettes au référendum.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du code frontières Schengen (développement de l'acquis de Schengen) et relatif aux modifications du droit des étrangers et... In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2007 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 48 Cahier Numero Geschäftsnummer 07.083 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 27.11.2007 Date Data Seite 7449-7482 Page Pagina Ref. No 10 141 141 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.