

13.xxx

**Message
relatif à la modification de la loi fédérale
sur les étrangers**

**(Violation du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer
par les entreprises de transport aérien; systèmes d'information)**

du ...

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

Par le présent message, nous avons l'honneur de vous soumettre, en vous proposant de l'adopter, le projet d'une modification de la loi fédérale sur les étrangers.

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

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

La révision partielle de la loi fédérale sur les étrangers doit contribuer à améliorer le système de sanctions à l'encontre des entreprises qui transportent des étrangers ne disposant pas des documents de voyage nécessaires. En vue de simplifier l'exécution du contrôle aux frontières extérieures de l'espace Schengen, le projet prévoit également la création d'une base légale permettant au système d'information sur les passagers d'effectuer des comparaisons automatisées avec d'autres banques de données. Il s'est par ailleurs avéré que la mise en œuvre du système national d'information sur les visas, approuvé par le Parlement en décembre 2009, nécessitait d'adapter partiellement les bases légales en vigueur. Enfin, le projet comble un vide juridique en matière de prise en charge par la Confédération des coûts liés au transfert de personnes vers la Suisse en application des accords d'association à Dublin.

Contexte

Suite à l'introduction, en 2008, d'une norme pénale dans le domaine des sanctions applicables aux entreprises de transport («carrier sanctions»), l'Office fédéral des migrations avait ouvert 25 procédures pénales contre 13 compagnies aériennes entre début et mi-2009. Ces procédures concernaient 188 passagers, dont la majorité ne disposaient pas d'un visa valable. Cependant, toutes les procédures ont dû être suspendues en raison de problèmes juridiques et techniques liés au droit en vigueur, qui auraient de facto empêché toute condamnation. Aucune autre procédure n'a plus été ouverte par la suite. Les adaptations légales prévues sont nécessaires pour qu'il soit effectivement possible de sanctionner les entreprises de transport aérien et que la norme juridique concernée conserve son effet dissuasif. Une comparaison avec certains Etats Schengen montre que seule la Suisse dispose d'un droit pénal fondé sur le principe de la faute et d'amendes liées à un comportement fautif. L'objectif de la révision est de réduire, en collaboration avec les compagnies aériennes, le nombre de personnes transportées qui ne disposent pas des documents de voyage requis (environ 1000 cas en 2011).

Afin d'améliorer le contrôle à la frontière et de lutter contre la migration irrégulière, l'Office fédéral des migrations est en droit d'exiger des entreprises de transport aérien qu'elles communiquent, avant le décollage, les données relatives aux passagers des vols, qu'il aura désignés, en provenance d'Etats non membres de Schengen: données personnelles, indications concernant le document de voyage et le vol. Il s'est néanmoins avéré que les bases légales en vigueur dans le domaine de la protection des données n'étaient pas suffisantes pour introduire tel que prévu le système informatique nécessaire. L'adaptation légale proposée permet donc de mettre ce système informatique en pratique.

Contenu du projet

En cas d'acceptation du projet, il sera légalement présumé qu'une entreprise de transport aura violé son devoir de diligence ou son obligation de communiquer lorsqu'elle aura transporté une personne qui ne disposait pas des documents requis. La compagnie aérienne pourra éviter d'être sanctionnée si elle prouve qu'elle a pris toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre d'elle pour ne transporter que les personnes disposant des documents de voyage nécessaires. Plusieurs motifs d'exonération en présence desquels l'autorité renoncera à prononcer des sanctions viennent alléger cette administration des preuves. Le projet prévoit également de soumettre la poursuite et le prononcé de sanctions à la procédure administrative et non plus, comme c'est le cas actuellement, à la procédure pénale administrative.

En vue de simplifier l'exécution du contrôle aux frontières extérieures de l'espace Schengen, le projet prévoit que le système d'information sur les passagers pourra effectuer des comparaisons automatisées avec d'autres banques de données, puis livrer les résultats de ces comparaisons aux autorités chargées du contrôle à la frontière.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	5
1.1 Contexte	5
1.2 Nécessité de la modification de loi	7
1.3 Nouvelle réglementation proposée	8
1.3.1 Carrier Sanctions et transmission de données relatives aux passagers	8
1.3.2 Système national sur les visas	10
1.3.3 Autres modifications	11
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	11
1.5 Résultats de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral	11
1.6 Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen	14
1.6.1 Dans le domaine des «Carrier Sanctions»	14
1.6.2 Dans le domaine du système API	15
2 Commentaire des articles du projet de loi	15
3 Conséquences	37
3.1 Conséquences pour la Confédération	37
3.2 Conséquences pour les cantons	38
4 Lien avec le programme de la législature	38
5 Aspects juridiques	38
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	38
5.2 Compatibilité avec le droit international	38
 Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Violation du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien; systèmes d'information) (Projet)	 41

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

«Carrier Sanctions» et transmission de données relatives aux passagers (données API): Depuis le 12 décembre 2008, date fixée par le Conseil de l'UE pour la mise en vigueur de l'acquis de Schengen, la Suisse participe à la coopération Schengen au niveau opérationnel. Les modifications de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)¹ et de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)² qui en découlent ont été mises en vigueur à cette même date. C'est également dans ce cadre qu'ont été mises en place les bases nécessaires pour exiger des compagnies aériennes qu'elles communiquent des données relatives aux passagers et pour sanctionner les entreprises de transport en cas de violation de leur devoir de diligence et de leur obligation de communiquer (art. 92 à 95, 104 et 120a à 120d LEtr; cf. FF 2007 7449). La création de ces bases légales a permis de mettre en œuvre les dispositions pertinentes de l'acquis de Schengen (art. 26 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, CAAS³) et des directives complémentaires 2001/51/CE⁴ et 2004/82/CE⁵.

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

¹ RS 142.31

² RS 142.20

³ Convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.

⁴ Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'art. 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187 du 10.7.2001, p. 45.

⁵ Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers, JO L 261 du 6.8.2004, p. 24.

Selon le droit en vigueur, les entreprises de transport (en pratique, les entreprises de transport aérien) peuvent en principe être punies d'une amende d'un million de francs au plus infligée par l'ODM lorsqu'elles violent leur devoir de diligence visé à l'art. 92, al. 1, LEtr (art. 120a, al. 1, LEtr). Les entreprises de transport aérien qui violent intentionnellement l'obligation d'annonce prévue à l'art. 104 LEtr peuvent être punies d'une amende d'un million de francs au plus (art. 120b, al. 1, LEtr). Les premières procédures lancées contre des entreprises de transport aérien n'ayant pas respecté leur devoir de diligence ont cependant montré que, dans ce domaine, les bases légales en vigueur ne permettaient pas d'atteindre les objectifs visés, à savoir amener les entreprises de transport aérien à assumer sans faille leurs tâches de contrôle.

Système national d'information sur les visas: En décembre 2009, le Parlement a approuvé la création d'un nouveau système national d'information sur les visas (N-VIS, art. 109b LEtr) dans le cadre de la mise sur pied du système central d'information sur les visas Schengen⁶. Le système central est entré en fonction le 11 octobre 2011. Le N-VIS, quant à lui, devrait être mis en fonction début 2014. Lors de l'élaboration des systèmes informatiques requis, il est apparu que certaines adaptations des bases légales déjà approuvées par le Parlement mais non encore entrées en vigueur seraient nécessaires.

Transfert de personnes en Suisse dans le cadre de la collaboration Dublin: Par les accords d'association à Dublin⁷, la Suisse s'est notamment engagée à mettre en œuvre les dispositions du règlement (CE) n° 343/2003⁸ du Conseil (règlement Dublin II) et du règlement (CE) n° 1560/2003⁹ de la Commission relatif aux modalités d'application du règlement Dublin II. Le règlement de la Commission prévoit, en particulier, que l'Etat membre qui procède au transfert d'une personne vers l'Etat responsable ne doit en aucun cas supporter les frais de transport au-delà du point d'arrivée du moyen de transport international emprunté (art. 8, par. 1). De ce fait, lorsque la Suisse doit prendre ou reprendre en charge une personne dont elle est responsable, elle ne peut faire supporter ses coûts d'accueil à l'Etat requérant le transfert.

La procédure de transfert vers la Suisse (procédure «Dublin-in») concerne actuellement quelques 500 personnes par an et engendre des coûts administratifs pour les cantons. Les autorités aéroportuaires cantonales sont ainsi chargées d'organiser l'accueil de la personne, d'informer l'ODM de son arrivée, de procéder aux contrôles de sécurité et de coordonner et organiser le transfert vers le canton d'attribution. La Confédération supporte aujourd'hui ces coûts sous la forme de contributions

⁶ Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement et de la décision relatifs au système d'information sur les visas (VIS), RO 2010 2063, 2011 4449.

⁷ Ces accords sont mentionnés à l'annexe 1 LAsi.

⁸ 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.

⁹ Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 222 du 5.9.2003, p. 3.

octroyées aux cantons. Ces coûts s'élèvent à environ 150 000 francs par an et sont portés en compte sur le crédit affecté aux coûts d'exécution.

La récente révision de l'ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement (OA 2)¹⁰ a révélé l'absence d'une base légale, au sens formel, qui confère à la Confédération la compétence de prendre en charge ces coûts. Cette base légale doit désormais être créée.

Le 27 juin 2012, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation, qui a pris fin le 18 octobre 2012.

1.2 Nécessité de la modification de loi

L'actuel art. 104 LEtr (transmission de données relatives aux passagers) ne permet pas de lancer une consultation automatique des banques de données directement par le système d'information sur les passagers (système API). Les données relatives aux passagers transmises par les compagnies aériennes pour certains vols doivent pourtant pouvoir être consultées de manière automatique, via l'application gérée par l'ODM, dans les banques de données pertinentes, à savoir le système d'information central sur la migration (SYMIC), le système de recherches informatisées de police (RIPOL), le Système d'information Schengen (SIS) et la Base de données d'Interpol concernant les documents de voyage volés ou perdus (ASF-SLTD). Seules les autorités compétentes chargées du contrôle à la frontière ont accès aux résultats des requêtes. D'un point de vue juridique, les requêtes effectuées via le système API équivalent à un accès élargi de l'ODM, lequel ne peut aujourd'hui accéder à RIPOL et au SIS qu'à des fins limitées. Par conséquent, la consultation automatisée de banques de données doit faire l'objet d'une nouvelle réglementation.

Autre problème lié à la mise en œuvre de l'art. 104 LEtr: les données relatives aux passagers ne peuvent pas être mises à la disposition des autorités chargées du contrôle à la frontière via le portail sécurisé du Département fédéral de justice et police (DFJP). Or une telle procédure permettrait de renforcer la convivialité et la sécurité de l'interface. Le portail du DFJP, du type dénommé «Single Sign On Portal», forme l'architecture et l'infrastructure centrales en matière de sécurité du Centre de services informatiques du DFJP. Toutes les applications spécialisées du DFJP (p. ex. SYMIC, SIS, RIPOL, etc.) empruntent ce portail. Rendre les données personnelles traitées dans le système API accessibles en ligne selon le principe du libre service équivaut à une procédure d'appel selon la loi du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹¹ (art. 19, al. 3, LPD). Des données ne peuvent être rendues accessibles par une procédure d'appel que moyennant une base légale expresse. Une telle base légale doit donc être créée.

Concernant la répression des violations du devoir de diligence commises par les entreprises de transport aérien, le problème principal réside dans la structure de l'art. 120a LEtr (norme pénale). En vertu de cet article, une entreprise de transport aérien est punissable uniquement lorsqu'elle ne prend pas toutes les «dispositions que l'on peut attendre d'elle pour ne transporter que les personnes disposant des documents de voyage requis lors du transit, de l'entrée en Suisse ou de la sortie de

¹⁰ RS 142.312

¹¹ RS 235.1

Suisse» (art. 120a, al. 1, LEtr en relation avec l'art. 92, al. 1, LEtr). Le fait que l'entreprise transporte des personnes ne disposant pas de ces documents ne constitue donc pas à lui seul la preuve d'une faute, mais tout au plus un indice qu'elle n'a pas pris toutes les dispositions que l'on pouvait attendre d'elle. Au niveau de la procédure pénale, l'ODM ne doit donc pas se contenter de prouver la survenance d'un résultat (le transport de personnes non munies des documents nécessaires), mais doit prouver que l'entreprise a bel et bien omis de prendre des dispositions raisonnablement exigibles et que c'est précisément cette omission qui a conduit au résultat reproché.

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

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

Par ailleurs, les violations du devoir de diligence commises par des entreprises de transport aérien constituent un délit de masse. Rien qu'en 2011, l'ODM a reçu près de 1000 dénonciations pour violation du devoir de diligence (en 2010: environ 1200).

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

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

1.3 Nouvelle réglementation proposée

1.3.1 Carrier Sanctions et transmission de données relatives aux passagers

Membre de Schengen, la Suisse est tenue de mettre *efficacement* en œuvre, dans son droit national, l'art. 26 CAAS et les directives 2001/51/CE et 2004/82/CE. Par ailleurs, il est dans l'intérêt public de disposer d'une norme qui s'avère justiciable et

efficace dans la pratique et, ainsi, contribue à l'application du droit matériel. A cette fin, les modifications suivantes, qui tiennent compte notamment des expériences tirées de la pratique, sont prévues:

Consultations automatisées de banques de données: la modification proposée vise à créer les bases légales nécessaires pour que les données des passagers prévues à l'art. 104, al. 4, LETr soient comparées automatiquement avec les banques de données pertinentes directement depuis le système API. Cette modification de loi ne permet pas à l'ODM d'accéder aux résultats des consultations des banques de données. En effet, ces résultats ne sont visibles que par les autorités responsables des contrôles aux frontières qui, dans le cadre de leurs activités de contrôle, disposent aujourd'hui déjà des droits d'accès nécessaires.

Procédure d'appel en remplacement de la transmission des données: l'ODM exploite désormais un système d'information destiné à traiter les données relatives aux passagers. Les autorités chargées du contrôle à la frontière ainsi que l'ODM peuvent accéder, par voie de procédure d'appel, aux données relatives aux passagers traitées dans le système.

Procédure administrative en remplacement de la procédure pénale administrative: la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)¹² doit désormais être appliquée pour sanctionner les entreprises de transport aérien en cas de violation de leur devoir de diligence ou de communication. La maxime inquisitoire en vertu de laquelle l'autorité constate d'office les faits pertinents doit s'appliquer de la même manière que dans une procédure pénale ou une procédure pénale administrative. Toutefois, à la différence de ces deux procédures, la partie a l'obligation de collaborer à l'établissement des faits, ce qui relativise le principe de l'instruction d'office (cf. art. 13 PA). L'obligation de collaborer découle de l'intérêt public à ce que les faits soient établis de manière exhaustive. Il convient également de rappeler que les exigences quant au degré de preuve sont réduites en droit administratif. En effet, il suffit en principe que l'autorité soit convaincue de l'existence d'un fait, même en l'absence de certitude absolue.

Introduction d'une présomption légale: désormais, la violation du devoir de diligence est présumée (présomption légale) lorsqu'une personne est transportée sans être en possession des documents nécessaires (base de la présomption). Cependant, le fardeau de la preuve reste inchangé dans la base de la présomption: c'est à l'autorité de prouver qu'une personne ne disposant pas des documents nécessaires a été transportée. Si elle parvient à apporter cette preuve, l'entreprise de transport aérien a encore la possibilité d'apporter la preuve du contraire et, ainsi, d'infirmer la présomption. L'entreprise de transport aérien peut apporter cette preuve en démontrant qu'elle a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour éviter de transporter des passagers ne disposant pas des documents de voyage, visas et titres de séjour requis lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports et qu'elle n'a donc pas violé son devoir de diligence. La violation de l'obligation de communiquer est désormais aussi présumée en cas de transmission tardive, incomplète ou erronée des données relatives aux passagers transportés et au vol.

¹² RS 172.021

Afin de décharger les entreprises de transport aérien, le projet de modification contient de nombreuses exceptions (art. 122a, al. 3, P-LEtr; art. 122b, al. 3, P-LEtr) à l'applicabilité de la présomption légale. Par conséquent, ces cas ne donnent pas lieu à l'ouverture d'une procédure pour violation du devoir de diligence ou de l'obligation de communiquer et aucune amende n'est prononcée. De plus, les nouvelles dispositions sont de nature potestative, ce qui évite à l'ODM d'avoir à ouvrir une procédure dans certains cas isolés et de moindre gravité. L'ODM se contente alors de prononcer un avertissement. Les dispositions proposées doivent être mises en œuvre en collaboration avec les entreprises de transport aérien. Leur but premier est de réduire le nombre de personnes transportées non munies des documents nécessaires et de parvenir à ce que l'obligation de communiquer soit effectivement respectée par ces entreprises. Les nouvelles dispositions se veulent avant tout préventives. Par conséquent, une entreprise de transport aérien ne sera amendée qu'en cas de violation répétée et de même nature de son devoir de diligence ou de son obligation de communiquer ou dans des cas individuels graves (p. ex. interception régulière, sur une même route aérienne desservie par un même transporteur aérien, de personnes dépourvues de visa alors qu'elles sont soumises à l'obligation de visa).

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

1.3.2 Système national sur les visas

Lors des récents préparatifs techniques, il est apparu que l'enregistrement de données supplémentaires dans le système national d'information sur les visas serait nécessaire. Il s'agit de conserver également les masques relatifs aux données du Système d'information Schengen de la deuxième génération (SIS II), du RIPOL et de l'ASF-SLTD que les autorités compétentes en matière de visas sont autorisées à consulter.

Ces données constituent des éléments majeurs de la prise de décisions en matière d'octroi de visas. Les informations obtenues constituent de facto une pièce importante qui devrait le cas échéant être intégrée à un dossier électronique. Dans le cadre de l'octroi d'un visa, sont autorisées à accéder aux données du RIPOL les représentations suisses à l'étranger, l'ODM et les autorités cantonales et communales qui assument des tâches relevant du droit des étrangers.

1.3.3 **Autres modifications**

Il est nécessaire de procéder encore à des adaptations supplémentaires mineures de la loi dans d'autres domaines.

L'actuel art. 6, al. 2 et 2^{bis}, LEtr a fait l'objet d'une adaptation formelle concernant le déroulement de la procédure.

Le nouvel art. 103b LEtr a par ailleurs permis de mettre en place une base légale formelle pour un système d'information sur les interdictions d'entrée, la banque de données INAD (INAD: *inadmissible passengers*). Les données saisies dans ce système doivent être reconnues comme données sensibles. Une base légale formelle est donc nécessaire.

Le nouvel art. 104b LEtr permet quant à lui un accès aux données relatives aux passagers dans des cas particuliers afin que les autorités chargées du contrôle à la frontière disposent des mêmes possibilités juridiques que le Corps des gardes-frontière pour exercer efficacement leur activité de contrôle.

1.4 **Justification et appréciation de la solution proposée**

Les modifications apportées dans le domaine des «Carrier Sanctions» doivent permettre de garantir l'efficacité et l'applicabilité des sanctions.

Les bases légales nécessaires pour introduire et mettre en œuvre comme prévu le système API et le système national sur les visas (N-VIS) doivent par ailleurs être créées.

1.5 **Résultats de la procédure de consultation et position du Conseil fédéral**

Lors de la procédure de consultation, les avis suivants ont été exprimés au sujet des principales propositions de modification¹³:

Suppression de la formulation potestative pour les sanctions

L'UDC réclame la suppression de la formulation potestative employée aux art. 122a, al. 1, et 122b, al. 1, P-LEtr (*Carrier Sanctions* et violation de l'obligation de communiquer dans le cadre de la procédure API).

Position du Conseil fédéral

Chaque année, un millier de personnes sont refoulées à la frontière extérieure suisse sur un total de près de 7 millions d'entrées par les frontières extérieures des aéroports suisses. Le taux de refoulement est donc d'environ 0,014 %. Si l'on ne tient pas compte des cas où le refus d'entrée repose sur des informations auxquelles les entreprises de transport aérien n'ont pas accès (interdictions d'entrée, menace pour la sécurité publique, ressources insuffisantes, preuve insuffisante du motif du séjour), ce taux diminue même encore de moitié (2011: 502 cas sur 1002). Au vu du nombre énorme de passagers transportés, il est évident que des erreurs isolées ne

¹³ Cf. rapport de la procédure de consultation: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2012.html>

peuvent complètement être exclues et ce, même si les entreprises de transport aérien prennent toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger d'elles pour empêcher le transport de personnes dépourvues des documents requis.

Renoncer à la disposition potestative aurait donc deux effets indésirables. D'une part, des sanctions devraient être prononcées de manière systématique, y compris dans des cas qui ne seraient clairement pas liés à un comportement fautif d'une entreprise de transport aérien et qu'il est impossible d'exclure totalement, en raison de la quantité de passagers transportés et ce, même en prenant des précautions exemplaires. Les sanctions n'auraient alors plus d'effet préventif et ne deviendraient plus qu'une simple fin en soi. D'autre part, l'ODM, qui devrait mener ces procédures, serait confronté à une surcharge de travail considérable qu'il ne pourrait traiter avec le personnel dont il dispose.

Renversement du fardeau de la preuve

Plusieurs participants à la procédure de consultation (entre autres Aerosuisse et SWISS) critiquent la présomption légale au détriment des entreprises de transport aérien. Ils l'estiment disproportionnée et contraire à l'objectif fixé. Ils considèrent que la fourniture de preuves est aussi lourde et complexe pour les compagnies aériennes qu'elle ne l'est actuellement pour les autorités et qu'elle est extrêmement coûteuse. Qui plus est, ils considèrent qu'une tâche en principe étatique (sécurité des frontières extérieures, lutte contre la migration illégale) ne devrait pas pouvoir être transférée de la sorte à des entités privées.

Position du Conseil fédéral

Concernant la présomption légale: l'Etat doit toujours, comme par le passé, prouver la base de présomption, c.-à-d. qu'une personne ne disposant pas des documents nécessaires a été transportée. L'introduction de la présomption légale est indispensable pour que la norme concernant les sanctions puisse déployer ses effets dans la pratique. L'entreprise de transport aérien peut facilement réfuter la présomption en montrant quelles mesures (suffisantes) elle a prises sur le terrain aux niveaux du personnel et de l'organisation, ainsi que sur le plan technique, pour remplir ses obligations. Par contre, l'autorité ne pourrait guère prouver une violation du devoir de diligence pour des raisons tant factuelles (procédure à l'étranger) que juridiques (difficulté à prouver l'absence d'une circonstance précise). Par ailleurs, la réglementation correspond au droit international (annexe 9, ch. 5.14, de la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale¹⁴; concernant le transfert de tâches étatiques, cf. annexe 9, ch. 3.33, de la convention).

Absence de sanctions dans certains cas

Certains participants (Board of Airlines Representatives in Switzerland, Economie-suisse, SWISS) souhaitent que des sanctions soient prises uniquement lorsque des entreprises de transport aérien renoncent de manière systématique aux contrôles et, ainsi, violent leur devoir de diligence.

¹⁴ RS 0.748.0

Position du Conseil fédéral

Il importe de sanctionner non seulement les entreprises qui renoncent de manière systématique aux contrôles, mais également celles qui procèdent à des contrôles insuffisants sur le plan qualitatif. La disposition potestative tient suffisamment compte du principe de la proportionnalité, sans pour autant diluer l'effet dissuasif que doit revêtir la norme (cf. également supra ch. 1.3.1. selon lequel l'ODM peut renoncer à ouvrir une procédure dans certains cas isolés et de moindre gravité et se contenter de prononcer un avertissement).

Sanctions plus lourdes

L'UDC demande que, dans des cas graves, des sanctions complémentaires telles que le retrait de l'autorisation d'atterrissage soient prévues, en plus de l'amende, et intégrées dans le texte de loi.

Position du Conseil fédéral

Les sanctions prévues (amendes) devraient avoir un effet suffisamment dissuasif même dans des cas graves. Appliquer des sanctions complémentaires serait disproportionné dans de nombreux cas. Dans des cas graves, il est aujourd'hui déjà possible de retirer l'autorisation suisse d'exploitation, puisque le respect des obligations relevant du droit des étrangers fait partie intégrante des conditions d'octroi de l'autorisation en question.

Consultations automatisées de banques de données (système API)

Trois participants à la procédure de consultation considèrent que la comparaison automatisée et systématique des données du système API avec le SIS n'est pas admissible car celui-là n'a pas été conçu comme un outil de recherche et est exclusivement utilisé en cas de soupçon fondé dans le cadre d'une comparaison dite «one-to-one». Selon eux, la comparaison automatisée et systématique serait également disproportionnée. Ils estiment qu'il serait suffisant de permettre aux autorités chargées du contrôle à la frontière de faire des comparaisons au cas par cas en présence de soupçons fondés.

Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral ne partage pas cet avis. Le SIS est une banque de données destinée à la recherche de personnes et d'objets. Elle joue notamment un rôle important lors du contrôle de l'entrée. Ainsi, lors de l'entrée d'un ressortissant d'un Etat tiers, il convient de vérifier systématiquement, avec ou sans soupçons préalables, si l'intéressé fait l'objet de signalements (portant sur sa personne ou sur le document de voyage présenté). Conformément à la directive 2004/82/CE, contraignante pour la Suisse, le système API sert à améliorer les contrôles frontaliers de telle sorte qu'ils puissent être intensifiés et que les organes de contrôle à la frontière disposent de suffisamment de temps pour procéder à des contrôles approfondis et précis.

Répartition des coûts pour le système national d'information sur les visas

Quatre cantons estiment que la mise en œuvre du sous-système N-VIS ne doit pas engendrer de coûts supplémentaires pour les cantons et que l'envergure exacte du projet ainsi que l'estimation du cadre budgétaire doivent être exposées de manière plus claire.

Position du Conseil fédéral

La mise en œuvre du nouveau système national d'information sur les visas (N-VIS) est financée par le crédit d'informatique Schengen. Les modifications de lois liées à la mise en œuvre de ce système ne devraient pas engendrer de frais supplémentaires pour les cantons.

A l'heure actuelle, il n'est pas possible de déterminer avec certitude dans quelle mesure la possibilité introduite dans la loi de disposer de dossiers électroniques (cf. commentaire *ad art. 109b. al. 2^{bis}, sous ch. 2*) sera mise en œuvre. Les conséquences de cette mise en œuvre en termes de personnel et de finances ne peuvent dès lors pas encore être chiffrées.

Conservation des données dans le système national d'information sur les visas

Le canton d'Argovie se demande si la conservation des données en dehors des systèmes SIS et RIPOL n'est pas disproportionnée du fait de leur sensibilité et de l'utilité peu évidente de leur conservation.

Position du Conseil fédéral

Les données sont conservées uniquement lorsque la comparaison avec le SIS, RIPOL et l'ASF-SLTD a abouti à un résultat positif. Il n'est donc pas question de conserver de manière systématique des données en dehors des bases de données mentionnées. De plus, en cas de décision négative en matière de visas, les données éventuellement enregistrées dans le N-VIS ne sont conservées que jusqu'à l'entrée en force de la décision et, en matière d'octroi de visas, sont conservées au maximum un an dans le N-VIS.

1.6 Comparaison juridique, en particulier avec le droit européen

1.6.1 Dans le domaine des «Carrier Sanctions»

Conformément à l'acquis de Schengen, les Etats membres sont tenus d'introduire des sanctions efficaces contre les violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer commises par les entreprises de transport.

La mise en œuvre effective de cette obligation dépend fortement du système juridique en place dans chaque Etat. Une comparaison avec la Belgique, l'Allemagne, le Luxembourg et l'Autriche montre que, dans chacun de ces Etats, les sanctions appliquées en cas de violations du devoir de diligence dépendent du nombre de personnes transportées qui ne disposaient pas des documents requis. Le montant des sanctions se fonde sur les prescriptions de la directive 2001/51/CE et se situent donc dans une fourchette similaire à celle appliquée par la Suisse (p. ex. Belgique: 3750 euros par passager, augmentation à 5000 euros prévue; Autriche: 5000 à 15 000 euros par passager). Bien que les procédures qui aboutissent à une sanction soient aménagées de manière très différente, elles présentent un point commun, à savoir que l'autorité compétente ne doit en aucun cas prouver que l'entreprise de transport fautive a commis une violation de son devoir de diligence à l'étranger. Conformément au présent projet, les autorités compétentes des Etats susmentionnés doivent uniquement prouver à l'entreprise de transport qu'elle a transporté des personnes qui ne disposaient pas des documents de voyage, visas ou titres de séjour requis. Seul le

droit luxembourgeois contient des motifs de disculpation spécifiques tels que ceux prévus dans le présent projet. Concernant le système de sanction, l'Allemagne recourt à un catalogue de faits tandis que la République tchèque rend une décision au cas par cas, l'amende maximale s'élevant à 20 000 euros. Dans ces deux pays, les autorités disposent également d'une certaine marge d'appréciation pour prononcer ou non une amende.

1.6.2 Dans le domaine du système API

Une comparaison de la mise en œuvre du système API dans plusieurs pays de l'UE montre que l'Allemagne, la République tchèque ou encore l'Espagne effectuent une comparaison entre les données API et l'ensemble des signalements dans le SIS. Qui plus est, la République tchèque compare les données API avec toutes les bases de données policières et l'Espagne peut en outre utiliser les données API à des fins de garantie de la sécurité intérieure. L'Allemagne demande, en plus de la série de données prévue par la directive, le sexe du passager, le numéro et l'Etat émetteur du titre de séjour ou du visa de transit aéroportuaire requis, ainsi que les aéroports de départ et l'itinéraire de vol réservé.

2 Commentaire des articles du projet de loi

Remplacement du terme «Reisepapiere» par le terme «Reisedokumente»

Cette modification de nature rédactionnelle ne concerne que le texte allemand, lequel fait usage des expressions «Reisepapiere» et «Reisedokumente» pour une même notion. Le texte allemand mélange parfois ces deux expressions à l'intérieur d'une même disposition, ce qui peut provoquer une certaine insécurité juridique (voir par ex. l'art. 111 LEtr). Les textes français et italien ne connaissent qu'une seule expression («documents de voyage», «documenti di viaggio»), de sorte que la modification de la version allemande se justifie par le fait que les trois versions linguistiques de la loi doivent être équivalentes. Le choix de remplacer dans la loi l'expression «Reisepapiere» s'explique également par le titre allemand de l'ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers¹⁵.

Art. 6, al. 2 et 2^{bis}

L'al. 2 règle désormais qu'en cas de refus du visa pour un séjour non soumis à autorisation (art. 10 LEtr), la représentation à l'étranger compétente rend une décision au nom du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), dans la mesure où la décision relève de ses compétences. L'al. 2^{bis} précise qu'une telle décision peut faire l'objet d'une opposition écrite devant le DFAE dans un délai de 30 jours, pour autant que le DFAE soit l'autorité qui a rendu la décision.

Cette norme ne s'applique pas en cas de visas accordés pour des missions officielles soumises aux règles de procédure du service diplomatique.

¹⁵ RS 143.5

Art. 65, al. 3

L'expression «zone de transit» est remplacée par «zone internationale de transit des aéroports» afin d'harmoniser la terminologie employée dans la LEtr. La signification de ces expressions étant identique, l'alinéa ne subit aucune modification matérielle.

Art. 92 *Devoir de diligence*

La collaboration entre les entreprises de transport aérien et les autorités, aujourd'hui réglée à l'al. 3, doit désormais être inscrite dans un article spécifique (art. 94 P-LEtr). L'intitulé de l'article a donc été adapté.

Al. 1

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

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

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

Ni la CAAS, ni l'annexe 9 de la Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale ne prévoient de sanctions lors du départ. Ne répondant à aucune nécessité pratique, ce type de sanctions n'est pas pris en considération.

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

Al. 2

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

Art. 93, al. 1 et 3, phrase introductive

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

Al. 1

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

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

La norme de délégation figurant actuellement à l'art. 92, al. 3, LEtr paraît trop étroite au vu de l'actuel art. 26, al. 1, de l'ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)¹⁶. Par conséquent, une partie des dispositions de l'ordonnance sont désormais intégrées dans la loi.

Al. 1

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

Al. 2

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

Al. 2, let. a

Pour certains aéroports de départ, l'ODM peut convenir de mesures complémentaires avec les entreprises de transport aérien, dans le but de faire respecter le devoir de diligence visé à l'art. 92 LEtr. La collaboration porte essentiellement sur l'échange d'informations relatives à la situation et sur la réalisation de formations destinées aux entreprises de transport aérien. Lorsque de nombreuses personnes munies de documents de voyage falsifiés sont interceptées sur une même ligne, il peut s'avérer nécessaire d'évaluer l'authenticité des documents à l'aide de moyens supplémentaires (optiques, par ex.). En cas d'augmentation du nombre de passagers qui se présentent à la frontière extérieure dépourvus de documents et en provenance d'un même aéroport de départ, il peut également s'imposer de copier au moment de l'enregistrement la page des données personnelles du passeport et, éventuellement, le visa de tous les passagers empruntant cette liaison aérienne. Cette mesure permettra ultérieurement de vérifier qui sont ces personnes et si elles ont bien voyagé depuis le lieu de départ présumé.

Al. 2, let. b

Des forfaits destinés à couvrir les coûts éventuels liés aux passagers auxquels l'entrée a été refusée peuvent être introduits dans la concession ou dans l'accord en lieu et place des frais de subsistance et d'assistance selon l'art. 93 LEtr.

¹⁶ RS 142.204

Al. 3

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

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

Art. 95 Autres entreprises de transport

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

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

Art. 103b Système d'information sur les interdictions d'entrée (*nouveau*)

Al. 1

Conformément à l'art. 13, al. 5, du code frontières Schengen¹⁷, tous les Etats membres doivent établir un relevé statistique sur le nombre d'interdictions d'entrée prononcées aux frontières extérieures de Schengen (cf. art. 65 LEtr) et transmettre ces statistiques à la Commission une fois par an. Qui plus est, la Suisse est tenue de transmettre chaque mois diverses statistiques à l'agence européenne chargée de la protection des frontières Frontex. Ces statistiques portent notamment sur le nombre de personnes auxquelles l'entrée a été refusée, leur nationalité, les motifs du refus et les aéroports de départs des personnes ayant pris un vol pour la Suisse. Afin de générer ces informations, l'ODM gère un système d'information sur les interdictions d'entrée (système INAD), dans lequel sont sauvegardées les données relatives à toutes les personnes frappées d'un refus d'entrée.

L'ODM a également besoin du système INAD pour mettre en œuvre des sanctions en cas de violation du devoir de diligence par les entreprises de transport aérien. Dans ce système, l'ODM indique, pour chaque personne à laquelle l'entrée a été refusée, s'il a des indices de violation du devoir de diligence. Le système INAD

¹⁷ JO L 105 du 13.4.2006, p. 1.

permet ainsi de comparer diverses violations du devoir de diligence, d'identifier d'éventuelles constantes, d'exiger des entreprises de transport aérien qu'elles prennent les mesures correctrices nécessaires et, en dernier recours, de prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises fautives. Par ailleurs, le système INAD permet à l'ODM d'avoir un aperçu de l'état actuel de la procédure pour chaque cas de violation du devoir de diligence (p. ex. quelles violations du devoir de diligence sont regroupées dans une procédure). Le système API sert quant à lui à mettre en œuvre des sanctions en cas de violation de l'obligation de communiquer (cf. art. 104a, al. 2, P-LEtr).

Les autorités chargées du contrôle à la frontière relèvent les données et les transmettent une fois par mois à l'ODM. Ce dernier procède, sur la base des données personnelles et des rapports de contrôle à la frontière, à un contrôle qualité afin de garantir que les interdictions d'entrée ont été saisies selon des critères uniformes et dans le respect des exigences d'Eurostat et de Frontex. L'ODM enregistre ensuite les données dans le système d'information.

Seul l'ODM a accès aux données. Il s'agit donc d'un système d'information interne. Les données sauvegardées par l'ODM concernant les interdictions d'entrée sont transmises tous les mois sous forme anonyme au Corps des gardes-frontière, lequel se charge, en tant que point de contact national central, de les retransmettre à Frontex.

Al. 2

Le système d'information contient les données nécessaires à l'élaboration des statistiques demandées par Eurostat et Frontex et à la mise en œuvre de sanctions en cas de violation du devoir de diligence. Ces données portent sur l'identité des personnes qui se sont vu refuser l'entrée. Des indications sur le vol emprunté par la personne concernée (numéro de vol, compagnie aérienne, itinéraire) et des données relatives aux procédures pour violation du devoir de diligence sont également saisies.

Al. 3

Une fois passé un délai de deux ans, aucune procédure pour violation du devoir de diligence ne peut plus être ouverte (cf. art. 122c, al. 3, P-LEtr). C'est pourquoi les données sont anonymisées à partir de cette date et ne peuvent dès lors plus être utilisées qu'à des fins statistiques. Cette disposition tient compte des prescriptions en matière de protection des données en vertu desquelles une conservation illimitée des données serait disproportionnée.

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

Al. 1

Il est précisé que la disposition n'englobe que les vols en provenance de pays extérieurs à l'espace Schengen (cf. explications relatives à l'art. 92 P-LEtr).

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

l'embarquement sont supprimées de la liste des passagers. Il est donc judicieux et logique de ne demander la communication des données qu'après le décollage.

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

Les données doivent en principe être transmises à l'ODM. Dans des cas exceptionnels, par exemple en cas de panne du système, l'ODM peut indiquer aux compagnies aériennes qu'elles doivent transmettre les données aux organes de contrôle à la frontière.

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

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

Al. 2

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

Al. 3

L'obligation de communication concerne en premier lieu les données relatives aux personnes transportées. A cet égard, la liste de l'al. 3 se fonde sur le droit en vigueur et englobe notamment les catégories de données visées dans la directive 2004/82/CE. Par ailleurs, la nouvelle formulation de l'alinéa permet d'exiger d'autres données importantes pour les contrôles à la frontière, pour autant que l'entreprise de transport aérien dispose de ces données. Les données personnelles actuellement soumises à l'obligation de communication sont indispensables au traitement automatisé des données et sont donc maintenues sans changement (let. a). La date d'échéance du document de voyage utilisé (let. b), que les entreprises de transport aérien consultent aujourd'hui déjà en même temps que les données personnelles du passager par la lecture de la zone lisible par machine du document de voyage, est désormais requise.

Autres données nouvellement requises: le numéro, l'Etat émetteur, le type et la date d'échéance du visa ou titre de séjour utilisé, pour autant que l'entreprise de transport aérien soumise à l'obligation de communication dispose de ces données (let. c). Des projets concrets existent déjà à l'heure actuelle afin d'aménager le format de données utilisé lors de l'échange de données sur les passagers, de sorte que de telles données puissent également être saisies et traitées. Il faut donc s'attendre à ce que les premières entreprises de transport aérien soient prochainement en mesure de fournir ces données, lesquelles sont essentielles pour garantir l'efficacité des contrô-

les à la frontière. Il importe cependant de préciser que les données ne sont soumises à l'obligation de communication que si l'entreprise de transport aérien y a effectivement accès. Il en va de même des indications relatives à l'itinéraire de vol réservé par les personnes transportées. Ces indications comprennent le lieu de départ initial et les escales effectuées pour se rendre à l'aéroport de départ, qui doit être communiqué, ainsi que la destination finale (let. d). Ces données sont également soumises à l'obligation de communiquer lorsque l'entreprise de transport aérien concernée en a connaissance. Tel est le cas lors de la réservation d'un vol incluant une correspondance. Dans ce cas, l'entreprise ne doit pas uniquement indiquer l'aéroport emprunté par la personne afin de se rendre en Suisse, mais également préciser toutes les escales effectuées. En effet, l'itinéraire suivi constitue un élément important pour évaluer les risques et, ainsi, assurer l'efficacité des contrôles à la frontière. Dernier ajout par rapport à l'actuel al. 2: l'heure de départ doit être communiquée (let. g). Il s'agit de l'heure de départ *prévue*. Afin d'éviter tout risque de confusion causé par les fuseaux horaires et les vols de nuit, la let. g précise qu'il ne faut pas uniquement indiquer les heures de départ et d'arrivée mais également les dates de départ et d'arrivée.

Comme les communications tardives constituent une violation de l'obligation de communiquer visée à l'art. 104 et peuvent être sanctionnées en vertu de l'art. 122b P-LEtr, tant les autorités que les entreprises de transport aérien soumises à l'obligation de communiquer ont intérêt à ce que l'heure de départ *effective* soit communiquée. Cette heure est nécessaire pour évaluer la ponctualité de la communication en cas de retard par rapport au plan de vol. L'entreprise de transport aérien est donc libre de communiquer ultérieurement l'heure de départ effective, ce que prévoit également la décision ordonnant l'obligation de communiquer.

Al. 4

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

Al. 5

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

Al. 6

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

L'obligation d'effacer les données naît au même moment que la transmission des données (immédiatement après le décollage; art. 104, al. 1, P-LEtr), mais en fonction des circonstances, son exécution peut être différée. Si l'ODM n'a pas ouvert de procédure en violation de l'obligation de communiquer dans le délai de deux ans prévu à l'art. 122*c*, al. 3, P-LEtr, la compagnie aérienne devra effacer les données le jour suivant l'échéance de ce délai (let. a). Par contre, si l'ODM a ouvert une telle procédure, les données devront être effacées le lendemain de l'entrée en force de la décision (let. b). Il s'agit ici de tenir compte du droit de la compagnie aérienne de déposer un recours dans les 30 jours qui suivent la décision de l'ODM. En cas de recours, la liste des données recueillies et transmises peut être conservée jusqu'à l'issue de la procédure.

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

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

Al. 1

L'ODM exploite le système API afin d'accomplir les tâches qui lui sont dévolues en vertu de l'art. 104 LEtr. Selon le considérant 12 de la directive 2004/82/CE, le traitement des données transmises concernant les passagers, effectué aux fins des contrôles aux frontières, est légitime dans le but de permettre l'utilisation de ces données comme élément de preuve dans des procédures visant à l'application des lois et des règlements sur l'entrée et l'immigration, notamment les dispositions relatives à la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale. En vertu de l'art. 6 de la directive, les données relatives aux passagers peuvent également être utilisées à des fins répressives. L'utilisation de ces données se fait dans le cadre posé par les art. 95 à 98, 99, al. 2 et 3, et 100, al. 3, let. d et e, CAAS.

Il faut souligner que les requêtes soumises via le système API ne vont pas au-delà des consultations déjà réalisées dans le cadre du contrôle ordinaire à la frontière. En l'espèce, il s'agit uniquement de procéder à un examen anticipé des passagers pour que les autorités responsables des contrôles aux frontières puissent mieux se préparer. Un tel «examen anticipé» représente une plus-value pour les autorités responsables des contrôles aux frontières lorsqu'il vise les mêmes contrôles que ceux qui auraient été effectués plus tard lors du contrôle ordinaire à la frontière.

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

Al. 2 et 3

Les al. 2 et 3 définissent quelles autorités peuvent accéder aux données traitées dans le système d'information par une procédure d'appel conformément à l'art. 104, al. 3, P-LEtr.

Cet accès est accordé à l'ODM pour surveiller si l'obligation de communiquer les données est respectée ainsi que pour prouver et, éventuellement, sanctionner les violations de cette obligation en vertu de l'art. 122b P-LEtr (cf. al. 2).

Les autorités responsables du contrôle des personnes aux frontières extérieures de Schengen obtiennent quant à elles l'accès aux données traitées dans le système afin de pouvoir examiner les données relatives aux passagers (ce qui inclut la vérification de la présence d'un signalement dans une banque de données). Elles peuvent ainsi se préparer à l'arrivée du vol concerné et prendre les mesures nécessaires (cf. al. 3).

L'actuel art. 104, al. 6, LEtr prévoit que les données doivent être transmises aux autorités chargées du contrôle à la frontière. Cette disposition ne permet pas de mettre les données à la disposition des autorités responsables des contrôles aux frontières en ligne via le portail du DFJP. La LPD parle d'accès par procédure d'appel, car les collaborateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières et (dans une certaine mesure) de l'ODM obtiennent un accès en ligne aux données traitées dans le système API selon le principe du libre-service. Une base légale est systématiquement nécessaire pour permettre à un organe fédéral de rendre des données personnelles accessibles par une procédure d'appel. Pour les données sensibles, l'accès doit expressément être prévu dans une loi formelle (art. 19, al. 3, LPD).

La procédure d'appel, désormais réglée à l'al. 3, a pour avantage de permettre aux autorités responsables des contrôles aux frontières de consulter directement les données dans le système API. Autre avantage: les données peuvent être consultées automatiquement dans les banques de données pertinentes via le système API, ce qui permet d'économiser un temps précieux. Cette possibilité est d'autant plus importante que le temps disponible pour vérifier les concordances est souvent limité lors de vols de courte durée. Il est donc essentiel que les données traitées soient disponibles aussi rapidement que possible. De plus, la procédure d'appel est conviviale et efficace, car elle ne nécessite pas de transmission des données (via un service de courrier électronique sécurisé), ce qui supprime une étape fastidieuse. Au niveau de l'architecture du système et de la sécurité, les données ont pour avantage de ne pas faire l'objet de sauvegardes intermédiaires sur le plan local. Les utilisateurs ont accès aux données API via le portail du DFJP, ce qui restreint l'accès aux données API et garantit une authentification stricte et l'existence des droits d'accès requis. C'est pourquoi l'utilisation du portail du DFJP est prévue dans l'architecture de référence des logiciels du DFJP. Outre l'aspect sécuritaire qu'ils apportent, la sauvegarde centralisée des données et l'accès par une procédure d'appel ont l'avantage de permettre de contrôler la durée de conservation des données et de les supprimer de manière centralisée à l'expiration de leur durée de conservation (cf. al. 5). Par ailleurs, l'absence de procédure d'appel ne permettrait pas d'établir des statistiques appropriées en matière de contrôle d'efficacité.

Le Service de renseignement de la Confédération (SRC) n'a pas accès par procédure d'appel aux données sauvegardées dans le système d'information. Conformément à l'art. 13, al. 1, let. c, et al. 2, en relation avec l'art. 11 de la loi fédérale du 21 mars 1997 instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure¹⁸, il reçoit une copie des données API, pour autant qu'elles concernent les aéroports de départ qui figurent dans la liste confidentielle du Conseil fédéral. Dès que les données relatives aux passagers des aéroports de départ concernés sont disponibles, elles sont automatiquement transmises au SRC via un service de courrier électronique sécurisé avant d'être comparées avec les données qui figurent dans les différentes banques.

Al. 4

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

Sachant que plusieurs autorités responsables des contrôles aux frontières (police aéroportuaire de Zurich, Corps des gardes-frontière de l'aéroport de Bâle, Corps des gardes-frontière de l'aéroport de Genève, police cantonale bernoise) travailleront avec le système API, il est judicieux que les consultations se fassent de manière centralisée par l'entremise de l'ODM et via le système API et que les résultats soient ensuite mis à la disposition des autorités responsables des contrôles aux frontières. Par ailleurs, le temps à disposition pour évaluer les données des passagers est le plus souvent limité (p. ex. temps de vol Pristina–Zurich: 2 h 15). Le fait de lancer les consultations par le système API permet de gagner un temps précieux.

La mise en œuvre sur le plan technique est prévue comme suit. Dans un premier temps, les données API transmises dans le système API par les compagnies aériennes (c.-à-d. les données relatives aux vols et aux passagers) sont validées (les données ont-elles été transmises dans les délais, de manière correcte et exhaustive?). La liste des passagers fait ensuite l'objet d'un examen automatique dans les banques de données RIPOL, SYMIC, SIS et ASF-SLTD directement par l'intermédiaire du système API. Tous les passagers, quelle que soit leur nationalité, sont contrôlés afin de garantir qu'ils ne puissent pas éluder les contrôles en étant munis de documents de voyage volés. Les résultats de l'évaluation automatique s'affichent par banque de données et par passager, en indiquant si la personne concernée est signalée dans l'une des banques de données interrogées (résultat positif/absence de résultat positif). Le résultat de cet examen est ensuite sauvegardé dans le système API. Aucune autre donnée ne peut être tirée ou sauvegardée depuis les banques de données. Les collaborateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières doivent recourir au système API pour accéder aux données des passagers et aux résultats des requêtes. L'accès au système API se fait par le portail du DFJP (authentification forte, exclusivement réservée aux utilisateurs personnels). Les utilisateurs des autorités responsables des contrôles aux frontières peuvent consulter le résultat de l'évaluation automatique (résultat positif/pas de résultat positif) pour chaque vol

¹⁸ RS 120

dans une liste de passagers. Ils peuvent soumettre manuellement une requête RIPOL pour un passager déterminé afin de vérifier pourquoi il est signalé dans une banque de données. Dans ce cas, les requêtes «Client» s'ouvrent dans une fenêtre distincte avec les données du passager sélectionné. La vérification des autorisations d'accès passe par la gestion des utilisateurs (c.-à-d. qu'elle a lieu selon les mêmes règles que celles appliquées lorsque l'utilisateur lance des requêtes «Client» de la manière ordinaire via le portail du DFJP). Les utilisateurs de l'ODM accèdent également aux données API par le portail du DFJP. Cependant, ils ne peuvent consulter que la liste des passagers et non les résultats des requêtes. A l'image d'autres applications informatiques du DFJP, la gestion des droits d'accès de chaque utilisateur aux différentes catégories de données est définie dans le profil des utilisateurs.

D'un point de vue juridique, les consultations automatisées par un utilisateur technique équivalent à un accès de l'ODM et ce, même si les résultats découlant de ces consultations ne sont pas visibles pour l'ODM. L'ODM a certes aujourd'hui déjà accès à toutes les catégories de données du SIS, de RIPOL et de la base de données d'Interpol ASF-SLTD nécessaires pour les consultations automatisées, mais le but des consultations est limité. En tant que maître des données, l'ODM serait responsable de consultations pour lesquelles il n'existe pas de base légale suffisante. Par conséquent, les art. 15 et 16 de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)¹⁹ ont dû être modifiés. L'art. 7 de l'ordonnance N-SIS²⁰ du 7 mai 2008 devra par la suite être adapté en conséquence. Par contre, l'ordonnance RIPOL²¹ du 15 octobre 2008 ne subira aucune modification. Il est important de relever que la comparaison automatisée susmentionnée ne portera que sur l'ensemble des données des systèmes RIPOL et SIS et de la base de données d'Interpol ASF-SLTD auxquelles l'ODM a aujourd'hui déjà accès. Dès lors, une adaptation des tableaux des accès à ces deux systèmes ne sera pas nécessaire (cf. annexe 2 de l'ordonnance N-SIS et annexe de l'ordonnance RIPOL).

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

Al. 5

Pour des raisons de systématique, l'actuel art. 104, al. 6, LEtr est transféré dans le nouvel art. 104a, al. 5, P-LEtr. La première phrase de l'actuel alinéa est simplement supprimée, car il n'est plus nécessaire de transmettre les données grâce à la procédure d'appel visée aux al. 2 et 3. Le délai d'effacement des données est adapté aux délais prévus à l'art. 104, al. 6, LEtr. Cette disposition se justifie par le fait que, selon le temps de vol, la durée de disponibilité des données après l'atterrissage de

¹⁹ RS 361

²⁰ RS 362.0

²¹ RS 361.0

l'appareil est variable. La transmission des données a souvent lieu de nuit pour les vols long-courriers. Les organes de contrôle à la frontière ne disposent alors pas du personnel nécessaire pour évaluer les données.

Art. 104b Accès aux données relatives aux passagers
dans des cas particuliers (*nouveau*)

Al. 1

En vertu de l'art. 44 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes²² et de l'art. 151 de l'ordonnance du 1^{er} novembre 2006 sur les douanes²³, le Corps des gardes-frontière peut aujourd'hui déjà demander, dans le cadre de ses activités de contrôle à la frontière, à avoir accès aux listes de passagers. Par contre, les autres autorités de contrôle à la frontière, en particulier la police aéroportuaire de Zurich, ne peuvent invoquer la loi sur les douanes et dépendent pour le moment de la bonne grâce des compagnies aériennes.

L'accès aux données relatives aux passagers dans des cas particuliers est non seulement nécessaire au Corps des gardes-frontière mais également aux cantons, lesquels sont à l'origine responsables du contrôle de personnes à la frontière (art. 9, al. 1, LEtr), afin d'exercer efficacement leur activité de contrôle à la frontière. Un tel accès facilite le travail des autorités de contrôle à la frontière lors des vérifications d'identité et lorsqu'il s'agit de déterminer quelle compagnie aérienne est compétente pour la prise en charge et le transport d'une personne conformément à l'art. 93 LEtr. Par ailleurs, cet accès peut s'avérer utile lors d'investigations liées à la traite d'êtres humains. Les autorités chargées du contrôle à la frontière se voient ainsi accorder les mêmes possibilités que le Corps des gardes-frontière, qui peut s'appuyer sur la loi sur les douanes et son ordonnance d'application.

Une demande de remise des listes de passagers visées à l'art. 104b LEtr repose toujours sur un fait concret (investigations concernant une personne à laquelle l'entrée a été refusée ou enquête préliminaire en cas de soupçon de traite d'êtres humains et trafic de migrants). La mention «Dans des cas particuliers» se réfère donc à des cas non soumis à l'obligation générale de communiquer visée à l'art. 104 LEtr et applicable à certains vols. L'art. 104 LEtr n'est pas approprié pour exiger des compagnies aériennes qu'elles fournissent des données relatives aux passagers dans des cas particuliers. Lorsque l'ODM souhaite soumettre un aéroport de départ à l'obligation de communiquer, il doit auditionner les compagnies aériennes concernées et ordonner l'obligation de communiquer au moyen d'une décision générale. Par conséquent, il n'est pas possible d'obtenir à bref délai l'accès aux données relatives aux passagers. Qui plus est, l'obligation de communiquer visée à l'art. 104 LEtr n'est ordonnée que pour certains aéroports de départ (actuellement seuls cinq aéroports de départ sont soumis à l'obligation de communiquer les données API). Ainsi, il ne sera jamais possible de disposer des données API de tous les aéroports de départ.

²² RS 631.0

²³ RS 631.01

Al. 2 et 3

Ces dispositions répondent aux exigences de l'art. 151, al. 2 et 3, de l'ordonnance sur les douanes. Quant au fond, les dispositions de l'ordonnance sur les douanes sont reprises telles quelles.

Al. 4

Cette disposition répond, en principe, aux exigences de l'art. 151, al. 4, de l'ordonnance sur les douanes.

Art. 109b²⁴

Al. 2, let. d et e (nouvelles)

Les let. d et e règlent l'enregistrement de données du SIS, de RIPOL et de la base de données d'Interpol sur les documents de voyage perdus ou volés (ASF-SLTD). Seules des données qui correspondent effectivement au demandeur de visa peuvent être conservées. Les autorités compétentes en matière d'octroi de visas ont accès au SIS en vertu de l'art. 7, let. f et g, de l'ordonnance N-SIS, pour autant que les données qu'elles conservent soient conformes aux modalités de l'art. 32, al. 1, du règlement (CE) n° 1987/2006²⁵. En vertu de ce dernier article, des données du SIS II (signalements aux fins de non-admission) peuvent être enregistrées dans une banque de données nationale uniquement si elles sont conservées pour une durée limitée et si des mesures sont prises sur le territoire national sur la base de ces signalements SIS. Il peut s'agir de l'une des mesures suivantes: interdictions d'entrée, refus ou annulation de visa, mesures d'éloignement (détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, expulsion) ou encore octroi d'un visa à validité territoriale limitée suite à un signalement aux fins de non-admission dans le SIS II. Par contre, l'octroi d'un visa Schengen ou d'un titre de séjour ne font pas partie de ces mesures car ils ne sont pas liés à un signalement aux fins de non-admission dans le SIS II mais supposent au contraire qu'aucun signalement de ce type ne figure dans le système. Il est prévu que, pour chaque signalement de ce type, les données enregistrées dans le SIS II seront sauvegardées dans le N-VIS.

Les accès au RIPOL et à l'ASF-SLTD sont réglés par l'art. 5, let. b, d et e, de l'ordonnance RIPOL. Ces données constituent des éléments importants de la prise de décisions en matière d'octroi de visas.

L'ODM souhaite pouvoir consulter ces données dans le cadre de la procédure d'opposition prévue à l'art. 6 LETr. Celles-ci seront ainsi conservées en cas de décisions négatives jusqu'à l'entrée en force de la décision de refus, soit en raison de l'absence d'un recours, soit après décision du Tribunal administratif fédéral. En outre, l'ODM peut être amené à vérifier la légitimité de l'octroi antécédent d'un visa, notamment lorsque l'entrée en Suisse a été autorisée bien qu'un signalement aux fins de non admission figurait dans le SIS. Lors de l'octroi d'un visa, les données du SIS II et du RIPOL seront conservées au maximum un an dans le N-VIS. Cet enregistrement vise à établir quel était l'état des connaissances des autorités au

²⁴ Dans la formulation du RO 2010 2063.

²⁵ Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), dans sa version conforme au JO L381 du 28.12.2006, p. 4.

moment précis de l'octroi du visa. Par ailleurs, l'art. 109e, let. f, LEtr déjà approuvé par le Parlement prévoit que le Conseil fédéral soit compétent pour régler la durée de l'enregistrement et l'effacement des données du N-VIS. Ceux-ci seront ainsi réglés dans la même ordonnance déjà mentionnée précédemment.

L'accès aux données nouvellement mentionnées à l'art. 109b, al. 2, let. e, est limité à l'ODM. En effet, il permet uniquement de surveiller la pratique de l'octroi des visas et à se prononcer dans le cadre de la procédure d'opposition visée à l'art. 6 LEtr. Ces accès seront définis au niveau des ordonnances (art. 109e, let. c, LEtr²⁶).

Al. 2bis

Il est souhaitable que le N-VIS contienne à moyen ou plus long terme des dossiers électroniques. Ceux-ci comprendront les pièces du dossier de demande de visa avec les décisions y relatives, soit directement créées sous forme électronique, soit scannées.

En principe, les autorités compétentes en matière de visa ont accès aux dossiers électroniques. Ces autorités sont énoncées à l'art. 109c, let. a à c et e (non encore en vigueur), LEtr. Il s'agit des représentations suisses à l'étranger et des autres autorités du DFAE, du Corps des gardes-frontières et des polices cantonales aux frontières extérieures de Schengen, de même que des autorités cantonales compétentes en matière de migration. Le Tribunal administratif fédéral devrait également pouvoir accéder aux dossiers électroniques. En application de l'art. 109e, let. c, LEtr, le Conseil fédéral est compétent pour déterminer la portée des accès au N-VIS. Ces accès seront définis dans l'ordonnance qui règlera les accès aux systèmes central et au N-VIS et remplacera l'actuelle ordonnance du 6 juillet 2011 sur le système central d'information sur les visas²⁷.

Art. 115, al. 2, et 116, al. 1, let. c

L'expression «zone de transit d'un aéroport suisse» est remplacée par «zone internationale de transit des aéroports» afin d'uniformiser la terminologie dans la LEtr. Les deux expressions ont la même signification si bien que les normes adaptées ne subissent aucune modification matérielle.

Art. 120a à 120c et 120e, al. 2

Désormais, la procédure relative aux sanctions infligées aux entreprises de transport aérien ne doit plus être régie par le droit pénal administratif, mais par le droit administratif. Par conséquent, ces dispositions sont supprimées et remplacées par les art. 120a à 120c P-LEtr.

Art. 122, titre

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

²⁶ Dans la formulation du RO 2010 2063.

²⁷ RS 142.512

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

La disposition pénale en vigueur relative aux sanctions infligées aux entreprises de transport aérien en cas de violation de leur devoir de diligence (art. 120a LETr) s'est avérée difficilement applicable dans la pratique. En sa qualité d'autorité de poursuite pénale, l'ODM devait en effet non seulement démontrer à la compagnie aérienne coupable la faute commise à la frontière extérieure au regard du droit pénal (le transport de personnes non munies des documents nécessaires), mais également prouver l'omission concrète d'une mesure raisonnablement exigible. Or une telle preuve ne pourrait être apportée qu'en menant d'importantes recherches à l'étranger, chose qui s'est avérée quasiment impossible en pratique. Une violation du devoir de diligence est désormais présumée lorsque les personnes transportées ne disposaient pas des documents de voyage, visas et titres de séjour requis lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports. Les entreprises de transport aérien peuvent annihiler cette présomption en apportant la preuve du contraire. Cette preuve suppose qu'elles démontrent avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour éviter de transporter des passagers munis de documents insuffisants.

Al. 1

Comme déjà expliqué au ch. 1.3.1, cette nouvelle disposition a été rédigée de manière potestative. Elle permet à l'ODM de s'abstenir d'entamer une procédure dans les cas légers, isolés et sporadiques et, ainsi, de tenir compte de l'aspect préventif de cette norme dont le but principal est de réduire, en collaboration avec les entreprises de transport aérien, le nombre de passagers transportés sans être munis de documents suffisants. Il convient de se livrer, en particulier, à une réflexion sur la pertinence d'une renonciation à prononcer une sanction.

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

Contrairement au système actuel, qui se référait implicitement à la sanction maximale par vol, la nouvelle sanction dépend du nombre de passagers ne disposant pas de documents suffisants. A 4000 francs par personne transportée, la sanction peut être qualifiée de dissuasive, effective et proportionnelle au sens de la directive 2001/51/CE. Toutefois, du fait qu'elle est inférieure au montant minimum prévu à l'art. 4, al. 1, let. b, de la directive (3000 euros), le système de sanction doit encore

prévoir une autre sanction qui ne soit pas inférieure au seuil de 5000 euros par passager ne disposant pas de documents suffisants, et qui soit conforme à la disposition (alternative) de l'art. 4, al. 1, let. a, de la directive. Même lorsque que, dans un cas d'espèce, l'entreprise de transport aérien bénéficie, en vertu de sa coopération contractuelle avec les autorités au sens de l'art. 94, al. 3, P-LEtr, d'une réduction pouvant aller jusqu'à la moitié du montant initial, la somme à verser ne saurait être inférieure à ce seuil. Partant, pour respecter les prescriptions de la directive même dans ce cas de figure, la sanction maximale doit être augmentée de 5000 à 10 000 euros soit, au minimum, à 15 057 francs. Une sanction de 16 000 francs en cas de graves violations du devoir de diligence est conforme à ces exigences. Sont considérées comme graves au sens de cette disposition des violations du devoir de diligence récurrentes et du même ordre. La gravité du cas est évaluée non seulement en fonction du caractère récurrent de la violation du devoir de diligence mais également de son caractère intentionnel et de l'éventuelle volonté d'atteindre certains objectifs (réprouvés).

Comparativement à un système fondé sur une seule sanction forfaitaire, le système prévu, qui s'appuie sur deux sanctions forfaitaires échelonnées en fonction du degré de gravité, peut certes occasionner des difficultés pour établir les faits, du moins lorsque la sanction prononcée est la plus élevée et doit être justifiée. Toutefois, ces difficultés peuvent être contrebalancées par le fait qu'un système d'échelonnement permet de fixer, dans les cas ordinaires, une sanction nettement moins élevée et donc plus proportionnelle, sans pour autant enfreindre la directive 2001/51/CE. Si l'on optait pour une sanction unique, elle ne devrait pas être inférieure au montant minimum de 3000 euros par passager fixé dans la directive. Du fait que l'on ne devrait pas non plus tomber en-deçà de cette sanction, même en cas de réduction contractuelle au sens de l'art. 94 P-LEtr, il faudrait encore doubler cette sanction, qui devrait ainsi se situer à 6000 euros (soit 9034 fr. 20 au moins) par passager, ce qui déboucherait sur un montant disproportionné, surtout en comparaison européenne.

Al. 2

Une violation du devoir de diligence est désormais présumée dès lors qu'une personne transportée ne disposait pas de documents suffisants (cf. ch. 1.3.1). La phrase insérée dans le texte a été remaniée par analogie à l'art. 92 P-LEtr: «lors de l'entrée dans l'espace Schengen ou du passage par la zone internationale de transit des aéroports».

Al. 3

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

Let. a

Ch. 1

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

Ch. 2

Il y a violation du devoir de diligence lorsqu'une personne formée pour déceler une falsification et jouissant d'une acuité visuelle moyenne aurait dû s'apercevoir à l'œil nu que le document présenté ne pouvait appartenir de droit à la personne qui l'a présenté (imposteur).

Ch. 3

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

Ch. 4

L'entreprise de transport aérien peut réfuter la présomption légale visée à l'al. 2 en prouvant qu'elle a pris toutes les mesures organisationnelles nécessaires et que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de transporter des passagers ne disposant pas des documents nécessaires. Les trois *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*) figurent parmi les mesures d'organisation qui doivent dans tous les cas être prises.

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

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

Let. b

Cette disposition correspond à l'art. 120a, al. 2, let. c, LEtr en vigueur. Une simple vraisemblance suffit pour écarter la présomption de violation du devoir de diligence. En effet, la preuve de la contrainte nécessiterait de facto une condamnation pénale, ce qui constituerait un obstacle trop important pour l'administration des preuves.

Al. 4

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

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

Al. 1 et 2

Les violations de l'obligation de communiquer des données personnelles sont désormais sanctionnées pas des montants fixes pour chaque vol pour lequel cette obligation a été violée. Cette solution favorise la transparence et assure la sécurité du droit. De plus, elle élimine l'obstacle, en pratique insurmontable, posé par l'obligation de fixer le niveau de la sanction pécuniaire en fonction d'une faute quasiment impossible à établir pour chaque cas d'espèce. La nouvelle disposition, de nature potestative, permet à l'ODM de s'abstenir, dans certains cas, d'ouvrir une procédure. Il convient de se livrer, en particulier, à une réflexion sur la pertinence d'une renonciation à prononcer une sanction. Tel est notamment le cas lors de fautes mineures ne faisant pas gravement obstacle à l'objectif de l'obligation de communiquer des données personnelles, par exemple lorsque la date de naissance de l'un des passagers n'est pas indiquée. Cette norme n'a pas pour objectif de provoquer le prononcé du plus grand nombre possible de sanctions, mais d'améliorer – en collaboration avec les entreprises de transport aérien – la qualité des données personnelles communiquées. Le montant de la sanction se fonde sur l'art. 4 de la directive 2004/82/CE, qui prévoit de fixer soit une sanction minimale d'au moins 3000 euros, soit une sanction maximale d'au moins 5000 euros. La conversion en francs de ces sommes a lieu au cours de 1,5337 EUR/CHF publié dans le Journal officiel C 223 du 7 septembre 2004, p. 1.

Comme c'est déjà le cas à l'art. 122a P-LEtr, la sanction proposée pour punir les infractions ordinaires à l'obligation de communiquer des données personnelles est de 4000 francs, soit légèrement inférieure à la sanction minimale de 3000 euros prévue à l'art. 4, al. 1, let. b, de la directive 2004/82/CE déterminante dans ce cas. Cependant, pour être en conformité avec les prescriptions en question, il est encore nécessaire de prévoir une seconde sanction, plus élevée, qui satisfasse à la let. a desdites dispositions, en ce qu'elle soit supérieure à 5000 euros. Une telle sanction est appliquée dans les cas graves, notamment en cas de violations répétées et graves de l'obligation de communiquer. Exemple d'un tel cas de figure: l'ODM ordonne l'obligation de communiquer pour un nouvel aéroport de départ, accorde aux compagnies aériennes un temps de préparation suffisant et leur permet de tester au préalable la transmission de données. Une compagnie aérienne ne parvient pas à procéder à temps aux préparatifs nécessaires pour pouvoir commencer la transmission des données dans les délais. L'ODM prend alors contact avec cette compagnie aérienne et se met d'accord avec elle sur un calendrier pour la mise en œuvre de l'obligation de communiquer. Malgré le soutien fourni par l'ODM, la compagnie aérienne concernée laisse expirer le nouveau délai convenu pour le début de l'obligation de communiquer et ce, sans autre explication. Un tel cas de figure, déjà survenu une fois, constitue un cas grave et la sanction doit pouvoir être triplée.

Contrairement au droit en vigueur, la nouvelle disposition ne désigne plus la faute en tant qu'élément de fait autonome, puisque les actes ou omissions fondant une éventuelle faute se déroulent régulièrement à l'étranger, là où de tels actes ou omissions ne peuvent pas être établis ou ne pourraient l'être que moyennant l'engagement de moyens allant bien au-delà du raisonnable. En lieu et place, l'al. 3 prévoit désormais une liste exhaustive de motifs légaux de disculpation.

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

Al. 3

Le transporteur aérien peut se disculper, c'est-à-dire réfuter la présomption de violation de l'obligation de communication, lorsque des problèmes techniques liés aux systèmes de transmission ou au système API empêchent le transfert des données (let. a) ou que le transporteur prouve qu'il a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une violation de son obligation de communiquer les données (let. b). La disculpation fondée sur un dysfonctionnement du système de transmission n'est valable que si les problèmes techniques rencontrés ne sont pas imputables au transporteur aérien. Le fardeau de la preuve est donc déplacé. Parmi les mesures d'organisation qui doivent dans tous les cas être prises figurent les trois *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*; cf. commentaire relatif à l'art. 122*a*, al. 3, let. a, ch. 4, P-LEtr).

L'al. 4 de l'art. 120*b* en vigueur, qui règle les effets d'un accord de collaboration avec l'entreprise de transport aérien sur le montant de l'amende, n'est pas repris dans l'art. 122*b* P-LEtr. La communication des données visée à l'art. 104 est un processus de nature avant tout technique. Comparativement au devoir de diligence visé à l'art. 92, elle est moins faillible et en cas de problèmes techniques, c'est l'al. 3 qui s'applique. C'est pourquoi, au contraire d'une violation du devoir de diligence (cf. art. 94, al. 3, P-LEtr), dans laquelle l'élément humain joue un rôle plus important, une éventuelle convention concernant la sanction ne doit pas être prise en considération.

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

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

Al. 1

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

Al. 2 et 3

Afin de tenir compte du caractère administratif de la procédure, l'art. 120*e*, al. 2, est abrogé et figure dans le nouvel art. 122*c*, al. 3, P-LEtr, sous une forme modifiée. A l'instar de ce que prévoit déjà le droit actuel, l'ODM reste l'autorité compétente chargée de prononcer les sanctions; seul le droit procédural change. Désormais, la procédure relative aux sanctions ne relève plus de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, mais de la loi fédérale sur la procédure administrative. Pour garantir la sécurité du droit, un délai réaliste de deux ans est fixé pour engager une procédure. La durée de ce délai est motivée par une raison d'ordre organisationnel pour l'autorité chargée d'appliquer les sanctions administratives (ODM) ainsi que par le souci de lui laisser la possibilité d'apprécier la gravité de la violation en cas de manquements répétés (cf. art. 122*a*, al. 1, et 122*b*, al. 1, P-LEtr). Puisque les disposi-

tions relatives aux sanctions sont de nature potestative, l'ODM peut adresser à l'entreprise de transport aérien un simple avertissement sans prendre immédiatement de sanction. Il s'avère donc nécessaire de fixer un délai suffisamment étendu pour pouvoir prendre en compte ces situations.

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

Le délai de prescription court, en cas de violation du devoir de diligence, dès que l'autorité de contrôle aux frontières constate qu'un ou plusieurs passagers sont démunis du document de voyage, du visa ou du titre de séjour nécessaires (cf. art. 92 P-LEtr). Le constat est établi sur la base d'un rapport de contrôle frontière. Le délai commence à courir à la date de l'interdiction d'entrée et ce, même si, pour une raison ou une autre, le rapport devait être établi à une date ultérieure.

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

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

Après la modification apportée à la LEtr, les nouvelles procédures pour violation du devoir de diligence ou de l'obligation de communiquer ne seront plus soumises au droit pénal administratif, mais au droit administratif. Les procédures déjà engagées devront cependant être menées à leur terme sous l'ancien droit, sur les plans tant formel que matériel, jusqu'à l'entrée en force de la sanction et ce, même après l'entrée en vigueur du nouveau droit. En effet, tout changement de droit matériel et de droit de procédure applicable dans une procédure en cours ne manquerait pas de poser toute une série de difficultés difficiles à résoudre.

Loi du 26 juin 1998 sur l'asile²⁸

Art. 92, al. 3^{bis} (nouveau)

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

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

²⁸ RS 142.31

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

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

Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)²⁹

Art. 3, al. 2, let. k (nouvelle)

L'Association des offices suisses du travail a besoin de disposer de nouveaux droits d'accès pour accomplir ses tâches en rapport avec la procédure d'annonce conformément à la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés³⁰. Par exemple, les autorités compétentes en matière de marché du travail devront à l'avenir accéder aux avertissements en cas de retard ou de manquement à s'annoncer avant l'entrée en activité ou d'amende prononcée lorsque l'annonce est effectuée après l'entrée en activité.

En vertu de l'art. 17 LPD, les données sensibles ou les profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi au sens formel le prévoit expressément. Comme les nouveaux droits accordés aux autorités compétentes en matière de marché du travail leur permettent d'accéder à des données considérées comme sensibles au sens de l'art. 3, let. c, ch. 4, LPD, il est indispensable d'adapter la LDEA en conséquence. L'art. 9, al. 1, let. a, LDEA en vigueur établit déjà que les autorités cantonales compétentes en matière de marché du travail sont autorisées à accéder à SYMIC.

Art. 9, al. 1, let. l, et al. 2, let. k (nouvelles)

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

²⁹ RS 142.51

³⁰ RS 823.20

Dans le domaine de l'asile, les représentations et les missions suisses à l'étranger (collaborateurs transférables) ainsi que les autres autorités du DFAE ou les autorités migratoires cantonales (ci-après: autorités chargées des visas) devraient savoir si SYMIC contient des informations sur le demandeur de visa (art. 9, al. 2, let. k). Après avoir effectué des recherches dans les systèmes périphériques, le N-VIS dresse une liste de résultats fournissant des informations sommaires sur le motif de chaque résultat trouvé, par exemple «Données en matière d'asile disponibles» en cas de résultat trouvé dans SYMIC asile. Cela signifie que les autorités chargées des visas seraient désormais informées des résultats dans SYMIC asile, pour autant que la demande d'asile ne date pas de plus de cinq ans. Néanmoins, l'accès des autorités chargées des visas à des informations supplémentaires restera bloqué. Aujourd'hui, le message «Ce cas relève de la compétence de l'ODM» s'affiche dans ce type de cas avec le système EVA. Implicitement, les autorités chargées des visas savent cependant aujourd'hui déjà que SYMIC asile contient alors probablement un résultat. Dorénavant, ces informations devront être transmises aux autorités chargées des visas pour assurer une meilleure transparence et éviter les questions inutiles. De plus, les autorités chargées des visas doivent être en mesure de consulter les données personnelles et celles relatives aux autorisations d'entrée (art. 9, al. 2, let. k) lorsqu'elles doivent accorder une autorisation d'entrée en vue d'un regroupement familial dans le domaine de l'asile (membres de la famille de réfugiés reconnues, de personnes admises à titre provisoire ou de personnes dont la procédure d'asile est en suspens). Les données relatives à l'autorisation d'entrée portent sur l'autorisation elle-même (code SYMIC) ainsi que sur la date de délivrance de l'autorisation d'entrée. Les données personnelles portent sur le numéro SYMIC, le nom, le prénom, la date de naissance et la nationalité. Aujourd'hui, mis à part l'ODM, seuls le Corps des gardes frontière et les postes frontière des polices cantonales ont accès aux données asile, dans le cadre de l'octroi de visas exceptionnels (art. 9, al. 2, let. e, LDEA).

Ces accès autorisés à SYMIC auront lieu par l'intermédiaire du N-VIS de manière automatisée, lors de l'examen d'une demande de visa. Seuls les collaborateurs des autorités chargées des visas compétents pour traiter les demandes auront accès aux données qui seront définies précisément dans le cadre de l'ordonnance SYMIC. Ces informations ne seront utilisées que dans le cadre de la décision d'octroi ou de refus de visas et seront effacées dès que l'autorité chargée des visas aura pris une décision.

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

Il faut ici souligner qu'afin d'assurer la continuité des accès aux données du SYMIC, les abrogations concernant l'art. 9 LDEA prévues dans le cadre de la mise en œuvre du système central d'information sur les visas³¹ devront être effectives uniquement lors de l'entrée en vigueur des présentes adaptations de l'art. 9 LDEA.

³¹ Arrêté fédéral du 11 décembre 2009 portant approbation et mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement et de la décision relatifs au système d'information sur les visas (VIS), RO 2010 2063.

Loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)³²

Art. 7, al. 3

Adaptation de nature rédactionnelle.

Art. 15, al. 1, let. d et d^{bis} (nouvelle) et 3, let. f

Les art. 15 et 16 LSIP nécessitent des adaptations au vu de la teneur du nouvel article 104a LEtr, lequel prévoit la comparaison automatisée des données API avec celles des systèmes RIPOL, ASF-SLTD et N-SIS. Cette comparaison automatisée ne requiert aucun élargissement des accès aux banques de données RIPOL, ASF-SLTD et N-SIS dont l'ODM bénéficie actuellement. Seules les tâches sont différentes (voir également le commentaire relatif à l'art. 104a, al. 4, LEtr).

Art. 16, al. 2, let. b et i (nouvelle), et 5, let. b^{bis} (nouvelle)

Voir le commentaire relatif à l'art. 15 LSIP.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La modification de la LEtr concernant les violations du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien n'entraînera pas de coûts supplémentaires pour la Confédération. Le système d'information API a été testé et il est fonctionnel. Des dépenses supplémentaires ne sont pas prévues dans le cadre de la présente révision de la loi.

En revanche, les modifications légales effectuées dans le cadre de la mise en œuvre du N-VIS auront sans doute des répercussions financières. La mise en œuvre du N-VIS est financée par le crédit d'informatique Schengen/Dublin. Les modifications de la LEtr concernant la sauvegarde des résultats du SIS, de RIPOL et de l'ASF-SLTD (art. 109b, al. 2, let. d et e, P-LEtr) ne devraient pas engendrer de frais supplémentaires. La modification de loi ayant trait au dossier électronique (art. 109b, al. 2^{bis}, P-LEtr) permet de créer la base légale nécessaire pour tenir des dossiers relatifs aux demandeurs de visas sous forme électronique. L'enregistrement électronique de certains documents aura lieu dans un premier temps de manière restreinte. Cette mise en œuvre n'a aucune conséquence financière pour la Confédération. Un passage intégral aux dossiers électroniques sera envisagée éventuellement à long terme. Dans le cadre de cette mise en œuvre, et lorsque les conséquences financières d'un tel projet seront connues, une proposition séparée sera soumise au Conseil fédéral.

Les coûts liés aux procédures de transfert vers la Suisse (procédures Dublin-in) s'élèvent à 150 000 francs par an. Ils sont imputés au crédit affecté aux coûts d'exécution.

3.2 Conséquences pour les cantons

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

Les modifications légales concernant la mise en œuvre du N-VIS ne devraient pas non plus entraîner de frais supplémentaires. En ce qui concerne la mise en œuvre des dossiers électroniques mentionnée au ch. 3.1, les conséquences financières et les effets sur l'état du personnel ne sont pas encore chiffrables.

Les procédures de transfert vers la Suisse (procédures Dublin-in) n'ont pas de conséquences financières pour les cantons.

4 Lien avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015³³ ni dans l'arrêté fédéral du 15 juin 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015³⁴.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

Le projet de modification se fonde sur l'art. 121, al. 1, de la Constitution fédérale³⁵ (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers).

5.2 Compatibilité avec le droit international

Les modifications de loi proposées sont conformes à la Convention du 4 novembre 1950 relative à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)³⁶ ainsi qu'au Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)³⁷.

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

Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), les Etats contractants sont libres de soumettre les sanctions administratives à la loi de procédure de leur choix, pour autant que les garanties de l'art. 6 CEDH soient respectées.

³³ FF 2012 349

³⁴ FF 2012 6667

³⁵ RS 101

³⁶ RS 0.101

³⁷ RS 0.103.2

En ce qui concerne la présomption, par les autorités, de violation du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer des entreprises de transport aérien, il convient de souligner que de telles présomptions sont admises dans une limite raisonnable. En raison de la présomption d'innocence (art. 6, par. 2, CEDH), elles doivent tenir compte des enjeux en présence et protéger les droits de la défense. Elles ne doivent donc pas être irréfutables et le prévenu doit jouir de possibilités équitables pour se défendre (cf. notamment les arrêts de la Cour EDH *Salabiaku* contre France du 7 octobre 1988, série A, vol. 141, et *Pham Hong* contre France du 25 septembre 1992, série A, vol. 242). Le Conseil fédéral estime que le projet n'enfreint pas ces prescriptions.

