

Secrétariat d'Etat aux migrations  
Etat-major Affaires juridiques  
A l'attention de Mme Sandrine Favre et  
M. Alexandre Diener  
Quellenweg 6  
3003 Berne-Wabern

**Par courriel à:**

[sandrine.favre@sem.admin.ch](mailto:sandrine.favre@sem.admin.ch)

[alexandre.diener@sem.admin.ch](mailto:alexandre.diener@sem.admin.ch)

RR/jsa

312

Berne, le 28 octobre 2016

**Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats dans la consultation sur les adaptations de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) : Normes procédurales et systèmes d'information**

Madame la Conseillère fédérale,  
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA-SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée.

La Commission d'experts de la FSA a préparé les remarques suivantes aux adaptations de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) soumise en consultation, ce conjointement avec la Commission d'experts en matière des Droits de l'Homme de l'Ordre des Avocats de Genève.

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

Projet

*Art. 99 Procédure d'approbation*

<sup>1</sup> Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM.

<sup>2</sup> Le SEM peut soit refuser d'approuver la décision d'une autorité cantonale ou d'une autorité

cantonale de recours soit en limiter la portée.

### Commentaire

Le projet ouvert à consultation propose l'ajout à l'article 99 LETr d'un second paragraphe qui autoriserait le SEM à refuser l'approbation des autorisations cantonales qui lui ont été soumises après une procédure de recours au niveau cantonal.

Comme le rappelle le rapport explicatif relatif au projet (ch.1.2.1 du rapport explicatif), cette proposition de modification de la LETr intervient ensuite de l'arrêt de principe rendu par le Tribunal fédéral le 30 mars 2015, sous ATF 141 II 169 = 2C\_146/2014, et qui a constaté les limites de la compétence du DFJP, et pour lui du SEM, de modifier par voie décisionnelle la portée d'un jugement ou d'un arrêt rendu par un Tribunal ou une Cour de Justice contre lequel l'autorité fédérale dispose d'une voie de recours avant qu'il n'ait force de chose jugée.

L'auteur du projet de modification estime qu'il convient de garantir à nouveau au SEM de pouvoir opter, face à la décision d'une autorité cantonale de recours, soit pour la procédure d'approbation, soit pour la voie de recours. Ceci délésterait en effet le SEM de l'obligation de recourir et donc d'être tenu à des délais pour être partie à une procédure dans laquelle il est privé de son pouvoir d'appréciation.

Ce raisonnement ne saurait toutefois être suivi sans autre.

En effet, l'arrêt du Tribunal fédéral en question a fait état d'une problématique liée aux principes applicables en matière de délégation administrative (considérant 4.3), qui a depuis trouvé une solution en date du 1<sup>er</sup> septembre 2015 par la modification de l'article 85 OASA.

Toutefois, l'arrêt 2C\_634/2014 du 24 avril 2015 reprend l'arrêt 2C\_146/2014 et ne manque pas de rappeler que la Haute Cour a consacré un changement de jurisprudence et mis un terme à une procédure qui conduisait à des résultats insatisfaisants (arrêt 2C\_634/2014 du 24 avril 2015, cons. 3.2).

On se doit de saisir le changement de paradigme majeur consacré par la Haute Cour.

La loi sur le Tribunal fédéral (LTF) est une loi de procédure de portée générale. Si elle prévoit la possibilité, pour une autorité administrative comme le SEM, par exemple, de saisir la Haute Cour, au moyen d'un recours en matière de droit public, alors cette voie doit être privilégiée. La raison en est simple : dans un contentieux administratif, on doit rester, autant que faire se peut, dans la voie du contrôle juridictionnel, du début (c'est-à-dire dans la/les phase (s) précédant le Tribunal fédéral) jusqu'à la fin au plan national (c'est-à-dire jusqu'au contrôle par la Cour suprême).

Autrement dit, lorsque le SEM a la possibilité de saisir le Tribunal fédéral au moyen d'un recours en matière de droit public, il ne saurait, via une procédure d'approbation, défaire ce qu'un Tribunal cantonal a jugé. De nos jours, au vu du développement du contrôle juridictionnel de l'activité administrative et de l'importance de l'égalité des armes, même dans le contentieux administratif, il est choquant qu'une autorité administrative – fût-elle fédérale – puisse ainsi revenir sur un arrêt rendu par des juges cantonaux, et ce dans une procédure fédérale de première instance.

Le projet de modification de la LETr met à mal cette jurisprudence et ramène à la pratique antérieure sans apporter la moindre solution aux problématiques de résultats insatisfaisants mises en exergue par notre Cour suprême. En outre, il remet le SEM dans une situation exorbitante par rapport aux autres autorités administratives fédérales qui, dans le domaine du droit de l'environnement, par exemple, doivent recourir et non défaire un jugement cantonal dans le cadre d'une procédure d'approbation.

Pour cette raison déjà, le projet ne saurait sans autre être validé et la solution adoptée par le Tribunal fédéral selon laquelle le SEM est contraint de faire usage des voies de recours qui lui sont ouvertes et est par la suite tenu, en tant que partie à la procédure, par les décisions ayant force de chose jugée, doit être maintenue.

Par ailleurs, l'on ne saurait s'arrêter là dans la réflexion sur le rapport entre des décisions admettant le principe de l'octroi motivées par des juges cantonaux et ayant force de chose jugée et des décisions de refus d'approbation rendues par une autorité fédérale centrale ayant uniquement force de chose décidée.

Les arrêts précités du Tribunal fédéral sont pleins d'un bon sens très helvétique. En effet, s'il convient d'une part de garder à l'esprit une application homogène de la LEtr – raison pour laquelle existe ce mécanisme d'approbation, il convient aussi de garder à l'esprit l'importance d'une Justice proche du Justiciable – ce que consacre le principe d'exécution du droit fédéral par les cantons pour certaines autorisations de séjour.

Permettre au SEM, comme le fait le projet de modification, de renoncer à faire usage de la voie de recours pour court-circuiter la décision de l'instance cantonale de recours au travers de la procédure d'approbation, n'apparaît aucunement conforme à l'état de droit et contraint l'administré, qui a épuisé, à sa satisfaction, une première série d'instances judiciaires cantonales, à faire valoir les mêmes motifs qui l'ont emporté au niveau cantonal devant les instances fédérales.

L'argument soulevé par l'auteur du rapport, au point 2.1 *ad* article 99 (p. 27), tendant à marquer l'importance de la différenciation entre les deux procédures au motif invoqué que le Tribunal fédéral n'a pas le même pouvoir de cognition que le SEM ne saurait pas non plus être suivi. En effet, le Tribunal fédéral peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF et ce alors que les faits de la cause auront déjà pu faire l'objet d'instructions par-devant l'autorité cantonale compétente et par-devant une, voire deux, instance cantonales de recours.

Mis face au choix d'une voie de recours – laquelle engendre le respect de délais et des droits et obligations d'une partie à la procédure ou de faire usage de son pouvoir discrétionnaire dans la voie de l'approbation – on voit mal pour quel motif le SEM choisirait la première. Le projet de modification vide ainsi de son sens la procédure de recours prévue et engendrera, de façon contraire au principe d'économie de procédure, d'inévitables recours au Tribunal administratif fédéral par des justiciables qui ont vu leur droit reconnu en instance cantonale et ne comprennent pas pourquoi il n'en serait pas de même au niveau fédéral.

Il convient de rappeler que l'application homogène de la LEtr repose aussi dans les mains des juges ayant à connaître des recours que devra introduire le SEM contre les arrêts cantonaux.

Enfin, il reste la question de la célérité des procédures. Avec le projet en cause, on rajoute deux instances supplémentaires : la première instance est celle devant le SEM dans le cadre de l'approbation et la deuxième instance est celle devant le TAF, en cas de recours. Dans un domaine où l'accélération de la procédure est un *leitmotiv* constant des autorités, il serait inapproprié, pour ne pas dire incompréhensible de suivre la proposition formulée, dès lors qu'elle implique une prolongation d'une procédure de plusieurs mois, voire de plusieurs années, alors qu'il serait plus expéditif que le SEM dépose son recours et laisse la Haute Cour trancher.

Pour ces motifs, il convient d'écarter la solution préconisée par le projet de modification et de consacrer dans la loi la solution à laquelle est arrivée le Tribunal fédéral.

## 2. Protection des victimes exerçant la prostitution (art. 30 al. 1 lit. d et e<sup>bis</sup> et 60 al. 2 lit. b P-LEtr).

### Projet

Art. 30 al. 1 let. d et e<sup>bis</sup>

<sup>1</sup> Il est possible de déroger aux conditions d'admission (art. 18 à 29) dans les buts suivants:

- d. abrogée
- e<sup>bis</sup> régler le séjour des étrangers qui exercent la prostitution et ont subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle durant l'exercice de cette activité;

### Commentaire

Concernant l'abrogation de l'article 30 al. 1 let d LEtr, le rapport explicatif précise que cette suppression coulait de source suite à la suppression du statut d'artiste de cabaret (ch. 2.1 du rapport explicatif).

En effet, cette disposition ne devait, selon le législateur, s'appliquer qu'à cette catégorie de travailleur.

La suppression de cette lettre d semble néanmoins regrettable, en tant qu'elle rendra totalement impossible toute évolution jurisprudentielle dans laquelle cette disposition aurait pu s'appliquer à d'autres corps de métier.

La nouvelle lettre e<sup>bis</sup> est une évolution positive en soi, tant il est important de protéger les victimes d'infractions.

L'évolution ne semble néanmoins pas suffisante à différents égards.

D'une part, elle ne vise que les personnes exerçant la prostitution à l'exclusion de tout autre corps de métier.

D'autre part, il est nécessaire que l'infraction soit en lien avec l'activité professionnelle de la victime.

En outre, le fait que l'étranger ne soit pas à l'abri d'une sanction pénale pour son activité illégale constitue un obstacle important face au besoin de protection d'une victime.

Il est d'ailleurs piquant de lire, dans le rapport explicatif, que la personne pouvant bénéficier d'un titre de séjour dérogatoire par le biais de l'article 30 al. 1 let. e<sup>bis</sup> risquerait une condamnation, sauf en cas de départ immédiat (ch. 1.2.2 du rapport explicatif).

En définitive, cette nouvelle dérogation ne sera efficace que dans des cas très marginaux.

### 3. **Elargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour (art. 60 al. 2 lit. c P-LEtr).**

#### Projet

Art. 60, al. 2 P-LEtr

<sup>2</sup> Les personnes suivantes peuvent bénéficier des programmes d'aide au retour et à la réintégration:

- a. celles qui ont quitté leur État d'origine ou de provenance en raison d'un grave danger généralisé, en particulier une guerre, une guerre civile ou une situation de violence généralisée, ou ne pouvaient y retourner tant que durait ce danger, dans la mesure où leur séjour était régi par la présente loi et où elles sont tenues de quitter la Suisse;
- b. celles qui sont visées à l'art. 30, al. 1, let. e et e<sup>bis</sup>;
- c. celles qui, admises à titre provisoire, quittent la Suisse de leur plein gré ou dont l'admission provisoire a été levée conformément à l'art. 84, al. 2 et 3.

#### Commentaire

La principale modification de l'article 60 al. 2 P-LEtr a trait à sa lettre c, la lettre a restant identique et la b étant modifiée par conformité à la modification de l'article 30 LEtr.

La lettre c de l'article 60 al. 2 LEtr accorde l'aide au retour aux personnes admises à titre provisoire qui quittent la Suisse de leur plein gré ou dont l'admission provisoire a été levée conformément à l'article 84 al. 2 et 3 LEtr. Si la seconde partie de cette disposition ne suscite aucune critique, la première laisse apparaître une incitation de négociation de la protection accordée à l'article 83 LEtr. Cette interprétation téléologique est confirmée par le SEM : « *La modification de la loi proposée doit donc permettre non seulement d'inciter les intéressés à quitter volontairement la Suisse, [...] »*<sup>1</sup>.

À teneur de l'article 83 LEtr, le SEM décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution de son renvoi n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (al. 1). L'impossibilité, l'illicéité et la nature non raisonnablement exigible du renvoi sont explicités aux alinéas 2 à 4 de l'article 83 LEtr.

À teneur de l'article 83 al. 2 LEtr, l'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces États.

Dès lors qu'on peine à concevoir la mise en œuvre d'un retour impossible, il semblerait que l'article 60 al. 2 lit. c LEtr vise principalement les cas où le renvoi serait illicite (al. 3) ou ne pourrait pas être raisonnablement exigé (al. 4).

À teneur de l'article 83 al. 3 LEtr, l'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers (ci-après : État requis) est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

Cet alinéa trouve généralement application en cas de risque de torture ou de traitements inhumains et dégradants dans l'État requis, soit une violation de l'article 3 CEDH ; ou en cas de risque de mort, soit une violation de l'article 2 CEDH.

---

<sup>1</sup> SEM, *Rapport explicatif*, ch. 1.2.3, p. 9, juin 2016

À teneur de l'article 83 al. 4 LEtr, l'exécution de la décision ne peut être raisonnablement exigée si le renvoi de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (al. 4).

Les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme ne peuvent être négociés ou marchandés. Tout État partie est garant du respect des droits fondamentaux sur son territoire. À cette fin, le principe de non-refoulement, consacré à l'article 83 LEtr, lui impose de s'assurer qu'un renvoi ou une expulsion n'engendrera pas de violation de droits fondamentaux dans l'État requis.

Au vu du but de la loi, soit : « [...] *inciter les intéressés à quitter volontairement la Suisse, [...]* »<sup>2</sup>, l'article 60 al. 2 lit. c LEtr tend à exempter l'État de l'obligation qu'implique le principe de non-refoulement. En effet, si l'intéressé retourne dans l'État requis *de son plein gré* ce retour n'est pas un renvoi. L'État n'est donc pas formellement tenu d'examiner si ce retour expose l'intéressé à un risque de violation de ses droits fondamentaux ou le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

Dans le cas de personnes admises à titre provisoire, ce *plein gré* sera cependant fort relatif. En effet, l'aide au retour étant généralement pécuniaire (art. 60 al. 3 lit. c LEtr) et compte tenu de la précarisation intrinsèque à la fuite, l'article 60 al. 2 lit. c LEtr consacre littéralement un monnayage du risque de violation des droits fondamentaux des administrés.

Examiner à la lumière de l'article 83 LEtr, l'article 60 al. 2 lit. c LEtr tend donc à négocier, par l'octroi d'avantages pécuniaires, le retour *volontaire* d'une personne dans l'État requis, lorsque dit retour a été considéré, par le SEM, comme contraire aux engagements internationaux de la Suisse, généralement aux articles 2 et 3 CEDH, ou comme mettant concrètement cette personne en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

En conclusion, l'élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour constitue une mesure d'incitation au renoncement à la préservation des droits fondamentaux incompatible avec le respect de ces mêmes droits fondamentaux.

#### 4. Qualité des mesures d'intégration (art. 57 a P-LEtr).

##### Projet

##### *Art. 57a Assurance de la qualité en matière d'intégration*

<sup>1</sup> Le SEM fixe, en collaboration avec les cantons, les critères de l'assurance et du développement de la qualité des mesures d'intégration des étrangers soutenues par la Confédération et les cantons.

<sup>2</sup> Il définit ces critères dans les domaines suivants: information concernant les cours et autres mesures d'intégration;

- a. qualification des formateurs travaillant dans le domaine de l'intégration;
- b. programmes d'enseignement et d'apprentissage, notamment l'encouragement linguistique;
- c. reconnaissance des offres de formation continue;

---

<sup>2</sup> SEM, *Rapport explicatif*, ch. 1.2.3, p. 9, juin 2016

d. prise en compte des acquis.

<sup>3</sup> Il peut désigner des organes qui contrôlent le respect de ces critères.

### Commentaire

L'alinéa 2 doit contenir les principaux buts poursuivis par la LFCo. À ce titre, l'égalité des chances dans l'accès à la formation continue est un critère de qualité important à figurer. L'article 8 al. 2 Cst. impose une interdiction générale de discrimination, qui est donc valable pour tous les prestataires de formation continue. Le refus de l'accès à une formation continue du fait de l'origine, de la race, de l'âge ou d'un handicap est interdit. La LFCo met particulièrement l'accent sur l'importance de la réalisation des besoins des groupes cibles dans les offres concrètes de formation continue et cela doit ressortir ici en termes de critère d'évaluation de la qualité. Il pourrait être renvoyé à cet égard à des conventions et à des engagements internationaux, relatifs à l'élimination de la discrimination raciale, à l'égalité des chances, etc.

L'alinéa 3 devrait être formulé en termes d'obligation et non sous forme de disposition potestative.

## **5. Frais liés au séjour en Suisse des travailleurs détachés (art. 22 al. 2 à 4 P-LEtr et 2a P-LDét).**

### Projet

*Art. 22, titre et al. 2 à 4 : Conditions de rémunération et de travail et remboursement des dépenses*

<sup>2</sup> Les dépenses liées au détachement dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière ou d'un transfert interentreprises, telles que les dépenses de voyage, de logement et de nourriture, font partie des conditions de travail et de rémunération usuelles du lieu, de la profession et de la branche.

<sup>3</sup> L'employeur doit rembourser au travailleur détaché les dépenses liées au détachement au sens de l'al. 2 ; les montants versés au titre de remboursement de ces dépenses ne sont pas considérés comme faisant partie du salaire.

<sup>4</sup> Le Conseil fédéral peut, en cas de détachement de longue durée, édicter des dispositions sur la durée de l'obligation de l'employeur de rembourser les dépenses liées au détachement.

### Commentaire

La FSA salue l'harmonisation de la LEtr et de la LDét (RS 823.20) en matière de remboursement aux travailleurs étrangers des dépenses liées au détachement.

Vu les diversités des détachements et ses exceptions qu'il convient de prendre en compte, l'instauration de la compétence du Conseil fédéral pour édicter des dispositions au sens de l'alinéa 4, après consultation des experts et des autorités cantonales apparaît judicieuse.

Une éventuelle fixation de la durée à 12 mois, cohérente avec la notion de « *population résidente permanente* » sera ainsi à analyser par les experts et les autorités cantonales.

## 6. Mesures visant à renforcer l'applicabilité de l'interdiction faite aux réfugiés reconnus de se rendre dans leur pays d'origine ou de provenance.

### Projet

#### *Art. 59a Interdiction de voyager pour les réfugiés*

<sup>1</sup> Le réfugié a l'interdiction de se rendre dans son État d'origine ou de provenance. S'il existe des motifs sérieux de penser que cette interdiction n'est pas respectée, le SEM peut prononcer à l'encontre de l'ensemble des réfugiés d'un État d'origine ou de provenance une interdiction de se rendre dans d'autres États, en particulier dans les pays limitrophes de cet État.

<sup>2</sup> Le SEM peut autoriser une personne à se rendre dans un État touché par l'interdiction de voyager prévue à l'al. 1, 2e phrase, lorsque des raisons majeures le justifient.

### Commentaire

Les réfugiés au sens de la Convention du 24 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ont un droit à un document de voyage qui garantit non seulement la liberté de quitter un pays mais aussi de voyager (art. 28).

La présente interdiction qui s'étend à d'autres État que celui d'origine ou de provenance du réfugié est une atteinte à sa liberté de mouvement. Cette limitation est incompatible avec le droit international public et les droits fondamentaux (art. 10 al. 2 Cst) et doit, pour être admise, apparaître dans un cas d'espèce nécessaire et proportionnée. Les alinéas 1 et 2 de l'article 59a ne satisfont pas à ces conditions car ils édictent en règle générale ce qui devrait être l'exception et ne sont pas justifiés.

Le rapport explicatif ne contient aucune donnée sur la quantité des abus qui auraient pu être commis par les réfugiés. Aucun chiffre n'est fourni à ce sujet dans les documents livrés qui démontrerait ou justifierait la prise de nouvelles mesures.

La réglementation actuelle est déjà très stricte et les abus éventuels peuvent être sanctionnés. Lorsqu'un réfugié reconnu se rend dans son État d'origine ou de provenance et se réclame volontairement de la protection de ce dernier, le statut de réfugié lui est en principe retiré (art. 1 section C ch. 1 de la Convention relative au statut des réfugiés ; article 63 al. 1 let. b LAsi). Conformément à la jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral, il convient encore de vérifier pour chaque cas si d'autres conditions sont remplies.

Si tant est que des abus aient été commis malgré cette réglementation, d'autres moyens doivent être examinés pour les éviter avant d'en arriver à un tel empiètement sur les libertés des réfugiés.

Il est en outre regrettable que l'ensemble des réfugiés d'un État, notamment ceux qui se comportent de manière exemplaire, paie le prix d'éventuels abus commis par une minorité d'entre eux. L'existence de quelques motifs sérieux d'abus ne saurait justifier de telle décision de portée générale, d'autant plus au regard de la sanction sévère attachée à la violation par un réfugié de l'interdiction de se rendre dans un État (art. 63 al. 2 let. b P-LAsi).

Aussi, les deux alinéas contiennent plusieurs notions juridiques indéterminées (« motifs sérieux », « autres États » et « raisons majeures »). La manière dont ces notions seront interprétées n'est pas prévisible, si bien qu'un danger d'arbitraire et une insécurité juridique existent. Un examen au cas par cas de ces conditions conduira également à une surcharge de travail administratif.

S'ajoute à cela que la nouvelle restriction pose de nombreux problèmes eu égard à l'interdiction de la discrimination, au droit à la vie privée et familiale, dès lors que bon nombre de réfugiés se

rendent dans des pays limitrophes afin d'y voir leur famille ou pour d'autres motifs légitimes qui doivent être pris en compte.

Des restrictions à la liberté de voyager ne peuvent par conséquent avoir lieu que dans un cas individuel et en accord avec les critères des droits fondamentaux.

## **7. Adaptation en raison de la directive sur le retour (art. 64 al. 3, 81 al. 2 et 115 al. 4 P-LEtr).**

### Projet

#### *Art. 64d, al. 3*

<sup>3</sup> Les éléments concrets qui font redouter que la personne concernée entende se soustraire à l'exécution du renvoi sont notamment les suivants:

- a. cette personne contrevient à l'obligation de collaborer visée à l'art. 90;
- b. son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités;
- c. cette personne franchit la frontière malgré une interdiction d'entrer en Suisse.

### Commentaire

La modification de l'article 64d al. 3 LEtr ne fait que combler une lacune formelle et n'appelle donc pas de commentaires particuliers.

Concernant l'article 81, sa reformulation est évidemment bienvenue en tant qu'elle prévoit plus clairement que l'ancien texte légal la nécessité d'une séparation entre les personnes détenues pour des raisons pénales et les personnes détenues pour des raisons administratives.

Cette séparation est, en effet, primordiale vu les différences fondamentales quant aux motifs de leur détention, comme le souligne le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants (CPT) depuis de nombreuses années.

Enfin, la modification de l'article 115 al. 4 LEtr prête particulièrement le flanc à la critique.

Le texte légal proposé offre à l'autorité de poursuite pénale la possibilité de renoncer à renvoyer l'étranger devant le tribunal ou à lui infliger une peine.

Le Tribunal fédéral a jugé, à plusieurs reprises, que c'est l'application-même des dispositions pénales nationales qui était exclue lorsque l'étranger n'avait pas été l'objet de toutes les mesures raisonnables en vue de son renvoi (cf. not. arrêt 6B\_1172/2014).

Afin de respecter les jurisprudences du Tribunal fédéral, le texte de loi ne devrait donc pas offrir la moindre marge de manœuvre aux autorités de poursuite pénale.

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

### Projet

#### *Art. 65, al. 2 et 2bis*

<sup>2</sup> L'autorité compétente en matière de contrôle à la frontière rend une décision motivée au moyen du formulaire type figurant à l'annexe V, partie B, du code frontières Schengen, au nom du SEM, dans un délai de 48 heures. Cette décision peut faire l'objet d'une opposition écrite devant le SEM dans les 48 heures suivant sa notification. L'opposition n'a pas d'effet suspensif. Le SEM statue sur l'opposition dans les 48 heures.

<sup>2bis</sup> La décision du SEM peut faire l'objet d'un recours dans les 48 heures suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les 72 heures ».

### Commentaire

La délégation de compétence n'apparaît en soit pas excessivement problématique, pour autant que les autorités chargées d'appliquer la loi soient formées à le faire et dispose du soutien juridique nécessaire.

En revanche, l'article 65 al 2 et 2bis, dans leur teneur actuelle de même que dans le projet, foulent au pied deux éléments fondamentaux du procès équitable qui sont d'une part le droit d'être entendu dans sa composante de l'exigence de motivation et d'autre part le droit à un recours effectif.

#### **a. S'agissant de l'exigence de motivation :**

Le droit d'être entendu prévu à l'article 29 al. 2 Cst., 6 CEDH et 29 et 32 PA comporte une exigence de motivation qui vise à permettre au justiciable de comprendre la décision et d'exercer ses droits de recours à bon escient et permettre à l'autorité de recours d'exercer son contrôle.<sup>3</sup>

L'article 32 PA concrétise cette obligation en codifiant un devoir général consacré de longue date par la jurisprudence.<sup>4</sup>

La doctrine précise que l'observation de ce devoir est « *la preuve que l'auteur de la décision a tenu compte des points soulevés par l'administré lorsque celui-ci a été entendu* ».<sup>5</sup>

La doctrine qualifie également de capitale<sup>6</sup> l'exigence de motivation et ce pour plusieurs raisons.

Premièrement, car le destinataire peut ainsi prendre connaissance des raisons pour lesquelles la décision est prise et peut dès lors se déterminer sur l'opportunité d'un recours, respectivement d'une opposition.

Deuxièmement, le justiciable peut vérifier que son droit d'être entendu a été respecté et que ses arguments ont été effectivement examinés.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 150, n° 1572 et les références citées

<sup>4</sup> ATF 96 Ia 723 ; ATF 98 Ia 465

<sup>5</sup> Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4<sup>ème</sup> édition, Bâle 1991, n° 688 ; ATF 112 Ia 109

<sup>6</sup> Pierre MOOR et Etienne POLTIER, Droit administratif, volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2011, p. 348

<sup>7</sup> Idem supra

Troisièmement, l'autorité qui a rendu la décision trouve dans l'exigence de motivation un moyen d'autocontrôle puisqu'un texte bien argumenté lui permet de vérifier le bien-fondé de sa décision.<sup>8</sup>

Enfin et quatrièmement, l'obligation de motivation est un aspect du respect, par l'autorité, de la personne de l'administré, le fondement argumenté de la décision faisant figure, dans ce cadre, d'un mode de communication par lequel l'autorité tend à montrer qu'elle est plus et mieux qu'une simple autorité, et cela envers l'administré comme le reste de la collectivité.<sup>9</sup>

En l'espèce, le formulaire type figurant à l'annexe V, partie B, du code frontières Schengen présente la forme d'un questionnaire à choix multiple comportant neuf choix possibles parmi autant de motivations pré imprimées de moins d'une ligne pour certaines et de deux lignes au maximum (« est en possession d'un visa ou d'un permis de séjour faux, falsifié ou altéré », « Ne dispose pas des moyens de subsistance suffisants correspondant à la période et aux modalités, au retour vers le pays d'origine ou de transit » etc. ).

Ce formulaire empêche toute différenciation quelconque des décisions prise à l'encontre des individus, le formulaire ne comprenant pas même un espace réservé à une quelconque observation complémentaire de l'Autorité. Il ne remplit absolument pas le minimum exigible en matière de motivation d'une décision de justice.

A noter que le rapport explicatif du SEM est très tendancieusement formulé s'agissant de cette modification puisqu'il y est indiqué que : « *L'al. 2 de cet article prévoit que, en cas de refus d'entrée et de renvoi à l'aéroport, le SEM rende une décision motivée et sujette à recours au moyen d'un formulaire, dans un délai de 48 heures* » (cf. Rapport explicatif du SEM, ch. 1.2.8, p. 13, juin 2016), ce qui laisse entendre que c'est le recours qui s'exerce au moyen d'un formulaire, ce qui pourrait être vu comme une bonne chose puisque cela tendrait à faciliter son exercice de la part de justiciable très majoritairement non formé au droit.

#### **b. S'agissant du recours effectif :**

Le recours effectif, expressément garanti à l'article 13 CEDH et appréhendé par la jurisprudence comme un élément essentiel du procès équitable, implique que celui-ci puisse être exercé dans un délai qui ne soit pas excessivement court.

Pour assumer son obligation de garantir le droit de recourir, un État doit non seulement se doter de lois permettant d'interjeter appel devant d'une juridiction supérieure, mais aussi prendre des mesures pour rendre l'exercice de ce droit accessible et effectif<sup>10</sup>. Cela implique, entre autres, un délai raisonnable pour déposer le recours<sup>11</sup>.

Le Comité des droits de l'homme a fort logiquement constaté que l'instauration d'un délai d'appel trop court empêche l'exercice effectif du droit de contester une décision prise<sup>12</sup>.

En l'espèce, les délais de 48 heures sont les délais légaux les plus courts de tout l'arsenal législatif, y compris pénal qui impose pourtant une célérité particulière du fait de la détention de prévenus.

Il doit être noté qu'aucune urgence particulière ne vient imposer, en la matière, un délai de recours aussi court puisque ledit recours (de même que l'opposition) n'ont pas d'effet suspensif.

<sup>8</sup> ATF 29 I 232 ; ATF 118 I 556 ; ATF 112 Ia 107 ; JAAC 1998/62.4 (40) CFR

<sup>9</sup> Pierre MOOR et Etienne POLTIER, Droit administratif, volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 2011, p. 348

<sup>10</sup> Cour interaméricaine : Herrera-Ulloa v Costa Rica, 2004, § 164

<sup>11</sup> Amnesty International, Pour des procès équitables, 2<sup>ème</sup> éd. Londres 2014.

<sup>12</sup> Comité des droits de l'homme: Observations finales, Barbade, doc. ONU CCPR/C/BRB/CO/3, 2007, § 7.

## 9. Prononcé de la mise en détention Dublin (art. 80a al. 1 lit. a al. 2 et 3 P-LEtr).

### Projet

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

<sup>1</sup> La compétence d'ordonner une détention au sens de l'art. 76a ressortit:

- a. s'agissant d'une personne qui séjourne dans un centre de la Confédération: au canton du lieu où se situe le centre ou au canton qui a été désigné comme compétent pour exécuter le renvoi en vertu de l'art. 46, al. 1bis, 3e phrase LAsi;

Art. 81, al. 2

<sup>2</sup> La détention a lieu dans un établissement servant exclusivement à l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou de la détention pour insoumission. Si les capacités sont insuffisantes, les étrangers en détention doivent être détenus séparément des personnes en détention préventive ou purgeant une peine.

### Commentaire

Vu l'acceptation, lors du référendum du 5 juin 2016, du projet de restructuration du domaine de l'asile, la FSA salue l'homogénéisation des règles portant sur la compétence des Cantons de prononcer la mise en détention de personnes qui séjournent dans un centre de la Confédération et qui relèvent de la procédure Dublin avec celles concernant les personnes dans un cas identique qui relèverait de la procédure d'asile ordinaire.

Il convient en effet de constater qu'il s'agissait là d'un oubli dans le projet de restructuration du domaine de l'asile.

Il convient également de saluer l'intégration dans la loi de la directive sur le retour et de la jurisprudence en la matière (ATF 123 I 231, cons. B) qui exigent qu'une infrastructure distincte soit prévue pour les personnes en détention administrative.

## 10. Protection des données (art. 109a al. 2 lit. d et 109c lit. e, 109f à 109j, 111 al. 5 lit. f, 104 al. 1 à 1<sup>ter</sup>, 104a al. 1, 1<sup>bis</sup>, 3 et 3<sup>bis</sup>, 104b P-LEtr, 102f P-LAsi, 4 al. 1 lit. e et 7b P-LDEA, 97 al. 3 lit. f P-LEtr et 50a al. 1 lit. e ch. 8 P-LAVS).

### Projet

Art. 97, al. 3, let. f

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral détermine les données à communiquer aux autorités en vertu de l'al. 1 dans les cas suivants:

- f. mesures de protection de l'enfant et de l'adulte.

Art. 104, al. 1 à 1<sup>ter</sup>

<sup>1°</sup> Afin d'améliorer le contrôle à la frontière et de lutter contre l'entrée illégale dans l'espace Schengen et le passage illégal par la zone internationale de transit des aéroports, le SEM peut, à

la demande des autorités de contrôle des frontières, contraindre une entreprise de transport aérien à lui communiquer les données relatives à certains vols et les données personnelles des passagers de ces vols, ou à les communiquer à l'autorité responsable du contrôle à la frontière.

<sup>1bis</sup> Le SEM peut étendre l'obligation de communiquer des données à d'autres vols:

- a. à la demande de Fedpol : afin de lutter contre la criminalité internationale organisée et le terrorisme;
- b. à la demande du SRC : afin de prévenir les menaces que représentent pour la sûreté intérieure ou extérieure le terrorisme, l'espionnage et les actes préparatoires relatifs au commerce illicite d'armes et de substances radioactives ainsi que ceux relatifs au transfert illégal de technologie (prolifération).

<sup>1ter</sup> Ces données doivent être transmises immédiatement après le décollage.

*Art. 104a, al. 1, 1bis, 3 et 3bis*

<sup>1°</sup> Le SEM exploite un système d'information sur les passagers (système API) qui a pour buts:

- a. d'améliorer le contrôle à la frontière;
- b. de lutter contre l'entrée illégale dans l'espace Schengen et le passage illégal par la zone internationale de transit des aéroports;
- c. de lutter contre la criminalité internationale organisée, le terrorisme, l'espionnage et les actes préparatoires relatifs au commerce illicite d'armes et de substances radioactives ainsi que ceux relatifs au transfert illégal de technologie (prolifération).

<sup>1bis</sup> Le système API contient les données visées à l'art. 104, al. 3, ainsi que les résultats des comparaisons prévues à l'al. 4.

<sup>3</sup> Les autorités habilitées à effectuer le contrôle des personnes aux frontières extérieures de l'espace Schengen peuvent consulter en ligne les données visées à l'art. 104, al. 3, et les résultats des comparaisons prévues à l'al. 4 afin d'améliorer le contrôle à la frontière et de lutter contre l'entrée illégale dans l'espace Schengen et le passage illégal par la zone internationale de transit des aéroports.

<sup>3bis</sup> Lorsque des soupçons liés à la préparation ou à la commission d'activités interdites selon l'art. 104, al. 1bis, let. a, pèsent sur une personne, Fedpol peut consulter en ligne les données mentionnées à l'art. 104, al. 3.

*104b Communication automatique de données du système API*

<sup>1</sup> Les données prévues à l'art. 104, al. 3, sont transmises automatiquement au SRC, sous forme électronique.

<sup>2</sup> Les données peuvent être traitées afin d'accomplir les tâches prévues à l'art. 104a, al. 1, let. b et c.

*Art. 109a, al. 2, let. d*

<sup>2</sup> Les autorités suivantes ont accès en ligne aux données du C-VIS:

- d. le Corps des gardes-frontière et les autorités cantonales et communales de police procédant à des contrôles d'identité: afin d'identifier toute personne qui ne remplit pas ou plus les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire suisse.

*Art. 109c, let. e*

Le SEM peut autoriser les organes ci-après à accéder en ligne aux données du système national d'information sur les visas:

- e. les autorités migratoires cantonales et communales ainsi que les autorités cantonales et communales de police: pour l'accomplissement des tâches qui leur incombent dans le domaine des étrangers;

*Art. 109f Principes*

<sup>1</sup> Le SEM exploite un système d'information destiné à l'accomplissement des tâches relatives à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion et au départ volontaire, y compris l'aide et le conseil au retour.

<sup>2</sup> Le système d'information sert:

- a. à traiter des données personnelles relatives aux ressortissants étrangers dans le cadre d'une procédure de renvoi ou d'expulsion, de départ volontaire, du conseil et de l'aide au retour y compris des données sensibles et des profils de la personnalité, tels qu'ils sont définis à l'art. 3, let. c et d, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données;
- b. à gérer et à contrôler les différentes phases du renvoi ou de l'expulsion, les tâches du domaine du retour, y compris l'aide et le conseil au retour, ainsi que les prestations financières y afférentes;
- c. à établir des statistiques.

*Art. 109g Contenu*

<sup>1</sup> Le système d'information contient des données relatives aux étrangers:

- a. dont le renvoi ou l'expulsion doit être exécuté;
- b. qui quittent volontairement la Suisse;
- c. qui ont sollicité un conseil ou obtenu une aide au retour.

<sup>2</sup> Il contient les catégories de données suivantes:

- a. le nom, le prénom, le sexe, la date et le lieu de naissance, la nationalité, l'ethnie, la religion, la langue maternelle, l'état civil et l'adresse de l'étranger, ainsi que le nom de ses parents;
- b. les données biométriques;
- c. le dossier électronique selon l'art. 4, al. 1, let. d, de la loi du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile<sup>6</sup>;
- d. les données relatives au conseil et à l'octroi d'une aide au retour;
- e. les données relatives aux démarches visant à l'obtention de documents de voyage;
- f. les données nécessaires à la gestion et au contrôle des différentes phases du départ de Suisse;
- g. les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport d'une personne;
- h. le résultat des recherches menées dans le RIPOL et le SIS;
- i. les données relatives au lieu, à la durée et la nature de la détention;
- j. les informations pertinentes dans le cadre de l'analyse de risque en lien avec la personne à renvoyer ou à expulser, les données de vol, ainsi que les mesures de contrainte pouvant être administrées ou l'ayant été durant le vol;
- k. les données des personnes chargées de l'accompagnement médical, social ou policier

des personnes;

- I. les données destinées à l'établissement de décomptes de frais et de flux financiers dans le cadre du retour.

<sup>3</sup> Les données personnelles énumérées à l'al. 2, let. a à c et i, sont reprises automatiquement du SYMIC. Si ces données sont modifiées dans le système d'information, les données actualisées sont automatiquement reprises dans le SYMIC.

<sup>4</sup> Le SEM informe les personnes dont les données sont saisies dans le système de la finalité du traitement pour lequel les données sont collectées, des catégories de données et des destinataires des données.

#### *Art. 109h Traitement des données*

Ont accès au système d'information, pour autant que cela soit nécessaire:

- a. les collaborateurs du SEM; pour l'exécution de leurs tâches dans le domaine du soutien à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion, de l'aide au retour et du traitement des décomptes de frais;
- b. les autorités cantonales migratoires pour l'accomplissement de leurs tâches en matière d'exécution des renvois et de retour;
- c. les autorités cantonales de police pour les tâches d'accompagnement des personnes à renvoyer ou expulser;
- d. le Corps des gardes-frontières; pour les tâches liées au contrôle des départs;
- e. les tiers mandatés au sens de l'art. 109i.

#### *Art. 109i Tiers mandatés*

<sup>1</sup> Le SEM et les autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des renvois et de retour peuvent autoriser des tiers mandatés à accéder aux données du système d'information:

- a. pour les tâches liées au conseil et à l'aide au retour prévues à l'art. 93 LAsi7;
- b. pour les tâches préparatoires au départ à l'aéroport selon l'art. 71 de la présente loi;
- c. pour évaluer l'aptitude au transport et déterminer l'accompagnement médical, selon l'art. 71 de la présente loi.

<sup>2</sup> Il veille à ce que les tiers mandatés respectent les prescriptions applicables en matière de protection des données et de sécurité informatique.

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral détermine les données personnelles que les tiers mandatés visés à l'al. 1 sont habilités à traiter dans le système d'information.

#### *Art. 109j Surveillance et exécution*

<sup>1</sup> Le SEM est responsable de la sécurité du système d'information et de la légalité du traitement des données personnelles.

<sup>2</sup> Le Conseil fédéral règle:

- a. l'organisation et l'exploitation du système;
- b. le catalogue des données personnelles à traiter;
- c. les droits d'accès;
- d. les mesures organisationnelles et techniques visant à protéger les données personnelles contre tout traitement non autorisé;
- e. la durée de conservation et la destruction des données.

*Art. 111, al. 5, let. f*

<sup>5</sup> Dans la mesure où l'accomplissement de leurs tâches l'exige, le SEM peut accorder aux autorités et aux services mentionnés ci-après l'accès en ligne aux données saisies en vertu de l'al. 2:

f. le bureau SIRENE, pour le contrôle des documents et les vérifications d'identité.

P-LAsi :

*Art. 102f*

<sup>1</sup> Le SEM peut exploiter des appareils et des installations de vidéosurveillance à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments qu'il gère dans le cadre de la procédure d'asile et enregistrer des données visuelles et sonores pour protéger les biens et les personnes, notamment les requérants d'asile, les collaborateurs du SEM, les collaborateurs chargés de l'encadrement ainsi que ceux chargés de la sécurité, contre toute forme d'atteintes.

<sup>2</sup> Les enregistrements visuels et sonores sont conservés durant une période de quatre mois avant d'être automatiquement détruits, à moins qu'ils soient nécessaires pour une procédure relevant du droit pénal ou une enquête administrative menée par le SEM.

<sup>3</sup> Ils ne peuvent être remis qu'aux autorités de poursuite pénale.

<sup>4</sup> Lors d'une enquête administrative ou pénale, les responsables de la sécurité du SEM ainsi que leurs supérieurs hiérarchiques peuvent consulter les enregistrements.

<sup>5</sup> Le Conseil fédéral règle les modalités ; il détermine notamment quels sont les bâtiments et les parties de ces bâtiments qui peuvent être soumis à la vidéosurveillance, la manière dont les enregistrements doivent être conservés et protégés des abus, ainsi que le mode de leur remise aux autorités de poursuite pénale.

P-LDEA :

*Art. 4, al. 1, let. e*

<sup>1</sup> Le système d'information contient:

e. les enregistrements sonores aux fins d'expertises linguistiques relevant du domaine de l'asile.

*Art. 7b Traitement des données biométriques dans les domaines de l'asile et des étrangers et accès à celles-ci*

<sup>1</sup> Pour vérifier l'identité des intéressés et établir des documents dans les domaines de l'asile et du retour, les autorités et organes suivants sont habilités à traiter les empreintes digitales et les photographies dans le système d'information:

- a. le SEM;
- b. les tiers chargés par le SEM, en vertu de l'art. 98b, al. 1bis, LAsi10, de la saisie des empreintes digitales et de la prise de photographies dans les centres d'enregistrement et de procédure;
- c. les autorités cantonales chargées des questions relatives aux étrangers.

<sup>2</sup> Pour vérifier l'identité des intéressés, les autorités et organes suivants sont habilités à accéder

aux empreintes digitales et aux photographies enregistrées dans le système d'information:

- a. les tiers chargés par le SEM de la sécurité dans les centres d'enregistrement et de procédure ainsi que de l'aide et du conseil au retour;
- b. le Corps des gardes-frontière et les autorités cantonales de police, pour qu'ils puissent procéder aux contrôles d'identité.

P-LAVS :

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

<sup>1</sup> Dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, les organes chargés d'appliquer la présente loi ou d'en contrôler ou surveiller l'application peuvent communiquer des données, en dérogation à l'art. 33 LPG14:

- e. dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée:
8. aux autorités compétentes en matière d'étrangers visées à l'art. 97, al. 1, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers

### Commentaire

À titre liminaire, les modifications proposées en matière de système d'information s'alignent sur les dispositions de l'Accord sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, et sur la Directive 2004/82/CE concernant l'obligation pour les transporteurs aériens de communiquer les données sur les passagers.

*Ad article 97 al.3 let. f*

Il sied de relever une incohérence entre l'article 97 al. 2 LEtr et sa norme d'application, l'article 82 OASA.

Le législateur a prévu, à l'article 97 al. 2 LEtr, que les données ne devaient être communiquées aux autorités chargées de l'application de la LEtr que « sur demande » et seules les données et les informations « nécessaires » seraient transmises. Cette norme avait été rédigée dans le respect du principe de proportionnalité.

Or, l'article 82 OASA élude le critère de nécessité et prévoit une communication spontanée des autorités citées aux al. 1 à 6 aux autorités chargées d'appliquer la LEtr.

Dans le cadre de la modification de l'article 97 al. 3 let. f du projet, l'article 82 OASA devrait être modifié dans le sens des principes inscrits à l'article 97 al. 2 LEtr.

*Ad article 104, al. 1 à 1<sup>er</sup>*

L'article 104 al. 1 du projet énonce les buts poursuivis par l'obligation de communication des données par les entreprises de transport aériens, à savoir l'amélioration des contrôles à la frontière et la lutte contre l'entrée illégale dans l'espace Schengen et le passage illégal par la zone internationale de transit des aéroports. En revanche, cet article ne prévoit nullement les conditions auxquelles le SEM serait autorisé à contraindre une entreprise de transport aérien à communiquer des données, à l'instar de celles prévues à l'article 104 al.3<sup>bis</sup> du projet (*infra Ad article 104a, al. 1, 1bis, 3 et 3<sup>bis</sup>*). L'article ne mentionne, notamment, aucune exigence relative à un éventuel signalement ou des soupçons de commission d'une infraction.

Bien que les données visées par cette disposition soient énumérées à l'article 104 al. 3 LETr, il conviendrait de soumettre la communication à une demande motivée des autorités de contrôle des frontières, de Fedpol et du SRC, dans laquelle elles listeraient les données pertinentes qu'elles souhaitent obtenir et les vols concernés, de sorte à ce que des données inutiles ne leur soient pas transférées. Cette précaution permettrait ainsi un contrôle du respect du principe de proportionnalité.

À cet égard, l'article 5 let. b, c et e de la Convention STE 108 précise que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé doivent être pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. Ces données doivent, en outre, être enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes, et conservées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées.

La jurisprudence de la Cour EDH confirme la nécessité pour le droit interne de s'assurer que les données soient « pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées, et qu'elles soient conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées [...]. [Il] doit aussi contenir des garanties de nature à protéger efficacement les données à caractère personnel enregistrées contre les usages impropres et abusifs [...] »<sup>13</sup>.

La Cour a également retenu, dans plusieurs affaires, une violation de l'article 8 CEDH au motif que le droit interne « n'indiquait pas avec une clarté suffisante la portée et le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités internes pour recueillir et conserver dans la base de données des informations sur la vie privée de particuliers »<sup>14</sup>. Il devrait exister en droit interne une « disposition explicite et détaillée sur les personnes autorisées à consulter les dossiers, la nature de ces derniers, la procédure à suivre et l'usage qui pouvait être donné aux informations ainsi obtenues »<sup>15</sup>.

Au vu des éléments qui précèdent, l'article 104 al. 1 à 1<sup>er</sup> du projet ne respecte pas les exigences posées par les conventions et la jurisprudence internationales, à tout le moins, concernant « la portée et le mode d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités ».

#### *Ad article 104a, al. 1, 1bis, 3 et 3 bis*

L'article 104 al. 3 et 3<sup>bis</sup> du projet mentionnent que les autorités habilitées à effectuer le contrôle des personnes aux frontières extérieures de l'espace Schengen et Fedpol peuvent consulter en ligne les données mentionnées à l'article 104 al. 3 LETr.

Il conviendrait de préciser qu'il est interdit aux autorités d'effectuer une copie, respectivement d'importer les informations consultées dans leurs propres fichiers.

L'article 104 al. 3<sup>bis</sup> du projet prévoit les conditions auxquelles Fedpol peut consulter les données en ligne, c'est à dire lorsque des soupçons liés à la préparation ou à la commission d'activités interdites selon l'article 104 al.1bis let.a du projet pèsent sur une personne. De telles conditions devraient également être insérées dans l'article 104 al.1 du projet (cf. point 1.2).

#### *Ad article 104b*

La transmission automatique sous forme électronique de l'ensemble des données prévues à l'article 104 al. 3 LETr, contenues dans le système API, nous paraît disproportionnée.

<sup>13</sup> CEDH, *Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 103

<sup>14</sup> CEDH, *Affaire Shimovolos c. Russie*, 21 juin 2011

<sup>15</sup> CEDH, *Affaire Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000 ; *Affaire Association « 21 Décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011

En effet, on ne voit pas la nécessité de transmettre automatiquement un ensemble de données, sans sélection préalable ni égard aux fonctions assumées par le SRC, telles que rappelées, notamment, par l'article 104 al. 1<sup>bis</sup> let. b du projet et l'article 104a al. 1 let. c du projet.

Par ailleurs, la Cour EDH considère que le traitement automatique des données à caractère personnel facilite considérablement leur diffusion et l'accès à celles-ci<sup>16</sup>. Dès lors, la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation de données à caractère personnel qui ne serait pas conforme aux garanties prévues dans l'article 8 CEDH<sup>17</sup>.

L'article 5 let. d de la Convention STE 108 précise en outre que les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé doivent être « exactes et si nécessaires mises à jour ».

Le transfert automatique de données tel que prévu à l'article 104b al.1 du projet soulève la question du contrôle de l'exactitude des informations transmises au SRC. L'article 104 al. 4 LETr indique certes que les passages concernés par la communication des données seront informés, mais encore faudrait-il que ces passagers puissent contrôler l'exactitude de ces données, avant qu'elles n'entrent dans un circuit automatique de transfert d'informations entre autorités.

#### *Ad article 109f à 109j*

Les articles 109f à 109j du projet tendent à la création d'un nouveau système d'informations destiné à soutenir la totalité des tâches du processus de retour. Ce système d'information servira à traiter des données personnelles relatives aux ressortissants étrangers, y compris des données sensibles et des profils de la personnalité, tels qu'ils sont définis à l'article 3 let. c et d de la Loi fédérale sur la protection des données.

Ces dispositions prévoient également un traitement automatique des données recensées à l'article 109j al. 3 du projet.

Or, l'article 6 de la Convention STE 108 précise que les données relatives à l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, soit des données sensibles au sens de l'article 3 let. c LPD, ne peuvent être traitées automatiquement, à moins que le droit interne ne prévoient des garanties appropriées.

Il sied également de souligner que la LPD, en tant que concrétisation du droit au respect de la vie privée, prévoit que tout traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité est soumis au consentement explicite des personnes concernées (article 4 al. 5 LPD).

À notre sens, l'intérêt public poursuivi par les articles 109f et suivants du projet, tel que défini à l'article 109f al.1, ne justifie pas de déroger aux principes énumérés à l'article 4 LPD, en particulier son al. 5 *in fine*.

Par ailleurs, il reviendra au Conseil fédéral, conformément à l'article 109j du projet, de prévoir des garanties appropriées afin d'assurer le respect du droit à la vie privée des ressortissants étrangers concernés. Il devra, pour ce faire, régler en détail l'organisation et l'exploitation du nouveau système, le catalogue des données personnelles à traiter, le droit d'accès au système, les mesures organisationnelles et techniques visant à protéger les données personnelles contre tout traitement non autorisé - notamment la possibilité d'effectuer des copies desdites données-, le droit des personnes concernées à consulter et rectifier, si nécessaire, leurs données personnelles, ainsi que la durée de la conservation et la destruction des données.

---

<sup>16</sup> CEDH, *Affaire Khelli c. Suisse*, 18 octobre 2011

<sup>17</sup> CEDH, *Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 103

Ce n'est qu'en réglementant l'intégralité de ces éléments que les articles 109f à j du projet pourront être considérés comme étant conformes aux obligations conventionnelles assumées par la Suisse.

*Ad 102f P-LAsi*

Doctrine et jurisprudence ont défini les principes applicables aux mesures de vidéosurveillance, en vue de prévenir une atteinte importante aux droits de la personnalité. Une mesure de surveillance est effectivement propre à porter atteinte à la liberté personnelle (art. 10 Cst.), au droit au respect de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst.) et au droit d'être protégé contre l'emploi abusif de données personnelles (art. 13. al. 2 Cst.). Ces droits fondamentaux sont également protégés par l'article 8 §1 CEDH, garantissant le respect de la vie privée.

Ces principes se résument comme suit : le principe de la proportionnalité exige que l'installation d'une caméra soit effectuée de façon à ce que dans son champ n'entrent que les images nécessaires à la surveillance envisagée, et que l'effacement des données personnelles enregistrées par une caméra intervienne dans un délai particulièrement bref. Par ailleurs, la vidéosurveillance n'est admissible que pour autant que d'autres mesures moins attentatoires à la vie privée soient insuffisantes ou impraticables. Le principe de bonne foi impose au responsable du système de vidéosurveillance d'informer les personnes entrant dans le champ des caméras de surveillance de l'utilisation d'un tel système par le bien d'un avis lisible. Enfin, selon le principe de finalité, l'utilisation des données doit avoir pour seul but la protection contre les atteintes aux biens et aux personnes.

A cet égard, la Cour EDH a constaté, dans l'affaire *Perry c. Royaume Uni*, une violation de l'article 8 CEDH, au motif que le requérant avait été filmé, à son insu, au poste de police afin que la vidéo puisse éventuellement être utilisée dans une procédure. La Cour a relevé que « rien n'indiquait que le requérant s'attendait à ce qu'on le filme au poste de police à des fins d'identification au moyen d'un enregistrement vidéo ni à ce que le film soit éventuellement utilisé comme preuve à charge lors de son procès. Le stratagème adopté par la police avait outrepassé l'utilisation normale de ce type de caméra et constitué une ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa vie privée. Cette ingérence n'était par ailleurs pas prévue par la loi, la police n'ayant pas respecté les procédures énoncées par le code applicable : elle n'avait pas obtenu le consentement du requérant, ne l'avait pas averti de l'enregistrement vidéo et, de surcroît, ne l'avait pas informé de ses droits à cet égard »<sup>18</sup>.

Concernant les lieux et la voie publique, la Cour a également considéré que le fait de surveiller un individu dans un lieu public au moyen d'un système d'enregistrement permettant de filmer en continu et de stocker les données constituait une grave atteinte à la vie privée de l'individu<sup>19</sup>.

Au vu des éléments qui précèdent, l'exploitation d'appareils de surveillance à l'intérieur et à l'extérieur des bâtiments gérés par le SEM apparaît comme étant une mesure disproportionnée. Quand bien même la vidéosurveillance dissuasive permettrait d'atténuer un risque de perpétration d'infractions sur le domaine public ou le patrimoine administratif, cet intérêt public ne nous paraît pas suffisant au vu de la gravité de l'atteinte à la vie privée des individus concernés. Il ne suffit pas de dire que la mesure permettra de « protéger les biens et les personnes (...) contre toute forme d'atteintes », encore faut-il démontrer en quoi cette mesure est nécessaire. Par ailleurs, des individus passant à proximité de ces bâtiments se retrouveraient, à leur insu, dans le champ de vision des caméras extérieures, ce qui irait à l'encontre des principes de nécessité et proportionnalité. Le SEM pourrait mettre en œuvre d'autres mesures de sécurité tout aussi dissuasives que la vidéo-surveillance, à l'instar d'un dispositif comportant la présence d'agents de

---

<sup>18</sup> CEDH, *Affaire Perry c. Royaume Uni*, 17 juillet 2003

<sup>19</sup> CEDH, *Affaire Peck. c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003

sécurité ou une présence policière.

En tout état de cause, Conseil fédéral devrait, régler la manière dont les enregistrements seront conservés et protégés des abus jusqu'au moment de leur destruction. Dans ce cadre, il conviendrait de préciser qu'il est interdit d'effectuer des copies des enregistrements.

En conclusion, l'article 102f du projet ne respecte pas les exigences en matière de droits fondamentaux.

La FSA vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA  
Sergio Giacomini

Secrétaire général FSA  
René Rall