



**Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral des migrations ODM**

ODM, Quellenweg 6, CH-3003 Berne-Wabern

**Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre
la Suisse et l'UE sur la reprise du code frontières Schengen
(développement de l'acquis de Schengen)**

**et
Modifications du droit des étrangers et du droit d'asile en
vue de la mise en œuvre totale de l'acquis de Schengen et
Dublin déjà repris (amélioration)**

Rapport explicatif

du ...

Sommaire

1 Situation initiale	4
1.1 Acceptation des accords bilatéraux d'association à Schengen et à Dublin	4
2 Développement de l'acquis de Schengen	4
2.1 Généralités	4
2.2 Procédure de reprise	5
2.3 Compétence de l'Assemblée fédérale	6
2.4 Conséquences possibles d'une non-reprise	6
3 Reprise du code frontières Schengen (développements de l'acquis de Schengen)	6
3.1 Teneur du code frontières Schengen	6
3.2 Nécessité d'adaptation des dispositions du droit suisse	7
4 Améliorations apportées au droit national visant à la mise en œuvre complète de l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris	8
4.1 Remarque préliminaire	8
4.2 Aperçu des améliorations à apporter dans les domaines de la LEtr, de la LAsi et de la LDEA	8
5 Partie spéciale	9
5.1 Adaptation de la LEtr au code frontières Schengen en marge du développement de l'acquis de Schengen	9
5.1.1 Procédure en cas de refus d'entrée prononcé en application des dispositions du code frontières Schengen	9
5.1.2 Transposition dans la LEtr	10
5.1.3 Adaptation de l'ordonnance	12
5.2 Adaptations de la LEtr à l'acquis de Schengen et Dublin déjà repris (améliorations)	13
5.2.1 Mise en application de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (renseignements préalables concernant les voyageurs [procédures RPCV])	13
5.2.2 Renvoi facilité des étrangers en vertu des accords d'association à Dublin 16	
5.2.3 Dispositions pénales pour les entreprises de transport	18
5.3 Autres adaptations de la LAsi à l'acquis de Dublin déjà repris	21
5.3.1 Demande d'asile à la frontière (art. 21 LAsi)	21
5.3.2 Procédure à l'aéroport (art. 22 LAsi)	22
5.3.3 Interception en Suisse lors de l'entrée illégale près de la frontière (art. 24 LAsi)	24
5.3.4 Relevé de données biométriques par des tiers	24
5.3.5 Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)	25

5.4 Compétence du DFJP à conclure des accords sur les questions organisationnelles et techniques en matière de réadmission de ressortissants du propre pays	27
5.4.1 Remarque préliminaire	27
5.4.2 Commentaires concernant la disposition	27
5.5 Conséquences pour la Confédération	27
5.5.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	27
5.6 Conséquences pour les cantons et les communes	28
6 Compatibilité avec le droit européen et le droit international	29
7 Aspects juridiques	29
7.1 Constitutionnalité	29
7.2 Arrêté d'approbation	29
Annexes : note du ... (projet), incluant le code frontières Schengen, projets d'actes législatifs	

Rapport

1 Situation initiale

1.1 Acceptation des accords bilatéraux d'association à Schengen et à Dublin

Le 5 juin 2005, le peuple suisse a approuvé les accords bilatéraux d'association à Schengen et à Dublin¹. La Suisse s'est engagée à reprendre dans son droit national tous les actes juridiques de l'UE auxquels il est fait référence dans l'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS)² et l'Accord d'association de la Suisse à Dublin (AAD)³, que l'on appelle les acquis de Schengen et de Dublin⁴. Notre pays s'est en outre dit prêt à reprendre, en principe, tous les actes juridiques ultérieurs concernant Schengen ou Dublin adoptés après le 26 octobre 2004 dans l'UE et à les transposer, si nécessaire, dans le droit suisse (développement de l'acquis de Schengen et de Dublin).

La Suisse a ensuite ratifié les deux accords d'association le 20 mars 2006. Pour que l'AAS et l'AAD puissent entrer en vigueur, il est nécessaire que les Etats membres de la CE et de l'UE les ratifient, ce qui devrait se produire mi 2007.

Toutefois, l'application effective des accords ne débute pas déjà au moment de l'entrée en vigueur, mais seulement après que le Conseil de l'UE a constaté dans une décision que la Suisse remplit les conditions nécessaires pour participer à la coopération mise en place par Schengen (c.-à-d. la mise en application ; cf. le message « Accords bilatéraux II », FF 2004 5761). Par conséquent, la mise en application des accords devrait avoir lieu en automne 2008. La clôture de tous les travaux de mise en œuvre en Suisse et une évaluation réussie de la Suisse par tous les Etats Schengen constituent les conditions préalables.

2 Développement de l'acquis de Schengen

2.1 Généralités

Depuis la signature des accords d'association à Schengen et Dublin le 26 octobre 2004, l'acquis de Schengen a connu un certain nombre de développements. Ainsi, jusqu'au mois d'août 2006, des développements concernant à ce jour dix différents domaines du droit des étrangers (procédure d'entrée et procédure en matière de visas) ont été notifiés à la Suisse par l'UE. Il s'agit surtout de développements de nature technique. En tant que futur Etat Schengen, la Suisse doit reprendre ces actes

1 Cf. l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin, FF 2004 6709.

2 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 (FF 2004 6071)

3 Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (FF 2004 6103)

4 Cf. annexes A et B AAS (FF 2004 6081) et art. 1 AAD (FF 2004 6105).

juridiques selon une procédure spéciale qui respecte les droits découlant de la démocratie directe⁵ et les transposer dans son droit national (voir ch. 2.2).

Du fait de leur importance et de leur portée, deux des développements notifiés par l'UE dans le domaine du droit des étrangers relèvent de la compétence du législateur (art. 166, al. 2, Cst.). Il s'agit, d'une part, du règlement (CE) n° 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les Etats membres (règlement de la CE sur les documents d'identité)⁶ et, d'autre part, du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)⁷.

Les modifications de la loi sur les étrangers (LEtr) nécessaires à la reprise et à la mise en œuvre du règlement de la CE sur les documents d'identité seront effectuées conjointement aux adaptations de la loi fédérale sur les documents d'identité des ressortissants suisses vu les liens étroits à raison de la matière entre les deux projets⁸. Une consultation concernant ce développement de l'acquis de Schengen est en cours⁹.

D'une importance particulière, le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen¹⁰, cf. ch. 3.1), qui a été adopté le 15 mars 2006 et est entré en vigueur dans les autres Etats Schengen le 13 octobre 2006, fait l'objet du présent rapport. Il a été notifié à la Suisse en tant que développement de l'acquis de Schengen le 9 mars 2006.

2.2 Procédure de reprise

Une procédure spéciale est prévue à l'art. 7 AAS pour la reprise et la mise en œuvre des développements de Schengen. Ainsi, lorsqu'il y a un développement de l'acquis de Schengen, l'acte juridique UE y relatif est notifié à la Suisse. Notre pays doit informer l'UE dans les 30 jours de sa décision de reprendre le nouvel acte juridique. S'agissant des développements de l'acquis de Schengen notifiés par l'UE à la Suisse avant l'entrée en vigueur de l'AAS, le délai de remise de la note de réponse de la Suisse commence à courir le jour de l'entrée en vigueur de l'AAS (art. 14, al. 3 AAS).

Par conséquent, notre pays reprend les nouveaux développements par le biais d'un échange de notes qui représente, du point de vue de la Suisse, un traité de droit international public. En fonction de la teneur de l'acte juridique de l'UE à reprendre,

⁵ Cf. Message relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »), FF 2004 5593, 5753 ss.

⁶ JO L 385 du 29 décembre 2004, p. 1.

⁷ JO L 105 du 13 avril 2006, p. 1.

⁸ Projet mis en consultation le 15 juillet 2005 : Introduction du passeport biométrique. Avant-projet de révision de la loi et de l'ordonnance sur les documents d'identité des ressortissants suisses, FF 2005 4125 et dossier envoyé en consultation concernant l'approbation et la mise en œuvre d'un développement de l'acquis de Schengen dans le domaine du droit sur les documents d'identité et du droit des étrangers, FF 2006 ...

⁹ <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html>

¹⁰ JO L 105 du 13 avril 2006, p. 1.

c'est le Conseil fédéral ou le Parlement (de même que le peuple dans le cadre du référendum facultatif) qui est compétent pour l'approbation de cet accord.

Si la conclusion de l'échange de note relève de la compétence de l'Assemblée fédérale ou si la mise en œuvre nécessite des adaptations légales, la Suisse doit informer l'UE, dans sa note de réponse, qu'elle ne pourra être liée au développement en question qu'après l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles (art. 7, al. 2, let. a, AAS)¹¹. Le délai maximal dont dispose alors la Suisse pour la reprise et la mise en œuvre du développement est de deux ans. Le délai commence à courir le jour de l'entrée en vigueur de l'AAS¹².

2.3 Compétence de l'Assemblée fédérale

En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., l'approbation d'un traité international incombe en règle générale à l'Assemblée fédérale. A titre exceptionnel, le Conseil fédéral peut, selon l'art. 7a LOGA¹³, conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est spécialement attribuée par une loi fédérale ou par un traité international ou lorsqu'il s'agit de traités internationaux de portée mineure.

L'échange de notes sur la reprise du code frontières Schengen ne peut pas être considéré comme un traité international de portée mineure au sens de l'art. 7a LOGA vu que sa mise en œuvre nécessite des adaptations de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹⁴ (cf. ch. 3.2.1). Aucune autre loi ni aucun traité international n'attribue la compétence de conclure un tel accord au Conseil fédéral.

L'échange de notes nécessaire à la reprise du développement de même que les modifications de la LEtr requises pour sa mise en œuvre sont soumis ensemble au Parlement pour approbation, conformément à l'art. 166, al. 2, Cst. Ils sont sujets au référendum facultatif (art. 141, al. 1, let. a et d, ch. 3, Cst.).

2.4 Conséquences possibles d'une non-reprise

En cas de non-reprise du code frontières par la Suisse, la procédure spéciale prévue dans l'Accord d'association à Schengen, à savoir la suspension, voire la cessation de l'accord, pourrait être appliquée.

3 Reprise du code frontières Schengen (développements de l'acquis de Schengen)

3.1 Teneur du code frontières Schengen

Le code frontières Schengen remplace des dispositions déterminantes de la convention d'application de l'accord 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

¹¹ cf. la note en annexe.

¹² Concernant l'ensemble du présent chiffre, voir le message « Accords bilatéraux II », FF 2004 5593, 5753ss

¹³ RS 172.010

¹⁴ RS 142.20

communes (CAS)¹⁵, convention signée le 19 juin 1990. Ainsi, les art. 2 à 8 CAS, qui réglaient l'entrée et le contrôle à la frontière, ne seront plus valables à partir du 13 octobre 2006.

Parallèlement, le Manuel commun¹⁶, qui complète ces directives de manière plus concrète, ainsi que d'autres règlements de la CE et décisions du comité exécutif de Schengen seront abrogés et remplacés par les nouvelles dispositions figurant dans le code frontières Schengen (cf. art. 39 code frontières Schengen).

Le code frontières regroupe ainsi en un acte juridique unique ces dispositions figurant actuellement dans différents textes. Il s'agit pour l'essentiel de prescriptions relatives au passage de la frontière extérieure, aux conditions d'entrée, à l'exécution des contrôles à la frontière, à la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures et au refus d'entrée.

Les frontières extérieures (=frontière entre les Etats Schengen et les Etats non membres de Schengen) ne peuvent être franchies que si les conditions d'entrées prévues par l'acquis de Schengen sont remplies. Les personnes qui franchissent les frontières extérieures sont soumises à un contrôle frontières. Les modalités de ce contrôle sont définies de manière détaillée dans le code frontières Schengen. Ainsi, il convient notamment d'aménager des couloirs séparés aux points de passage des frontières et d'apposer un cachet sur les documents de voyage de ressortissants d'un pays tiers. Le code frontières détermine en outre dans quelle mesure ces contrôles peuvent faire l'objet d'un assouplissement. Il fixe également la procédure à appliquer en cas de refus d'entrée (prononcé de la décision, voies de recours, etc.).

Outre le contrôle à la frontière extérieure, le code frontières règle la procédure applicable lors du passage des frontières intérieures (=frontière entre les Etats Schengen), soit notamment la suppression des contrôles aux frontières intérieures, la réintroduction temporaire de ces contrôles et la procédure à appliquer en la matière.

Enfin, le code frontières contient aussi des prescriptions sur le personnel effectuant les contrôles aux frontières, sur les moyens financiers affectés à ces contrôles et sur la collaboration entre les Etats membres.

3.2 Nécessité d'adaptation des dispositions du droit suisse

Le code frontières Schengen est une directive européenne détaillée qui est directement applicable et ne doit pas être transposée dans le droit national. Néanmoins, il est nécessaire d'adapter la LEtr afin d'éviter des contradictions normatives entre le droit interne et le code frontières.

Le code frontières Schengen prévoit que, pour chaque refus d'entrée à la frontière extérieure, une décision écrite devra obligatoirement être rendue au moyen d'un formulaire spécial. Le refus doit être notifié à la frontière au ressortissant concerné

¹⁵ JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19

¹⁶ Manuel commun (JO C 313 du 16 décembre 2002, p. 97) modifié par les décisions suivantes :
- 2003/454/CE du 13 juin 2003 (JO L 152 du 22 juillet 2003, p. 82),
- 2003/585/CE du 28 juillet 2003 (JO L 198 du 6 août 2003, p. 13),
- 2003/586/CE du 28 juillet 2003 (JO L 198 du 6 août 2003, p. 15),
- 2004/466/CE du 29 avril 2004 (JO L 195 du 2 juin 2004, p. 44) et
- 2004/574/CE du 29 avril 2004 (JO L 261 du 6 août 2004, p. 36).

de l'Etat tiers. La décision est immédiatement exécutoire, mais peut faire l'objet d'un recours, pour autant que le droit national le permette.

Or, selon la nouvelle LEtr, une décision formelle ne doit pas être rendue obligatoirement dans tous les cas, mais seulement sur demande expresse (art. 7, al. 2¹⁷, art. 64, al. 2, art. 65, al. 2, LEtr). La mise en œuvre du développement prévu dans le code frontières Schengen requiert donc d'adapter la LEtr en conséquence (voir à ce sujet les explications figurant sous le chiffre 4.1).

4 Améliorations apportées au droit national visant à la mise en œuvre complète de l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris

4.1 Remarque préliminaire

Lors des travaux de préparation aux développements de l'acquis de Schengen mentionnés plus haut, on a constaté que certaines prescriptions du droit sur les étrangers et sur l'asile, qui avaient été adaptées en 2004 à l'acquis de Schengen (état : 26 octobre 2004) suite à l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004 portant approbation et mise en œuvre des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin¹⁸, doivent être réexaminées et complétées. Lorsque la nécessité de ces adaptations est apparue, les travaux législatifs liés au droit des étrangers et de l'asile étaient déjà terminés. Aussi, afin d'éviter non seulement toute lacune lors de la mise en œuvre mais aussi un report du délai de mise en application de l'accord d'association à Schengen, il convient de traiter ces améliorations en même temps que le développement de l'acquis de Schengen.

4.2 Aperçu des améliorations à apporter dans les domaines de la LEtr, de la LAsi et de la LDEA

Outre les adaptations à effectuer suite aux développements de l'acquis de Schengen, il y a lieu de procéder à des améliorations de la LEtr, de la loi sur l'asile (LAsi)¹⁹ et de loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)²⁰. Il ne s'agit pas ici de développements, mais de compléments et d'améliorations en vue de la mise en œuvre des acquis de Schengen et de Dublin, que la Suisse a déjà repris dans l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004²¹ (voir le message « Accords bilatéraux II »²²). Il est donc superflu de procéder à un échange de notes supplémentaire en vue de la reprise des directives concernées.

Contrairement aux développements, qui sont régis par une réglementation des délais particulière, (cf. chiffre 2.2), les améliorations doivent être intégrées dans le droit suisse au plus tard au moment de la mise en application des accords d'association à Schengen et à Dublin.

¹⁷ Cf. disposition afférente à la coordination figurant à l'art. 127 LEtr.

¹⁸ FF 2004 6709

¹⁹ RS 142.31

²⁰ RS 142.51

²¹ FF 2004 6709

²² FF 2004 5593

Les modifications et adaptations suivantes sont proposées :

- L'introduction de prescriptions dans la LETr en vue de la mise en œuvre de la Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers²³ (renseignements préalables concernant les voyageurs [procédure RPCV]) ;
- la création de bases légales dans la LDEA permettant d'utiliser le nouveau système d'information central sur la migration (SYMIC) également pour des tâches liées à l'application des accords d'association à Schengen et à Dublin ;
- l'introduction dans la LETr d'un type de renvoi particulier en rapport avec la procédure Dublin pour les personnes qui n'ont pas demandé l'asile en Suisse, mais qui ont déposé une demande d'asile dans un Etat signataire d'un accord d'association à Dublin ;
- une réglementation de la procédure conforme à Dublin dans la LAsi pour les demandes d'asile à la frontière, dans les zones frontalières, à l'aéroport ou dans le pays ;
- la promulgation d'une norme de délégation en faveur du Département fédéral de justice et police (DFJP) pour la conclusion d'accords traitant des questions d'ordre organisationnel et technique en matière de réadmission des propres ressortissants.

5 Partie spéciale

5.1 Adaptation de la LETr au code frontières Schengen en marge du développement de l'acquis de Schengen

5.1.1 Procédure en cas de refus d'entrée prononcé en application des dispositions du code frontières Schengen

La procédure appliquée en cas de refus d'entrée à la frontière extérieure est régie par l'art. 13 du code frontières Schengen. Contrairement aux prescriptions de l'acquis de Schengen, les Etats Schengen doivent dorénavant, s'agissant des refus d'entrée, impérativement prévoir des voies de droit dont la procédure est régie par le droit national. Le code frontières Schengen prévoit aussi que cette voie de droit n'a pas d'effet suspensif et que la décision de refus d'entrée peut être exécutée, malgré le dépôt d'un recours, pour autant qu'aucune disposition de droit international public ne s'y oppose (Convention relative au statut des réfugiés ou CEDH). Selon le code frontières Schengen, les autorités chargées du contrôle à la frontière sont tenues dans tous les pays Schengen, de notifier le refus d'entrée à la personne concernée au moyen d'un formulaire uniforme²⁴ qui contiendra, outre les indications relatives aux voies de droit, les raisons qui ont conduit à une décision de refus d'entrée.

Cette procédure s'applique uniquement aux refus d'entrée à la frontière extérieure, c.-à-d. à l'entrée dans l'espace Schengen d'une personne en provenance d'un Etat tiers (art. 1 et 13 du code frontières Schengen). Aux frontières intérieures, cette procédure est applicable à titre exceptionnel lorsque le contrôle des personnes y est

²³ JO L 261 du 6 août 2005, p. 24

²⁴ Annexe V, Partie B, code frontières Schengen (JO L 105 du 13 avril 2006, p. 23)

réintroduit temporairement (art. 28 code frontières Schengen). Pour la Suisse, cela signifie que cette procédure ne sera utilisée qu'en cas d'entrée dans notre pays via un aéroport ou un aérodrome qui autorise l'atterrissage des avions transportant des personnes depuis une localité hors espace Schengen (cf. message « Accords bilatéraux II », FF 2004 5764). En revanche, ces prescriptions ne s'appliquent pas au franchissement des frontières intérieures entre la Suisse et ses quatre pays voisins, également liés par l'accord d'association à Schengen.

5.1.2 Transposition dans la LEtr

5.1.2.1 Situation juridique actuelle

La LEtr prévoit de refuser l'entrée à la frontière de manière informelle (sans décision écrite) lorsqu'un étranger ne remplit pas les conditions requises. De plus, les personnes se trouvant en Suisse pour un séjour de courte durée non soumis à autorisation peuvent être renvoyées sans décision formelle si, au cours de leur séjour, elles ne remplissent plus les conditions d'entrée en Suisse. A la demande expresse de l'intéressé, les autorités sont toutefois tenues de rendre une décision sujette à recours, contre paiement d'un émolument (art. 7, al. 2, art. 64, al. 1 et art. 65, al. 1, en relation avec l'art. 127 LEtr).

En principe, le droit suisse des étrangers ne prévoit ainsi pas de procédures différentes qu'il s'agisse d'un renvoi immédiat à la frontière ou d'un renvoi de Suisse après entrée dans le pays.

5.1.2.2 Incidences sur la LEtr

Le refus d'entrée sans décision formelle figurant dans la LEtr ne pourra pas être maintenu lors de la reprise du code frontières Schengen. A l'avenir, une telle décision devra, dans tous les cas, être motivée et notifiée au moyen du formulaire prévu par le code frontières. De plus, une possibilité d'interjeter recours devra être accordée.

Comme mentionné plus haut, l'art. 13 du code frontières Schengen ne concerne que le refus d'entrée aux frontières extérieures. Par conséquent, la procédure formelle de refus d'entrée ne devrait être appliquée dans la pratique que pour un renvoi ou un refus d'entrée à l'aéroport au sens de l'art. 65, al. 1, LEtr, pour autant que des personnes entrent en Suisse en provenance directe d'un lieu situé hors de l'espace Schengen. C'est uniquement dans ces circonstances qu'une frontière extérieure de Schengen peut-être considérée comme franchie.

Lorsqu'un refus d'entrée a été prononcé à la frontière terrestre suite à un contrôle de personnes de nature policière, la procédure particulière du code frontières ne s'applique pas, vu qu'il s'agit d'une frontière nationale suisse et non d'une frontière extérieure Schengen. En revanche, la procédure du code frontières devrait être appliquée si la Suisse, en vertu des art. 23 à 25 du code frontières Schengen, réintroduisait temporairement les contrôles à la frontière intérieure (art. 28 code frontières). Pour ce motif, il convient d'adapter également l'art 7, al. 2, LEtr.

Le code frontières ne s'applique jamais lors d'un renvoi informel au sens de l'art. 64, al. 1, LEtr, prononcé en cas de séjour non soumis à autorisation ou de situation irrégulière, car il ne s'agit pas ici d'un refus d'entrée mais d'un renvoi de Suisse.

Cependant, il ne serait guère défendable d'un point de vue juridique, ni applicable dans la pratique, de maintenir le renvoi sans décision formelle en cas de séjour non soumis à autorisation ou de situation irrégulière et de n'appliquer la procédure formelle de Schengen qu'en cas de refus d'entrée à l'aéroport ou, lors d'une réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures, à une frontière nationale. En fait, lorsqu'une entrée en Suisse a eu lieu légalement, dans le respect des conditions d'entrée, et qu'un renvoi est ordonné ultérieurement, au sens de l'art. 64, al. 1, LEtr (motivé, p. ex., par l'absence des moyens financiers nécessaires au séjour), il devrait exister une protection juridique équivalente, comme c'est le cas, par exemple, lors d'un refus d'entrée à l'aéroport.

Même si le code frontières Schengen ne prévoit pas de prescriptions expresses en la matière, il semble justifié d'appliquer la même procédure pour les renvois en vertu de l'art. 64 que pour les refus d'entrée à une frontière extérieure Schengen. Cette mesure garantit une procédure uniforme, améliore la transparence et simplifie le travail incombant aux autorités.

5.1.2.3 Commentaires concernant les dispositions

Utilisation d'un formulaire pour les décisions prononcées en vertu des art. 7, 64 et 65 LEtr

En cas de refus d'entrée au sens de l'art. 7, al. 2, LEtr, de renvoi selon l'art. 64, al. 1, LEtr et de renvoi à l'aéroport en vertu de l'art. 65, al. 1, LEtr toute décision de refus d'entrée ou de renvoi doit à l'avenir être notifiée par l'autorité fédérale ou cantonale compétente au moyen d'un formulaire uniforme, comme le prévoit le code frontière Schengen²⁵. En principe, sauf disposition contraire, ces décisions rendues sous la forme de formulaire (ci-après, formulaire-décision) seront immédiatement exécutoires et l'effet suspensif ne sera pas accordé en cas de recours.

Adaptation de l'art. 7, al. 2, LEtr

En principe, le contrôle systématique des personnes aux frontières intérieures (contrôle uniquement parce qu'il y a franchissement de la frontière) est supprimé. Cependant, la Suisse n'ayant pas adhéré à l'union douanière européenne, le contrôle des personnes peut toujours être effectué en relation avec le contrôle des marchandises par le corps des gardes-frontière. Par ailleurs, les autorités cantonales de police et le corps de gardes-frontière sont autorisés à effectuer dans la zone frontalière, en sus des contrôles douaniers, des contrôles de police de sécurité. De telles mesures ne doivent toutefois pas avoir la même ampleur que les vérifications aux frontières (cf. art. 21 du code frontières Schengen). Il est toujours autorisé de procéder à des contrôles lorsque l'objectif n'est pas une vérification à la frontière à proprement parler, mais plutôt lorsqu'ils reposent sur des informations policières ou expériences générales en relation avec des menaces qui peuvent peser sur la sécurité publique et en particulier lorsqu'ils visent à lutter contre la criminalité transnationale. Ils doivent être planifiés et exécutés de telle sorte qu'ils soient clairement différenciés des contrôles systématiques de personnes aux frontières extérieures de Schengen²⁶. Les modalités de ces contrôles seront réglées au niveau

²⁵ Annexe V, Partie B, code frontières Schengen (JO L 105 du 13 avril 2006, p. 23)

²⁶ Message sur les accords bilatéraux II; FF 2004 5699s.

des ordonnances et des directives en tenant compte des prescriptions du code frontières Schengen (art. 7, al. 2, LEtr).

Si un refus d'entrée est prononcé à une frontière intérieure suite à un contrôle de personnes réalisé conformément à ce qui précède, les autorités ayant effectué le contrôle doivent notifier le refus d'entrée au moyen du formulaire-décision prévu à cet effet dans le code frontières Schengen. Cette décision sera immédiatement exécutoire et l'effet suspensif ne sera pas accordé en cas de recours. On peut raisonnablement exiger des personnes renvoyées immédiatement à la frontière intérieure qu'elles retournent dans l'Etat Schengen voisin d'où elles ont tenté d'entrer en Suisse, à moins que des dispositions du droit international public ne s'y opposent (convention relative au statut des réfugiés, CEDH, accord sur la libre circulation des personnes ou dispositions de Dublin). Elles restent d'ailleurs libres de déposer depuis ce pays une nouvelle demande d'entrée auprès des autorités compétentes.

Adaptation de l'art. 64 LEtr

Compte tenu de la réglementation en vigueur, il y a lieu de prévoir à l'art. 64, al. 2 la possibilité de restituer, sur demande, l'effet suspensif. Cette restitution peut être justifiée, selon le cas, en vue de clarifier d'éventuels obstacles à l'exécution du renvoi. Toutefois, la décision de renvoi reste, selon l'al. 3, immédiatement exécutoire en cas de menace concrète pour la sécurité et l'ordre publics ou la sécurité intérieure ou extérieure, ce qui pourrait être fréquent dans ce genre de renvois (p. ex. renvoi de hooligans, manifestants violents, personnes pratiquant le tourisme à but criminel).

Adaptation de l'art. 65 LEtr

En revanche, le refus d'entrée (renvoi) à l'aéroport, en tant que frontière extérieure de Schengen, doit toujours être exécuté immédiatement, dans les limites des possibilités techniques (voir toutefois l'art. 65, al. 3, LEtr, dernière phrase). La personne concernée peut être autorisée à séjourner temporairement à l'aéroport jusqu'au prochain vol de retour (voir à ce sujet, dans son ensemble, le message concernant la LEtr ; FF 2002 3567). Le refus d'entrée, au sens de l'art. 65, al. 1, LEtr, à l'aéroport ne se déroule plus de manière informelle mais doit être notifié par l'office au moyen du formulaire uniforme²⁷, comme le prévoit le code frontières Schengen (art. 65, al. 2, LEtr).

Avantages de cette solution uniforme

Cette solution permet de limiter les tâches administratives incombant aux autorités compétentes tout en tenant compte, de manière appropriée, de la protection juridique des personnes concernées. Cette nouvelle possibilité de recours ne devrait pas entraîner de hausse constante des recours, l'effet suspensif n'étant d'ordinaire pas accordé et les décisions étant immédiatement exécutoires, dans la plupart des cas. Il n'y a donc aucun intérêt à interjeter recours. Par ailleurs, il est encore possible de déposer également une demande d'asile à la frontière intérieure.

5.1.3 Adaptation de l'ordonnance

Outre les modifications de la LEtr, la mise en application du code frontières Schengen nécessite également des adaptations de l'ordonnance. Celles-ci sont insérées dans la nouvelle ordonnance concernant l'entrée et la déclaration d'arrivée

²⁷ Annexe V, Partie B, code frontières Schengen (JO L 105 du 13 avril 2006, p. 23)

des étrangers (OEArr) qui est actuellement révisée en lien avec la mise en vigueur de la LEtr²⁸ en tenant compte du code frontières Schengen. Evidemment, ces adaptations ne prendront effet que lorsque le développement actuel de l'acquis de Schengen sera adopté.

5.2 Adaptations de la LEtr à l'acquis de Schengen et Dublin déjà repris (améliorations)

5.2.1 Mise en application de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers (renseignements préalables concernant les voyageurs [procédures RPCV])

Généralité

Comme exposé au chapitre 4.2, dans l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004²⁹, la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers³⁰ n'est appliquée que de manière incomplète dans le droit des étrangers.

La directive 2004/82/CE vise en premier lieu à lutter de manière plus efficace contre la migration illégale³¹. Elle enjoint les Etats membres d'édicter les prescriptions requises au niveau national en matière d'annonce, afin d'obliger les entreprises de transport à communiquer, avant l'arrivée de l'avion, aux organes responsables du contrôle à la frontière (on parle de « renseignements préalables concernant les voyageurs », RPCV, ou de « Advance Passenger Information », API), certaines données relatives aux passagers.

Le fait que les autorités de contrôle responsables disposent des données relatives aux passagers déjà avant l'arrivée peut faciliter et accélérer le déroulement des vérifications aux frontières. En outre, une procédure RPCV permet d'améliorer l'efficacité des contrôles aux frontières et d'optimiser l'utilisation des modestes ressources humaines en concentrant les efforts sur les aspects prioritaires.

Bien que l'art. 111c LEtr³² vise un objectif similaire, cette disposition ne permet pas d'appliquer la directive 2004/82/CE de manière suffisante sur le plan juridique. Les lacunes portent notamment sur les obligations des entreprises de transport de communiquer certaines données, le cercle des personnes concernées (tous les

²⁸ Cf. le dossier envoyé en consultation concernant ces adaptations, FF...

²⁹ FF 2004 6709

³⁰ JO L 261 du 6 août 2004, p. 24

³¹ Il importe de ne pas confondre les procédures RPCV avec l'accès aux données PNR (*Passenger Name Record*) qui sont recueillies par les entreprises de transport aérien et les agences de voyage en marge de leur service de réservations. Certains Etats exigent de consulter les données PNR au nom de la lutte contre le terrorisme et les délits graves (cf. à ce sujet les accords que la Suisse a conclu avec les USA les 22 décembre 2004, 4 et 29 mars 2005, et avec le Canada le 17 mars 2006). Un accès systématique et large aux données PNR constitue une atteinte significative à la sphère privée. Il ne serait pas justifié d'appliquer une telle mesure uniquement au titre de la prévention de la migration. Elle serait de plus en contradiction avec les principes de la proportionnalité et de l'opportunité. En revanche, les autorités compétentes peuvent, dans un cas individuel, exiger de pouvoir consulter la liste des passagers d'une entreprise de transport aérien à des fins de vérification de l'identité et d'établissement des faits.

³² FF 2005 6933

passagers, même les Suisses, quelle que soit leur nationalité), les sanctions en cas d'omission fautive ou de transmission de données incomplètes ou fausses, ainsi que sur le montant maximal de l'amende. Les nouvelles dispositions proposées dans la LEtr (art. 104 et 120b LEtr) viennent combler ces lacunes.

Ainsi, le nouvel art. 104 LEtr remplace l'article initialement prévu pour régir la communication des données relatives aux passagers, qui n'aurait pas permis d'appliquer correctement la directive.

Art. 104 LEtr

La directive 2004/82/CE laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats membres. Elle n'ordonne pas la communication systématique des données sur tous les passagers transportés, mais elle n'exclut pas un tel principe. En effet, l'art. 3, al. 1 de la directive prescrit uniquement de transmettre les données sur demande et à des fins de contrôle des personnes aux frontières extérieures. Cette obligation d'annonce ne s'applique pas aux vols qui ont lieu à l'intérieur de l'espace Schengen. Selon la situation actuelle, il n'est pas nécessaire d'exiger la communication systématique de toutes les données sur les passagers transportés en Suisse en provenance d'un Etat non-membre de l'Espace Schengen. Pour permettre des contrôles aux frontières efficaces, il suffit de soumettre à l'obligation d'annonce les entreprises qui transportent en Suisse des passagers en partance d'endroits représentant un risque particulier de migration.

L'art. 2 de la directive 2004/82/CE énumère les renseignements devant être transmis à l'avance par une entreprise de transport. Cette liste n'est pas exhaustive. Les Etats membres restent en principe libres d'introduire des obligations supplémentaires³³. Toutefois, il convient de considérer que toute obligation supplémentaire occasionne un surcroît de mesures dans la prise en charge des passagers. Pour cette raison, la France et l'Autriche, par exemple, qui ont déjà adopté une adaptation de loi en la matière, exigent exclusivement les données des catégories énumérées à l'art. 3, al. 2 de la directive. Par ailleurs, il y a lieu de veiller à ce que les entreprises de transport ne soient pas menées à utiliser plusieurs systèmes d'information pour satisfaire aux différentes obligations de chaque Etat. Diverses dispositions et recommandations internationales ont été édictées, notamment par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC), l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et par l'Association du Transport aérien international (IATA), dans le but d'uniformiser la saisie et la communication des données.

Comme évoqué précédemment, l'art. 104, al. 1, LEtr prévoit que l'Office fédéral des migrations (ODM) détermine, après consultation des entreprises de transport aérien, pour quelles liaisons aériennes les renseignements mentionnés dans la directive 2004/82/CE doivent être fournis à l'avance en vue d'améliorer l'exécution des vérifications aux frontières et de lutter plus efficacement contre l'entrée et le passage en transit clandestins. Conformément à l'objectif de la directive, il s'agit de vols en provenance d'aéroports connus comme points de départ de migration illégale. Ces endroits changeant fréquemment, il n'est pas possible, ni approprié, d'inscrire dans la loi ou dans une ordonnance une liste exhaustive des vols et des aéroports de départ. Il importe plutôt de disposer de possibilités permettant de trouver des solutions adéquates.

³³ Cf. considérant (8) de la directive 2004/82/CE

En collaboration avec les autorités chargées du contrôle à la frontière dans les aéroports suisses qui constituent une frontière extérieure et les entreprises de transport aérien concernées, l'ODM analysera les risques en matière de migration à intervalles réguliers et prendra alors les mesures qui s'imposent.

L'al. 1 prévoit en outre que les données personnelles relatives aux passagers transportés doivent être communiquées à un organe central déterminé par l'ODM. En effet, une collecte centralisée des données par l'office permettra de prendre en considération une recommandation en ce sens de la Conférence européenne de l'aviation civile³⁴. Au vu des connaissances actuelles, il semble judicieux que les renseignements soient communiqués par voie électronique à un organe central qui se charge de les transmettre aux autorités par lesquelles les contrôles aux frontières sont effectués. On ne dispose pas encore, à l'heure actuelle, des expériences des autres Etats Schengen.

En vertu de l'art. 104, al. 2, LEtr, les entreprises de transport aérien sont tenues d'annoncer à l'organe déterminé par l'ODM uniquement les renseignements prévus dans la directive. Ces données sont suffisantes pour contrôler la migration aux aéroports de manière efficace. Par conséquent, on renonce à exiger des renseignements supplémentaires.

Conformément à l'art. 6 de la directive 2004/82/CE, cet organe doit mettre à la disposition des autorités chargées des contrôles aux frontières extérieures les données qu'il est tenu de communiquer sur les passagers (al. 3). Le mode de transmission de ces données et de leur traitement conforme aux directives ne peut toutefois pas encore être évalué. Les bases techniques en la matière seront élaborées courant 2007. L'expérience des Etats Schengen en la matière est d'ailleurs inexistante vu qu'à ce jour, aucun de ces Etats n'a encore appliqué cette directive.

En vertu de l'al. 4, l'office est habilité à conclure des conventions avec les entreprises de transport aérien en vue de régler les détails techniques permettant une procédure d'annonce appropriée et sûre.

L'al. 5 prévoit, en conformité avec la directive 2004/82/CE, que les données soient uniquement enregistrées de manière temporaire et effacées dans les 24 heures suivant leur communication, sauf si les autorités en ont directement besoin pour une procédure de droit pénal ou administratif (LEtr, LAsi) ou à des fins statistiques, sous forme anonyme.

L'al. 6 prescrit l'effacement, par l'entreprise de transport soumise à l'obligation d'annonce, des données relatives aux passagers de manière conforme aux directives.

L'al. 7 prévoit, conformément à la directive, l'obligation de l'entreprise de transport d'informer les passagers concernés de la communication de leurs données.

La sanction prévue dans la directive 2004/82/CE est mise en œuvre par le biais du nouvel art. 120b LEtr (cf. ch. 5.2.3).

³⁴ Cf. The European Civil Aviation Conference Magazine, number 32, printemps 2006, p. 27 ; Déclaration de principes sur les systèmes de Renseignements préalables concernant les voyageurs, ch. 5. viii)

5.2.2 Renvoi facilité des étrangers en vertu des accords d'association à Dublin

5.2.2.1 Remarque préliminaire

Avec son association à Dublin, la Suisse reprend au niveau national le principe selon lequel un seul Etat est compétent pour traiter une demande d'asile dans l'espace Dublin. La Suisse devra examiner lors du dépôt d'une demande d'asile d'un ressortissant d'un pays-tiers, soit d'un pays qui n'est lié par aucun des accords d'association³⁵, si elle est responsable du traitement de la demande selon les critères prévus par le règlement Dublin³⁶. L'ODM consulte alors notamment la banque de données d'empreintes digitales Eurodac³⁷ afin de vérifier si la personne a déjà déposé une demande d'asile dans un autre Etat Dublin.

Hors du cadre du dépôt d'une demande d'asile en Suisse, l'application des règlements Dublin et Eurodac permet le renvoi *d'une personne sans droit de séjour (séjour illégal) en Suisse* à destination d'un Etat Dublin. Il s'agit des personnes qui ont déposé précédemment une demande d'asile dans un autre Etat Dublin. Une base légale établissant la compétence pour le prononcé de ce renvoi fait actuellement défaut dans la LEtr (FF **2005** 6885).

Le règlement Dublin (art. 16) parle de *prise en charge* et de *reprise en charge*. La *prise en charge* résulte de la situation où l'application des critères Dublin fait naître la responsabilité d'un autre Etat Dublin que celui dans lequel une demande a été déposée. La *reprise en charge* signifie que « l'Etat de premier asile » se trouve obligé de "reprendre" la personne concernée en vue de l'exécution de la procédure d'asile ou de renvoi lorsqu'elle s'est rendue dans un autre Etat Dublin après l'ouverture de la procédure d'asile. Le terme « Etat de premier asile » désigne l'Etat Dublin qui a été le premier à traiter la demande d'asile, que cette dernière ait été retirée, rejetée ou soit encore en cours d'examen.

³⁵ - Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (FF **2004** 6103) ;

- Accord du 17 décembre 2004 entre la Confédération suisse, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur la mise en œuvre, l'application et le développement de l'acquis de Schengen et sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite en Suisse, en Islande ou en Norvège (FF **2004** 6117) ;

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

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

³⁶ Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25 février 2003, p. 1)

³⁷ Règlement (CE) 2725/2000 du conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin (JO L 316 du 15 décembre 2000, p. 1)

5.2.2.2 Commentaires concernant la disposition

Article 64a L'Etr

Avec le système institué par Dublin, les cantons auront la possibilité de s'adresser à l'ODM afin de procéder à une comparaison Eurodac à l'égard des personnes illégales qui ne déposent pas de demande d'asile en Suisse. Pour ce faire, les conditions de l'art. 11, ch. 1, du règlement Eurodac doivent être remplies.³⁸ Si l'ODM constate que ces conditions sont satisfaites, il pourra alors procéder à une demande de comparaison d'empreintes Eurodac. En cas de réponse Eurodac positive, une demande de *reprise en charge* auprès de l'Etat Dublin concerné peut être engagée par l'ODM.

Une *reprise en charge* peut avoir lieu lorsque la personne dont le séjour est illégal a déposé une demande d'asile en cours d'examen dans un autre Etat ou si elle a fait l'objet d'une décision négative en matière d'asile exécutoire dans un autre Etat Dublin (art. 16, ch. 1, let. c et e, règlement Dublin³⁹). Ces obligations de reprise en charge cessent néanmoins si la personne a quitté le territoire des Etats membres pendant au moins 3 mois. L'obligation de reprise en charge lorsqu'une procédure d'asile a été menée à son terme dans un autre Etat Dublin cesse en outre dès que cet Etat a pris et effectivement mis en œuvre les dispositions nécessaires pour que la personne concernée se rende dans son pays d'origine ou dans un autre pays où elle peut se rendre légalement (art. 16, ch. 4, règlement Dublin).

Si l'Etat Dublin compétent accepte la reprise en charge, il est logique et opportun que ce soit l'office qui prenne une *décision de transfert* conformément à l'art. 20, ch. 1, let. e, du règlement Dublin. Cette décision doit être notifiée à l'intéressé et motivée. Ainsi la compétence décisionnelle qui appartient actuellement aux cantons pour les illégaux est transférée à la Confédération (*al. 1*). Ceci permettra une procédure centralisée et une pratique uniforme dans toute la Suisse. Le renvoi sera en outre immédiatement exécutoire.

Les cantons auront ainsi la possibilité de s'adresser à l'ODM en vue d'initier une telle procédure. Cette possibilité ne signifie pas que dans tous les cas la reprise en charge par un autre Etat Dublin pourra se faire. Par ailleurs, la procédure Dublin peut durer un certain temps, même en cas de réponse positive à une consultation Eurodac. Il peut donc s'avérer nécessaire et judicieux que le canton prépare voire effectue le renvoi dans l'Etat d'origine ou de provenance pendant la procédure Dublin, si le rapatriement peut ainsi être exécuté plus rapidement. Dans un tel cas, la procédure Dublin devient alors caduque.

- ³⁸ L'article 11 du règlement Eurodac prévoit qu'il y a lieu de vérifier si un étranger n'a pas auparavant présenté une demande d'asile dans un autre Etat membre lorsque :
- a) il déclare qu'il a présenté une demande d'asile mais n'indique pas l'Etat membre dans lequel il l'a présentée.
 - b) il s'oppose à son renvoi dans son pays d'origine en faisant valoir qu'il s'y trouverait en danger bien qu'il ne demande pas l'asile.
 - c) il fait en sorte d'empêcher d'une autre manière son éloignement en refusant de coopérer à l'établissement de son identité, notamment en ne présentant aucun document d'identité ou en présentant de faux documents d'identité.
- ³⁹ Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25 février 2003, p. 1)

La décision de renvoi prononcée par l'ODM est susceptible d'un recours qui n'a pas d'effet suspensif quant à l'exécution du transfert (*al.* 2). Cela correspond à ce que prévoit l'art. 20, ch. 1, let. e, du règlement Dublin. Le droit d'asile a une disposition analogue dans le cas où l'ODM prononce une décision de non-entrée en matière et de renvoi à destination d'un Etat Dublin (art. 107a LAsi ; voir le message « Accords bilatéraux II », FF **2004** 6049). En outre, les recours touchant à l'application de ce transfert Dublin seront tous traités de manière centrale par le tribunal fédéral administratif. Ceci permet d'éviter le risque que les cantons appliquent des pratiques divergentes.

Il convient de préciser explicitement que les personnes illégales concernées par un tel renvoi relèvent toujours de la compétence financière des cantons (*al.* 3). Les cantons restent tenus de fournir l'aide sociale ou l'aide d'urgence (art. 12 Cst.). Cette précision est conforme à la loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin⁴⁰, qui prévoit à son article 21 que lorsqu'un étranger séjournant en Suisse sans y être domicilié a besoin d'une aide immédiate, il incombe au canton de séjour de la lui accorder. Par ailleurs, les cantons restent toujours compétents pour l'exécution du renvoi.

5.2.3 Dispositions pénales pour les entreprises de transport

5.2.3.1 Remarque préliminaire

En prévision de la mise en application de la directive 2004/82/CE, la disposition pénale prévue dans la LEtr sur la mise en œuvre des « carrier sanctions » (art. 94 LEtr) a fait l'objet d'un examen. Il en est ressorti que cette disposition n'était pas conforme aux nouvelles dispositions de la partie générale révisée du code pénal (nCP), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Par conséquent, il y a lieu d'abroger cette disposition et de la remplacer par le nouvel art. 120a LEtr. Il en va de même de la nouvelle disposition pénale sur l'obligation d'annonce des entreprises de transport. Il s'agit en grande partie d'adaptations formelles relevant du droit pénal et de la procédure pénale (applicabilité du droit suisse à des délits commis à l'étranger, responsabilité de l'entreprise de transport en tant que personne morale, compétence de la Confédération en matière de poursuite pénale).

5.2.3.2 Amendes en cas de violation du devoir de diligence par les entreprises de transport (art. 120a)

Cette disposition reprend pour l'essentiel la réglementation prévue jusqu'ici à l'art. 94 LEtr en relation avec l'art. 127. Suite à un réexamen du contenu de la directive 2001/51/CE, une nouvelle solution, mieux adaptée au code pénal suisse, a été adoptée concernant le montant de la sanction. Ainsi, au lieu d'infliger une amende relativement basse dès qu'un passager n'est pas muni des documents requis, conformément à ce que prescrit la directive, on frappe l'entreprise d'une amende maximale. Le montant de l'amende est fixé individuellement en fonction du degré de responsabilité du comportement fautif. Une amende élevée sera prononcée, par exemple, lorsqu'une entreprise transporte un grand nombre de passagers ne disposant pas des documents nécessaires ou lorsqu'elle ne respecte pas, de manière réitérée son devoir de diligence, et ce malgré un avertissement. Cette amende élevée

⁴⁰ RS 851.1

visé, à l'instar de l'art. 117, al. 2 (Emploi d'étrangers sans autorisation), à obtenir un effet préventif général.

5.2.3.3 Amende en cas de violation de l'obligation d'annonce (art. 120b)

La possibilité dont dispose l'ODM de prononcer une amende administrative en cas de violation intentionnelle de l'obligation d'annonce doit être régie à l'art 120b LEtr, comme les « carrier sanctions » qui sont similaires (art. 120a LEtr).

Pour des raisons de systématique du droit, cette amende administrative doit être introduite dans les dispositions pénales prévues dans la LEtr.

L'al. 1 détermine le montant de l'amende. Cette amende ne peut pas être comparée à celle appliquée pour les « carrier sanctions » (art. 120a LEtr). La violation de l'obligation d'annonce est une violation du bien juridique moins grave que le transport de passagers n'étant pas munis des documents nécessaires. La directive 2004/82/CE prévoit une amende de 5000 euros (= 8000 francs) au maximum pour chaque voyage effectué sans communication des données relatives aux passagers ou en cas de communication incorrecte de ces informations. Cette formulation permet plusieurs interprétations. L'expérience a en effet montré que la disposition sur les amendes est interprétée de diverses manières d'un Etat Schengen à l'autre. Dans certains Etats (Autriche), une amende de 3000 euros au minimum est prévue pour chaque personne transportée dont les données personnelles n'ont pas été communiquées ou ont fait l'objet d'une communication incorrecte (§ 112 *Fremdenpolizeigesetz*⁴¹). Dans d'autres pays, la possibilité est soulevée de prononcer une amende d'un montant maximal de 50 000 euros par voyage (par vol), si les données personnelles relatives aux passagers n'ont pas été communiquées correctement.

Il est par conséquent proposé de prononcer une amende ne dépassant pas les 100 000 francs par vol lorsque l'obligation d'annonce a été violée pour ce vol parce que les données personnelles n'ont pas été communiquées à temps, sont incomplètes ou fausses (al. 1 et 2). Ainsi, les possibilités de sanction sont suffisamment dissuasives.

De plus, l'art. 120b LEtr précise dans quelles conditions une entreprise de transport peut être accusée d'avoir violé *intentionnellement* l'obligation d'annonce (al. 3). Cette définition correspond à la réglementation prévue par le code pénal quant à la responsabilité primaire des entreprises (art. 100^{quater}, al. 2, CP ou art. 102, al. 2 nCP).

A cet égard, il y a lieu de préciser que les art. 120a et 120b LEtr, qui prescrivent des sanctions directes à l'encontre des entreprises, priment la disposition sur la responsabilité *pénale* de l'entreprise qui, en règle générale, ne prévoit qu'une punissabilité subsidiaire de l'entreprise (cf. art. 100^{quater}, al. 1, CP ou art. 102, al. 1, nCP). De même, l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) ne sera pas applicable vu que les art. 120a et 120b LEtr permettent, dans tous les cas, de poursuivre directement la personne morale. Par conséquent, l'art. 6 DPA ne s'appliquera pas non plus.

⁴¹ http://www.bmi.gv.at/downloadarea/kunsttexte/Fremdenpolizeigesetz2005_0706.doc

5.2.3.4 Dispositions communes relatives aux sanctions prises à l'encontre des entreprises de transport (art. 120c)

L'art. 120c contient les règles de procédure pénale nécessaires qui s'appliquent lorsque des sanctions sont prises à l'encontre des entreprises de transport en vertu de l'art. 120a (« carrier sanctions ») ou 120b (obligation d'annonce).

Il faut souligner que les entreprises de transport peuvent être punies en Suisse pour toutes les infractions pénales au devoir de diligence ou à leur obligation d'annonce, même si les infractions sont commises à l'étranger. Une norme spéciale est ainsi créée, en complément de l'art. 6bis CP et l'art. 6 nCP qui ne prévoit d'appliquer qu'à certaines conditions des sanctions pour une infraction commise à l'étranger, que la Confédération, en vertu d'un traité international, s'est engagé à poursuivre. L'art. 120c, al. 1, LEtr permet de renoncer notamment à la condition de la double incrimination qui, dans le présent contexte, ne devrait en principe pas survenir. Si la violation du devoir de diligence ou de l'obligation d'annonce au sens des art. 120a et 120b LEtr devait tout de même être punissable, à titre exceptionnel, dans le pays où l'infraction a été commise, il conviendrait alors de tenir compte d'un jugement étranger pertinent prononcé en Suisse (référence à l'art. 6, al. 3 et 4 nCP).

La représentation de l'entreprise en cas de procédure pénale est régie par l'art. 102a CP. Les délais de prescription prévus satisfont également aux dispositions générales du code pénal en matière de prescription.

Dans le même temps, d'autres mesures conformément aux termes de l'art. 4, ch. 2, de la directive 2004/82/CE, ont également été examinées. La question s'est alors posée de savoir s'il était opportun de conférer le droit aux autorités d'exécution de confisquer des valeurs patrimoniales en vue de l'application d'une amende prononcée à l'encontre d'une entreprise domiciliée à l'étranger. Or, cela n'est pas nécessaire car il est possible de requérir le séquestre des biens du débiteur en vertu de l'art. 271, ch. 4 de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

Il serait aussi envisageable, dans les cas graves, de retirer aux compagnies aériennes l'autorisation d'atterrissage en Suisse et aux entreprises de transport leur autorisation ou concession. Pareilles mesures ne seront pas adoptées pour l'instant. Elles peuvent toujours l'être ultérieurement, si elles se révèlent nécessaires à la suite de l'expérience réalisée après l'introduction des nouvelles possibilités de sanction.

5.2.3.5 Poursuite pénale (art. 120d)

L'organisation de la procédure d'entrée et des contrôles aux frontières est du ressort de la Confédération. L'office responsable de ce domaine sera donc chargé d'infliger ces amendes. Il est par conséquent justifié de prévoir une procédure conforme aux dispositions de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) (al. 2).

5.3 Autres adaptations de la LAsi à l'acquis de Dublin déjà repris

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

Selon l'art. 3 du règlement de Dublin⁴², toute demande d'asile à la frontière ou sur le territoire suisse de la part d'un ressortissant d'un pays-tiers (pays non lié par les accords d'association à Schengen et Dublin) devra faire l'objet d'un examen visant à déterminer quel est l'Etat Dublin responsable du traitement de la demande d'asile.

La demande d'asile est examinée par un seul Etat membre, qui est celui que les critères énoncés au chiffre III du règlement désignent comme responsable. La Suisse est ainsi tenue dans les cas susmentionnés d'examiner sa compétence pour le traitement de la demande d'asile. Dès lors, la pratique actuelle qui consiste à renvoyer de manière informelle, soit sans émettre de décision, les demandeurs interceptés à la frontière ou dans la zone frontalière, sur la base des accords de réadmission, n'a plus lieu d'être. Au contraire, *les autorités compétentes* doivent acheminer tout requérant qui dépose une demande d'asile à la frontière, en zone frontalière, ou sur le territoire suisse, à un centre d'enregistrement. L'art. 21 LAsi doit ainsi s'intituler nouvellement : *demande d'asile à la frontière, suite à l'interception près de la frontière lors de l'entrée illégale, ou en Suisse.*

L'art. 21, al. 1, LAsi prévoit que, dans les cas susmentionnés, les autorités compétentes doivent acheminer le requérant dans un centre d'enregistrement et de procédure. Il est en outre précisé à l'art. 21, al. 2, LAsi que l'ODM vérifie si, en vertu des dispositions des accords d'association à Dublin, il est compétent pour mener la procédure d'asile.

L'art. 3 du règlement Dublin parle certes de « ressortissant de pays tiers », soit d'un pays non lié par les accords d'association à Dublin. Cependant, l'art. 21, al. 1, LAsi est théoriquement applicable à un ressortissant d'un pays membre de l'UE qui demanderait éventuellement l'asile.

La raison principale de l'acheminement des demandeurs d'asile à un centre d'enregistrement est la durée de la procédure de détermination de l'Etat membre responsable (art. 21 al. 2). Cette procédure ne peut être menée à la frontière.

Si la comparaison d'empreintes digitales via Eurodac s'effectue rapidement, en règle générale dans les 24 heures⁴³, la décision quant à la prise en charge ou la reprise en charge peut nécessiter, selon les circonstances, plusieurs mois. Sur la base des résultats d'Eurodac ou d'autres critères prévus par le règlement Dublin, une demande de prise ou de reprise en charge doit être initiée auprès de l'Etat Dublin que la Suisse estime compétent. La réponse à une demande de *prise en charge* peut prendre au maximum 2 mois dans un cas non urgent⁴⁴. Dans un cas où l'urgence est invoquée, le délai de réponse dure entre une semaine et 1 mois. Une réponse à une demande de *reprise en charge* peut prendre quant à elle au maximum 1 mois⁴⁵.

⁴² Règlement (CE) 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (JO L 50 du 25 février 2003, p. 1)

⁴³ Message «Accords bilatéraux II» ; FF 2004 5741

⁴⁴ Article 18 règlement Dublin

⁴⁵ Article 20 règlement Dublin

Il existe certes la possibilité de conclure des arrangements administratifs bilatéraux, afin de faciliter la mise en œuvre du règlement Dublin (art. 23 règlement Dublin). De tels arrangements pourraient notamment permettre d'accélérer la procédure de prise en charge ou de reprise en charge lorsqu'une demande d'asile est déposée dans la zone frontalière. Cependant, rien ne changerait pour la Suisse car elle ne dispose pas des infrastructures requises aux frontières (centre d'hébergement, audition) pour y mener une procédure Dublin.

Après déroulement de la procédure Dublin, l'office saura quel Etat est compétent pour traiter la demande. Il sera en mesure soit de prononcer une décision de non-entrée en matière avec renvoi à destination d'un autre Etat Dublin, soit de traiter la demande sur la base du droit interne (décision matérielle ou non-entrée en matière) quand la Suisse est compétente.

Actuellement, l'art. 21 LAsi traite également de la demande d'asile à l'aéroport. Ceci ne sera plus le cas dans sa nouvelle formulation. C'est l'art. 22 LAsi qui traitera exclusivement de la demande d'asile déposée à l'aéroport et du refus provisoire d'entrer dans ce cadre.

5.3.2 Procédure à l'aéroport (art. 22 LAsi)

5.3.2.1 Remarque préliminaire

Avec la LAsi révisée, l'ODM est en mesure de prendre toute décision, que ce soit de non-entrée en matière ou matérielle, à l'aéroport. Un refus provisoire d'entrer est prononcé lorsqu'on ne peut déterminer si les conditions d'obtention d'une autorisation d'entrée sont remplies. Dans ce cas, le requérant est assigné à l'aéroport. Une décision doit être publiée dans les 20 jours suivant le dépôt de la demande. Si la procédure est plus longue, l'office attribue le requérant à un canton⁴⁶. L'entrée en Suisse d'un demandeur d'asile doit dans tous les cas être autorisée à l'échéance du délai légal permettant la rétention à l'aéroport. Dans la LAsi, ce délai est de 60 jours pour toute la procédure, y compris en cas de recours⁴⁷. Sous le régime Dublin, une procédure Dublin peut également être menée à l'aéroport (incluant une comparaison d'empreintes Eurodac, puis, le cas échéant, une procédure de prise ou de reprise en charge). La procédure peut conduire dans certains cas à une décision de non-entrée en matière Dublin, à l'aéroport (art. 34, al. 2, let. d, LAsi).

5.3.2.2 Commentaires concernant la disposition

L'art. 22, al. 1, LAsi prévoit un prélèvement systématique des empreintes digitales des demandeurs d'asile. A cet égard, il convient de souligner que l'art. 99, al. 1, LAsi, dans la version de l'arrêté fédéral portant approbation des accords bilatéraux (FF 2004 6046), s'applique également à la procédure à l'aéroport. Les exceptions prévues par le Conseil fédéral en matière de prélèvement des empreintes digitales pour les mineurs âgés de moins de 14 ans sont par conséquent, elles aussi, applicables en cas de procédure à l'aéroport.

Lors du dépôt d'une demande d'asile d'un ressortissant d'un Etat-tiers à l'aéroport, la Suisse examine quel est l'Etat responsable du traitement de la demande en

⁴⁶ Art. 23, al. 2, LAsi ; FF 2005 6943

⁴⁷ Message concernant la modification de la loi sur l'asile du 4 septembre 2002 ; FF 2002 6394

application des accords d'association à Dublin. La Suisse peut néanmoins choisir de traiter une demande d'asile même si un autre Etat Dublin serait en fait l'Etat responsable (art. 3, al. 2 règlement Dublin). La procédure Dublin doit être engagée immédiatement à l'aéroport, lors du dépôt de la demande d'asile. En conséquence, l'al. 1 précise que l'office examine sa compétence en application des accords d'association à Dublin.

L'art. 22, al. 2, LAsi fait actuellement référence à l'art. 21 qui fixe les conditions d'entrée en cas de demande d'asile déposée à l'aéroport. Or, l'art. 21 traitera désormais uniquement de la demande d'asile à la frontière, lors d'une interception après une entrée illégale, ou sur le territoire suisse. Il n'y a donc plus lieu d'y faire référence. Il convient par contre de faire un renvoi au nouvel al. 2^{bis} qui énonce justement ces dernières. Un refus provisoire d'entrer est prononcé uniquement lorsqu'on ne peut déterminer si les conditions permettant l'entrée en Suisse sont remplies.

Suite à l'adaptation de l'art 22 LAsi, il y a lieu de modifier également la référence du nouvel art. 120a, al. 2, let. d, LEtr (Amendes en cas de violation du devoir de diligence).

L'al. 2^{bis} énonce les conditions auxquelles une autorisation d'entrée en Suisse est octroyée. L'entrée ne sera autorisée que lorsque la Suisse arrive à la conclusion qu'elle est responsable du traitement de la demande d'asile selon les critères du règlement Dublin. Il s'agit là d'une condition nécessaire. Si la Suisse n'arrive pas à cette conclusion, le requérant sera assigné à l'aéroport. Il faut en outre, qu'une des deux conditions alternatives suivantes soit remplie afin que l'autorisation d'entrer soit prononcée. Une de ces conditions est :

- la personne semble être exposée à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'art. 3, al. 1, ou menacée de traitements inhumains dans le pays d'où elle est directement arrivée.

Dans ce cas, la personne est menacée dans le pays d'où elle est arrivée. Il est cependant aussi possible que la personne soit menacée car le pays d'où elle est directement arrivée peut la renvoyer dans un autre Etat dans lequel elle est menacée. C'est pourquoi la condition alternative suivante est prévue :

- la personne rend vraisemblable que le pays d'où elle est arrivée directement l'obligerait, en violation de l'interdiction du refoulement, à se rendre dans un pays où elle semble être exposée à un danger.

Ces deux conditions alternatives correspondent à l'actuel art. 21, al. 1, let. b et al. 2, let. a, LAsi. Avec la mention expresse des accords d'association à Dublin dans l'al. 1, le renvoi à la compétence de la Suisse pour traiter la demande d'asile en vertu d'une convention n'a plus de raison d'être (art. 21, al 2, let. b, du droit actuellement en vigueur).

Contrairement à ce qui est prévu dans la réglementation actuelle, une personne demandant l'asile ne pourra à l'avenir plus entrer directement sur le territoire suisse à l'aéroport même si elle possède les pièces de légitimation (passeport et/ou visa) nécessaires pour entrer en Suisse (art. 21, al. 1, let. a actuel). Il convient, sur la base de la procédure Dublin, d'interdire provisoirement l'entrée de ces personnes afin de déterminer si la Suisse est compétente pour traiter la demande d'asile selon Dublin. A l'avenir, l'Etat Schengen qui aura délivré un visa Schengen à un demandeur d'asile sera responsable pour le traitement de la demande (art. 9 règlement Dublin).

De plus, une personne étant au bénéfice d'un visa qui dépose une demande d'asile peut voir son visa immédiatement révoqué (art. 15 OEArr, RS 142.211). La personne concernée n'est dès lors plus en possession d'un document valable permettant son entrée en Suisse.

Il convient de rappeler que les personnes provenant de l'Union européenne sont quant à elles autorisées à entrer en Suisse sur la base de l'Accord sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681). Le fait qu'elles déposent une demande d'asile n'a pas d'influence sur ce point.

De surcroît, l'al. 2^{ier} prévoit que le Conseil fédéral peut décider dans quels autres cas l'entrée est autorisée afin d'éviter les cas de rigueur. Les cas prévus à l'art. 11, al. 2, de l'ordonnance 1 sur l'asile (RS 142.311) doivent toujours pouvoir bénéficier d'une autorisation d'entrer en Suisse. L'adaptation de cette disposition de l'ordonnance est actuellement à l'examen, dans le cadre des travaux de mise en œuvre en vue de l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LAsi.

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

L'art. 24 LAsi actuellement en vigueur prévoit que lors de l'interception de personnes entrant illégalement en Suisse et déposant une demande d'asile, celles-ci soient remises aux autorités compétentes de l'Etat limitrophe. Or, avec l'entrée en vigueur des accords d'association à Schengen et Dublin, la Suisse sera tenue d'examiner sa compétence pour traiter la demande d'asile, sur la base du règlement Dublin, dès qu'une demande d'asile est déposée sur son territoire (art. 3, al. 1, règlement Dublin). L'art. 24 doit être en conséquence abrogé et le dépôt d'une demande d'asile en cas d'interception lors de l'entrée illégale sera nouvellement réglé à l'art. 21 LAsi (cf. point 5.3.1).

5.3.4 Relevé de données biométriques par des tiers

Dans la révision partielle de la LAsi, le nouvel article 98b introduit la possibilité pour les autorités compétentes de traiter les données biométriques d'un requérant d'asile ou d'une personne à protéger afin d'établir son identité. Les données biométriques sont des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, LPD. Sont considérées comme données biométriques, par exemple, les empreintes digitales, la photographie, la géométrie de la main, l'iris, la rétine ou le visage. Il sied de relever qu'en l'état actuel de la technologie, seules les empreintes digitales sont relevées dans le domaine de l'asile.

L'office a actuellement délégué à un tiers (par exemple ASCOM) pour des raisons pratiques la saisie des empreintes digitales des requérants d'asile dans les centres d'enregistrement. Comme il est prévu à l'avenir de relever et d'évaluer d'autres données biométriques, qui sont, comme déjà mentionné, des données sensibles, la délégation de cette tâche à un tiers doit être prévue dans une base légale formelle. L'introduction de l'al. 1^{bis} à l'art. 98b LAsi répond donc à cette exigence. Cet article précise que l'office doit s'assurer que le tiers mandaté respecte les normes pertinentes en matière de protection des données et de sécurité informatique. De plus, il doit également édicter des prescriptions relatives au traitement des données.

Cette adaptation légale a sa raison d'être dans le cadre des accords d'association à Schengen et Dublin car elle permet de garantir la mise en œuvre optimale et efficace de ces derniers, notamment en ce qui concerne la saisie d'empreintes digitales et d'autres données permettant à l'avenir d'identifier les requérants d'asile.

5.3.5 Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)⁴⁸

5.3.5.1 Grandes lignes des modifications proposées

Le traitement des données personnelles dans le système d'information SYMIC⁴⁹ doit également être assuré dans le respect des accord d'association à Schengen (AAS) et à Dublin (AAD), notamment pour la procédure en matière de visa, le devoir de diligence et l'obligation de prise en charge auxquels les entreprises de transport sont soumises, la procédure RPCV et la procédure visant à déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile (procédure Dublin). Il est par conséquent nécessaire d'adapter les bases légales de SYMIC en conséquence.

La LDEA est la base légale formelle du système SYMIC qui représente le plus vaste et le plus important instrument de travail mis à la disposition des autorités compétentes en matière d'étrangers et d'asile. SYMIC contient les données personnelles de toutes les personnes entrées en Suisse et de tous les étrangers établis en Suisse. Ce système assiste les autorités compétentes lors de l'exécution du droit des étrangers et du droit de l'asile, notamment pour la saisie uniforme des données relatives à l'identité des personnes, l'établissement de visas et d'autorisations d'établissement ou de travail ainsi que pour l'élaboration de statistiques.

Les renvois aux accords Schengen et Dublin figurant dans la LDEA se réfèrent à tous les actes juridiques UE compris dans l'acquis (en particulier les ordonnances et directives). Ainsi, lors du traitement de données personnelles en relation avec ces accords, il y a lieu de toujours observer rigoureusement la directive sur la protection des données⁵⁰. Les détails, tels que les autorisations d'accès à SYMIC ou les données contenues dans ce système, sont réglés dans l'ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration (ordonnance SYMIC)⁵¹. Cette ordonnance doit également être complétée en vue de la mise en application des accords d'association à Schengen et à Dublin.

5.3.5.2 Commentaires concernant les différentes dispositions

Art. 1 **Objet**

Cet article renvoie aux dispositions sur la protection des données inscrites dans la LEtr, la LAsi et dans la loi sur la nationalité qui seront maintenues parallèlement à la LDEA et ont déjà été adaptées en marge de l'approbation et de la mise en œuvre des

⁴⁸ RS 142.51

⁴⁹ SYMIC est la banque de données électronique utilisée par les autorités chargées de l'exécution du droit des étrangers et du droit d'asile. Elle doit remplacer le système RCE (registre central des étrangers), devenu obsolète, et le système AUPER (système d'enregistrement automatisé des personnes).

⁵⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23 novembre 1995, p. 31).

⁵¹ RS 142.513

accords d'association à Schengen et à Dublin (voir message « Accords bilatéraux II » FF **2004** 6039-6049). Ainsi, lors du traitement de données personnelles dans SYMIC, il y a également lieu de respecter le devoir d'informer (art. 111e LEtr et 102d LAsi), le droit d'accès (art. 111 f et 102e LAsi) et la qualité pour recourir du Préposé fédéral à la protection des données (art. 111h LEtr et 102g LAsi), dispositions qui ont été reprises dans la loi par l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004⁵².

Art. 3 Objectif du système informatisé

L'al. 2 comprend la liste des tâches légales relevant du domaine des étrangers pour l'exécution desquelles SYMIC est nécessaire. La let. c. régleme le contrôle des conditions d'entrée et de séjour des étrangers conformément aux dispositions de la LEtr, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes⁵³, l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'AELE⁵⁴. Il convient ici de renvoyer aux accords d'association à Schengen et à Dublin afin que les données personnelles puissent également être traitées lors de procédures relevant de Schengen et Dublin.

L'al. 3 énumère les tâches légales du domaine de l'asile qui requièrent l'emploi de SYMIC. La nouvelle let. h mentionne la procédure visant à déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite en Suisse ou dans un Etat signataire des accords d'association à Dublin (procédure Dublin). Toute demande d'asile déposée dans l'espace Dublin est enregistrée dans SYMIC. Par ailleurs, des statistiques peuvent être effectuées sur la base des données saisies lors de procédures Dublin (notamment en ce qui concerne les renvois exécutés en marge de la procédure de prise en charge ou de reprise en charge).

Art. 15 Communication à des destinataires à l'étranger

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

⁵² FF **2004** 6709

⁵³ RS **0.142.112.681**

⁵⁴ RS **0.632.31**

5.4 Compétence du DFJP à conclure des accords sur les questions organisationnelles et techniques en matière de réadmission de ressortissants du propre pays

5.4.1 Remarque préliminaire

Cette norme de délégation particulière constitue une adaptation qui est liée seulement indirectement aux améliorations en raison de l'acquis de Schengen. Toutefois, il est justifié d'introduire la présente norme de délégation en même temps que ces améliorations puisqu'elle touche au droit international.

5.4.2 Commentaires concernant la disposition

La présente norme de délégation habilite le DFJP à conclure, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), des accords avec des autorités étrangères concernant des questions organisationnelles et techniques liées à la réadmission des ressortissants du propre pays. Cette délégation a été introduite au niveau de l'ordonnance en 2006 (art. 4a de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers, OERE, RS 142.281 et rapport sur la procédure de consultation⁵⁵). Cette compétence devant, conformément au principe de la légalité, être fixée dans une loi au sens formel, elle est inscrite dans la LEtr. La compétence de conclure, en collaboration avec le DFAE, de tels accords techniques reste donc clairement du ressort du DFJP, également après l'entrée en vigueur de l'art. 100 LEtr. Il n'en découle aucune modification matérielle. Comme jusqu'à présent, des conventions de ce type ne peuvent être conclues qu'en vue et en préparation d'un accord de réadmission. Il existe de telles conventions transitoires avec, par exemple, la Guinée et la Sierra Leone.

De telles conventions concernent uniquement l'organisation du rapatriement (par ex. des auditions communes, la compétence en matière d'établissement de documents de voyage, etc.) ainsi que les modalités relatives à l'octroi de l'aide au retour et à la réintégration. Ces réglementations organisationnelles ne contiennent pas de dispositions matérielles quant à l'établissement de l'identité ou quant à une obligation de réadmission des propres ressortissants du pays concerné. La réadmission ou le transit de ressortissants de pays tiers n'y sont pas non plus inclus.

5.5 Conséquences pour la Confédération

5.5.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

Procédure en cas de refus d'entrée

La nouvelle procédure en cas de refus d'entrée ne devrait pas avoir de conséquences financières notables. Les formulaires prévus dans le code frontières Schengen peuvent être émis à l'aide des instruments de bureautique usuels. Grâce aux services de piquet actuels, la procédure formelle peut également être assurée sans autres les week-ends ou les jours fériés. Il n'y a pas lieu de s'attendre à une augmentation considérable des recours par rapport à la situation juridique actuelle.

Les nouveaux renvois prononcés par la Confédération dans le cadre de la procédure Dublin ne devraient pas avoir d'incidences financières trop importantes. Au demeurant, la promulgation de décisions d'extension par la Confédération étant

⁵⁵ Disponible sur le site Internet de l'ODM : www.bfm.admin.ch

supprimée (art. 12, al. 2, LSEE), les ressources disponibles devraient suffire à amortir d'éventuels coûts supplémentaires.

Par conséquent, ce développement et les améliorations proposées ne devraient pas exiger de personnel supplémentaire à celui prévu et sollicité pour la mise en œuvre de l'acquis de Schengen/Dublin.

Introduction de la procédure RPCV

Vu l'état actuel des travaux concernant ce projet, on s'attend à ce que les communications prévues dans la procédure RPCV soient effectuées par voie électronique à destination d'un organe central (cf. chiffre 5.2.1). Il ne sera possible de donner des informations fiables sur les coûts et le calendrier qu'une fois l'analyse technique préliminaire terminée. Celle-ci sera achevée au terme du 1^{er} semestre 2007. Une analyse préliminaire aussi complète est nécessaire en particulier du fait que les autres Etats Schengen n'ont pas encore appliqué cette directive et que l'on ne peut donc se baser sur leur expérience en la matière.

Il convient de trouver une solution sûre et le moins coûteuse possible qui, d'une part, permette un échange de données avec les différents systèmes informatiques des entreprises de transport et, d'autre part, permette aux autorités de contrôle habilitées d'en disposer à leur poste de travail. Il est impératif que les prescriptions juridiques et les réglementations en matière d'entrée et d'admission puissent être appliquées et que les données personnelles nécessaires à la protection de l'ordre et la sécurité publics soient disponibles. A l'heure actuelle, il n'est pas possible de définir quelles possibilités techniques sont le mieux adaptées à cet effet, ce d'autant moins que l'on ne peut pas encore bénéficier des expériences étrangères quant à la mise en œuvre de la directive. Il est prévu, avant d'introduire définitivement le système de données relatives aux passagers, de procéder à un essai pilote, durant le deuxième semestre 2008, qui serait limité à certains aéroports de départ et certaines entreprises de transport aérien.

5.6 Conséquences pour les cantons et les communes

Comme conséquence de la reprise du code frontières Schengen, les autorités cantonales devront dorénavant notifier à l'aide d'un formulaire uniforme les renvois prononcés en application de l'art. 64 LEtr. En outre, ce genre de décision cantonale de renvoi peut désormais faire l'objet d'un recours cantonal. Le recours contre le renvoi n'ayant, en règle générale, pas d'effet suspensif dans les cas de ce type et l'exécution du renvoi pouvant souvent être effectuée immédiatement, le nombre de procédures de recours devrait rester limité, de même que les frais qui y sont liés.

S'agissant de la procédure RPCV, il faut s'attendre à ce que les cantons qui effectuent le contrôle à la frontière dans un aéroport international auront besoin de personnel supplémentaire pour appliquer la procédure RPCV, à partir de 2009 au plus tôt, qui permettra d'enregistrer un plus grand nombre d'entrées illégales. Le supplément en personnel requis dépend de divers facteurs, dont certains sont encore inconnus. C'est pourquoi il est impossible, pour l'instant, de livrer des chiffres (motifs : cf. ch. 5.5). A l'inverse, il n'est pas totalement exclu de pouvoir réaliser des économies grâce à la procédure RPCV, qui permet de concentrer les efforts sur les aspects prioritaires.

6 Compatibilité avec le droit européen et le droit international

Le code frontières Schengen (développement de l'acquis de Schengen) est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Les développements des accords d'association à Schengen affectent uniquement la procédure en matière de visa et la procédure d'entrée. Ils apportent une amélioration du statut juridique des personnes concernées. Ces modifications rejoignent tant les prescriptions de la CEDH⁵⁶ que celles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁵⁷ dans la version du Protocole de New York du 31 janvier 1967⁵⁸.

Les améliorations consistent en adaptations liées à l'acquis de Schengen et Dublin déjà repris. S'agissant de la compatibilité avec le droit européen et international, nous renvoyons donc au « message Schengen » (FF 2004 5633).

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

L'approbation du code frontières Schengen nécessite, d'une part, la conclusion d'un traité international et, d'autre part, une mise en œuvre dudit développement au niveau de la loi formelle (révision de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr]⁵⁹) qui doivent toutes deux être approuvées par le Parlement. Par ailleurs, tant l'échange de notes nécessaire à la reprise des développements, que les modifications de la LEtr requises pour la mise en œuvre doivent être soumis au référendum facultatif (art. 141, al. 2, let. a et d, ch. 3, Cst.).

Les présentes adaptations de la LEtr, de la LAsi et de la loi sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile se fondent sur l'art. 121, al. 1, Cst.

7.2 Arrêté d'approbation

L'échange de notes et les modifications légales nécessaires en vertu du code frontières Schengen sont approuvées simultanément ; les modifications légales sont reprises par l'Assemblée fédérale dans l'arrêté d'approbation, conformément à l'art. 141a, al. 2, Cst.

Les améliorations législatives figurent quant à elles dans un acte distinct. Ces modifications visent à la réalisation intégrale de l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris par l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004.

Annexes : Note du ... (projet), code frontières Schengen inclus
Arrêté fédéral (projet)
Acte modificateur (projet)

⁵⁶ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH ; **RS 0.101**)

⁵⁷ **RS 01.142.30**

⁵⁸ **RS 01.142.301**

⁵⁹ **RS 142.20**

