



## **Modification de la loi sur les étrangers**

**Financement de places de détention administrative, violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien et système d'information sur les passagers (système API)**

### **Rapport explicatif**

---

**Office fédéral des migrations  
Berne, mai 2012**

## **Table des matières**

<b>1 Présentation du projet</b>	<b>3</b>
1.1 Contexte	3
1.2 Nécessité de la modification de loi	5
1.2.1 Dans le domaine des sanctions aux transporteurs aériens (« Carrier Sanctions ») et du système d'information sur les passagers (système API)	5
1.2.2 Dans le domaine du financement des places de détention administrative	7
1.3 Nouvelle réglementation proposée	7
1.3.1 Dans le domaine des « Carrier Sanctions » et du système API	7
1.3.2 Dans le domaine du financement des places de détention administrative	9
<b>2 Commentaire des articles du projet de loi</b>	<b>9</b>
2.1 Commentaires relatifs aux modifications de la loi sur les étrangers (LEtr)	9
2.1.1 Remplacement du terme « Reisepapiere » par le terme « Reisedokumente »	9
2.1.2 Chapitre 10 : Fin du séjour, Section 5 : Mesures de contrainte	10
2.1.3 Chapitre 12 : Obligations, Section 2 : Obligations des entreprises de transport	11
2.1.4 Chapitre 14 : Protection des données	13
2.1.5 Chapitre 16 : Dispositions pénales et sanctions administratives Section 1 : Dispositions pénales	22
2.1.6 Chapitre 16 : Dispositions pénales et sanctions administratives, Section 2 : Sanctions administratives	22
2.2 Commentaires relatifs aux modifications de la loi sur l'asile (LAsi)	28
2.3 Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)	28
2.4 Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)	30
<b>3 Conséquences pour les finances et le personnel</b>	<b>31</b>
3.1 Conséquences pour la Confédération	31
3.2 Conséquences pour les cantons	32
<b>4 Aspects juridiques</b>	<b>32</b>
4.1 Constitutionnalité	32
4.2 Compatibilité avec le droit international	33

## **Loi sur les étrangers (*avant-projet*)**

# 1 Présentation du projet

## 1.1 Contexte

« *Carrier Sanctions* » et *transmission de données relatives aux passagers*. L'accord d'association à Schengen (AAS)<sup>1</sup> est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2008. L'entrée en vigueur de l'acquis de Schengen et des modifications de la loi sur l'asile (LAsi)<sup>2</sup> et de la loi sur les étrangers (LEtr)<sup>3</sup> qui en découlent est quant à elle intervenue le 12 décembre 2008. Ces adaptations légales ont permis de créer les bases nécessaires pour exiger des compagnies aériennes qu'elles communiquent des données relatives aux passagers et sanctionner les entreprises de transport en cas de violation de leur devoir de diligence et de leur obligation de communiquer (art. 92 à 95, 104 et 120a à 120d LEtr; cf. FF 2007 7449). Ces bases ont également servi à mettre en œuvre les dispositions de l'art. 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen (CAAS)<sup>4</sup>, de la directive 2001/51/CE<sup>5</sup> du Conseil visant à compléter la CAAS et de la directive 2004/82/CE<sup>6</sup>.

L'Office fédéral des migrations (ODM) peut exiger des entreprises de transport aérien qu'elles communiquent, avant le décollage, les données relatives aux passagers (Advance Passenger Information; données API) des vols « non-Schengen » qu'il aura désignés (notamment des données personnelles et des indications concernant le document de voyage et le vol). L'ODM a instauré une obligation d'annonce pour certains aéroports de départ en se basant sur une analyse détaillée des risques. Cette procédure doit contribuer à améliorer les contrôles frontaliers et à lutter plus efficacement contre l'immigration illégale. Un système informatique a été mis en place afin de recueillir les données des passagers et de les mettre à disposition des organes de contrôle à la frontière. Il s'est néanmoins avéré que les bases légales en vigueur n'étaient pas suffisantes pour introduire le système tel que prévu. Par conséquent, il a fallu mettre en place une solution transitoire en réduisant ou en ajustant les fonctionnalités du système. Une modification légale est nécessaire pour introduire la solution initialement prévue et ainsi, renforcer la sécurité et l'efficacité du système.

Selon le droit en vigueur, les entreprises de transport (en pratique, les entreprises de transport aérien) peuvent en principe être punies d'une amende d'un million de francs au plus infligée par l'ODM lorsqu'elles violent leur devoir de diligence visé à l'art. 92, al. 1, LEtr (art. 120a, al. 1, LEtr).

- 1 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, RS **0.362.31**
- 2 RS **142.31**
- 3 RS **142.20**
- 4 Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.
- 5 Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'art. 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187 du 10.7.2001, p. 45.
- 6 Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261 du 6.8.2004, p. 24.

Les entreprises de transport aérien qui violent intentionnellement l'obligation d'annonce prévue à l'art. 104 LETr peuvent être punies d'une amende d'un million de francs au plus (art. 120b, al. 1, LETr). Les premières procédures lancées contre des entreprises de transport aérien n'ayant pas respecté leurs devoirs de diligence ont cependant montré que dans ce domaine, les bases légales en vigueur n'étaient pas suffisantes pour atteindre les objectifs visés, à savoir obliger les entreprises de transport à assumer sans faille leurs tâches de contrôle.

*Système national d'information sur les visas.* En décembre 2009, le Parlement a approuvé la création d'un nouveau système national d'information sur les visas (art. 109b LETr) dans le cadre de la mise sur pied du système central d'information sur les visas Schengen<sup>7</sup>. Le système central est entré en fonction le 11 octobre 2011. Le nouveau système national devrait être quant à lui mis en fonction début 2014. Dans le cadre des travaux informatiques, il est apparu que certaines adaptations des bases légales déjà approuvées par le Parlement mais non encore entrées en vigueur seraient nécessaires.

*Transfert de personnes en Suisse dans le cadre des accords d'association à Dublin.* Avec les accords d'association à Dublin<sup>8</sup>, la Confédération s'est notamment engagée à mettre en œuvre les dispositions du règlement (CE) n° 343/2003<sup>9</sup> du Conseil (règlement Dublin II) et du règlement (CE) n° 1560/2003<sup>10</sup> de la Commission relatif aux modalités d'application du règlement Dublin II. Le règlement de la Commission prévoit, en particulier, que l'Etat membre qui procède au transfert d'une personne vers l'Etat responsable ne doit en aucun cas supporter les frais de transport au-delà du point d'arrivée du moyen de transport international emprunté (art. 8, par. 1). De ce fait, lorsque la Suisse doit prendre ou reprendre en charge une personne dont elle est responsable, elle ne peut faire supporter ses coûts d'accueil à l'Etat requérant le transfert.

La procédure de transfert vers la Suisse (Dublin-in) concerne actuellement quelques 500 personnes par an et engendre des coûts administratifs pour les cantons. Les autorités aéroportuaires suisses sont ainsi chargées d'organiser l'accueil de la personne, d'informer l'ODM de son arrivée, de procéder aux contrôles de sécurité et de coordonner et organiser le transfert vers le canton d'attribution. La Confédération, par l'intermédiaire de l'ODM, supporte les coûts liés à cet accueil sous la forme de subventions attribuées aux cantons. Ces coûts s'élèvent à 150 000 francs par an et sont portés en compte sur le crédit affecté aux coûts d'exécution.

<sup>7</sup> Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement et de la décision relatifs au système d'information sur les visas (VIS), RO 2010 2063, 2011 4449.

<sup>8</sup> Ces accords sont mentionnés à l'annexe 1 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31)

<sup>9</sup> Règlement (CE) n° 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.

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil 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 222 du 5.9.2003, p. 3.

De récents travaux de révision concernant l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement du 11 août 1999<sup>11</sup> (OA 2) ont révélé l'absence d'une base légale, au sens formel, qui confère à la Confédération la compétence de prendre en charge ces coûts. Cette lacune doit être comblée.

*Participation financière de la Confédération à la création de places de détention administrative.* Ni la LEtr ni l'ordonnance du 11 août 1999<sup>12</sup> sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), ni aucune base légale en vigueur ne prévoient une participation financière de la Confédération à la construction et à l'aménagement d'établissements de détention cantonaux destinés exclusivement à l'exécution de la détention administrative.

La loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 prévoyait, à son art. 14e, al. 1, que la Confédération peut financer en tout ou partie la construction et l'installation d'établissements cantonaux de détention affectés exclusivement à l'exécution de la détention en phase préparatoire et de celle en vue de refoulement. Cette disposition n'a pas été reprise dans la LEtr car il avait alors été estimé qu'une telle aide initiale n'était plus nécessaire. Lors de l'introduction de mesures de contrainte dans le droit des étrangers, en 1995, les besoins avaient été évalués à 290 places de détention. Il s'avère aujourd'hui que ce chiffre n'était pas assez élevé (cf. message concernant la LEtr, participation aux frais d'exploitation au moyen de forfaits journaliers, FF 2002, p. 3573).

Le rapport du DFJP sur les mesures d'accélération dans le domaine de l'asile du 31 mars 2011 présente plusieurs variantes permettant de réduire la durée d'ensemble de la procédure d'asile, en moyenne trop longue. Outre la procédure d'asile ordinaire, le processus d'asile comprend également la phase du retour qui fait suite à la clôture de la procédure. L'accélération d'ensemble du processus d'asile n'est possible que si l'obligation de retour est mise en œuvre. A cette fin, il faut notamment que les cantons, lesquels sont compétents en matière d'exécution des renvois dans le domaine de l'asile et des étrangers, disposent d'un nombre suffisant de places de détention administrative. Or, tel n'est pas le cas dans tous les cantons.

## **1.2 Nécessité de la modification de loi**

### **1.2.1 Dans le domaine des sanctions applicables aux entreprises de transport (« Carrier Sanctions ») et du système d'information sur les passagers (système API)**

Le problème lié à la mise en œuvre de l'art. 104 LEtr est qu'il n'est pas possible de lancer une consultation automatique des banques de données directement par le système d'information sur les passagers (ci-après : système API). Les données relatives aux passagers transmises par les compagnies aériennes doivent pouvoir être consultées de manière automatique, via l'application gérée par l'ODM, dans les banques de données pertinentes (SYMIC, RIPOL, SIS et ASF-SLTD<sup>13</sup>). Seules les autorités compétentes chargées du contrôle à la frontière ont accès aux résultats des requêtes. D'un point de vue juridique, les requêtes effectuées via le système API équivalent à un accès de l'ODM, lequel ne peut accéder à RIPOL et au SIS qu'à des

<sup>11</sup> RS 142.312

<sup>12</sup> RS 142.281

<sup>13</sup> Base de données d'Interpol concernant les documents de voyage volés ou perdus.

fins limitées. Par conséquent, la consultation automatisée de banques de données doivent faire l'objet d'une nouvelle réglementation.

Autre problème lié à la mise en œuvre de l'art. 104 LEtr : les données relatives aux passagers ne peuvent être mises à disposition des autorités chargées du contrôle à la frontière via le portail sécurisé du DFJP (portail DFJP<sup>14</sup>). Or une telle procédure permettrait de renforcer la convivialité et la sécurité de l'interface. Rendre les données personnelles traitées dans le système API accessibles en ligne selon le principe de libre-service équivaut à une procédure d'appel selon la loi sur la protection des données du 19 juin 1992<sup>15</sup> (LPD) (art. 19, al. 3, LPD). Des données ne peuvent être rendues accessibles par une procédure d'appel que moyennant une base légale expresse. Une telle base légale doit donc être créée.

Concernant la répression des violations du devoir de diligence commises par les entreprises de transport aérien, le problème principal réside dans la structure de l'art. 120a, LEtr. En vertu de cet article, une entreprise de transport aérien est punissable uniquement lorsqu'elle ne prend pas toutes les « dispositions que l'on peut attendre d'elle pour ne transporter que les personnes disposant des documents de voyage requis lors du transit, de l'entrée en Suisse ou de la sortie de Suisse » (art. 120a, al. 1, LEtr en relation avec l'art. 92, al. 1, LEtr). Le fait que l'entreprise transporte des personnes ne disposant pas de ces documents ne constitue donc en aucune façon la preuve d'une faute, mais tout au plus un indice qu'elle n'a pas pris les dispositions que l'on pouvait attendre d'elle. Au niveau de la procédure pénale, l'ODM ne doit donc pas se contenter de prouver la survenance d'un résultat (le transport de personnes non munies des documents nécessaires), mais doit prouver que l'entreprise a bel et bien omis de prendre des dispositions raisonnablement exigibles et que cette omission a précisément conduit au résultat reproché.

Obtenir cette preuve requerrait généralement d'établir concrètement les faits survenus dans les aéroports de départ concernés, d'identifier et d'entendre les collaborateurs impliqués et, éventuellement, de fouiller les lieux et de saisir des documents susceptibles de démontrer que les précautions nécessaires n'ont pas été prises. De telles démarches ne sont guère possibles sur les plans juridique et pratique ou entraîneraient des charges disproportionnées, si bien qu'en pratique, la preuve de la violation du devoir de diligence ne peut pas être apportée avec l'étendue requise dans une procédure pénale administrative.

Tenter de considérer que le résultat (transport de personnes non munies des documents nécessaires) constitue une preuve suffisante que l'entreprise de transport aérien a omis de prendre les dispositions que l'on pouvait raisonnablement exiger de sa part ne serait guère utile. En effet, au plus tard lors de la fixation effective des sanctions, il faudrait se baser sur la faute commise dans le cas d'espèce, faute qui ne peut cependant pas être établie ou ne pourrait l'être qu'au prix d'efforts disproportionnés.

Par ailleurs, les violations du devoir de diligence commises par des entreprises de transport aérien constituent un délit de masse. Rien qu'en 2011, l'ODM a reçu près

<sup>14</sup> Le portail DFJP (portail SSO, Single Sign On Portal) joue le rôle d'architecture et d'infrastructure centrale en matière de sécurité de l'ISC-DFJP. Toutes les applications spécialisées du DFJP (p.ex. SYMIC, SIS, RIPOL, etc.) passent par ce portail.

<sup>15</sup> RS 235.1

de 1000 dénonciations pour violation du devoir de diligence (en 2010 : environ 1200).

Pour ce qui est de l'obligation de communiquer, le système API nécessaire à sa mise en œuvre n'a été mis en service qu'à la fin de l'année 2011. Par conséquent, aucune expérience n'a encore été recueillie concernant des sanctions infligées suite à des violations de l'obligation de communiquer. On peut néanmoins s'attendre à des problèmes proches de ceux rencontrés en cas de violation du devoir de diligence, car les dispositions correspondantes sont conçues d'une manière similaire.

La révision de loi proposée permet de remédier aux faiblesses du droit en vigueur et de remplacer le système de sanctions actuel par un système applicable et efficace, tout en restant conforme à l'acquis de Schengen.

### **1.2.2 Dans le domaine du financement des places de détention administrative**

En juillet/août 2011, l'ODM a dressé, en concertation avec la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), un état des lieux de la situation des cantons dans le domaine de la détention administrative. Cette évaluation a confirmé que les places de détention actuellement disponibles ne permettent pas de couvrir les nouveaux besoins. Selon les indications des cantons, ce sont quelque 210 places de détention administrative qui manquent à moyen et long terme en Suisse et plus de la moitié des cantons disent avoir besoin de places de détention supplémentaires. Il convient également de relever que l'ODM a lui aussi besoin de davantage de places de détention en raison du nombre croissant de détentions ordonnées à partir des centres d'enregistrement et de procédure (CEP), notamment dans les cas Dublin. L'ODM dispose aujourd'hui de 12 places prévues à cet effet. Au total, il lui faudrait quelque 40 places de détention administrative pour exécuter les renvois à partir des CEP. Ces besoins supplémentaires ressortent d'un sondage mené auprès des cantons. Jusqu'à présent, seuls quelques cantons ont prévu des projets destinés à accroître leurs capacités en matière de détention administrative. Faute de demandes concrètes, il n'est pas encore possible d'établir avec précision quand les différents projets de construction seront réalisés. La Confédération estime donc que les 250 places de détention administrative seront créées par étapes. Les répercussions que l'initiative sur le renvoi pourrait avoir sur les besoins en matière de places de détention administrative ne peuvent pas encore être établies en raison de l'état actuel d'avancement des travaux de mise en œuvre de l'initiative.

## **1.3 Nouvelle réglementation proposée**

### **1.3.1 Dans le domaine des « Carrier Sanctions » et du système API**

Membre de Schengen, la Suisse est tenue de mettre *efficacement* en œuvre dans son droit national l'art. 26 CAAS et les directives 2001/51/CE et 2004/82/CE. Par ailleurs, il est dans l'intérêt public de disposer d'une norme qui s'avère justiciable et efficace dans la pratique et, ainsi, contribue à l'application du droit matériel. A cette fin, les modifications suivantes, qui tiennent compte notamment des expériences tirées de la pratique, sont prévues :

*Réglementation relative aux consultations automatisées de banques de données* : la modification proposée vise à créer les bases légales nécessaires pour que les données des passagers prévues à l'art. 104, al. 3, LETr soient comparées automatiquement

avec les banques de données pertinentes directement depuis le système API. Cette modification de loi ne permet pas à l'ODM d'accéder aux résultats des consultations des banques de données. En effet, ces résultats ne sont visibles que par les autorités responsables des contrôles aux frontières qui, dans le cadre de leurs activités de contrôle, disposent aujourd'hui déjà des droits d'accès nécessaires.

*Procédure d'appel en remplacement de la transmission des données* : l'ODM exploite désormais un système d'information destiné à transmettre les données relatives aux passagers. Les autorités responsables des contrôles aux frontières ainsi que l'ODM peuvent accéder, par voie de procédure d'appel, aux données relatives aux passagers traitées dans le système.

*Procédure administrative en remplacement de la procédure pénale* : la loi fédérale du 20 décembre 1968<sup>16</sup> sur la procédure administrative doit désormais être appliquée pour sanctionner les entreprises de transport aérien en cas de violation de leur devoir de diligence ou de communication. La maxime inquisitoire en vertu de laquelle l'autorité constate d'office les faits pertinents doit s'appliquer de la même manière que dans une procédure pénale ou une procédure pénale administrative. Toutefois, à la différence de ces deux procédures, la partie a l'obligation de collaborer, ce qui relativise le principe de l'instruction d'office. L'obligation de collaborer découle de l'intérêt public à ce que les faits soient établis de manière exhaustive. Il convient également de rappeler que les exigences quant au degré de preuve sont réduites en droit administratif. Il suffit en principe que l'autorité soit convaincue de l'existence d'un fait, même en l'absence de certitude absolue.

*Introduction d'une présomption légale* : désormais, la violation du devoir de diligence est présumée (présomption légale) lorsqu'une personne est transportée sans être en possession de documents nécessaires (base de la présomption). Cependant, le fardeau de la preuve reste inchangé dans la base de la présomption : c'est à l'autorité de prouver qu'une personne ne disposant pas des documents nécessaires a été transportée. Si elle parvient à établir que la présomption était fondée, l'entreprise de transport aérien a encore la possibilité d'apporter la preuve du contraire et ainsi d'infirmer la présomption. L'entreprise de transport aérien peut apporter cette preuve en prouvant qu'elle a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour éviter de transporter des passagers ne disposant pas des documents de voyage, visas et titres de séjour requis lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports et qu'elle n'a donc pas violé son devoir de diligence. Afin de décharger les entreprises de transport aérien, le projet de modification contient de nombreuses exceptions (art. 122a, al. 3, P-LEtr; art. 122b, al. 2, P-LEtr) à l'applicabilité de la présomption légale. Par conséquent, ces cas ne donnent pas lieu à l'ouverture d'une procédure pour violation du devoir de diligence ou de l'obligation de communiquer et aucune amende n'est prononcée. De plus, les nouvelles dispositions sont de nature potestative, ce qui évite à l'ODM d'avoir à ouvrir une procédure dans certains cas isolés et de moindre gravité. L'ODM se contente alors de prononcer un avertissement. Les dispositions proposées doivent être mises en œuvre en collaboration avec les entreprises de transport aérien. Leur but premier est de réduire le nombre de personnes transportées non munies des documents nécessaires et de parvenir à ce que l'obligation de communiquer soit effectivement respectée par les entreprises concernées. Ces nouvelles dispositions se veulent avant tout préventives.

<sup>16</sup> RS 172.021

Par conséquent, une entreprise de transport aérien ne sera amendée qu'en cas de violation répétée et de même manière de son devoir de diligence ou de son obligation de communiquer ou dans des cas individuels graves (p. ex. personnes soumises à l'obligation de visa mais régulièrement interceptées sans visa sur une même route aérienne desservie par un même transporteur aérien).

*Sanctions forfaitaires en remplacement d'un cadre de référence pour la fixation des amendes* : les dispositions proposées ne prévoient plus de cadre de référence pour la fixation des sanctions, mais introduisent des sanctions forfaitaires par personne transportée ou par vol effectué sans communication des données relatives aux passagers ou lorsque ces données sont incomplète ou fausses. Ce système forfaitaire tient compte du fait que les violations devant être sanctionnées ne diffèrent pas de manière importante les unes des autres lorsqu'il s'agit de les évaluer selon les critères classiques que sont la faute de l'auteur et la gravité des faits. En raison des difficultés pratiques mentionnées plus haut, de telles différences, pour autant qu'elles existent, ne pourraient de toute manière être démontrées que très difficilement.

### **1.3.2 Dans le domaine du financement des places de détention administrative**

L'art. 82 LEtr en vigueur prévoit que la Confédération participe par un forfait journalier aux *frais d'exploitation* des cantons pour l'exécution de la détention en phase préparatoire et en vue du renvoi et de l'expulsion ainsi que de la détention pour insoumission. En cas de mise en détention pour une durée de douze heures au minimum, l'ODM verse un montant forfaitaire de 140 francs par jour. Le montant du forfait se fonde sur l'indice suisse des prix à la consommation du 31 octobre 2007. Ce forfait journalier est réglé par l'art. 15 OERE.

La nouvelle réglementation doit permettre à la Confédération d'apporter sa contribution financière à la construction et à l'aménagement de places de détention administrative. La Confédération a un intérêt réel à ce que des places de détention administrative supplémentaires puissent être créées dans un délai de 3 à 10 ans.

## **2 Commentaire des articles du projet de loi**

### **2.1 Commentaires relatifs aux modifications de la loi sur les étrangers (LEtr)**

#### **2.1.1 Remplacement du terme « Reisepapiere » par le terme « Reisedokumente »**

Cette modification de nature rédactionnelle ne concerne que le texte allemand, lequel fait usage des expressions « *Reisepapiere* » et « *Reisedokumente* » pour une même notion. Le texte allemand mélange parfois ces deux expressions à l'intérieur d'une même disposition, ce qui peut provoquer une certaine insécurité juridique (voir par ex. l'art. 111 LEtr). Les textes français et italien ne connaissent qu'une seule expression (« *documents de voyage* », « *documenti di viaggio* »), de sorte que la modification de la version allemande se justifie par le fait que les trois versions linguistiques de la loi doivent être équivalentes. Le choix de remplacer dans la loi l'expression « *Reisepapiere* » s'explique également par le titre allemand de

l'ordonnance du 20 janvier 2010<sup>17</sup> sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV).

## **2.1.2 Chapitre 10 : Fin du séjour, Section 5 : Mesures de contrainte**

*Art. 82* Financement par la Confédération

*Al. 1*

La participation financière de la Confédération à la construction et à l'aménagement de places de détention administrative peut prendre la forme de contributions uniques fournies à titre de financement de départ ou prendre la forme d'une tâche permanente. En raison de la durée nécessaire à la réalisation des établissements nécessaires (des délais allant jusqu'à 2018 et au-delà sont évoqués), il serait préférable d'opter pour la seconde solution (tâche permanente). Quelle que soit la méthode de financement choisie, la loi fédérale du 5 octobre 1984<sup>18</sup> sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures (LPPM) et son ordonnance du 21 novembre 2007<sup>19</sup> (OPPM) peuvent être utilisées de manière analogue pour le calcul des subventions de construction. Selon l'art. 4 LPPM, la subvention fédérale est égale à 35 % des frais de construction reconnus. Les frais de construction reconnus sont en règle générale calculés sur la base de forfaits, mais peuvent également être fixés au moyen de la méthode du décompte final. Dans tous les cas, la dimension et le type de l'établissement doivent être pris en compte. La Confédération alloue les subventions de construction aux cantons pour autant que les conditions visées à l'art. 3 soient remplies par analogie. Elle veille notamment à ce que les projets proposés prévoient la construction d'au moins 100 places de détention dans un emplacement central.

Dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, la méthode de calcul forfaitaire par place a fait ses preuves. Ce forfait prend en compte les besoins d'espace d'un détenu. Au final, ce sont les besoins en matière d'espace et de sécurité qui permettent de définir un modèle d'établissement idéal. Il n'existe pas de modèle d'établissement exploitable spécifiquement pour la détention administrative. Lors de la fixation d'une contribution fédérale approximative, il convient donc provisoirement de se baser sur le modèle d'établissement de type « prison » défini dans le forfait par place, en lui ajoutant certains éléments du modèle « fermé ». Les valeurs de ces modèles doivent être enrichies parce que les exigences relatives à l'exécution de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion sont plus élevées (davantage de liberté au sein de l'établissement : temps libre, visites, séjour, pas d'obligation de travailler etc.) que celles applicables aux prisons. En se basant sur ces estimations, les frais reconnus s'élèvent à environ 500 000 francs par place de détention. Les frais de construction ne pouvant pas tous être pris en compte (p. ex. frais secondaires de construction, terrain, travaux préparatoires, etc.), le coût total réel par place de détention devrait être d'environ 15 % supérieur aux valeurs susmentionnées. Une extrapolation réalisée sur la base de 250 places de détention fait ressortir des frais de construction reconnus de près de 125 millions de francs. La

<sup>17</sup> RS 143.5

<sup>18</sup> RS 341

<sup>19</sup> RS 341.1

Confédération participant à 35 % à ces frais de construction reconnus, il lui faudrait donc dégager au moins 45 millions de francs.

En tablant sur une réalisation par étapes des 250 places de détention administrative nécessaires d'ici 2018, il faudra inscrire environ 10 millions de francs par an au budget à partir de 2014 ou 2015. La Confédération s'attend à ce que les besoins en places de détention administrative supplémentaires subsistent après 2018.

La Confédération ne prendra pas en charge l'intégralité, mais seulement une partie des coûts liés à la construction et à l'aménagement d'établissements de détention cantonaux. Elle financera en priorité les établissements de grande taille disposant, dans l'idéal, de plus de 50 places.

*Al. 2*

La participation de la Confédération aux frais d'exploitation correspond à celle visée à l'art. 82 LEtr en vigueur et a été reprise telle quelle dans l'al. 2.

### **2.1.3 Chapitre 12 : Obligations, Section 2 : Obligations des entreprises de transport**

*Art. 92* Devoir de diligence

La collaboration et le soutien des autorités, aujourd'hui réglés à l'al. 3, doivent désormais être réglés dans un article spécifique (art. 94 P-LEtr). L'intitulé de l'article a donc été adapté et l'al. 3 a été abrogé.

*Al. 1*

L'énoncé de l'art. 92, al. 1, LEtr en vigueur pourrait être compris de telle sorte que le devoir de diligence des entreprises de transport aérien s'applique également aux vols à l'intérieur de l'espace Schengen, c'est-à-dire à des vols entre un autre Etat Schengen et la Suisse. Cependant, une telle interprétation ne serait pas compatible avec l'art. 26 CAAS et avec la directive 2001/51/CE. C'est pourquoi l'expression « *entrée dans l'espace Schengen* » a été ajoutée. Le devoir de diligence s'applique indépendamment du fait que la personne souhaite demeurer en Suisse ou poursuivre son voyage vers un autre Etat Schengen (p. ex. Johannesburg – Zurich – Hambourg). Il convient de faire la différence entre « *l'entrée* » et le « *transit* ». Dans le second cas, les personnes se contentent de passer « *par la zone internationale de transit des aéroports* » sans entrer dans l'espace Schengen (p. ex. dans le cas d'un vol Johannesburg – Zurich – Moscou).

L'entrée dans l'espace Schengen via la Suisse n'est possible que par voie aérienne. Par conséquent, les autres types de transport mentionnés ont été supprimés. De même, le passage « *qui exploite les liaisons internationales* » a été supprimé. Selon l'art. 26, al. 3, CAAS, cette restriction se réfère uniquement aux voyages en car et non au transport aérien.

Il est néanmoins possible de soumettre d'autres entreprises de transport à cette réglementation dans le cas où des transports aériens, routiers ou fluviaux devenaient possibles directement depuis des Etats tiers (art. 95 P-LEtr) suite à l'apparition de nouvelles frontières extérieures (p. ex. si un Etat voisin sort de l'espace Schengen).

Ni la CAAS, ni l'annexe 9 de la Convention du 7 décembre 1944<sup>20</sup> relative à l'aviation civile internationale (Convention de Chicago) ne prévoient de sanctions lors du départ. Faute de besoins dans la pratique, il est renoncé à prononcer ce type de sanctions.

Les documents permettant l'entrée dans l'espace Schengen ou le passage par la zone internationale de transit des aéroports doivent être précisés dans la loi afin d'ôter toute ambiguïté sur les documents soumis au devoir de diligence de l'entreprise de transport. C'est pourquoi il s'avère indispensable d'indiquer qu'outre les documents de voyage, les « *visas et titres de séjour* » doivent également faire l'objet d'un contrôle.

*Al. 2*

Les entreprises de transport routier et fluvial jusqu'à présent mentionnées sont supprimées (cf. explications relatives à l'al. 1).

*Art. 93, al. 1, et phrase introductive de l'al. 3*

Les entreprises de transport routier, ferroviaire et fluvial jusqu'à présent mentionnées, de même que l'expression « qui exploite des liaisons internationales » sont supprimées (cf. explications relatives à l'art. 92 P-LEtr).

*Al. 1*

Par analogie à l'art. 92, al. 1, « l'entrée » se voit complétée par « dans l'espace Schengen » (cf. explications relatives à l'art. 92 P-LEtr).

*Art. 94 (nouveau) Coopération avec les autorités*

La norme de délégation figurant actuellement à l'art. 92, al. 3, LEtr en vigueur paraît trop étroite au vu de l'actuel art. 26, al. 1, de l'ordonnance du 22 octobre 2008<sup>21</sup> sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV). Par conséquent, une partie des dispositions de l'ordonnance sont désormais intégrées dans la loi.

*Al. 1*

Les entreprises de transport routier et fluvial, jusqu'à présent mentionnées à l'art. 92, al. 3, sont supprimées (cf. explications relatives à l'art. 92, al. 1, P-LEtr).

*Al. 2*

L'énoncé de l'art. 26, al. 1, OEV, lequel fixe les éléments pouvant être réglés dans le cadre de conventions, n'est que partiellement repris dans le texte de loi. En effet, les let. a à c et f, qui portent sur des aspects de la collaboration entre les entreprises de transport aérien et l'ODM ou les autorités compétentes des cantons, tombent déjà sous le coup de l'art. 94, al. 1, P-LEtr.

*Al. 2, let. a*

Pour certains aéroports de départ, l'ODM peut convenir de mesures complémentaires avec les entreprises de transport aérien dans le but de faire respecter le devoir de diligence visé à l'art. 92 LEtr. La collaboration porte essentiellement sur l'échange d'informations relatives à la situation et sur la

<sup>20</sup> RS 0.747.0

<sup>21</sup> RS 142.204

réalisation de formations destinées aux entreprises de transport aérien. Lorsque de nombreuses personnes munies de documents de voyage falsifiés sont interceptées sur une même ligne, il peut s'avérer nécessaire d'évaluer l'authenticité des documents à l'aide de moyens supplémentaires, p. ex. d'une loupe. En cas d'augmentation du nombre de passagers démunis de documents et provenant du même aéroport de départ qui se présentent à la frontière extérieure, il peut également s'imposer de copier la page des données personnelles du passeport et, éventuellement, le visa, de tous les passagers empruntant cette liaison aérienne au moment de l'enregistrement. Cette mesure permettra ultérieurement de vérifier qui sont ces personnes et si elles ont bien voyagé depuis le lieu de départ présumé.

#### *Al. 3*

L'art. 120a, al. 4, LEtr en vigueur prévoit une réduction du montant de l'amende en cas de conclusion d'un accord de collaboration. Ce mécanisme, qui découle d'une recommandation figurant à l'annexe 9 de la Convention du 7 décembre 1944<sup>22</sup> relative à l'aviation civile internationale (convention de Chicago), est maintenu.

La nouvelle réglementation permet de préciser que seules les  *futures* violations du devoir de diligence pourront profiter de réductions du montant des amendes. L'ampleur de cette réduction est définie dans chaque convention sous la forme d'un pourcentage fixe en tenant compte du type d'obligations de l'entreprise de transport aérien et du principe de l'égalité devant la loi. Cependant, la réduction ne doit pas dépasser 50 %.

#### *Art. 95*                   Autres entreprises de transport

Comme jusqu'à présent, le Conseil fédéral peut soumettre d'autres entreprises commerciales de transport (aérien ou maritime) aux art. 92 à 94 P-LEtr en tenant compte des prescriptions fixées à l'art. 26 CAAS. Désormais, la loi prévoit expressément que non seulement les entreprises désignées par le Conseil fédéral sont soumises aux obligations visées aux art. 92 à 94 P-LEtr, mais qu'elles encourent les sanctions visées aux art. 122a et 122c P-LEtr.

Cependant, les entreprises ne peuvent (comme jusqu'à présent) être soumises à ces dispositions que dans le cas exclusif où une frontière suisse devient une frontière extérieure de l'espace Schengen. Un tel cas ne peut se produire que si un Etat voisin sort de l'espace Schengen. La réintroduction des contrôles aux frontières intérieures visée à l'art. 22 OEV ne justifie pas une telle mesure. En effet, la réintroduction de ces contrôles ne transforme pas les frontières intérieures en frontières extérieures.

### **2.1.4   Chapitre 14 : Protection des données**

#### *Art. 104*                   Obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles

##### *Al. 1*

Les expressions « *dans l'espace Schengen* » et « *par la zone internationale de transit des aéroports* » sont ajoutées afin de préciser que la disposition n'englobe

<sup>22</sup> RS 0.747.0

que les vols en provenance de pays extérieurs à l'espace Schengen (cf. explications relatives à l'art. 92 P-LEtr).

Le remplacement de l'expression « *dès que l'enregistrement est terminé* » par « *immédiatement après le décollage* » tient compte du fait qu'il n'est techniquement plus possible de communiquer les données immédiatement après l'enregistrement. Dans certains cas, ces données ne peuvent même être transmises qu'après le décollage. De plus, la liste des passagers n'est définitive qu'après l'embarquement. En effet, les personnes enregistrées qui ne se présentent pas à l'embarquement sont supprimés de la liste des passagers. Il est donc judicieux et logique de ne demander la communication des données qu'après le décollage.

Le terme « *immédiatement* » maintient sciemment une marge d'interprétation. En pratique, le calcul de la ponctualité admet une certaine marge.

L'article en vigueur mentionne explicitement que l'obligation de communiquer n'est définie qu'« *après consultation des entreprises de transport aérien* ». Cette mention est supprimée car elle est purement déclaratoire et l'audition des destinataires spéciaux (entreprises particulièrement concernées) est de toute manière effectuée en vertu de l'art. 30 PA.

La dernière phrase de l'alinéa est supprimée sans remplacement. Les compagnies aériennes transmettent directement les données API au système API. L'adresse nécessaire à cette fin est communiquée aux compagnies aériennes dans la décision leur ordonnant l'obligation de communiquer.

#### Al. 2

Le nouvel al. 2 précise les divers éléments sur lesquels doit porter la décision. Ces éléments étaient jusqu'à présent répartis entre plusieurs alinéas de l'article. L'ODM fixe les aéroports ou Etats de dépôts soumis à l'obligation de communiquer, les catégories de données à annoncer et la forme sous laquelle les entreprises de transport aérien doivent fournir les données. A la différence de l'actuel al. 4, la forme de transmission des données est définie dans le cadre d'une procédure unilatérale et non d'une procédure consensuelle.

#### Al. 3

L'obligation de communication concerne en premier lieu les données relatives aux personnes transportées. A cet égard, la liste de l'al. 3 se fonde sur le droit en vigueur et englobe notamment les catégories de données visées dans la directive 2004/82/CE. Par ailleurs, la nouvelle formulation de l'alinéa permet d'exiger d'autres données importantes pour les contrôles à la frontière, pour autant que l'entreprise de transport aérien dispose de ces données. Les données personnelles actuellement soumises à l'obligation de communication sont indispensables au traitement automatisé des données et sont donc maintenues sans changement. La *date d'échéance du document de voyage utilisé* (let. b), que les entreprises de transport aérien consultent aujourd'hui déjà en même temps que les données personnelles du passager, par la lecture de la zone lisible par machine du document de voyage, est désormais requise. Autres données nouvellement requises : *le numéro, l'Etat émetteur, le type et la date d'échéance du visa ou titre de séjour utilisé*, pour autant que l'entreprise de transport aérien soumise à l'obligation de communication dispose de ces données (let. c). Ces ajouts tiennent compte du fait que des projets concrets existent déjà à l'heure actuelle afin d'aménager le format des données utilisé lors de l'échange de données sur les passagers, de sorte que de

telles données puissent également être saisies et traitées. Il faut donc s'attendre à ce que les premières entreprises de transport aérien soient prochainement en mesure de fournir ces données, lesquelles sont essentielles pour garantir l'efficacité et l'efficience des contrôles à la frontière. Il importe cependant de préciser que les données ne sont soumises à l'obligation de communication que si l'entreprise de transport aérien y a effectivement accès. Il en va de même du *lieu de départ initial ainsi que des escales effectuées pour se rendre à l'aéroport de départ qui doit être communiqué* (let. d). Ces données sont également soumises à l'obligation de communiquer lorsque l'entreprise de transport aérien concernée en a connaissance. Tel est le cas lors d'une réservation d'un vol incluant une correspondance. Dans ce cas, l'entreprise ne doit pas uniquement indiquer l'aéroport emprunté par la personne afin de se rendre en Suisse, mais doit également préciser toutes les escales effectuées. En effet, l'itinéraire suivi constitue un élément important pour évaluer les risques et, ainsi, assurer l'efficacité des contrôles à la frontière. Dernier ajout par rapport à l'actuel al. 2 : *l'heure de départ doit être communiquée* (let. h). Il s'agit de l'heure de départ *prévue*. Afin d'éviter tout risque de confusion causé par les fuseaux horaires et les vols de nuit, la let. d précise qu'il ne faut pas uniquement indiquer les heures de départ et d'arrivée mais également les dates de départ et d'arrivée. Comme les communications tardives constituent une violation de l'obligation de communiquer visée à l'art. 104 et peuvent être sanctionnées en vertu de l'art. 122b P-LEtr, tant les autorités que les entreprises de transport aérien soumises à l'obligation de communiquer ont intérêt à ce que l'heure de départ *effective* soit communiquée. Cette heure est nécessaire pour évaluer la ponctualité de la communication en cas de retard par rapport au plan de vol. L'entreprise de transport aérien est donc libre de communiquer ultérieurement l'heure de départ effective, ce que prévoit également la décision ordonnant l'obligation de communiquer.

#### Al. 4

L'al. 4 est complété de telle sorte que les compagnies aériennes doivent également informer les passagers du but des données visées à l'al. 3 et du cercle de leurs destinataires. Cet ajout reprend les exigences posées par l'article 18a LPD.

#### Al. 5

Le droit en vigueur ne précise pas la forme que doit prendre la décision relative à l'obligation de communiquer. L'ODM détermine les vols pour lesquels une obligation de communiquer doit être introduite en se fondant sur une analyse des risques. Les organes de contrôle à la frontière participent à l'élaboration de cette analyse en tant que spécialistes du domaine et en tant qu'utilisateurs du système. La décision ordonnant l'obligation de communiquer revêt un caractère concret et contraignant et s'adresse à toutes les entreprises de transport aérien qui desservent la Suisse depuis certains aéroports. Elle est donc destinée à un cercle de destinataires précis. Les décisions de ce type doivent dès lors prendre la forme de décisions de portée générale. Etant donné qu'il n'est pas possible, au moment où la décision est ordonnée, de savoir quelles entreprises de transport aérien seront concernées, la décision est publiée dans la Feuille fédérale. Il est par ailleurs prévu de notifier directement la décision aux entreprises de transport aérien concernées, pour autant que ces entreprises soient connus. Enfin, il est justifié de retirer par la voie légale l'effet suspensif d'un éventuel recours contre cette décision afin de ne pas s'éloigner du but recherché par l'obligation de communiquer des données personnelles (cf. également art. 55, al. 5, PA).

#### *Al. 6*

L'actuel alinéa 5 fixe, comme le prévoit l'art. 6, ch.1, par. 4, de la directive 2004/82/CE, une obligation pour la compagnie aérienne d'effacer, dans les 24 heures qui suivent l'atterrissage au lieu de destination du vol, les données personnelles des passagers qu'elle a recueillies et transmises aux autorités chargées du contrôle aux frontières. Cette obligation prive cependant l'entreprise de transport aérien d'un futur moyen de preuve en cas de procédure administrative pour violation de l'obligation de communiquer (cf. art. 122*b* P-LEtr). La formulation du nouvel al. 6 respecte l'obligation faite à l'entreprise de transport aérien d'effacer les données personnelles, mais tient compte de la possibilité que doit avoir cette entreprise de se défendre dans une procédure administrative. Cet alinéa fixe donc des délais durant lesquels la conservation des données est autorisée.

L'obligation d'effacer les données naît au même moment que la transmission des données (immédiatement après le décollage ; art. 104, al. 1, P-LEtr), mais en fonction des circonstances, son exécution peut être différée. Si l'ODM n'a pas ouvert de procédure en violation de l'obligation de communiquer dans le délai de deux ans prévu à l'art. 122*c*, al. 2, P-LEtr, la compagnie aérienne devra effacer les données le jour suivant l'échéance de ce délai (let. a). Par contre, si l'ODM a ouvert une telle procédure, les données devront être effacées le lendemain de l'entrée en force de la décision (let. b). Il s'agit ici de tenir compte du droit de la compagnie aérienne de déposer un recours dans les 30 jours qui suivent la décision de l'ODM. En cas de recours, la liste des données recueillies et transmises peut être conservée jusqu'à l'issue de la procédure.

La disposition de l'actuel al. 6 est supprimée et reprise sous une forme modifiée dans le nouvel art. 104*a*, al. 4, P-LEtr.

#### *Art. 104a (nouveau)*            Système d'information sur les passagers

##### *Al. 1*

L'ODM exploite un système d'information sur les passagers (système API) afin d'accomplir les tâches qui lui sont dévolues en vertu de l'art. 104 LEtr. Selon le considérant 12 de la directive 2004/82/CE, le traitement des données transmises concernant les passagers, effectué aux fins des contrôles aux frontières, est légitime dans le but de permettre l'utilisation de ces données comme élément de preuve dans des procédures visant à l'application des lois et des règlements sur l'entrée et l'immigration, notamment les dispositions relatives à la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale. En vertu de l'art. 6 de la directive, les données relatives aux passagers peuvent également être utilisées à des fins répressives. L'utilisation de ces données se fait dans le cadre posé par les articles 95 à 98, 99, al. 2 et 3, et 100, al. 3, let. d et e, de la Convention d'application de l'Accord de Schengen. Il faut souligner que les requêtes soumises via le système API ne vont pas au-delà des consultations déjà réalisées dans le cadre du contrôle ordinaire à la frontière. En l'espèce, il s'agit uniquement de procéder à un examen anticipé des passagers pour que les autorités responsables des contrôles aux frontières puissent mieux se préparer. Un tel « examen anticipé » représente une plus-value pour les autorités responsables des contrôles aux frontières lorsqu'il vise les mêmes contrôles que ceux qui auraient été effectués plus tard lors du contrôle ordinaire à la frontière.

Les données traitées dans le système conformément à l'art. 104, al. 3, ne constituent en principe pas des données particulièrement sensibles. En revanche, si ces données étaient associées à l'information selon laquelle une personne fait ou non l'objet d'un signalement dans une banque de données policière, elles deviendraient particulièrement sensibles.

*Al. 2 et 2<sup>bis</sup>*

L'actuel art. 104, al. 6, LEtr prévoit que les données doivent être transmises aux autorités responsables des contrôles aux frontières, chacune d'entre elles pouvant ensuite consulter les données dans les banques de données pertinentes pour les contrôles frontaliers.

L'art. 104a, al. 2 et 2<sup>bis</sup>, P-LEtr prévoit uniquement que les données peuvent être mises à la disposition des autorités responsables des contrôles aux frontières en ligne via le portail du DFJP. La LPD parle d'accès par procédure d'appel, car les collaborateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières et (dans une certaine mesure) de l'ODM obtiennent un accès en ligne aux données traitées dans le système API selon le principe du libre-service. Une base légale est systématiquement nécessaire pour permettre à un organe fédéral de rendre des données personnelles accessibles par une procédure d'appel. Pour les données sensibles, l'accès doit expressément être prévu dans une loi formelle (art. 19, al. 3, LPD).

La procédure d'appel a pour avantage de permettre aux autorités responsables des contrôles aux frontières de consulter directement les données. Autre avantage : les données peuvent être consultées automatiquement dans les banques de données pertinentes via le système API, ce qui permet d'économiser un temps précieux. Cette possibilité est d'autant plus importante que le temps disponible pour vérifier les concordances est souvent limité lors de vols de courte durée. Il est donc essentiel que les données traitées soient disponibles aussi rapidement que possible. De plus, la procédure d'appel est conviviale et efficace, car elle ne nécessite pas de transmission des données (via un service de courrier électronique sécurisé), ce qui supprime une étape fastidieuse. Au niveau de l'architecture du système et de la sécurité, les données ont pour avantage de ne pas faire l'objet de sauvegardes intermédiaires sur le plan local. Les utilisateurs ont accès aux données API via le portail du DFJP, ce qui restreint l'accès aux données API et garantit une authentification stricte et l'existence des droits d'accès requis. C'est pourquoi l'utilisation du portail du DFJP est prévue dans l'architecture de référence des logiciels du DFJP. Outre l'aspect sécuritaire qu'ils apportent, la sauvegarde centralisée des données et l'accès par une procédure d'appel ont l'avantage de permettre de contrôler la durée de conservation des données et de les supprimer de manière centralisée à l'expiration de leur durée de conservation (cf. al. 4). Par ailleurs, l'absence de procédure d'appel ne permettrait pas d'établir des statistiques appropriées en matière de contrôle d'efficacité.

Les al. 2 et 2<sup>bis</sup> définissent quelles autorités peuvent accéder aux données traitées dans le système d'information par une procédure d'appel conformément à l'art. 104, al. 3, P-LEtr. Cet accès est accordé à l'ODM pour surveiller si l'obligation de communiquer les données est respectée ainsi que pour prouver et, éventuellement, sanctionner les violations de cette obligation en vertu de l'art. 122b P-LEtr (cf. al. 2).

Les autorités responsables des contrôles de personnes aux frontières extérieures de Schengen obtiennent quant à elles l'accès aux données traitées dans le système afin de pouvoir examiner les données relatives aux passagers (ce qui inclut la vérification de la présence d'un signalement dans une banque de données). Elles peuvent ainsi se préparer à l'arrivée du vol concerné et prendre les mesures nécessaires (cf. al. 2<sup>bis</sup>).

Conformément à l'art. 13, al. 1, let. c, et al. 2, en relation avec l'art. 11 de la loi fédérale du 21 mars 1997<sup>23</sup> instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI), le Service de renseignement de la Confédération (SRC) reçoit une copie des données API pour les aéroports de départ qui figurent dans la liste confidentielle du Conseil fédéral. Par contre, il n'a pas accès par procédure d'appel aux données sauvegardées dans le système d'information. Sont seuls saisis dans le système API les aéroports de départ pour lesquels le SRC est autorisé à recevoir une copie des données des passagers. Dès que les données relatives aux passagers des aéroports de départ concernés sont disponibles, elles sont automatiquement transmises au SRC via un service de courrier électronique sécurisé avant de pouvoir être consultées dans les différentes banques de données.

### Al. 3

Le système API a deux objectifs. Il doit, dans un premier temps, permettre une comparaison automatique des données sauvegardées dans le système d'information en vertu de l'art. 104, al. 3, P-LEtr avec celles figurant dans SYMIC, le SIS, RIPOL et l'ASF-SLTD et ce, à des fins de contrôle migratoire et de recherche de signalements. Dans un second temps, il doit servir à mettre à la disposition des autorités compétentes responsables des contrôles aux frontières les données relatives aux passagers et les résultats des consultations. L'ODM n'a pas accès aux résultats positifs des consultations.

Sachant que plusieurs autorités responsables des contrôles aux frontières (police aéroportuaire de Zurich, Cgfr de l'aéroport de Bâle, Cgfr de l'aéroport de Genève, police cantonale bernoise) travailleront avec le système API, il est judicieux que les consultations se fassent de manière centralisée par l'entremise de l'ODM et via le système API et que les résultats soient ensuite mis à la disposition des autorités responsables des contrôles aux frontières. Par ailleurs, le temps disponible pour évaluer les données des passagers est le plus souvent limité (p. ex. temps de vol Pristina – Zurich : 2h15). Le fait de lancer les consultations par le système API permet de gagner un temps précieux.

La mise en œuvre sur le plan technique est prévue comme suit. Dans un premier temps, les données API transmises dans le système API par les compagnies aériennes (c.-à-d. les données relatives aux vols et aux passagers) sont validées (les données ont-elles été transmises dans les délais, de manière correcte et exhaustive). La liste des passagers fait ensuite l'objet d'un examen automatique dans les banques de données RIPOL, SYMIC, SIS et ASF-SLTD directement par l'intermédiaire du système API. Tous les passagers, quelle que soit leur nationalité, sont contrôlés afin de garantir qu'ils ne puissent pas éluder les contrôles en étant munis de documents de voyage volés. Les résultats de l'évaluation automatique s'affichent par banque de données et par passager, en indiquant si le passager est signalé dans l'une des banques de données interrogées (résultat positif / absence de résultat positif). Le résultat de cet examen est ensuite sauvegardé dans le système API. Aucune autre

donnée ne peut être tirée ou sauvegardée depuis les banques de données. Les collaborateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières doivent recourir au système API pour accéder aux données des passagers et aux résultats des requêtes. L'accès au système API se fait par le portail du DFJP (authentification forte, exclusivement réservée aux utilisateurs personnels). Les utilisateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières peuvent consulter le résultat de l'évaluation automatique (résultat positif / pas de résultat positif) pour chaque vol dans une liste de passagers. Ils peuvent soumettre manuellement une requête RIPOL pour un passager déterminé afin de vérifier pourquoi un passager est signalé dans une banque de données. Dans ce cas, les requêtes « Client » s'ouvrent dans une fenêtre distincte avec les données du passager sélectionné. La vérification des autorisations d'accès passe par la gestion des utilisateurs (c.-à-d. qu'elle a lieu selon les mêmes règles que celles appliquées lorsque l'utilisateur lance des requêtes « Client » de la manière ordinaire via le portail du DFJP). Les utilisateurs de l'ODM accèdent également aux données API par le portail du DFJP. Cependant, ils ne peuvent consulter que la liste des passagers et non les résultats des requêtes. A l'image d'autres applications informatiques du DFJP, la gestion des droits d'accès de chaque utilisateur aux différentes catégories de données est définie dans le profil des utilisateurs.

D'un point de vue juridique, les consultations automatisées par un utilisateur technique équivalent à un accès de l'ODM et ce, même si les résultats découlant de ces consultations ne sont pas visibles pour l'ODM. L'ODM a certes aujourd'hui déjà accès à toutes les catégories de données du SIS et de RIPOL nécessaires pour les consultations automatisées, mais le but des consultations est limité. En tant que maître des données, l'ODM serait responsable de consultations pour lesquelles il n'existe pas de base légale suffisante. Par conséquent, les art. 15 et 16 de la loi fédérale du 13 juin 2008<sup>24</sup> sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP) ont dû être modifiés. L'art. 7 de l'ordonnance du 7 mai 2008<sup>25</sup> sur la partie nationale du Système d'information Schengen (N-SIS) et sur le bureau SIRENE (ordonnance N-SIS) devra par la suite être adapté en conséquence. Par contre, l'ordonnance du 15 octobre 2008<sup>26</sup> sur le système de recherches informatisées de police (ordonnance RIPOL) ne subira aucune modification. Il est important de relever que la comparaison automatisée susmentionnée ne portera que sur l'ensemble des données des systèmes RIPOL et SIS auxquelles l'ODM a aujourd'hui déjà accès. Dès lors, une adaptation des tableaux des accès à ces deux systèmes ne sera pas nécessaire (cf. annexe 2 de l'ordonnance SIS et annexe de l'ordonnance N-SIS).

Une base légale spécifique est nécessaire pour relier entre eux deux systèmes qui disposent déjà de bases légales suffisantes dans les textes de loi susmentionnés (art. 4, al. 2 et art. 19, al. 3, LPD). C'est pourquoi l'al. 3 précise désormais que les données API peuvent être consultées de manière automatisée dans RIPOL, le SIS et la base de données d'Interpol ASF-SLTD par l'intermédiaire du système API. L'ODM a exclusivement besoin d'un accès pour les consultations automatisées via le système API. Sur le plan technique, il est garanti que les résultats des requêtes dans les banques de données ne seront pas visibles pour l'ODM. Les résultats ne

24 RS 361

25 RS 362.0

26 RS 361.0

sont visibles que pour les autorités responsables des contrôles aux frontières qui disposent des droits d'accès nécessaires.

*Al. 4*

Pour des raisons de systématique, l'actuel art. 104, al. 6, LEtr est transféré dans le nouvel art. 104a, al. 4, P-LEtr. La première phrase de l'actuel alinéa est simplement supprimée, car il n'est plus nécessaire de transmettre les données grâce à la procédure d'appel visée aux al. 2 et 2<sup>bis</sup>. Pour le reste, le délai d'effacement des données est adapté aux délais de conservation des données à des fins de preuve (cf. commentaire relatif à l'art. 104 al. 6 P-LEtr).

*Art. 109b<sup>27</sup>    Système national sur les visas*

*Al. 2*

*Let. e et f (nouvelles)*

*Enregistrements de données du SIS, de RIPOL et de la base de données d'Interpol sur les documents de voyage perdus ou volés (ASF-SLTD).* Lors des récents préparatifs techniques, il est apparu que l'enregistrement de données supplémentaires dans le système national d'information sur les visas serait nécessaire. Il s'agit de conserver les masques relatifs aux données du Système d'information Schengen (SIS) de la deuxième génération et du système de recherches informatisées de police (RIPOL) que les autorités compétentes en matière de visas sont autorisées à consulter. Seules des données qui correspondent effectivement au demandeur de visa peuvent être conservées. Les autorités compétentes en matière d'octroi de visas ont accès au SIS en vertu de l'art. 7, let. f et g de l'ordonnance du 7 mai 2008 sur la partie nationale du système d'information Schengen (N-SIS) et sur le bureau SIRENE<sup>28</sup>, pour autant que les données qu'elles conservent soient conformes aux modalités de l'art. 32, al. 1, du règlement (CE) n° 1987/2006. En vertu de cet article, l'ODM peut enregistrer des données du SIS II (art. 96 – données) dans une banque de données nationale uniquement si elles sont conservées pour une durée limitée et si des mesures sont prises sur le territoire national en vertu de ces signalements SIS. Il peut s'agir de l'une des mesures suivantes : interdictions d'entrée, refus ou annulation de visa, mesures d'éloignement (détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, expulsion) ou encore octroi d'un visa à validité territoriale limitée suite à un signalement dans le SIS II selon l'art. 96 CAAS. Il est prévu qu'en cas de signalement visé à l'art. 96 CAAS, les données enregistrées dans le SIS II seront sauvegardées dans le système national sur les visas.

Les accès au RIPOL sont prévus à l'art. 5, let. b, d et e, de l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur le système de recherches informatisées de police<sup>29</sup> (Ordonnance RIPOL). Ces données constituent des éléments importants de la prise de décisions en matière d'octroi de visas. Les informations obtenues constituent *de facto* une pièce importante du dossier, qui pourrait le cas échéant être intégrée à un dossier électronique. Dans le cadre de l'octroi d'un visa, sont autorisées à accéder aux données du RIPOL les représentations suisses à l'étranger, l'ODM et les autorités cantonales et communales qui assument des tâches relevant du droit des étrangers.

<sup>27</sup> Dans la formulation du RO 2010 2063

<sup>28</sup> RS 362.0

<sup>29</sup> RS 361.0

L'ODM souhaite pouvoir consulter ces données dans le cadre de la procédure d'opposition prévue à l'art. 6 LEtr. Celles-ci seront ainsi conservées en cas de décisions négatives jusqu'à l'entrée en force de la décision de refus, soit en raison de l'absence d'un recours, soit après décision du Tribunal administratif fédéral. En outre, l'ODM peut être amené à vérifier la légitimité de l'octroi antécédent d'un visa, notamment lorsque l'entrée en Suisse a été autorisée bien qu'un signalement aux fins de non admission figurait dans le SIS. Lors de l'octroi d'un visa, les données du SIS II et du RIPOL seront conservées au maximum 1 an dans le système national d'information sur les visas. Cet enregistrement vise à établir quel était l'état des connaissances des autorités au moment précis de l'octroi du visa. Par ailleurs, l'art. 109e, let. f, LEtr déjà approuvé par le Parlement prévoit que le Conseil fédéral soit compétent pour régler la durée de l'enregistrement et l'effacement des données du système national d'information sur les visas. Ceux-ci seront ainsi réglés dans la même ordonnance déjà mentionnée précédemment.

L'accès aux données nouvellement mentionnées à l'al. 2, let. e, de l'art. 109b est limité à l'ODM. En effet, il permet uniquement de surveiller la pratique de l'octroi des visas et à se prononcer dans le cadre de la procédure d'opposition visée à l'art. 6 LEtr. Ces accès seront définis au niveau des ordonnances (art. 109e, let. c<sup>30</sup> LEtr).

#### *Al. 2<sup>bis</sup>*

*Dossiers électroniques.* Il est souhaitable que le nouveau système national d'information sur les visas contienne à moyen ou long terme des dossiers électroniques. Ceux-ci comprendront les pièces du dossier de demande de visa avec les décisions y relatives, soit directement créées sous forme électronique, soit scannées. A cette fin, un nouvel al. 2<sup>bis</sup> est intégré dans l'art. 109b LEtr relatif au système d'information national sur les visas.

En principe les dossiers électroniques sont accessibles pour les autorités compétentes en matière de visa. Il s'agit des autorités énoncées à l'art. 109c, let. a, b, c et e (non encore en vigueur) LEtr, c'est-à-dire des représentations suisses à l'étranger et des autres autorités du DFAE, du Corps des gardes-frontières et des polices cantonales aux frontières extérieures de Schengen, de même que des autorités cantonales compétentes en matière de migration. Le Tribunal administratif fédéral devrait également pouvoir accéder aux dossiers électroniques. En application de l'art. 109e, let. c, LEtr, le Conseil fédéral est compétent pour déterminer les accès au système national d'information sur les visas. Ces accès seront définis dans l'ordonnance qui règlera les accès aux systèmes central et national d'information sur les visas et remplacera l'actuelle ordonnance du 6 juillet 2011<sup>31</sup> sur le système central d'information sur les visas (OVIS).

<sup>30</sup> Dans la formulation du RO 2010 2063  
<sup>31</sup> RS 142.512

## **2.1.5 Chapitre 16 : Dispositions pénales et sanctions administratives**

### **Section 1 : Dispositions pénales**

*Art. 120a (abrogé)* Violation du devoir de diligence des entreprises de transport

La disposition est supprimée et figure désormais à l'art. 122a P-LEtr, dans la nouvelle section relative aux sanctions administratives.

*Art. 120b (abrogé)* Violation de l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles

La disposition est supprimée et figure désormais à l'art. 122b P-LEtr, dans la nouvelle section relative aux sanctions administratives.

*Art. 120c (abrogé)* Dispositions communes relatives aux sanctions prises à l'encontre des entreprises de transport

La disposition est supprimée et figure désormais à l'art. 122c P-LEtr, dans la nouvelle section relative aux sanctions administratives.

*Art. 120e, al. 2 (abrogé)*

Désormais, la procédure relative aux sanctions infligées aux entreprises de transport aérien ne doit plus être régie par le droit pénal administratif, mais par le droit administratif. Par conséquent, l'al. 2 est supprimé. Le passage correspondant figure désormais à l'art. 122c, al. 3, P-LEtr, dans la nouvelle section relative aux sanctions administratives.

## **2.1.6 Chapitre 16 : Dispositions pénales et sanctions administratives,**

### **Section 2 : Sanctions administratives**

*Art. 122 Titre*

Cette disposition figure désormais dans la section consacrée aux sanctions administratives. C'est pourquoi son titre est précisé.

*Art. 122a (nouveau)* Violation du devoir de diligence des entreprises de transport

La disposition pénale en vigueur relative aux sanctions infligées aux entreprises de transport aérien en cas de violation de leur devoir de diligence (art. 120a LEtr) s'est avérée difficilement applicable dans la pratique. En sa qualité d'autorité de poursuite pénale, l'ODM devait en effet non seulement démontrer à la compagnie aérienne coupable la faute commise à la frontière extérieure au regard du droit pénal, mais également prouver l'omission concrète d'une mesure raisonnablement exigible. Or une telle preuve n'aurait pu être apportée qu'en menant d'importantes recherches à l'étranger, chose qui s'est avérée quasiment impossible en pratique. Une violation du devoir de diligence est désormais présumée lorsque les personnes transportées ne disposaient pas des documents de voyage, visas et titres de séjour requis lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit

des aéroports. Les entreprises de transport aérien peuvent annihiler cette présomption en apportant la preuve du contraire. Cette preuve suppose qu'elles démontrent avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour éviter de transporter des passagers munis de documents insuffisants.

#### *Al. 1*

Comme déjà expliqué au chap. 1.3, cette nouvelle disposition a été rédigée de manière potestative. Elle permet à l'ODM de s'abstenir d'entamer une procédure dans les cas légers, isolés et sporadiques et, ainsi, de tenir compte de l'aspect préventif de cette norme dont le but principal est de réduire, en collaboration avec les entreprises de transport aérien, le nombre de passagers transportés sans être munis de documents suffisants. Il convient de se livrer, en particulier, à une réflexion sur la pertinence d'une renonciation à prononcer une sanction ; une telle sanction ou, le cas échéant, une renonciation à l'imposer devant, dans tous les cas, produire un effet à la fois dissuasif, effectif et proportionnel.

Des sanctions forfaitaires d'un montant fixe par passager ne disposant pas de documents suffisants favorisent la transparence et assurent la sécurité du droit. De plus, elles éliminent l'obstacle, en pratique insurmontable, posé par l'obligation de fixer le niveau de la sanction pécuniaire en fonction d'une faute quasiment impossible à établir pour chaque cas d'espèce. Comme dans le droit en vigueur, les nouvelles sanctions forfaitaires prévues se fondent sur les dispositions de la directive 2001/51/CE (art. 4), qui prescrit que les sanctions applicables aux transporteurs doivent être à la fois dissuasives, effectives et proportionnelles. De plus, elle prescrit, au choix, soit une amende par personne transportée s'élevant au montant maximal des sanctions pécuniaires applicables, non inférieur à 5000 euros ou au montant minimal de telles sanctions, non inférieur à 3000 euros, soit une amende par vol, indépendamment du nombre de personnes transportées, s'élevant au montant maximal de la sanction appliquée forfaitairement à chaque infraction, non inférieur à 500 000 euros. La conversion en monnaie nationale des montants minimaux fixés en euros a lieu au cours de 1,5057 EUR/CHF publié dans le Journal officiel C 225, page 1, en date du 10 août 2001.

Contrairement au système actuel, qui se référait implicitement à la sanction maximale par vol, la nouvelle sanction dépend du nombre de passagers ne disposant pas de documents suffisants. A 4000 francs par personne transportée, la sanction peut être qualifiée de dissuasive, effective et proportionnelle au sens de la directive 2001/51/CE. Toutefois, du fait qu'elle est inférieure au montant minimum prévu à l'art. 4, al. 1, let. b, de la directive (3000 euros), le système de sanction doit encore prévoir une autre sanction qui ne soit pas inférieure au seuil de 5000 euros par passager ne disposant pas de documents suffisants, et qui soit conforme à la disposition (alternative) de l'art. 4, al. 1, let. a, de la directive. Même lorsque que, dans un cas d'espèce, l'entreprise de transport aérien bénéficie, en vertu de sa coopération contractuelle avec les autorités au sens de l'art. 94, al. 3, P-LEtr, d'une réduction pouvant aller jusqu'à la moitié du montant initial, la somme à verser ne saurait être inférieure à ce seuil. Partant, pour respecter les prescriptions de la directive même dans ce cas de figure, la sanction maximale doit être augmentée de 5000 à 10 000 euros soit, au minimum, à 15 057 francs. Une sanction de 16 000 francs en cas de graves violations du devoir de diligence est conforme à ces exigences. Sont considérées comme graves au sens de cette disposition des violations récurrentes et du même ordre du devoir de diligence.

Comparativement à un système fondé sur une seule sanction forfaitaire, le système prévu, qui s'appuie sur deux sanctions forfaitaires échelonnées en fonction du degré de gravité, peut certes occasionner des difficultés pour établir les faits, du moins lorsque la sanction prononcée est la plus élevée et doit être justifiée. Toutefois, ces difficultés peuvent être contrebalancées par le fait qu'un système d'échelonnement permet de fixer, dans les cas ordinaires, une sanction nettement moins élevée et donc plus proportionnelle, sans pour autant enfreindre la directive 2001/51/CE. Si l'on optait pour une sanction unique, elle ne devrait pas être inférieure au montant minimum de 3000 euros par passager fixé dans la directive. Du fait que l'on ne devrait pas non plus tomber en-deçà de cette sanction, même en cas de réduction contractuelle au sens de l'art. 94 P-LEtr, il faudrait encore doubler cette sanction, qui devrait ainsi se situer à 6000 euros (soit 9034,2 francs au moins) par passager, ce qui déboucherait sur un montant disproportionné, surtout en comparaison européenne.

#### *Al. 2*

Une violation du devoir de diligence est désormais présumée dès lors qu'une personne transportée ne disposait pas de documents suffisants (cf. chapitre 1.3). La phrase insérée dans le texte a été remaniée par analogie à l'art. 92 P-LEtr : « *lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports* ».

#### *Al. 3*

Parfois, il convient de s'abstenir d'ouvrir une procédure ou de poursuivre une procédure préalablement ouverte : d'une part, dans les cas où la loi prévoyait déjà, jusqu'à présent, de renoncer à prononcer une sanction ; d'autre part, dans les cas, ajoutés au catalogue, où l'on sait d'expérience que les transporteurs aériens ne sont guère – voire par du tout – en mesure d'identifier les lacunes présentes dans les documents fournis (let. c et d).

#### *Let. a*

Une falsification est réputée décelable lorsqu'une personne jouissant d'une formation adéquate et d'une acuité visuelle moyenne est capable de la reconnaître à l'œil nu.

#### *Let. b*

Une procédure ne doit être ouverte que lorsqu'une personne formée pour déceler une falsification et jouissant d'une acuité visuelle moyenne aurait dû s'apercevoir à l'œil nu que le document présenté ne pouvait appartenir de droit à la personne qui l'a présenté (imposteur).

#### *Let. c*

Il convient d'empêcher que soient imputés au transporteur aérien des cas où le cachet apposé sur le document de voyage ne permettait pas d'établir à temps à combien d'entrées avait droit le titulaire ou combien de jours il était autorisé à séjourner sur un territoire.

#### *Let. d*

Cette disposition correspond à l'art. 120a, al 2, let. c, en vigueur.

#### *Let. e*

L'entreprise de transport aérien peut réfuter la présomption légale visée à l'art. 2 en prouvant qu'elle a pris toutes les mesures organisationnelles nécessaires et que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de transporter des passagers ne disposant pas des documents de voyage, visas et titres de séjour requis lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports. Les trois *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*) figurent parmi les mesures d'organisation qui doivent dans tous les cas être prises.

*Cura in eligendo* signifie « diligence dans la sélection des personnes chargées d'exécuter les contrôles à l'enregistrement (check-in) et à l'embarquement des passagers », peu importe qu'elles soient directement employées par le transporteur aérien ou qu'elles lui soient liées par un mandat. Doivent notamment être prises en considération la formation, l'expertise, les connaissances, la fiabilité et l'expérience de ces personnes. *Cura in instruendo* signifie « diligence dans l'instruction de ces personnes », c'est-à-dire initiation, formation et information adéquates sur les sujets pertinents tels que les changements dans le domaine des visas, les nouveaux modes opératoires, etc. Enfin, *cura in custodiendo* se réfère au devoir de soumettre ces personnes au contrôle d'un système de surveillance et d'assurer un suivi systématique des manquements.

Faute de garantie suffisante concernant les trois *curae*, le transporteur aérien manque à prouver d'avoir pris toutes les mesures organisationnelles nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui. À l'inverse, la réalisation des trois *curae* ne suffit pas, à elle seule, à prouver que toutes les mesures organisationnelles nécessaires que l'on pouvait raisonnablement exiger ont bien été prises. Ainsi, bien que la diligence en matière d'équipements (infrastructures techniques au check-in et au contrôle d'embarquement) n'appartienne pas aux trois *curae* précédemment définis, elle n'en relève pas moins du devoir de diligence visé à l'art. 92 P-LEtr.

#### Al. 4

Cette disposition correspond à l'art. 120a, al 2, let. e, en vigueur.

Art. 122b (nouveau)      Violation de l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles

#### Al. 1 et 1<sup>bis</sup>

Les violations de l'obligation de communiquer des données personnelles sont désormais sanctionnées par des montants fixes pour chaque vol pour lequel cette obligation a été violée. Cette solution favorise la transparence et assure la sécurité du droit. De plus, elle élimine l'obstacle, en pratique insurmontable, posé par l'obligation de fixer le niveau de la sanction pécuniaire en fonction d'une faute quasiment impossible à établir pour chaque cas d'espèce. La nouvelle disposition, de nature potestative, permet à l'ODM de s'abstenir, dans certains cas, d'ouvrir une procédure. Il convient de se livrer, en particulier, à une réflexion sur la pertinence d'une renonciation à prononcer une sanction. Une telle sanction ou, le cas échéant, une renonciation à l'imposer doit, dans tous les cas, produire un effet à la fois dissuasif, effectif et proportionnel. Tel est notamment le cas lors de fautes mineures ne faisant pas gravement obstacle à l'objectif de l'obligation de communiquer des données personnelles, par exemple lorsque la date de naissance de l'un des passagers n'est pas indiquée. Cette norme n'a pas pour objectif de provoquer le prononcé du plus grand nombre possible de sanctions, mais d'améliorer – en collaboration avec

les entreprises de transport aérien – la qualité des données personnelles communiquées. Le montant de la sanction se fonde sur la directive 2004/82/CE (art. 4), qui prévoit de fixer soit une sanction minimale d'au moins 3000 euros, soit une sanction maximale d'au moins 5000 euros. La conversion en francs de ces sommes a lieu au cours de 1,5337 EUR/CHF publié dans le Journal officiel C 223 du 7 septembre 2004, page 1.

Comme c'est déjà le cas à l'art. 122a P-LEtr, la sanction proposée pour punir les infractions ordinaires à l'obligation de communiquer des données personnelles est de 4000 francs, soit légèrement inférieure à la sanction minimale de 3000 euros prévue à l'art. 4, al. 1, let. b, de la directive 2004/82/CE déterminante dans ce cas. Cependant, pour être en conformité avec les prescriptions en question, il est encore nécessaire de prévoir une seconde sanction, plus élevée, qui satisfasse à la let. a desdites dispositions, en ce qu'elle soit supérieure à 5000 euros. Une telle sanction est appliquée dans les cas graves, c'est-à-dire lorsque, de manière récurrente, les données personnelles sont communiquées de manière incomplète, tardivement, ou ne sont pas communiquées du tout. Dans ce cas, il doit même être possible de tripler la sanction.

Contrairement au droit en vigueur, la nouvelle disposition ne désigne plus la faute en tant qu'élément de fait autonome, puisque les actes ou omissions fondant une éventuelle faute se déroulent régulièrement à l'étranger, là où de tels actes ou omissions ne peuvent pas être établis ou ne pourraient l'être que moyennant l'engagement de moyens allant bien au-delà du raisonnable. En lieu et place, l'al. 2 prévoit désormais une liste exhaustive de motifs légaux de dispulcation.

L'al. 2 de l'art. 120b en vigueur n'est pas repris, les formes de violation de l'obligation de communication qu'il contient étant purement déclaratoires et découlant, même sans être expressément mentionnées, de la décision rendue sur la base de l'art. 104 P-LEtr.

#### Al. 2

Le transporteur aérien peut se disculper, c'est-à-dire réfuter la présomption de violation de l'obligation de communication, lorsque des problèmes techniques liés aux systèmes de transmission ou au système API empêchent le transfert des données ou que le transporteur prouve qu'il a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une violation de son obligation de communiquer les données. La dispulcation fondée sur un dysfonctionnement du système de transmission n'est valable que si les problèmes techniques rencontrés ne sont pas imputables au transporteur aérien. Le fardeau de la preuve est donc déplacé. Parmi les mesures d'organisation qui doivent dans tous les cas être prises figurent les trois *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo* ; cf. commentaire relatif à l'art. 122a, al. 3, let. e, P-LEtr).

L'al. 4 de l'art. 120b en vigueur qui règle les effets d'un accord de collaboration avec l'entreprise de transport aérien sur le montant de l'amende n'est pas repris dans l'art. 122b P-LEtr. La communication des données visée à l'art. 104 est un processus de nature avant tout technique. Comparativement au devoir de diligence visé à l'art. 92, elle est moins faillible et en cas de problèmes techniques, c'est l'al. 3 qui s'applique. C'est pourquoi, au contraire d'une violation du devoir de diligence (cf. art. 92a, al. 3, P-LEtr), dans laquelle l'élément humain joue un rôle plus important, une éventuelle convention concernant la sanction ne doit pas être prise en considération.

*Art. 122c (nouveau)*                      Dispositions communes relatives aux sanctions prononcées à l'encontre des entreprises de transport

La procédure administrative peut être engagée directement contre l'entreprise de transport aérien, qui n'a pas à se faire représenter par une personne physique.

*Al. 1*

Typiquement, la violation du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer est commise au lieu d'embarquement à l'étranger. Cette particularité est soulignée à l'al. 1, qui garantit que de telles violations commises à l'étranger soient poursuivies.

*Al. 2*

Pour garantir la sécurité du droit, un délai réaliste de deux ans est fixé pour engager une procédure. La durée de ce délai est motivée par une raison d'ordre organisationnel pour l'autorité chargée d'appliquer les sanctions administratives (ODM) ainsi que par le souci de lui laisser la possibilité d'apprécier la gravité de la violation en cas de manquements répétés (cf. art. 122a, al. 1, et 122b, al. 1 P-LEtr). Puisque les dispositions relatives aux sanctions sont de nature potestative, l'ODM peut adresser à l'entreprise de transport aérien un simple avertissement sans prendre immédiatement de sanction. Il s'avère donc nécessaire de fixer un délai suffisamment étendu pour pouvoir prendre en compte ces situations.

Cette modification légale sert les intérêts des entreprises de transport aérien, puisque le droit en vigueur fixe un délai de prescription de sept ans pour les poursuites pénales et de cinq ans pour la peine (cf. art. 120c, al. 3).

Le délai de prescription court, en cas de violation du devoir de diligence, dès que l'autorité de contrôle aux frontières constate qu'un ou plusieurs passagers sont démunis du document de voyage, du visa ou du titre de séjour nécessaires (cf. art. 92 P-LEtr). Le constat est établi sur la base d'un rapport de contrôle frontière. La date de l'interdiction d'entrée fixe le point de départ du délai.

En cas de violation de l'obligation de communiquer, c'est à partir de la date de départ effective du vol que court le délai de prescription (cf. art. 104, al. 1, P-LEtr).

*Al. 3*

Afin de tenir compte du caractère administratif de la procédure, l'art. 120e, al. 2, est abrogé et figure dans le nouvel art. 122c, al. 3, P-LEtr, sous une forme modifiée. A l'instar de ce que prévoit déjà le droit actuel, l'ODM reste l'autorité compétente chargée de prononcer les sanctions, seul le droit procédural change. Désormais, la procédure relative aux sanctions ne relève plus du droit pénal administratif, mais du droit administratif.

*Art. 126c (nouveau)*                      *Disposition transitoire concernant la modification du ... de la LEtr*

Après la modification apportée à la LEtr, les nouvelles procédures pour violation du devoir de diligence ou de l'obligation de communiquer ne seront plus soumises au droit pénal administratif, mais au droit administratif. Les procédures déjà engagées devront cependant être menées à leur terme sous l'ancien droit, sur le plan tant formel que matériel, jusqu'à l'entrée en force de la sanction et ce, même après l'entrée en vigueur du nouveau droit. En effet, tout changement de droit matériel et

de droit de procédure applicable dans une procédure en cours ne manquerait pas de poser toute une série de difficultés difficiles à résoudre.

## **2.2 Commentaires relatifs aux modifications de la loi sur l'asile (LAsi)<sup>32</sup>**

*Art. 92* Frais d'entrée et de départ

L'art. 92 LAsi confère à la Confédération la compétence de prendre en charge les frais liés à l'entrée et au départ de réfugiés et de personnes à protéger (al. 1), de même que les frais de départ des requérants d'asile si ceux-ci sont indigents (al. 2). L'al. 3 précise que la Confédération peut verser aux cantons des subventions pour les frais qui sont en rapport direct avec l'organisation du départ.

Lors de l'introduction des accords d'association à Dublin, il n'était pas prévu que les coûts liés à leur mise en œuvre soient supportés par les cantons. Au contraire, leur prise en charge incombait à la Confédération dans la mesure où l'exécution de ces accords était une prérogative fédérale. Le législateur a cependant omis de régler les modalités de financement des coûts qui allaient être occasionnés pour les cantons lors de procédures de transfert de personnes vers la Suisse (procédures Dublin-in). Il convient donc de remédier à cette lacune en apportant une précision à l'al. 3<sup>bis</sup> (voir aussi les explications sous ch. 1.1).

*Al. 3<sup>bis</sup> (nouveau)*

Les frais liés à l'organisation de l'arrivée de requérants d'asile dans le cadre de procédures Dublin-in sont similaires à ceux engendrés lors d'un départ. L'art. 92, al. 3<sup>bis</sup> est ajouté pour donner à la Confédération la compétence de prendre en charge les frais qui sont en rapport direct avec l'accueil de personnes.

Les contributions versées aux cantons doivent permettre de couvrir les frais d'organisation de l'accueil, d'information de l'ODM, de contrôle de sécurité, de coordination et de transfert vers le canton d'attribution. La Confédération prend actuellement en charge ces frais en les portant en compte sur le crédit affecté aux coûts d'exécution (voir aussi les explications sous ch. 1.1). Jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification, l'ODM continuera à prendre en charge les frais qui sont en relation avec les procédures de transfert Dublin-in.

## **2.3 Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)<sup>33</sup>**

*Art. 3* But du système d'information

*Al. 2, let. k (nouvelle)*

L'Association des offices suisses du travail (AOST) a besoin de disposer de nouveaux droits d'accès pour accomplir ses tâches en rapport avec la procédure d'annonce conformément à la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures

<sup>32</sup> RS 142.31

<sup>33</sup> RS 142.51

d'accompagnement (loi sur les travailleurs détachés<sup>34</sup>). Par exemple, les autorités compétentes en matière de marché du travail devront à l'avenir accéder aux avertissements en cas de retard ou de manquement à s'annoncer avant l'entrée en activité ou d'amende prononcée lorsque l'annonce est effectuée après l'entrée en activité. En vertu de l'art. 17 LPD, les données sensibles ou les profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Comme les nouveaux droits accordés aux autorités compétentes en matière de marché du travail leur permettent d'accéder à des données considérées comme sensibles au sens de l'art. 3, let. c, ch. 4, LPD, il est indispensable d'adapter la LDEA en conséquence. L'art. 9, al. 1, let. a, LDEA en vigueur prévoit déjà que les autorités cantonales compétentes en matière de marché du travail sont autorisées à accéder à SYMIC.

#### *Art. 9                    Accès en ligne*

##### *Al. 1, let. k, et al. 2, let. j (nouvelles)*

*Accès des autorités compétentes en matière de visas aux données du SYMIC.* L'art. 9 LDEA régit les accès au système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (SYMIC). Dans le cadre de la mise en œuvre du système national d'information sur les visas, il a été prévu d'abroger certains accès octroyés aux autorités compétentes en matière de visas en raison de la suppression des données sur les visas du SYMIC, soit du sous-système EVA. Or, dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau système national sur les visas, il apparaît que les autorités chargées d'octroyer des visas (art. 109c, let. a, b, c et e LEtr) devraient accéder à certaines données du SYMIC autres que celles relatives aux visas. Il s'agit notamment des données relevant du domaine des étrangers (art. 9, al. 1, let. k). Sont visées ici les données concernant les interdictions d'entrée prononcées par la Suisse, ainsi que les données relatives à toute autorisation d'entrée et de séjour, au séjour effectué en Suisse, éventuellement aux identités multiples d'une personne.

Dans le domaine de l'asile, les représentations et les missions suisses à l'étranger ainsi que les autres autorités du département fédéral des affaires étrangères (DFAE) ou les autorités migratoires cantonales devraient savoir si le SYMIC contient des informations sur le demandeur de visa (art. 9, al. 2, let. j). Après avoir effectué des recherches dans les systèmes périphériques, le nouveau système national d'information sur les visas (N-VIS) dresse une liste de résultats fournissant des informations sommaires sur le motif de chaque résultat trouvé, par exemple « Données en matière d'asile disponibles » en cas de résultat trouvé dans SYMIC asile. Cela signifie que les collaborateurs détachés employés dans les représentations à l'étranger seraient désormais informés des résultats dans SYMIC asile, pour autant que la demande d'asile ne date pas de plus de cinq ans. Néanmoins, l'accès des représentations à l'étranger à des informations supplémentaires restera bloqué. Aujourd'hui, le message « Ce cas relève de la compétence de l'ODM » s'affiche dans ce type de cas avec le système EVA. Implicitement, les collaborateurs qui traitent les visas savent cependant aujourd'hui déjà que SYMIC asile contient probablement un résultat dans les cas concernés. Dorénavant, ces informations devront être transmises aux collaborateurs détachés dans les représentations à l'étranger pour assurer une meilleure transparence et éviter les questions inutiles. De

plus, les autorités chargées des visas doivent être en mesure de consulter les données personnelles et celles relatives aux autorisations d'entrée (art. 9, al. 2, let. j) lorsqu'elles doivent accorder une autorisation d'entrée en vue d'un regroupement familial dans le domaine de l'asile (membres de la famille de réfugiés reconnues, de personnes admises à titre provisoire ou de personnes dont la procédure d'asile est en suspens). Les données relatives à l'autorisation d'entrée portent sur l'autorisation elle-même (code SYMIC) ainsi que sur la date de délivrance de l'autorisation d'entrée. Les données personnelles portent sur le numéro SYMIC, le nom, le prénom, la date de naissance et la nationalité.

Aujourd'hui seul le Corps des gardes frontière et les postes frontière des polices cantonales, ont, mis à part l'ODM, un accès aux données asile, dans le cadre de l'octroi de visas exceptionnels (art. 9, al. 2, let. e LDEA).

Ces accès autorisés au SYMIC auront lieu par l'intermédiaire du nouveau système national d'information sur les visas de manière automatisée, lors de l'examen d'une demande de visa. Seuls les collaborateurs compétents pour traiter les demandes auront accès aux données qui seront définies précisément dans le cadre de l'ordonnance SYMIC. Ces informations ne sont utilisées que dans le cadre de la décision d'octroi ou de refus de visas et sont effacées dès que l'autorité a pris une décision.

De manière générale, des informations relatives au demandeur de visa obtenues d'autres banques de données seront accessibles dans le système national sur les visas à l'autorité compétente pour octroyer ou refuser le visa ainsi qu'à l'ODM durant une certaine période afin que ceux-ci puissent statuer. Dans la grande majorité des cas une demande de visa est traitée dans les 3 jours. Dans certains cas, notamment les demandes de visas liées à une autorisation de séjour en Suisse, la durée de la procédure peut aller jusqu'à 6 mois. Dès que le visa est octroyé ou refusé, les informations en question sont automatiquement effacées.

Il faut ici souligner qu'afin d'assurer la continuité des accès aux données du SYMIC, les abrogations concernant l'art. 9 LDEA prévues dans le cadre de la mise en œuvre du système central d'information sur les visas<sup>35</sup> devront être effectives uniquement lors de l'entrée en vigueur des présentes adaptations de l'art. 9 LDEA.

## **2.4 Commentaires relatifs aux modifications de la loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)<sup>36</sup>**

*Art. 7*            Droit d'accès

*Al. 3*

Adaptation de nature rédactionnelle par la commission de rédaction de la Chancellerie fédérale.

<sup>35</sup> Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement et de la décision relatifs au système d'information sur les visas (VIS), RO 2010 2063.

<sup>36</sup> RS 361

*Art. 15*            Système de recherches informatisées de police

*Al. 1, let. d et d<sup>bis</sup> (nouveau) et 3, let. f*

Les articles 15 et 16 LSIP nécessitent des adaptations au vu de la teneur du nouvel article 104a LEtr, lequel prévoit la comparaison automatisée des données API avec celles des systèmes RIPOL et N-SIS. Cette comparaison automatisée ne requiert aucun élargissement des accès aux banques de données RIPOL et N-SIS dont l'ODM bénéficie actuellement. Seules les tâches sont différentes et conduisent en l'occurrence aux modifications des articles 15, al. 1, let. d et al. 3, let. f et 16, al. 2, let. i et al. 5, let. b<sup>bis</sup> LSIP ainsi qu'au nouvel art. 15, al. 1, let. d<sup>bis</sup> (voir également le commentaire relatif à l'art. 104a, al. 3, LEtr).

*Art. 16*            Partie nationale du Système d'information Schengen

*Al. 2, let. i, et al. 5, let. b<sup>bis</sup> (nouvelles)*

Voir le commentaire relatif à l'art. 15, al. 1, let. d. LSIP.

### **3 Conséquences pour les finances et le personnel**

#### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

La modification de la LEtr concernant les violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien n'entraîne pas de coûts supplémentaires pour la Confédération. Le système d'information sur les visas (N-VIS) est financée par le crédit d'informatique Schengen. Les modifications de la LEtr concernant la sauvegarde des résultats du SIS et de RIPOL (art. 109b, al. 2, let. e, P-LEtr) ne devraient pas engendrer de frais supplémentaires. La modification de loi ayant trait au dossier électronique (art. 109b, al. 2, let. d, P-LEtr) permet de créer la base légale nécessaire pour tenir des dossiers relatifs aux demandeurs de visas sous forme électronique. La question de l'ampleur avec laquelle ce projet doit être mis en œuvre n'a cependant pas été définitivement tranchée. Elle est actuellement examinée dans le cadre de réflexions générales visant à optimiser les procédures dans le domaine des visas. Aussi les conséquences pour les finances et le personnel ne sont-elles pas encore chiffrables. Selon le type de mise en œuvre, les coûts liés à un tel projet devraient néanmoins être importants.

En revanche, les modifications légales effectuées dans le cadre de la mise en œuvre du nouveau système d'information sur les visas auront sans doute des répercussions financières. La mise en œuvre du nouveau système d'information sur les visas (N-VIS) est financée par le crédit d'informatique Schengen. Les modifications de la LEtr concernant la sauvegarde des résultats du SIS et de RIPOL (art. 109b, al. 2, let. e, P-LEtr) ne devraient pas engendrer de frais supplémentaires. La modification de loi ayant trait au dossier électronique (art. 109b, al. 2, let. d, P-LEtr) permet de créer la base légale nécessaire pour tenir des dossiers relatifs aux demandeurs de visas sous forme électronique. La question de l'ampleur avec laquelle ce projet doit être mis en œuvre n'a cependant pas été définitivement tranchée. Elle est actuellement examinée dans le cadre de réflexions générales visant à optimiser les procédures dans le domaine des visas. Aussi les conséquences pour les finances et le personnel ne sont-elles pas encore chiffrables. Selon le type de mise en œuvre, les coûts liés à un tel projet devraient néanmoins être importants.

La proposition de modification de l'art. 82 P-LEtr entraîne des coûts d'investissement pour la Confédération. En effet, la participation de la Confédération à hauteur de 35 % aux frais de construction reconnus pour la réalisation de 250 nouvelles places de détention administrative (de manière analogue aux prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures) devrait engendrer des coûts supplémentaires d'au moins 45 millions de francs (cf. également les explications relatives au ch. 1.2.2).

La modification proposée à l'art. 82, al. 1, P-LEtr doit permettre, à long terme, de réaliser des économies. Vu l'impossibilité de prévoir avec précision comment

évoluera la situation dans le domaine des mesures de contrainte, il est difficile de chiffrer précisément les économies réalisables. Il convient cependant de partir du principe que l'augmentation du nombre de places de détention conduira les cantons à ordonner plus souvent et plus tôt la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission à l'encontre de personnes tenues de quitter la Suisse à la suite d'une décision entrée en force. D'une part, le nombre de renvois forcés augmentera et, d'autre part, les personnes tenues de partir quitteront plus rapidement le pays, et plus souvent sur une base volontaire. Dans l'ensemble, la modification proposée permettra de raccourcir la durée du séjour de ces personnes en Suisse et contribuera à réduire les frais encourus par les cantons dans le cadre de l'aide d'urgence ou, du moins, à éviter que ces frais n'augmentent. Néanmoins, les effets positifs et les économies mentionnés ci-dessus ne sont pas chiffrables à l'heure actuelle.

Enfin, la réalisation du projet lié au financement des places de détention administrative devrait nécessiter l'engagement de personnel supplémentaire à hauteur de un à deux postes à temps plein au niveau de la Confédération.

### **3.2 Conséquences pour les cantons**

La création et l'aménagement d'établissements de détention administrative engendrera des coûts supplémentaires pour les cantons. Si l'on prend en compte la réalisation d'un ensemble de 250 nouvelles places de détention et une participation de la Confédération aux coûts de construction de l'ordre de 35%, les cantons doivent s'attendre à des coûts supplémentaires d'au moins 80 millions de francs. A cela s'ajouteront des coûts supplémentaires en personnel pour l'encadrement des détenus et l'exploitation des établissements. Par ailleurs, les répercussions que l'initiative sur le renvoi pourrait avoir sur les besoins en matière de places de détention administrative ne peuvent pas encore être établies en raison de l'état actuel d'avancement des travaux de mise en œuvre de l'initiative.

La modification de la LEtr quant aux violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien ainsi qu'au système API n'entraînera pas de coûts supplémentaires pour les cantons.

Les modifications légales concernant la mise en œuvre du nouveau système national d'information sur les visas ne devraient pas non plus entraîner de frais supplémentaires. En ce qui concerne la mise en œuvre des dossiers électroniques mentionnée au point 3.1, les conséquences financières et les effets sur l'état du personnel ne sont pas encore chiffrables.

## **4 Aspects juridiques**

### **4.1 Constitutionnalité**

Le projet de modification de la LEtr et de la LAsi se fonde sur l'art. 121, al. 1, de la Constitution fédérale<sup>37</sup> (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers).

<sup>37</sup> RS 101

Le législateur fédéral peut donc créer une base légale prévoyant le versement d'indemnités aux cantons dans le domaine de l'asile et des étrangers. Ces indemnités doivent permettre de financer tout ou partie des tâches confiées aux cantons.

## **4.2 Compatibilité avec le droit international**

Les modifications de loi proposées sont conformes à la Convention du 4 novembre 1950<sup>38</sup> relative à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi qu'au Pacte international du 16 décembre 1966<sup>39</sup> relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II).

La Cour européenne des droits de l'homme a de manière constante exprimé son souci de laisser au législateur national le pouvoir d'organiser son ordre juridique et de soumettre les sanctions administratives à la loi de procédure de son choix, car les garanties de l'art. 6 CEDH ne sont nullement touchées par le choix de la procédure applicable, que celle-ci soit pénale ou administrative.

En ce qui concerne les violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer des entreprises de transport aérien, il convient de souligner que la nouvelle réglementation n'implique pas de renoncer à l'élément de la culpabilité. D'une part, il appartient aux parties de prouver qu'elles n'ont pas violé leur devoir de diligence et, d'autre part, la loi prévoit de nombreux cas de figure dans lesquels une sanction est d'emblée exclue en raison de doutes quant à la culpabilité du transporteur.

Les modifications de loi proposées tiennent compte des actes juridiques supérieurs, en particulier de l'art. 26 CAAS et des directives complémentaires 2001/51/CE et 2004/82/CE que la Suisse a reprises dans le cadre de la coopération Schengen.

<sup>38</sup> RS 0.101

<sup>39</sup> RS 0.103.2