



Berne, le 15 décembre 2023

Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)

**Facilitation de l'exercice d'une activité lucrative indépendante,
prise en compte du centre des intérêts et accès aux systèmes d'in-
formation**

Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation

Condensé

Le présent projet de modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration porte en particulier sur l'exercice d'une activité lucrative et sur l'octroi et l'extinction d'autorisations, compte tenu des évolutions dans le domaine de la migration. Les changements concernent aussi les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises de transport aérien, les obligations après la notification d'une décision de renvoi, les dispositions régissant les mesures de contrainte et les modalités relatives à divers systèmes d'information.

Contexte

Le domaine de la migration est en mouvement perpétuel, ce qui implique diverses modifications du droit en vigueur. Ces modifications sont réunies dans le présent projet bien qu'elles portent sur différents sujets. Le projet concerne la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et d'autres lois.

Contenu du projet

Le projet prévoit de supprimer l'obligation, pour les titulaires d'une autorisation de séjour, d'obtenir une autorisation pour passer d'une activité salariée à une activité indépendante. Cette modification découle d'une décision du Conseil fédéral prise le 4 mars 2022 en réponse à un postulat.

Conformément à cette décision, qui a aussi permis de mettre en œuvre la motion 21.4076 Marchesi « Permis de séjour. Rétablir le principe du centre des intérêts », une autorisation de séjour ou d'établissement n'est octroyée que si le centre des intérêts de la personne concernée se situe en Suisse et l'autorisation prend fin lorsque la personne le transfère dans un autre pays.

Le projet prévoit la création d'une base juridique pour la publication des sanctions administratives prononcées par le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) à l'encontre des compagnies aériennes. Il vise également à étendre leur obligation de prise en charge des passagers.

Par ailleurs, le projet doit permettre, dans le cadre de l'exécution du renvoi, de créer une base juridique pour l'obligation de présence dans le logement qui a été assigné. Qui plus est, la durée de la détention Dublin pour insoumission doit être réduite et ce, en raison d'une décision du Tribunal fédéral.

Une base légale doit en outre être créée pour que les autorités cantonales d'exécution des peines et des mesures puissent accéder aux données sensibles du système d'information central sur la migration (SYMIC) dans l'accomplissement de leurs tâches légales. Un nombre accru de collaborateurs du SEM, les cours compétentes du Tribunal administratif fédéral et les représentations et missions suisses à l'étranger doivent avoir accès aux données personnelles dont ils ont besoin dans le système d'information du SEM sur le retour (eRetour).

Le projet comporte également des modifications d'ordre formel et rédactionnel. Ces modifications concernent les compétences pour trancher sur les demandes d'introduction d'une obligation de communiquer les postes vacants, la transmission de données médicales servant à évaluer l'aptitude au transport, les conditions requises pour prononcer une interdiction d'entrée, la suppression de la taxe spéciale perçue sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative et la refonte du système de subventions que la Confédération verse aux cantons pour les indemniser des coûts d'aide sociale qu'ils supportent pour les personnes qui relèvent du domaine de l'asile.

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Plusieurs dispositions légales, en particulier dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹, doivent être modifiées. Ces modifications sont nécessaires principalement pour les raisons suivantes : besoin de créer de nouveaux droits d'accès aux systèmes d'information, décision judiciaire (mesures de contrainte), mise en œuvre d'une motion (21.4076 Marchesi « Permis de séjour. Rétablir le principe du centre des intérêts ») et décision antérieure du Conseil fédéral du 4 mars 2022 (faciliter l'exercice d'une activité indépendante pour les titulaires d'une autorisation de séjour). Même si les différents domaines concernés ne sont pas directement liés, ils doivent être réunis dans un seul et même projet afin de simplifier la procédure législative.

1.1.1 Passage à une activité indépendante (ch. 3.1.1)

Le 4 mars 2022, le Conseil fédéral a adopté le rapport rédigé en réponse au postulat « Pour une gestion migratoire répondant aux besoins de la Suisse »² et décidé de mettre en œuvre un train de mesures visant à optimiser l'admission de travailleurs qualifiés en provenance d'États tiers. Le Département fédéral de justice et police (DFJP) a été chargé, entre autres, de soumettre au Conseil fédéral un message qui crée les conditions juridiques nécessaires à la suppression de l'obligation, pour les titulaires d'une autorisation de séjour, d'obtenir une autorisation pour passer d'une activité salariée à une activité indépendante (art. 38, al. 2 à 4, AP-LEI).

1.1.2 Centre des intérêts lors de l'octroi de l'autorisation (ch. 3.1.2)

Le 23 septembre 2021, le conseiller national Piero Marchesi a déposé la motion 21.4076 « Permis de séjour. Rétablir le principe du centre des intérêts ». Sa motion se base sur le fait que le principe du centre des intérêts a perdu de son importance lors de l'examen des demandes d'octroi ou de prolongation d'une autorisation de séjour depuis que le Tribunal fédéral a revu sa jurisprudence. Selon l'auteur de la motion, le maintien d'une autorisation de séjour présuppose certes un minimum de présence sur le territoire suisse mais, pour définir cette présence, le législateur s'est fondé ni sur le critère du centre des intérêts ni sur celui du domicile. La motion charge le Conseil fédéral d'ajuster les conditions-cadres juridiques de sorte à rétablir clairement le principe du centre des intérêts. Le Conseil fédéral a proposé d'accepter cette motion. La motion 21.4076 Marchesi a été adoptée par le Conseil national le 18 mars 2022 et par le Conseil des États le 14 décembre 2022 (art. 33, al. 1^{bis} et 2, art. 34, al. 1 et 2, let. a à d et art. 61, al. 1, let. a^{bis}, AP-LEI).

1.1.3 Sanctions administratives à l'encontre des entreprises de transport aérien (ch. 3.1.3)

Dans son rapport sur les sanctions administratives pécuniaires³, le Conseil fédéral a indiqué qu'il fallait créer une base légale dans la LEI pour la publication des décisions prises à l'encontre d'entreprises de transport aérien. Il a également décidé que l'obligation, pour les entreprises de transport aérien, de prendre en charge les passagers devait être étendue aux personnes auxquelles l'entrée dans l'espace Schengen ou le passage par la zone internationale de transit des aéroports est refusée (art. 93, al. 1, et art. 122c, al. 4, AP-LEI).

1.1.4 Modification des obligations dans le cadre de l'exécution des renvois et des mesures de contrainte (ch. 3.1.4)

Dans son rapport sur l'introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration⁴, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire d'inscrire dans la LEI une disposition concernant la surveillance électronique. Il a estimé que, dans l'ensemble, les solutions alternatives à la détention administrative déjà prévues par la LEI étaient mieux adaptées et plus opportunes. Toutefois, afin de donner aux autorités cantonales compétentes une plus grande marge de manœuvre en matière d'exécution, le Conseil fédéral a souhaité créer une base légale pour introduire une obligation de présence dans les structures d'hébergement cantonales. Cette mesure correspond aux propositions des cantons émises lors de l'élaboration du rapport en réponse au postulat (art. 73a, AP-LEI).

En raison d'une décision du Tribunal fédéral, il faut modifier la disposition dans la LEI concernant la détention Dublin pour insoumission. La détention ne peut excéder six semaines à compter du moment où la mesure a été ordonnée (art. 76a, al. 4, AP-LEI).

1.1.5 Droits d'accès aux systèmes d'information (ch. 3.1.5)

Il convient de créer une base juridique dans la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)⁵ afin de permettre aux autorités cantonales d'exécution des peines et des mesures d'accéder aux données sensibles du système d'information central sur la migration (SYMIC) dont elles ont besoin dans le cadre de l'exécution de jugements des tribunaux pénaux cantonaux et des autorités pénales de la Confédération (art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m, AP-LEI).

Un nombre accru de collaborateurs des unités compétentes du SEM, les cours compétentes du Tribunal administratif fédéral et les représentations et missions suisses à l'étranger doivent avoir accès à certaines données personnelles du

¹ RS 142.20

² Rapport du 4 juin 2022 du Conseil fédéral en réponse au postulat 19.3651 Nantermod du 19 juin 2019.

³ Rapport du 23 février 2022 du Conseil fédéral donnant suite au postulat 18.4100 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} novembre 2018, FF 2022 776

⁴ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 20.4265 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 19 octobre 2020, Introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration.

⁵ RS 142.51

système d'information du SEM sur le retour (eRetour) dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches légales (art. 109h, let. a, ch. 3, et let. h et i, AP-LEI).

1.1.6 Autres modifications de lois (ch. 3.1.6)

La compétence formelle pour trancher les demandes déposées par les cantons en vue d'introduire une obligation de communiquer les postes vacants pour certains groupes professionnels a été ajustée conformément à la pratique en vigueur et à l'art. 53e, al. 1, de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi (OSE)⁶. Désormais, cette compétence revient au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) et non plus au Conseil fédéral (art. 21a, al. 7, AP-LEI).

Il est nécessaire d'ajuster un renvoi dans la LEI car l'article correspondant (art. 85 LEI) a entretemps été modifié (art. 30, al. 1, let. l, AP-LEI).

Les modifications apportées à l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)⁷ concernant l'évaluation de l'aptitude au transport ont fait ressortir des incohérences avec une disposition de la LEI, à la fois sur le plan du contenu et sur le plan rédactionnel. Ces divergences doivent être corrigées (art. 71b AP-LEI).

Conformément à l'art. 67, al. 1, LEI, entré en vigueur le 22 novembre 2022, le SEM prononce des interdictions d'entrée à l'encontre d'étrangers frappés d'une décision de renvoi. Toutefois, la restriction de cette mesure aux seules personnes frappées d'une décision de renvoi ne correspond pas à la pratique, car des interdictions d'entrée peuvent également être nécessaires à l'encontre de personnes qui ne séjournent pas en Suisse et qui, par conséquent, n'ont pas à être renvoyées. Cette restriction, qui n'était pas l'intention du législateur, doit être levée (art. 67, al. 1, AP-LEI).

En raison, d'une part, de la suppression, le 1^{er} janvier 2018, de la taxe spéciale perçue sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative et, d'autre part, du réaménagement, depuis janvier 2023, du système de subventions que la Confédération verse aux cantons pour les indemniser des coûts d'aide sociale qu'ils supportent pour les personnes relevant du domaine de l'asile⁸, il convient de modifier la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)⁹ (art. 93^{bis}, al. 2 et 2^{bis}, AP-LAVS).

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Les modifications de lois proposées sont nécessaires pour diverses raisons : nouveaux besoins techniques, décision judiciaire, mise en œuvre d'une motion et décision antérieure du Conseil fédéral. L'idée d'élaborer des projets distincts pour chaque modification de loi a été abandonnée car elle entraînerait un surcroît de travail considérable pour tous les services impliqués. Rassembler les modifications proposées dans un seul et même projet permet également de présenter les choses de manière plus claire.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le présent projet n'est annoncé ni dans le message du 29 janvier 2020¹⁰, ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023¹¹. Il présente cependant un lien étroit avec l'un des objectifs annuels du Conseil fédéral (objectif 13 : la Suisse gère la migration, exploite le potentiel économique et social qu'offre celle-ci et promeut la coopération internationale).

1.4 Classement d'interventions parlementaires

La modification de la LEI permet de mettre en œuvre la motion 21.4076 Marchesi « Permis de séjour. Rétablir le principe du centre des intérêts ».

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le présent projet porte sur les éléments centraux suivants : passage à une activité indépendante (ch. 3.1.1), centre des intérêts lors de l'octroi de l'autorisation (ch. 3.1.2), sanctions administratives à l'encontre d'entreprises de transport aérien (publication des décisions prises à l'encontre d'entreprises de transport aérien ; ch. 3.1.3) et obligations dans le cadre de l'exécution des renvois (obligation de présence dans les structures d'hébergement cantonales; ch. 3.1.4). Les explications qui suivent se limitent donc à ces quatre éléments.

Passage à une activité lucrative indépendante

En Suisse, les intérêts économiques globaux constituent un critère majeur pour obtenir une autorisation en vue d'exercer une activité indépendante. Lorsqu'un ressortissant d'un État tiers passe d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante, l'influence positive sur l'économie est également un aspect pris en compte dans d'autres pays (par ex. Autriche et Allemagne). En Allemagne, la main-d'œuvre hautement qualifiée peut directement obtenir une autorisation d'établissement lors de la première admission et donc bénéficier immédiatement d'une pleine mobilité professionnelle. Qui plus est, d'autres catégories de personnes peuvent aussi obtenir une autorisation d'établissement après un délai de moins de quatre ans. En Autriche, les titulaires d'une autorisation de séjour délivrée pour exercer une activité lucrative

⁶ RS 823.111

⁷ RS 142.281

⁸ Modification du 30 mars 2022 de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement, RO 2022 233

⁹ RS 831.10

¹⁰ FF 2020 1709

¹¹ FF 2020 8087

peuvent obtenir une autorisation de séjour assortie de droits élargis (entre autres pleine mobilité professionnelle) après deux ans. Par ailleurs, les personnes concernées peuvent exercer, sans avoir à demander une autorisation, une activité lucrative indépendante accessoire dès qu'elles ont obtenu une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative. La possibilité d'exercer une activité lucrative indépendante accessoire sans autre autorisation existe également au Danemark et en Finlande. Par contre, le Danemark n'accorde la pleine mobilité professionnelle qu'après l'octroi d'une autorisation de séjour durable, soit après quatre à huit ans. En Finlande, toutes les personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative qui sont titulaires d'un diplôme d'une haute école finlandaise obtiennent la pleine mobilité professionnelle. D'autres personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour octroyée en vue d'exercer une activité lucrative salariée doivent demander une autorisation de séjour distincte destinée aux indépendants si l'activité indépendante est exercée à temps plein. En Irlande, les détenteurs d'une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative peuvent également obtenir une autorisation de séjour élargie assortie de la pleine mobilité professionnelle après deux à cinq ans. La modification prévue dans la LEI accorde immédiatement la pleine mobilité professionnelle aux titulaires d'une autorisation de séjour leur permettant d'exercer une activité lucrative qui répondent aux conditions d'admission définies dans cette loi en vue de l'exercice d'une activité lucrative (des exceptions sont possibles dans des cas spécifiques). Jusqu'à présent, la pleine mobilité professionnelle n'était accordée qu'une fois l'autorisation d'établissement octroyée, soit au plus tôt après cinq ans.

Contrairement à de nombreux autres pays industrialisés, la Suisse ne prévoit pas d'admission facilitée pour exercer une activité lucrative indépendante au moyen d'un visa start-up ou entrepreneur. Pour obtenir de tels visas, il suffit en règle générale de présenter une idée d'entreprise innovante et de prouver la présence de moyens financiers suffisants. De nombreux pays européens délivrent ce type de visas spécifiques (par ex. Irlande, Pologne et Royaume-Uni). En Suisse, la manière dont le droit des étrangers est aménagé ne permet pas d'introduire de tels visas sans procéder à des modifications de lois approfondies. Cependant, la possibilité de passer à une activité lucrative indépendante sans avoir à requérir d'autorisation doit permettre de faciliter les choses pour les personnes qui disposent déjà d'une autorisation de séjour pour exercer une activité lucrative et d'encourager l'innovation économique.

Centre des intérêts lors de l'octroi de l'autorisation

En règle générale, un étranger n'obtient une autorisation que si le centre de ses intérêts se situe en Suisse lors de l'octroi de l'autorisation. Il s'agit là d'un principe général qui vaut également dans d'autres pays et selon lequel l'octroi d'une autorisation est exclu lorsque l'intéressé n'a aucune intention de s'établir dans le pays concerné.

Publication des décisions prises à l'encontre des entreprises de transport aérien

L'importance d'anonymiser les décisions judiciaires a plutôt tendance à être surévaluée en Suisse. La Cour européenne des droits de l'homme publie généralement ses décisions avec les noms des requérants sans que cela pose de problème, donnant ainsi la priorité à la transparence plutôt qu'à la protection des données et de la personnalité.¹² Au Royaume-Uni, en France et en Italie aussi, les noms de toutes les parties au procès sont publiés. Par contre, tel n'est pas le cas en Autriche et en Allemagne.¹³ Par conséquent, anonymiser les décisions est tout à fait possible et compatible avec le droit européen.

Obligation de présence dans les structures d'hébergement cantonales

La directive sur le retour¹⁴, qui s'applique également à la Suisse, fixe les conditions auxquelles les ressortissants d'États tiers qui font l'objet d'une procédure de renvoi peuvent être placés en détention. Conformément à l'art. 15, par. 1, de la directive sur le retour, la mise en détention d'une personne n'est licite que si d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives ne peuvent être appliquées efficacement dans un cas particulier. L'obligation de présence constitue une mesure plus légère que les autres mesures de contrainte prévues par les art. 73 ss LEI. Elle est ordonnée uniquement pour une certaine durée quotidienne pendant un mois au plus (cf. ch. 3.1.4). Dans certains pays européens (notamment la France et le Luxembourg), l'*arrêt domiciliaire* est prévu comme solution alternative à la détention administrative.¹⁵ Pour la personne concernée, l'obligation de présence constitue une mesure plus légère et moins radicale que l'arrêt domiciliaire, qui restreint presque complètement sa liberté de mouvement pendant toute la durée de la mesure.

3 Présentation du projet

Il est à noter que la LEI n'est applicable aux ressortissants des États membres de la Communauté européenne (CE) et aux ressortissants des États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés par un employeur ayant son siège ou son domicile dans un de ces États que dans la mesure où l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (accord sur la libre circulation des personnes; ALCP)¹⁶ ou l'accord du 21 juin 2001 amendant la convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE)¹⁷ n'en dispose pas autrement ou lorsque la présente loi prévoit des dispositions plus favorables (art. 2 LEI).

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Facilitation de l'exercice d'une activité lucrative indépendante

Conformément au droit en vigueur, les ressortissants d'États tiers qui possèdent une autorisation de séjour doivent demander une autorisation pour passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (art. 38, al. 3,

¹² <https://www.bger.ch> > Tribunal fédéral > Publications > Contributions scientifiques du Tribunal fédéral > Die Publikation gerichtlicher Entscheide, note marginale 25.

¹³ <https://sui-generis.ch> > Archives > 2014 > Publikation von Urteilen durch Gerichte, note marginale 53.

¹⁴ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98.

¹⁵ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 20.4265 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 19 octobre 2020, Introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, p. 13.

¹⁶ RS 0.142.112.681

¹⁷ RS 0.632.31

LEI). Les ressortissants d'États tiers peuvent être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante notamment si cette activité sert les intérêts économiques du pays et si les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies (art. 19 LEI).

Conformément à l'art. 38, al. 2, LEI, le titulaire d'une autorisation de séjour admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante peut changer d'emploi sans autre autorisation. S'il souhaite changer prématurément d'emploi, il doit uniquement demander une autorisation aux autorités compétentes lorsque son autorisation de séjour est assortie, en vertu de l'art. 33, al. 2, LEI, de conditions restreignant le changement d'emploi. Il n'est possible de restreindre la mobilité géographique et professionnelle que pour protéger des intérêts publics légitimes.¹⁸ D'ordinaire, une telle situation survient lorsque la personne concernée a initialement été admise pour exercer une activité particulière, en dérogation aux conditions générales d'admission pour un séjour avec activité lucrative (art. 18 à 26a LEI). On pense notamment au séjour des personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (art. 23, al. 3, let. b, LEI), au séjour des personnes qui possèdent des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (art. 23, al. 3, let. c, LEI), à l'exercice d'une activité lucrative par des personnes assurant un encadrement ou un enseignement religieux ou dispensant un cours de langue et de culture de leur pays d'origine, si les conditions visées à l'art. 26a LEI sont réunies, ou encore aux prestations de services transfrontaliers temporaires, lorsque l'activité de la personne concernée sert les intérêts économiques du pays (art. 26 LEI). Dans ces cas, les intéressés ne sont pas autorisés à changer d'emploi sans demander d'autorisation parce que leur admission est liée à une activité ou à un employeur particulier.

Modification demandée

Le présent projet propose, en complément au droit en vigueur de changer d'emploi, de renoncer également à l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative indépendante. Il faut aussi prévoir explicitement qu'une autorisation de séjour (qu'elle ait été délivrée pour une activité indépendante ou salariée) peut être assortie de la condition que son titulaire ne change pas d'activité lucrative pour une durée déterminée (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 38, al. 2 à 4, AP-LEI).

Ressortissants des États membres de l'UE/AELE

La demande de modification ne concerne pas les ressortissants de pays membres de l'UE/AELE ni ceux du Royaume-Uni¹⁹. Restreindre la mobilité professionnelle des ressortissants de l'UE irait à l'encontre de l'art. 7, let. b, ALCP (précisé par les art. 8 [travailleurs salariés] et 14 [indépendants], de l'annexe I ALCP). Cette disposition régit le droit à la mobilité professionnelle et géographique.

Développement

La levée de l'obligation d'autorisation pour exercer une activité lucrative indépendante peut avoir un impact positif sur l'innovation en Suisse. À titre d'exemple, elle permettrait de réduire les obstacles administratifs pour les start-up. En effet, la concrétisation d'idées commerciales innovantes ne se verrait alors pas freinée par des doutes concernant l'appréciation de l'intérêt économique global et un éventuel refus d'octroi de l'autorisation. Cette mesure peut également accroître les perspectives de séjour à long terme pour les travailleurs qualifiés. Certes, des risques mineurs liés au marché du travail ne peuvent pas être exclus lors de la création d'entreprises par des personnes moins qualifiées ou dans les secteurs les moins dynamiques. Toutefois, les avantages que présenterait cette mesure pour une place économique suisse innovante l'emportent. Si les modifications proposées à l'art. 38 LEI ne sont pas mises en œuvre, les travailleurs hautement qualifiés admis sur le marché du travail suisse resteront soumis à une obligation d'autorisation en cas de passage d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante. Or ce régime juridique moins favorable ne se justifie pas sachant notamment que l'admission de ces personnes se fonde sur l'attente qu'elles s'intègrent de manière durable dans leur environnement professionnel et social (art. 23, al. 2, LEI). Pour des raisons économiques, la mobilité professionnelle de cette catégorie de personnes ne doit plus être restreinte que dans des cas exceptionnels.

Toutefois, lors du renouvellement du permis de séjour, une attention particulière est accordée au risque d'un éventuel abus lors du passage à une activité indépendante.

Qui plus est, ces personnes font déjà partie des travailleurs présents en Suisse (art. 21, al. 2, LEI) et sont donc prioritaires par rapport aux nouveaux arrivants originaires d'États tiers pour ce qui est de l'accès au marché du travail. La proposition de permettre à ces personnes de passer à une activité lucrative indépendante sans avoir à demander d'autorisation améliore encore leurs perspectives d'intégration du point de vue économique.

Lors d'une révision de la LEI²⁰ (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019), l'obligation, pour les réfugiés (art. 61, al. 1 et 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile [LAsi]²¹, en relation avec l'art. 85a, al. 2 à 6, LEI) et les personnes admises à titre provisoire (art. 85a LEI) de demander une autorisation lorsqu'ils souhaitent entamer ou quitter une activité lucrative salariée ou indépendante a été remplacée par une simple obligation d'annonce. Les réfugiés et les personnes admises à titre provisoire font également partie des travailleurs présents en Suisse (art. 21, al. 2, LEI). Concernant l'exercice d'une activité lucrative indépendante, les réfugiés et les personnes admises à titre provisoire sont donc soumis à des exigences moins élevées que les titulaires d'une autorisation de séjour, ces derniers devant aujourd'hui requérir une autorisation pour passer à une activité lucrative indépendante (art. 38, al. 3, LEI). Par conséquent, les personnes hautement qualifiées font face à des obstacles administratifs supplémentaires lorsqu'elles souhaitent mettre en pratique leurs idées commerciales innovantes car elles doivent prouver par anticipation, dans le cadre de la procédure d'autorisation, que l'activité lucrative indépendante qu'elles souhaitent exercer aura un intérêt économique pour le pays (art. 19, let. a, LEI).

Conformément au droit en vigueur, les conjoints et enfants jouissant d'un droit de présence en Suisse de personnes qui ont obtenu une autorisation de séjour du fait de leur activité lucrative peuvent entamer une activité lucrative aussi bien indépendante que salariée sans avoir à demander d'autorisation (cf. art. 46 LEI en relation avec l'art. 27 de l'ordonnance

¹⁸ Cf. message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3509

¹⁹ Accord du 25 février 2019 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la fin de l'applicabilité de l'accord sur la libre circulation des personnes; RS 0.142.113.672

²⁰ FF 2013 2131 (message); FF 2016 2665 (message additionnel)

²¹ RS 142.31

du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA]²²). Ils sont donc favorisés par rapport à la personne à l'origine du regroupement familial. Or, rien ne justifie une telle différence de traitement.

Mentionner explicitement la possibilité d'assortir l'autorisation de séjour de la condition que la personne ne change pas d'activité lucrative pour une durée déterminée doit permettre de lever le doute quant à savoir si l'on peut restreindre le changement d'emploi en se fondant sur l'art. 33, al. 2, LEI.

Dispositions transitoires

Aucune disposition transitoire n'est nécessaire dans le cadre de la présente modification. À compter de l'entrée en vigueur de la disposition modifiée, les demandes en suspens pourront être classées et les personnes concernées pourront entamer une activité lucrative indépendante. Les autorisations déjà délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante conservent leur validité. Elles n'étaient déjà pas assorties d'autres restrictions en matière de mobilité professionnelle, conformément à l'ancien droit. Une fois l'obligation d'autorisation supprimée, il ne sera plus nécessaire de déposer de nouvelles demandes.

3.1.2 Centre des intérêts en Suisse

La motion 21.4076 Marchesi « Permis de séjour. Rétablir le principe du centre des intérêts » charge le Conseil fédéral de modifier le droit en vigueur de telle sorte que le principe du centre des intérêts en Suisse soit à nouveau clairement applicable comme condition d'octroi de l'autorisation. Les arrêts du Tribunal fédéral (TF) mentionnés dans la motion 21.4076 Marchesi²³ concernaient des ressortissants italiens qui avaient obtenu une autorisation de séjour UE/AELE grâce à leur activité lucrative ou à des moyens financiers suffisants. Dans chacun des quatre cas, l'autorité cantonale avait révoqué l'autorisation de séjour UE/AELE des personnes concernées pour cause d'absence de centre des intérêts en Suisse. Dans ses arrêts, le TF avait conclu que le fait de transférer son domicile ou le centre de ses intérêts à l'étranger ne suffisait pas à entraîner l'extinction de l'autorisation et que, dans ce type de cas, l'autorisation ne s'éteignait que si les conditions légales nécessaires étaient réunies, c.-à-d. si l'intéressé avait quitté la Suisse au moins six mois ou s'il avait déclaré son départ de Suisse. Dans ces arrêts, le TF ne s'est pas penché sur la question de savoir si les personnes exerçant une activité lucrative auraient pu obtenir une autorisation frontalière UE/AELE.

Dans un arrêt antérieur²⁴ de mai 2019, le TF s'était déjà expressément prononcé sur le centre des intérêts et sur le domicile à l'étranger en lien avec les motifs d'extinction des autorisations. Il avait notamment indiqué que certains arrêts précédents du TF manquaient de précision. En effet, ils se fondaient exclusivement sur le transfert du domicile à l'étranger et laissaient de côté les délais prévus par la loi et les motifs d'interruption de courte durée (séjours à des fins de visite, de tourisme ou d'affaires; art. 79 OASA). Concrètement, ces arrêts ont eu pour conséquence que l'autorisation d'établissement d'un étranger qui exerçait une activité lucrative en Suisse mais passait tous ses week-ends auprès de sa famille dans un pays voisin ne s'éteignait pas.

Le 2 décembre 2021 – soit trois mois après le dépôt de la motion 21.4076 Marchesi – le TF a publié un autre arrêt²⁵ qui précise les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour UE/AELE et d'une autorisation frontalière UE/AELE. Il y indique que l'octroi ou la prolongation d'une autorisation de séjour UE/AELE suppose que la personne exerçant une activité lucrative soit prête à s'établir en Suisse. Par contre, si cette personne exerce une activité lucrative en tant que frontalier au sens de l'ALCP, la volonté de s'établir en Suisse fait défaut et son éventuelle autorisation de séjour UE/AELE doit être révoquée et remplacée par une autorisation frontalière UE/AELE (art. 23 de l'ordonnance du 22 mai 2002 sur la libre circulation des personnes [OLCP]²⁶). Ces précisions apportées à la jurisprudence du TF ont permis de clarifier les choses dans le domaine de l'ALCP. Il n'est donc plus nécessaire de préciser que l'octroi d'une autorisation de séjour UE/AELE ou d'une autorisation d'établissement UE/AELE suppose que le centre des intérêts de la personne se situe en Suisse.

Par contre, le TF n'a pas encore décidé si les principes de l'arrêt du 2 décembre 2021 devaient également s'appliquer aux ressortissants d'États tiers dont l'admission est régie par la LEI et non par l'ALCP. Qui plus est, cette question ne concerne pas uniquement les personnes dont le centre des intérêts se trouve à l'étranger et qui exercent une activité lucrative en Suisse en tant que frontaliers. Concernant le champ d'application de la LEI, le TF a toujours indiqué sans équivoque que l'examen du centre des intérêts en tant que condition d'octroi de l'autorisation ne pouvait être dissocié des motifs légaux d'extinction réglés de manière exhaustive par la LEI. Par conséquent, en réponse à la motion 21.4076 Marchesi, prévoir explicitement dans la LEI que l'octroi et le maintien d'une autorisation de séjour ou d'établissement supposent que le centre des intérêts de l'intéressé se situe en Suisse reste pertinent.

Modification demandée

L'octroi et la prolongation d'une autorisation de séjour en vertu de la LEI supposent déjà que le centre des intérêts se situe effectivement en Suisse (cf. art. 86, al. 2, let. c, ch. 1, OASA). Cependant, cette condition n'est pas inscrite dans la loi.

La LEI doit désormais prévoir clairement que le centre des intérêts d'une personne doit se trouver en Suisse pour qu'elle puisse obtenir et faire prolonger une autorisation de séjour (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 33, al. 1^{bis} et 2, AP-LEI). Cette condition ne doit pas nécessairement être remplie en cas de séjour temporaire en Suisse. Sont notamment considérés comme des séjours temporaires les formations, les formations continues, les stages et les traitements médicaux.

La motion 21.4076 Marchesi ne mentionne pas explicitement l'autorisation d'établissement. Cependant, l'octroi d'une autorisation d'établissement suppose déjà que le centre des intérêts du demandeur se situe en Suisse. C'est pourquoi, il convient de mentionner expressément que l'autorisation d'établissement est elle aussi délivrée uniquement si le centre des intérêts de l'intéressé se trouve en Suisse (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 34, al. 1 et 2, phrase introductive et let. a à d, AP-LEI).

L'autorisation de courte durée et l'autorisation frontalière ne sont pas concernées par cette modification. En effet, de par leur nature, ces autorisations ne requièrent pas que le centre des intérêts des personnes concernées se situe en Suisse.

²² RS 142.201

²³ Arrêts du TF 2C_103/2019 du 3 septembre 2021; 2C_47/2019 du 3 septembre 2021; 2C_1041/2019 du 10 novembre 2020; 2C_505/2020 du 10 novembre 2020.

²⁴ Arrêt du TF 2C_124/2018 du 17 mai 2019.

²⁵ Arrêt du TF 2C_5/2021 du 2 décembre 2021.

²⁶ RS 142.203

Déclarer son départ de Suisse (art. 61, al. 1, let. a, LEI) ou encore séjourner six mois à l'étranger (art. 61, al. 2, LEI) entraînent déjà l'extinction de l'autorisation. Par ailleurs, une autorisation doit également s'éteindre lorsque le centre des intérêts est transféré à l'étranger. Les autorisations délivrées pour des séjours de nature temporaire ne sont pas concernées (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 61, al.1, let. a^{bis}, AP-LEI).

L'expression « centre de vie » est employée une fois dans la LAsi. Dans un souci d'harmonisation avec la LEI, cette expression doit y être remplacée par « centre des intérêts ». Il s'agit là d'une modification purement linguistique sans répercussions sur le plan matériel (art. 79, let. a, AP-LAsi).

Ressortissants des États membres de l'UE/AELE

La réglementation générale de l'ALCP ne prévoit pas d'obligation d'avoir le centre de ses intérêts dans l'État d'accueil (dans ce cas la Suisse). Les conditions de séjour (cf. art. 2, al. 1 et 2, annexe I ALCP et art. 6, 12 et 24, annexe I ALCP) et les documents que les parties contractantes peuvent exiger pour l'octroi d'un titre de séjour (art. 6, al. 3, art. 12, al. 3 et art. 24, al. 1, annexe I ALCP) sont énumérés de manière exhaustive dans l'accord. Il n'est donc pas possible de subordonner ce droit à des conditions supplémentaires. L'autorisation de séjour est en principe valable aussi longtemps que l'intéressé a le droit de séjourner en Suisse. Par ailleurs, elle n'a qu'une valeur déclaratoire et ne possède aucune signification constitutive : elle montre uniquement que les conditions prévues par l'ALCP sont remplies (cf. art. 2, al. 1, annexe I ALCP).

Par conséquent, la modification proposée en matière d'octroi et de prolongation d'une autorisation de séjour ne s'applique pas aux ressortissants de l'UE. En effet, l'octroi d'autorisations à ces personnes est régi par l'ALCP et son ordonnance d'exécution, l'OLCP (art. 33, al. 1^{bis}, AP-LEI).

L'art. 24 OLCP, qui s'applique aux ressortissants de l'UE/AELE, porte sur les mesures d'éloignement que les autorités compétentes peuvent prononcer en vertu des art. 60 à 68 LEI. L'art. 61 s'applique donc aussi aux ressortissants de l'UE/AELE (art. 61, al.1, let. a^{bis}, AP-LEI), en tenant compte de l'art. 5, annexe I ALCP. Celui-ci prévoit que les droits accordés par les dispositions de l'ALCP ne peuvent être limités après un examen individuel que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

Ces explications concernent également la Convention instituant l'AELE (et, partant, les ressortissants de l'AELE), et l'Accord du 25 février 2019²⁷ entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de la fin de l'applicabilité de l'accord sur la libre circulation des personnes (et, partant, les ressortissants du Royaume-Uni).

Dispositions transitoires

Conformément à la jurisprudence du TF, les principes énoncés dans l'art. 126 LEI s'appliquent à toutes les modifications de la LEI après son entrée en vigueur; il n'est dès lors pas nécessaire de prendre en compte les principes généraux de droit transitoire.²⁸ Le droit en vigueur continue donc de s'appliquer à toutes les procédures qui ont été ouvertes avant l'entrée en vigueur d'une révision partielle de la LEI et ce, que les procédures aient été ouvertes d'office ou sur demande.

3.1.3 Extension du devoir de prise en charge et publication des sanctions prises à l'encontre des entreprises de transport aérien

Obligation de renvoyer les passagers munis de faux documents d'identité

Selon le droit en vigueur, les entreprises de transport aérien sont tenues, au titre de leur devoir de prise en charge, d'assurer le transport immédiat de passagers auxquels l'entrée dans l'espace Schengen a été refusé depuis la Suisse vers l'État de provenance, vers l'État qui a délivré le document de voyage ou vers un État où l'admission est garantie (art. 93, al. 2, let. a, LEI). Cependant, ce devoir de prise en charge ne concerne pas les passagers auxquels le passage par la zone internationale de transit des aéroports est refusé. Il s'agit de là de personnes qui souhaitent uniquement voyager à travers les zones internationales de transit des aéroports sans entrer dans l'espace Schengen (p. ex. lors d'un vol Londres – Zurich – Johannesburg). La modification proposée à l'art. 93, al. 1, AP-LEI doit permettre de combler cette lacune au niveau du devoir de prise en charge (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 93, al. 1, AP-LEI).

Dispositions transitoires

La modification proposée ne porte pas sur des situations de fait durables. Une disposition transitoire n'est donc pas nécessaire. Le devoir de prise en charge élargi s'applique à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation.

Publication des décisions de sanctions administratives

Les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises de transport aérien en cas de violation du devoir de diligence ou de l'obligation de communiquer des données personnelles au sens des art. 122a et 122b LEI font partie des sanctions administratives pécuniaires. Dans son rapport sur les sanctions administratives pécuniaires²⁹, le Conseil fédéral a indiqué qu'une base légale devait être créée dans la LEI pour la publication des décisions prises à l'encontre d'entreprises de transport aérien. La publication des décisions vise à informer le public sur la pratique en matière de sanctions. Elle permet également au public d'exercer un contrôle sur les activités de l'administration car il connaît les comportements et les motifs pour lesquels les entreprises de transport aérien peuvent être sanctionnées. Le présent projet doit permettre de créer une base légale ad hoc (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 122c, al. 4, AP-LEI).

²⁷ RS 0.142.113.672

²⁸ Arrêts du TF 2D_10/2020 du 9 juillet 2020 consid. 2.2 s.; 2C_9/2020 du 29 juin 2020 consid. 4.1; 2C_911/2019 du 6 février 2020 consid. 4.1; 2C_549/2019 du 9 décembre 2019 consid. 4.1; 2C_496/2019 du 13 novembre 2019 consid. 4 et 2C_212/2019 du 12 septembre 2019 consid. 4.1

²⁹ Rapport du 23 février 2022 du Conseil fédéral en réponse au postulat 18.4100 du 1^{er} novembre 2018 de la CIP-N, FF 2022 776, ici p. 105 à 106.

Dispositions transitoires

La modification proposée ne porte pas sur des situations de fait durables. Une disposition transitoire n'est donc pas nécessaire. À compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, les décisions entrées en force pourront être publiées.

3.1.4 Obligation de présence et modification de la détention Dublin

Obligation de présence dans le logement assigné

Une obligation de présence sert à garantir l'exécution d'un renvoi, d'une expulsion ou d'une expulsion pénale. Cette mesure est ordonnée à l'encontre de personnes qui n'ont pas donné suite à leur obligation de quitter le pays dans le délai imparti. Leur présence pendant une durée donnée dans le logement qui leur a été attribué est nécessaire pour assurer qu'elles soit à la disposition des autorités d'exécution compétentes en vue de clarifications concernant leur identité ou leur nationalité, de l'obtention des documents de voyage nécessaires et de l'organisation du départ. Il arrive souvent que les personnes renvoyées ne disposent d'aucun document d'identité ou dissimulent leur identité aux autorités pour compliquer l'exécution de leur renvoi. Dans de tels cas, les cantons peuvent demander au SEM de clarifier l'identité des personnes et d'obtenir les documents de voyage nécessaires. L'identification des personnes renvoyées est un mandat légal qui revient au SEM (art. 71, al. 1, let. a, LEI, en relation avec l'art. 3 OERE). La présence des personnes renvoyées peut être nécessaire pour des convocations à l'ambassade, des auditions centralisées par des délégations étrangères, des auditions par les autorités d'exécution et, enfin, pour organiser leur départ.

L'obligation de présence constitue une mesure plus légère que les autres mesures de contrainte prévues par les art. 73 ss LEI. Elle est ordonnée uniquement pour une certaine durée quotidienne (au maximum six heures par jour) et pour une durée maximale d'un mois. Cette mesure est aussi moins radicale pour l'intéressé que les arrêts domiciliaires, qui restreignent presque complètement sa liberté de mouvement pendant toute leur durée et qui sont employés par certains États européens comme solution alternative à la détention. Une obligation de présence peut être ordonnée dans toutes les structures d'hébergement (appartement, centre d'aide d'urgence etc.). Ainsi, la personne concernée peut rester dans son environnement (cf. ch. 4, commentaire relatif aux art. 73a, art. 76, al. 1, let. b, ch. 6, et art. 76a, al. 2, let. k, AP-LEI).

Détention Dublin

L'art. 76a, al. 4, LEI prévoit qu'une détention Dublin pour insoumission peut être ordonnée pour une durée maximale de trois mois. L'inscription de cette détention dans la LEI a découlé des résultats de la consultation relative à la reprise et à la mise en œuvre de l'échange de notes du 14 août 2013 entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise du règlement UE n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale (développement de l'acquis de Dublin/Eurodac)³⁰.

Cette disposition permettait de placer en détention pour une durée maximale de six semaines (prolongation possible jusqu'à trois mois) une personne dont le seul comportement empêchait l'exécution du transfert, à condition qu'il ne soit pas possible d'ordonner une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76a, al. 3, let. c) et qu'une mesure plus légère ne permette pas d'atteindre le but visé. Cette détention pouvait également être ordonnée afin de garantir la bonne exécution d'une décision de renvoi Dublin lorsque la durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion était atteinte.

Dans son arrêt du 11 mars 2022³¹, le TF a estimé que cette disposition relative à la détention Dublin pour insoumission était conforme aux exigences du règlement Dublin III (art. 28) et qu'elle devait être interprétée dans le sens de la pratique de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Par conséquent, l'art. 76a, al. 4, LEI ne s'applique pas dans la mesure où il est incompatible avec les exigences de l'art. 28 du règlement Dublin III tel qu'interprété par la CJUE dans l'arrêt Amayry³². L'art. 28 du règlement Dublin III prime en ce sens la réglementation nationale de l'art. 76a, al. 4, LEI (ATF 148 II 169, consid. 5.3.4). Selon la CJUE, la détention ne doit pas dépasser six semaines à compter de la cessation de l'effet suspensif ou du caractère exécutoire de la décision de transfert.

En raison de cet arrêt du TF, il n'est plus possible de recourir à l'art. 76a, al. 4, LEI lorsque la durée maximale de détention de six semaines a déjà été atteinte dans le cadre de la détention Dublin en vue du renvoi ou de l'expulsion visée à l'art. 76a, al. 3, let. c, LEI. Une détention peut néanmoins être ordonnée à l'encontre d'une personne qui n'a pas encore été placée en détention en phase préparatoire ou en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, soit parce qu'elle a refusé de monter à bord d'un véhicule en vue d'une exécution volontaire de son renvoi, soit parce qu'elle était passée à la clandestinité pour une durée prolongée. Lorsqu'une personne refuse de monter dans un véhicule ou refait surface après être passée à la clandestinité, elle peut être placée en détention pour une durée maximale de six semaines jusqu'à l'exécution de son renvoi ou de son expulsion. L'art. 76a, al. 4, LEI doit être ajusté en conséquence (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 76a, al. 4, AP-LEI).

3.1.5 Extension des droits d'accès au SYMIC et au système d'information sur le retour (eRetour)

Nouvel accès des autorités d'exécution des peines et des mesures au SYMIC

Les cantons exécutent les jugements rendus par leurs tribunaux pénaux en vertu du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)³³. Ils doivent également exécuter, contre remboursement des frais, les jugements des autorités pénales de la Confédération (art. 372, al. 1, CP). Sont assimilées à ces jugements les décisions rendues en matière pénale par l'autorité de police ou par toute autre autorité compétente, ainsi que les ordonnances des autorités de mise en accusation (art. 372, al. 2, CP). La Confédération et les cantons désignent les autorités compétentes pour l'exécution des peines et des mesures et règlent la procédure (art. 439, al. 1, du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007³⁴; CPP).

³⁰ RO 2015 1841

³¹ ATF 148 II 169

³² Arrêt Amayry de la CJUE du 13 septembre 2017 dans l'affaire C-60/16.

³³ RS 311.0

³⁴ RS 312.0

Chaque canton dispose d'une autorité compétente pour accomplir les tâches en matière d'exécution des peines. Il s'agit généralement d'un office de l'exécution des peines. Ces autorités cantonales doivent pouvoir accéder aux données relevant du droit des migrations contenues dans le SYMIC pour accomplir leurs tâches légales. Ces tâches comprennent, entre autres, l'exécution de jugements et de charges, l'allègement dans l'exécution, les transferts, l'assistance de probation, la consultation sociale en prison et l'information aux autorités concernant les arrestations.

Début 2023, la Conférence des chefs des services pénitentiaires cantonaux (CCSPC) a déposé une demande pour que les autorités d'exécution des peines et des mesures puissent accéder aux données de base du SYMIC. Ces données ne sont pas des données personnelles sensibles. Réglementer cet accès au niveau de l'ordonnance est suffisant. La modification à cet effet de l'ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration SYMIC (ordonnance SYMIC)³⁵ est entrée en vigueur le 15 juin 2023. Elle permet aux autorités d'exécution des peines et des mesures (y compris l'assistance de probation) d'effectuer une recherche d'informations simple, efficace et centralisée. Elle décharge également les autorités cantonales compétentes en matière de migration qui répondent actuellement aux plus de 7000 requêtes déposées chaque mois dans le SYMIC par les autorités d'exécution des peines et des mesures dans le cadre de l'entraide administrative.

Cependant, cette modification de l'ordonnance SYMIC ne permet pas aux autorités d'exécution des peines et des mesures d'accéder aux données sensibles du SYMIC. Il faut donc une modification de la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA) pour que ces autorités (y compris l'assistance de probation) puissent obtenir l'accès aux données sensibles du SYMIC dont elles ont besoin pour accomplir leurs tâches légales (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m, AP-LDEA).

Nouvel accès des collaborateurs du SEM, du Tribunal administratif fédéral, des représentations suisses à l'étranger et des missions au système d'information du SEM sur le retour (eRetour)

Un nombre accru de collaborateurs des unités compétentes des domaines de direction Asile (DDAS) et Centres fédéraux pour requérants d'asile (DDCFA) du SEM, les collaborateurs de la Division Admission Séjour du Domaine de direction Immigration et intégration (DDII) du SEM, les collaborateurs des cours compétentes du Tribunal administratif fédéral (TAF ; cours IV à VI) et les collaborateurs compétents des représentations suisses à l'étranger et des missions doivent obtenir l'accès à certaines données personnelles issues du système d'information du SEM sur le retour (eRetour). Les unités organisationnelles autorisées doivent être précisées au niveau de l'ordonnance (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 109h, let. a, ch. 3 et h et i, AP-LEI).

3.1.6 Autres modifications de lois

Modification de la compétence en matière d'assujettissement à l'obligation de communiquer les postes vacants

Conformément à l'art. 21a, al. 7, LEI, un canton peut demander au Conseil fédéral l'introduction d'une obligation de communiquer les postes vacants sur son territoire lorsque certains groupes de profession, domaines d'activités ou régions économiques enregistrent un taux de chômage supérieur à la moyenne et qu'il y a lieu de prendre des mesures limitées dans le temps visant à favoriser les personnes enregistrées auprès du service public de l'emploi en tant que demandeurs d'emploi.

Dans le cadre de la révision des art. 53a, 53e, al. 1 et 2, et 53f OSE (entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2021), la compétence pour traiter les demandes des cantons et pour définir les branches et les professions soumises à une obligation d'annoncer les postes vacants a été transmise au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), et ce, qu'il s'agisse du taux de chômage national ou cantonal. Cette modification d'ordonnance portait uniquement sur une délégation de compétences (DEFR au lieu du Conseil fédéral). Le droit des cantons de formuler la demande reste inchangé.

La modification de l'OSE entrée en vigueur nécessite désormais de procéder à des ajustements dans la LEI afin d'éviter les contradictions entre les deux textes (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 21a, al. 7, AP-LEI).

Transmission de données médicales

Le 1^{er} mai 2022, des modifications de l'OERE concernant l'évaluation de l'aptitude au transport des personnes dont le renvoi ou l'expulsion doit être exécuté sont entrées en vigueur (cf. art. 15p à 15s OERE). Une application de ces dispositions également en matière d'exécution des expulsions pénales dépasse le champ d'application de l'art. 71b LEI. En effet, cet article régit uniquement la transmission de données médicales pour évaluer l'aptitude au transport dans le cadre de l'exécution de renvois ou d'expulsions au sens de la LEI. Comme aucune raison ne permet de justifier que les expulsions pénales soient soumises à d'autres réglementations que les renvois et les expulsions au sens de la LEI, il y a lieu d'estimer qu'il s'agit là d'une véritable lacune légale. Toutes les autres dispositions de la LEI pertinentes en matière d'exécution s'appliquent aussi bien au domaine des renvois et des expulsions au sens de la LEI qu'à celui des expulsions pénales (cf. par ex. mesures de contrainte). Lorsqu'il a adopté les modifications d'ordonnances correspondantes, le Conseil fédéral a décidé de maintenir l'expulsion pénale dans le champ d'application de l'OERE et de modifier la teneur de l'art. 71b LEI à une autre occasion. D'ici là, les dispositions relatives à l'évaluation de l'aptitude au transport doivent également s'appliquer par analogie au domaine de l'exécution des expulsions pénales. Le présent projet intègre cette précision au niveau de la loi.

Conformément à la réglementation prévue aux art. 15p à 15s OERE, la responsabilité de la transmission des informations médicales et de l'évaluation de l'aptitude au transport incombe exclusivement à un médecin. L'art. 71b LEI, qui régit au niveau de la loi la transmission des données médicales pour évaluer l'aptitude au transport emploie l'expression plus large « professionnels de la santé ». Il faut donc ajuster l'art. 71b LEI en conséquence. S'il est vrai que tous les services impliqués dans l'exécution restent informés de l'état de santé de la personne à renvoyer, la transmission des données médicales nécessaires se fait exclusivement de médecin à médecin (cf. art. 15q, al. 4, OERE). Ce point aussi doit être précisé au niveau de la loi.

³⁵ RS 142.513

Comme indiqué dans le message du Conseil fédéral relatif à la restructuration du domaine de l'asile³⁶, la présente disposition comporte une obligation, pour les médecins traitants, de renseigner les autorités et les médecins responsables de l'évaluation de l'aptitude au transport. Lorsqu'ils transmettent des dossiers médicaux, les médecins traitants n'ont pas besoin d'être libérés du secret médical. En vertu de l'art. 321, al. 3, CP, ils ne se rendent pas punissables en transmettant ces dossiers. Afin de souligner la chose et dans un souci de transparence, le renvoi à l'art. 321, al. 3, CP doit être explicitement inscrit dans la loi (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 71b AP-LEI).

Interdiction d'entrée

Dans le cadre de la reprise et de la transposition du train de réformes du système d'information Schengen (SIS), l'art. 67 LEI a été modifié en ce qui concerne le caractère obligatoire du prononcé d'une interdiction d'entrée en cas de violation ou de mise en danger de la sécurité et de l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger. Le nouveau règlement (UE) 2018/1861³⁷ prévoit qu'une interdiction d'entrée prononcée sur la base du droit national en raison de motifs liés à la sécurité et à l'ordre publics doit être accompagnée d'un signalement dans le SIS.

Le nouvel art. 67 LEI est entré en force le 22 novembre 2022³⁸. Le train de réformes du SIS est quant à lui entré pleinement en vigueur le 7 mars 2023.

Dans sa nouvelle formulation grammaticale, la version française de l'art. 67, al. 1, LEI prévoit que « le SEM interdit l'entrée en Suisse à un étranger frappé d'une décision de renvoi » alors que la version allemande parle de « Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern ». Ainsi, le prononcé d'une interdiction d'entrée au sens de l'art. 67, al. 1, let. c, se limiterait aux seules personnes renvoyées de Suisse (« weggewiesen » en allemand et « frappées d'une décision de renvoi » en français). Néanmoins, cette interprétation littérale ne prévaut pas dans la pratique, vu que la volonté du législateur était uniquement de rendre obligatoire le prononcé de ce type d'interdictions d'entrée, indépendamment d'une décision de renvoi formelle, notamment pour permettre leur signalement dans le SIS. Ce motif d'interdiction d'entrée qui figurait à l'art. 67, al. 2, a été transféré à l'al. 1. Il convient de supprimer cette restriction dans la phrase introductive de l'al. 1 (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 67, al. 1, AP-LEI).

Modification d'un renvoi

L'art. 85a a été créé lors d'une révision de la LEI³⁹. Il convient d'en tenir également compte dans le renvoi de l'art. 30, al. 1, let. I, LEI (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 30, al. 1, let. I, AP-LEI).

Suppression d'une mention de la taxe spéciale perçue sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative et évaluation statistique

Le 1^{er} janvier 2018, la taxe spéciale perçue sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative a été supprimée pour certaines personnes relevant du domaine de l'asile. Il convient par conséquent d'abroger la réglementation y afférente qui est encore en vigueur par erreur dans la LAVS.

Le système des subventions que la Confédération verse aux cantons pour les indemniser des coûts d'aide sociale qu'ils supportent pour les personnes qui relèvent du domaine de l'asile a été réaménagé à partir de janvier 2023 dans le cadre de la mise en œuvre de l'Agenda Intégration Suisse. Désormais, outre le nombre de personnes actives, le niveau des revenus obtenus est également en partie pris en compte. Afin que le SEM puisse en partie prendre en compte les revenus obtenus, la LAVS doit faire l'objet d'une modification supplémentaire (cf. ch. 4, commentaire relatif à l'art. 93^{bis}, al. 2 et 2^{bis}, AP-LAVS).

3.2 Adéquation des moyens requis

Au niveau cantonal, les modifications proposées pour faciliter l'exercice d'une activité lucrative (art. 38, al. 2 et 3, AP-LEI) entraîneront une légère baisse des charges administratives, car il ne sera plus nécessaire de délivrer d'autorisation à une personne titulaire d'une autorisation de séjour qui passe d'une activité salariée à une activité indépendante, pour autant que son autorisation ne soit pas assortie de conditions. Au niveau fédéral, les modifications sont sans conséquences en matière de finances et de personnel car elles portent entièrement sur des activités opérationnelles qui relèvent du domaine de compétences des cantons.

La proposition visant à ce que les autorités d'exécution des peines et des mesures puissent également accéder aux données sensibles du SYMIC contribuera également à réduire la charge administrative des cantons. À elle seule, la modification de l'ordonnance SYMIC (entrée en vigueur le 15 juin 2023) qui permet déjà aux autorités d'exécution des peines et des mesures d'accéder aux données de base du SYMIC devrait fortement réduire la charge administrative. Au niveau fédéral, cette modification n'aura pas de répercussions. La proposition de laisser un nombre accru de collaborateurs des unités compétentes du SEM, certaines cours du Tribunal administratif fédéral, les représentations suisses à l'étranger et les missions accéder au système d'information sur le retour (eRetour) simplifie elle aussi les processus de travail.

Le reste du projet ne crée pas de nouvelles tâches pour la Confédération ou les cantons. Il y a également lieu d'estimer que ni la Confédération ni les cantons n'auront à engager de ressources financières ou humaines en raison des nouvelles réglementations proposées.

³⁶ FF 2014 7771

³⁷ Règlement (UE) 2018/1861 du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2018 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen (SIS) dans le domaine des vérifications aux frontières, modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et modifiant et abrogeant le règlement (CE) n° 1987/2006, modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2019/817, JO L 135 du 22.5.2019, p. 27.

³⁸ RO 2021 365 ; et FF 2020 3361, RO 2022 636

³⁹ FF 2013 2131 (message) ; 2016 2665 (message additionnel)

3.3 Mise en œuvre

Le projet ne prévoit pas de nouvelles tâches pour les autorités fédérales et cantonales chargées de l'exécution. Le ch. 4 détaille les modifications nécessaires au niveau des ordonnances.

4 Commentaire des dispositions

Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration

Art. 21a, al. 7

Pour assurer la concordance entre la loi (LEI) et l'ordonnance (OSE), la compétence n'est plus réglée dans cette disposition. L'art. 53e, al. 1, OSE précise déjà la possibilité, pour le canton, de demander au DEFR – au lieu du Conseil fédéral – à ce qu'une obligation d'annoncer les postes vacants soit introduite pour un genre de profession déterminé.

Art. 30, al. 1, let. l

Conformément à l'art. 30, al. 1, let. l, LEI, il est possible de déroger aux conditions d'admission pour régler l'activité lucrative et la participation aux programmes d'occupation des requérants d'asile (art. 43 LAsi), des étrangers admis à titre provisoire (art. 85 LEI) et des personnes à protéger (art. 75 LAsi). Pour ce qui est des personnes admises à titre provisoire, la disposition renvoie à l'art. 85 LEI. Cet article règle les conditions de l'admission provisoire. Son al. 6, dans la version de la LEI en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, précisait que les autorités cantonales pouvaient accorder une autorisation d'exercer une activité lucrative aux personnes admises à titre provisoire indépendamment de la situation sur le marché de l'emploi et de la situation économique. Les autres alinéas de l'art. 85 réglementaient les permis, la répartition, le changement de canton et le regroupement familial des personnes admises à titre provisoire.

Une révision de la LEI⁴⁰ a donné lieu, entre autres, à l'abrogation de l'art. 85, al. 6, LEI et à la création d'un art. 85a LEI, lequel comporte uniquement des dispositions sur l'exercice d'une activité lucrative par les personnes admises à titre provisoire. C'est pourquoi l'art. 30, al. 1, let. l, LEI doit être modifié afin de ne plus renvoyer à l'art. 85 LEI mais au nouvel art. 85a LEI.

Art. 33, al. 1^{bis} et 2

Une nouvelle réglementation s'impose pour préciser que le centre des intérêts de la personne qui demande l'octroi ou la prolongation d'une autorisation de séjour doit se trouver en Suisse. Les séjours temporaires tels que les formations, les formations continues, les stages et les traitements médicaux font exception à cette règle (cf. également le ch. 3.1.2). De tels séjours ne présupposent pas nécessairement que le centre des intérêts se situe en Suisse.

Par nature, lors de l'octroi d'une première autorisation de séjour, les exigences concernant la preuve du centre des intérêts en Suisse ne peuvent pas être très élevées. Dans ce type de cas, un contrat de location ou de travail, un document attestant un regroupement familial ou d'autres documents similaires suffisent pour prouver que le centre des intérêts de la personne concernée se trouve bien en Suisse. Si, lors de l'examen de la prolongation de l'autorisation de séjour, aucun indice ou élément ne permet de dire que la personne concernée ne se trouve plus en Suisse, l'autorisation peut être prolongée, sous réserve d'autres conditions devant être réunies (al. 1^{bis}; cf. également l'art. 61, al. 1, let. a^{bis}, AP-LEI).

Cette nouvelle réglementation ne concerne pas les ressortissants de l'UE/AELE (cf. ch. 3.1.2).

En raison du nouvel al. 1^{bis}, l'al. 2 doit faire l'objet d'une modification grammaticale.

Art. 34, al. 1 et 2, phrase introductive et let. a à d

Les modifications apportées aux al. 1 et 2, phrase introductive et let. a à c sont d'ordre purement rédactionnel et concernent uniquement la version française.

Al. 2, let. d : La LEI doit désormais prévoir que l'octroi d'une autorisation d'établissement suppose que le centre des intérêts du demandeur se situe en Suisse (cf. également le commentaire relatif à l'art. 33, al. 1^{bis} et 2, AP-LEI).

Art. 38, al. 2 à 4

Al. 2 : L'art. 38, al. 2, LEI est modifié de manière à ce que les personnes titulaires d'une autorisation de séjour admises en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante bénéficient d'une pleine mobilité professionnelle et géographique. Conformément à l'art. 33, al. 2, LEI, l'autorisation peut toujours, dans certains cas, être assortie de conditions qui restreignent la mobilité professionnelle et géographique pour une certaine durée (cf. ch. 3.1.1). Désormais, la loi prévoit explicitement que les autorisations de séjour (qu'elles aient été délivrées pour exercer une activité salariée ou indépendante) peuvent être assorties de la condition que l'intéressé ne change pas d'activité lucrative pour une durée déterminée (passage d'une activité salariée à une autre activité salariée, passage d'une activité salariée à une activité indépendante et passage d'une activité indépendante à une activité salariée). Cette nouvelle réglementation ne concerne pas les ressortissants de l'UE/AELE (cf. ch. 3.1.1).

La première phrase concerne les titulaires d'une autorisation de séjour et son contenu se fonde entièrement sur l'al. 4, qui porte sur les titulaires d'une autorisation d'établissement. Afin d'éviter d'avoir deux alinéas de même contenu pour l'autorisation de séjour et pour l'autorisation d'établissement, la première phrase doit s'appliquer aux titulaires de l'une comme de l'autre.

Jusqu'à présent, les autorisations de séjour n'étaient assorties d'aucune restriction temporelle affectant la mobilité professionnelle et géographique de leurs titulaires. Le présent projet doit explicitement inclure une telle limitation temporelle.

⁴⁰ FF 2013 2131 (message) ; 2016 2665 (message additionnel)

Restreindre pendant une certaine durée la mobilité professionnelle et géographique sert, entre autres, les intérêts économiques de la Suisse car la dynamique du marché du travail ne doit pas être entravée inutilement et les étrangers qui séjournent durablement dans notre pays doivent pouvoir participer pleinement à la vie économique, sociale et culturelle. Les détails de la restriction doivent être réglés dans l'OASA. Ils se fonderont sur les délais actuellement prévus par le droit des étrangers. Les art. 34, 35, 39, 42 et 84 LEI régissent, entre autres, les droits supplémentaires auxquels les étrangers ont droit après un délai de cinq ans et qu'ils peuvent demander. Parmi ces droits figurent par exemple l'octroi anticipé d'une autorisation d'établissement (art. 34, al. 4, LEI) et l'examen approfondi de l'octroi d'une autorisation de séjour aux personnes admises à titre provisoire (art. 84, al. 5, LEI). Le délai de cinq ans est un délai couramment employé dans le droit des étrangers pour accorder des droits supplémentaires. Passé ce délai, on peut attendre également des personnes dont la mobilité professionnelle et géographique a été restreinte lors de leur admission qu'elles se soient intégrées durablement dans le marché du travail suisse et dans l'environnement social. Pour assurer la cohérence de la politique en matière d'étrangers, il semble judicieux et proportionné d'appliquer des délais de ce type pour l'octroi de la mobilité professionnelle. Le changement d'emploi peut être restreint tout en respectant le principe de proportionnalité et en pesant les intérêts publics. La restriction s'appliquera aux travailleurs étrangers qui avaient initialement été admis sur le marché du travail suisse pour y occuper un emploi local (prise d'emploi auprès d'un employeur suisse) et exercer une activité particulière dérogeant aux conditions générales d'admission en vue d'un séjour avec activité lucrative (art. 18 à 26a LEI) (cf. ch. 3.1.1).

Après échéance du délai qui doit être défini au niveau de l'ordonnance, les conditions restreignant la mobilité professionnelle dont est assortie l'autorisation de séjour deviendront automatiquement caduques. Il arrive que des personnes qui ont été admises en Suisse pour y exercer une activité lucrative du fait de leurs capacités professionnelles particulières (art. 23, al. 3, let. c, LEI) sans être considérées comme qualifiées au sens des conditions d'admission ordinaires applicables aux ressortissants d'États tiers (art. 23, al. 1, LEI) ne progressent pas suffisamment sur le plan linguistique, ce qui se répercute négativement sur leur insertion professionnelle et sociale. Lors de la prolongation de l'autorisation de séjour, l'autorité peut, dans certains cas, décider de prolonger le délai lorsque, faute d'intégration, la personne concernée est encore soumise à une convention d'intégration (art. 58b LEI) comportant des objectifs à atteindre. Lorsqu'elles octroient et prolongent une autorisation de séjour à des étrangers qui ne remplissent pas encore suffisamment les critères d'intégration visés à l'art. 58a LEI, les autorités cantonales peuvent conclure une convention d'intégration.

Les titulaires d'une autorisation de séjour admis temporairement en vue de fournir des prestations de services transfrontaliers sur la base de l'art. 26 LEI (pas de prise d'emploi auprès d'un employeur suisse) voient systématiquement leur autorisation de séjour assortie de la condition qu'ils ne changent pas d'activité lucrative. Ce type d'autorisations de séjour est toujours délivré pour un projet précis et pour une durée limitée. Les prestations fournies en Suisse sur la base de l'art. 26 LEI sont toujours de nature temporaire car l'élément central d'une prestation de services transfrontaliers n'est pas le souhait subjectif de l'étranger de migrer durablement en Suisse mais l'accomplissement d'un mandat ou d'un projet entre deux parties ou entreprises. Compte tenu des autres particularités d'une prestation de services transfrontaliers (admission temporaire sans examen de la priorité des travailleurs présents en Suisse, employeur étranger et donc pas de prise d'emploi en Suisse), on ne saurait parler de droit subjectif au séjour en vertu duquel le titulaire de l'autorisation de séjour se verrait accorder tous les droits qui en découlent. La durée maximale des détachements est régie par les délais définis dans les conventions de sécurité sociale et se monte en général à cinq ans. En cas de détachement depuis des pays qui n'ont pas conclu de convention de sécurité sociale avec la Suisse, la durée maximale de détachement est également de cinq ans, conformément aux dispositions des accords existants. Le recours aux délais prévus dans les conventions de sécurité sociale s'explique par le fait que les travailleurs détachés sont en principe soumis au droit des assurances sociales de leur pays. Il est donc exclu de supprimer de manière automatisée la restriction de la mobilité professionnelle une fois passé un certain délai. De même, le délai qui doit être défini dans l'OASA ne s'applique pas aux activités lucratives visées à l'art. 26 LEI. Lors d'un séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative visant à fournir temporairement des prestations de services transfrontaliers visées à l'art. 26 LEI, il faut systématiquement délivrer une nouvelle autorisation en cas de changement d'activité et examiner les conditions prévues aux art. 18 à 25 LEI⁴¹. La durée maximale de la restriction de la mobilité professionnelle doit être définie dans l'OASA. Pour les prestataires de services, cette restriction est en principe régie par les conventions de sécurité sociale passées avec les pays concernés.

Une révision en cours de l'OASA prévoit déjà des facilités pour les titulaires d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur qui souhaitent exercer une activité lucrative indépendante ou salariée (art. 31, al. 3 et 4, OASA). La procédure de consultation s'est déroulée du 22 février 2023 au 29 mai 2023.⁴²

Une fois l'art. 38 LEI modifié, il s'agira d'ajuster l'art. 83 OASA, qui porte sur la décision préalable relative au marché du travail.

Al. 3 : Pour mettre en œuvre la mesure décidée par le Conseil fédéral visant à permettre le passage d'une activité salariée à une activité indépendante sans avoir à demander d'autorisation, l'obligation d'autorisation prévue à l'art. 38, al. 3, LEI doit être levée (cf. commentaire relatif à l'al. 2).

Al. 4 : Cette réglementation est incorporée dans la nouvelle première phrase de l'al. 2 (cf. commentaire relatif à l'al. 2).

Art. 61, al. 1, let. a^{bis} (nouvelle)

La disposition proposée sert à créer un nouveau motif d'extinction de l'autorisation. Désormais, déplacer le centre de ses intérêts à l'étranger doit également entraîner l'extinction d'une autorisation. L'octroi et la prolongation d'une autorisation de séjour ou d'établissement supposent que la personne concernée souhaite réellement s'établir en Suisse.

Le nouveau motif d'extinction proposé ne s'applique pas dans les cas visés à l'art. 61, al. 1, let. a (départ de Suisse), et al. 2 (séjour à l'étranger de six mois), LEI. Cette exception concerne uniquement les personnes qui ont déplacé le centre de leurs intérêts à l'étranger mais séjournent encore régulièrement en Suisse, si bien qu'il n'y a pas de séjour à l'étranger de six mois. Conformément à la jurisprudence du TF, qui se fonde sur le droit en vigueur, l'autorisation ne s'éteint pas dans ce type de cas (ATF 145 II 322 consid. 2.3 avec renvois; 120 Ib 369 consid. 2).

⁴¹ Arrêt du TAF F_488/2021 du 27 juin 2022 consid. 8.1.

⁴² www.fedlex.admin.ch > Page d'accueil > Procédures de consultation > Procédures de consultation en cours > DFJP > Procédure de consultation 2022/84

La disposition proposée doit notamment permettre d'éviter qu'un étranger qui déplace le centre de ses intérêts à l'étranger et continue d'exercer une activité lucrative régulière puisse conserver son autorisation de séjour ou d'établissement. Le TF a décidé que, dans un tel cas de figure, les dispositions légales en vigueur ne pouvaient pas entraîner l'extinction d'une autorisation d'établissement.⁴³ Toutefois, la nouvelle réglementation n'empêche pas les cantons d'octroyer aux étrangers concernés une autorisation frontalière lorsque les conditions requises sont réunies (cf. art. 25 LEI).

La jurisprudence actuelle du TF peut être prise en compte pour définir le centre des intérêts en Suisse. L'autorité ayant pris la décision doit déterminer, conformément à la maxime inquisitoire, si la personne concernée a transféré le centre de ses intérêts à l'étranger. Le fait que la famille nucléaire de l'intéressé se trouve à l'étranger et qu'elle est financée grâce à des prestations complémentaires (rentes de l'assurance invalidité ou de l'assurance-vieillesse et survivants) ou qu'elle est rarement présente à l'adresse de domicile est un indice, parmi d'autres, d'un tel transfert. Autres indices exploitables : les indications du service social ou du contrôle des habitants, les activités sur Facebook, les contrôles de police au domicile de la personne concernée ou encore les déclarations des voisins ou du bailleur.⁴⁴ L'étape suivante consiste alors à interroger des personnes appelées à donner des renseignements ou la personne concernée et ses proches.⁴⁵

Conformément aux règles générales de l'art. 13 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁴⁶ (PA) et à la disposition de droit spécial de l'art. 90 LEI, la personne concernée est en outre soumise à une obligation de collaborer en vertu de laquelle elle doit prouver qu'elle est restée en Suisse et qu'elle n'a pas transféré le centre de ses intérêts à l'étranger. Parmi les indices exploitables, on peut citer le contrat de bail, une confirmation d'un tiers, les factures de téléphone, les justificatifs de paiement ou encore les cachets d'entrée et de sortie dans le passeport lorsque le potentiel centre des intérêts se situe en dehors de l'Espace Schengen.

En pratique, l'évaluation des cachets d'entrée et de sortie dans le passeport est souvent difficile car il arrive fréquemment qu'ils soient difficilement lisibles et que plusieurs d'entre eux soient apposés au même endroit. Dans ce contexte, l'introduction à venir du système d'entrée et de sortie (EES) facilitera les choses. L'EES sert à enregistrer électroniquement les entrées et les sorties des ressortissants d'États tiers. L'actuelle apposition manuelle des cachets dans les documents de voyage sera remplacée par un enregistrement dans l'EES. Il est prévu que l'EES soit mis en exploitation dans tout l'espace Schengen fin 2023.

Conformément à la jurisprudence du TF en matière de droit des étrangers, il est également possible de se fonder sur le domicile civil pour déterminer le centre des intérêts. Dans le cas de personnes mariées, le centre des relations personnelles se situe généralement au lieu de domicile de la famille et non au lieu de travail. Il en va de même pour les personnes qui passent la nuit sur leur lieu de travail et ne se rendent chez elles que le week-end ou encore pour les hommes/femmes d'affaires qui passent l'essentiel de l'année à l'étranger. Le lieu de séjour hebdomadaire et le lieu de travail sont considérés comme domicile lorsque l'intéressé ne rend visite à sa famille que de manière rare et irrégulière. Lorsque les horaires de travail ne permettent pas à l'intéressé de rendre plus souvent visite à sa famille, un retour par mois suffit pour maintenir le domicile au lieu de résidence de la famille.⁴⁷

Selon la jurisprudence actuelle des autorités cantonales compétentes en matière de migration, la période examinée est généralement de deux à trois ans, qui permet d'ordinaire de réunir suffisamment d'indices pour supposer que le centre des intérêts de la personne concernée ne se situe pas (plus) en Suisse.⁴⁸

En règle générale, et à la différence de la révocation d'une autorisation, l'extinction en tant que mesure mettant un terme au séjour ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un examen de la proportionnalité car l'autorisation devient caduque de par la loi.⁴⁹ Les autorités cantonales compétentes en matière de migration peuvent rendre une décision de constatation après qu'une autorisation a pris fin de par la loi. Toutefois, cette décision peut uniquement constater ou nier l'existence de droits ou d'obligations. En cas de transfert du centre des intérêts à l'étranger, une éventuelle décision de constatation doit indiquer, sur la base des indices disponibles, quand l'autorisation a pris fin de par la loi (au plus tard).

La disposition proposée est également applicable aux ressortissants de l'UE/AELE en tenant compte de la réserve d'ordre public posée à l'art. 5, annexe 1, ALCP et à l'art. 5, annexe K, appendice 1, de la convention AELE (cf. ch. 3.1.2).

Art. 67, al. 1

Le nouvel al. 1 de l'art. 67 LEI ne mentionne désormais plus la formulation « frappé d'une décision de renvoi » (« weggewiesenen » dans l'allemand). La condition qui veut qu'une interdiction d'entrée ne peut être prononcée que si l'intéressé a fait l'objet d'une décision de renvoi a été ajoutée par inadvertance lors de la dernière révision de cette disposition. Le présent projet est l'occasion de rectifier la chose. Cette condition est remplie dans la majorité des cas visés par l'art. 67 LEI. Néanmoins, le SEM doit également pouvoir prononcer une interdiction d'entrée en Suisse à l'encontre d'une personne qui a attenté à la sécurité et à l'ordre publics ou les a mis en danger sans avoir séjourné en Suisse ou fait l'objet d'un renvoi formel de Suisse. Un tel cas de figure peut se produire notamment lorsque des personnes qui souhaitent venir dans l'espace Schengen ont déposé de faux documents dans une représentation suisse. La suppression de cette expression apporte une clarification qui correspond à la volonté du législateur et à l'interprétation téléologique de cette disposition.

Art. 71b

Al. 1 : La disposition doit être modifiée de manière à ce que les médecins traitants puissent également transmettre les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport des personnes sous le coup d'une décision entrée en force d'expulsion pénale aux médecins mandatés par le SEM pour assurer, lors du départ, la surveillance médicale dans le cadre de l'exécution. Il faut aussi indiquer expressément que les données médicales doivent uniquement être

⁴³ ATF 145 II 322.

⁴⁴ Arrêts du TF 2C_502/2014 du 30 mai 2014 consid. 2.2 ; 2C_381/2018 du 29 novembre 2018 consid. 4.3.

⁴⁵ Arrêt du TF 2C_866/2017 du 7 mars 2018 consid. 3.1.2.

⁴⁶ RS 172.021

⁴⁷ Arrêt du TF 2C_400/2015 du 31 mai 2016, consid. 5.

⁴⁸ Arrêt 2C_424/2020 du 18 août 2020 consid. 4.2 (deux ans et demi), 2C_381/2018 du 29 novembre 2018, let. A. de l'exposé des faits (20 mois), 2C_1035/2017 du 20 juillet 2018 consid. 4.1 (trois ans), 2C_405/2015 du 23 octobre 2015, let. A. et B de l'exposé des faits (sept ans et demi), 2C_327/2013 du 23 octobre 2013 consid. 2.2.1 (trois ans), 2C_540/2011 du 19 décembre 2011, let. B de l'exposé des faits (deux ans), 2A.31/2006 du 8 mai 2006 (plusieurs années).

⁴⁹ Arrêt du TF 2C_691/2017 du 18 janvier 2018 consid. 3.1.

transmises entre les médecins traitants et les médecins mandatés par le SEM pour assurer la surveillance médicale dans le cadre de l'exécution. Pour des raisons de transparence, il importe de mentionner que, conformément à l'art. 321, al. 3, CP, le secret médical ne s'applique pas dans cette situation. Sur le plan rédactionnel, l'expression « professionnels de la santé » doit être remplacée par « médecins traitants » (cf. ch. 3.1.6).

Al. 2, let. a à c : Un nouvel alinéa doit être créé. Son contenu est aujourd'hui régi par l'al. 1. Les let. a et b correspondent à la réglementation en vigueur. À la let. c, l'expression « professionnels de la santé » est remplacée (cf. al. 1) et les tâches que les médecins mandatés par le SEM doivent assumer sont précisées.

Al. 3 : Ce nouvel alinéa reprend le contenu de l'al. 2. Il faut préciser que le Conseil fédéral régleme la conservation, la suppression et, désormais, la transmission des données.

Art. 73a Obligation de présence (nouveau)

Al. 1 à 3 : Cette obligation peut être imposée à la personne concernée uniquement si sa présence est nécessaire pendant une certaine période à définir par les autorités afin de poursuivre les démarches en vue de l'exécution de son renvoi. L'obligation de présence ne peut être maintenue qu'aussi longtemps que nécessaire pour accomplir les activités liées à l'exécution du renvoi de l'intéressé. La durée totale de cette obligation ainsi que la durée de présence effectivement nécessaire chaque jour dépendent de ces mesures d'exécution. L'obligation prend fin lorsque la présence de la personne concernée n'est plus nécessaire. En cas de non-respect de l'obligation de présence, une détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ou encore une détention Dublin doivent pouvoir être ordonnées (cf. ch. 3.1.4 et ch. 4 ad art. 76, al. 1, let. b, ch. 6, et art. 76a, al. 2, let. k, AP-LEI).

Al. 4 : L'obligation de présence peut faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité judiciaire cantonale. Ce recours ne déploie pas d'effet suspensif.

Art. 76, al. 1, let. b, ch. 6 (nouveau)

Il y a lieu de créer un nouveau motif de mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Désormais, une personne qui a enfreint une obligation de présence prononcée en vertu de l'art. 73a AP-LEI, qui était introuvable pour les autorités et ne s'est pas présentée lors du départ organisé par la Confédération et les cantons doit pouvoir, du fait de son comportement, être placée en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Cette mesure doit permettre de garantir le succès de l'opération de départ suivante.

Art. 76a, al. 2, let. k, et 4

Al. 2, let. k : Dans un souci de cohérence, le nouveau motif de détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (cf. art. 76, al. 1, let. b, ch. 6, AP-LEI) doit également apparaître comme motif de passage à la clandestinité justifiant une détention Dublin. En présence d'un motif de détention visé à l'art. 76a, al. 2, let. k, AP-LEI, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion pourra être ordonnée dans le cadre de la procédure Dublin, conformément à l'art. 76a, let. c, LEI.

Al. 4 : Ordonner une détention Dublin pour insoumission doit rester possible lorsque la personne passe à la clandestinité pendant une longue période, retardant nettement l'exécution de son transfert, et dans les cas où, malgré l'acceptation préalable d'un retour volontaire, la personne refuse de monter à bord d'un véhicule en vue de l'exécution de son renvoi. Cette détention ne peut toutefois être ordonnée que si la personne concernée n'a pas déjà été placée en détention en phase préparatoire ou en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Comme pour la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion dans le cadre de la procédure Dublin, la détention Dublin pour insoumission doit prendre fin au plus tard six semaines à compter du moment où elle a été ordonnée. Désormais, la durée de la détention ne peut plus être prolongée. Cette solution correspond déjà à la pratique actuelle. Le SEM a ajusté ses directives en fonction d'un arrêt du TF⁵⁰ avec effet au 1^{er} juillet 2022⁵¹ (cf. ch. 3.1.4).

Art. 93, al. 1

Outre les passagers auxquels l'entrée dans l'espace Schengen a été refusée, les compagnies aériennes devront également prendre en charge le retour des personnes qui n'ont pas été autorisées à poursuivre leur voyage à travers les zones de transit internationales des aéroports.

Art. 109h, let. a, ch. 3, et h et i (nouveaux)

L'accès est limité aux données nécessaires pour consulter l'avancement d'une procédure de retour et pour communiquer au sein du système. De cette manière, toutes les activités et démarches effectuées dans le cadre de la préparation d'un départ volontaire ou forcé de Suisse sont documentées dans la même application, y compris les interactions avec les différentes parties prenantes au processus. La mesure doit également permettre d'éviter les ruptures de médias et l'utilisation de multiples systèmes. Les droits d'accès détaillés seront fixés par voie d'ordonnance.

Let. a, ch. 3 : Les collaborateurs du DDAS et du DDCFA, qui ne sont pas directement impliqués dans les préparatifs d'un renvoi de Suisse, ont besoin de connaître l'état d'avancement d'une procédure de retour et de savoir si la personne se trouve en détention, notamment en cas de demande de réexamen (art. 111b LAsi). Ces informations sont essentielles, entre autres, pour évaluer s'il est nécessaire d'ordonner des mesures provisionnelles. Lorsque l'exécution doit être suspendue, il est important que les collaborateurs de la Division Retour du SEM et les autorités cantonales compétentes en soient informés immédiatement dans le système d'information sur le retour (eRetour), par exemple pour annuler à temps une réservation de vol. L'accès aux données relatives aux détentions, en particulier la durée de détention et le type de détention ordonnée, permet aux collaborateurs du DDAS et du DDCFA de juger de l'urgence du traitement de la demande de réexamen et de ne pas compromettre les démarches entreprises en vue du renvoi forcé de la personne. Lorsqu'un réfugié reconnu, une personne admise à titre provisoire ou une personne à protéger opte pour un départ volontaire, la

⁵⁰ Arrêt du TF 2C_610/2021 du 11 mars 2022.

⁵¹ www.sem.admin.ch > Publications & services > Directives et circulaires > I. Domaine des étrangers.

Division Retour doit transmettre l'information aux services compétents du DDAS du SEM pour qu'ils saisissent l'extinction du statut de protection S, de l'admission provisoire ou de la qualité de réfugié une fois le départ effectué.

Les informations relatives aux éventuelles procédures de retour sont importantes pour les collaborateurs de la Division Admission Séjour du DDII lorsqu'il est question de prononcer une interdiction d'entrée en vertu de l'art. 67 LEI. Depuis l'introduction de la nouvelle application eMAP (mesures administratives et pénales) dans l'environnement eGov, le 7 mars 2023, les collaborateurs de la Division Admission Séjour du DDII passent exclusivement par eGov pour examiner et prononcer des interdictions d'entrée à l'encontre d'étrangers frappés d'une décision de renvoi. À noter que les sorties de Suisse constatées à la suite d'une décision de renvoi cantonale ou fédérale ou d'une expulsion pénale sont également enregistrées dans eMap. Pour une partie de ces cas, les démarches en vue du départ sont effectuées dans l'application eRetour. C'est pourquoi, un accès des collaboratrices et collaborateurs de la Division Admission Séjour à l'application eGov eRetour est particulièrement pertinent. Cet accès leur permettra de consulter directement les données disponibles sur le processus de renvoi, notamment les mesures de contrainte saisies, sans avoir à consulter le SYMIC. Lorsque la sortie de Suisse s'est faite avec le soutien du SEM mais n'a pas encore été notifiée dans eMAP, des corrections de données pourront être effectuées. La qualité de la statistique des retours pourra être améliorée et les processus de travail gagneront en efficacité.

Let. h : Les collaborateurs des cours compétentes du TAF ont également besoin de ces informations dans le cadre de procédures de recours, de réexamen ou de révision. Grâce à l'accès direct à eRetour et aux documents qui figurent dans ce système, les collaborateurs du SEM n'auront plus à transmettre de pièces de l'eRetour au TAF. De même, le TAF sera en mesure de transmettre directement, à la Division Retour, au travers de l'application, les éventuelles décisions incidentes nécessitant une interruption des démarches en vue d'un renvoi. La nouvelle disposition contribuera à simplifier les processus de travail et, partant, à accélérer les procédures de recours. Il convient de noter que les données sensibles, telles que les données biométriques, (art. 109g, al. 2, let. b, LEI), les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport d'une personne (art. 109g, al. 2, let. h, LEI) sont exclues du droit d'accès en ligne prévu.

Let. i : Les collaborateurs des représentations suisses à l'étranger et des missions doivent également avoir accès à eRetour afin de permettre une transmission sécurisée des mandats confiés par le SEM, principalement aux officiers de liaison pour les questions d'immigration (ILO). Que ce soit dans le cadre des enquêtes menées en vue de l'identification d'une personne, de la clarification des conditions médicales dans le pays d'origine, de la préparation d'un renvoi forcé avec accompagnement sur un vol de ligne ou un vol spécial ou encore du versement d'une aide au retour, la Division Retour du SEM sollicite le concours des représentations suisses et missions dans les États d'origine, les États de provenance ou les États tiers. Ce nouvel accès remplacera les outils de communication parallèles à eRetour. L'accès à l'application permettra d'assurer un suivi des mandats en cours, de communiquer de manière directe et transparente et simplifiera la collaboration entre la Division Retour et les officiers de liaison pour les questions d'immigration envoyés en mission par le SEM. Les données sensibles, telles que les données biométriques, (art. 109g, al. 2, let. b, LEI), les données médicales nécessaires à l'évaluation de l'aptitude au transport d'une personne (art. 109g, al. 2, let. h, LEI) et les données relatives à une détention (art. 109g, al. 2, let. j LEI) sont exclues du droit d'accès en ligne prévu. Il convient de relever que les représentations suisses et missions à l'étranger disposent déjà d'un accès à l'application eAsile dans le cadre de l'examen de la procédure d'asile.

Art. 122c, al. 4 (nouveau)

La nouvelle réglementation doit, pour l'essentiel, se fonder sur les décisions judiciaires, qui sont en principe rédigées sous une forme anonymisée (par ex. art. 27, al. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral⁵² [LTF]). Seules les décisions finales entrées en force doivent être publiées. Les décisions partielles et les décisions incidentes ne le seront pas. La disposition potestative met en évidence le fait que le SEM décide s'il est nécessaire ou non de publier une décision. Il peut également arriver que, compte tenu des circonstances concrètes, les buts de la publication des données ne soient pas atteints, par exemple dans le cas de décisions de non-entrée en matière ou de décisions de classement.

Modification de la loi sur l'asile

Art. 79, let. a

Il importe désormais de parler de « centre des intérêts » au lieu de « centre de vie ». Ce changement permet d'uniformiser la terminologie avec la LEI. Il s'agit là d'une modification purement linguistique sans répercussions matérielles (cf. art. 33, al. 1^{bis}, 34, al. 1 et 2, let. a à d, et 61, al. 1, let. a^{bis}, AP-LEI). Au niveau de l'ordonnance, les ajustements linguistiques nécessaires doivent être effectués dans l'OASA (art. 16, al. 1, 67, al. 1, et 86, al. 2, let. c, ch. 1, OASA).

Modification de la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile

Art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m (nouvelles)

Le projet doit conférer aux autorités cantonales d'exécution des peines et des mesures (y compris l'assistance de probation) un droit de lecture des données sensibles du SYMIC dont elles ont besoin pour accomplir leurs tâches légales (dans le cadre de l'exécution de jugements des tribunaux pénaux cantonaux et des autorités pénales de la Confédération). Cette mesure concerne notamment les données relatives aux mesures de contrainte⁵³ et aux mesures d'éloignement.⁵⁴ Les autorités d'exécution des peines et des mesures doivent également savoir si elles ont à faire à un cas médical⁵⁵.

Ces nouveaux droits d'accès prévus par la loi nécessitent de modifier l'annexe 1 de l'ordonnance SYMIC (cf. notes de bas de page 25 à 27). Il doit être possible de consulter le SYMIC pour vérifier les données pertinentes dans les situations suivantes : lors de la réception d'un cas, avant chaque séance de planification d'exécution, lors de chaque allègement

⁵² RS 173.110

⁵³ Annexe 1, VII. Autres champs de données SYMIC, 2. Domaine des étrangers, e. Mesures de contrainte de l'ordonnance SYMIC

⁵⁴ Annexe 1, VII. Autres champs de données SYMIC, 2. Domaine des étrangers I. Mesures d'éloignement [décisions de retour selon l'art. 68a, al. 1, let. a, c et d, LEI et interdiction d'entrée selon l'art. 67 LEI] eMAP de l'ordonnance SYMIC

⁵⁵ Annexe 1, VII. Autres champs de données SYMIC, 3. Domaine de l'asile c. Procédure de l'ordonnance SYMIC

dans l'exécution (congé, transfert vers un autre régime, libération conditionnelle dans le cadre de l'évaluation annuelle), pour des cas ayant une dimension internationale, lors de transferts et dans le cadre de l'assistance de probation. Pour pouvoir gérer et encadrer les détenus, les autorités d'exécution des peines et des mesures – et en particulier les services sociaux des prisons pendant la détention avant jugement – ont besoin de données relevant du droit des migrations lorsqu'une personne entre en établissement pénitentiaire (détention avant jugement), lorsqu'il y a une consultation sociale en prison, lorsque les autorités sont informées de la mise en détention, lorsque les personnes concernées posent des questions sur le soutien prévu par le droit de l'aide sociale, lorsqu'il s'agit d'apporter un soutien lors du dépôt de demandes d'assurance-invalidité et de demandes de prestations complémentaires, lorsqu'il est question d'aider l'intéressé dans la recherche d'un logement ou d'un travail et dans l'organisation de son quotidien ou lorsqu'il y a lieu de procéder à des signalements à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

Il doit être possible de consulter les données du SYMIC concernant toute personne devant faire l'objet de l'exécution d'un jugement ou d'une charge ou qui doit être placée dans un établissement pénitentiaire. Pour que les décisions se fondent sur une base sûre et actuelle, il faut pouvoir, si nécessaire, procéder à plusieurs consultations, notamment si la situation de la personne en question change au regard du droit des migrations.

Modification de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants

Art. 93^{bis}, titre et al. 2 et 2^{bis}

Al. 2 : Le 1^{er} janvier 2018, la taxe spéciale perçue sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative a été supprimée pour certaines personnes du domaine de l'asile. Par conséquent, le SEM n'a plus besoin des données relatives aux revenus transmises par la Centrale de compensation (CdC) pour vérifier l'exactitude des décomptes de la taxe spéciale. Il convient donc de biffer le passage concerné à l'al. 2.

Al. 2^{bis} : Le système des subventions que la Confédération verse aux cantons pour les indemniser des coûts d'aide sociale qu'ils supportent pour les personnes qui relèvent du domaine de l'asile a été réaménagé à partir de janvier 2023 (cf. art. 20 ss de l'ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement [OA 2]⁵⁶) dans le cadre de la mise en œuvre de l'Agenda Intégration Suisse (AIS). Élément nouveau, le nombre de personnes exerçant une activité lucrative n'est plus déterminant à lui seul pour calculer les subventions fédérales. En effet, le niveau des revenus obtenus sera désormais aussi intégré en partie, de manière générale, dans le calcul des forfaits globaux à verser. Pour pouvoir procéder à cette prise en compte partielle des revenus obtenus, le SEM peut évaluer statistiquement les données relatives au revenu transmises également par la CdC sous forme anonymisée (pour des raisons liées à la protection des données) et employer les indicateurs obtenus pour calculer les subventions fédérales à verser pour indemniser les cantons des coûts d'aide sociale qu'ils supportent.

Cette évaluation statistique des données anonymisées relatives au revenu doit également être effectuée lors de l'examen des objectifs d'intégration dans le cadre de la mise en œuvre de l'AIS. Les indicateurs générés à cette fin doivent apparaître dans le rapport annuel de suivi de l'AIS.

Une base légale formelle est créée à cet effet au moyen du nouvel al. 2^{bis}.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Les présentes modifications législatives n'ont pas de conséquences en termes de finances ou de personnel pour la Confédération et les cantons (cf. ch. 3.2).

5.2 Conséquences pour d'autres domaines

Comme aucune conséquence n'est à prévoir dans d'autres domaines, cette question n'a pas été analysée plus avant.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Concernant les modifications de la LEI, de la LAsi et de la LDEA, le projet se fonde sur l'art. 121, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.)⁵⁷ (compétence constitutionnelle de la Confédération en matière d'octroi de l'asile ainsi que de séjour et d'établissement des étrangers). Les modifications proposées dans la LAVS se fondent sur l'art. 112, al. 1, Cst. Le projet est conforme à la Constitution fédérale.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La mesure prévue à l'art. 73a AP-LEI constitue une privation de liberté au sens de l'art. 5 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁵⁸. Par conséquent, les garanties prévues par l'art. 5 CEDH doivent également valoir pour la mesure visée à l'art. 73a AP-LEI. La personne concernée doit donc pouvoir déposer un recours contre cette mesure auprès d'une autorité judiciaire cantonale (art. 73a, al. 4, AP-LEI).

⁵⁶ RS 142.312

⁵⁷ RS 101

⁵⁸ RS 0.101

L'art. 15, al. 1, de la directive sur le retour⁵⁹ prévoit qu'une détention peut être ordonnée afin de mettre en œuvre une procédure de renvoi ou d'assurer l'exécution d'un renvoi lorsqu'aucune autre mesure suffisante mais moins coercitive ne peut être appliquée efficacement dans le cas particulier. Il s'ensuit que les États Schengen doivent prévoir dans leur législation des solutions alternatives à la détention administrative qui soient moins restrictives.

Le nouvel art. 76a al. 4, AP-LEI a été mis en conformité avec l'accord d'association à Dublin, en particulier avec la jurisprudence de la CJUE relative à l'art. 28, par. 3, dudit accord.

Le présent projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse qui découlent de l'ALCP, de la Convention AELE et de l'accord sur les droits acquis avec le Royaume-Uni (cf. ch. 3.1.1 et 3.1.2).

6.3 Forme de l'acte à adopter

Conformément aux art. 164, al. 1, Cst. et 22, al. 1, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁶⁰, toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Le présent projet respecte cette règle.

6.4 Frein aux dépenses

Le projet ne contient pas de dispositions relatives aux subventions et ne prévoit ni crédits d'engagement ni plafonds de dépenses. Il n'est donc pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

6.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Le projet n'affecte pas la répartition des tâches de la Confédération et des cantons.

6.6 Délégation de compétences législatives

Le projet ne prévoit pas de délégation de compétences législatives au Conseil fédéral.

6.7 Protection des données

Les collaborateurs des unités compétentes du SEM, les cours compétentes du TAF et les représentations et missions suisses à l'étranger doivent avoir accès à certaines données personnelles du système d'information du SEM sur le retour (eRetour) (art. 109h, let. a, ch. 3, et let. h et i, AP-LEI). Quant aux autorités cantonales d'exécution des peines et des mesures, elles doivent pouvoir accéder aux données sensibles du SYMIC pour accomplir leurs tâches légales (art. 9, al. 1, let. q et 2, let. m, AP-LDEA). Ces accès doivent répondre aux conditions de la nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD)⁶¹ qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023.

Le traitement des données personnelles (type de communication de données) doit être conforme au principe de la proportionnalité (art. 6, al. 2, LPD)

Le présent projet remplace la communication de données sur demande (selon la libre appréciation de l'autorité requise) par un accès en ligne (selon le principe du self-service). Cet accès en ligne constitue un mode de communication qui doit continuer de figurer dans une loi au sens formel chaque fois qu'il est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée (art. 34, al. 2, let. b, LPD), c'est-à-dire notamment et par définition, chaque fois qu'il porte sur des données sensibles. Le ch. 4 (ad art. 109h, let. a, ch. 3, et let. h à i, AP-LEI et ad art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m, AP-LDEA) précise pour quelle raison le type de communication de données doit être modifié.

L'accès en ligne doit être limité aux données nécessaires pour accomplir une tâche (art. 6, al. 3, LPD)

En vertu du principe de légalité et pour garantir la transparence du traitement des données vis-à-vis de la personne concernée, la loi au sens formel doit nommer les catégories de données sensibles traitées. Concernant la densité normative, il y a lieu de tenir compte de ce qui suit : plus les risques d'atteintes à la personnalité ou aux droits fondamentaux sont élevés, plus le degré de précision de la disposition légale doit être élevé et la finalité du traitement définie de manière précise et reconnaissable pour la personne concernée. Le ch. 4 (ad art. 109h, let. a, ch. 3, et let. h à i, et ad art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m, AP-LDEA) indique que toutes les données sont nécessaires pour que les autorités mentionnées accomplissent leurs tâches.

La finalité de la communication des données doit être indiquée (art. 6, al. 3, LPD).

Les art. 109h, let. a, ch. 3, et let. h et i, AP-LEI et art. 9, al. 1, let. q, et 2, let. m, AP-LDEA précisent clairement pour quelle finalité ou dans quel cadre les autorités ont besoin des informations.

En conséquence, le présent projet tient compte de la législation en matière de protection des données.

⁵⁹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98.

⁶⁰ RS 171.10

⁶¹ RS 235.1