

Message

sur l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen)

et

sur une modification de la loi fédérale sur les étrangers (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)

du ...

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

Par ce message, nous vous soumettons un projet d'arrêté portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen) et comprenant les modifications de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi sur l'asile que requiert leur mise en œuvre.

En outre, nous vous soumettons un projet d'adaptation de la loi fédérale sur les étrangers. Les modifications proposées portent sur la création de bases légales nécessaires à un système d'information des centres d'enregistrement et de procédure et des logements à l'aéroport, au recours aux services de conseillers en matière de documents et au contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports.

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

...

Au nom du Conseil fédéral suisse :

Le président de la Confédération, Hans-Rudolf Merz
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le présent message porte sur deux projets de loi fondamentalement indépendants l'un de l'autre. La première partie du message comporte les explications sur les modifications de la loi sur l'asile et de la loi sur les étrangers effectuées dans le cadre de la reprise et de la mise en œuvre d'un développement de Schengen, la directive CE sur le retour. La seconde partie traite des autres modifications apportées à la loi sur les étrangers, lesquelles doivent poser les bases légales nécessaires au nouveau système d'information MIDES, au contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports et au recours aux services de conseillers en matière de documents.

A . Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour.

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive sur le retour) a été adoptée le 16 décembre 2008 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne. Au niveau européen, les délibérations sur cette directive, auxquelles la Suisse a également pu participer, ont duré près de trois ans. La directive sur le retour vise principalement à fixer des règles claires, transparentes et équitables afin de définir une politique de retour efficace, constituant un élément indispensable d'une politique migratoire bien gérée. Elle doit en outre contribuer à l'harmonisation, au sein de l'espace Schengen, des procédures de renvoi des ressortissants en séjour irrégulier originaires d'Etats non membres de Schengen (Etats tiers). A cet effet, elle contient des dispositions uniformes concernant les décisions de renvoi, la détention en vue de garantir l'exécution du renvoi, le renvoi ou l'expulsion ainsi que les interdictions d'entrée.

La directive sur le retour constitue un développement de l'acquis de Schengen que la Suisse est en principe tenue de reprendre. La Suisse dispose pour cela d'un délai maximal de deux ans à compter de la date de sa notification par l'UE. En l'espèce, la Suisse dispose d'un délai qui court jusqu'au 12 janvier 2011. Le droit en vigueur aux niveaux fédéral et cantonal satisfait dans une large mesure aux exigences de la directive sur le retour. Cependant, la mise en œuvre de cette directive requiert une adaptation de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi), ainsi que des législations cantonales. A l'échelon fédéral, les adaptations concernent en particulier les mesures d'éloignement, les renvois et les expulsions, ainsi que les mesures de contrainte. Les principales modifications portent sur les points suivants : le renvoi sans décision formelle doit notamment être remplacé par une procédure de renvoi formelle (art. 64 LEtr) ; dans certains cas, une interdiction d'entrée doit en règle générale être prononcée à l'encontre de personnes en séjour irrégulier (art. 67 LEtr). Par

ailleurs, la durée maximale de tous les types de détention doit également être modifiée. Compte tenu de la directive sur le retour, cette durée maximale doit être réduite de 24 à 18 mois (art. 79 LEtr).

B. Modification de la loi fédérale sur les étrangers

Les autres modifications de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi sur l'asile proposées n'ont pas de lien direct avec la reprise de la directive sur le retour. Elles doivent permettre de créer les bases légales formelles pour le contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports, pour le système d'information des centres d'enregistrement et de procédure et des logements à l'aéroport (MIDES) et pour le recours aux services de conseillers en matière de documents. Ces adaptations visent en particulier à lutter plus efficacement contre les entrées illégales sur le territoire suisse. Elles présentent ainsi une certaine connexité matérielle avec la directive sur le retour qui définit justement la procédure de renvoi d'étrangers en séjour irrégulier. Ces modifications légales doivent être séparées de la révision de la loi sur l'asile en cours pour des raisons d'urgence temporelle. En effet, elles doivent entrer en vigueur au plus tard à fin 2010.

Table des matières

Condensé	2
1 Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen)	6
1.1 Contexte	6
1.2 Echange de notes concernant la reprise de la directive sur le retour	6
1.3 Contenu et champ d'application de la directive sur le retour	7
1.4 Modification de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi sur l'asile	8
1.4.1 Nécessité des modifications législatives	8
1.4.2 Principales modifications législatives	9
1.5 Commentaires relatifs aux différentes dispositions	9
1.5.1 Modification de la LEtr	10
1.5.2 Modification de la LAasi	22
1.6 Justification et appréciation de la solution proposée	23
1.7 Conséquences financières et incidences sur le personnel	24
1.7.1 Conséquences pour la Confédération	24
1.7.2 Conséquences pour les cantons	24
1.8 Rapport avec le programme de législature	24
1.9 Aspects juridiques	24
1.9.1 Compatibilité avec le droit international	24
1.9.2 Constitutionnalité	25
1.9.3 Décision d'approbation et de transposition	25
2 Modification de la loi fédérale sur les étrangers (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)	26
2.1 Contexte	26
2.2 Commentaires relatifs aux différentes dispositions	27
2.2.1 Modification de la LEtr	27
2.2.2 Modification de la LAasi	30
2.3 Justification et appréciation de la solution proposée	32
2.4 Conséquences financières et incidences sur le personnel	32
2.4.1 Conséquences pour la Confédération	32
2.4.2 Conséquences pour les cantons	32
2.5 Rapport avec le programme de législature	33
2.6 Aspects juridiques	33
2.6.1 Compatibilité avec le droit international	33
2.6.2 Constitutionnalité et conformité aux lois	33
Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le	

retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen)
(Projet)

Echange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (développement de l'acquis de Schengen) (Projet)

Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES) (Projet)

Message

1 Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen)

1.1 Contexte

L'accord d'association à Schengen (AAS)¹ est entré en vigueur le 1^{er} mars 2008. La mise en application de l'acquis de Schengen par la Suisse a eu lieu le 12 décembre 2008, à l'exception de la suppression des contrôles aux aéroports pour les vols à l'intérieur de l'espace Schengen qui est devenue effective le 29 mars 2009 seulement. La Suisse s'est en principe engagée à reprendre tous les développements de l'acquis de Schengen (art. 2, al. 3, et art. 7 AAS). Plus de 90 développements de l'acquis de Schengen ont déjà été notifiés à la Suisse par l'Union européenne (UE) depuis la signature de l'accord d'association le 26 octobre 2004.

La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008² relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive sur le retour) fait partie de ces développements. Les négociations relatives à la directive sur le retour ont duré près de trois ans. La Suisse était représentée dans les différents groupes de travail du Conseil et a pu faire valoir son point de vue sur les projets dans le cadre de son droit de participation. Les organes compétents de l'UE ont ensuite procédé au vote formel.

La mise en œuvre de cette directive requiert une adaptation de la loi fédérale du 16 décembre 2005³ sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile du 26 juin 1998⁴ (LAsi). Cependant, elle ne modifie pas fondamentalement l'orientation conceptuelle du droit suisse en matière d'étrangers et d'asile.

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

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

La notification de l'acte par l'UE et la réponse de la Suisse représentent un échange de notes qui, du point de vue de la Suisse, constitue un traité international. Selon le

¹ RS 0.360.268.1

² JO L 348 du 24.12.2008, p. 98

³ RS 142.20

⁴ RS 142.31

contenu du nouvel acte de l'UE à reprendre, l'approbation de ce traité relève de la compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale. Le cas échéant, les conditions du référendum facultatif peuvent également être remplies.

Lorsque l'Assemblée fédérale est compétente ou lorsque des modifications législatives sont nécessaires à la mise en œuvre, le Conseil fédéral informe l'UE dans sa réponse que la reprise du développement ne peut lier la Suisse qu'après l'accomplissement de ses exigences constitutionnelles (art. 7, al. 2, let. b, AAS)⁵. En l'espèce, le Conseil fédéral a communiqué cette information à l'UE le 30 janvier 2009. La Suisse dispose alors d'un délai de deux ans au maximum pour obtenir l'approbation parlementaire et mettre en œuvre le développement, y compris pour procéder, si nécessaire, aux modifications législatives et au référendum. Le délai commence à courir avec la notification du développement par l'UE. En l'espèce, cette notification a eu lieu le 12 janvier 2009. La directive sur le retour doit donc être approuvée par l'Assemblée fédérale et mise en œuvre à l'échelle fédérale et cantonale au plus tard le 12 janvier 2011. La date ultime, prévue à l'art. 20 de la directive sur le retour, pour sa mise en œuvre par les Etats membres de l'UE est fixée au 24 décembre 2010, soit quelques semaines seulement avant la date définie par l'AAS. Afin de garantir, autant que faire ce peut, que la directive soit appliquée simultanément dans tous les Etats Schengen, le délai fixé dans la directive doit si possible être respecté.

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

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

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

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

La directive sur le retour s'applique aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat Schengen. Un séjour est considéré comme irrégulier lorsque

⁵ Cf. note en annexe.

les conditions d'entrée visées à l'art. 5 du code frontières Schengen⁶ ou les conditions nationales requises pour l'entrée ou le séjour ne sont pas remplies ou ne le sont plus. Le fait que le séjour irrégulier découle d'une entrée illégale, du rejet d'une demande d'asile ou encore de l'échéance de la durée de validité d'une autorisation est sans importance.

Certaines catégories de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier peuvent être partiellement exclues du champ d'application de la directive (art. 2, al. 2, let. a et b, de la directive sur le retour). Ainsi, les personnes qui se sont vu refuser l'entrée dès la frontière extérieure Schengen en vertu de l'art. 13 du code frontières Schengen et qui sont par la suite appréhendées sur le territoire d'un Etat Schengen peuvent être renvoyées sans décision formelle. En principe, la directive sur le retour ne s'applique pas en cas d'interdiction d'entrée à la frontière extérieure Schengen. Par conséquent, elle ne s'applique pas aux contrôles des vols provenant de pays tiers effectués aux aéroports suisses et ne s'applique pas non plus, jusqu'à la mise en vigueur de l'acquis de Schengen dans la Principauté de Liechtenstein, à la frontière entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein. En cas de refus d'entrée à la frontière extérieure Schengen, une décision de renvoi doit être rendue conformément au code frontières Schengen (art. 65 LEtr; art. 13 du code frontières Schengen).

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

La directive sur le retour ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une procédure d'extradition visée à l'art. 32 de la loi fédérale du 20 mars 1981⁷ sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) (art. 2, al. 2, let. b, de la directive sur le retour). Dans ce type de procédure, les dispositions de l'EIMP prévalent; une adaptation de cette loi n'est pas nécessaire.

Par ailleurs, il serait possible de renoncer à appliquer la directive sur le retour lorsque le renvoi découle d'une sanction pénale (art. 2, al. 2, let. b, de la directive sur le retour). L'expulsion judiciaire ayant été supprimée dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal (CP)⁸, cette disposition n'est pas pertinente pour la Suisse.

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

1.4.1 Nécessité des modifications législatives

La directive sur le retour comprend, en partie, des dispositions suffisamment concrètes pour permettre une application immédiate dans le cas d'espèce.

⁶ Règlement (CE) n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO L 105 du 13 avril 2006, p. 1.

⁷ RS 351.1

⁸ RS 311.0

Cependant, certaines dispositions doivent être transposées dans le droit national. Pour des raisons de sécurité juridique, l'ensemble de la directive doit donc en principe être transposé dans le droit suisse.

Pour mettre en œuvre la directive sur le retour, la Suisse doit adapter certaines dispositions de la LEtr et de la LAsi.

Une partie de la directive sur le retour ne requiert pas, ou peu, d'adaptations législatives car le droit en vigueur est déjà conforme à ces exigences. La directive sur le retour prévoit également que les Etats membres peuvent maintenir des dispositions plus favorables pour les ressortissants de pays tiers à condition que ces dispositions soient compatibles avec la directive sur le retour (art. 4, al. 3, de la directive sur le retour).

La directive sur le retour s'applique uniquement aux ressortissants d'Etats non membres de Schengen et uniquement dans le cas où ils ne peuvent se prévaloir d'aucun droit à la libre circulation des personnes. Cependant, les dispositions de la LEtr relatives aux mesures d'éloignement et aux mesures de contrainte continuent de s'appliquer, de manière subsidiaire à l'accord du 21 juin 1999⁹ sur la libre circulation des personnes, aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE et aux membres de leur famille (art. 2, al. 2 et 3, LEtr). Si les personnes concernées ne peuvent se prévaloir d'un droit de séjour en vertu de cet accord, notamment lorsqu'elles sont frappées d'une interdiction d'entrée nationale, des mesures appropriées peuvent être ordonnées.

1.4.2 Principales modifications législatives

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

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

1.5 Commentaires relatifs aux différentes dispositions

⁹ RS 0.142.112.681

1.5.1

Modification de la LEtr

Art. 7 Franchissement de la frontière et contrôles

Al. 2

La procédure de renvoi définie à l'art. 7, al. 2, LEtr, entre dans le champ d'application de la directive sur le retour. Conformément à l'acquis de Schengen, l'ensemble des frontières terrestres suisses constituent des frontières intérieures au niveau desquelles les contrôles ne sont généralement plus admis. Seule la frontière avec le Liechtenstein fait provisoirement exception à ce principe et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acquis de Schengen au Liechtenstein. Lorsqu'une personne est appréhendée à une frontière terrestre par le Corps des gardes-frontière (Cgfr) dans le cadre d'un contrôle policier, elle est considérée, au sens de la directive sur le retour, comme séjournant illégalement sur le territoire de la Suisse. A l'avenir, en cas de renvoi prononcé dans le cadre d'un tel contrôle des personnes à la frontière, une procédure de renvoi formelle devra également être exécutée conformément à l'art. 64 LEtr.

Art. 64 Décision de renvoi

Al. 1

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

Dans le projet mis en consultation concernant la mise en œuvre d'un autre développement de l'acquis de Schengen, le code frontières Schengen, le Conseil fédéral avait déjà proposé en 2007 de renoncer de manière générale au renvoi sans décision formelle et ce en vue d'une harmonisation des procédures¹⁰. Cette proposition avait toutefois été abandonnée car le code frontières Schengen n'interdisait pas les renvois sans décision formelle prononcés à l'intérieur du territoire.

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

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

Al. 2

La directive sur le retour prévoit une procédure à deux niveaux pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat Schengen qui disposent

¹⁰ FF 2007 7449 7461

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

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

Al. 3

Le délai pour déposer un recours dans le cas d'un séjour illégal au sens de l'art. 64, al. 1, let. a et b, LEtr est désormais de cinq jours ouvrables (contre trois jours jusqu'ici). Ce délai est ainsi identique au délai de recours contre des décisions de non-entrée en matière défini à l'art. 108, al. 2, LAsi. Un recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours, en règle générale un tribunal cantonal, a cependant la possibilité de le restituer. Cette disposition est parfaitement conforme aux exigences de l'art. 13, al. 1 et 2, de la directive sur le retour.

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

Au sujet des voies de recours, la directive sur le retour exige que le ressortissant concerné d'un pays tiers ait la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance linguistique. Cette dernière peut s'avérer nécessaire pour transmettre l'information sur les voies de recours disponibles, à moins qu'elle n'ait déjà été communiquée au moment de la notification de la décision (art. 12, al. 2, de la directive sur le retour). De plus, il peut également être nécessaire de recourir à une assistance linguistique en cas de procédure orale devant l'instance judiciaire compétente. Dans les cas où les circonstances ne permettent que difficilement le recours au conseil juridique ou à la représentation juridique, et plus précisément la prise de contact à cet effet, l'autorité compétente doit veiller à ce que l'intéressé puisse faire usage de ses droits. Concernant l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, ainsi que de la détention pour insoumission, l'art. 81 LEtr, par exemple, prévoit explicitement que le contact entre l'intéressé et sa représentation juridique doit être garanti.

Dans la procédure de recours, les Etats membres doivent veiller à ce que l'assistance juridique ou la représentation nécessaires soient accordées à la demande de l'intéressé gratuitement conformément aux dispositions nationales applicables en

matière d'assistance judiciaire (art. 13, al. 4, de la directive sur le retour). Ils peuvent prévoir que cette assistance judiciaire soit soumise aux conditions énoncées à l'art. 15, al. 3 à 6, de la directive 2005/85/CE¹¹. Ainsi, l'assistance judiciaire peut être limitée aux cas dans lesquels le recours a des chances d'aboutir et à ceux où les personnes concernées ne disposent pas de ressources suffisantes. Ceci correspond à la réglementation en vigueur à l'art. 65, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968¹² sur la procédure administrative.

Al. 4

Avant de prendre une décision de renvoi à l'encontre d'un mineur non accompagné, l'assistance d'organismes compétents autres que les autorités chargées d'exécuter la procédure de renvoi doit être accordée en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 10, al. 1, de la directive sur le retour). Afin de satisfaire à cette exigence, le projet de loi prévoit que, par analogie avec l'art. 17, al. 3, LAsi, les autorités cantonales compétentes désignent également une personne de confiance chargée de représenter les intérêts des mineurs non accompagnés au cours des procédures de renvoi relevant du droit des étrangers. En vertu de la Convention du 20 novembre 1989¹³ relative aux droits de l'enfant, les mineurs non accompagnés ont droit à une protection particulière. Les autorités cantonales compétentes sont donc déjà aujourd'hui tenues de prendre des mesures tutélaires en faveur de ces personnes. Lorsqu'il n'est pas possible de désigner immédiatement un tuteur ou un curateur, une personne de confiance doit être chargée de défendre les intérêts du mineur pendant la durée de la procédure de renvoi.

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

Al. 1

Cet article règle le renvoi des personnes en séjour irrégulier qui, en vertu des accords d'association à Dublin¹⁴, peuvent être renvoyées dans un autre Etat Dublin et qui n'ont pas déposé de demande d'asile en Suisse. Dans les autres cas, les dispositions correspondantes de la LAsi s'appliquent.

La procédure Dublin n'entre en principe pas dans le champ d'application de la directive sur le retour. L'énoncé de cette disposition doit être aligné sur l'art. 64 LEtr modifié. Les termes « sujette à recours » et « motivée » ne sont toutefois pas indispensables étant donné qu'ils se rapportent à des conditions qui sont toujours requises dans le cas d'une décision. Pour des raisons de systématique, la règle selon laquelle le renvoi est immédiatement exécutoire est intégrée à l'art. 64d LEtr (délai de départ et exécution immédiate), lequel doit désormais inclure tous les cas dans lesquels une exécution immédiate est possible.

Al. 2

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

¹¹ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JO L 326, p. 13.

¹² RS 142.204

¹³ RS 0.107

¹⁴ RS 0.142.392.68

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

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

Art. 64c Renvoi sans décision formelle

Al. 1, let. a

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

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

Al. 1, let. b

Les ressortissants de pays tiers auxquels l'entrée a été refusée en vertu de l'art. 13 du code frontières Schengen et qui sont par la suite appréhendés en Suisse peuvent être renvoyés sans décision formelle. De cette manière, les doublons peuvent être évités. En effet, ces personnes ont déjà fait l'objet d'une procédure formelle relevant du code frontières Schengen, durant laquelle il a été examiné si elles remplissaient ou non les conditions d'entrée.

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

Art. 64d Délai de départ et exécution immédiate

Al. 1

Selon le droit en vigueur, c'est aux autorités qu'il incombe de prescrire un délai de départ raisonnable (art. 66, al. 2, LEtr). A ce sujet, la directive sur le retour fixe un certain nombre de principes. En règle générale, le délai de départ doit être compris entre 7 et 30 jours (art. 7, al. 1, de la directive sur le retour). Lorsque des circonstances particulières l'exigent, un délai de départ plus long peut être imparti

(art. 7, al. 2, de la directive sur le retour). Il peut s'agir notamment de problèmes de santé, de raisons familiales ou d'un long séjour préalable.

Al. 2

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

Al. 2, let. a

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

Al. 2, let. b

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

Al. 2, let. c

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

Al. 2, let. d

Jusqu'à présent, la LEtr ne comprenait pas de disposition similaire. La directive sur le retour ne prévoit pas qu'une décision de renvoi soit rendue dans les cas cités et permet donc un renvoi sans décision formelle. L'Etat Schengen qui donne son accord à la reprise en charge est responsable de l'exécution correcte de la procédure de renvoi (art. 6, al. 3, de la directive sur le retour). Afin d'assurer la garantie de l'accès au juge visée à l'art. 29a de la Constitution fédérale (Cst.)¹⁵, une décision doit, sur demande, être notifiée à la personne concernée au moyen d'un formulaire type. Cependant, le renvoi, ou la remise à l'Etat Schengen compétent, doit être immédiatement exécutoire. En effet, l'exécution immédiate permet de faire en sorte que la remise soit également effectuée dans les délais contractuels lorsqu'une procédure de recours est en suspens.

Al. 2, let. e

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

¹⁵ RS 101

Al. 2, let. f

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

Art. 64e Obligations pendant le délai de départ

Les obligations proposées dans la directive sur le retour visent à éviter le risque de fuite et doivent pouvoir être imposées à titre préventif avant même que le délai de départ soit échu (art. 7, al. 3, de la directive sur le retour). Certaines de ces mesures sont aujourd'hui déjà appliquées par les autorités cantonales lorsque l'ordonnance de mesures de contrainte n'est pas proportionnelle ou n'est pas (ou plus) possible. Cela vaut notamment pour l'obligation d'annonce.

Art. 64f Traduction de la décision de renvoi

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

Les décisions notifiées au moyen d'un formulaire type (cf. art. 64b LEtr) font exception au principe de l'exigence de la traduction sur demande. Dans ce cas, des feuilles d'information traduites au minimum dans les langues des 5 principaux pays de provenance des étrangers entrés illégalement (art. 12, al. 3, de la directive sur le retour) peuvent être remises aux personnes concernées. Le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution en la matière au niveau de l'ordonnance.

Art. 66 Renvoi après un séjour autorisé

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

Art. 67 Interdiction d'entrée

Al. 1

En cas d'exécution immédiate d'une décision de renvoi ou lorsque la personne concernée ne s'acquitte pas de son obligation de départ, la directive sur le retour exige de prononcer une interdiction d'entrée (art. 11, al. 1, de la directive sur le retour). Aujourd'hui déjà, l'Office fédéral des migrations (ODM) prononce régulièrement une interdiction d'entrée dans ce genre de cas (art. 67, al. 1, let. c, LEtr). Cependant, la directive sur le retour ne laissera à cet égard qu'une marge de décision fortement restreinte (cf. al. 5). En principe, il y a lieu, dans ce genre de cas, de prononcer une interdiction d'entrée.

Al. 2

Les cas dans lesquels l'ODM dispose, comme jusqu'à présent, d'une marge d'appréciation pour prononcer une interdiction d'entrée correspondent au droit en vigueur (art. 67, al. 1, LEtr). Une telle interdiction d'entrée peut en principe être prononcée indépendamment de la promulgation d'une décision de renvoi.

Cependant, la disposition selon laquelle une interdiction d'entrée peut être prononcée lorsqu'une personne a été renvoyée ou expulsée peut être abrogée. En effet, une interdiction d'entrée doit en principe toujours être prononcée dans ces cas-là (cf. al. 1).

Al. 3

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

Al. 4

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

Al. 5

L'art. 11, al. 3, de la directive sur le retour contient une clause générale d'exception selon laquelle les Etats membres peuvent s'abstenir d'imposer, peuvent lever ou peuvent suspendre une interdiction d'entrée, dans des cas particuliers, pour des raisons humanitaires ou d'autres raisons. Comme indiqué précédemment, il ne faut s'abstenir de prononcer une interdiction d'entrée au sens de l'al. 1 qu'à titre exceptionnel. La formulation ouverte du projet de loi inclut les cas compris dans la directive sur le retour (art. 11, al. 3) concernant la possibilité de lever, de suspendre ou de renoncer à imposer une interdiction d'entrée. Il s'agit notamment des victimes et des témoins de la traite d'êtres humains pour lesquels la LEtr prévoit des règles particulières (art. 30, al. 1, let. e, LEtr; art. 35 et 36 OASA¹⁶).

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

Al. 3

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

Le report d'un renvoi ou d'une expulsion visé dans cet alinéa doit être différencié de la décision d'admission provisoire (art. 83 LEtr). Il ne fait que repousser la date prévue pour le départ jusqu'à ce que les obstacles à l'exécution du renvoi ou de

¹⁶ Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS **142.201**

l'expulsion soient écartés. Par contre, les obstacles fondamentaux à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion sont examinés dès la procédure de renvoi et peuvent également être invoqués dans le cadre d'un recours contre la décision de renvoi. Lorsque l'exécution du renvoi n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible dans un avenir proche, alors l'admission provisoire est ordonnée (art. 83 LEtr). Il en va de même en cas de violation potentielle du principe de non-refoulement (principe de non-refoulement; art. 9, al. 1, de la directive sur le retour).

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

Al. 4

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

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

Al. 1

La directive sur le retour oblige les Etats Schengen à instaurer un système efficace de contrôle du renvoi ou de l'expulsion (art. 8, al. 6, de la directive sur le retour). La directive sur le retour n'apporte pas de précisions quant à la forme de ce système. Cependant, elle renvoie aux considérants (ch. 3) relatifs aux « vingt principes directeurs sur le retour forcé » du Conseil de l'Europe du 4 mai 2005. Le principe directeur n° 20 contient les recommandations de principe suivantes concernant ce suivi: il doit être mis en place de manière efficiente et efficace. Si nécessaire, il convient de recourir à des équipements spéciaux. (p. ex., vidéosurveillance aéroportuaire). Tous les retours doivent être documentés de manière exhaustive et les personnes concernées doivent avoir la possibilité de former recours en cas de traitement injustifié ou disproportionné. Les explications relatives au principe directeur n° 20 indiquent que des services indépendants doivent être associés à ce processus.

L'engagement d'observateurs des droits de l'homme indépendants lors des rapatriements sous contrainte avait déjà été discuté en détail au Conseil national dans le cadre des débats concernant la loi sur l'usage de la contrainte du 20 mars 2008¹⁷. La proposition de la minorité, qui réclamait l'engagement systématique d'observateurs des droits de l'homme lors des rapatriements sous contrainte, avait alors été rejetée.¹⁸

La forme que doit prendre cette observation fait actuellement l'objet d'une étude commandée par la commission de l'UE. Sa publication n'est prévue que d'ici à la fin de l'année 2010 (à l'origine, cette échéance avait été fixée à septembre 2009).

¹⁷ RS 364

¹⁸ JO 2007 N 1626

Cependant, en raison des délais de mise en œuvre, les Etats membres de l'UE, de même que la Suisse, doivent pouvoir disposer de ces prescriptions de mise en œuvre avant cette date afin d'être en mesure d'uniformiser le suivi à l'intérieur de l'espace Schengen. C'est pourquoi, lors de sa 2^e session qui a eu lieu le 18 septembre 2009, le comité de contact de la Commission européenne a examiné la mise en œuvre de la directive sur le retour de manière approfondie avec des représentants des Etats membres de Schengen. A cette occasion, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas et le Luxembourg ont présenté les systèmes de suivi qu'ils ont déjà mis en place en vue du contrôle des retours. Les autres Etats Schengen n'ont pas encore introduit de tels systèmes. Les solutions retenues à ce jour diffèrent les unes des autres. Certaines font intervenir les Eglises, les œuvres d'entraide ou des commissions mixtes (autorités et œuvres d'entraide). En Allemagne, le suivi n'a lieu, dans tous les cas, que jusqu'à l'embarquement de l'intéressé dans l'avion. L'Autriche, les Pays-Bas et le Luxembourg ne prévoient d'escorte jusque dans le pays de destination que pour les vols spéciaux.

Le Conseil fédéral examinera ces systèmes de suivi dans l'élaboration de la disposition d'ordonnance correspondante. Il prendra en compte les recommandations du comité de contact ainsi que de l'étude annoncée.

Al. 2

Cette norme de délégation doit permettre au Conseil fédéral de déléguer certaines tâches en matière de contrôle des expulsions à des tiers. Le Conseil fédéral peut exclusivement déléguer des tâches ne relevant pas de l'exercice de la puissance publique. Il peut, par exemple, charger des tiers de tâches de surveillance. Cependant, la nature et l'étendue des tâches possibles doivent également être réglés séparément au niveau de l'ordonnance.

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

Al. 1, let. b

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

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

Al. 1, let. c

En cas de report d'un renvoi ou d'une expulsion (art. 69, al. 3, LEtr), les autorités responsables de l'exécution du renvoi doivent conserver la possibilité d'ordonner l'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée afin de garantir l'exécution ultérieure du renvoi. Cette possibilité est prévue par l'art. 9, al. 3, de la directive sur le retour. L'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée s'avèrent notamment appropriées dans les cas où le report du renvoi ou de l'expulsion est dû à un manque provisoire de moyens de transport.

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

Al. 2

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

Al. 3

La directive sur le retour n'établit pas de distinction entre différents types de détention. Cependant, la formulation ouverte de l'art. 15, al. 1, de la directive permet de conserver ou d'introduire différents types de détention dans le droit national. Outre les motifs de détention mentionnés dans la directive, les Etats membres peuvent prévoir d'autres motifs dans leur droit national. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de modifier en profondeur les mesures de contrainte fixées dans la LEtr, notamment la détention en phase préparatoire, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission.

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

Art. 78 Détenition pour insoumission

Al. 2

Alors qu'une limite supérieure s'applique à la mise en détention et à la prolongation de la détention aussi bien dans le cas de la détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr), que dans celui de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion prononcée dans les centres d'enregistrement et de procédure (art. 76, al. 1, let. b, ch. 5, LEtr) et dans celui de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage, il est désormais prévu que, de manière similaire à la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, aucune limite

supérieure propre ne s'applique à la détention pour insoumission. La durée maximale de la détention ou de la prolongation de la détention est régie par l'art. 79 LEtr. Dans un cas extrême, lorsqu'aucune détention n'a été ordonnée auparavant, la détention pour insoumission peut, comme jusqu'à présent, durer jusqu'à 18 mois. De même, la détention peut toujours être prolongée de deux mois, puis à nouveau de deux mois tous les deux mois comme le prévoit l'art. 78, al. 2, LEtr.

Art. 79 Durée maximale de la détention

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

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

Une prolongation de la détention ou une nouvelle mise en détention de plus de six mois ne sont possibles qu'en cas de manque de coopération de la part de la personne concernée ou de retard dans l'obtention des documents nécessaires auprès d'Etats tiers. Ces motifs de prolongation correspondent aux motifs admis par la jurisprudence du Tribunal fédéral (p.ex. ATF 130 II 56 consid. 4.1.2 et 4.1.3) en matière de prolongation de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et au motif de prolongation de la détention pour insoumission fixé à l'art. 78, al. 2, LEtr.

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

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

Un sondage sur l'utilisation de la détention administrative dans le domaine des étrangers, réalisé pour les années 2007 et 2008 parmi les cantons, a montré que la détention ne durait que très rarement plus de 18 mois (moins de 1 %). Il a également fait ressortir que, dans la plupart des cas, la durée de détention nécessaire à l'exécution du renvoi a été de moins de douze mois (ancienne durée maximale). En

2008, près de 85 % des personnes ont été rapatriées après expiration de la détention administrative et la durée moyenne de détention a été de moins de 20 jours. Ces chiffres ainsi que les expériences réalisées par les autorités d'exécution dans le domaine des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers permettent d'affirmer que la réduction de la durée maximale de détention de 24 à 18 mois n'aura que peu de répercussions dans la pratique.

Art. 81 Conditions de détention

Al. 1

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

Al. 2

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

L'énoncé de l'art. 81, al. 2, LEtr doit être adapté dans le sens où il ne s'agit plus uniquement d'éviter le regroupement avec des personnes en détention préventive, mais de rendre obligatoire le placement séparé. Cette adaptation correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, en l'absence d'établissements de détention spécifiques et adaptés aux besoins des détenus relevant du droit des étrangers, ces derniers doivent être placés dans des divisions séparées de celles des autres catégories de détenus (ATF 122 II 299).

Al. 3

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

En ce qui concerne les conditions de la détention, la LEtr ne contient que peu de dispositions cadre générales car les cantons sont responsables de l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission. Par conséquent, la LEtr ne doit être adaptée dans ce domaine que si les dispositions existantes ne satisfont plus aux exigences de la directive sur le retour. Pour le reste, il y a lieu de se référer aux dispositions détaillées de la directive. Les dispositions cantonales et les différentes structures de détention qui ne répondent pas encore aux exigences de la directive sur le retour doivent être adaptées dans le délai de mise en œuvre de la directive.

1.5.2 Modification de la LAsi

Art. 45 LAsi Décision de renvoi

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

Al. 2

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

Al. 3

L'al. 3 correspond à l'art. 64d, al. 2, let. f, LEtr. Les seules exceptions au délai de départ minimum général de sept jours admises sont les décisions de non-entrée en matière immédiatement exécutoires dans le cas d'une remise à l'Etat Dublin responsable de l'exécution de la procédure d'asile ou de renvoi comme le prévoit le règlement Dublin¹⁹.

Al. 4

Contrairement à la procédure de renvoi relevant du droit des étrangers, chaque requérant d'asile reçoit aujourd'hui déjà, au début de la procédure d'asile, une notice d'informations de plusieurs pages comprenant, entre autres, un chapitre sur la procédure de renvoi. Ce chapitre explique les principes fondamentaux relatifs au contenu de la décision de renvoi, aux voies de recours, à l'obligation de retour et à l'aide au retour. Cette notice d'informations est actuellement disponible en plus de 50 langues. Ses principaux éléments sont également repris lors de l'audition sur les données personnelles et de l'audition sur les motifs de la demande d'asile. Ainsi, la personne concernée est assurée de recevoir les informations nécessaires relatives à la décision de renvoi dans une langue qu'elle comprend et ce, même lorsque, à titre exceptionnel, cette décision ne peut pas lui être notifiée dans le centre d'enregistrement et de procédure. Les exigences de la directive sur le retour quant aux explications à fournir, sur demande de la personne concernée, au sujet des principaux points de la décision de renvoi (pas sur l'ensemble de la décision d'asile) sont donc remplies. La remise de cette notice d'informations, laquelle doit éventuellement encore être complétée, doit désormais être réglée à l'échelon de la

¹⁹ RÈGLEMENT (CE) n° 343/2003 DU CONSEIL du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25.2.2003, p. 1.

loi. Quant aux détails concernant cette notice d'informations, ils doivent être réglés au niveau de l'ordonnance.

1.6 Justification et appréciation de la solution proposée

Dans leur grande majorité, les participants à la procédure de consultation approuvent la reprise de la directive sur le retour. Ils saluent en particulier le fait que cette reprise permette d'unifier la procédure de renvoi au sein de l'espace Schengen et d'améliorer la collaboration avec les autres Etats Schengen. Seule l'UDC a rejeté le principe de la reprise de la directive sur le retour dans le droit national. Elle considère que la réduction de la durée maximale de détention prévue favorise le passage à la clandestinité des étrangers en situation irrégulière. Elle rappelle que la durée maximale de détention a été rehaussée de 18 à 24 mois le 1^{er} janvier 2007 afin de lutter contre cette dérive. Elle estime qu'annuler aussi rapidement cette mesure ciblée et démocratiquement légitime reviendrait purement et simplement à mépriser la volonté du peuple. D'autres participants, dont le PRD, estiment que la reprise de la directive sur le retour n'est pas sans risque au niveau de la politique intérieure car elle nécessite de modifier à nouveau des adaptations de la loi sur les étrangers et de la loi sur l'asile, qui ont été approuvées récemment par le peuple. Plusieurs cantons et d'autres milieux intéressés prennent uniquement acte de la reprise de la directive sur le retour en tant que développement de Schengen. Ils font remarquer que la marge de manœuvre de la Suisse lors de la reprise d'un développement de Schengen est faible, si bien qu'une consultation détaillée sur les différentes modifications de loi est inutile.

Diverses œuvres d'entraide et d'autres milieux intéressés saluent expressément la reprise de la directive sur le retour qui, selon eux, améliore également le statut des personnes concernées. Ils regrettent toutefois que le projet mis en consultation ne prévoie pas d'accès à une assistance juridique et une représentation juridique gratuites. En outre, ils désapprouvent la mise en œuvre de la surveillance des renvois ou des expulsions (monitoring) telle que prévue dans le projet. Par ailleurs, plusieurs participants à la procédure de consultation déplorent que les délais de recours prévus soient trop courts et que le recours n'ait en principe pas d'effet suspensif. Sur la base de ces commentaires, les passages du message concernant le monitoring et la procédure de recours ont été complétés. Les dispositions s'y rapportant n'ont cependant pas été modifiées, car elles correspondent aux exigences de la directive sur le retour. Parmi d'autres adaptations du projet, il a été procédé à une modification de la disposition relative à l'interdiction d'entrée, suite à la prise de position du Tribunal administratif fédéral, en ce sens que les interdictions d'entrée nationales prévues à l'art. 67, al. 2, LEtr, peuvent continuer à être prononcées indépendamment d'une décision de renvoi. D'autres propositions de modifications qui ne sont pas directement liées à la reprise et à la mise en œuvre de la directive sur le retour ont été reprises mais pas encore prises en compte dans le cadre de la présente révision.

1.7 Conséquences financières et incidences sur le personnel

1.7.1 Conséquences pour la Confédération

Les prescriptions de la directive sur le retour relatives au contrôle du renvoi ou de l'expulsion (monitoring) visé à l'art. 71a LEtr engendreront des coûts supplémentaires pour la Confédération. Leur montant dépend de la forme que prendra ce monitoring, du choix de la Confédération de charger ou non des tiers de fonctions de surveillance et de l'étendue de cette surveillance. Cependant, les coûts doivent être réduits au minimum.

1.7.2 Conséquences pour les cantons

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

1.8 Rapport avec le programme de législature

Dans le message sur le programme de la législature 2007 à 2011²⁰, le Conseil fédéral s'est fixé pour objectif de renforcer la coopération internationale en matière de justice et de police. A cette fin, il cite plusieurs mesures nécessaires parmi lesquelles l'adaptation du droit suisse aux futurs développements de l'acquis de Schengen. La directive sur le retour constitue un tel développement de l'acquis de Schengen²¹.

1.9 Aspects juridiques

1.9.1 Compatibilité avec le droit international

La reprise de la directive sur le retour est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Elle améliore le statut juridique des personnes concernées. Ces modifications rejoignent notamment les prescriptions de la CEDH²² et celles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés²³ dans la version du Protocole de New York du 31 janvier 1967²⁴.

1.9.2 Constitutionnalité

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

1.9.3 Décision d'approbation et de transposition

En vertu de l'art. 166, al. 2, Cst., l'approbation d'un traité international incombe en règle générale à l'Assemblée fédérale. Cependant, le Conseil fédéral est habilité à conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est spécialement attribuée par une loi fédérale ou par un traité international ou lorsqu'il s'agit de traités internationaux de portée mineure (art. 166, al. 2, Cst.; art. 7a de la loi du 21 mars 1997²⁵ sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA). L'échange de notes concernant la reprise de la directive sur le retour ne constitue pas un traité de portée mineure au sens de l'art. 7a, al. 2, LOGA vu que sa mise en œuvre nécessite des adaptations de la LEtr. Par ailleurs, aucune autre loi ou traité international ne confère cette compétence au Conseil fédéral.

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum lorsqu'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, lorsqu'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. L'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour peut être dénoncé en vertu du régime général de dénonciation prévu dans l'accord d'association à Schengen (art. 17 AAS) et ne prévoit pas d'adhésion à une organisation internationale. Il convient également de déterminer si l'échange de notes contient des dispositions importantes fixant des règles de droit. Par dispositions fixant des règles de droit, il faut entendre, selon l'art. 22, al. 4, de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002²⁶ (loi sur le Parlement, LParl), les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont par ailleurs importantes, les dispositions qui en droit interne doivent, à la lumière de l'art. 164, al. 1, Cst., être édictées dans une loi au sens formel. La mise en œuvre de la directive sur le retour requiert des modifications ponctuelles de la LEtr et de la LAsi. Par conséquent, l'arrêté fédéral portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour est sujet au référendum

²⁰ FF 2008 680

²¹ FF 2008 7748

²² Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH; RS 0.101)

²³ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30)

²⁴ Protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés (RS 0.142.301)

²⁵ RS 172.010

²⁶ RS 171.10

prévu par l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. Conformément à l'art. 141a, al. 2, Cst., l'arrêté portant approbation de cet échange de notes et les modifications de la loi rendues nécessaires par la reprise de la directive sur le retour peuvent être intégrés dans le même acte législatif.

2 Modification de la loi fédérale sur les étrangers (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)

2.1 Contexte

A l'origine, il était prévu d'introduire ces nouvelles dispositions dans la LEtr et la LAsi dans le cadre de la révision partielle de la loi sur les étrangers et de la loi sur l'asile. Or, les bases introduites par les dispositions en question, en particulier la base légale formelle pour le système d'information MIDES, seront nécessaires dès l'automne 2010. Par conséquent, il est nécessaire de mettre en vigueur ces dispositions séparément.

Le système d'information des centres d'enregistrement et de procéder et des logements à l'aéroport (MIDES) doit remplacer le système AVES dès l'automne 2010. Il permettra de saisir les données personnelles des requérants d'asile, y compris les données biométriques et d'autres données sensibles. MIDES comprendra également un système de gestion servant à assurer le bon déroulement de la procédure dans les centres d'enregistrement et de procédure et aux aéroports et à organiser l'hébergement. Un des avantages de ce nouveau système d'information est qu'une partie des données sera aussi directement enregistrée dans le système d'information central sur la migration (SYMIC).

La procédure de contrôle automatisée à la frontière dans les aéroports doit permettre à l'autorité compétente d'accélérer et de simplifier le contrôle des voyageurs qui entrent ou sortent de l'espace Schengen.

La proposition légale sur le recours aux services de conseillers en matière de documents doit permettre de constituer une base en vertu de laquelle le Conseil fédéral pourra conclure des accords avec les autorités étrangères compétentes concernant le recours aux services de conseillers en matière de documents ou « Airline Liaison Officer's » (ALO). Elle prévoit aussi bien de recourir aux services de conseillers en matière de documents suisses à l'étranger qu'à ceux de conseillers en matière de documents étrangers en Suisse. La tâche principale de ces personnes consiste à assister les entreprises de transports aériens et les autorités de contrôle localement compétentes lors du contrôle des documents. Les conseillers en matière de documents ne disposent d'aucune compétence souveraine.

2.2

Commentaires relatifs aux différentes dispositions

2.2.1

Modification de la LEtr

Art. 100a Recours aux services de conseillers en matière de documents

Al. 1

Depuis son adhésion à Schengen, la Suisse a abandonné le contrôle systématique des personnes aux frontières intérieures et vérifie désormais les conditions d'entrée des personnes qui se présentent aux aéroports internationaux et souhaitent entrer en Suisse ou dans l'espace Schengen. La mise en réseau renforcée des systèmes de recherche et l'échange d'informations rapide entre les autorités de contrôle à la frontière ont également entraîné un changement de comportement des personnes concernées, qui recourent de plus en plus à une fausse identité pour entrer dans l'espace Schengen. Les entreprises de transport aérien, routier ou fluvial qui exploitent des liaisons internationales sont tenues de prendre les dispositions que l'on peut attendre d'elles pour ne transporter que les personnes disposant des documents de voyage requis lors du transit, de l'entrée en Suisse ou de la sortie de Suisse. L'importance du contrôle des documents aux destinations de départ et aux foyers de la migration illégale a donc considérablement augmenté.

Al. 2

Les tâches susceptibles d'être confiées aux conseillers en matière de documents sont définies dans le « Code of Conduct for Immigration Liaison Officers » de l'IATA/CAWG²⁷. Leur mission première consiste à assister les entreprises de transports aériens, les représentations suisses à l'étrangers et les autorités de contrôle compétentes sur le plan local lors du contrôle des documents. A la demande de l'autorité compétente, il peut, par exemple, apporter son aide à l'examen de documents de voyage et de visas. Un conseiller en matière de documents ne dispose d'aucune compétence souveraine. Ainsi, il n'a pas le droit d'interdire à une compagnie aérienne de transporter un passager, de sanctionner une activité illicite à l'étranger ou de confisquer des documents falsifiés. Il n'est pas habilité à donner des instructions ou à intervenir directement dans le processus décisionnel des entreprises de transport aérien et des autorités locales responsables. Pour accomplir ses tâches de conseil et d'assistance, un conseiller en matière de documents a besoin d'une autorisation d'accès au domaine non public de l'aéroport (zone de transit et zone d'embarquement), délivrée par les autorités aéroportuaires, et d'une accréditation auprès de la représentation suisse à l'étranger compétente. L'International Civil Aviation Organization (ICAO) recommande de faire appel à des conseillers en matière de documents, car cette mesure s'est avérée efficace pour prévenir les entrées clandestines et les transits illégaux par voie aérienne. Lors de sa séance du 16 septembre 1998, le Comité exécutif de Schengen a également souligné toute l'importance des conseillers en matière de documents dans la lutte contre la migration illégale au sein de l'Espace Schengen. La décision du Comité exécutif

²⁷ The International Air Transport Association (IATA), Control Authorities Working Group (CAWG).

relative à l'intervention coordonnée de conseillers en matière de documents fait partie de l'acquis de Schengen²⁸.

Al. 3

Le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux lorsqu'une telle compétence lui est attribuée par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (art. 7a, al. 1, LOGA). Le présent projet de loi doit permettre de constituer une base en vertu de laquelle le Conseil fédéral pourra conclure des accords avec les autorités étrangères compétentes concernant le recours aux services de conseillers en matière de documents ou « Airline Liaison Officer's » (ALO). La proposition légale prévoit à la fois de recourir aux services de conseillers en matière de documents suisses aux aéroports étrangers et à ceux de conseillers en matière de documents étrangers aux aéroports suisses. Le recours à des spécialistes qui assistent les entreprises de transport aérien et les autorités sur place vise à lutter contre la migration illégale aux aéroports. Il est essentiel que ce recours puisse être introduit à court terme afin de réagir rapidement et de manière efficace aux évolutions dans le domaine de la migration illégale. Par conséquent, le Conseil fédéral doit pouvoir, sur la base de l'art. 48a, al. 1, LOGA, déléguer la compétence de conclure de tels accords au Département fédéral de justice et police (DFJP). Les détails doivent être réglés au niveau de l'ordonnance.

Art. 103a Contrôle automatisé à la frontière dans les aéroports

Al. 1

La procédure de contrôle automatisée à la frontière permet à l'autorité compétente d'accélérer et de simplifier le contrôle des voyageurs qui entrent ou sortent de l'espace Schengen. La procédure de contrôle automatisée à la frontière ne fait pas encore partie de l'acquis de Schengen, c'est-à-dire que la Suisse n'est pas tenue d'élaborer de telles procédures selon Schengen. La participation à cette procédure est en premier lieu destinée aux personnes qui prennent souvent l'avion pour des raisons professionnelles et qui évitent ainsi les longues attentes dans la zone de transit aéroportuaire.

Al. 2

Sont seuls autorisés à y prendre part les ressortissants suisses ainsi que les personnes relevant de l'accord sur la libre circulation des personnes²⁹ ou de la Convention de l'AELE³⁰. La non-admission des ressortissants d'Etats tiers³¹ découle de la contrainte du code frontières Schengen selon laquelle cette catégorie de personnes

²⁸ JO L 239 du 22/09/2000, p. 0308

²⁹ Accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS **0.142.112.681**

³⁰ Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange, RS **0.632.31**

³¹ Définition de « ressortissant d'Etat tiers » selon l'art. 2, al. 3, du code frontières Schengen.

doit être soumise à un contrôle approfondi³² lors de leur passage à la frontière et leurs passeports doivent être systématiquement cachetés.³³

Al. 3

La participation au contrôle automatisé à la frontière requiert un passeport biométrique ou une carte de participant sur laquelle les données biométriques sont enregistrées conformément à l'al. 3. L'autorité compétente est autorisée à prélever les données des personnes qui souhaitent participer à la procédure de contrôle automatisé à la frontière bien qu'elles ne possèdent pas de passeport biométrique. Ces données ne peuvent être enregistrées que sur un support de données approprié (carte de participant) ; la carte de participant reste en possession de l'intéressé.

Al.4

Lors du contrôle à la frontière, les données biométriques sont vérifiées, c'est-à-dire que les données biométriques enregistrées sur une carte de participant ou le passeport biométrique sont comparées aux caractéristiques biométriques du voyageur concerné. Cette comparaison est effectuée en temps réel et les données relatives à la procédure de comparaison ne sont pas sauvegardées. Outre la vérification des données biométriques, il est possible, à chaque passage à la frontière, de consulter les données personnelles enregistrées sur le passeport biométrique ou sur la carte de participant dans le RIPOL ou dans le SIS. Si la consultation débouche sur un résultat positif, le voyageur ne passe pas le contrôle automatisé à la frontière.

Al. 5

L'autorité chargée du contrôle à la frontière gère un système d'information dans lequel doivent s'enregistrer les personnes qui ne possèdent pas de passeport biométrique. Ce système d'information sert au traitement des données personnelles nécessaires à l'établissement de la carte de participant. Les données sensibles et, notamment, les données biométriques personnelles n'y sont pas enregistrées.

L'installation, l'exploitation et le financement d'une procédure de contrôle automatisée à la frontière ressortit au canton où se trouve le site de l'aéroport. Pour s'assurer que les procédures essentielles sont mises en œuvre de manière uniforme dans tous les aéroports suisses qui se prêtent à la mise en œuvre du contrôle automatisé à la frontière, il est nécessaire que la Confédération fixe au niveau de la loi des normes minimales afin de régler, en particulier, la procédure d'inscription, de même que le traitement des données biométriques. En outre, il convient de partir du principe qu'à l'avenir, le Corps des gardes-frontière assumera également, sur mandat des cantons, certaines tâches en relation avec la procédure de contrôle automatisée à la frontière.

Al. 6

Le Conseil fédéral règle les modalités du traitement des données au niveau de l'ordonnance.

³² Art. 7, al. 3, du code frontières Schengen.

³³ Art. 10 du code frontières Schengen.

2.2.2 Modification de la LAsi

Titre précédant l'art. 99a

Section 1a: Système d'information destiné aux centres d'enregistrement et de procédure et aux logements dans les aéroports (MIDES)

Le titre de section « Système d'information des centres d'enregistrement et de procédure et des logements à l'aéroport » a été repris dans la LAsi afin de différencier ce système d'information des autres systèmes d'information inclus dans le chapitre 7 de la LAsi.

Art. 99a Principes

Al. 1 à 4

En vertu des art. 26, al. 2, et 22, al. 1, LAsi, les collaborateurs des centres d'enregistrement et de procédure (CEP) ou l'autorité compétente à l'aéroport sont habilités à recueillir les données personnelles du requérant, à saisir ses données biométriques et à l'interroger sommairement sur ses motifs d'asile.

Le système MIDES permettra de centraliser la saisie de ces données personnelles, y compris les données biométriques et les données sensibles. MIDES comprendra également un système de gestion servant à assurer le bon déroulement de la procédure dans les CEP et les logements dans les aéroports et à organiser l'hébergement.

Al. 5

Les données personnelles au sens de l'al. 3, let. a et e, sont automatiquement enregistrées dans le SYMIC lors de la saisie dans MIDES. Lors du développement des deux systèmes d'information MIDES et SYMIC, il est envisageable que d'autres données personnelles traitées dans MIDES, à l'instar des procès-verbaux d'audition sommaire mentionnés à l'al. 3, let. b et c, de même que les données biométriques prélevées dans les CEP et dans les aéroports puissent être reprises directement dans le SYMIC. Le cas échéant, il conviendra de modifier la loi fédérale du 20 juin 2003³⁴ sur le système d'information commun aux domaines de l'étranger et de l'asile (LDEA) eu égard aux données personnelles particulièrement sensibles directement prélevées depuis MIDES.

Al. 6

L'al. 6 répond aux exigences en matière de devoir d'information de l'art. 7a LPD et de l'art. 10 de la directive s'appliquant à la « procédure Dublin », à savoir la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995³⁵ relative à la

³⁴ RS 142.51

³⁵ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Art. 99b Traitement des données dans MIDES

L'accès à MIDES est limité aux collaborateurs de l'ODM, aux autorités compétentes aux aéroports, au sens de l'art. 22, al. 1, LAsi, et aux tiers mandatés, tels que le personnel d'encadrement et de surveillance. La nature et l'étendue des autorisations d'accès seront réglées en détail au niveau de l'ordonnance. Il s'agit notamment de définir quels collaborateurs de l'ODM doivent avoir accès à MIDES.

Art. 99c Tiers mandatés

Al. 1

Afin d'assurer le bon déroulement de la procédure d'asile et du séjour, l'ODM peut, conformément aux art. 26, al. 1, et 22, al. 3, LAsi en relation avec l'art. 17 de l'ordonnance 1 du 11 août 1999³⁶ sur l'asile relative à la procédure (OA 1), confier des tâches à des tiers. Dans la mesure où l'accomplissement de leur mandat l'exige, les tiers auxquels l'ODM a confié des tâches peuvent traiter des données personnelles relatives à un requérant d'asile ou à une personne à protéger (art. 96, al. 1, LAsi).

Al. 2

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

Art. 99d Surveillance et exécution

Al. 1

Lorsque l'ODM, dans le cadre de l'exécution de ses tâches légales, traite ou fait traiter par des tiers des données personnelles dans MIDES, 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

Le Conseil fédéral règle les modalités du traitement des données au niveau de l'ordonnance.

Titre précédant l'art. 100

Section 1b: Autres systèmes d'information

³⁶ RS 142.311

Le titre de section « Autres systèmes d'information » a été repris dans la LAsi afin de différencier ce système d'information des autres systèmes d'information inclus dans le chapitre 7 de la LAsi.

Art. 100 Système d'information des autorités de recours

Seul le titre de l'art. 100 LAsi a été modifié. Sa teneur reste inchangée.

2.3 Justification et appréciation de la solution proposée

Les dispositions relatives à l'introduction des systèmes MIDES et de contrôle automatisé à la frontière ont été soumises aux cantons, aux partis et aux milieux intéressés dans le cadre de la procédure de consultation sur la modification de la loi sur les étrangers et de la loi sur l'asile. La procédure de consultation s'est déroulée du 15 janvier 2009 au 15 avril 2009. Les participants ont approuvé le principe de l'introduction de ces dispositions. Certains participants demandent que les cantons aient accès à MIDES. Ce souhait n'a pas été pris en compte car MIDES est un système interne des centres d'enregistrement et de procédure et les données nécessaires aux cantons sont de toute manière sauvegardées automatiquement dans SYMIC. Les exploitants d'aéroports ont expressément salué l'introduction du contrôle automatisé à la frontière.

La disposition concernant le recours à des conseillers en matière de documents n'a été intégrée dans le paquet législatif qu'au cours de la procédure de consultation relative à la modification de la loi sur les étrangers et de la loi sur l'asile. La disposition a été soumise aux exploitants d'aéroports, aux cantons aéroportuaires et aux autres milieux intéressés dans le cadre d'une audition effectuée par l'ODM. Ils approuvent cette disposition.

2.4 Conséquences financières et incidences sur le personnel

2.4.1 Conséquences pour la Confédération

MIDES remplace le système actuel AVES. Le projet informatique correspondant est pratiquement terminé. L'introduction de MIDES et le recours aux services de conseillers en matière de documents n'entraînent pas de charges de personnel ni de dépenses supplémentaires pour la Confédération. La possibilité de recourir à des conseillers en matière de documents de manière ciblée, à court terme et pour une courte durée n'aura en principe pas de répercussions financières ni d'effets sur le personnel car ces postes seront pourvus en interne.

2.4.2 Conséquences pour les cantons

L'introduction éventuelle du contrôle automatisé à la frontière conformément à la disposition prévue dans la LEtr peut entraîner des coûts supplémentaires pour les

cantons aéroportuaires si les exploitants d'aéroports ne peuvent pas les prendre en charge intégralement . Cependant, ce système permettra de réaliser des économies à long terme.

2.5 Rapport avec le programme de législation

Le projet ne figure ni dans le message du 23 janvier 2008³⁷ sur le programme de la législature 2007–2011 ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008³⁸ sur le programme de législation 2007–2011. L'introduction des nouvelles dispositions dans la LEtr et dans la LAsi était initialement prévue dans le cadre de la révision partielle de la loi sur les étrangers et de la loi sur l'asile. Cependant, cette révision n'entrera pas en vigueur avant la mi-2011 alors que les bases légales relatives aux nouvelles dispositions, en particulier la base légale formelle du système d'information MIDES, seront nécessaires dès l'automne 2010. Une mise en vigueur séparée de ces dispositions apparaît donc judicieuse.

2.6 Aspects juridiques

2.6.1 Compatibilité avec le droit international

Les modifications proposées de la LEtr et de la LAsi sont compatibles avec le droit international.

2.6.2 Constitutionnalité et conformité aux lois

Le projet de modification de la LAsi et de la LEtr est fondé sur l'art. 121 Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers).

37 FF 2008 639

38 FF 2008 7745