



18.026

Message
relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers
(LEtr)
(Normes procédurales et systèmes d'information)

du 2 mars 2018

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'une révision de la loi sur les étrangers, en vous proposant de l'adopter.

Le projet de révision comporte également des adaptations de la loi sur l'asile, de la loi sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile, de la loi sur les travailleurs détachés, de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

2 mars 2018

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le projet de révision de la loi sur les étrangers faisant l'objet du présent message vise à prendre en compte les récents développements, tant nationaux qu'internationaux, du droit et de la pratique dans le domaine des migrations. Nonobstant l'adoption par le Parlement le 16 décembre 2016 des modifications de la loi sur les étrangers relatives à la mise en œuvre de l'art. 121a de la Constitution fédérale et à l'amélioration de l'intégration, il s'agit principalement d'adapter des procédures et de créer les bases légales nécessaires à l'accès, à la conservation et à la communication des données dans le domaine migratoire.

Contexte

Le domaine des migrations est vaste et en constante mouvance. Il s'ensuit inévitablement des adaptations, qui doivent être entreprises pour assurer une pratique uniforme et conforme aux engagements de la Suisse. Malgré l'absence de lien entre les différents thèmes abordés, il a été décidé, en raison de leur nombre et de leur importance, de les rassembler dans un seul et même paquet législatif.

Ce projet implique la révision non seulement de la loi fédérale sur les étrangers, mais également d'autres lois, notamment la loi sur l'asile.

Contenu du projet

Le projet de loi prévoit de maintenir le droit de veto du Secrétariat d'État aux migrations (SEM) au moyen de la procédure d'approbation, de mettre en œuvre les changements législatifs nécessaires à la protection des personnes victimes d'infractions durant l'exercice de la prostitution, à la suite de la suppression du statut d'artiste de cabaret, ainsi que d'élargir le cercle des bénéficiaires en matière d'aide au retour.

Il définit également le rôle du SEM dans l'assurance qualité et le développement qualitatif des programmes d'encouragement à l'intégration, règle l'obligation pour l'employeur de rembourser les dépenses de leurs travailleurs liées à un détachement en Suisse et modifie la répartition du fardeau de la preuve en cas de procédure de retrait de la qualité de réfugié suite au voyage d'un réfugié dans son pays d'origine ou de provenance.

Il s'agit en outre de favoriser une mise en œuvre optimale de tous les développements de l'acquis de Schengen et de Dublin déjà repris par la Suisse, à savoir la directive sur le retour, le code frontières Schengen ainsi que les nouvelles normes relatives à la détention Dublin.

Le projet crée aussi les bases légales nécessaires à la mise sur pied d'un système d'information dans les domaines du renvoi et de l'expulsion ainsi que du soutien au retour et modifie les droits d'accès à divers systèmes d'information du domaine migratoire.

Enfin, le projet prévoit la création des bases légales permettant l'utilisation des enregistrements visuels et sonores issus de la vidéosurveillance comme éléments de preuve en cas de procédure administrative ou pénale, la communication de certaines données entre autorités ainsi que l'habilitation de nouvelles autorités à saisir, consulter ou traiter des données biométriques dans le système d'information central sur la migration (SYMIC).

Table des matières

Condensé	1674
1 Présentation de l'avant-projet	1680
1.1 Contexte	1680
1.2 Nouvelle réglementation proposée	1680
1.2.1 Procédure d'approbation des autorisations cantonales par le SEM (ch. 2.1)	1680
1.2.2 Protection des victimes exerçant la prostitution (ch. 2.2)	1681
1.2.3 Élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour (ch. 2.3)	1681
1.2.4 Qualité des mesures d'intégration (ch. 2.4)	1681
1.2.5 Frais liés au séjour en Suisse des travailleurs détachés (ch. 2.5)	1681
1.2.6 Présomption légale en cas de voyage d'un réfugié dans son État d'origine ou de provenance (ch. 2.6)	1682
1.2.7 Améliorations dans la mise en œuvre de l'acquis de Schengen et de Dublin (ch. 2.7 à 2.9)	1682
1.2.8 Systèmes d'information, vidéosurveillance et échange de données (ch. 2.10 à 2.16)	1683
1.3 Résultats de la procédure de consultation et adaptations	1683
1.3.1 Assurance qualité en matière d'encouragement de l'intégration (suppression de l'art. 57a AP-LEtr du projet)	1684
1.3.2 Interdiction faite aux réfugiés reconnus de voyager (suppression de l'art. 59a AP-LEtr du projet)	1684
1.3.3 Autres adaptations demandées	1685
1.4 Adaptations supplémentaires après la procédure de consultation	1686
1.4.1 Suppression du système ISR	1686
1.4.2 Enregistrement des cas médicaux	1687
1.4.3 Saisie systématique des données biométriques	1687
1.4.4 Réfugiés et apatrides sous le coup d'une expulsion pénale entrée en force	1688
1.4.5 Adoption des modifications de la LEtr (Intégration)	1688
1.5 Problématique des voyages de réfugiés reconnus dans leur État d'origine ou de provenance	1688
1.5.1 Contexte	1688
1.5.2 Mesures concrètes en vue d'identifier les voyages abusifs dans le pays d'origine ou de provenance	1689
2 Adaptations de la LEtr	1690
2.1 Procédure d'approbation des autorisations cantonales par le SEM (art. 99 P-LEtr)	1690
2.1.1 Nécessité de l'adaptation	1690
2.1.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1691

2.2	Protection des victimes exerçant la prostitution (art. 30, al. 1, let. d et e ^{bis} , et 60, al. 2, let. b, P-LEtr)	1692
2.2.1	Nécessité de l'adaptation	1692
2.2.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1692
2.3	Elargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour (art. 60, al. 2, let. c, P-LEtr)	1694
2.3.1	Nécessité de l'adaptation	1694
2.3.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1694
2.4	Qualité des mesures d'intégration (art. 56, al. 6, P-LEtr)	1695
2.4.1	Nécessité de l'adaptation	1695
2.4.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1695
2.5	Frais liés au séjour en Suisse des travailleurs détachés (art. 22 P-LEtr et art. 2, al. 3 et 5, P-LDét)	1696
2.5.1	Nécessité de l'adaptation	1696
2.5.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1697
2.6	Renversement du fardeau de la preuve en cas de voyage dans l'État d'origine ou de provenance du réfugié (art. 63, al. 1 ^{bis} , P-LAsi)	1698
2.6.1	Nécessité de l'adaptation	1698
2.6.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1699
2.7	Adaptations en raison de la directive sur le retour (art. 64 <i>d</i> , al. 3, 81, al. 2, et 115, al. 4, P-LEtr)	1699
2.7.1	Nécessité de l'adaptation	1699
2.7.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1700
2.8	Délégation de la compétence décisionnelle aux organes cantonaux ou fédéraux chargés du contrôle à la frontière en cas de refus d'entrée et de renvoi à la frontière extérieure Schengen (art. 65, al. 2 et 2 ^{bis} , P-LEtr)	1703
2.8.1	Nécessité de l'adaptation	1703
2.8.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1704
2.9	Prononcé de la mise en détention Dublin (art. 80 <i>a</i> , al. 1, let. a, P-LEtr)	1705
2.9.1	Nécessité de l'adaptation	1705
2.9.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1705

2.10	Nouveau système d'information destiné à la mise en œuvre des retours (art. 109 <i>f</i> à 109 <i>j</i> P-LEtr)	1706
2.10.1	Nécessité de l'adaptation	1706
2.10.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1706
2.11	Accès élargis au système central d'information sur les visas Schengen et à ORBIS (art. 109 <i>a</i> , al. 2, let. d, et 109 <i>c</i> , let. e, P-LEtr)	1708
2.11.1	Nécessité de l'adaptation	1708
2.11.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1708
2.12	Accès du bureau SIRENE au SYMIC (art. 7 <i>a</i> , al. 3, let. f, P-LDEA)	1709
2.12.1	Nécessité de l'adaptation	1709
2.12.2	Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	1710
2.13	Accès en ligne de fedpol au système API et élargissement, sur demande des autorités concernées, de l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles pour certains vols (art. 104, al. 1 ^{er} , 104 <i>a</i> , al. 1, 1 ^{bis} , 3 et 3 ^{bis} , 104 <i>b</i> et 104 <i>c</i> P-LEtr)	1710
2.13.1	Nécessité de l'adaptation	1710
2.13.2	Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral	1712
2.14	Vidéosurveillance (art. 102 <i>f</i> P-LAsi)	1713
2.14.1	Nécessité de l'adaptation	1713
2.14.2	Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral	1714
2.15	Introduction de données sensibles numérisées dans SYMIC (art. 4, al. 1, let. a ^{bis} et e, et 7 <i>a</i> P-LDEA et art. 99 <i>a</i> , al. 4, LAsi)	1715
2.15.1	Nécessité de l'adaptation	1715
2.15.2	Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral	1715
2.16	Communication de données aux autorités migratoires (art. 50 <i>a</i> , al. 1, let. e, ch. 8, P-LAVS)	1716
2.16.1	Nécessité de l'adaptation	1716
2.16.2	Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral	1716
3	Commentaires des dispositions	1717
3.1	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers	1717
3.2	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile	1739
3.3	Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile	1743
3.4	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés	1748
3.5	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants	1748

4	Conséquences	1749
4.1	Conséquences économiques d'une limitation de l'obligation de rembourser les dépenses	1749
4.2	Conséquences financières	1750
4.2.1	Nouveaux accès au système d'information sur les visas, au SYMIC, ainsi qu'au système API	1750
4.2.2	Élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour	1751
4.2.3	Système d'information destiné à la mise en œuvre des retours (projet eRetour)	1751
4.2.4	Introduction de données sensibles numérisées dans le SYMIC	1751
4.2.5	Qualité des mesures d'intégration	1752
4.2.6	Présomption légale en cas de voyage dans l'État d'origine ou de provenance du réfugié	1752
4.2.7	Frein aux dépenses	1752
5	Liens avec le programme de législation	1753
6	Aspects juridiques	1753
6.1	Légalité	1753
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales	1753
6.3	Relation avec le droit de l'Union européenne	1754
Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) (Normes procédurales et systèmes d'information) (Projet)		1755

Message

1 Présentation de l'avant-projet

1.1 Contexte

La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹ est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008². Nonobstant l'adoption par le Parlement, le 16 décembre 2016, des modifications de la LEtr³ relatives à la mise en œuvre de l'art. 121a de la Constitution (Cst.)⁴ ainsi qu'à l'amélioration de l'intégration⁵, non encore entrées en vigueur (ci-après nLEtr), plusieurs autres dispositions de cette loi doivent être revues. Elles sont la conséquence de récents développements, tant nationaux qu'internationaux, du droit et de la pratique dans le domaine des migrations. Il s'agit principalement d'adapter des procédures et de créer les bases légales nécessaires à l'accès, à la conservation et à la communication des données dans le domaine migratoire.

Malgré l'absence de lien entre les divers thèmes abordés dans le présent projet, il est opportun de les traiter ensemble en raison de leur importance pour la pratique dans le domaine migratoire.

1.2 Nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Procédure d'approbation des autorisations cantonales par le SEM (ch. 2.1)

Dans une décision de principe⁶, le Tribunal fédéral (TF) a estimé que la voie de la procédure d'approbation est exclue lorsque le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) peut recourir contre une décision d'une autorité cantonale de recours. La nouvelle réglementation proposée permet au SEM de continuer d'exercer sa fonction de surveillance en lui donnant la possibilité de refuser son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour ou à une décision préalable concernant le marché du travail, voire de restreindre la portée d'une telle décision, même lorsqu'une autorité cantonale de recours judiciaire ou administrative s'est prononcée favorablement.

¹ RS 142.20

² Plusieurs dispositions issues de la révision totale de l'ancienne loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) étaient entrées en vigueur en janvier 2007 déjà. Il s'agissait de dispositions relatives aux mesures de contrainte, à l'amélioration du statut de la personne admise à titre provisoire et à la mise sur pied de partenariats migratoires.

³ Modification de la LEtr du 16 décembre 2016 (Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes; FF 2016 8651).

⁴ RS 101

⁵ Modification de la LEtr du 16 décembre 2016 (Intégration; FF 2016 8633).

⁶ ATF 141 II 169 du 30 mars 2015.

1.2.2 Protection des victimes exerçant la prostitution (ch. 2.2)

À la suite de sa décision du 22 octobre 2014 de supprimer le statut d'artiste de cabaret, avec effet à partir du 1^{er} janvier 2016, le Conseil fédéral a décidé de mettre en place des mesures d'accompagnement en vue d'assurer la protection des victimes d'infractions au sens de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)⁷ liées à l'exercice de la prostitution. La nouvelle réglementation proposée prévoit de réglementer le séjour de ces personnes pour la durée des procédures requises et la possibilité de les faire bénéficier d'une aide au retour.

1.2.3 Élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour (ch. 2.3)

Pour encourager le retour volontaire et faciliter la réintégration dans le pays d'origine ou de provenance, les étrangers admis à titre provisoire (art. 83 ss LEtr) qui quittent la Suisse de leur plein gré ou qui doivent quitter le pays suite à la levée de leur admission provisoire doivent également bénéficier de l'aide au retour. La nouvelle réglementation proposée permet ainsi d'accorder cette aide à toutes les personnes étrangères admises provisoirement, qu'elles relèvent du domaine de l'asile ou de celui des étrangers.

1.2.4 Qualité des mesures d'intégration (ch. 2.4)

Le rôle du SEM concernant l'assurance qualité et le développement qualitatif de l'encouragement de l'intégration est précisé, en particulier pour le domaine de l'encouragement linguistique.

1.2.5 Frais liés au séjour en Suisse des travailleurs détachés (ch. 2.5)

Il s'agit de régler l'obligation de l'employeur de rembourser les dépenses de leurs travailleurs détachés en Suisse. Cette question a déjà fait l'objet de la motion Markwalder⁸. Dans son avis du 20 mai 2015, le Conseil fédéral, qui a proposé de rejeter la motion, a cependant estimé qu'il y avait lieu d'intervenir en ce qui concerne la durée de l'obligation de prendre en charge les frais en cas de détachement pour une longue période.

⁷ RS 312.5

⁸ Motion 15.3263 «Réviser la loi sur les travailleurs détachés»; www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Objet 20153263.

La nouvelle réglementation proposée inscrit explicitement cette obligation dans la LEtr et dans la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (LDét)⁹ et donne la compétence au Conseil fédéral d'édicter, en cas de détachement de longue durée, des dispositions sur la durée de l'obligation.

1.2.6 Présomption légale en cas de voyage d'un réfugié dans son État d'origine ou de provenance (ch. 2.6)

La nouvelle réglementation proposée vise à inscrire dans la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)¹⁰ une présomption légale selon laquelle les réfugiés qui se rendent dans leur État d'origine ou de provenance sont considérés s'être replacés de leur plein gré sous la protection dudit État (art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi). En conséquence, le SEM lancera une procédure de retrait de la qualité de réfugié dès qu'il constatera que l'intéressé a effectué un tel voyage. La qualité de réfugié ne sera pas retirée si la personne parvient à renverser la présomption en rendant vraisemblable qu'elle n'a pas effectué volontairement le voyage dans son pays d'origine ou de provenance et qu'elle n'avait pas l'intention de se replacer sous la protection dudit État ou que cet État ne lui a pas accordé sa protection.

1.2.7 Améliorations dans la mise en œuvre de l'acquis de Schengen et de Dublin (ch. 2.7 à 2.9)

En tant qu'État associé à la coopération Schengen et Dublin, la Suisse a repris tous les développements de l'acquis de Schengen et de Dublin. Plusieurs règles de la LEtr concernant le retour en rapport avec la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive sur le retour)¹¹ doivent être adaptées en raison de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à ce sujet. La procédure de refus d'entrée et de renvoi aux aéroports doit mieux satisfaire aux exigences du règlement (UE) 2016/399 du 9 mars 2016 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen)¹². Par ailleurs, une norme de compétence pour le prononcé de la détention Dublin doit être prévue eu égard aux modifications apportées par la restructuration du domaine de l'asile¹³.

⁹ RS 823.20

¹⁰ RS 142.31

¹¹ JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 à 107.

¹² JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; mod. en vertu du Règlement (UE) 2017/458, JO L 74 du 18.3.2017, p. 1.

¹³ Cf. modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile; 14.063) adoptée par le Parlement le 25 septembre 2015 et partiellement entrée en vigueur (RO 2016 3101 ss).

Les nouvelles réglementations proposées relatives à la directive sur le retour prennent en compte les critiques et recommandations formulées notamment dans le cadre de l'évaluation Schengen de la Suisse en 2014 par la commission d'évaluation.

1.2.8 Systèmes d'information, vidéosurveillance et échange de données (ch. 2.10 à 2.16)

Un nouveau système d'information du SEM contenant les données nécessaires aux tâches relevant du domaine du renvoi ou de l'expulsion ainsi que du soutien au retour s'avère nécessaire. De plus, certains accès aux systèmes d'information existants doivent être ajustés et certaines données sensibles doivent pouvoir y être inscrites. En outre, les enregistrements visuels et sonores découlant de la vidéosurveillance doivent pouvoir être utilisés comme moyens de preuve. Enfin, il s'agit d'améliorer l'échange de données entre certaines autorités administratives et les autorités migratoires.

1.3 Résultats de la procédure de consultation et adaptations

Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation le 22 juin 2016. Elle s'est déroulée jusqu'au 13 octobre 2016. Au total, 68 prises de positions ont été remises. Tous les cantons, cinq partis politiques (PDC, PES, PLR, PSS et UDC), trois conférences gouvernementales (Conférence des caisses cantonales de compensation [CCCC], Conférence des gouvernements cantonaux [CdC] et Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police [CCDJP]) ainsi que 34 participants issus des milieux intéressés et des associations faitières se sont exprimés sur le projet. Deux participants (GR et l'Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire [ASMOJ]) ont expressément renoncé à prendre position. Un seul participant (UDC) a, sur le principe, rejeté le projet.

La grande majorité des participants approuvent la plupart des nouvelles réglementations proposées. Un certain nombre d'entre eux se limitent cependant à prendre position sur les dispositions qui les concernent ou les intéressent. Enfin, quelques-uns (par ex. PES, PLR, la Fédération des entreprises romandes [FER], la Fédération suisse des avocats [FSA] et l'Ordre des avocats de Genève [ODAGE]) critiquent le caractère hétéroclite de la présente révision, qui contient de nombreux thèmes très divers.

Les dispositions les plus controversées sont celles relatives à la qualité des mesures d'intégration (art. 57a P-LEtr) et celles concernant les mesures visant à renforcer l'applicabilité de l'interdiction faite aux réfugiés reconnus de voyager dans l'État d'origine ou de provenance (art. 59a P-LEtr et 63 P-LAsi). Les remarques formulées à l'encontre de ces articles ont conduit à la suppression de l'art. 57a P-LEtr et à la proposition d'une nouvelle disposition (cf. ch. 1.3.1 et 2.4) ainsi qu'à la suppression de l'art. 59a P-LEtr (cf. ch. 1.3.2).

Concernant les différentes observations des participants à la consultation et la position du Conseil fédéral sur celles-ci, il est renvoyé au ch. 2.

1.3.1 Assurance qualité en matière d'encouragement de l'intégration (suppression de l'art. 57a AP-LEtr du projet)

Il convient de supprimer l'art. 57a, al. 1 et 2, AP-LEtr, qui porte sur l'assurance qualité en matière d'encouragement de l'intégration. En effet, le Parlement a adopté le 16 décembre 2016, dans le cadre du projet législatif relatif à l'intégration (révision partielle de la LEtr; 13.030), une disposition allant dans le même sens (art. 56, al. 5, nLEtr)¹⁴. Cette dernière est plus complète, car elle inclut tous les domaines d'encouragement et répond aux attentes formulées lors de la consultation.

Eu égard à l'art. 6, al. 2, de la loi fédérale du 20 juin 2014 sur la formation continue (LFCo)¹⁵, l'art. 57a, al. 1 et 2, AP-LEtr confère au SEM et aux cantons la compétence de fixer les critères de l'assurance et du développement de la qualité des mesures d'intégration. La grande majorité des cantons rejette cette disposition. Il en va de même de trois partis et de plusieurs organisations, dont l'Association des services cantonaux de migration (ASM) et la CCDJP. Les critiques portent principalement sur le fait que la disposition proposée retire aux cantons leur responsabilité opérationnelle en matière d'assurance qualité, ne tient pas compte des réalités cantonales, entraîne des charges et des coûts supplémentaires et freine l'innovation. Ces participants à la consultation rappellent en outre qu'il existe déjà une collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes au travers des programmes d'intégration cantonaux (PIC). Aux yeux des auteurs des critiques, ces instruments suffisent.

L'al. 3 de l'art. 57a AP-LEtr n'a pas été contesté lors de la consultation. Il est déplacé et devient l'art. 56, al. 6, P-LEtr.

1.3.2 Interdiction faite aux réfugiés reconnus de voyager (suppression de l'art. 59a AP-LEtr du projet)

L'art. 59a AP-LEtr soumis à la consultation prévoyait d'inscrire explicitement dans la loi l'interdiction pour les réfugiés reconnus de voyager dans leur État d'origine ou de provenance. De plus, si des motifs sérieux faisaient penser que cette interdiction n'est pas respectée, il devait être possible de prononcer une interdiction à l'encontre de l'ensemble des réfugiés d'un même État de se rendre dans d'autres États, notamment des États voisins du pays d'origine ou de provenance. Tout comme la présomption légale (cf. art. 63, al. 1^{bis}, P-LEtr; cf. ch. 1.2.6), le but de cette disposition était de limiter les voyages de réfugiés reconnus dans leur pays d'origine ou de provenance.

¹⁴ FF 2016 8633

¹⁵ RS 419.1

Bien que la problématique générale de ces voyages soit connue (cf. à ce sujet ch. 1.5) et que le but recherché par ces dispositions ait été reconnu par les participants à la consultation, l'art. 59a AP-LEtr a cependant fait l'objet de nombreuses critiques. L'interdiction de voyager dans d'autres États (pays voisins) et son extension à l'ensemble des réfugiés d'un même État ont été jugées disproportionnées (par ex. FR, GE, NE, SH, PSS, CSP, le Bureau de coordination de l'Organisation internationale pour les migrations à Berne, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés [OSAR] et l'Union des villes suisses [UVS]). En outre, le fait que cette disposition contienne des notions indéterminées (par ex. la notion du doute fondé) crée une insécurité juridique (par ex. CCDJP, ASM, FSA et ODAGE).

Au vu du résultat de la procédure de consultation et après un examen approfondi de son applicabilité, l'art. 59a AP-LEtr est abandonné. En règle générale, le voyage de la Suisse vers un État d'origine ou de provenance ne se fait pas seulement via un État voisin mais amène l'intéressé à passer par plusieurs États. Il n'est donc guère possible de mettre en pratique une telle interdiction de voyager, car la multiplicité des itinéraires envisageables ne permettraient pas aux autorités de déterminer le véritable État de destination (État d'origine ou de provenance). En outre, une telle interdiction empêcherait les réfugiés de se rendre dans les pays voisins de l'État qu'ils ont fui auprès de membres de leur famille proche qui y résident temporairement ou durablement.

Cependant, la proposition faite dans le projet soumis en consultation d'introduire une présomption légale en cas de voyage d'un réfugié dans son pays d'origine ou de provenance est maintenue (art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi; cf. ch. 2.6). En effet, une procédure de retrait de la qualité de réfugié est déjà automatiquement ouverte si un tel voyage est constaté; il est toutefois difficile de prouver que le réfugié ait voulu se remettre sous la protection de son État d'origine ou de provenance. Avec la présomption légale prévue, il appartiendra désormais à la personne concernée de rendre vraisemblable qu'elle reste effectivement persécutée dans cet État bien qu'elle y soit retournée.

1.3.3 Autres adaptations demandées

Plusieurs participants à la consultation ont demandé l'abrogation de l'art. 64c LEtr, considérant qu'un renvoi sans décision formelle ne satisfait pas aux exigences de l'acquis de Schengen en la matière. Il y a lieu de préciser que la directive sur le retour¹⁶ prévoit des exceptions au principe selon lequel une décision de renvoi doit toujours être rendue par écrit en cas de séjour irrégulier. Selon l'art. 6, par. 3, de cette directive, les États Schengen peuvent s'abstenir de prendre une telle décision à l'encontre de ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier sur leur territoire si ceux-ci sont repris par d'autres États Schengen en vertu d'accords bilatéraux. Selon l'art. 2, par. 2, let. a, de la directive, chaque État Schengen peut décider de ne pas appliquer la directive – et, par conséquent, de ne pas rendre de décision de renvoi formelle – lorsqu'un ressortissant d'un État tiers fait déjà l'objet d'une décision de

¹⁶ JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 à 107, ch. 1.2.7.

refus d'entrée conformément à l'art. 13 du code frontières Schengen. De cette manière, les procédures à double peuvent être évitées. En effet, ces personnes ont déjà fait l'objet d'une procédure formelle pour déterminer si les conditions d'entrée étaient remplies, au titre du code frontières Schengen¹⁷. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas lieu d'abroger l'art. 64c LEtr.

Certains participants ont requis la correction ou la suppression d'autres dispositions, notamment l'art. 74 LEtr (PSS) et l'art. 61, al. 1, let. f, LEtr (ZH). Ces requêtes ne peuvent être prises en considération; le législateur s'est en effet déjà prononcé en faveur de ces dispositions et il s'agit de droit en vigueur qu'il n'est pas opportun de modifier dans le cadre de la présente révision.

Deux cantons (OW et NW) souhaiteraient que les autorités de poursuite pénale et les tribunaux des mesures de contrainte soient tenus de communiquer *spontanément* aux autorités chargées de l'exécution de la LEtr, les informations nécessaires à l'application de la LEtr. Le Conseil fédéral a d'ores et déjà déterminé que chaque ouverture ou suspension d'instructions pénales, arrestation et libération ainsi que jugement pénal concernant des étrangers doivent être *spontanément* communiqués par les autorités policières et judiciaires et les autorités d'instruction pénale aux autorités d'exécution de la LEtr (art 97, al. 3, let. a et b, LEtr, art. 82, al. 1, de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA]¹⁸). Partant, les bases légales existantes sont considérées comme étant suffisantes.

1.4 Adaptations supplémentaires après la procédure de consultation

Suite à l'ouverture de la procédure de consultation, mais indépendamment de celle-ci, plusieurs dispositions ont été ajoutées au projet.

1.4.1 Suppression du système ISR

Le système d'information en vue de l'établissement des documents de voyages suisses et des autorisations de retour pour étrangers (ISR) sera supprimé parce qu'il atteindra bientôt la fin de sa durée d'utilisation.

Il est proposé que les données de ce système soient enregistrées dans le SYMIC. Cette modification technique entraîne la suppression de l'art. 111 LEtr ainsi que l'adaptation de dispositions de la LEtr (art. 59 et 102a) et de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)¹⁹ (art. 3, al. 2, let. b, et 3, let. b, art. 4, al. 1, let. a^{bis} et g, art. 7a et art. 9, al. 1, let. m à o, et 2, let. l à n).

¹⁷ FF 2009 8043 8055; JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; mod. en vertu du Règlement (UE) 2017/458, JO L 74 du 18.3.2017, p.1, ch. 1.2.7.

¹⁸ RS 142.201

¹⁹ RS 142.51

Il a été renoncé à soumettre ces modifications à une nouvelle procédure de consultation car les autorités concernées (ASM et CCDJP) ont été consultées le 11 mai 2017. Celles-ci ont approuvé le projet de suppression du système ISR. De plus, les accès aux données restent inchangés. Les autorités concernées seront nouvellement amenées à traiter les données sur les documents de voyage dans le SYMIC. Les positions des milieux intéressés sont dès lors connues au sens de l'art. 3a, al. 1, let. b, de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo)²⁰.

1.4.2 Enregistrement des cas médicaux

Il s'agit d'inscrire la mention «cas médical» dans le système d'information central sur la migration (SYMIC) et dans le système d'information destiné aux centres d'enregistrement et de procédure et aux logements dans les aéroports (MIDES) afin de permettre une meilleure répartition entre les cantons des requérants d'asile qui doivent bénéficier d'un soutien médical (art. 4, al. 1, let. f, P-LDEA et art. 99a, al. 3, let. f, P-LAsi).

Il a été renoncé à soumettre ces modifications à une nouvelle procédure de consultation car elles permettent de créer les accès facilitant une pratique déjà existante. Une procédure de consultation n'a pas eu lieu pour ces adaptations car elles portent principalement sur l'organisation ou les procédures des autorités fédérales au sens de l'art. 3a, al. 1, let. a, LCo.

1.4.3 Saisie systématique des données biométriques

Lors de l'examen des conditions d'entrée ou lors de procédures de droit des étrangers, les autorités compétentes pourront désormais saisir et enregistrer à des fins d'identification les données biométriques des étrangers dans des cas individuels et, pour certaines catégories de personnes, également de manière systématique (art. 102, al. 1, P-LEtr). Sont principalement visés ici les séjours en Suisse de longue durée, supérieurs à trois mois et soumis à autorisation, en vue de l'exercice d'une activité lucrative ou en vue du regroupement familial (visas D). Le Conseil fédéral est en outre chargé de déterminer les catégories de personnes pour lesquelles une saisie systématique pourra être effectuée.

Il a été renoncé à soumettre cette modification à une nouvelle procédure de consultation car elle concerne essentiellement les autorités fédérales et le traitement des données biométriques dans le cadre de la procédure de visas. Elle porte principalement sur l'organisation ou les procédures des autorités fédérales, notamment du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), au sens de l'art. 3a, al. 1, let. a, LCo.

²⁰ RS 172.061

1.4.4 Réfugiés et apatrides sous le coup d'une expulsion pénale entrée en force

Il s'agit de régler la situation en matière d'activité lucrative, d'aide sociale et de contributions fédérales pour les réfugiés et les apatrides sous le coup d'une expulsion pénale entrée en force mais non exécutable (art. 61 P-LAsi et art. 31, al. 3 et 4, 86, al. 1 et 1^{bis}, et 87, al. 1, let. d, P-LEtr). Cette modification correspond aux engagements internationaux de la Suisse.

Il a été renoncé à soumettre cette modification à une nouvelle procédure de consultation car cela correspond à un souhait exprimé lors de la procédure de consultation relative à l'ordonnance sur la mise en œuvre du renvoi des étrangers criminels²¹. Les positions des milieux intéressés sont dès lors connues au sens de l'art. 3a, al. 1, let. b, LCo.

1.4.5 Adoption des modifications de la LEtr (Intégration)

Le Parlement a adopté le 16 décembre 2016 des modifications de la LEtr (Intégration) parmi lesquelles, l'art. 97, al. 3, let. d^{quinquies}, nLEtr²² qui règle nouvellement la communication des données relatives à l'application de mesures prises par les autorités de protection de l'enfance et de l'adulte. Partant, l'art. 97, al. 3, let. g, AP-LEtr soumis à la procédure de consultation n'a plus lieu d'être et est par conséquent supprimé du présent projet.

L'adoption des modifications en question porte également sur l'art. 56 nLEtr relatif à la répartition des compétences dans le domaine de l'intégration (cf. ch. 1.3). Cela a entraîné la suppression de l'art. 57a AP-LEtr tel que soumis en consultation et l'ajout d'un nouvel al. 6 à l'art. 56 nLEtr.

1.5 Problématique des voyages de réfugiés reconnus dans leur État d'origine ou de provenance

1.5.1 Contexte

Selon le droit en vigueur, les réfugiés reconnus ont droit à un titre de voyage pour réfugiés. Celui-ci ne les autorise cependant pas à se rendre dans leur pays d'origine ou de provenance (art. 59 LEtr et art. 3 et 12, al. 3, de l'ordonnance 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers [ODV]²³). Lorsqu'un titulaire d'un tel document de voyage se rend tout de même dans son État d'origine ou de provenance, la qualité de réfugié lui est retirée si l'intéressé s'est replacé volontairement sous la protection dudit État (cf. art. 63, al. 1, let. b, LAsi). À noter que le SEM ne peut retirer la qualité de réfugié que dans les cas où il peut

²¹ Cf. ch. 2.1.1 du commentaire de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale sous: www.ofj.admin.ch > Accueil OFJ > Sécurité > Projets législatifs en cours > Expulsion d'étrangers criminels.

²² FF 2016 8633 8642

²³ RS 143.5

prouver que l'étranger concerné s'est rendu dans son pays d'origine ou de provenance. Dans la pratique, cette preuve est difficile à apporter. Ainsi, en 2015, sur 48 597 réfugiés reconnus vivant en Suisse seuls 191 se sont vu retirer la qualité de réfugié au motif qu'ils se sont rendus dans leur pays d'origine; en 2016, ils étaient 143 sur 55 291. Ce taux relativement faible montre qu'il est nécessaire d'adopter des mesures supplémentaires en vue de déceler et prouver les abus dans ce domaine.

La question des voyages abusifs de réfugiés reconnus dans leur pays d'origine ou de provenance est régulièrement soulevée dans des interventions parlementaires (cf. motions 15.3803²⁴ et 15.3844²⁵) et dans la presse. Conscient de ce problème, le Conseil fédéral entend proposer des mesures efficaces pour lutter contre les abus. Dans ses réponses aux motions susmentionnées, il avait déjà signalé que le département fédéral de justice et police (DFJP) examinait la possibilité de préciser dans la LAsi les conditions relatives à une remise délibérée de réfugiés sous la protection de leur État d'origine ou de provenance.

Dans ce contexte, le Conseil fédéral propose d'inscrire dans la LAsi une présomption légale en vue du retrait de la qualité de réfugié (cf. art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi; voir ch. 1.2.6 et 2.6). Par ailleurs, le SEM a déjà adopté des mesures en vue de déceler et prouver les voyages abusifs de réfugiés dans leur pays d'origine ou de provenance (cf. ch. 1.5.2).

1.5.2 Mesures concrètes en vue d'identifier les voyages abusifs dans le pays d'origine ou de provenance

Le SEM dispose déjà depuis septembre 2015 d'un bureau auprès duquel il est possible de signaler les voyages que des personnes relevant du domaine de l'asile pourraient avoir accomplis dans leur pays d'origine ou de provenance. Lorsqu'il reçoit un signalement, le SEM vérifie si, dans le cas d'espèce, les indices permettent de retirer la qualité de réfugié à l'étranger concerné et de révoquer l'asile ou lever l'admission provisoire. Depuis la création de ce bureau, les autorités de contrôle à la frontière et les services cantonaux chargés des affaires sociales ou des migrations ont signalé de nombreux cas suspects au SEM. Dans ce contexte, la collaboration entre le SEM, les cantons responsables et les autorités de contrôle à la frontière a été renforcée. Ainsi, ces dernières se servent des données relatives aux passagers (données personnelles, indications concernant le document de voyage et le vol; *Advance Passenger Information*) transmises par les compagnies aériennes après chaque décollage pour déceler d'éventuels voyages suspects.

De plus, le SEM prévoit d'introduire, à l'automne 2017, un nouveau formulaire pour l'établissement de titres de voyage pour réfugiés. Il contiendra une remarque précisant que, en cas de soupçon de voyage dans leur pays d'origine ou de provenance,

24 Motion 15.3803 «Domaine de l'asile. Pas de voyages inopportuns à l'étranger pour les personnes admises en Suisse»; www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Objet 20153803.

25 Motion 15.3844 «Interdire les voyages à l'étranger aux requérants d'asile et aux personnes admises à titre provisoire»; www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Objet 20153844.

les réfugiés ont l'obligation de collaborer lors de la procédure de retrait de la qualité de réfugié et de révocation de l'asile. Seules les personnes acceptant cette obligation de collaborer pourront obtenir un document de voyage suisse pour réfugiés.

En outre, le SEM prépare actuellement une nouvelle disposition qu'il souhaite ajouter à l'ODV pour permettre d'inscrire la nationalité des réfugiés dans les titres de voyage délivrés par la Suisse. Cette mesure réduira sensiblement le temps que les autorités de contrôle à la frontière consacrent à déceler des indices de voyage dans le pays d'origine ou de provenance. La réglementation en la matière entrera vraisemblablement en vigueur en milieu d'année 2018.

Enfin, la question des voyages abusifs de réfugiés dans leur pays d'origine ou de provenance est également débattue dans d'autres États européens. Des efforts sont actuellement déployés au niveau européen en vue de renforcer la coopération et, en particulier, l'échange d'informations entre les différents États européens dans les cas de ce genre. Le Conseil fédéral accorde une grande importance à ce que la Suisse participe à ces efforts.

2 Adaptations de la LEtr

2.1 Procédure d'approbation des autorisations cantonales par le SEM (art. 99 P-LEtr)

2.1.1 Nécessité de l'adaptation

La procédure d'approbation confère au SEM un droit de surveillance et de veto sur l'octroi des autorisations de séjour délivrées par les autorités cantonales compétentes en matière d'étrangers, ainsi que sur les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail. En d'autres termes, le SEM peut, dans certains cas, refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale.

L'actuel art. 99 LEtr délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer ces cas. L'OASA a été modifiée et prévoit, dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2015, une sous-délégation de cette compétence au Département fédéral de justice et police. Ce dernier règle désormais les cas qui doivent être soumis à l'approbation du SEM dans l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers²⁶.

Dans un arrêt de principe portant sur la procédure d'approbation²⁷, le Tribunal fédéral a notamment indiqué que celle-ci n'était pas admissible dans les cas où, suite à l'octroi de l'autorisation sollicitée par l'autorité cantonale de recours judiciaire ou administrative, le SEM pouvait saisir le TF par la voie du recours en matière de droit public, voire, dans les cantons où il existe un double degré de juridiction, porter l'affaire devant l'instance cantonale de recours.

²⁶ RS 142.201.1

²⁷ ATF 141 II 169 et arrêt 2C_634/2014 du 24 avril 2015.

Cependant, contrairement à la procédure de recours, la procédure d'approbation n'est pas soumise à des délais précis et le SEM dispose de son propre pouvoir d'appréciation. L'adaptation proposée prévoit donc de rétablir cette situation en garantissant à nouveau au SEM le choix entre la voie de la procédure d'approbation et celle du recours lorsqu'une autorité cantonale administrative ou judiciaire a octroyé, sur recours, une autorisation de séjour.

2.1.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des participants à la procédure de consultation (dont une majorité de cantons ainsi que l'ASM et la CCDJP) soutiennent la modification proposée de l'art. 99 LEtr.

L'accent est mis sur l'importance du pouvoir d'appréciation du SEM. Deux participants craignent que la procédure soit prolongée et qu'elle puisse susciter l'incompréhension auprès des intéressés; ils considèrent cependant que l'intérêt public à une pratique uniforme l'emporte.

Les participants opposés à cette modification sont d'avis que le SEM doit recourir lorsque la voie du recours au Tribunal fédéral est ouverte. Certains proposent même d'inscrire cette obligation dans la loi.

Position du Conseil fédéral

Compte tenu des avis exprimés lors de la consultation, le Conseil fédéral estime que la modification proposée de l'art. 99 LEtr doit être maintenue.

La procédure d'approbation est un instrument au but très éloigné de celui du recours: tandis que le second vise à examiner la légalité d'une décision, la première permet au SEM d'exercer le pouvoir d'appréciation que lui confère la LEtr. Dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir, aucune distinction ne doit être faite entre les autorités cantonales qui rendent les décisions initiales et celles, administratives ou judiciaires, qui statuent, sur recours, contre ces décisions. En effet, la procédure d'approbation sert à assurer une politique migratoire unifiée.

La situation postérieure à la nouvelle jurisprudence n'est pas satisfaisante au vu du mandat attribué au SEM d'assurer une politique cohérente en matière d'étrangers et la surveillance de l'application du droit des étrangers par les cantons (art. 12, al. 1, let. a, et 2, let. d, de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police²⁸) et doit, dès lors, être corrigée par une adaptation de la base légale en question.

Enfin, l'inscription dans la loi de l'obligation de recourir au TF lorsque cette voie est ouverte n'impliquerait en fin de compte aucun changement par rapport à la situation actuelle suite au jugement du TF et doit être rejetée.

2.2 Protection des victimes exerçant la prostitution (art. 30, al. 1, let. d et e^{bis}, et 60, al. 2, let. b, P-LEtr)

2.2.1 Nécessité de l'adaptation

Créé en 1995 dans le but de protéger les danseuses de cabaret de l'exploitation, le statut d'artiste de cabaret permettait de déroger aux conditions d'admission des travailleurs en provenance d'État tiers en autorisant l'exercice de cette activité en Suisse pendant huit mois par an au maximum (art. 30, al. 1, let. d, LEtr et ancien art. 34 OASA).

Le 22 octobre 2014, le Conseil fédéral a décidé de supprimer ce statut. Cette suppression est l'une des 26 recommandations du rapport du groupe d'experts en matière de mesure de protection des femmes œuvrant dans le milieu érotique mis sur pied par le DFJP²⁹, étant donné que, dans les faits, ce statut ne permettait souvent pas de garantir la protection nécessaire aux femmes concernées. Par conséquent, l'art. 34 OASA consacré aux danseuses de cabaret a été abrogé lors de la révision partielle de l'OASA entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

L'art. 30, al. 1, let. d, LEtr, permettant de déroger aux conditions d'admission dans le but de protéger les personnes particulièrement menacées dans l'exercice de leur activité lucrative, s'applique, selon la volonté du législateur, uniquement aux artistes de cabaret (cf. message concernant la loi sur les étrangers³⁰), raison pour laquelle le projet soumis à consultation a proposé son abrogation.

Les personnes qui, durant l'exercice de la prostitution, sont victimes d'infractions au sens de la LAVI devront avoir la possibilité, dans certains cas, de solliciter la réglementation temporaire de leur séjour ainsi qu'une aide au retour. Cette autre recommandation du groupe d'experts est reprise aux art. 30, al. 1, let. e^{bis}, et 60, al. 2, let. b, P-LEtr.

Les nouvelles réglementations proposées seront applicables indépendamment du fait que la personne en question ait exercé cette activité légalement ou illégalement. Ce principe permet de garantir l'égalité de traitement de toutes les victimes, quel que soit leur statut au regard du droit des étrangers. Néanmoins, l'exercice d'une activité sans autorisation reste punissable (art. 115, al. 1, let. c, LEtr).

2.2.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des cantons, des partis politiques et des autres milieux intéressés soutient les adaptations proposées dans le domaine de la protection des victimes exerçant la prostitution.

Les principales critiques concernent le fait que ces dispositions ne devraient pas viser uniquement les personnes exerçant la prostitution mais également celles exer-

²⁹ Rapport sous: www.sem.admin.ch > Publications & services > Rapports > Rapports divers.

³⁰ FF 2002 3469 3544

cant d'autres métiers qui s'exercent dans des conditions précaires avec un risque d'exploitation, voire toutes les victimes au sens de la LAVI. De même, la formulation potestative de l'art. 30 LEtr est critiquée, comme la suppression de la let. d actuelle et de la jurisprudence y relative.

Par ailleurs plusieurs demandes ont été formulées:

- octroi d'une autorisation de séjour indépendamment de toute coopération avec les autorités judiciaires ou pénales;
- prise en considération d'autres infractions spécifiques au milieu de la prostitution mais ne relevant pas de la LAVI;
- non-punissabilité des victimes d'infractions dans le cadre de l'exercice de la prostitution pour l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation au sens de l'art. 115 LEtr ainsi que des victimes de traite d'êtres humains.

Certains demandent encore que la preuve de la cessation d'activité soit faite pour l'octroi de l'aide au retour et que cette mesure ne soit pas trop attractive. Quelques-uns souhaitent une aide au retour générale pour toutes les victimes d'infractions.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral estime que seules les prostituées victimes d'infractions doivent se voir octroyer une autorisation de séjour si nécessaire. Les autorités peuvent par ailleurs faire usage de l'art. 30, al. 1, let. b, LEtr afin d'autoriser le séjour pour tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs. Tel serait le cas pour les victimes d'infractions exerçant d'autres métiers dans des conditions précaires.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il convient de maintenir la disposition actuelle de nature potestative, qui laisse une marge de manœuvre aux autorités. Une concrétisation est prévue au niveau des ordonnances.

Il convient de renoncer à la let. d, qui ne visait que les danseuses de cabaret, statut qui a été abrogé. La nouvelle let. e^{bis} vise une nouvelle catégorie de personnes exerçant la prostitution et ayant été victimes d'infractions durant l'exercice de leur profession.

En outre, aucune coopération avec les autorités pénales n'est exigée afin d'octroyer une autorisation de séjour. Le Conseil fédéral constate par ailleurs que certaines infractions (salaires impayés) ne sont pas comprises dans le champ d'application de la LAVI et que, par conséquent, ces cas ne peuvent trouver application dans le cadre de la let. e^{bis}. Néanmoins, l'éventuelle nécessité de rester momentanément en Suisse dans le cadre de procédures pénales sans qu'il y ait infraction au sens de la LAVI peut être prise en considération par le biais de l'art. 30, al. 1, let. b, LEtr.

Enfin, le juge peut lui-même, dans le cadre de l'application de l'art. 115 LEtr, renoncer à une peine ou à des poursuites en application du code pénal (CP)³¹, notamment si la personne a été directement atteinte par les conséquences de son acte (art. 52 à 54 CP). Il n'est dès lors pas opportun de prévoir expressément à l'art. 115 LEtr certaines exceptions à la punissabilité ou à l'exécution de la peine pour exer-

³¹ RS 311.0

cice illégal d'une activité pour les prostituées ou les victimes de traite d'êtres humains.

Concernant l'aide au retour, le cercle des bénéficiaires ainsi que les éléments déterminants pour son octroi seront plus clairement définis au niveau des ordonnances. Dans ce cadre, il sera tenu compte des spécificités liées à la problématique de la prostitution.

2.3 Elargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour (art. 60, al. 2, let. c, P-LEtr)

2.3.1 Nécessité de l'adaptation

L'aide au retour vise à encourager les personnes relevant du domaine de l'asile (cf. art. 93 LAsi) et certaines personnes relevant du domaine des étrangers (cf. art. 60, al. 2, LEtr) à quitter la Suisse volontairement et dans les délais prescrits, ainsi qu'à permettre leur réintégration dans leur pays de destination.

Afin de garantir une certaine cohérence, l'aide au retour doit pouvoir être octroyée à toutes les personnes admises à titre provisoire, à savoir également à celles qui relèvent du domaine des étrangers. En effet, les personnes actuellement admises en Suisse à titre provisoire ont pour la plupart déposé une demande d'asile et peuvent dès lors bénéficier de l'aide au retour. En revanche, les personnes admises à titre provisoire qui n'ont pas présenté de demande d'asile et dont le SEM a levé l'admission provisoire en vertu de l'art. 84, al. 2, LEtr ou qui quittent la Suisse de leur propre initiative ne peuvent prétendre à l'aide au retour.

L'adaptation proposée vise à pallier cette situation en incitant non seulement les personnes concernées à quitter volontairement la Suisse mais aussi et surtout à éviter qu'elles ne déposent *a posteriori* une demande d'asile aux seules fins d'obtenir l'aide au retour. Elle garantit en outre que des situations semblables, qu'elles relèvent du domaine des étrangers ou de celui de l'asile, puissent à l'avenir être traitées de manière identique.

2.3.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La grande majorité des cantons, des partis et des autres cercles intéressés approuve cette nouveauté.

Les critiques principales (plusieurs organisations, quelques cantons ainsi que le PSS) portent sur la demande de création d'une aide au retour générale accessible à tous et la reformulation dans ce sens de l'art. 60, al. 2, LEtr. Une ouverture de l'aide au retour de la Confédération au domaine des étrangers en cas de retour volontaire et définitif permettrait aux cantons d'être plus actifs, notamment à l'égard des personnes dépendantes de l'aide sociale (ASM et CDDJP).

Quelques demandes concernent l'attention à porter à cet élargissement afin qu'il ne crée pas de fausses incitations. Enfin, cette mesure ne devrait pas détourner l'État de son devoir de protéger la personne (principe de non-refoulement) en l'incitant à quitter son territoire.

Position du Conseil fédéral

Les cantons sont compétents pour les questions liées au séjour et au départ des étrangers. Le Conseil fédéral ne souhaite pas instaurer une aide au retour générale destinée aux étrangers car celle-ci relève de la compétence cantonale. Plusieurs cantons octroient une aide au retour aujourd'hui déjà avec succès. Le présent projet vise à assurer une aide au retour aux prostituées (art. 30, al. 1, let. e^{bis}), comme cela est le cas aujourd'hui déjà pour les victimes ou les témoins de la traite d'êtres humains (art. 60, al. 2, let. b, LEtr). De plus, il vise à mettre sur pied d'égalité les personnes admises à titre provisoire du domaine des étrangers et du domaine de l'asile. Si les conditions sont satisfaites, seules ces catégories d'étrangers obtiendront une aide au retour de la Confédération.

L'aide au retour sera octroyée à bon escient selon des critères définis au niveau des ordonnances. La personne qui se dit prête à rentrer dans son État de provenance de manière autonome avec l'aide au retour le fait sous sa propre responsabilité. Une aide au retour ne saurait avoir pour but d'inciter des personnes ayant encore besoin de protection à quitter la Suisse.

2.4 Qualité des mesures d'intégration (art. 56, al. 6, P-LEtr)

2.4.1 Nécessité de l'adaptation

L'intégration est une tâche que la Confédération, les cantons, les communes, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales et les organisations d'étrangers doivent accomplir ensemble. Le SEM est responsable de la coordination, de l'échange d'informations et d'expériences, de l'examen de l'intégration de la population étrangère et de l'assurance qualité en matière d'encouragement de l'intégration (art. 56 nLEtr³²). Il doit pouvoir désigner des organes qui garantissent, par exemple, la reconnaissance des qualifications et l'octroi d'accréditations et de label de qualité.

2.4.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

L'art. 57a, al. 3, AP-LEtr correspond à l'art. 56, al. 6, P-LEtr. Cet alinéa n'a fait l'objet d'aucune contestation lors de la consultation (cf. ch. 1.3). Trois participants à la consultation ont expressément proposé que l'évaluation de la qualité des mesures

d'intégration soit effectuée par des organes indépendants afin d'éviter tout conflit d'intérêts.

Position du Conseil fédéral

Compte tenu des avis exprimés lors de la procédure de consultation, l'art. 57a, al. 3, AP-LEtr reste inchangé, mais il est déplacé et devient le nouvel al. 6 de l'art. 56 P-LEtr pour des raisons de systématique législative. La réglementation proposée garantit que l'assurance qualité puisse être réalisée par des organes externes appropriés.

2.5 Frais liés au séjour en Suisse des travailleurs détachés (art. 22 P-LEtr et art. 2, al. 3 et 5, P-LDét)

2.5.1 Nécessité de l'adaptation

Le détachement de travailleurs en Suisse est réglé à la fois dans la LDét et dans la LEtr. La question du remboursement par l'employeur des dépenses qu'entraîne pour le travailleur un tel détachement n'est cependant pas réglée.

L'art. 327a du code des obligations (CO)³³ prévoit que l'employeur rembourse au travailleur les dépenses nécessaires à son entretien lorsque celui-ci est occupé en dehors de son lieu de travail. Selon une pratique établie, l'art. 327a CO s'applique par analogie aux transferts interentreprises de travailleurs et aux prestations de services transfrontalières; dans ces cas également, l'employeur est tenu de rembourser les dépenses. À l'inverse, en cas de détachement en Suisse, ni la LDét ni la LEtr ne règlent explicitement cette obligation. De plus, ces deux lois règlent les conditions de rémunération et de travail de manière différente (comparer l'art. 2, al. 1, LDét et l'art. 22 LEtr).

Depuis plusieurs années, les milieux économiques demandent de fixer une limite temporelle à l'obligation de rembourser les dépenses des travailleurs en cas de détachement de longue durée en Suisse. En effet, ces personnes y déplacent souvent le centre de leurs intérêts, y font venir les membres de leur famille et ne sont plus domiciliées dans leur pays de provenance. Dans ces circonstances, il n'est plus possible de parler de frais de détachement mis à la charge de l'employeur. De plus, l'on considère qu'un étranger qui séjourne plus de douze mois en Suisse fait partie de la population résidente permanente.

La question a été récemment thématifiée dans le cadre de la motion Markwalder³⁴. Le Conseil fédéral l'a rejetée en raison de certaines exigences de son auteure, en particulier celle relative à la libération de l'obligation de prendre en charge les frais liés aux détachements de courte durée. En revanche, le Conseil fédéral estime qu'il y a lieu d'intervenir dans une certaine mesure en ce qui concerne la durée de l'obligation de prendre en charge les frais dont les entreprises étrangères doivent s'acquitter lorsqu'elles détachent des travailleurs pour une longue période.

³³ RS 220

³⁴ Motion 15.3263 «Réviser la loi sur les travailleurs détachés»; www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Objet 20153263.

La réglementation proposée dans la LEtr et la LDét prévoit le remboursement des frais de manière uniforme pour toutes les situations de détachement et assure ainsi la sécurité du droit. De plus, il est prévu d'accorder au Conseil fédéral la compétence de limiter la durée de l'obligation de prise en charge des frais en cas de détachement de longue durée. Cette solution flexible permettra de limiter la durée de la prise en charge des frais, tout en tenant compte de la diversité des détachements et en prévoyant des exceptions pour des cas particuliers.

2.5.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

Une très grande majorité des participants à la consultation salue les modifications proposées. Les critiques principales portent sur la prise en compte de critères autres que la durée du détachement pour déterminer quand il faut renoncer à la prise en charge des frais, comme par exemple l'intégration de la personne en Suisse (par ex. ZG et le Centre patronal) ou le déplacement des centres d'intérêt. La grande majorité des participants à la consultation approuve la durée de douze mois pour la prise en charge des frais ainsi que la compétence du Conseil fédéral pour fixer sa durée.

Cependant, de nombreux participants à la consultation considèrent que, pour des raisons de clarté, l'art. 9 LDét (sanctions administratives) devrait renvoyer explicitement à l'art. 2a AP-LDét (frais liés au détachement); en effet, il faut également pouvoir sanctionner les entreprises qui ne prennent pas en considération les frais liés au détachement dans les conditions minimales de salaire.

Position du Conseil fédéral

Au vu des avis positifs exprimés lors de la consultation, le projet reste inchangé sur le fond. Le Conseil fédéral peut prévoir au niveau d'ordonnances des durées diverses de prise en charge des frais liés au détachement, en fonction des situations.

Le Conseil fédéral entend tenir compte des réserves exprimées lors de la consultation selon lesquelles, en l'absence d'un renvoi explicite de l'art. 9 LDét à l'obligation d'indemniser les frais (initialement prévu à l'art. 2a AP-LDét), il n'y aurait pas de base suffisante pour prononcer une sanction en cas de violation des conditions minimales de travail et de salaire. Partant, il propose, en lieu et place de l'art. 2a AP-LDét, de maintenir la réglementation en vigueur concernant l'obligation d'indemniser les frais de l'art. 2, al. 3, LDét. Ainsi, l'art. 9 LDét continuera de renvoyer aux frais visés à l'art. 2, al. 3, LDét.

L'obligation de rembourser les dépenses liées au détachement prévue à l'art. 2, al. 3, P-LDét n'entraîne aucune modification de la pratique concernant le contrôle du respect des conditions minimales de salaire et de travail. À cet égard, il y a lieu d'additionner toutes les composantes du salaire visées à l'art. 1 de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse³⁵, puis de comparer le salaire effectivement payé à prendre en compte avec le salaire minimal suisse à respecter. Les frais doivent être inclus dans cette comparaison. Pour les entreprises concernées

³⁵ RS 823.201

qui ne peuvent pas fournir la preuve qu'elles ont remboursé les frais, ceux-ci sont déduits du salaire à prendre en compte. Pour les branches appliquant un salaire minimal, si le salaire à prendre en compte est inférieur au salaire minimal, l'on est en présence d'une infraction passible d'une sanction administrative conformément à l'art. 9 LDét. La comparaison des salaires continuera de se fonder sur une appréciation globale, telle que définie dans la directive du SECO «Procédure de comparaison internationale des salaires»³⁶. En conséquence, il y a infraction seulement lorsque, dans le calcul global, le salaire minimal n'est pas atteint, mais pas lorsque certaines garanties salariales (par ex. la compensation des vacances *pro rata temporis* ou les frais) ne sont pas indemnisées. Ce principe est valable tant pour les branches appliquant des salaires minimaux obligatoires que pour celles dans lesquelles les salaires répondent aux conditions usuelles dans la branche et la région. En conséquence, des sanctions conformément à l'art. 9 LDét ne devraient pas être prononcées pour cause de non-remboursement de certaines composantes du salaire ou de frais.

2.6 Renversement du fardeau de la preuve en cas de voyage dans l'État d'origine ou de provenance du réfugié (art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi)

2.6.1 Nécessité de l'adaptation

Comme indiqué plus haut, les réfugiés reconnus ont droit à un titre de voyage pour réfugiés. Toutefois, celui-ci ne les autorise pas à se rendre dans leur État d'origine ou de provenance (art. 59 LEtr et art. 3 et 12, al. 3, ODV; cf. ch. 1.2.6). Lorsqu'un réfugié effectue toute de même un tel voyage, la qualité de réfugié lui est retirée s'il s'est à nouveau librement placé sous la protection du pays d'origine ou de provenance dont il possède la nationalité. Selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral (TAF)³⁷, trois conditions cumulatives doivent alors être réunies:

- le réfugié s'est rendu volontairement dans ledit pays, c'est-à-dire sans contrainte extérieure;
- il avait l'intention de solliciter la protection de ce pays;
- il a effectivement obtenu la protection de ce pays.

Étant donné que le SEM ne peut que difficilement prouver que ces conditions sont remplies, le Conseil fédéral propose d'inscrire à l'art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi la présomption selon laquelle le réfugié qui s'est rendu dans son pays d'origine ou de provenance s'est remis volontairement sous la protection de ce pays. Ainsi, le SEM

³⁶ www.seco.admin.ch > Travail > Libre circulation des personnes et Relations du travail > Détachement et Mesures d'accompagnement > Comparaison internationale des salaires.

³⁷ Cf. ATAF 2010/17, consid. 5.1: Le réfugié doit être entré volontairement en contact avec son pays d'origine ou de provenance, soit en l'absence de toute contrainte de la part des autorités de ce pays, respectivement de toute contrainte inhérente à la situation dans le pays d'accueil ou exercé par les autorités de ce même pays. L'intéressé doit en outre avoir eu l'intention de solliciter la protection de l'État d'origine ou de provenance et avoir obtenu effectivement cette protection.

pourra engager une procédure de retrait de la qualité de réfugié dès qu'il constatera qu'un réfugié a accompli un tel voyage. Il appartiendra alors à ce réfugié de renverser la présomption légale en démontrant que le voyage dans son pays d'origine ou de provenance a été fait sous la contrainte, ou qu'il n'avait pas l'intention de se mettre sous la protection de cet État ou que son pays d'origine ou de provenance ne lui a pas accordé de protection effective. Il suffit que le réfugié rende vraisemblable que l'une des trois conditions susmentionnées est remplie pour renverser la présomption et, partant, mettre un terme à la procédure de retrait de la qualité de réfugié.

2.6.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La grande majorité des participants à la consultation se sont déclarés favorables à l'introduction de l'art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi, qui vise le renversement du fardeau de la preuve lorsqu'un réfugié s'est rendu dans son pays d'origine ou de provenance. Quelques participants ont critiqué cette disposition, considérant que le renversement du fardeau de la preuve ne respecte pas la maxime de l'instruction d'office (par ex. PSS, Caritas et OSAR).

Position du Conseil fédéral

Eu égard aux avis formulés dans le cadre de la procédure de consultation, le renversement du fardeau de la preuve prévu à l'art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi doit être conservé dans le projet de loi. Lorsqu'une présomption légale est introduite dans une loi, la procédure administrative ne peut plus être poursuivie selon la maxime de l'instruction d'office. Afin de réduire les effets du renversement du fardeau de la preuve à la charge du réfugié, le projet de loi prévoit deux mesures permettant de mettre fin à la procédure de retrait de la qualité de réfugié. D'une part, un degré de la preuve limité à la vraisemblance des faits et, d'autre part, la réalisation d'une seule des conditions mentionnées à l'art. 63, al. 1^{bis}, P-LAsi.

2.7 Adaptations en raison de la directive sur le retour (art. 64d, al. 3, 81, al. 2, et 115, al. 4, P-LEtr)

2.7.1 Nécessité de l'adaptation

Lors de l'évaluation Schengen de la Suisse en 2014, les art. 64d, al. 2, let. b, et 81, al. 2, LEtr – introduits ou modifiés suite à la reprise de la directive sur le retour en 2011 – ainsi que l'art. 115, al. 4, LEtr ont fait l'objet de critiques. Ils doivent par conséquent être adaptés.

Lorsque des éléments concrets font redouter que la personne concernée entende se soustraire à l'exécution du renvoi, celui-ci peut devenir immédiatement exécutoire, ou un délai de départ inférieur à sept jours peut être fixé (art. 64d, al. 2, let. b, LEtr). Les «éléments concrets» évoqués à l'art. 64d, al. 2, let. b, LEtr constituent une notion indéterminée, qu'il est proposé de définir dans un al. 3, en précisant trois cas de figure.

S'agissant des conditions de détention, la directive sur le retour ainsi que la jurisprudence en la matière exigent une infrastructure de détention spécifique à la détention administrative, afin de garantir une réelle séparation entre détenus administratifs et pénaux (art. 81, al. 2, 1^{re} phrase, P-LEtr). Si les capacités sont insuffisantes, il est possible d'aménager dans un même établissement pénitentiaire une infrastructure clairement distincte pour la détention administrative. Cependant, conformément aux exigences de la CJUE dans l'affaire Pham³⁸, les capacités ne peuvent être considérées comme insuffisantes en Suisse que si elles le sont non seulement dans le canton concerné, mais également dans les autres cantons qui disposent d'infrastructures adéquates.

Enfin, la jurisprudence de la CJUE et celle du TAF³⁹ exigent, eu égard au contenu de la directive sur le retour, qu'une peine privative de liberté au seul motif du séjour illégal ne soit plus prononcée ou exécutée lorsqu'une procédure de renvoi est en suspens ou doit être ouverte. Cette dernière doit avoir la priorité, tout comme une éventuelle détention administrative en vue du renvoi. Il est dès lors proposé que, lorsqu'une procédure de renvoi est prévue ou pendante, l'autorité compétente renonce en principe à poursuivre pénalement un étranger, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine s'il est entré illégalement en Suisse ou sorti illégalement de Suisse ou s'il y séjourne de manière illégale (art. 115, al. 4, P-LEtr).

2.7.2 **Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral**

La grande majorité des participants à la consultation approuvent les dispositions proposées.

Art. 64d

Plusieurs participants (par ex. PSS, CFM, CRS, CSP et OSAR) proposent de supprimer la let. b de l'art. 64d, al. 3, AP-LEtr en raison de sa formulation trop ouverte.

Position du Conseil fédéral

La disposition reste inchangée suite aux avis favorables exprimés durant la consultation. Malgré les quelques critiques exprimées, la let. b de l'art. 64d, al. 3, AP-LEtr est maintenue, car un comportement non collaborant peut être un indice que la personne veuille se soustraire à son renvoi. Cette formulation s'inspire du reste d'une disposition similaire déjà prévue à l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 4, LEtr, dans le cadre de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion y compris l'expulsion pénale. Il appartiendra à la pratique et à la jurisprudence de définir les cas de figure qui tombent sous cette disposition.

³⁸ Arrêt du 17.7.2014, Pham, aff. C-474/13 (ECLI:EU:C: 2014: 2096).

³⁹ Cf. commentaire de l'art. 115, al. 4, P-LEtr, ch. 3.1.

Art. 81, al. 2

Les participants à la consultation sont divisés en deux groupes. L'un, composé de la majorité des cantons ainsi que de l'ASM et de la CCDJP, rejette fermement cette nouveauté, tandis que l'autre, composé d'organisations, dont l'OSAR et le HCR, ainsi que de quelques cantons, l'approuve.

Les opposants critiquent les coûts liés à la création de nouveaux bâtiments et manifestent leur volonté de garder une certaine flexibilité pour les détentions de courte durée (jusqu'à 96 heures). Certains cantons se prononcent en faveur du maintien de la solution actuelle, plus souple selon eux, et proposent de permettre des exceptions en cas de manque de places, notamment une détention dans des divisions séparées du régime pénitentiaire. Certains opposants demandent encore que des alternatives à la détention soient prévues et que celle-ci ne soit ordonnée qu'en dernier ressort.

Les partisans de cette disposition invoquent le respect du droit européen et demandent que les moyens requis pour disposer de bâtiments séparés pour la détention administrative soient fournis. Certains soulignent que l'exception prévue en cas de manque de places atténue l'obligation de prévoir des bâtiments séparés. La recherche de solutions intercantionales est encouragée.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral estime important de maintenir la disposition proposée dans sa formulation. Tout d'abord, il convient de prendre en considération la jurisprudence de la CJUE et du TF⁴⁰. Ainsi, une détention administrative doit avoir lieu, dans un premier temps, dans un bâtiment destiné uniquement à ce type de détentions ou, subsidiairement, dans un bâtiment doté d'un régime spécial pour la détention administrative (cf. commentaire de l'art. 81, al. 2, P-LEtr). Si ces bâtiments font défaut, il faut alors trouver une solution intercantonale qui satisfait à ces conditions. C'est uniquement dans l'hypothèse où aucune place de détention ne remplissant ces critères n'est disponible en Suisse qu'une détention dans un bâtiment de régime pénitentiaire est possible. La durée de la détention ne joue ici aucun rôle et aucune exception ne sera dès lors possible pour les détentions de moins de 96 heures.

De plus, les moyens de financer des bâtiments destinés à la seule détention administrative existent. Ils sont prévus à l'art. 82, al. 1, LEtr, selon lequel la Confédération peut financer la construction de lieux de détention destinés uniquement à la détention préparatoire, en vue du renvoi ou pour insoumission.

En dernier lieu, il convient de rappeler que la mise en détention est une mesure de dernier ressort qui doit satisfaire à des conditions précises et respecter le principe de la proportionnalité.

Art. 115, al. 4

La majorité des cantons, tout comme l'ASM et la CCDJP, soutiennent la nouvelle proposition. Plusieurs participants à la consultation (par ex. GE, PSS, OSAR et l'UVS) estiment que la disposition devrait être obligatoire et non potestative, con-

⁴⁰ Cf. commentaire de l'art. 81, al. 2, P-LEtr, ch. 3.1.

formément à la jurisprudence de la CJUE et à celle du TF, qui ne laissent pas de latitude aux autorités.

Plusieurs cantons opposés à cette disposition précisent que la renonciation à des poursuites pénales réduit à néant l'effet dissuasif de la norme. Certains proposent que seule l'entrée illégale puisse faire l'objet d'une telle exception ou encore que les récidivistes soient poursuivis.

Selon plusieurs organisations (par ex. Centre d'assistance aux migrantes et aux victimes de la traite des femmes [FIZ], Femmes protestantes en Suisse [FPS] et OSAR), les étrangers ayant exercé la prostitution et subi une atteinte (art. 30, al. 1, let. e^{bis}, P-LEtr) ne devraient pas être poursuivis en cas d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation. D'autres réclament que, d'une manière générale, les personnes victimes ou témoins de la traite d'êtres humains (art. 30, al. 1, let. e, LEtr) ou ayant subi une atteinte dans le cadre de l'exercice de la prostitution (art. 30, al. 1, let. e^{bis}, P-LEtr) ne soient aucunement poursuivies, renvoyées devant le tribunal ou punissables en cas de renvoi prochain. L'al. 4 de l'art. 115 devrait être adapté en conséquence.

Position du Conseil fédéral

La disposition reste inchangée eu égard aux prises de position parvenues dans le cadre de la consultation. Le Conseil fédéral estime qu'il convient de garder une formulation potestative afin que les autorités puissent prendre en considération les spécificités de chaque situation. Il s'agit par exemple de renoncer à des poursuites lors d'une première entrée illégale en Suisse, conformément à la jurisprudence du TF, et non en cas de récidive. Par ailleurs, une formulation potestative permet de maintenir l'effet dissuasif de la norme.

S'agissant des victimes d'infractions en lien avec la prostitution ou la traite d'êtres humains, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas utile de prévoir des exceptions dans la LEtr pour ces catégories de personnes, étant donné que le juge peut faire application des normes de droit pénal général (art. 52 à 54 CP; cf. position du Conseil fédéral concernant l'art. 30, al. 1, let. e^{bis}, P-LEtr au ch. 2.2.2). De plus, en cas de renvoi imminent, il convient d'examiner au cas par cas s'il est pertinent de poursuivre pénalement une personne en cas de séjour ou d'entrée illégale, en tenant compte de l'ensemble des circonstances. Une exception de principe pour certaines catégories de victimes n'est ainsi pas opportune. L'exercice illégal d'une activité reste par ailleurs punissable et un renvoi imminent ne saurait aucunement suspendre d'éventuelles poursuites.

2.8 Délégation de la compétence décisionnelle aux organes cantonaux ou fédéraux chargés du contrôle à la frontière en cas de refus d'entrée et de renvoi à la frontière extérieure Schengen (art. 65, al. 2 et 2^{bis}, P-LEtr)

2.8.1 Nécessité de l'adaptation

Le code frontières Schengen⁴¹ (CFS), qui régleme le contrôle aux frontières extérieures de l'espace Schengen ainsi que la libre circulation à l'intérieur de celui-ci, a été repris par la Suisse en tant que développement de l'acquis de Schengen. L'art. 7, al. 1, LEtr, prévoit ainsi que le franchissement de la frontière et les contrôles à la frontière dans le cadre de l'entrée en Suisse et de la sortie de Suisse sont axés sur les accords d'association à Schengen. Le CFS prévoit, en outre, que l'entrée ne peut être refusée à la frontière extérieure de l'espace Schengen qu'au moyen d'une décision motivée. Les raisons précises du refus sont notifiées au moyen d'un formulaire uniforme. La décision est rendue par une autorité compétente en vertu du droit national (art. 13, par. 2, CFS).

La Suisse dispose de frontières extérieures Schengen aux aéroports pour les vols en provenance ou à destination d'aéroports situés en dehors de l'espace Schengen⁴². Elle a mis en œuvre les prescriptions du CFS concernant le refus d'entrée et le renvoi à la frontière extérieure ou à l'aéroport à l'art. 65 LEtr⁴³. L'al. 2 de cet article prévoit que, en cas de refus d'entrée et de renvoi à l'aéroport, le SEM rend une décision motivée et sujette à recours au moyen d'un formulaire, dans un délai de 48 heures. Il peut habiliter les organes de contrôle à la frontière à établir et à notifier la décision de refus d'entrée (art. 23, al. 3, de l'ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas [OEV]⁴⁴). Cette décision peut faire l'objet d'un recours dans les 48 heures devant le TAF.

La répartition des compétences dans la procédure de refus d'entrée et de renvoi à l'aéroport, selon laquelle le SEM est habilité à rendre la décision, tandis que les autorités chargées du contrôle à la frontière peuvent l'établir et la notifier, s'explique par le fait qu'avant l'entrée en vigueur du CFS, il était possible de procéder à un renvoi sans procédure formelle. Ainsi, un refus d'entrée et un renvoi étaient directement prononcés par les organes de contrôle à la frontière. Une décision formelle ne devait alors être rendue que sur demande expresse de l'intéressé.

Il convient de simplifier la procédure aux frontières extérieures pour les autorités impliquées lorsqu'il s'agit de rendre une décision d'interdiction d'entrée ou de renvoi conformément au CFS (art. 65, al. 2, P-LEtr). Dans la pratique, la procédure

⁴¹ JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; mod. en vertu du Règlement (UE) 2017/458, JO L 74 du 18.3.2017, p.1, ch. 1.2.7.

⁴² Trois aéroports internationaux: Bâle, Genève et Zurich; cinq aérodromes avec vols de ligne ou réguliers en provenance d'Etats tiers: Berne, Lugano, Samedan, Sion et Saint-Gall; quatre aérodromes à trafic faible ou sporadique en provenance d'Etats tiers: Granges, La Chaux-de-Fonds, Lausanne et Locarno; cf. liste des points de passage frontaliers établie par le SEM, Domaine de direction Immigration et intégration, Division Entrée.

⁴³ En vigueur depuis le 12 décembre 2008.

⁴⁴ RS 142.204

de renvoi aux aéroports est de toute façon effectuée en majeure partie par les organes de contrôle à la frontière, il est dès lors judicieux de leur déléguer le pouvoir de rendre une décision d'interdiction d'entrée ou de renvoi. Il ne sera alors plus nécessaire que les autorités chargées du contrôle à la frontière consultent le SEM avant de rendre une telle décision. La procédure en sera simplifiée et accélérée. La décision peut faire l'objet d'une opposition devant le SEM. Un recours auprès du TAF reste possible (art. 65, al. 2^{bis}, P-LEtr).

Il existe une réglementation similaire en cas de refus d'un visa: la prise de décision a été déléguée à la représentation à l'étranger compétente (art. 6, al. 2, LEtr).

2.8.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des cantons ainsi que certains participants, dont notamment le CFM et la CCDJP, soutiennent cette adaptation.

Plusieurs participants attirent l'attention sur le besoin de formation du personnel chargé de rendre les décisions de refus d'entrée et de renvoi.

Les critiques portent principalement sur le système existant, notamment l'absence d'effet suspensif, le droit à un recours effectif ou encore l'utilisation d'un formulaire standard, et non sur la délégation en tant que telle.

Position du Conseil fédéral

La disposition reste inchangée suite aux remarques émises lors de la consultation. Le Conseil fédéral est d'avis que l'autorité compétente en matière de contrôle à la frontière, à savoir, selon les cantons concernés, la police cantonale (par ex. ZH) ou le Corps des gardes-frontière (Cgfr) (par ex. GE et BS), est plus apte que le SEM à rendre des décisions de refus d'entrée et de renvoi aux frontières intérieures ou extérieures. En effet, en plus d'être sur place et d'avoir une expérience pratique, ces autorités peuvent également se baser sur les directives émises et régulièrement mises à jour par le SEM. Dès lors que l'on délègue la compétence de prononcer ces décisions à l'autorité compétente en matière de contrôle à la frontière, la procédure gagne en efficacité et en célérité. De plus, la possibilité de faire opposition auprès du SEM permet *de facto* à ce dernier de continuer à exercer sa fonction de surveillance et, le cas échéant, de corriger la décision de l'autorité.

La procédure qui, par ailleurs, reste inchangée n'est pas propre à la Suisse mais reprend en grande partie l'acquis Schengen. De plus, les garanties procédurales y sont d'ores et déjà respectées; l'étranger concerné par une telle décision est assuré de comprendre la décision rendue à son encontre et les conséquences qu'elle entraîne.

2.9 **Prononcé de la mise en détention Dublin** (art. 80a, al. 1, let. a, P-LEtr)

2.9.1 **Nécessité de l'adaptation**

Les dispositions liées à la détention Dublin, qui découlent du règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride (règlement Dublin III)⁴⁵, sont entrées en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2015 (art. 76a et 80a LEtr).

Dans le cadre de la restructuration du domaine de l'asile⁴⁶, le législateur a attribué la *compétence pour l'exécution du renvoi* aux cantons abritant un centre de la Confédération (art. 46, al. 1^{bis}, 1^{re} et 2^e phrases, de la modification du 25 septembre 2015 de la LAsi; ci-après: nLAsi), tout en laissant au Conseil fédéral la possibilité d'attribuer la compétence à un autre canton en cas de circonstances particulières (art. 46, al. 1^{bis}, 3^e phrase, nLAsi).

Le législateur a également attribué la *compétence de prononcer la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion* (art. 76 LEtr) aux cantons abritant un centre de la Confédération et aux cantons désignés par le Conseil fédéral (art. 80, al. 1 et 1^{bis}, nLEtr). En revanche, il n'a attribué la *compétence de prononcer la détention dans le cadre de la procédure Dublin* (art. 76a LEtr) qu'aux cantons abritant un centre de la Confédération.

Il est proposé de remédier à cet oubli en prévoyant à l'art. 80a, al. 1, let. a, P-LEtr que les cantons désignés par le Conseil fédéral peuvent également prononcer la détention selon l'art. 76a LEtr.

2.9.2 **Résultat de la procédure de consultation et position** **du Conseil fédéral**

La majorité des participants à la consultation approuve cette proposition.

Plusieurs participants soulignent qu'il s'agit ici de remédier à un oubli dans le projet de restructuration du domaine de l'asile. Eu égard aux avis exprimés, le projet initial est maintenu.

⁴⁵ JO L 180 du 26.6.2013, p. 31 à 59.

⁴⁶ Cf. modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile; 14.063) adoptée par le Parlement le 25 septembre 2015 et partiellement entrée en vigueur (RO 2016 3101 ss).

2.10 Nouveau système d'information destiné à la mise en œuvre des retours (art. 109f à 109j P-LEtr)

2.10.1 Nécessité de l'adaptation

Il convient de créer la base légale nécessaire à l'établissement d'un nouveau système d'information nommé eRetour. Celui-ci doit assumer la totalité des tâches du processus de retour et remplacer les applications existantes «AURORA», utilisée dans le cadre de l'organisation des départs, et «Aide au retour individuelle», utilisée pour les données liées à l'aide au retour.

Le nouveau système d'information eRetour doit fournir les données nécessaires aux processus de travail relatifs au conseil et à l'aide au retour, ainsi qu'au soutien à l'exécution du renvoi, de l'expulsion au sens de la LEtr ou de l'expulsion pénale au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)⁴⁷, qui se divisent en deux volets: d'une part, les démarches visant à l'identification et à l'obtention de documents supplémentifs et, d'autre part, celles en vue de l'organisation effective du départ. Finalement, il doit également servir aux autorités cantonales dans l'établissement de décomptes de frais de départ pris en charge par le SEM.

La réalisation de la nouvelle banque de données eRetour permettra de simplifier l'échange d'informations entre le SEM et ses interlocuteurs, de réduire la charge administrative et d'assurer un suivi des cas en suspens en temps réel. Elle améliorera l'efficacité du travail effectué tant par les cantons que par le SEM, notamment par l'introduction d'un processus de travail électronique. De plus, le SEM disposera de données statistiques détaillées et fiables dans le domaine du retour.

Le nouveau système est destiné à soutenir tant les processus de travail de la Confédération que ceux des cantons. Il apparaît pertinent d'assurer l'ancrage juridique de la nouvelle banque de données dans le nouveau chapitre 14a consacré aux systèmes d'information. Une nouvelle section 2 (Système d'information destiné à la mise en œuvre des retours) est prévue. Y figurent les nouveaux art. 109f à 109j P-LEtr consacrés au nouveau système d'information.

2.10.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La grande majorité des cantons, partis politiques et autres cercles intéressés se sont prononcés en faveur des nouvelles dispositions qui faciliteront la collaboration et l'échange d'informations entre les autorités dans le domaine du retour.

Plusieurs organisations, dont l'ASM, le Bureau de coordination de l'Organisation internationale pour les migrations à Berne et la CCDJP, demandent que les droits d'accès soient limités en fonction des tâches des divers utilisateurs. Il est également demandé que les autorités communales et des villes aient également les accès appropriés. L'UVS demande leur implication rapide dans les travaux.

⁴⁷ RS 321.0

Plusieurs participants à la consultation, dont l'ASM, précisent qu'il n'est pas clair comment les autorités migratoires doivent saisir les données concernant la détention pénale ou préventive. Une base légale devrait prévoir la communication des données par les procureurs et tribunaux aux autorités migratoires cantonales.

NE se demande si les autorités pénales ne devraient pas avoir un accès au système, étant donné qu'elles devraient renoncer à une poursuite si une procédure de renvoi est en cours (art. 115, al. 4, LEtr). GE suggère le même accès mais dans le cadre du prononcé des expulsions pénales prononcées depuis octobre 2016.

Plusieurs participants, dont certains rejettent la disposition, mettent en avant le respect du droit à la vie privée et de la protection des données.

Certains cantons se posent en outre la question des éventuels coûts à leur charge.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral veillera au niveau des ordonnances d'exécution à ce que les accès prévus pour les divers utilisateurs du système soient restreints au strict nécessaire.

Il décide de donner suite aux souhaits de l'UVS en laissant la possibilité aux autorités tant cantonales que communales, y compris les villes, d'accéder au système, notamment pour les tâches en matière de renvoi et de retour (art. 109h, let. b et d, P-LEtr). Par ailleurs, il est donné suite à la volonté de SH de prévoir une nouvelle lettre à l'art. 109h P-LEtr consacrée aux autorités compétentes dans les domaines de l'aide au retour et des décomptes de frais (let. c). Ainsi, outre les autorités cantonales migratoires, d'autres autorités cantonales pourront obtenir cet accès.

Les données sur le type de détention doivent être fournies par les cantons, qui devront obtenir celles-ci des autorités pénales. Ces dernières sont obligées de communiquer ces informations sur la base de l'art. 97, al. 3, LEtr et de l'art. 82 OASA déjà existants.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'un accès général des autorités de poursuites pénales ou judiciaires au système n'est pas proportionnel. Le fait qu'une personne soumise à l'obligation de quitter la Suisse fasse l'objet d'une l'expulsion pénale sera saisi dans eRetour par les autorités migratoires lors d'une demande de soutien au retour adressée au SEM. Par ailleurs, les autorités judiciaires pourront comme aujourd'hui déjà se renseigner auprès des cantons pour vérifier si un renvoi est en cours afin de faire éventuellement application de l'art. 115, al. 4, LEtr. Les autorités migratoires compétentes pourront signaler au SEM – dans le cadre des démarches de soutien à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion – les cas faisant l'objet d'une telle mesure judiciaire.

Le Conseil fédéral accorde également une grande importance au respect de la protection des données et à la sphère privée, qui sont pris en compte dans les présentes propositions.

Enfin, les coûts de développement du nouveau système sont entièrement à la charge de la Confédération.

2.11 Accès élargis au système central d'information sur les visas Schengen et à ORBIS (art. 109a, al. 2, let. d, et 109c, let. e, P-LEtr)

2.11.1 Nécessité de l'adaptation

Le système central d'information sur les visas Schengen (C-VIS) contient de nombreuses informations sur les visas octroyés ou refusés par les États Schengen, notamment les données biométriques des demandeurs de visa (dix empreintes digitales et photographie). Le système a été mis en fonction par les États Schengen en octobre 2011 en Afrique du Nord. Les représentations suisses et celles des États Schengen y ont été progressivement connectées région par région. Ce processus est arrivé à son terme le 20 novembre 2015. En fonction depuis le 20 janvier 2014, le système national sur les visas ORBIS contient les données pertinentes en matière de visas octroyés par la Suisse, à l'exclusion des données biométriques.

Les autorités compétentes en matière de visas, mais également celles responsables du contrôle de la légalité du séjour des étrangers, ont accès aux deux systèmes. Il s'agit notamment des polices cantonales chargées du contrôle des personnes. Il convient d'élargir cet accès aux autorités communales de police afin que les grandes villes puissent consulter les systèmes sans devoir passer par les autorités cantonales. Il en résultera un gain de temps considérable pour les autorités concernées et cela permettra de réduire la durée des vérifications, notamment dans le C-VIS, ce qui sera favorable aux étrangers interpellés dépourvus de documents d'identité. Cet élargissement est par ailleurs proportionnel et conforme aux art. 7 et 19 du règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (Règlement VIS)⁴⁸.

2.11.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La grande majorité des cantons, deux partis ainsi que plusieurs organisations soutiennent cette adaptation. L'UVS approuve tout particulièrement ce nouvel accès, souhaité depuis longtemps. SG demande que les offices cantonaux de migration puissent également avoir accès au C-VIS. L'UVS souhaiterait en outre une formulation plus large de l'art. 109a, al. 3, let. d, LEtr consacré aux accès au C-VIS à des fins de prévention, de détection d'infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves ainsi qu'à des fins d'enquête en la matière, et que toutes les polices communales disposent de cet accès.

⁴⁸ JO L 218 du 13.8.2008, p. 60, modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 610/2013, JO L 182 du 29.6.2013, p. 1.

Position du Conseil fédéral

La version proposée reste inchangée eu égard à l'approbation exprimée dans le cadre de la consultation. Les autorités cantonales migratoires ont déjà accès au C-VIS dans le cadre de la procédure d'octroi de visas (art. 109a, al. 2, let. a, LEtr). Il n'est par ailleurs pas donné suite aux souhaits de l'UVS, étant donné que l'accès actuel est prévu à juste titre uniquement pour certaines villes qui ont des tâches spéciales dans la prévention ou la détection des infractions terroristes ou d'autres infractions pénales graves.

2.12 Accès du bureau SIRENE au SYMIC (art. 7a, al. 3, let. f, P-LDEA)

2.12.1 Nécessité de l'adaptation

Un nouvel accès aux données des documents de voyage suisses devrait être octroyé au bureau SIRENE (*Supplementary Information REquest at the National Entry*) Suisse, rattaché à la centrale d'engagement de fedpol, dans le cadre des tâches qu'il effectue en lien avec le système d'information Schengen (SIS).

Compte tenu de la proposition de supprimer le système ISR (cf. ch. 1.4.1), l'accès du bureau SIRENE Suisse aux données sur les documents de voyage n'est plus garanti par le système ISR – comme proposé lors de la procédure de consultation (cf. ch. 1.2.12 du rapport explicatif⁴⁹) – mais par le SYMIC en vertu de l'art. 9, al. 1, let. c, et 2, let. c, LDEA, s'agissant de l'accès, et de l'art 7a, al. 3, let. g, P-LEtr, s'agissant du traitement des données biométriques.

Le bureau SIRENE Suisse, en tant que point de contact de la Suisse pour tous les États Schengen, a notamment pour mission de traiter les demandes relatives à des documents d'identité signalés dans le SIS comme volés ou perdus. Il peut aussi s'agir de documents de voyage délivrés par la Suisse qui ont été initialement saisis dans le SYMIC. Si un document suisse de ce type déclaré dans le SIS comme volé ou perdu fait l'objet d'un contrôle ou est retrouvé dans un autre État Schengen, une demande est immédiatement envoyée au bureau SIRENE Suisse. Ce dernier a donc besoin d'accéder au SYMIC pour pouvoir confirmer l'exactitude des données concernant le document et le signalement concernés et être à même de traiter de telles demandes également en dehors des heures de travail (week-end et nuit). Il arrive régulièrement que, lors d'un contrôle dans l'espace Schengen, des personnes présentent un document de voyage suisse alors qu'elles sont également signalées dans le SIS comme interdites d'entrée sur l'ensemble du territoire Schengen. Le cas échéant, le bureau SIRENE d'un autre État Schengen peut demander au bureau SIRENE Suisse de vérifier l'authenticité du document de voyage présenté.

⁴⁹ Rapport sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures terminées > 2016 > Département fédéral de justice et police.

Les modalités d'utilisation et d'accès au SYMIC seront les mêmes que celles du système d'information relatif aux documents d'identité (ISA), dans lequel sont enregistrées les données saisies lors de l'établissement d'un document d'identité pour les ressortissants suisses.

2.12.2 Résultat de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des participants à la consultation a soutenu la proposition faite. À l'exception du remplacement du système ISR par SYMIC, le projet initial est ainsi maintenu.

2.13 Accès en ligne de fedpol au système API et élargissement, sur demande des autorités concernées, de l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles pour certains vols (art. 104, al. 1^{er}, 104a, al. 1, 1^{bis}, 3 et 3^{bis}, 104b et 104c P-LEtr)

2.13.1 Nécessité de l'adaptation

Actuellement, le SEM contraint les entreprises de transport aérien opérant des vols à destination de la Suisse au départ de dix-huit lieux hors Schengen à communiquer les données des passagers de ces vols (données API; *Advance Passenger Information*). Cette obligation de communiquer vise à améliorer le contrôle aux frontières ainsi qu'à lutter contre l'entrée illégale sur le territoire Schengen et contre le passage illicite par la zone internationale de transit des aéroports (art. 104 LEtr). Pour atteindre ces buts, le SEM exploite un système d'information sur les passagers (système API; art. 104a LEtr) contenant les données en question. Ces données sont comparées automatiquement à celles des systèmes pertinents (le SYMIC⁵⁰, le système RIPOL⁵¹, le SIS II⁵² ainsi que le système d'information sur les documents volés et perdus d'Interpol⁵³).

Les autorités compétentes pour effectuer le contrôle aux frontières dans les aéroports (frontières extérieures de l'espace Schengen) ont un accès en ligne au système API leur permettant, grâce à la comparaison des données des différents systèmes d'information, d'appréhender les personnes recherchées, sous le coup d'une interdiction d'entrée ou encore celles voyageant avec un document de voyage volé ou perdu.

⁵⁰ Système d'information central sur la migration, qui sert au traitement des données personnelles relatives au domaine des étrangers et de l'asile. Cf. Ordonnance SYMIC (RS 142.513).

⁵¹ Système de recherches informatisées des autorités de poursuite pénale suisses. Cf. Ordonnance RIPOL (RS 361.0).

⁵² Système d'informations Schengen. Cf. Ordonnance N-SIS (RS 362.0).

⁵³ *Stolen and Lost Travel Documents (SLTD) database* de l'organisation internationale de police criminelle INTERPOL. Cf. Ordonnance Interpol (RS 366.1).

Cependant, les personnes liées à la commission d'infractions (criminalité internationale organisée ou terrorisme) ne sont pas systématiquement signalées. Par conséquent, il n'est pas possible d'empêcher ces personnes d'entrer en Suisse.

Afin de mieux lutter contre la criminalité internationale organisée et le terrorisme, deux nouvelles mesures sont proposées:

- Premièrement, fedpol doit pouvoir obtenir un *accès en ligne* au système API. Actuellement, ce sont les autorités de contrôle aux frontières (Cgfr et police cantonale de Zurich) qui transmettent à fedpol les données des passagers en provenance de l'un des dix-huit lieux de départ de vols. Bien souvent, ces données ne parviennent à fedpol qu'après l'entrée en Suisse de ces personnes. Si l'une d'elles s'avère être recherchée ou suspectée par fedpol, ce dernier ne peut pas prendre les mesures policières nécessaires à temps en vue d'une poursuite pénale.

L'accès en ligne permettra donc aux services désignés de fedpol de contrôler l'entrée en Suisse de manière autonome et rapide et, le cas échéant, de préparer les différentes étapes procédurales (rapport, arrestation, implication d'autres services, etc.) avant l'entrée en Suisse de la personne recherchée ou suspectée (par ex. arrestation ou surveillance d'une personne ayant participé à des combats à l'étranger lors de son retour en Suisse).

La task-force TETRA (*TErrorist TRAvellers*) a souligné l'importance d'un accès rapide aux données des passagers dans son rapport de février 2015 relatif à la lutte contre le terrorisme djihadiste en Suisse focalisée sur les voyageurs djihadistes⁵⁴. L'utilisation des données API dans la reconnaissance de voyageurs djihadistes a également été saluée dans la Résolution 2178 adoptée le 24 septembre 2014 par le Conseil des Nations Unies (cf. également: *Madrid Guiding Principles*⁵⁵ et *The Hague Implementation Plan*⁵⁶).

- Deuxièmement, fedpol doit pouvoir demander au SEM d'*étendre l'obligation de communiquer des données* à d'autres vols en provenance de lieux de départ présentant un risque élevé.

L'élargissement de cette obligation tient compte d'une analyse de risque de fedpol ainsi que des priorités stratégiques en matière pénale du DFJP⁵⁷. Actuellement déjà, plusieurs lieux de départ de vols faisant l'objet d'une obligation de communiquer des données revêtent une importance particu-

⁵⁴ Cf. ch. 5.2.2 du rapport sous: www.ejpd.admin.ch > Actualité > News > Recherche: Lutte contre le terrorisme djihadiste: la task-force présente son rapport et met en œuvre les premières mesures/.

⁵⁵ Préceptes pour la mise en œuvre de la Résolution sécuritaire UN 2178 (2014), S/2015/939, adoptée dans le cadre de la rencontre du *Counter-Terrorism Committee* (CTC) 2015 à Madrid.

⁵⁶ Adopté dans le cadre du *Joint Meeting of the Foreign Terrorist Fighters Working Groups of the Global Counterterrorism Forum (GCTF) and the Global Coalition to Counter ISIL*, 17 janvier 2016, La Haye (NL).

⁵⁷ Cf. condensé sous: www.ejpd.admin.ch > Actualité > Recherche: Le Conseil fédéral prend connaissance des priorités stratégiques fixées en matière pénale par le DFJP.

lière pour la lutte contre la criminalité internationale organisée et le terrorisme.

Le SRC reçoit les données API sous forme de listes. En 2015, la délégation des Commissions de gestion a, sur la base d'un rapport interne et d'un avis juridique du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), déclaré légitime l'utilisation des données API par le SRC sans que celui-ci n'ait accès au système API⁵⁸. Dans un souci de sécurité juridique, il convient toutefois de créer, à l'occasion de la présente révision, une base légale explicite sur la transmission électronique des données API. De plus, le SRC doit pouvoir demander au SEM d'étendre l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données à d'autres lieux de départ de vols dans le but de prévenir les menaces que représentent pour la sécurité intérieure ou extérieure le terrorisme, l'espionnage et la prolifération.

2.13.2 Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des cantons, deux partis et plusieurs organisations approuvent les adaptations proposées. Plusieurs participants soulignent leur utilité dans la lutte contre la criminalité. Quelques associations et l'UDC s'opposent par contre à ces nouveautés.

Ces opposants soulignent essentiellement que les données API contiennent des informations sur les citoyens suisses et que cela ne devrait pas être le cas, les bases légales existantes dans la LEtr ou la Constitution ne permettant pas ce traitement des données.

Seules deux associations précisent que les dispositions prévues ne respectent pas les exigences internationales concernant la portée et le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités et que l'enregistrement des données de voyageurs constitue une atteinte au droit à la sphère privée. Certains participants (par ex. FSA et ODAGE) soulignent qu'une communication de toutes les données au SRC sans sélection est disproportionnée. Ils demandent que les autorités (Cgfr, fedpol et SRC) établissent la liste des données pertinentes qu'elles souhaitent obtenir et des vols correspondants, de sorte que seules les données utiles leur soient communiquées.

Il conviendrait à leur avis de préciser en outre que les copies ou importations de données dans d'autres fichiers sont interdites.

ZH demande que les autorités de poursuites pénales cantonales obtiennent également des données. GE souhaite par ailleurs un accès direct au système pour les polices cantonales.

⁵⁸ Cf. le rapport annuel 2015 du 29 janvier 2016 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, p. 66 sous: www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Rapport annuel 2015 des CdG et de la DélCdG.

Position du Conseil fédéral

Eu égard aux avis majoritairement exprimés lors de la consultation, le projet reste inchangé.

Selon le droit en vigueur, l'obligation de communiquer les données API porte sur tous les passagers, y compris les ressortissants suisses. La consultation des banques de données destinées à la recherche d'objets vise à détecter les passagers qui tentent d'échapper à un contrôle approfondi en se servant d'un document de voyage qu'un ressortissant suisse a déclaré volé. Par ailleurs, l'inclusion des données de tous les passagers découle aussi du but de l'obligation de communiquer (amélioration des contrôles à la frontière): le code frontières Schengen⁵⁹ a été modifié le 15 mars 2017 par le Règlement (UE) 2017/458⁶⁰ en réaction aux attentats terroristes perpétrés en Europe. Selon les nouvelles dispositions entrées en vigueur le 7 avril 2017, la comparaison des données dans les systèmes de recherche effectuée lors des contrôles aux frontières extérieures portera désormais non seulement sur les ressortissants d'États tiers, mais aussi sur les citoyens de la Suisse, de l'UE et de l'AELE ainsi que sur leurs documents de voyage.

L'octroi à fedpol d'un accès en ligne au système API respecte le principe de la proportionnalité: l'accès doit être restreint à un cercle limité de collaborateurs et ne peut être utilisé qu'au cas par cas pour lutter contre la criminalité internationale organisée et le terrorisme. De plus, les données API seront comparées avec celles des banques de données de fedpol manuellement, et non de manière automatisée. Enfin, aucune liste de données de passagers ne sera enregistrée dans ces banques de données.

Le SRC peut aujourd'hui déjà recevoir des données API. La nouvelle disposition inscrit ce principe dans la LEtr et simplifie la transmission des données.

Les accès souhaités par GE et ZH ne satisfont pas au but visé par le système API. Ils ne sont donc ni justifiés ni proportionnés.

2.14 Vidéosurveillance (art. 102/P-LAsi)

2.14.1 Nécessité de l'adaptation

Des installations de vidéosurveillance sont déjà exploitées dans les sites délocalisés du SEM, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des bâtiments. La vidéosurveillance facilite le travail du personnel de sécurité sur place et favorise le sentiment objectif et subjectif de sécurité de toutes les personnes concernées (requérants d'asile, collaborateurs du SEM, personnes chargées de l'encadrement, visiteurs externes, etc.). Elle permet en outre de renforcer l'autodiscipline de tous (principalement des requérants d'asile et des collaborateurs du service de sécurité) dans la cohabitation au quotidien.

⁵⁹ JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; mod. en vertu du règlement (UE) 2017/458, JO L 74 du 18.3.2017, p.1, ch. 1.2.7.

⁶⁰ JO L 74 du 18.03.2017, p. 1.

Actuellement, seul le visionnage en direct sur un terminal (moniteur) situé dans la loge de sécurité est possible. Faute de base légale en la matière, les enregistrements visuels et sonores ne peuvent être ni sauvegardés ni déplacés ni traités. Pourtant, ils permettraient de disposer d'éléments de preuve en cas d'accusations concrètes entre victimes et auteurs d'infractions là où, à l'heure actuelle, seuls les dires des parties au conflit, souvent contradictoires, peuvent être pris en compte. L'efficacité de ce moyen de preuve a été attestée à de multiples reprises dans d'autres domaines (commerces, prisons, installations publiques, etc.). Par exemple, l'enquête complexe, intensive et onéreuse en lien avec l'incident au centre d'enregistrement et de procédure de Kreuzlingen, aurait pu être élucidée rapidement au moyen de la vidéo-surveillance.

Pour les motifs exposés ci-dessus, il y a lieu d'autoriser le traitement des enregistrements visuels et sonores et de l'inscrire dans une loi au sens formel (art. 102^f P-LAsi).

2.14.2 Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des participants, dont deux tiers des cantons et la CCDJP, soutiennent cette nouvelle disposition.

Les critiques portent principalement sur le respect de la sphère privée, sur la proportionnalité de l'utilisation de la vidéosurveillance comme mesure de sécurité, ainsi que sur le délai de conservation des enregistrements.

Prise de position du Conseil fédéral

La vidéosurveillance n'est pas un moyen qui sera utilisé au détriment d'autres mesures de sécurité. Il s'agit principalement d'assurer un moyen de preuve et non d'instituer une mesure dissuasive supplémentaire; les enregistrements visuels et sonores ne pourront être remis qu'aux autorités de poursuite pénale (plainte ou poursuite d'office) et utilisés dans le cadre d'enquêtes administratives. En outre, la protection de la sphère privée des individus est garantie par le fait qu'il ne sera possible d'utiliser la vidéosurveillance que dans certains locaux définis et que celle-ci sera signalisée, ce qui sera réglé par le Conseil fédéral au niveau de l'ordonnance d'application.

Une durée de conservation de quatre mois est justifiée au vu de l'art. 31 CP. Le CP fixe en effet un délai de trois mois pour porter plainte mais cela, dès la connaissance de l'auteur de l'infraction. En outre, il faut assurer à la personne qui porte plainte à la fin du délai de trois mois la conservation du moyen de preuve durant une période appropriée afin que celui-ci puisse être apporté dans le cadre d'une procédure pénale. À cet égard, une durée supplémentaire d'un mois doit être considérée comme adéquate.

2.15 Introduction de données sensibles numérisées dans SYMIC (art. 4, al. 1, let. a^{bis} et e, et 7a P-LDEA et art. 99a, al. 4, LAsi)

2.15.1 Nécessité de l'adaptation

Dans le but d'optimiser l'utilisation des données des systèmes d'information (stratégie suisse de cyberadministration), il est prévu de modifier les accès aux données sensibles contenues dans le SYMIC, notamment les empreintes digitales et la photographie des étrangers ou des requérants d'asile.

Plusieurs accès à la photographie sont ainsi mis sur pied et les compétences relatives à leur saisie sont étendues aux autorités cantonales migratoires qui pourront les saisir aux fins de retour si celles-ci font défaut ou ne sont plus actuelles.

Dans le but d'émettre des documents à des fins d'identification dans le domaine de l'asile et du retour, des titres de séjour et, nouvellement, des documents de voyage, il est important de disposer des informations essentielles sous une forme appropriée dans le SYMIC. Actuellement, les dossiers électroniques sont constitués de documents au format PDF qui ne peuvent pas être systématiquement exploités pour la suite du traitement des cas. Il en va de même des photographies et des empreintes digitales contenues dans ces dossiers. Dès lors, il est proposé d'enregistrer les données biométriques dans le SYMIC sous un format exploitable (par ex. au format JPG). Ces données seront ainsi saisies par les autorités migratoires cantonales et fédérales. Celles-ci, ainsi que le Cgfr et les autorités cantonales de police, auront accès aux données à des fins d'identification des personnes. Ainsi, il est notamment proposé que les photographies des requérants d'asile du MIDES soient reprises dans le SYMIC.

Par ailleurs, le SYMIC doit également contenir les enregistrements sonores destinés aux expertises de provenance en matière d'asile. Comme il s'agit de données personnelles sensibles, leur enregistrement et la réglementation des accès à ces nouvelles données exigent une adaptation de la loi (art. 4 LDEA).

2.15.2 Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des participants à la consultation a approuvé le projet.

Quelques associations ont demandé que les autorités communales de police aient également accès aux données biométriques. Il est donné suite à cette demande afin d'assurer une utilisation optimale des données disponibles.

Par ailleurs, le projet d'art. 7b AP-LDEA a été, indépendamment de la consultation, remplacé par une modification de l'art. 7a P-LDEA. De plus, les signes particuliers tels que des handicaps, des prothèses ou des implants (cf. 1.4.1) ainsi que les indications relatives aux cas médicaux (cf. 1.4.2) doivent également figurer en tant que données sensibles à l'art. 4 LDEA.

2.16 Communication de données aux autorités migratoires (art. 50a, al. 1, let. e, ch. 8, P-LAVS)

2.16.1 Nécessité de l'adaptation

Il est proposé d'adapter l'art. 50a, al. 1, let. e, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)⁶¹ relatif à la communication de données relevant des assurances sociales de manière à garantir aux autorités migratoires la possibilité de disposer de toutes les informations dont elles ont besoin.

Actuellement, les autorités compétentes en matière d'assurances sociales ne communiquent pas de données aux autorités migratoires (cf. art. 33 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA]⁶²), étant donné que le consentement de la personne concernée fait généralement défaut (art. 50a, al. 4, let. b, LAVS).

Compte tenu des nombreux problèmes en pratique, il convient de permettre aux autorités compétentes en matière d'assurances sociales de communiquer aux autorités migratoires compétentes, dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, des données concernant les rentes de l'assurance vieillesse et survivants, celles de l'assurance-invalidité ainsi que les prestations complémentaires. Ces données sont essentielles pour vérifier l'existence de moyens financiers suffisants, condition nécessaire à la délivrance d'une autorisation de séjour.

2.16.2 Résultat de la consultation et position du Conseil fédéral

La majorité des participants à la consultation a approuvé l'adaptation proposée.

Plusieurs participants sont d'avis que la communication de données doit porter non seulement sur les rentes mais également, par exemple, sur les demandes AI en cours, ou toute information utile à la prise d'une décision en droit des étrangers, ressortissants européens compris. Certains participants soulignent que la communication des données doit rester proportionnelle.

Position du Conseil fédéral

Eu égard aux avis exprimés lors de la consultation, le projet n'est pas modifié.

L'art. 50a, al. 1, let. e, LAVS précise de manière claire que la communication de données concernant les assurances sociales ne peut avoir lieu que dans des cas d'espèce et sur demande individuelle et motivée. De plus, ces données doivent être nécessaires à l'application de la LEtr (art. 97, al. 2). Dans de telles conditions, la communication des données respecte le principe de proportionnalité.

⁶¹ RS 831.10

⁶² RS 830.1

3 Commentaires des dispositions

3.1 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers⁶³

Art. 12, al. 1 (ne concerne que le texte français)

Il s'agit de supprimer la référence erronée à l'autorité du lieu de travail («l'autorité compétente de son lieu de résidence *ou de travail* en Suisse») qui ne se trouve, à juste titre, ni dans la version allemande («*bei der am Wohnort in der Schweiz zuständigen Behörde*»), ni dans la version italienne («*l'autorità competente per il luogo di residenza in Svizzera*»). En effet, selon le message du Conseil fédéral de 2002⁶⁴, le canton de résidence est seul compétent pour la déclaration d'arrivée.

Art. 22 Conditions de rémunération et de travail et remboursement des dépenses des travailleurs détachés

Les ajouts apportés à cet article visent à lever les incertitudes relatives à l'obligation de rembourser les frais en cas de transferts interentreprises ou de prestations de services transfrontalières et à établir une réglementation identique à celle de la LDét (cf. aussi ch. 2.5).

Le contenu de l'actuel art. 22 LEtr relatif à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative est repris dans un nouvel alinéa 1 (let. a) auquel il est ajouté une nouvelle condition, à savoir que le montant du remboursement des dépenses soit conforme au lieu, à la profession et à la branche (let. b). De plus, il y a lieu de fixer dans la loi l'obligation de rembourser les dépenses liées au détachement (al. 2). Enfin, le Conseil fédéral doit être habilité, en cas de détachement de longue durée, à limiter la durée de l'obligation de l'employeur de rembourser les dépenses (al. 3).

Art. 30, al. 1, let. d et e^{bis}

Let. d

Cette lettre doit être abrogée en raison de la suppression du statut d'artiste de cabaret, qui a pris effet au 1^{er} janvier 2016 (cf. ch. 1.2.2). Bien qu'elle permît de déroger aux conditions d'admission pour protéger les personnes menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative, cette lettre était, en pratique, appliquée uniquement aux artistes de cabaret. Comme mesure d'accompagnement à la suppression de ce statut, une nouvelle let. e^{bis} est ajoutée afin de garantir la protection des personnes victimes d'infractions dans le cadre de l'exercice de la prostitution.

Let. e^{bis}

Il est proposé d'ajouter à l'art. 30, al. 1, LEtr, la possibilité de déroger aux conditions d'admission dans le but de régler le séjour des étrangers qui exercent la prostitution et ont subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle (victime; art. 1, al. 1, LAVI).

⁶³ RS 142.20

⁶⁴ FF 2002 3469 3534

- La notion d'*infraction* est fondamentalement la même qu'en droit pénal, à savoir que le comportement doit être illicite et constitutif d'une infraction pénale⁶⁵. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait été découvert, qu'il ait eu un comportement fautif ou agi intentionnellement ou par négligence (art. 1, al. 3, LAVI). C'est la pratique qui décide si, dans le cas d'espèce, un fait entre ou non dans le champ d'application de la loi⁶⁶. Des voies de fait peuvent ainsi suffire à fonder la qualité de victime tandis que, *a contrario*, des lésions corporelles simples peuvent n'entraîner qu'une altération insignifiante de l'intégrité physique et psychique⁶⁷.
- La notion d'*atteinte* implique une certaine gravité. Il ne suffit pas que la victime ait subi des désagréments, qu'elle ait eu peur ou qu'elle ait eu quelque mal⁶⁸. Est considérée comme «directe», l'atteinte qui correspond à la nature de l'infraction (conséquences typiques ou caractéristiques de l'acte délictueux reproché)⁶⁹.
- La notion de *victime* ne dépend pas de la qualification de l'infraction, mais exclusivement de ses effets sur le lésé⁷⁰.

Les prestations d'aide aux victimes ne sont pas subordonnées à l'ouverture ou à l'exécution d'une procédure pénale⁷¹. La victime ne peut pas non plus être contrainte de porter plainte ni de déposer une plainte pénale⁷².

Il est proposé de limiter l'application de la let. e^{bis} aux atteintes survenues durant l'exercice de la prostitution afin de tenir compte des risques particuliers inhérents à l'exercice de cette activité.

L'aide aux victimes revêt un caractère essentiellement subsidiaire. Il est notamment attendu des victimes qui disposent de ressources financières suffisantes qu'elles surmontent, au moins en partie, par leurs propres moyens les conséquences de l'infraction⁷³.

La législation en matière d'aide aux victimes octroie un droit à l'indemnisation (en raison de l'atteinte elle-même) et à la réparation morale (en raison de la gravité de l'atteinte). Les exigences relatives à la preuve de la qualité de victime varient en fonction du genre et de l'étendue de l'aide sollicitée⁷⁴:

- s'agissant de l'aide immédiate et de la protection des droits de la victime dans la procédure pénale, il suffit qu'entre en considération une infraction pouvant donner lieu à une aide;

⁶⁵ ATF 134 II 33 consid. 5.4

⁶⁶ FF 2005 6683 6722

⁶⁷ Arrêt du TF 1A.70/2004 du 7 juillet 2004.

⁶⁸ ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1

⁶⁹ Arrêt du TF 6S.437/2005 du 24 novembre 2005 consid. 2; arrêt du TF 6S.543/2006 du 20 février 2007 consid. 2.

⁷⁰ ATF 129 IV 216 consid. 1.2.1; ATF 125 II 265 consid. 4a

⁷¹ FF 2005 6683 6725

⁷² En 2013, d'après la statistique de l'OFS sur l'aide aux victimes, 47,7 % des cas ayant fait l'objet d'une consultation au sein d'un centre d'aide aux victimes ont mené à une procédure pénale.

⁷³ FF 2005 6683 6701

⁷⁴ FF 2005 6683 6722

- s’agissant l’octroi de prestations financières définitives, la preuve des éléments constitutifs d’un acte pénal délictueux est nécessaire.

Le séjour doit pouvoir être autorisé, notamment si la présence est nécessaire aux fins de recevoir de l’aide ou des prestations en vertu de la LAVI (en particulier, conseils et aide immédiate). Ces motifs devront être réglés par voie d’ordonnance (art. 30, al. 2, LEtr).

Art. 31, al. 3

L’actuel al. 3, qui prévoit un droit à l’octroi d’une autorisation d’établissement pour les apatrides, a été abrogé dans le cadre de la restructuration du domaine de l’asile⁷⁵. La présente modification tient compte de cette abrogation et traite nouvellement du droit des apatrides à l’exercice d’une activité lucrative.

De manière analogue aux réfugiés reconnus, les apatrides reconnus doivent avoir la possibilité d’exercer une activité lucrative. Il s’agit de personnes qui resteront probablement en Suisse puisqu’elles ne disposent de la nationalité d’aucun État.

La modification du 16 décembre 2016 de la LEtr (Intégration)⁷⁶ a introduit l’obligation d’annonce en vue de l’exercice d’une activité lucrative pour les personnes ayant obtenu l’asile en Suisse ou qui y ont été admises à titre provisoire comme réfugiés (art. 61 nLAsi). Le présent projet soumet également à cette obligation les réfugiés sous le coup d’une décision d’expulsion entrée en force mais non exécutable (cf. le commentaire de l’art. 61 LAsi au ch. 3.2).

Par souci d’égalité de traitement, il appert justifié que, l’activité lucrative des apatrides reconnus (al. 1), des apatrides reconnus admis à titre provisoire (al. 2) ainsi que des apatrides reconnus sous le coup d’une expulsion pénale entrée en force soit également soumise à l’obligation d’annonce visée à l’art. 61 nLAsi.

Cet alinéa énumère donc toutes les catégories d’apatrides concernés et renvoie à l’art. 61 LAsi par analogie.

Art. 56, al. 6

En désignant des organes indépendants, le SEM veille à ce que l’assurance de la qualité puisse être garantie, par exemple en ce qui concerne la reconnaissance de qualifications ou de programmes d’enseignement et d’apprentissage. S’agissant de l’encouragement linguistique, le secrétariat fide assume, sur mandat du SEM, des tâches opérationnelles dans le domaine de l’assurance qualité. Fide est un vaste système d’apprentissage des langues qui porte à la fois sur des instruments didactiques, sur la formation de chargés de cours et sur l’évaluation des connaissances linguistiques. Le secrétariat fide est chargé d’accréditer les établissements de formation qui proposent des formations pour chargés de cours et de mener la procédure d’équivalence pour les enseignants de langues.

⁷⁵ RO 2016 3101 3127

⁷⁶ FF 2016 8633

Art. 59, titre et al. 3 à 6

L'actuel art. 59 consacré aux documents de voyage pour étrangers est divisé en trois articles. Le nouvel art. 59 a trois alinéas qui restent inchangés et sont consacrés à l'établissement de documents de voyage pour étranger sans pièces de légitimation par le SEM. L'al. 3 subit une légère adaptation en langue allemande.

Les al. 4 à 6 sont abrogés et figurent nouvellement à l'art. 59a, qui traite de la puce électronique, et à l'art. 59b, qui traite des données biométriques.

Art. 59a Puce électronique*Al. 1*

Cet alinéa reprend le contenu de l'actuel al. 5 de l'art. 59 LEtr. Il définit quelles données peuvent figurer sur la puce électronique des documents de voyage.

La suppression du système ISR (cf. ch. 1.4) rend obsolète le renvoi à l'art. 111 LEtr:

- Pour les *données non sensibles*, l'art. 59a, al. 1, P-LEtr mentionne les «autres données personnelles du titulaire» (actuelles données de l'art. 111, al. 2, let. a, LEtr et certaines de la let. e) et les «données relatives aux documents de voyage» (actuelles données de l'art. 111, al. 2, let. c, LEtr).
- Pour les *données sensibles*, à savoir celles relatives à la santé (signes particuliers tels que des handicaps, des prothèses ou des implants), l'art. 59a, al. 1, P-LEtr renvoie à l'art. 4, al. 1, let. g, P-LDEA (actuelles données de l'art. 111, al. 2, let. e, LEtr). Ces données seront enregistrées sur la puce uniquement sur demande expresse de la personne concernée.

Al. 2

Cet alinéa reprend le contenu de l'actuel al. 6 de l'art. 59 LEtr, qui permet au Conseil fédéral de déterminer quels types de documents de voyage sont munis d'une puce et quelles données sont enregistrées sur la puce électronique.

Art. 59b Données biométriques*Al. 1*

Cet alinéa reprend le contenu de l'actuel al. 4 de l'art. 59 LEtr, qui traite de la délégation de tâches à des tiers.

Al. 2

Cet alinéa permet au SEM ainsi qu'aux autorités cantonales d'utiliser les données biométriques du SYMIC pour l'établissement des documents de voyage. Ces deux autorités sont habilitées à consulter et transmettre les données biométriques du SYMIC nécessaires à l'établissement ou au renouvellement de documents de voyage.

Al. 3

Il s'agit de garantir la qualité des données biométriques en limitant leur usage dans le temps. Par ailleurs, le Conseil fédéral doit pouvoir fixer des délais plus courts pour le renouvellement de la saisie de ces données, en se basant sur des caractéristiques physiologiques. La présence de l'intéressé sur place et une identification fiable du requérant empêchent les abus lors de l'octroi de nouveaux documents de voyage.

*Art. 60, al. 2**Let. a*

Sur le plan formel, il faut ajouter le pronom «celles» au début de la let. a pour correspondre à la nouvelle formulation de la phrase introductive de l'al. 2. En revanche, sur le plan matériel, le texte n'a subi aucune modification.

Let. b

Le renvoi à la let. d de l'art. 30, al. 1, LEtr, supprimée en raison de l'abrogation du statut d'artiste de cabaret (cf. ch. 2.2), est remplacé par le renvoi à la nouvelle let. e^{bis} ouvrant aux étrangers qui exercent la prostitution la possibilité de bénéficier d'une aide au retour s'ils ont subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle durant l'exercice de cette activité (cf. commentaire de l'art. 30, let. e^{bis}).

D'une manière générale, l'aide au retour vise à encourager le retour autonome et dans les délais prescrits des personnes tenues de quitter la Suisse et à faciliter leur réintégration dans leur État d'origine ou de provenance ou, si le séjour y est autorisé, dans un État tiers, en leur apportant un soutien dans la mise en place de nouvelles perspectives. Le SEM met en œuvre l'aide au retour, en collaboration avec ses partenaires, la Direction du développement et de la coopération du DFAE (DDC), l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) ainsi que les services cantonaux et œuvres d'entraide compétents. Contrairement aux personnes relevant du domaine de l'asile, l'aide au retour dans le domaine des étrangers ne peut, à ce jour, être octroyée qu'aux personnes particulièrement menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative et aux victimes ou témoins de la traite d'êtres humains (art. 60, al. 2, let. b, LEtr) ou encore aux personnes qui ont quitté leur État d'origine ou de provenance en raison d'un grave danger généralisé ou qui ne pouvaient y retourner tant que subsistait ce danger (art. 60, al. 2, let. a, LEtr).

Dans le cas particulier des étrangers ayant exercé la prostitution, l'aide au retour peut avoir un effet préventif en les incitant à sortir de ce milieu et permet également d'éviter qu'ils soient à nouveau victimes d'infractions. L'octroi de l'aide au retour à une personne ayant exercé la prostitution requiert plusieurs conditions:

- la vraisemblance de l'infraction en lien direct avec l'exercice de la prostitution dont elle a été victime (attestation médicale, rapport de police ou renseignements de tiers);
- un départ de Suisse de plein gré;

- l'absence d'aide financière suffisante dans le pays d'origine ou de provenance ou dans l'État tiers;
- la vraisemblance qu'elle veuille cesser définitivement la prostitution.

Le montant forfaitaire maximal de l'aide au retour individuelle est de 1000 francs par personne relevant du domaine de l'asile (art. 74 de l'ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile [OA 2]⁷⁷) ou du domaine des étrangers (art. 74 OA 2, par renvoi de l'art. 78, al. 2, OASA). Ce forfait peut être complété par une aide matérielle complémentaire maximale de 3000 francs pour des mesures individuelles, respectivement 5000 francs en cas de besoins particuliers en matière de réintégration dans le pays de destination (art. 74, al. 4, OA 2). Lorsque les conditions sont réunies, l'aide au retour doit aussi pouvoir être accordée aux ressortissants d'États membres de l'UE ou de l'AELE, contrairement à la pratique en vigueur dans le domaine de l'asile. De ce fait, il est tenu compte du fait que, dans certains pays de l'UE, les conditions de vie peuvent être si mauvaises que certaines personnes risquent de devoir exercer la prostitution par détresse économique. L'encadrement de la réintégration sur place peut être assuré par une organisation non gouvernementale (ONG).

Let. c

Les personnes admises à titre provisoire au sens de la LEtr dont l'admission provisoire a été levée conformément à l'art. 84, al. 2, LEtr ou qui quittent à satisfaction de droit la Suisse de leur propre initiative doivent à l'avenir pouvoir bénéficier elles aussi de l'aide au retour (cf. ch. 2.3). Les étrangers désireux de quitter la Suisse peuvent ainsi solliciter une aide au retour si une admission provisoire leur a été accordée parce que l'exécution de leur renvoi n'est pas possible (art. 83, al. 2), n'est pas licite (art. 83, al. 3) ou ne peut pas raisonnablement être exigée en cas de nécessité médicale (art. 83, al. 4; en complément à l'art. 60, al. 2, let. a, LEtr). Les ayants droit pour cause de guerre, de guerre civile ou de situation de violence généralisée dans leur pays de provenance ou d'origine peuvent toujours solliciter des prestations d'aide au retour sur la base de l'art. 60, al. 2, let. a, LEtr.

En revanche, les personnes dont l'admission provisoire a été levée conformément à l'art. 84, al. 3, LEtr ne peuvent pas bénéficier de l'aide au retour en égard à leur comportement. D'autres limitations à l'octroi de l'aide au retour sont actuellement déjà réglées au niveau des dispositions d'exécution (art. 64 OA 2).

Art. 64d, al. 3

La modification de cette disposition tire son origine de l'évaluation Schengen de la Suisse, en 2014, sur la mise en œuvre de la directive sur le retour ainsi que de la recommandation de la Commission du 1^{er} octobre 2015 établissant un «manuel sur le retour» commun à utiliser par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour (manuel sur le retour)⁷⁸ (cf. ch. 2.7). L'art. 3, par. 7, de la directive sur le retour prescrit que le «risque de fuite» doit

⁷⁷ RS 142.312

⁷⁸ Recommandation de la Commission du 1.10.2015 établissant un «manuel sur le retour» commun devant être utilisé par les autorités compétentes des États membres lorsqu'elles exécutent des tâches liées au retour; C(2015) 6250 final.

reposer sur des critères objectifs définis par la loi. Bien que des critères soient déjà inscrits dans le droit actuel, notamment pour la détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr) et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr), aucun critère n'est prévu pour l'exécution immédiate d'un renvoi en vertu de l'art. 64d, al. 2, let. b, LEtr. La présente proposition permet de combler cette lacune.

Il est notamment proposé de considérer comme des éléments concrets faisant redouter qu'une personne entende se soustraire à l'exécution du renvoi, le fait qu'elle contrevienne à l'obligation de collaborer visée à l'art. 90 LEtr, que son comportement démontre qu'elle refuse d'obtempérer aux instructions des autorités ou encore qu'elle franchisse la frontière malgré une interdiction d'entrée. La formulation non exhaustive de cette disposition laisse aux autorités une certaine marge de manœuvre. Ces dernières sont néanmoins tenues de prendre en considération la CJEU en la matière.

Art. 65, al. 2 et 2bis

L'art. 65 LEtr règle le refus d'entrée et le renvoi à l'aéroport. La procédure actuelle doit être corrigée afin de satisfaire au code frontières Schengen et de permettre aux autorités de contrôle aux frontières de rendre une décision au nom du SEM (cf. ch. 2.8).

Les cantons sont responsables de l'exercice du contrôle des personnes sur leur territoire (art. 9, al. 1, LEtr). Ils peuvent déléguer cette tâche au Cgfr en concluant un accord avec le Département fédéral des finances (art. 23, al. 2, OEV et art. 97 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes [LD]⁷⁹). En conséquence, six autorités différentes sont chargées du contrôle aux frontières extérieures suisses: une autorité fédérale (Cgfr) et cinq autorités cantonales (polices cantonales bernoise, genevoise, soleuroise, valaisanne et zurichoise).

Il est prévu que toutes ces autorités puissent prendre des décisions de refus d'entrée et des décisions de renvoi au nom du SEM (art. 65, al. 2). Elles exécuteront ainsi le droit fédéral en représentation du SEM, auprès duquel une opposition contre leur décision pourra être déposée. La procédure d'opposition doit permettre de garantir une pratique uniforme, tout en maintenant les voies de recours actuelles dans l'intérêt des autorités impliquées. La décision sur opposition rendue par le SEM peut, à l'instar de la pratique actuelle, faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 65, al. 2^{bis}).

Ni l'opposition formée devant le SEM ni le recours auprès du Tribunal administratif n'ont d'effet suspensif. Cette nouvelle disposition impliquera des adaptations de l'OEV.

Art. 69, al. 1, let. c

L'art. 76 LEtr, auquel renvoie la let. c, a été modifié dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. concernant le renvoi des étrangers criminels⁸⁰: la détention en vue de l'expulsion n'est plus seulement possible après une décision de première instance de renvoi ou d'expulsion, mais aussi après une décision de première instance d'expulsion pénale.

Par conséquent, il convient d'ajouter l'expulsion pénale dans la let. c, précisant ainsi que l'expulsion pénale d'un étranger en détention en vertu de l'art. 76 LEtr ne peut être exécutée avant l'entrée en force de la décision s'y rapportant. Cela correspond à l'art. 66c, al. 1, CP, selon lequel toute expulsion est exécutable dès l'entrée en force du jugement.

Dans la version française, l'adjectif «exécutoire» («vollstreckbar») est remplacé par «entrée en force» («rechtskräftig»), respectivement «passata in giudicato»; correspond à l'actuelle version allemande et italienne). Il est en effet question d'une décision définitive, à savoir qui n'est plus susceptible de recours.

Art. 80a, al. 1, let. a

Compte tenu de la restructuration du domaine de l'asile, cette disposition doit être adaptée afin de mieux définir quel canton peut prononcer la détention Dublin (art. 76a LEtr).

Si les personnes dont le renvoi doit être exécuté séjournent dans un centre de la Confédération, le canton où se situe ce centre ou le canton désigné comme compétent pour exécuter le renvoi en vertu de l'art. 46, al. 1^{bis}, 3^e phrase, LAsi pourra prononcer la détention Dublin. Dans les autres cas où il y aura attribution au canton sur le territoire duquel se situe le centre de la Confédération, ce canton sera alors seul compétent (cf. ch. 2.9).

Art. 81, al. 2

En vertu de la jurisprudence du TF⁸¹, la meilleure manière de prendre en compte la situation particulière des personnes en détention administrative est d'utiliser des bâtiments aménagés spécialement pour ce type de détention (cf. aussi ch. 2.7). S'il n'y a pas d'établissement approprié, une détention dans d'autres bâtiments n'est pas exclue, mais il faut absolument veiller à ce que ces personnes soient hébergées séparément des personnes en détention pénale ou préventive.

La disposition correspondante de la LEtr en vigueur contrevient à cette jurisprudence du TF. L'actuel art. 81, al. 2, LEtr n'est pas compatible avec la directive sur le retour⁸², qui est contraignante pour la Suisse en raison de son association à Schengen. L'art. 16, par. 1, de cette directive précise que la détention à des fins de renvoi doit s'effectuer en règle générale dans des centres de détention spécialisés. Lorsque cela n'est pas possible (par ex. centres saturés), les personnes concernées placées

⁸⁰ RO 2016 2329, 2339

⁸¹ ATF 123 I 221, consid. II.1.b

⁸² JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 à 107; ch. 1.2.7.

dans un établissement pénitentiaire ordinaire doivent être «séparées des prisonniers de droit commun». Il ressort des conclusions de l'évaluation de la Suisse menée en 2014 relative à la mise en œuvre de la directive sur le retour que la Suisse doit adapter l'art. 81, al. 2, LEtr. Dans un arrêt du 17 juillet 2014, la CJUE a déclaré qu'un État membre Schengen ne pouvait «se prévaloir de l'absence de centres spécialisés dans une partie de son territoire pour retenir un ressortissant de pays tiers en attente d'éloignement dans un établissement pénitentiaire»⁸³. Autrement dit, un placement en établissement pénitentiaire n'est possible que s'il n'y a pas de place ou plus de place dans les centres de détention administrative de l'ensemble du pays, et non seulement du canton concerné. La Suisse doit en principe tenir compte des arrêts de la CJUE afin de garantir une application harmonisée de l'acquis de Schengen.

Les personnes détenues en phase préparatoire, en détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission dans un établissement pénitentiaire ne doivent par conséquent pas être regroupées avec d'autres détenus purgeant une peine, mais placées dans des quartiers distincts de cet établissement où elles pourront bénéficier de conditions moins strictes (salles communes, visites, activités de loisir)⁸⁴. Le respect des droits des intéressés doit en outre être pleinement garanti lorsque des contacts avec les autres groupes de détenus sont inévitables dans des parties communes de l'établissement. Elles doivent notamment être protégées contre d'éventuels comportements agressifs ou inappropriés. Cette séparation nette permet en outre de faire la distinction entre les détenus administratifs et les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction⁸⁵.

Art. 86, al. 1 et 1^{bis}, et 87, al. 1, let. d

Les réfugiés sous le coup d'une décision d'expulsion pénale au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM entrée en force sont soumis aux mêmes dispositions en matière d'aide sociale que les réfugiés auxquels la Suisse a accordé l'asile (art. 86, al. 1, 5^e phrase, LEtr). De plus, l'art. 23 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés [CR]⁸⁶ dispose que les États Contractants accordent aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire le même traitement en matière d'assistance et de secours publics qu'à leurs nationaux. La Convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides⁸⁷ connaît une réglementation identique en ce qui concerne l'octroi de l'aide sociale aux réfugiés (art. 23 de cette Convention).

Par souci de clarté et de sécurité du droit, il convient de mentionner explicitement les apatrides dans le nouvel art. 86, al. 1^{bis}, P-LEtr, de même qu'à l'art. 87, al. 1, let. d, P-LEtr.

⁸³ Arrêt de la CJUE du 17.7.2014, Bero et Bouzalmate, aff. jointes C-473/13 et C-514/13, ECLI:EU:C:2014:2095; et arrêt du 17.7.2014, Pham, aff. C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096.

⁸⁴ FF 1994 I 324

⁸⁵ ATF 122 II 53, consid. 5a

⁸⁶ RS 0.142.30

⁸⁷ RS 0.142.40

Art. 99 Procédure d'approbation

Dans un arrêt de principe du 30 mars 2015⁸⁸, le TF a jugé que lorsqu'une autorisation de séjour a été octroyée sur recours par une autorité (en principe judiciaire) cantonale et que cette décision peut être portée jusqu'au TF par un recours de droit public, c'est cette voie de droit qui doit être utilisée par le SEM et non la procédure d'approbation⁸⁹. Le but est d'éviter ainsi qu'une décision du SEM ne crée une nouvelle litispendance qui rallongerait la procédure.

Cependant, la procédure d'approbation est soumise à d'autres règles procédurales: contrairement à la procédure de recours, en effet, elle n'est soumise à aucun délai et octroie au SEM un pouvoir de cognition étendu⁹⁰. Cela permet à ce dernier de mener, le cas échéant, des instructions complémentaires dans les dossiers qui lui sont soumis. De plus, la procédure d'approbation poursuit un autre but: elle permet au SEM d'assurer une politique cohérente en matière d'étrangers.

La modification proposée a donc pour but de maintenir la pratique antérieure à l'arrêt du TF en précisant explicitement dans la loi que le SEM peut refuser son approbation même si une autorité cantonale de recours, administrative ou judiciaire, s'est déjà prononcée.

Art. 102, al. 1 et 2

Al. 1

Actuellement, les autorités compétentes (par ex., le SEM, les services consulaires ou les autorités migratoires cantonales) peuvent relever les données biométriques d'un étranger lors de l'examen des conditions d'entrée (demande d'un visa Schengen ou national) ou d'une procédure relevant du droit des étrangers (demande d'une autorisation de séjour) dans des *cas exceptionnels*, notamment aux fins d'établissement de l'identité de l'étranger concerné. La modification proposée permet dorénavant à ces autorités de relever les données biométriques des étrangers également *de manière systématique, pour certaines catégories de personnes* (cf. ch. 1.4.3). À titre d'exemple, il sera désormais possible de saisir de manière systématique dans la banque de données sur les empreintes digitales AFIS, gérée par fedpol, les données biométriques des personnes qui s'adressent aux représentations à l'étranger pour demander un visa national (visa D), puis d'utiliser ces données à l'intérieur du pays à des fins d'identification. Cette disposition permettra notamment au SEM de vérifier systématiquement l'identité des personnes provenant de différents pays (par ex. liste établie par le DFAE) ou de catégories de personnes comme celles voulant bénéficier d'un regroupement familial.

⁸⁸ ATF 141 II 169. Cf. également sur la même question l'arrêt 2C_634/2014 du 24 avril 2015.

⁸⁹ Cf. art. 89, al. 2, et 111 de la loi du 17 juin 2005 sur le tribunal fédéral (LTF, RS 173.110); arrêts précités: 2C_146/2014, consid. 4.4.3 et 2C_634/2014, consid. 3.2.

⁹⁰ Le TF ne revoit en principe pas les faits (cf. art. 99 LTF). Le SEM peut en revanche recueillir des renseignements écrits auprès d'autres autorités ou, exceptionnellement, auprès de particuliers (cf. art. 49 de la loi fédérale du 20 décembre 1986 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

Al. 2

Le Conseil fédéral est nouvellement habilité à déterminer quelles catégories de personnes feront l'objet d'une saisie systématique au sens de l'al. 1. De plus, cet alinéa reprend le contenu de l'al. 2 actuel. Sur le plan rédactionnel, il convient cependant d'utiliser le verbe «saisir» à la place du verbe «relever» par soucis de cohérence avec l'al. 1.

*Art. 102a, al. 2 à 4**Al. 2*

Cet alinéa prévoit la possibilité de déléguer la saisie des données biométriques et la transmission de celles-ci au centre chargé de produire le titre de séjour.

Al. 3

Cet alinéa reprend l'al. 3 actuel et permet aux autorités cantonales de traiter les données biométriques pour l'établissement d'un titre de séjour ou le renouvellement de celui-ci. Ceci n'implique aucun changement de la pratique actuelle de l'établissement d'un titre de séjour biométrique.

Al. 4

Sur le plan systématique, l'al. 2 de l'art. 102a LEtr devient l'al. 4 de l'art. 102a P-LEtr. En revanche, sur le plan matériel, le texte n'a subi aucune modification.

*Art. 104, al. 1 à 1^{ter}**Al. 1*

Le SEM demeure compétent pour obliger les compagnies aériennes à lui communiquer, sur demande des autorités de contrôle à la frontière, les données personnelles des passagers ainsi que les données du vol (données API). Il est également proposé de régler dans la loi l'accès aux données API en cas de problèmes techniques du système API. Ainsi, le SEM pourra obliger les compagnies aériennes à communiquer les données API *directement* aux autorités de contrôle à la frontière.

Al. 1^{bis}

Comme mentionné plus haut (ch. 2.13), les données API pourront être également utilisées pour lutter contre la criminalité internationale organisée, le terrorisme, l'espionnage et la prolifération.

Actuellement, le choix des lieux de départ de vols à partir desquelles les compagnies aériennes opérant des vols à destination de la Suisse sont soumises à l'obligation de communiquer les données API se fonde sur une analyse des risques migratoires. Compte tenu des nouveaux buts du système API (cf. également le commentaire de l'art. 104a, al. 1, let. c, P-LEtr ci-dessous) relevant de la compétence de fedpol, respectivement du SCR, il est judicieux de permettre à ces derniers de demander au SEM l'extension de cette obligation de communiquer à d'autres lieux de départ de vols. Une éventuelle extension de ladite obligation à des lieux de départ de vols supplémentaires s'appuie sur une analyse de risque établie par l'autorité qui la

demande. Les priorités stratégiques fixées en matière pénale par le DFJP durant la législature 2015 à 2019 se concentrent sur le terrorisme, la criminalité organisée, la cybercriminalité ainsi que la lutte contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants⁹¹. Les régions qui présentent un intérêt significatif pour la lutte contre ce type de criminalité ont une influence dans le choix de nouveaux lieux de départs de vols pour lesquels l'obligation de communiquer les données API est envisagée. Parmi les 18 lieux de départ de vol hors de la zone Schengen actuellement prévus, plusieurs présentent également un intérêt accru pour la lutte contre ces crimes. Pour l'instant, il n'est pas nécessaire, pour fedpol, de procéder à un élargissement significatif des lieux de départ de vols.

Dans le cas où le SEM refuserait une demande de fedpol ou du SRC d'étendre l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles à une certaine ligne aérienne, il y aurait lieu d'appliquer la procédure de règlement des différends régie par l'art. 15, al. 3, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)⁹². Le chef du département est compétent pour régler les différends entre le SEM et fedpol (interne au DFJP), tandis que le Conseil fédéral est compétent pour régler les éventuelles divergences avec le SRC.

Al. 1^{er}

Sur le plan systématique, l'al. 1, 2^e phrase, de l'art. 104 LEtr devient l'al. 1^{er} de l'art. 104 P-LEtr. En revanche, sur le plan matériel, le texte n'a subi aucune modification.

Art. 104a, al. 1, 1^{bis}, 3, 3^{bis} et 4

Al. 1

Les données API doivent également pouvoir être utilisées pour lutter contre la criminalité internationale organisée, le terrorisme, l'espionnage et la prolifération. Pour ce faire, il convient donc d'élargir la définition des buts du système API fixée à l'al. 1. L'art. 6, par. 1, 5^e alinéa, de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers⁹³, sur laquelle se fonde l'art. 104a, prévoit déjà que les données sur les passagers peuvent être utilisées à des fins répressives si le droit interne le prévoit.

Al. 1^{bis}

Sur le plan systématique, l'al. 1, 2^e phrase, de l'art. 104a LEtr devient l'al. 1^{bis} de l'art. 104a P-LEtr. En revanche, sur le plan matériel, le texte n'a subi aucune modification.

⁹¹ Cf. communiqué du DFJP du 4.12.2015: www.ejpd.admin.ch > Actualité > News > Recherche: Le Conseil fédéral prend connaissance des priorités stratégiques fixées en matière pénale par le DFJP.

⁹² RS 172.021

⁹³ JO L 261 du 06.08.2004, p. 24 à 27.

Al. 3

Sur le plan rédactionnel, il convient de supprimer l'adverbe «efficacement» qui est superflu (cette suppression concerne également l'art. 104, al. 1, et 104a, al. 1). Sur le plan matériel, cette modification n'implique aucun changement par rapport au droit en vigueur.

Al. 3bis

Il est proposé de limiter l'accès en ligne de fedpol aux données mentionnées à l'art. 104, al. 3, dans des cas individuels relevant de son domaine de compétence, à savoir la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme (cf. art. 1, al. 1, de la loi fédérale du 7 octobre 1994 sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération et les centres communs de coopération policière et douanière avec d'autres États⁹⁴, les art. 23 et 24 du code de procédure pénale⁹⁵, les art. 260^{ter} et 260^{quinquies} CP ainsi que la loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «État islamique» et les organisations apparentées⁹⁶). Figurent ainsi au premier plan les crimes relatifs à la traite d'êtres humains, le transport illégal de stupéfiants et le terrorisme.

De plus, l'accès au système API sera également limité à certains collaborateurs de fedpol. Les données API seront consultées, au cas par cas, manuellement (absence de moyen technique) et comparées à intervalles réguliers avec les données provenant des systèmes d'appui aux enquêtes de police judiciaire (cf. art. 10, 11 et 12 de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération [LSIP]⁹⁷). En d'autres termes, le collaborateur de fedpol comparera le nom d'une personne recherchée avec les listes électroniques de passagers. En cas de résultat positif, les données API pourront être traitées dans le but d'enquête préliminaire ou d'enquête de police et sauvegardées dans les systèmes des art. 10 à 12 LSIP.

Les résultats des comparaisons effectuées entre les données API et celles des banques de données RIPOL, SIS, SYMIC et ASF-SLTD (art. 104a, al. 4, LEtr) sont communiqués par les autorités de contrôle aux frontières à fedpol lorsqu'ils revêtent une importance pour celui-ci.

Al. 4

Sur le plan rédactionnel, il convient d'utiliser l'abréviation «SYMIC», celle-ci étant nouvellement introduite à l'art. 59b, al. 2, P-LEtr. Sur le plan matériel, cette modification n'implique aucun changement par rapport au droit en vigueur.

94 RS 360
95 RS 312.0
96 RS 122
97 RS 361

Art. 104b Communication automatique de données du système API*Al. 1*

L'al. 1 prévoit que les données API sont transmises sous forme électronique au SRC immédiatement après qu'elles aient été introduites dans le système API (art. 104, al. 3, LEtr), à l'exclusion des résultats de la comparaison des banques de données que le système API génère automatiquement (art. 104a, al. 4, LEtr). Comme jusqu'à présent, ces résultats ne pourront être consultés que par les organes de contrôle à la frontière (art. 104a, al. 3, LEtr).

Al. 2

L'al. 2 définit les buts pour lesquels les données API transmises peuvent être traitées.

Le SRC utilise les données API pour rechercher de manière préventive des personnes voyageant vers la Suisse ou qui ne sont que de passage (par ex., membre présumé d'une organisation terroriste ou d'un service de renseignement étranger). Ces données sont comparées avec celles contenues dans les banques de données du SRC. En liaison avec les informations acquises lors des contrôles frontières ou douaniers, le SRC est autorisé à dresser le profil complet des déplacements d'une personne ciblée. Cela permet aussi au SRC, par exemple, de justifier une demande d'interdiction d'entrée ou le refus d'une demande de naturalisation, mais également d'assurer plus efficacement d'autres mesures préventives comme un entretien avec une personne ou des clarifications au sujet d'un environnement donné.

Les données transmises au SRC en vertu de l'art. 104b P-LEtr font l'objet d'une comparaison manuelle avec le système d'analyse intégrale du SRC (IASA SRC; cf. art. 49 de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement [LRens]⁹⁸) et le système d'analyse intégrale du SRC pour l'extrémisme violent (IASA-EXTR SRC; cf. art. 50 LRens), puis sont détruites. Si la comparaison aboutit à des résultats positifs, ceux-ci sont saisis dans ces systèmes et, dès lors, soumis aux dispositions des sections 4 et 5 de l'ordonnance du 16 août 2017 sur les systèmes d'information et les systèmes de stockage de données du Service de renseignement de la Confédération⁹⁹.

Art. 104c

Sur le plan systématique, l'art. 104b LEtr (Accès aux données relatives aux passagers dans des cas particuliers) devient l'art. 104c P-LEtr. En revanche, sur le plan matériel, le texte n'a subi aucune modification.

Art. 109a, al. 2, let. d, et 109c, let. e

Le C-VIS en service depuis octobre 2011 s'est avéré un outil efficace qui permet de vérifier rapidement, notamment au moyen d'empreintes digitales, si une personne a obtenu un visa Schengen pour venir en Europe, quel État le lui a éventuellement

⁹⁸ RS 121

⁹⁹ RS 121.2

octroyé et, en dernier lieu et si elle n'est pas établie, l'identité de la personne appréhendée. Certaines autorités de police communales ont besoin, de par leur importance, de pouvoir accéder rapidement et directement au C-VIS sans passer par les services cantonaux (cf. ch. 2.11). Un tel accès permettrait un gain de temps non négligeable lors d'interpellations de ressortissants étrangers dépourvus de documents d'identité. Pour ce motif, l'accès au C-VIS sera étendu aux autorités communales de police.

Il se justifie dès lors également d'étendre, de manière analogue, l'accès actuel à ORBIS, uniquement prévu pour les autorités cantonales. Ainsi, les autorités de police communales pourront consulter en ligne tant le système national que le système central Schengen. L'art. 109a, al. 2, let. d, qui règle les accès au C-VIS et l'art. 109c, let. e, P-LEtr consacré aux accès à ORBIS sont complétés en conséquence.

Art. 109f Principes

Cette disposition décrit le but général et le champ d'application du nouveau système d'information destiné à la mise en œuvre des retours, eRetour. Les tâches pour lesquelles le système sera utilisé couvrent la totalité du processus de soutien au retour. Il s'agit essentiellement du conseil et de l'octroi de l'aide au retour (art. 93 LAsi), de l'assistance aux cantons dans le domaine de l'exécution du renvoi, de l'expulsion au sens de la LEtr ou de l'expulsion pénale (art. 71 LEtr), ainsi que de la prise en charge et du décompte des frais de départ (art. 92 LAsi) ou des détentions (art. 82 LEtr).

Art. 109g Contenu

Cet article règle le contenu du nouveau système d'information destiné à la mise en œuvre des retours eRetour.

Al. 1

Cet alinéa définit les catégories de personnes dont les données seront enregistrées dans le nouveau système. Tant les personnes issues du domaine de l'asile que celles relevant de la LEtr sont concernées, dès lors que le SEM est sollicité par les autorités cantonales chargées de l'exécution des retours ou par un service-conseil en vue du retour pour l'octroi d'une aide au retour, l'obtention de documents de voyage supplémentifs, l'organisation du départ ou le remboursement de frais de départ ou de détention.

Al. 2

Le nouveau système d'information permettra de centraliser toutes les données nécessaires au déroulement optimal du processus d'organisation du départ d'un étranger. Celui-ci débute par le conseil au retour et s'achève par des décomptes des frais de départ, en passant par les démarches pour obtenir un document supplétif, la réservation du vol et le paiement de l'indemnité de départ. Ces informations seront accessibles de manière ciblée, en mode traitement ou uniquement consultation, aux différentes parties prenantes du processus du retour.

Let. a

Les données personnelles saisies dans le système seront reprises de SYMIC, pour autant qu'elles y soient disponibles. Les données relatives à l'ethnie et à la religion ne seront reprises et utilisées que lorsqu'elles sont explicitement nécessaires dans le cadre d'une procédure d'identification, en fonction des spécificités du pays d'origine ou de provenance de l'étranger.

Dans le cadre d'une procédure d'identification, suivant les exigences du pays de provenance sollicité, des données supplémentaires relatives aux parents proches séjournant à l'étranger, tels que les grands-parents, le conjoint ou les frères et sœurs devront, le cas échéant, être saisies dans le nouveau système; l'identité ainsi que le lieu de naissance et de séjour à l'étranger sont ici concernés.

Let. b

Les données biométriques sont nécessaires dans le cadre des démarches visant à l'identification de l'étranger, à sa réadmission ou en vue de la délivrance d'un document de voyage supplétif par les autorités du pays d'origine ou de provenance (art. 97, al. 2 et 3, et 98b, LAsi). Aussi bien la photo que les empreintes digitales sont concernées. Pour les personnes issues du domaine de l'asile, la photographie sera reprise du SYMIC; pour les autres, tant la photographie que les empreintes digitales seront saisies par les autorités migratoires cantonales pour autant que cela soit nécessaire.

Let. c

Tous les documents échangés entre les parties prenantes du processus de soutien au retour et le SEM seront stockés dans le dossier électronique Retour du SYMIC (documents du e-dossier liés au retour). Par l'intermédiaire de la nouvelle application, l'accès à ce dossier sera garanti aux utilisateurs.

Let. d

Les types de renvoi, par exemple renvoi Dublin ou à destination d'un État tiers, prononcé par le SEM ou les cantons, l'expulsion selon la LEtr, l'expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM ou le retour volontaire d'un étranger sont ici visés.

Le document de voyage utilisé (par ex. passeport national, laissez-passer) lors du départ sera indiqué. De plus, les indemnités de voyage (art. 59a OA 2), les indemnités de départ (art. 59a^{bis} OA 2) ou les montants octroyés dans le cadre d'une aide au retour fédérale ou cantonale et devant être remis lors de la sortie de Suisse seront également mentionnés. Finalement, la date et le lieu de départ effectif de la personne seront également saisis.

Let. e

Les données concernant l'octroi d'une aide au retour sont actuellement saisies dans l'application «Aide au retour individuelle» (art. 1g de l'ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile [OA 3]¹⁰⁰), qui sera désactivée après la migration des données vers

¹⁰⁰ RS 142.314

eRetour. Les données se rapportant au conseil en vue du retour sont actuellement saisies de manière décentralisée auprès des services cantonaux en charge du conseil ou des tiers mandatés, souvent dans des fichiers de données individuels, et ne sont que partiellement et rétroactivement mis à la disposition du SEM à des fins statistiques et de suivi. À l'avenir, tous les cas de conseil aboutissant à l'organisation d'un départ et toutes les demandes visant à l'octroi d'une aide au retour seront saisis dans le système par le service-conseil en vue du retour compétent et adressés à l'instance du SEM en charge du cas via un processus de travail électronique.

Let. f et g

L'application AURORA actuelle est prévue pour soutenir les démarches en vue de l'identification de l'intéressé et de l'obtention d'un document de voyage, ainsi que de l'organisation du départ (art. 12 de l'ordonnance 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers [OERE]¹⁰¹ et 1a, let. j, OA 3). Seules les données concernant la mise sur pied du départ par voie aérienne y sont actuellement saisies. Celles concernant les activités menées en vue de l'obtention d'un document sont consignées de manière décentralisée dans des fichiers et ne sont pas utilisables à des fins statistiques et de suivi. Le système AURORA sera désactivé. Cependant, il sera conservé en mode «consultation» uniquement, pour une période limitée à deux ans, suite à l'introduction du module consacré à l'organisation des départs. Pour des raisons de coûts, la migration des données qu'il contient vers le nouveau système d'information ne sera pas réalisée. Toutes les demandes visant à obtenir un soutien du SEM dans le cadre de démarches d'identification d'un étranger et d'obtention d'un document de voyage supplétif ainsi que celles liées à l'organisation du départ seront enregistrées dans le système par les autorités migratoires cantonales ou le service-conseil en vue du retour compétents (à terme, également les spécialistes des centres de la Confédération). Ces demandes seront ensuite adressées à l'instance compétente du SEM via un processus de travail électronique.

Let. h

L'art. 71b nLEtr, prévu dans le cadre de la restructuration du domaine de l'asile¹⁰², prévoit une communication des données médicales de la personne à renvoyer par le médecin afin d'évaluer l'aptitude au transport. La let. h permet de conserver ces informations dans eRetour à l'attention des autorités compétentes pour l'organisation du départ. Les mesures particulières à prendre lors du transport, la nécessité de prévoir un éventuel accompagnement médical ou la possibilité de prendre avec soi des médicaments seront précisées. Ces informations sont essentielles pour assurer la sécurité de la personne qui quitte la Suisse, que ce soit de manière volontaire ou sous la contrainte.

Let. i

La fixation de l'itinéraire, de même que le choix du vol et de la compagnie aérienne, dépendent en partie des résultats des recherches menées dans le RIPOL conformément à l'art. 15, al. 3, let. f, LSIP et dans le SIS conformément à l'art. 16, al. 5,

¹⁰¹ RS 142.281

¹⁰² Cf. message du 3 septembre 2014 concernant la modification de la loi sur l'asile (Restructuration du domaine de l'asile), FF 2014 7771.

let. b^{bis}, LSIP. En fonction de ces résultats, les démarches préparatoires doivent être suspendues, par exemple pour que l'autorité cantonale supprime l'inscription au RIPOL, ou les modalités de départ (itinéraire et compagnie aérienne) adaptées. C'est pourquoi il est nécessaire de disposer des résultats de ces recherches et de pouvoir déterminer par qui et quand elles ont été effectuées.

Let. j

Les informations relatives aux détentions dont fait l'objet l'étranger sont importantes car elles ont une influence sur la durée des démarches, comme celles visant à obtenir un document de voyage, sur la date du vol, ou encore sur l'évaluation des risques et les éventuelles mesures d'accompagnement. Le lieu, la durée et la nature de la détention en cours sont ici visés. Les détentions prévues aux art. 73 et 75 à 78 LEtr sont concernées, tout comme celles de nature pénale, y compris la détention préventive. Ces données devront être saisies par les autorités migratoires cantonales (art. 15a OERE).

Let. k

Les données relatives aux caractéristiques comportementales de la personne sont nécessaires à l'organisation du départ par voie aérienne. Elles concernent tous les types de renvoi et le retour volontaire.

Ces données sont importantes pour préparer au mieux le retour de l'intéressé. Par exemple, le caractère violent, dépressif ou vulnérable de la personne sera indiqué.

Dans le cas de vols accompagnés, voire de vols spéciaux, des informations complémentaires sur la coopération ou la non-coopération de l'étranger ou encore les mesures de contraintes pouvant, le cas échéant, être administrées durant le vol et celles ayant effectivement été administrées seront spécifiées. L'accès à ces informations sera limité aux seules autorités en charge du cas.

Let. l

Les aéroports de départ, de transit et d'arrivée, les dates et heures des vols, ainsi que le nom de la compagnie aérienne seront mentionnés dans eRetour.

Let. m

Le système d'information eRetour contiendra notamment la date, le lieu et la durée des accompagnements (escortes) effectués en vue d'une audition centralisée, d'un transfert à l'aéroport ou encore d'un renvoi, d'une expulsion selon la LEtr ou d'une expulsion pénale. L'identité de l'accompagnateur, sa fonction, ainsi que l'obtention des visas et des vaccins requis pour l'accompagnement, seront également saisies dans le système. Ces données sont absolument nécessaires pour organiser et gérer de manière efficace les départs.

Let. n

Plusieurs données saisies dans le système permettront au canton compétent d'établir un décompte en vue du remboursement des frais par la Confédération (art. 92 LAsi et art. 54 à 59 OA 2). Il s'agit notamment des données relatives à l'aide au retour (let. e), à l'établissement de l'identité et à l'obtention de documents de voyage (let. f) ainsi qu'à l'accompagnement (let. m). Le système doit également contenir les

décomptes de frais concernant les mesures de détention administrative prévues aux art. 75 à 78 LEtr ordonnées par les cantons, pour lesquelles le versement d'un forfait journalier est prévu à l'art. 82 LEtr.

Le remboursement des frais de départ dus au SEM par les cantons (art. 13 OERE) figurera dans cette catégorie de données.

Al. 3

Les données personnelles énumérées à l'al. 2, let. a à c et j, sont – pour autant qu'elles y soient disponibles – issues du SYMIC et pourront être actualisées dans eRetour au cours du processus de mise en œuvre des retours; elles seront, si nécessaire, reprises dans le SYMIC. L'actualité des données du SYMIC sera ainsi garantie. Sont ici visés les noms et prénoms, la date de naissance, la nationalité, voire l'état civil, les pièces d'identité ou encore les données relatives à la détention.

Les données relatives aux détentions prévues aux art. 73 et 75 à 78 LEtr seront accessibles en mode consultation dans eRetour. Les autres types de détention seront saisis directement dans eRetour.

Al. 4

L'al. 4 répond aux exigences en matière de devoir d'information de l'art. 7a de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹⁰³ et de l'art. 10 de la 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 (directive sur la protection des données)¹⁰⁴. Le SEM informe les personnes dont les données sont saisies de la finalité de leur traitement, de leurs catégories et de leurs destinataires.

Art. 109h Traitement des données

Cet article règle les accès au nouveau système d'information. Pour chaque autorité disposant d'un accès, il est précisé la catégorie de données accessibles, ainsi que la finalité de cet accès. Les détails, notamment la distinction entre traitement et consultation des données, seront précisés au niveau de l'ordonnance.

Let. a à d

La Confédération assiste les cantons chargés d'exécuter le renvoi, l'expulsion au sens de la LEtr ou l'expulsion pénale (art 71 LEtr). Le système d'information eRetour est conçu pour remplir cette tâche de soutien non seulement à l'attention des collaborateurs du SEM, mais également à l'attention des autorités cantonales migratoires, y compris celles chargées du conseil et de l'aide au retour. Les autorités cantonales de police concernées doivent également pouvoir traiter les données du système en lien avec leurs tâches liées au départ des étrangers.

Ces quatre catégories d'autorités (let. a à d) enregistreront directement dans eRetour toute demande de soutien au SEM (obtention de document, aide au retour, organisation du départ ou remboursement de frais) et pourront suivre l'évolution du traite-

¹⁰³ RS 235.1

¹⁰⁴ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31 à 50.

ment de chaque cas via le processus de travail électronique. C'est pourquoi un accès au système leur est indispensable dans les limites fixées par la loi.

Let. e

Les services des autorités cantonales de police chargés des renvois doivent garantir l'accompagnement des personnes qui quittent la Suisse. Ces accompagnements ont lieu en Suisse ou à l'étranger lors d'escortes sur vols de ligne ou vols spéciaux. Ces services indiquent dans eRetour le personnel qui assure l'accompagnement. Un accès limité aux données pertinentes de l'eRetour a été prévu.

Let. f

Le SEM peut conclure des règlements d'exploitation de son service aéroportuaire avec les autorités cantonales compétentes ou avec des tiers, notamment dans le cadre du contrôle des départs (art. 11, al. 2, OERE). Si, aux aéroports de Genève et de Zurich, l'accueil et le transport sous escorte policière des personnes à renvoyer ou expulser sont effectués par la police cantonale aéroportuaire, à l'aéroport de Bâle-Mulhouse, cette tâche est assurée par le Cgfr en vertu de l'art. 23, al. 2, OEV et de l'art. 97 LD. Aussi un accès au système d'information est requis pour cette autorité comme pour toute autre autorité assumant ces tâches légales. Le Cgfr assure également la remise par voie terrestre des personnes en situation irrégulière en application des accords de réadmission, et doit pouvoir accéder à eRetour.

Let. g

Les tiers mandatés par le SEM ou par une autorité cantonale migratoire au sens de l'art. 93, al. 1, let. a, et 3 LAsi ou de l'art. 71a, let. b, LEtr doivent également pouvoir traiter des données dans eRetour. À ce titre, un accès limité aux données nécessaires à l'exécution de leur travail, est requis.

Les catégories de tiers mandatés et le type de tâches déléguées sont décrits à l'art. 109i P-LEtr.

Art. 109i Tiers mandatés

Cet article définit l'accès de tiers mandatés au nouveau système d'information eRetour.

Al. 1

Cet alinéa définit quels tiers peuvent être mandatés par les cantons et le SEM pour effectuer certaines tâches du retour.

Délégation fondée sur l'art. 93 LAsi

L'Organisation internationale pour les migrations (OIM) soutient le SEM dans la mise en œuvre de programmes à l'étranger visant à faciliter le retour et la réintégration des personnes (art. 93, al. 1, let. c, LAsi). En outre, l'OIM organise, en collaboration avec le Service aéroportuaire du SEM, le retour et l'accompagnement des personnes vulnérables. Afin de pouvoir préparer le départ de ces dernières et assurer le suivi, après leur retour dans leur pays d'origine ou dans un État tiers, des personnes ayant bénéficié d'une aide, un accès restreint au système est prévu.

Au niveau des cantons, le SEM finance notamment les services-conseils en vue du retour (art. 93, al. 1, let. a, LAsi). Si dans 17 cantons ces services-conseils sont rattachés à une autorité cantonale (par ex. le service des migrations ou la direction des affaires sociales), neuf cantons ont délégué cette tâche à des tiers tels que la Croix-Rouge Suisse ou Caritas. Aussi, lors d'une telle délégation, l'accès aux données personnelles et aux stades de la procédure doit leur être garanti afin qu'ils puissent exécuter leurs tâches de conseil (art. 67, al. 1 et 2, OA 2). De même, un accès doit leur permettre de saisir et de transmettre au SEM, sous forme électronique, les différents types de demandes (octroi de l'aide au retour, identification, organisation du voyage ou remboursement de frais de voyage).

Par ailleurs, le SEM peut travailler avec des organisations internationales dans le cadre de l'aide au retour (art. 93, al. 3, LAsi). Conformément à l'art. 67, al. 3, OA 2, le SEM a délégué les activités liées au conseil et à l'octroi d'une aide au retour dans les centres d'enregistrement et de procédure (CEP) de la Confédération et aux aéroports de Zurich-Kloten et de Genève-Cointrin à l'OIM. Dès lors, les conseillers en vue du retour actifs dans les CEP doivent disposer d'un accès au nouveau système afin de pouvoir saisir les cas de conseil et les demandes d'aide au retour ainsi que les annonces en vue de l'organisation du départ.

Délégation fondée sur l'art. 71, let. b, LEtr

Afin d'assurer le bon déroulement de la procédure d'exécution du renvoi, de l'expulsion selon la LEtr ou de l'expulsion pénale, le SEM gère un service aéroportuaire qui effectue notamment les tâches préparatoires au départ (art. 71, let. b, LEtr et art. 11, al. 1 et 2, OERE). Les tiers mandatés concernés sont le Service Voyages et transports du DFAE, qui effectue les réservations de vol (art. 5 OERE), les polices aéroportuaires et les autres organisations au sol (à Zurich, Genève et Berne), de même que les entreprises externes au sens de l'art. 11, al. 2, OERE.

Ces tâches nécessitent des informations spécifiques à la mise sur pied du départ, tels que les données de vol, les documents d'identité disponibles, les types de contributions à verser à titre individuel (y compris l'aide au retour, le viatique) ou encore la mise à disposition de moyens auxiliaires (par ex., fauteuils roulants). Partant, il est nécessaire que ces tiers aient un accès au nouveau système, limité aux données pertinentes.

Le SEM assure si nécessaire l'accompagnement médical, tant dans le cadre des vols spéciaux que sur les vols de ligne (art. 71, let. b, LEtr et art. 11, al. 4, OERE). Afin que les professionnels de la santé mandatés par le SEM puissent juger de l'aptitude au transport des personnes tenues de quitter la Suisse, un accès restreint au système est requis. Les professionnels de la santé mandatés pourront y saisir directement le résultat de leur examen et, à la demande du SEM, y enregistrer les accompagnants prévus sur les différents vols.

Al. 2

Le SEM peut autoriser les tiers mandatés au sens de l'al. 1 à accéder aux données d'eRetour nécessaires à l'accomplissement de leur mandat.

Il s'agit des tâches relatives au conseil et à l'aide au retour (art. 93 LAsi), à la préparation au départ à l'aéroport ainsi qu'à l'évaluation de l'aptitude au transport et à la

détermination de l'accompagnement médical (organisation du voyage de retour; art. 71, let. b, LEtr).

Al. 3

Lorsque le SEM accorde à des tiers l'accès au système eRetour par une procédure d'appel, il est tenu de s'assurer que ceux-ci respectent les prescriptions en matière de protection des données et de sécurité informatique. Le SEM répond des dommages causés par des tiers chargés du traitement des données, indépendamment de la faute commise.

Al. 4

Le Conseil fédéral détermine au niveau de l'ordonnance les données auxquelles les tiers ont accès.

Art. 109j Surveillance et exécution

Cet article règle les compétences respectives du SEM et du Conseil fédéral relatives au nouveau système d'information destiné à la mise en œuvre des retours. Les détails seront précisés au niveau de l'ordonnance.

Al. 1

Lorsque le SEM, dans le cadre de l'exécution de ses tâches légales, traite des données personnelles dans le nouveau système d'information ou les fait traiter par des tiers, il est responsable de la sécurité et de la licéité de leur traitement. Il doit notamment prendre les mesures nécessaires au respect de la sécurité des données et accomplir son devoir de surveillance concernant le traitement de données par des tiers.

Al. 2

Cet alinéa énumère les domaines relevant de la compétence du Conseil fédéral.

Art. 111

Cet article (Systèmes d'information sur les documents de voyage) est abrogé, étant donné que le système ISR sera supprimé et que les données relatives aux documents de voyage pour étrangers seront enregistrées dans le SYMIC (cf. ch. 1.4.1).

Art. 115, al. 4

Cette modification repose sur la jurisprudence du TF en matière de poursuites pénales pour cause de séjour illégal contre un étranger dont la procédure de renvoi est en suspens¹⁰⁵. Cette jurisprudence est fondée sur celle de la CJUE concernant la directive sur le retour¹⁰⁶ (cf. ch. 2.7), qui prévoit que celle-ci «s'oppose à une législation nationale qui impose une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier au cours de la procédure de retour». Une procédure de

¹⁰⁵ Cf. arrêt du TF 6B_196/2012 du 24.01.2013.

¹⁰⁶ JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 à 107, ch. 1.2.7.

renvoi en suspens ne doit pas être entravée par la fixation et l'exécution de peines privatives de liberté au seul motif du *séjour irrégulier*. La procédure de renvoi doit primer une éventuelle procédure pénale pour cause de séjour illégal. La CJUE précise en outre que des peines privatives de liberté peuvent être prononcées en cas de séjour irrégulier si «les mesures coercitives n'ont pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier»¹⁰⁷. Il reste possible d'infliger une amende ou une peine pécuniaire pour séjour illégal. Par rapport à la disposition en vigueur, la modification proposée de l'art. 115, al. 4, LEtr permet la primauté de l'exécution d'un renvoi sur une peine privative de liberté (pour séjour illégal), dans le sens de la jurisprudence du TF et de la CJUE, non seulement si le renvoi est possible dans l'immédiat, mais aussi tant qu'une procédure de renvoi est pendante ou lorsqu'une telle procédure doit être ouverte en application de la directive sur le retour. Si la procédure de renvoi échoue en raison du comportement de l'intéressé et que ce dernier fait l'objet d'une nouvelle interpellation, une peine privative de liberté au motif de séjour illégal peut être prononcée à son encontre et exécutée. Selon la CJUE, il est également admissible de prononcer et d'exécuter une peine privative de liberté si l'étranger concerné, après être retourné dans son pays dans le cadre d'une procédure de renvoi antérieure, entre à nouveau en Suisse en violant une interdiction d'entrée prononcée à son encontre¹⁰⁸. Sont toutefois exclues de la présente disposition les procédures pénales menées durant une procédure de renvoi qui sont basées sur d'autres infractions.

Liens avec l'expulsion pénale

L'expulsion pénale n'est pas concernée par cette disposition. La possibilité de renoncer à des poursuites pénales, à l'exécution d'une peine, etc., ne se réfère qu'à des procédures de renvoi ou d'expulsion, et uniquement pour des délits énumérés à l'art. 115, al. 1, LEtr (à l'exception de l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation). Si une personne entre en Suisse alors qu'elle fait l'objet d'une expulsion pénale encore en vigueur, il serait toutefois possible, dans le cadre d'une éventuelle procédure de renvoi, de se fonder sur cette disposition pour renoncer à des poursuites pénales pour violation des dispositions sur l'entrée en Suisse, mais il ne serait pas possible de renoncer à une procédure pénale basée sur l'art. 291 CP (rupture de ban).

3.2 Loi du 26 juin 1998 sur l'asile¹⁰⁹

Art. 61, al. 1

Le 20 mars 2015, le Parlement a adopté une modification du CP et du CPM dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels¹¹⁰. Les nouvelles dispositions légales sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre

¹⁰⁷ Cf. CJUE, affaires C-329/11 (*Achughbabian*) et C-61/11 PPU (*El Dridi*).

¹⁰⁸ Cf. CJUE affaire C-290/14 (*Celaj*).

¹⁰⁹ RS **142.31**

¹¹⁰ FF **2015** 2521

2016. Les ordonnances correspondantes ont été modifiées ou complétées et sont entrées en vigueur le 1^{er} mars 2017.

Lors de l'élaboration de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale, il a entre autres été proposé dans le cadre de la procédure de consultation que les réfugiés sous le coup d'une décision d'expulsion entrée en force mais non exécutable se voient accorder la possibilité d'exercer une activité lucrative (cf. art. 65 P-OASA)¹¹¹.

En effet, l'un des arguments invoqués au cours de la procédure de consultation était que l'art. 61 LAsi devrait être adapté au cas où, conformément à l'art. 65 OASA, les réfugiés frappés d'une décision d'expulsion entrée en force mais non exécutable se verraient accorder la possibilité d'exercer une activité lucrative. Le Conseil fédéral a partagé cette objection et renoncé à la réglementation proposée à l'art. 65 OASA dans le cadre de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale. Il est toutefois judicieux et important que même les réfugiés sous le coup d'une décision d'expulsion entrée en force mais non exécutable puissent exercer une activité lucrative, puisqu'il est fort probable que ces personnes resteront durablement en Suisse. Leur offrir cette possibilité est susceptible de soulager financièrement aussi bien la Confédération que les cantons, puisque les réfugiés sous le coup d'une décision d'expulsion pénale peuvent percevoir une aide sociale (cf. art. 86 LEtr). Dans ce contexte, en particulier dans l'intérêt des cantons, il convient d'autoriser ce cercle de personnes à exercer une activité lucrative. Une large majorité des cantons ainsi que la CCDJP n'ont soulevé aucune objection contre la disposition proposée lors de la consultation relative à l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale. GR et LU ainsi que l'UDC ont cependant exprimé un avis plutôt défavorable, respectivement rejeté cette proposition.

Dès lors, l'art. 61 LAsi doit être complété afin que la possibilité d'exercer une activité lucrative puisse être également accordée aux réfugiés sous le coup d'une décision d'expulsion entrée en force mais non exécutable.

Cet article tient compte de la modification de la LEtr (Intégration) du 16 décembre 2016¹¹².

Art. 63, al. 1^{bis}

La 1^{re} phrase de l'al. 1^{bis} constitue une *lex specialis* par rapport à l'al. 1, let. b, en relation avec l'art. 1, let. c, ch. 1, CR. Elle introduit une présomption légale (réfutable) selon laquelle le réfugié qui s'est rendu dans son pays d'origine ou de provenance s'est remis volontairement sous la protection du pays dont il a la nationalité, conformément à l'art. 1, let. c, ch. 1, CR. La qualité de réfugié lui est alors retirée, à moins qu'il puisse renverser la présomption légale.

¹¹¹ Rapport sous: www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures terminées > 2016 > Département fédéral de justice et police.

¹¹² FF 2016 8633

Selon la jurisprudence du TAF, le recours à la protection de l'État d'origine n'est présumé que si les conditions suivantes sont remplies cumulativement¹¹³:

- le réfugié s'est rendu volontairement dans son pays d'origine, c'est-à-dire sans contrainte extérieure;
- il avait l'intention de solliciter la protection de son pays d'origine;
- il a effectivement obtenu la protection de son État d'origine ou de provenance.

D'après la pratique du TAF, lorsque ces conditions sont remplies, la qualité de réfugié est retirée. La 2^e phrase de l'al. 1^{bis} s'appuie sur ces trois conditions. Pour renverser la présomption légale, la personne concernée est donc appelée à démontrer:

- soit que le voyage dans son pays d'origine ou de provenance découle d'une contrainte extérieure; selon la jurisprudence actuelle du TAF, tel est le cas, par exemple, lorsque l'intéressé doit entreprendre un tel voyage pour rendre visite à sa mère gravement malade;
- soit qu'il n'avait pas l'intention de se mettre sous la protection de son État d'origine ou de provenance et qu'une telle mise sous protection n'avait même pas été envisagée; selon la pratique du TAF, un voyage aux fins de vacances ou de divertissement, par exemple, laissent conclure qu'une mise sous protection a été envisagée;
- soit que son pays d'origine ou de provenance ne lui a pas accordé de protection effective.

Étant donné que la conséquence de la présomption est extrêmement radicale (retrait de la qualité de réfugié) et que, dans les faits, il n'est pas toujours possible de fournir des preuves (disponibilité de preuves, faits qui se sont produits à l'étranger et administration de preuves concernant des faits négatifs), la 2^e phrase de l'al. 1^{bis} réduit les exigences en matière de preuve dans la mesure où une vraisemblance suffit (cf. art. 7, al. 1 et 2, LAsi, concernant la preuve de la qualité de réfugié). En d'autres termes, par opposition à une preuve au sens strict, la preuve contraire est faite lorsque les autorités considèrent comme hautement vraisemblable que l'une des conditions mentionnées soit réalisée.

Art. 99a, al. 3, let. f, et 4

Al. 3, let. f

La répartition des requérants d'asile entre les cantons – conformément à la clé de répartition – doit être aussi régulière que possible, y compris en ce qui concerne les personnes ayant besoin d'une assistance médicale. Suivant le degré de gravité des soins médicaux nécessaires, la prise en charge de ces personnes peut entraîner des coûts élevés et nécessiter un encadrement intense pour les cantons.

¹¹³ ATAF 2010/17

Afin de respecter la clé de répartition et de garantir la transparence des renseignements vis-à-vis des cantons, il importe de connaître, sur une période donnée, le nombre de personnes nécessitant une assistance médicale et le degré de gravité de leur état. Pour ce faire, il est proposé de recourir à la mention «cas médical» dans les systèmes d'information MIDES et SYMIC. Le processus de répartition gagnerait ainsi en efficacité et remplacerait les actuelles listes à cocher par des méthodes d'évaluation plus rapides.

Dans les systèmes d'information MIDES et SYMIC, les cas médicaux seront subdivisés en plusieurs catégories en fonction des ressources qu'ils sont susceptibles de solliciter. Ceci garantira un traitement uniforme des cas médicaux ainsi que des données régulièrement actualisées et précises, pour les cantons notamment.

Dans le cadre de la restructuration du domaine de l'asile, il a été décidé que les requérants d'asile nouvellement arrivés seraient d'emblée répartis de manière équitable entre les régions chargées de l'exécution des procédures d'asile, et ce, en fonction des caractéristiques suivantes: nationalité (région de provenance), âge, catégorie (personne seule ou famille) et cas médical manifeste. Cette première répartition entre les différentes régions sera, à l'avenir, également réalisée sur la base d'une clé de répartition. Les données correspondantes (premier enregistrement) figureront dans MIDES. Pour cette raison, il est nécessaire que la catégorie «cas médical» figure également dans MIDES.

Al. 4

Étant donné que la photographie des requérants d'asile enregistrée dans MIDES sera à l'avenir reprise dans le SYMIC, l'art. 99a, al. 4, LAsi doit être légèrement adapté. Il précise que les données personnelles énumérées à l'al. 3, let. c, à savoir les données biométriques du MIDES, sont également reprises dans le SYMIC.

Art. 102f Vidéosurveillance

Le nouvel art. 102f vise à réglementer le traitement des enregistrements visuels et sonores, notamment leur conservation, dans la LAsi (cf. ch. 2.14).

Du point de vue de la protection des données, il manque une base légale formelle relative à l'utilisation de données personnelles lors d'enregistrements visuels et sonores (vidéosurveillance) au sein des bâtiments gérés par le SEM dans le cadre de la procédure d'asile, y compris les centres d'enregistrement et de procédure ainsi que les centres de la Confédération. La sphère privée de toutes les personnes concernées doit être respectée lors de l'installation des caméras. C'est pourquoi il est strictement interdit d'utiliser des caméras dans certains locaux, comme les chambres à coucher ou les salles d'eau (douches, locaux sanitaires, toilettes, etc.).

Ces enregistrements visent notamment à assurer la sécurité des personnes à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments gérés par le SEM, en particulier celle des requérants d'asile, des collaborateurs du SEM, des collaborateurs chargés de l'encadrement et du personnel de sécurité. Les ressources en matière de personnel chargé de la sécurité ne permettent pas d'atteindre ce but de manière optimale. La vidéosurveillance constitue donc un moyen nécessaire et adéquat pour y parvenir et satisfait en cela au principe de la proportionnalité. De plus, seule cette surveillance

enregistrée pourra servir de moyen de preuve, pour autant qu'elle soit significative, en cas d'infraction pénale devant une autorité de poursuite pénale. En vertu de l'art. 31 CP, la victime d'une infraction punie sur plainte dispose de trois mois pour porter plainte à partir du jour où elle connaît l'auteur de l'infraction. Afin de tirer le meilleur parti possible des enregistrements vidéo, il convient de définir une durée de sauvegarde des données enregistrées d'au moins quatre mois.

Le cercle des personnes habilitées à consulter les enregistrements se compose exclusivement des responsables de la sécurité du SEM (Service Sécurité et exploitation). Les tiers chargés de la sécurité (par ex. Securitas et Abacon) ne sont pas autorisés à accéder aux enregistrements. Par contre, les supérieurs hiérarchiques du Service Sécurité et exploitation compétents lors d'enquêtes administratives au sens des art. 27a ss OLOGA, lors d'enquête disciplinaire prévue à l'art. 98 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération¹¹⁴, au sein du SEM, ainsi que lors d'enquêtes pénales, pourront visionner ces enregistrements.

Une norme de délégation au Conseil fédéral a été prévue afin de régler les modalités d'installation de la vidéosurveillance. Le Conseil fédéral définira notamment les bâtiments gérés par le SEM et les parties de ces bâtiments où cette technologie sera utilisée. Il est également habilité à prévoir les modalités de communication des données personnelles aux autorités de poursuite pénale ainsi que les mesures techniques permettant d'assurer l'enregistrement et la destruction de ces données. Enfin, le Conseil fédéral précisera que la vidéosurveillance devra être signalée.

3.3 **Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile**¹¹⁵

Le projet eRetour a pour but de réaliser un système informatique de gestion des processus relatifs au domaine du retour, tant pour les cas relevant de la LAsi que pour ceux relevant de la LEtr.

Le projet eAsyl vise pour sa part à fournir un dossier électronique (e-dossier) dans le but de soutenir le déroulement des procédures d'asile du SEM. Mi-2014, un tel système d'e-dossiers a été introduit avec succès au centre de procédure de Zurich (phase de test). Il faut à présent en poursuivre le développement.

Ces divers projets nécessitent l'enregistrement de nouvelles données numérisées dans le SYMIC et la création de nouveaux accès à ces données (cf. ch. 2.15). La LDEA doit être adaptée en conséquence.

Art. 3, al. 2, let. b, et 3, let. b

En raison de la suppression du système ISR (cf. 1.4.1), les buts du SYMIC doivent être élargis aux tâches liées à l'établissement de documents de voyage suisses et des autorisations de retour pour les ressortissants étrangers dans le domaine des étran-

¹¹⁴ RS 172.220.111.3

¹¹⁵ RS 142.51

gers (al. 2, let. b) et le domaine de l'asile (al. 3, let. b). Ces tâches correspondent à celles de l'art. 111, al. 1, LEtr, qu'il est prévu d'abroger.

Art. 4, al. 1, let. a^{bis} et e à g

Let. a^{bis}

La signature est nouvellement définie dans la LDEA comme étant une donnée biométrique. Celle-ci sera enregistrée dans le SYMIC, notamment dans le cadre de l'établissement de titre de séjour ou de documents de voyage pour étrangers.

Let. e

Pour des raisons d'efficacité (rapidité d'accès, absence de supports physiques de données), les collaborateurs du SEM doivent également pouvoir disposer dans SYMIC des enregistrements sonores (par ex., les expertises linguistiques) effectués au cours d'une procédure d'asile.

Let. f

La mention «cas médical» sera inscrite dans le SYMIC ainsi que dans MIDES afin de mieux répartir les demandeurs d'asile dans les cantons. Nous vous renvoyons à ce propos au commentaire ci-dessus relatif à l'art. 99a, al. 3, let. f.

Let. g

En raison de la suppression du système ISR (cf. ch. 1.4.1), la possibilité de mentionner les données sensibles que sont les signes particuliers (handicaps, prothèses ou implants) doit être prévue par la loi.

Toutes les données nécessaires à l'établissement des documents de voyage ou autorisations de séjour pour étrangers (cf. art. 111, al. 2, LEtr) peuvent aujourd'hui déjà être enregistrées dans le SYMIC sur la base de l'art. 4 LDEA, sous réserve des signes particuliers, d'où la présente modification.

Art. 7, al. 1

Le SEM traite dorénavant dans le SYMIC les données des documents de voyage pour étrangers avec les autorités compétentes pour l'établissement de ces documents dans le domaine des étrangers (nouveau renvoi aux let. m à o) et dans le domaine de l'asile (nouveau renvoi aux let. l à n). Cette adaptation se fonde sur la suppression du système ISR et le fait que les données sur les documents de voyage pour étrangers sont nouvellement enregistrées dans le SYMIC (cf. ch. 1.4.1).

Art. 7a Données biométriques

Cet article a été complètement reformulé suite à la procédure de consultation (cf. également ch. 1.4.1).

Al. 1

Cet alinéa définit les autorités habilitées dans le cadre de leurs tâches à saisir des données biométriques (photographie, empreintes digitales et signature) directement dans le SYMIC.

Les tâches justifiant la saisie des données biométriques dans le SYMIC sont notamment les suivantes:

- Pour le SEM (let. a): la saisie de la photographie dans le cadre de la procédure d’asile (art. 98*b* et 99*a*, al. 3, let. c, LAsi).

Cette lettre correspond à l’actuel art. 7*a*, al. 1, let. a, LEtr.

- Pour les tiers chargés par le SEM d’établir l’identité des requérants ou des personnes à protéger dans les centres d’enregistrement et de procédure (let. b): certaines tâches du SEM peuvent être déléguées à des tiers d’où la nécessité de permettre à ces derniers la saisie des données biométriques dans le SYMIC.

- Pour les autorités établissant des titres de séjour (let. c): la saisie de la photographie, des empreintes digitales et de la signature dans le cadre de l’établissement des titres de séjours pour les ressortissants d’États tiers (art. 102*a* P-LEtr). Dès 2019, une photographie de tous les étrangers, y compris les citoyens de l’UE/AELE sera enregistrée dans le SYMIC sur la base de l’art. 102*a* LEtr, afin de permettre l’établissement d’un titre de séjour en format carte de crédit.

Cette lettre correspond à l’actuel art. 7*a*, al. 1, let. b, LEtr.

- Pour les autorités chargées par le SEM de saisir les éléments biométriques dans le cadre des documents de voyage (let. d): la saisie de la photographie, des empreintes digitales et de la signature dans le cadre de l’établissement d’un document de voyage pour les ressortissants étrangers (art. 59 P-LEtr).

Cette lettre remplace l’actuel art. 111, al. 5, let. e, LEtr.

- Pour les autorités migratoires cantonales (let. e): dans le cadre des procédures de retour (renvoi ou expulsion selon la LEtr ou la LAsi), ces autorités doivent pouvoir si nécessaire saisir la photographie et les empreintes digitales des personnes pour exécuter le renvoi ou l’expulsion (art. 69, al. 1, LEtr).

Al. 2

Cet alinéa permet de déléguer à des tiers la saisie de données biométriques dans le SYMIC ainsi que la transmission de celles-ci au centre chargé de produire les titres de séjour ou les documents de voyage.

Il correspond à l’actuel art. 7*a*, al. 2, LDEA mais s’applique nouvellement aux documents de voyage, compte tenu de l’abrogation prévue du système ISR.

Al. 3

Cet alinéa définit les autorités habilitées dans le cadre de leurs tâches à consulter ou traiter les données biométriques (photographie, empreintes digitales et signature) dans le SYMIC.

Les tâches justifiant les accès aux données biométriques dans le SYMIC sont notamment les suivantes:

- Pour le SEM (let. a): dans le cadre des procédures d’asile, les CEP utilisent aujourd’hui des photographies pour l’identification des requérants et l’établissement de laissez-passer en vue des départs ou des transferts des requérants d’un centre à un autre ou à destination des cantons. Dans le cadre des procédures de retour (renvoi ou expulsion selon la LAsi ou la LEtr), l’utilisation de photographies facilite l’identification des personnes concernées ainsi que l’établissement de documents tel que laissez-passer ou demandes de réadmission.
- Pour les tiers chargés par le SEM d’établir l’identité des requérants ou des personnes à protéger dans les centres d’enregistrement et de procédure (let. b): il s’agit de permettre au personnel de sécurité des centres de procédure de la Confédération d’accéder à la photographie dans le SYMIC pour l’identification des requérants d’asile.

Cela correspond également à la stratégie IBM (*Integrated Border Management*) du DFJP.

- Pour les autorités établissant des titres de séjour (let. c): cette lettre correspond à l’actuel art. 7a, al. 3, let. b, mais s’applique nouvellement aux documents de voyage, compte tenu de l’abrogation prévue du système ISR. Il permet le traitement de la photographie, des empreintes digitales et de la signature.
- Pour les autorités migratoires (let. d): dans le cadre des procédures de retour (renvoi ou expulsion selon la LEtr ou la LAsi), ces autorités doivent avoir accès à la photographie des personnes pour exécuter le renvoi ou l’expulsion (art. 69, al. 1, LEtr).
- Pour le Cgfr (let. e), les autorités cantonales et communales de police (let. f), le bureau SIRENE de fedpol (let. g) et le SRC (let. h): ces autorités doivent pouvoir accéder aux photographies dans le but d’identifier les personnes étrangères se trouvant en Suisse, dans certaines circonstances.

Les autorités cantonales et communales de police ainsi que le Cgfr (art. 23, al. 2 OEV et art. 97 LD) ont notamment pour tâche de vérifier la légalité du séjour en Suisse des personnes étrangères.

Le bureau SIRENE intervient notamment en tant que point de contact de la Suisse pour tous les États Schengen dans le cadre de ses tâches liées à l’identification des personnes et des objets inscrits dans le SIS. Le SRC doit quant à lui pouvoir accéder à ces données afin notamment de prévenir les menaces que représente le terrorisme pour la sûreté intérieure ou extérieure. Seul un accès en ligne aux photographies permettra à ces autorités, qui béné-

ficient déjà d'un accès au SYMIC, d'accomplir leurs tâches légales de manière appropriée.

Cela correspond également à la stratégie IBM (*Integrated Border Management*) du DFJP.

Le bureau SIRENE Suisse aura nouvellement accès aux données biométriques des documents de voyage (cf. 2.12.1).

Al. 4

Cet alinéa est complété par les documents de voyage car, à l'avenir, les données des documents de voyage seront enregistrées dans ZEMIS (suppression du système ISR; cf. ch. 1.4.1).

Al. 5

Vu la liste de cas très restrictive en matière d'assistance administrative prévue à cet alinéa, de nombreuses demandes (par ex. de fedpol et du SRC) portant sur les données numériques du titre de séjour biométrique n'ont pas pu être traitées favorablement. Par conséquent, il convient de l'abroger. Cette abrogation entraînera l'application des règles générales d'entraide administrative et ce, dans le respect des critères fixés dans la LPD (cf. art. 19 LPD).

Art. 8a Transmission de données au système d'information destiné à la mise en œuvre des retours

L'art. 8a P-LDEA a pour but d'ajouter une disposition miroir permettant d'indiquer clairement quelles données SYMIC seront automatiquement transmises dans le système d'information destiné à la mise en œuvre des retours prévu à l'art. 109^f P-LEtr.

Art. 9, al. 1, let. m à o, et 2, let. m à o

Il y a lieu, en raison du transfert de l'art. 111 LEtr dans la LDEA, d'élargir le cercle des autorités et services habilités à accéder aux données du système d'information. Les autorités visées à l'art. 111, al. 5, let. b et c, LEtr (les postes-frontière des autorités cantonales de police et du Corps des gardes-frontière, pour le contrôle des personnes [let. b], et les services de police désignés par les cantons, pour les vérifications d'identité et l'enregistrement des déclarations de perte de documents de voyage [let. c]) ont déjà accès aux données SYMIC en vertu de l'art. 9, al. 1, let. a et e, LDEA. Il convient de reprendre les autorités et services visés à l'art. 111, al. 5, let. a, d et e, LEtr dans l'art. 9, al. 1, let. m à o, et 2, let. m à o, LDEA.

3.4 **Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés**¹¹⁶

Art. 2, al. 3 et 5, 2^e phrase

L'al. 3, 1^{re} phrase, impose aux employeurs de rembourser au travailleur détaché les dépenses liées au détachement, telles que frais de voyage, de logement et de nourriture. Cette précision n'apporte pas de modification matérielle à la distinction entre les éléments du salaire et les montants versés au titre du remboursement des frais conformément à l'actuel al. 3. Il importe de maintenir cette distinction au niveau de la loi. L'al. 3, 2^e phrase, précise que le remboursement des frais ne fait pas partie du salaire. Les autres indemnités de détachement qui ne sont pas destinées à rembourser les dépenses du travailleur détaché sont ainsi clairement définies comme éléments à intégrer dans le salaire.

L'obligation de rembourser les dépenses se basait jusqu'ici implicitement sur l'actuel art. 2, al. 3, LDét. Elle est à présent expressément inscrite dans la LDét afin de lever toute ambiguïté dans ce domaine. De plus, avec l'al. 5, 2^e phrase, le Conseil fédéral doit être habilité à limiter la durée de l'obligation de prise en charge des frais en cas de détachements de longue durée (ch. 2.5). La réglementation de cette obligation est identique dans la LEtr (art. 22 P-LEtr) et la LDét; elle sera précisée au niveau des ordonnances.

3.5 **Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants**¹¹⁷

Art. 50a, al. 1, let. e, ch. 8

L'art. 97, al. 2, LEtr règle l'obligation des autorités fédérales, cantonales et communales de communiquer aux autorités compétentes en matière de droit des étrangers, sur demande, les données et les informations nécessaires à l'application de la LEtr.

Cependant, selon la doctrine¹¹⁸, les normes de protection des données contenues dans les lois sociales sont déterminantes. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹¹⁹ prévoit que les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers (art. 33 LPGA).

¹¹⁶ RS **823.20**

¹¹⁷ RS **831.10**

¹¹⁸ Mund, Claudia, commentaire ad. art. 97 LEtr, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (éd.), *Ausländergesetz*, Berne, 2010, notes 8–12 (en particulier la note 12). Voir aussi l'avis de droit du Prof. Kurt Pärli, professeur à l'Université de Saint-Gall et à la Haute école zurichoise de sciences appliquées, expertise «Protection et échange de données dans la CII», novembre 2012, remaniée en janvier/février 2013, page 44, note 183 (étude commandée par le SECO). Voir aussi le message concernant la loi sur les étrangers, FF **2002** 3469 3578.

¹¹⁹ RS **830.1**

En dérogation à cet article, l'art. 50a LAVS – auquel renvoient l'art. 66a de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité¹²⁰ et l'art. 26 de la loi du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires (LPC)¹²¹ – prévoit des exceptions, notamment lorsque la personne concernée donne son consentement écrit (al. 4, let. b). Cette disposition constitue une *lex specialis* de l'art. 97, al. 2, LETr et prime sur ce dernier. Par conséquent, en l'absence de consentement, la communication peut avoir lieu dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée (art. 50a, al. 1, let. e, LAVS). Cependant, ni les autorités migratoires cantonales ni le SEM ne figurent dans la liste de l'art. 50a, al. 1, let. e, LAVS.

Pour remédier à cette lacune, une modification de la LAVS est nécessaire, afin que les autorités compétentes en matière d'étrangers, à savoir le SEM ou les autorités cantonales migratoires, figurent dans cette liste et aient ainsi accès, sur demande écrite motivée dans des cas d'espèce, aux données relatives au versement des rentes AVS ou AI et des prestations complémentaires (cf. ch. 2.16).

S'agissant de la communication de données relatives aux prestations complémentaires aux fins de vérification du droit de séjourner en Suisse, les autorités migratoires compétentes pourront se fonder sur un nouvel art. 26a LPC, qui prévoit une communication spontanée de données¹²².

4 Conséquences

4.1 Conséquences économiques d'une limitation de l'obligation de rembourser les dépenses

La limitation de la durée de prise en charge des frais des travailleurs détachés par l'employeur (art. 22 P-LEtr), en sus du salaire, pourrait avoir des conséquences économiques.

Le détachement de collaborateurs pour des missions internationales peut représenter un investissement considérable pour les employeurs et les entreprises. Il est ainsi très complexe de définir le rapport coût/utilité d'un détachement. Selon une étude de PriceWaterhouseCoopers (PWC)¹²³, les membres du personnel détachés à l'étranger (*expatriates*) reçoivent manifestement, en tant que collaborateurs, une rémunération supérieure à celle d'autres personnes exerçant une fonction similaire sans être détachées à l'étranger. Cette étude relève en outre que les indemnités de détachement augmentent en fonction de la durée de l'engagement.

Le fait de limiter dans le temps l'obligation de rembourser les frais permet d'équilibrer, sur le plan économique, les salaires des travailleurs indigènes et ceux des travailleurs détachés de l'étranger pour une longue durée. Ceci peut également pousser les employés à modifier leur comportement en matière de consommation, puisqu'ils doivent assumer eux-mêmes les dépenses liées à leur détachement. Quant aux employeurs, les entreprises actives au niveau international peuvent économiser

¹²⁰ RS **831.20**

¹²¹ RS **831.30**

¹²² FF **2016** 8651

¹²³ «Der Mehrwert internationaler Mitarbeitereinsätze», 2007; rapport non publié.

certains coûts de personnel lors de détachements de longue durée, tout en continuant de garantir le salaire usuel dans la localité et la branche considérées, conformément à l'art. 22, al. 1, LEtr.

Cette limitation de la prise en charge des frais permet aussi d'éviter que des entreprises internationales réalisent leurs projets à l'étranger plutôt qu'en Suisse pour des raisons financières. De plus, elle augmente la compétitivité de ces entreprises, ce qui constitue aussi un atout pour la place économique suisse. Étant donné que ces expatriés restent soumis aux obligations en matière d'assurances sociales et d'impôts dans leur pays de provenance pendant toute la durée de leur détachement, cette nouvelle règle n'a aucune incidence financière sur les assurances sociales et les impôts en Suisse. Dans l'ensemble, les avantages économiques apportés par une limitation de l'obligation de rembourser les frais devraient nettement l'emporter sur les conséquences de la baisse des revenus des travailleurs détachés de longue durée.

4.2 Conséquences financières

Le présent projet législatif a peu de conséquences financières. Les coûts y relatifs ont été déjà inscrits au budget et dans la planification financière. Les principaux enjeux financiers sont exposés ci-dessous.

4.2.1 Nouveaux accès au système d'information sur les visas, au SYMIC, ainsi qu'au système API

Les communes devront prendre elles-mêmes en charge les frais liés à un raccordement informatique de leurs autorités de police aux deux systèmes d'information sur les visas. Les coûts dépendront du mode de raccordement choisi. Ces frais ne sont pas à la charge de la Confédération, qui devra uniquement saisir les nouveaux ayants droit dans l'administration des utilisateurs des deux systèmes.

Le nouvel accès du bureau SIRENE au SYMIC ne devrait pas impliquer de coûts, l'infrastructure existante permettant facilement son installation.

La transmission électronique des données API au SRC n'a aucune conséquence financière. Le nouvel accès au système API octroyé à fedpol a une incidence financière minime. Toutefois, en cas d'extension significative de l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles, des charges supplémentaires dans le domaine du personnel sont à escompter. Jusqu'à cinq nouveaux lieux de départ de vols, le SEM peut absorber à l'interne le travail supplémentaire. Ensuite, par tranche de vingt lieux de départs de vols supplémentaires, un poste à 100 % serait requis. Une extension de l'obligation de communiquer n'est cependant pas prévue pour l'instant.

4.2.2 Élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour

À la fin du mois d'août 2017, seules 1498 des 40 112 personnes admises à titre provisoire relevaient du domaine des étrangers. Parmi elles, 959 provenaient de Syrie et pouvaient solliciter une aide au retour sur la base de l'art. 60, al. 2, let. a, LEtr pour cause de guerre. Il arrive dans environ deux cas par année que le SEM lève l'admission provisoire de personnes relevant du domaine des étrangers. Entre 2008 et 2016, neuf personnes par année, en moyenne, ont quitté la Suisse volontairement.

Le nombre de personnes relevant du domaine des étrangers qui pourront à l'avenir bénéficier de l'aide au retour (parce que l'autorité compétente a levé leur admission provisoire ou parce qu'elles quittent volontairement la Suisse) devrait se situer à un niveau annuel peu élevé, à deux chiffres, selon une estimation tenant compte du nouvel effet incitatif en faveur du départ. Cette évolution pourra être gérée au moyen des ressources inscrites au budget et dans la planification financière.

La même constatation vaut pour l'octroi de l'aide au retour aux victimes d'infractions en lien avec l'exercice de la prostitution (cf. ch. 2.3). Le nombre de personnes qui bénéficieront de l'aide au retour restera plus ou moins stable par rapport à celui des bénéficiaires actuels.

4.2.3 Système d'information destiné à la mise en œuvre des retours (projet eRetour)

La réalisation du nouveau système informatique est prévue par étapes. Ses coûts totaux sont estimés à 6,5 millions de francs (2013–2020). 400 000 francs sont prévus au budget du SEM 2017. Le budget 2018 est de 1,3 million avec plan intégré des tâches et des finances 2019–2020 de 3,8 millions.

Les utilisateurs n'auront aucun frais à leur charge, puisque la plupart d'entre eux disposent déjà d'un raccordement informatique au portail sécurisé du DFJP (SSO Portal). Seuls certains services-conseils en vue du retour ne disposent pas encore de cette infrastructure. Celle-ci sera installée aux frais du SEM pour les futurs centres de la Confédération. Les cantons prennent ces frais à leur charge, notamment si les tâches de conseil sont déléguées à des tiers.

4.2.4 Introduction de données sensibles numérisées dans le SYMIC

La réalisation des fonctionnalités informatiques permettant l'enregistrement des expertises linguistiques, des empreintes digitales et des photographies a été prévue dans le budget et dans la planification financière du SEM (projets eRetour et eAsyl). Le coût total du projet eAsyl s'élève à 5 millions de francs (2013–2020). Pour la phase 2017–2020, environ 3,2 millions de francs sont prévus. Moins de 800 000 francs ont été inscrits au budget du SEM 2017. Le budget 2018 est de 1,1 million

avec plan intégré des tâches et des finances 2019–2020 de 1,3 million. Les coûts du eRetour sont mentionnés au ch. 4.2.3. Dans le domaine des étrangers, les cantons participent aux coûts des projets au travers des contributions perçues pour le développement informatique de SYMIC.

4.2.5 Qualité des mesures d'intégration

Le nouvel art. 56, al. 6, LETr n'a aucune incidence financière ni aucun effet en matière de personnel. En vertu des art. 55 LETr et 13 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 sur l'intégration des étrangers¹²⁴, le SEM peut soutenir des programmes et des projets d'importance nationale. Il peut s'agir de mesures d'assurance de la qualité qui servent à accroître l'efficacité de l'encouragement de l'intégration. L'un de ces projets est fide «Français, italien et allemand en Suisse – apprendre, enseigner, évaluer». Déjà lancé, il est financé au moyen des ressources ordinaires consacrées à l'encouragement de l'intégration.

4.2.6 Présomption légale en cas de voyage dans l'État d'origine ou de provenance du réfugié

L'introduction d'une présomption légale concernant une mise sous protection volontaire en cas de voyage d'un réfugié dans son pays d'origine ou de provenance n'a ni incidence financière ni impact sur l'effectif du personnel. D'éventuelles économies en raison d'une augmentation du nombre de retrait de la qualité de réfugié lors de tels voyages ne peuvent être chiffrées actuellement. Les subventions fédérales relatives à l'aide sociale des réfugiés ne sont par exemple plus versées lorsqu'une personne perd la qualité de réfugié durant les cinq ans qui suivent le dépôt de la demande d'asile.

4.2.7 Frein aux dépenses

Le présent projet n'est pas soumis au frein aux dépenses prévu à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., puisqu'il ne contient pas de dispositions relatives à des subventions, ni de base légale en vue de la création de crédits d'engagement ou de plafonds de dépenses.

¹²⁴ RS 142.205

5 Liens avec le programme de législation

Le présent projet n'a été annoncé ni dans le message sur le programme de la législature 2015 à 2019 du 27 janvier 2016¹²⁵ ni dans l'arrêté fédéral sur le programme de la législature de 2015 à 2019 du 14 juin 2016¹²⁶. Néanmoins, il peut s'intégrer dans l'objectif 13, qui stipule que la Suisse gère la migration et exploite le potentiel économique et social qu'offre celle-ci. De plus, le programme a fixé comme objectif que la Suisse s'investisse en matière de sécurité et agisse comme un partenaire fiable à l'échelon mondial. La Suisse prévient la violence, la criminalité et le terrorisme et lutte efficacement contre ces phénomènes (objectif 14). L'accès aux données API par fedpol, ainsi que la possibilité d'élargir l'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles de voyageurs en provenance de certains lieux de départ qui revêtent un intérêt prépondérant pour prévenir le terrorisme et la criminalité internationale organisée et lutter contre ces phénomènes, rentrent dans le cadre de cet objectif.

6 Aspects juridiques

6.1 Légalité

L'avant-projet de modification de la LEtr est fondé sur l'art. 121, al. 1, Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers). Il est conforme à la Constitution.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Les présentes modifications sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse. Plusieurs adaptations se fondent sur des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les grandes lignes du projet visent notamment à mieux protéger les victimes dans le domaine de la prostitution et à renforcer la qualité des mesures d'intégration, de même qu'à assurer un standard particulier aux mesures de détention au titre du séjour illégal. Ces mesures sont compatibles avec la Convention du 14 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹²⁷, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)¹²⁸ et les autres engagements internationaux de la Suisse dans ce domaine.

En utilisant les données API pour lutter contre les voyageurs djihadistes, la Suisse satisferait également aux obligations imposées par la Résolution 2178 (2014) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

¹²⁵ FF 2016 981

¹²⁶ FF 2016 4999

¹²⁷ RS 0.101

¹²⁸ RS 0.103.2

6.3 Relation avec le droit de l'Union européenne

Les présentes adaptations sont conformes au droit de l'Union européenne. Tout d'abord, le projet vise à adapter plusieurs dispositions afin de tenir compte de certaines critiques émises dans le cadre de l'évaluation Schengen de la Suisse concernant la directive sur le retour. Il s'agit notamment ici de transposer au mieux la directive sur le retour¹²⁹, mais aussi le code frontière Schengen¹³⁰. Il est également tenu compte des recommandations contenues dans le manuel sur le retour. L'utilisation des données API en Suisse se fait en application de la directive 2004/82/CE¹³¹, qui relève de Schengen. Cette directive autorise l'usage des données API, en lien avec une poursuite pénale, lorsque cela est conforme à l'ordre juridique interne et respecte les dispositions de la directive sur la protection des données¹³² qui relève de Schengen et de Dublin. Ces conditions sont en l'occurrence remplies.

Par ailleurs, la directive sur la protection des données est également pleinement respectée en ce qui concerne les nouvelles dispositions relatives aux banques de données.

Ces adaptations proposées sont donc conformes à l'acquis de Schengen et de Dublin repris par la Suisse.

¹²⁹ JO L 348 du 24.12.2008, p. 98 à 107, ch. 1.2.7.

¹³⁰ JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; mod. en vertu du Règlement (UE) 2017/458, JO L 74 du 18.3.2017, p.1, ch. 1.2.7.

¹³¹ JO L 261 du 06.08.2004, p. 24 à 27, ch. 3.1.

¹³² JO L 281 du 23.11.1995, p. 31 à 50, ch. 3.1.