



Décembre 2019

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

(Mise en œuvre du plan d'action « Gestion intégrée des frontières » et soutien financier aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière)

Rapport explicatif

Aperçu

L'association de la Suisse à Schengen, en 2008, a entraîné une modification fondamentale du régime de contrôle des personnes aux frontières nationales : si le contrôle systématique des personnes aux frontières intérieures n'est en principe plus autorisé, les contrôles ont en revanche été renforcés aux frontières extérieures. À cette fin, le Conseil fédéral a adopté le plan d'action « Gestion intégrée des frontières », lequel prévoit différentes mesures, dont la plupart sont déjà mises en œuvre et opérationnelles, tandis que d'autres doivent encore être transposées dans la loi.

Le plan d'action « Gestion intégrée des frontières » vise à définir, pour la première fois, dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹, les obligations imposées aux exploitants lors de la construction et de l'exploitation d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen. Jusqu'à maintenant, la participation des exploitants était exigée sans qu'une loi ne l'impose.

- Les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen seront désormais tenus de mettre gratuitement à disposition des autorités les locaux nécessaires au bon déroulement des vérifications aux frontières. Par ailleurs, ils devront aménager leurs processus d'exploitation de manière à répondre aux besoins des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières et, si nécessaire, appliquer des mesures de construction permettant le bon déroulement de ces vérifications. S'ils ne se soumettent pas à la décision de l'autorité, ils encourent une astreinte.*
- Les mesures de construction, les changements d'affectation et l'aménagement des processus d'exploitation dans les aérodromes qui ont une incidence sur les tâches des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières seront désormais soumises, de manière générale, à autorisation.*
- Les exploitants d'aéroports internationaux seront en outre tenus, d'une part, de mettre à disposition des logements économiques pour les personnes qui déposent une demande d'asile à l'aéroport et, d'autre part, d'exploiter une zone de transit internationale.*

Le projet mis en consultation prévoit également des modifications rédactionnelles dans les dispositions de la LEI qui portent sur les vérifications aux frontières. Cette harmonisation terminologique avec le code frontières Schengen (CFS) facilitera la compréhensibilité des textes législatifs, mais n'entraînera aucun changement matériel.

Dans le cadre de cet avant-projet, il est également proposé de modifier la disposition pénale accessoire sur l'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux en Suisse (« trafic de migrants » ; art. 116 LEI). Cette modification concerne le titre.

Enfin, cet avant-projet met en œuvre la motion Abate 17.3857, « Aide financière aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière suisse », qui demande que la Confédération soutienne financièrement les centres de départ qui sont exploités par les cantons hors du domaine de l'asile. Ces infrastructures servent à remettre aux autorités d'un État voisin les personnes renvoyées de Suisse dans le cadre d'un contrôle à la frontière.

¹ RS 142.20

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

1.1.1 Mise en œuvre du plan d'action « Gestion intégrée des frontières »

L'association de la Suisse à Schengen, en 2008, a entraîné une modification fondamentale du régime de contrôle des personnes aux frontières nationales : si le contrôle systématique des personnes aux frontières intérieures n'est en principe plus autorisé, les contrôles ont en revanche été renforcés aux frontières extérieures. Ce changement de système a exigé, dans tout l'espace Schengen, l'adoption de mesures coordonnées en vue de lutter contre la migration illégale et la criminalité transfrontalière. De même, au niveau national, il est nécessaire de renforcer la coopération entre les divers organes de gestion des frontières ainsi que la coordination des mesures d'exécution.

En 2008, le Comité d'évaluation de l'Union européenne (UE), qui s'est penché sur la mise en œuvre de l'accord d'association à Schengen, a recommandé à la Suisse, dans son rapport d'évaluation à la Suisse, d'élaborer « un plan national global qui inclue tous les éléments nécessaires à une gestion intégrée des frontières [...] ». La Suisse a suivi cette recommandation et mis sur pied un plan national en vue d'une lutte efficace et coordonnée contre la migration illégale et la criminalité transfrontalière : le *plan d'action « Gestion intégrée des frontières »* (ci-après, plan d'action)².

Ce plan d'action s'appuie sur la *stratégie de gestion intégrée des frontières*, qui a été élaborée sur mandat du Conseil fédéral. Ce dernier en a pris connaissance en juillet 2014, et la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) en novembre 2014. La plupart des 68 mesures préconisées sont d'ores et déjà réalisées. La modification de loi proposée et les dispositions d'exécution de l'ordonnance du 15 août 2018 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV)³ permettent de mettre en œuvre deux nouvelles mesures⁴.

En vertu du code frontières Schengen (CFS)⁵, les frontières extérieures Schengen ne peuvent être franchies qu'aux points de passage frontaliers désignés à cet effet. La Suisse étant entièrement entourée d'États Schengen, cette règle n'y concerne que les aéroports. Actuellement, la Suisse en déclare douze qui servent de points de passage frontaliers (au sens de « points de passage aux frontières extérieures »)⁶. Les autres aéroports ne peuvent en principe ni accueillir de vols directs en provenance d'un État tiers (c'est-à-dire hors espace Schengen) ni en affréter à destination de ces États.

Il y a aussi lieu de préciser dans la LEI comment et dans quelle mesure les exploitants d'aéroports constituant une frontière extérieure Schengen doivent contribuer au bon déroulement des vérifications aux frontières.

² www.sem.admin.ch/dam/data/sem/einreise/ibm/aktionsplan-ibm_f.pdf

³ RS 142.204

⁴ M 3.4-1-1: Participation des exploitants d'aéroports aux coûts du contrôle à la frontière et clarification juridique des catégories d'aéroports ; M 3.4-1-2 : Examen de la suppression du régime d'exception pour les vols non-Schengen en provenance ou à destination des aéroports de catégorie D.

⁵ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 77 du 23.3.2016, p. 1; modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2018/1240, modifié en dernier lieu par le règlement (UE) 2019/817, JO L 135 du 22.5.2019, p. 27.

⁶ Soit Zurich, Genève, Bâle, Berne-Belp, Sion, Lugano-Agno, St-Gall-Altenrhein, Samedan, Lausanne-Blécherette, La Chaux-de-Fonds, Granges (SO) et Locarno.

En outre, les mesures de construction, les changements d'affectation et l'aménagement des processus d'exploitation qui concernent les vérifications aux frontières doivent, de manière générale, être préalablement approuvés par les autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières⁷. Par ailleurs, une nouvelle base légale doit être créée afin que le Conseil fédéral puisse définir les exigences infrastructurelles et opérationnelles auxquelles les aéroports constituant une frontière extérieure Schengen doivent satisfaire. Enfin, il convient de préciser que le Conseil fédéral a également compétence pour réglementer les modalités des vérifications aux frontières ; il n'existe actuellement aucune base légale explicite en la matière.

1.1.2 Modification rédactionnelles

Il s'est avéré que la terminologie employée en lien avec les vérifications aux frontières manquait de cohérence et qu'elle était définie de différentes manières dans le droit des étrangers. Les modifications rédactionnelles proposées visent à y remédier en adaptant, dans la mesure du possible, la terminologie de la LEI à celle du CFS. Elles n'entraîneraient aucun changement matériel.

1.1.3 Modification de la disposition de droit pénal accessoire visant le trafic de migrants

La lutte contre le trafic de migrants est une préoccupation importante du Conseil fédéral et, partant, de sa stratégie de gestion intégrée des frontières⁸. On entend communément par *trafic de migrants* l'aide apportée à des personnes pour passer illégalement une frontière, en général contre paiement. Cette expression courante ne figure pas dans la LEI, qui la désigne par les infractions pénales accessoires suivantes : incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux ou obtention d'une activité lucrative pour un étranger qui n'est pas titulaire de l'autorisation requise (art. 116 LEI). Jusqu'à présent, la notion de « trafic de migrants » n'a pas été introduite dans la terminologie de la loi, sans doute parce que les états de fait mentionnés dans l'art. 116 sont compris dans un sens large et qu'ils se différencient clairement quant à leur qualification et aux peines encourues.

Les auteurs de diverses interventions parlementaires ainsi que des spécialistes en matière pénale demandent une modification et un durcissement de la disposition pénale visant à lutter contre le trafic de migrants. Ces questions sont notamment soulevées dans les interpellations parlementaires suivantes :

- Po. 15.3215 Renforcer la lutte contre la traite d'êtres humains
(N 8.5.2015, Hefti Thomas)
- Ip. 15.3906 Pourquoi ne met-on pas fin aux activités des passeurs ?
(N 4.12.15, Stolz Daniel)
- Po. 16.3616 Intensifier la lutte contre la criminalité des passeurs
(N 24.8.16, Bégly Claude)
- Ip. 16.3807 Sanctionner les passeurs professionnels et les trafiquants
d'êtres humains
(N 2.12.16, Feri Yvonne)

⁷ En outre, le Conseil fédéral doit définir, au niveau de l'ordonnance, les catégories d'aéroports constituant une frontière extérieure ainsi que les critères selon lesquels les aéroports seront, à l'avenir, définis comme frontières extérieures. Il doit également préciser à quelles conditions il est possible de franchir à titre exceptionnel la frontière extérieure dans des aéroports qui ne sont pas prévus à cette fin (sur des vols directs à destination ou en provenance d'un aéroport situé hors de l'espace Schengen).

⁸ Cf. en particulier p. 51 du plan d'action.

- Q 16.5358 Lutte contre les réseaux de passeurs. L'arsenal législatif est-il adapté ?
(N 14.9.16, Addor Jean-Luc)
- Iv. pa. 16.477 Renforcer la lutte contre les réseaux de passeurs
(N 30.9.16, Addor Jean-Luc)
- Po. 17.3790 Création d'une norme pénale contre les passeurs
(N 15.11.17, Jauslin Matthias Samuel)
- Ip. 18.4188 Article 116 de la loi sur les étrangers et délits de solidarité
(E 12.12.18, Seydoux-Christ Anne)
- Iv. pa. 18.461 Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité
(N 29.09.2018, Mazzone Lisa)

Le postulat 16.3616 « Intensifier la lutte contre la criminalité des passeurs » a chargé le Conseil fédéral d'examiner comment intensifier la lutte contre les passeurs⁹. L'interpellation 16.3807 a quant à elle exigé un net durcissement des peines prévues à l'art. 116 LEI, qui, selon son auteure, seraient équivalentes à celles qui s'attachent à un vol simple. D'autres interventions parlementaires demandent, au contraire, de dépenaliser l'incitation à l'entrée, à la sortie et au séjour illégaux ainsi que le fait de procurer une activité lucrative pour un étranger qui n'est pas titulaire de l'autorisation requise, pour autant que cette aide soit fournie pour des motifs respectables (Iv. pa. 18.461 « Article 116 LEtr. En finir avec le délit de solidarité »). Une initiative parlementaire déposée le 30 septembre 2016 demande que les délits visés à l'art. 116, al. 3, let. b, LEI (dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes formés dans le but de commettre de manière suivie des infractions) soient soumis à la juridiction fédérale¹⁰. Par ailleurs, un postulat (17.3790) a requis la création d'une norme pénale spécifique contre les passeurs, qui obligerait les autorités de poursuite pénale à agir et ferait augmenter le nombre de condamnations prononcées.

Dans les réponses qu'il a données à l'interpellation Feri 16.3807 « Sanctionner les passeurs professionnels et les trafiquants d'êtres humains » et au postulat Jauslin 17.3790 « Création d'une norme pénale contre les passeurs », le Conseil fédéral a annoncé qu'il étudierait notamment l'opportunité d'un durcissement des peines.

1.1.4 Soutien financier de la Confédération pour les centres de départ cantonaux implantés dans les régions frontalières et base juridique relative à la rétention d'étrangers dans les centres de départ

La motion Abate 17.3857¹¹ charge le Conseil fédéral de créer une base légale qui permette de soutenir financièrement les cantons qui gèrent des logements temporaires (centres de départ) accueillant les étrangers qui doivent être renvoyés dans un État voisin en vertu d'un accord de réadmission (cf. art. 82, al. 3, AP-LEI).

Pour mettre en œuvre cette motion, il est en outre prévu de créer une base légale pour la rétention d'étrangers dans des centres de départ cantonaux (art. 73, al. 1, let. c, AP-LEI).

⁹ Le Conseil fédéral a répondu à ce postulat le 20 juin 2018 en publiant le rapport « Intensifier la lutte contre la criminalité des passeurs ; rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 16.3616 Bégli du 17.06.2016 » (disponible sur <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20163616/Bericht%20BR%20F.pdf>).

¹⁰ Iv. pa. 16.477 « Renforcer la lutte contre les réseaux de passeurs ». Le Conseil des États l'a rejetée le 26 septembre 2018, après que le Conseil national y avait donné suite le 13 mars 2018.

¹¹ Mo. 17.3857 Abate. Aide financière aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière suisse.

1.2 Solution proposée

1.2.1 Définition des exigences posées aux aéroports constituant une frontière extérieure Schengen, mise à disposition d'infrastructures par les exploitants d'aéroports pour les vérifications aux frontières et obligation de solliciter une autorisation pour les mesures de construction, les changements d'affectation et l'aménagement des processus d'exploitation

Le bon déroulement des vérifications aux frontières nécessite des infrastructures et des processus opérationnels appropriés. Il ne dépend donc pas de la seule autorité compétente en matière de vérifications aux frontières. Il faut que l'exploitant de l'aéroport mette à sa disposition l'infrastructure nécessaire et qu'il tienne compte des besoins des autorités lors de la mise en place de ses processus opérationnels et de l'infrastructure. Aussi l'aéroport doit-il remplir certaines exigences minimales pour qu'il puisse constituer une frontière extérieure Schengen et être exploité en cette qualité. Aujourd'hui, ces conditions ne sont pas clairement définies sur le plan légal. Bien qu'elles découlent au moins en partie des réglementations existantes, il est nécessaire de les expliciter dans la loi pour des raisons de transparence, de sécurité du droit ainsi que d'applicabilité vis-à-vis des exploitants d'aéroports. L'art. 95a AP-LEI fixe les principes, le Conseil fédéral étant appelé à définir les détails au niveau de l'ordonnance.

Contrairement au droit douanier, selon lequel des tiers doivent, à certaines conditions, mettre gratuitement à disposition de la Confédération les installations et locaux nécessaires à l'exécution des contrôles douaniers et prendre en charge les frais d'exploitation encourus par l'Administration fédérale des douanes (AFD)¹², le droit des étrangers ne contient aucune disposition en ce sens. Or il n'existe aucune raison objective qui justifie que les autorités douanières soient mieux loties vis-à-vis des exploitants d'aéroports que les autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières. En effet, les deux autorités exercent des fonctions relevant de la puissance publique. Il est à noter que les vérifications aux frontières sont le seul moyen de permettre l'utilisation de l'aéroport et donc de générer indirectement des avantages économiques. L'obligation, pour l'exploitant de l'aéroport, de mettre à disposition l'infrastructure nécessaire à ces vérifications est donc pleinement justifiée. Qui plus est, les dépenses engendrées à cette fin font partie des frais d'infrastructure globaux, lesquels sont de toute manière reportés sur les passagers, et continueront de l'être.

Le droit douanier prévoit également que les besoins en termes de surveillance douanière doivent être pris en considération lors de la construction ou de la transformation d'aéroports douaniers et que, par conséquent, les projets touchant à la procédure douanière et à la frontière douanière doivent être soumis préalablement à l'AFD pour approbation¹³. Vu qu'il n'existe aucune disposition analogue en faveur des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières, il convient d'en créer une. En effet, ces vérifications ne peuvent être correctement menées que si les conditions opérationnelles et infrastructurelles sont remplies. Il convient donc de compléter la LEI par une disposition analogue à l'art. 139 de l'ordonnance du 1^{er} novembre 2006 sur les douanes (OD)¹⁴. Dès lors, les besoins liés aux vérifications aux frontières devront être pris en considération lors de la construction et de changements d'affectation d'aéroports constituant une frontière extérieure Schengen et lors d'aménagements ayant une incidence sur lesdites vérifications (déroulement des processus, plans de fermeture, etc.). Aussi les projets en question devront-ils être soumis pour approbation aux autorités compétentes en matière de vérifications aux fron-

¹² Art. 5, al. 2, de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD ; RS 631.0)

¹³ Art. 4, al. 2, LD

¹⁴ RS 631.01

tières. Si l'exploitant d'un aéroport ne remplit pas ces obligations, il sera possible d'ordonner les mesures qui s'imposent. S'il n'obtempère pas, l'autorité pourra lui infliger une astreinte.

1.2.2 Alignement rédactionnel de la LEI sur le CFS

Tant pour les autorités chargées d'exécuter les renvois que pour les personnes concernées, il serait utile que le droit national et le droit international emploient les mêmes expressions. La mise en concordance des terminologies de la LEI – et de ses ordonnances d'exécution – et du CFS favorisera la transparence et la sécurité du droit, tout en facilitant les échanges internationaux.

1.2.3 Modification de la disposition pénale accessoire visant le trafic de migrants (art. 116 LEI)

La lutte contre le trafic de migrants est un objectif important du plan d'action. Elle s'articule autour des mesures destinées à accroître l'efficacité des poursuites pénales, à simplifier les enquêtes associant différentes autorités et à répartir clairement les compétences des uns et des autres sans porter atteinte aux prérogatives cantonales¹⁵.

Dans ce domaine, les mesures suivantes du plan d'action ont d'ores et déjà démarré et sont en partie réalisées:

- module de formation « migration illégale » et « trafic de migrants » destiné aux représentations suisses à l'étranger ;
- liste de contacts « migration illégale / trafic de migrants » ;
- formation à la lutte contre le trafic qualifié de migrants à l'Institut suisse de police (ISP) et réunions/matériels de sensibilisation et d'information ;
- attribution claire des enquêtes menées dans le domaine du trafic qualifié de migrants;
- nomination de spécialistes en matière de lutte contre le trafic qualifié de migrants au sein de la police et des ministères publics ;
- nomination d'équipes d'enquête spécialisées dans le trafic qualifié de migrants ;
- compétence fédérale facultative en matière de poursuite pénale du trafic qualifié de migrants (examen) ;
- traitement plus systématique des indices dans le domaine du trafic qualifié de migrant ;
- obtention d'informations sur le trafic de migrants lors de la première audition d'asile.

1.2.3.1 Définition du trafic de migrants

Selon les autorités de poursuite pénale fédérales et cantonales, les personnes pratiquant le trafic de migrants vont de l'individu isolé qui fait passer des membres de sa famille à travers la frontière aux grands réseaux criminels internationaux, qui agissent sans scrupules et poursuivent un but lucratif¹⁶. Les peines encourues ont été définies en conséquence à l'art. 116 LEI. Elles vont de la simple peine pécuniaire, dans les cas mineurs, à des peines

¹⁵ Plan d'action, p. 51

¹⁶ Rapport « Le trafic organisé de migrants et la Suisse », Service de coordination contre la traite d'êtres humains et le trafic de migrants (SCOTT), 2014, S. 15.

privatives de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans assorties d'une peine pécuniaire, pour les infractions qualifiées.

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contient, dans son protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer¹⁷, les définitions relatives au trafic de migrants valables sur le plan international. Selon ce document, le *trafic illicite de migrants*¹⁸ désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État. L'expression *entrée illégale* désigne, quant à elle, le franchissement de frontières alors que les conditions nécessaires à l'entrée légale dans l'État d'accueil ne sont pas satisfaites.

Dans le droit suisse, les éléments constitutifs du trafic de migrants figurent à l'art. 116 LEI : cette disposition pénale accessoire vise quiconque facilite l'entrée, la sortie ou le séjour illégaux d'un étranger ou lui procure une activité lucrative alors qu'il n'est pas titulaire de l'autorisation requise. L'al. 1 porte sur l'infraction de base, l'al. 2 sur l'infraction privilégiée (« cas de peu de gravité »)¹⁹ et l'al. 3 sur l'infraction qualifiée. L'art. 116 LEI vise la complicité à commettre une infraction visée à l'art. 115 LEI (entrée, sortie et séjour illégaux, exercice d'une activité lucrative sans autorisation).

La LEI, qui est en vigueur depuis 2008 (de 2008 à 2018 sous l'appellation loi fédérale sur les étrangers [LEtr]), a été alignée sur les normes internationales et contient des dispositions pénales beaucoup plus sévères que l'ancien droit (loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers [LSEE]), notamment en ce qui concerne les infractions commises par des auteurs œuvrant sous forme organisée dans un but lucratif. Dans la LEI, ces formes qualifiées d'infractions ne sont plus considérées comme des délits mais comme des crimes. Aussi la peine privative de liberté maximale a-t-elle été portée de trois à cinq ans²⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2011, il est en outre possible de poursuivre aussi un passeur domicilié en Suisse qui a facilité l'entrée, le transit, la sortie ou le séjour illégal d'une personne dans un État Schengen, même si celle-ci n'a jamais foulé le territoire suisse (art. 116, al. 1, let. a^{bis}, LEI). Cette modification de loi est conforme à la directive européenne 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers²¹, laquelle prescrit les sanctions que les États membres de Schengen doivent adopter à l'encontre de quiconque aide un ressortissant d'un État tiers à entrer sur le territoire d'un État membre, à transiter par un tel État ou à y séjourner en violation de la législation de cet État.

La directive 2002/90/CE exige notamment que des sanctions appropriées soient adoptées à l'encontre de quiconque incite ou aide un étranger à pénétrer sur le territoire d'un État membre, à transiter par cet État, ou, l'aide, dans un but lucratif, à y séjourner en violation de la législation de cet État. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Toujours selon la directive, l'État concerné peut toutefois décider de ne pas sanctionner ces comportements, en appliquant sa législation et sa pratique nationales, dans les cas où ce comportement a pour but d'apporter une aide humanitaire à la personne concernée.

En 2018²², 8679 condamnations ont été prononcées pour violation des dispositions sur l'entrée en Suisse (art. 115, al. 1, let. a, LEI), 9330 pour séjour illégal (art. 115, al. 1, let. b,

¹⁷ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Entré en vigueur pour la Suisse le 26 novembre 2000, RS **0.311.541**.

¹⁸ Les expressions « activité de passeurs » et « trafic (illicite) de migrants » sont synonymes.

¹⁹ Une proposition émanant d'une minorité de la commission prévoyant un motif d'exclusion de la punissabilité en cas de mobiles d'ordre humanitaire a été rejetée au Parlement. L'art. 116 LEI s'applique donc aussi aux personnes qui aideraient un étranger à commettre une telle infraction, fût-ce une seule fois et pour des motifs honorables.

²⁰ BO CN 2004, p. 1147 ss

²¹ JO L 328 du 5.12.2002

²² État du casier judiciaire : 20.5.2019.

LEI), 2961 pour exercice d'une activité lucrative sans autorisation (art. 115, al. 1, let. c, LEI) et 32 pour entrée en Suisse ou départ de Suisse sans passer par un poste frontière autorisé (art. 115, al. 1, let. d, LEI)²³.

La même année, une condamnation a été prononcée dans 972 cas au titre de l'art. 116 LEI, pour incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux. Sur les 890 condamnations ayant porté sur le principal cas d'application de l'infraction de base, 885 l'ont été pour avoir facilité ou aidé à préparer l'entrée, la sortie ou le séjour illégaux en Suisse (art. 116, al. 1, let. a, LEI) et 5 pour avoir facilité ou aidé à préparer l'entrée, la sortie ou le séjour illégaux dans un État Schengen (art. 116, al. 1, let. a^{bis}, LEI). 58 personnes ont été condamnées pour avoir procuré une activité lucrative à un étranger ne possédant pas l'autorisation requise (art. 116, al. 1, let. b, LEI), 17 pour des infractions de peu de gravité (actes altruistes, degré faible d'illicéité ; art. 116, al. 2, LEI) et 32 pour des infractions graves (actes commis pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement ou commis dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes, formé dans le but de commettre de tels actes de manière suivie ; art. 116, al. 3, LEI).

1.2.3.2 Mesures de surveillance dans le cadre de procédures pénales destinées à lutter contre le trafic de migrants

Contrairement à la traite d'êtres humains (art. 182 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 [CP]²⁴), le *trafic de migrants* ne constitue pas un délit classique contre la liberté. Bien qu'il s'inscrive souvent dans une situation d'urgence, le trafic de migrants a lieu avec le consentement de la personne désireuse d'entrer dans le pays²⁵. Aussi les dépositions concernant ce délit ne sont-elles souvent que très sommaires, raison pour laquelle les enquêtes en la matière sont très fastidieuses et nécessitent souvent des mesures de surveillance ad hoc (correspondance par poste et par télécommunication ; art. 269²⁶ du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 [CPP]) ou des investigations secrètes (art. 285a ss CPP). Afin que ces mesures puissent être mieux appliquées, des représentants des autorités de poursuite pénale exigent un durcissement des peines prévues à l'art. 116 LEI. Une modification de loi en ce sens ne paraît toutefois pas nécessaire. En effet, dans le cas d'un trafic de migrants qualifié (art. 116, al. 3, LEI), le CPP permet déjà d'ordonner des mesures de surveillance et des investigations secrètes (art. 269, al. 2, let. b, et 286, al. 2, let. b, CPP). S'agissant d'une infraction de base ou d'une infraction privilégiée au sens du droit en vigueur (art. 116, al. 1 et 2, LEI), il n'est pas pertinent, pour des raisons de proportionnalité (rapport entre le but et les moyens mis en œuvre) d'ordonner de telles mesures.

1.2.3.3 Transfert de la disposition pénale dans le code pénal

Des cercles d'experts ont proposé d'assujettir la lutte contre le trafic de migrants au CP plutôt qu'à la LEI (droit pénal accessoire), comme cela est le cas pour la traite d'êtres humains (art. 182 CP). Ce transfert donnerait plus de poids à la norme pénale et inciterait à poursuivre plus systématiquement cette forme d'infraction.

Il faudrait, pour cela, créer un nouveau titre dans le CP, car le bien juridique protégé par la disposition sur le trafic de migrants (délict contre l'ordre public) diffère nettement de celui protégé par la disposition sur la traite d'êtres humains (crimes ou délits contre la liberté). Si le transfert des éléments constitutifs de l'infraction du droit pénal accessoire au CP est sans incidence sur l'aboutissement d'une poursuite pénale (de nombreux délits de masse visés par le droit pénal accessoire sont régulièrement poursuivis, par ex., par la loi fédérale sur la circulation routière ou la loi sur les stupéfiants), il donnerait en revanche une meilleure visibi-

²³ Un jugement pouvant porter sur plusieurs infractions, la somme des diverses infractions dépasse le total.

²⁴ RS 311.0

²⁵ Il est « dans l'intérêt » de l'intéressé que le passeur l'introduise illégalement dans un pays.

²⁶ RS 312.0

lité à la norme, ce qui favoriserait la prévention générale et la dissuasion. Cependant, les mêmes effets pourraient être obtenus en reformulant le titre de l'art. 116 LEI de manière à ce qu'il contienne la notion de « trafic de migrants », comme le demandent des experts (cf. ch. 1.2.3.6).

Des groupes de travail qui se sont penchés sur la question de même que d'autres cercles d'experts considèrent que le transfert de la disposition pénale accessoire de l'art. 116 LEI au CP ne serait guère efficace. Ils relèvent en effet qu'un simple transfert de norme n'amène pas forcément une intensification des activités de poursuite pénale. Selon les autorités de poursuite pénale, le fait que seul un nombre restreint de poursuites soient engagées à l'encontre du trafic de migrants s'expliquerait par le manque de ressources et la grande complexité des affaires, notamment en raison des ramifications à l'étranger et du caractère transfrontalier des activités délictueuses. Si l'on observe les pays voisins, on constate d'ailleurs que le trafic de migrants y est, là aussi, généralement visé par le droit pénal accessoire et non par le code pénal.

Afin de mieux faire face au trafic de migrants, dont les éléments constitutifs sont souvent transfrontaliers, il importe plutôt de renforcer la coopération internationale. Dans le cadre des activités opérationnelles, la collaboration nationale et internationale a d'ailleurs déjà été améliorée et renforcée durant ces dernières années :

- En automne 2015 a été formée, à Chiasso, l'unité spéciale *Gruppo Interforze per la Repressione dei Passatori* en vue d'améliorer la poursuite pénale des groupes de passeurs opérant au niveau transfrontalier. Le canton du Tessin est une région de transit privilégiée du trafic de migrants africains entre l'Italie et l'Europe du Nord. Placée sous la direction de la police cantonale tessinoise, cette unité mène des investigations contre les réseaux de passeurs, analyse les informations sur la migration irrégulière et évalue la situation, échange des informations avec les États voisins et développe des stratégies de lutte contre la migration irrégulière et le trafic de migrants empruntant, en particulier, la voie par la Méditerranée centrale.
- La Suisse (fedpol) est membre du réseau *INTERPOL Specialist Operational Network against Migrant Smuggling (ISON)*, qui a été mis en place fin 2015 pour renforcer la collaboration entre autorités de poursuite pénale dans la lutte contre le trafic de migrants. Ce réseau est constitué d'experts issus de nombreux États parties à INTERPOL qui sont concernés par ce trafic en tant que pays de provenance, de transit ou de destination. ISON entend en particulier améliorer l'échange d'informations au niveau international.
- Créé par Europol, l'*European Migrant Smuggling Centre* est opérationnel depuis février 2016. Ce centre a pour mission d'épauler les États membres de l'UE ainsi que des États tiers, dont la Suisse, dans la lutte contre les groupements criminels organisés dans le domaine du trafic de migrants.

1.2.3.4 Examen de la reformulation de l'art. 116 LEI et du durcissement des peines qui y sont prévues

L'interpellation Feri «Sanctionner les passeurs professionnels et les trafiquants d'êtres humains»²⁷ demandait que le régime des sanctions prévues en matière de trafic de migrants soit revu tant pour l'infraction de base que pour l'infraction qualifiée (art. 116, al. 1 et 3, LEI). Selon l'auteure de l'interpellation, l'art. 116, al. 1, LEI ne prévoirait qu'une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire pour quiconque facilite, en Suisse ou à l'étranger, l'entrée, la sortie ou le séjour illégal d'un étranger ou participe à des préparatifs

²⁷ 16.3807 (liquidée le 16.12.2016)

dans ce but. Or ces peines, équivalentes à celles qui s'attachent à un vol simple, n'auraient aucun effet dissuasif à l'égard de réseaux de passeurs hautement professionnels et sans scrupules.

À ce propos, il faut rappeler que des passeurs agissant avec un grand professionnalisme et sans scrupules réunissent régulièrement les éléments constitutifs de l'infraction qualifiée dans la mesure où ils agissent habituellement dans l'intention de s'enrichir (al. 3, let. a) ou dans le cadre d'une association ou d'un groupe (al. 3, let. b), voire d'une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP). Pour cette raison – ainsi qu'au regard des peines prévues dans les autres dispositions pénales accessoires –, une aggravation des peines encourues ne paraît pas indiquée en ce qui concerne l'actuelle infraction de base (al. 1). Une modification matérielle de l'infraction privilégiée (al. 2) ne s'impose pas non plus : le motif d'atténuation de la peine, qui avait été supprimé le 1^{er} janvier 2007 dans la LSEE en raison de la nouvelle partie générale du CP²⁸, a été réintroduit en 2008 lors de l'élaboration de la LEI (alors LEtr). Il faut que le juge ait encore la possibilité de prononcer une peine pécuniaire dans les cas de peu de gravité. Le Conseil fédéral a néanmoins proposé, dans son message sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié²⁹, d'abroger cet alinéa étant donné qu'on pourra tenir compte de la légèreté du cas sans cette disposition³⁰. Le juge peut en effet prononcer une peine pécuniaire légère (trois jours-amende au moins; art. 34, al. 1, CP) ou renoncer à poursuivre l'auteur de l'infraction, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine (art. 52 CP).

Le Conseil fédéral estime qu'il faut résolument combattre le trafic organisé de migrants. Dans sa réponse du 2 décembre 2016 à l'interpellation 16.3807 « Sanctionner les passeurs professionnels et les trafiquants d'êtres humains », il a examiné s'il y avait lieu d'alourdir les sanctions prévues à l'art. 116, notamment en ce qui concerne l'infraction qualifiée.

Il s'est prononcé contre l'alourdissement, pour les raisons exposées ci-après :

L'Allemagne, l'Autriche et le Liechtenstein prévoient des peines privatives de libertés jusqu'à 10 ans pour le trafic organisé de migrants, tandis que l'art. 116 LEI sanctionne la complicité à commettre une infraction visée par l'art. 115 LEI (peine privative de liberté jusqu'à un an ou peine pécuniaire). En raison de cette incrimination distincte de la complicité, à l'art. 116, celle-ci est aujourd'hui punie beaucoup plus sévèrement qu'elle ne l'est généralement. En principe, quiconque a prêté assistance est puni moins sévèrement que l'auteur principal de l'infraction (art. 25 CP).

Par ailleurs, l'art. 116 LEI protège les intérêts de l'État en prévenant les entrées illégales, et non les intérêts des personnes entrées illégalement en Suisse avec l'aide d'un passeur. En cas d'agression de la part du passeur, ces personnes sont protégées par les dispositions du CP qui visent, par exemple, le meurtre, la lésion corporelle, la mise en danger de la vie ou la séquestration. Lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'une organisation criminelle, une sanction supplémentaire est possible au titre de l'art. 260^{ter} CP. En relation avec l'art. 116, al. 3, LEI, la sanction maximale encourue dans un tel cas est une peine privative de liberté de 7,5 ans. Une peine privative de liberté de 10 ans, telle que la connaissent d'autres États, serait disproportionnée pour protéger la Suisse contre le non-respect des dispositions sur l'entrée et le séjour. Enfin, force est de constater que l'actuelle échelle des peines n'est de loin pas exploitée à fond, ce qui signifie, en d'autres termes, qu'elle suffit.

Vu qu'il n'existe aucun motif qui justifierait un durcissement des peines pour l'infraction qualifiée (art. 116, al. 3, LEI), il n'y a pas non plus lieu d'élever la peine encourue pour l'infraction de base (art. 116, al. 1, LEI).

²⁸ RO 2006 3535 s.

²⁹ FF 2018 2963

³⁰ Cf. infra ch. 3, commentaire relatif à l'art. 116 LEI.

1.2.3.5 Traite des migrants soumise à la juridiction fédérale

L'examen de la création d'une compétence fédérale facultative (compétence fédérale sous le seuil visé à l'art. 260^{ter} CP) a été jugé inopportun et a été suspendu en raison des travaux législatifs en cours dans le droit pénal matériel en vue de lutter contre le crime organisé. Lorsque le trafic de migrants est le fait d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP, il est en effet déjà possible de le soumettre, au cas par cas, à la compétence fédérale. En effet, aux termes de l'art. 24, al. 1, CPP, l'art. 260^{ter} CP est soumis à la juridiction fédérale lorsque les actes punissables ont été commis pour une part prépondérante à l'étranger (let. a) ou dans plusieurs cantons sans qu'il y ait de prédominance évidente dans l'un d'entre eux (let. b).

Déposée le 30 septembre 2016, l'initiative parlementaire 16.477 « Renforcer la lutte contre les réseaux de passeurs » demande que la lutte contre le trafic de migrants soit soumise à la juridiction fédérale. À cette fin, l'art. 23, al. 1, CPP devait être complété par une let. m soumettant à la juridiction fédérale les infractions visées à l'art. 116, al. 3, let. b, LEI (forme qualifiée de l'infraction, dans laquelle l'auteur agit dans le cadre d'un groupe ou d'une association de personnes formé dans le but de commettre de tels actes de manière suivie). Contrairement à sa Commission des affaires juridiques, qui avait décidé en novembre 2017, lors de l'examen préalable, à une faible majorité, de ne pas donner suite à cette initiative parlementaire, le Conseil national y a donné suite le 13 mars 2018 par 104 voix contre 83. À l'instar de sa commission, le Conseil des États a quant à lui décidé, le 26 septembre 2018, de ne pas donner suite à l'initiative. Le législateur manifeste ainsi son intention de ne pas soumettre le trafic de migrants à la juridiction fédérale.

1.2.3.6 Reformulation du titre

Un argument avancé à plusieurs reprises est qu'il faut étayer la poursuite pénale du trafic de migrants en inscrivant la disposition qui s'y rapporte dans le code pénal et non plus dans le droit pénal accessoire (cf. ch. 1.2.3.3). Bien qu'une réglementation dans le droit pénal accessoire ne fasse pas obstacle à une poursuite pénale, force est de constater qu'il est difficile de trouver dans la LEI les comportements délictueux constitutifs du « trafic de migrants ». Alors que la traite d'êtres humains est expressément mentionnée à l'art. 182 CP, l'expression courante « trafic de migrants » ne figure ni dans le texte normatif ni dans le titre de l'art. 116 LEI. Cependant, l'acception usuelle de cette expression ne recouvre pas l'ensemble des infractions visées à l'art. 116 LEI. En particulier, le fait de procurer à un étranger une activité lucrative en Suisse alors qu'il n'est pas titulaire de l'autorisation requise (al. 1, let. b) n'a que peu à voir avec l'aide à franchir illégalement la frontière nationale. Il est néanmoins utile que le terme « trafic de migrants » figure désormais dans le titre de l'article.

1.3 Relation avec le programme de la législature

Le projet n'a été annoncé, ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019. Cependant, la mise en œuvre du plan d'action et la révision de la disposition pénale accessoire sur le trafic de migrants qualifié sont étroitement liés au troisième objectif du programme de la législation (« La Suisse pourvoit à la sécurité et agit en partenaire international fiable »).

2 Grandes lignes du projet

2.1 Dispositif proposé

2.1.1 Définition des exigences posées aux aéroports constituant une frontière extérieure Schengen, mise à disposition d'infrastructures par les exploitants d'aéroports pour les vérifications aux frontières et obligation de solliciter une autorisation pour les mesures de construction, les changements d'affectation et l'aménagement des processus d'exploitation, mises à jour rédactionnelles

Le droit des étrangers opère déjà une distinction entre les aéroports ayant une frontière extérieure Schengen et ceux qui ne peuvent ni accueillir de vols directs en provenance d'États tiers (c'est-à-dire hors espace Schengen) ni en affréter à destination de ces pays. Les aéroports constituant une frontière extérieure Schengen doivent remplir implicitement certaines exigences minimales. Ils doivent notamment posséder une zone de transit dans laquelle une personne qui s'est vu refuser l'entrée dans le pays peut rester jusqu'à 15 jours (art. 65, al. 3, LEI). Ils sont également tenus de séparer les passagers qui voyagent au sein de l'espace Schengen de ceux qui sont en provenance d'un État tiers ou en partance pour un État tiers (art. 7, al. 1, LEI en relation avec l'annexe 6, ch. 2.1.1, CFS). Toutefois, il n'existe actuellement aucune obligation légale pour les exploitants d'aéroports de prendre les mesures garantissant le bon déroulement des vérifications aux frontières. La présente révision de loi vise à combler cette lacune et à inscrire explicitement dans la loi les exigences minimales auxquelles les infrastructures et les processus d'exploitation doivent répondre.

Les exploitant d'aéroports constituant une frontière extérieure Schengen seront désormais tenus, d'une part, d'assurer les processus d'exploitation indispensables au bon déroulement des vérifications aux frontières et, d'autre part, de mettre gratuitement à disposition des autorités les locaux nécessaires à cette fin. Ils devront non seulement définir et assurer, en accord avec l'autorité compétente en matière de vérifications aux frontières, les processus d'exploitation indispensables au bon déroulement des vérifications aux frontières, mais aussi appliquer les mesures de construction requises (art. 95a, al. 1, AP-LEI). En outre, les exploitants d'aéroports constituant une frontière extérieure Schengen devront soumettre au préalable pour approbation, aux autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières, les mesures de construction qui concernent les tâches de ces autorités (art. 95a, al. 3, AP-LEI). Si l'exploitant d'un aéroport ne se conforme pas à ces exigences ou ne s'y conforme qu'insuffisamment, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) pourra, sur demande de l'autorité compétente en matière de vérifications aux frontières, ordonner des mesures concrètes (art. 95a, al. 4, AP-LEI). Si l'exploitant n'obtempère pas, le SEM pourra lui infliger une astreinte jusqu'à ce que les obligations soient exécutées (art. 95a, al. 4, en relation avec l'art. 122d AP-LEI). Par ailleurs, les exploitants d'aéroports internationaux devront, pour des raisons de transparence, mettre à disposition des logements économiques pour les personnes qui déposent une demande d'asile à l'aéroport (art. 95a, al. 2, let. b, AP-LEI en relation avec l'art. 22, al. 3, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile [LAsi]³¹). De plus, ils seront expressément tenus d'exploiter une zone de transit internationale (art. 95a, al. 3, let. a^{bis}, AP-LEI). Les détails seront définis au niveau des ordonnances d'exécution.

L'adaptation de la terminologie de la LEI à celle du CFS vise à éviter les malentendus et à simplifier l'application du droit ; elle n'entraîne aucun changement matériel.

³¹ RS 142.31

2.1.2 Disposition pénale sur le trafic de migrants (art. 116 LEI)

Afin de donner une meilleure visibilité au délit visé par l'art.116 LEI, le titre de cet article contiendra désormais l'expression « trafic de migrants » (cf. ch. 1.2.3.6). En outre, toutes les variantes de l'infraction figureront dans le titre.

Pour les raisons mentionnées au ch. 1.2.3.4, l'avant-projet ne prévoit pas de durcir les peines visées à l'art. 116 LEI. En revanche, la disposition relative aux « cas de peu de gravité » (art. 116, al. 2, LEI) peut être abrogée, comme le Conseil fédéral l'a déjà proposé dans son message du 25 avril 2018 concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié. En effet, il est possible de tenir compte de la légèreté du cas sans cette disposition, puisque le juge peut prononcer une peine pécuniaire plus légère (trois jours-amende au moins, art. 34, al. 1, CP) ou renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine (art. 52 CP).

2.1.3 Motion Abate

La motion Abate « Aide financière aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière suisse » (17.3857 ; cf. ch. 1.1.4), qui a été adoptée par le Parlement, a eu pour toile de fond la hausse de la migration irrégulière à la frontière sud de la Suisse en 2016 et 2017. La situation avait alors obligé le canton du Tessin à ouvrir un centre de départ à Rancate. Dans ce centre sont logés les personnes appréhendées à la frontière sud qui ne déposent pas de demande d'asile en Suisse et font l'objet d'un renvoi sans décision formelle. En règle générale, elles sont remises le lendemain aux autorités frontalières italiennes. À la demande du canton du Tessin, l'AFD et le Département fédéral de justice et police (DFJP) se sont déclarés prêts, dans ce contexte extraordinaire, à participer aux coûts d'exploitation dudit centre dans le cadre de conventions de prestations de durée limitée. L'avant-projet vise à créer une base légale claire afin que la Confédération puisse apporter un soutien financier temporaire aux cantons frontaliers en cas de situation extraordinaire.

Un centre de départ cantonal permet d'exécuter rapidement et sans décision formelle, dans le cadre d'accords de réadmission bilatéraux, les renvois d'étrangers appréhendés à la frontière. Actuellement, il n'existe pas d'autre centre de départ que celui situé au Tessin. Le taux d'occupation de ce centre ayant fortement baissé par rapport aux années 2016 et 2017 en raison de l'affaiblissement de la pression migratoire, la Confédération ne prolongera vraisemblablement pas sa participation aux frais d'exploitation au-delà de 2019. Il n'est pas non plus prévu d'ouvrir, dans un proche avenir, d'autres centres de départ dans un canton frontalier.

Pour mettre en œuvre la motion Abate 17.3857, l'art. 73 LEI sera complété par une disposition selon laquelle les autorités fédérales ou cantonales compétentes pourront procéder à la rétention de personnes dépourvues d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement afin d'assurer leur remise aux autorités d'un État voisin en vertu d'un accord de réadmission. Il s'agit généralement de personnes relevant du domaine des étrangers. En vertu du droit des étrangers, ces renvois sont ordonnés et exécutés par les cantons. Vu que les cantons frontaliers sont davantage sollicités par ces opérations que les autres cantons, la Confédération doit pouvoir participer, à raison d'un forfait journalier, aux frais d'exploitation liés aux rétentions dans les centres de départ cantonaux implantés dans les régions frontalières. Cette participation présuppose toutefois une hausse significative des entrées irrégulières en Suisse, comme cela avait par exemple été le cas en 2016 et 2017. En outre, ces centres de départ cantonaux doivent servir à héberger à court terme des étrangers qui ont été appréhendés dans la zone frontalière lors de leur entrée irrégulière en Suisse et sont

renvoyés du pays sans décision formelle (art. 64c, al. 1, let. a, LEI). L'art. 82 LEI est complété en ce sens.

Toute participation de la Confédération aux frais d'exploitation d'un centre cantonal de départ a un caractère temporaire, c'est-à-dire qu'elle n'est accordée que pendant une durée limitée, dans des situations exceptionnelles. Cette disposition est rédigée sous une forme potestative et le caractère temporaire de la mesure est expressément mentionné.

2.2 Questions de mise en œuvre

Le projet de loi ne prévoit pas de nouvelles tâches pour les autorités d'exécution de la Confédération et des cantons. Les modifications de loi proposées visent à élargir la marge de manœuvre, à créer de la transparence et à améliorer l'efficacité des mesures d'exécution. Il en va de même de la mise en œuvre proposée de la motion Abate 17.3857, qui prévoit un nouvel état de fait concernant la rétention dans un centre cantonal de départ et, à certaines conditions, un soutien financier fédéral pour ces installations.

3 Commentaire des dispositions

3.1 Dispositions de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration

Art. 7, al. 2 et 3

Al. 2

Frontières extérieures Schengen et frontières intérieures Schengen de la Suisse

Le Conseil fédéral doit pouvoir réglementer les modalités des contrôles à la frontière. Ce principe ressort déjà de l'actuel al. 2 (« Le Conseil fédéral règle le contrôle des personnes à la frontière autorisé par ces accords ») mais doit ressortir plus clairement en explicitant la compétence du Conseil fédéral en la matière. Cette précision n'entraîne aucun changement matériel.

Émoluments dus par les exploitants d'aérodromes

L'OEV prévoit que l'entrée en Suisse par un aérodrome qui n'est pas désigné comme frontière extérieure Schengen est possible dans des cas particuliers moyennant une autorisation préalable (art. 29, al. 3, OEV). Pour cette raison, l'al. 2 est complété par une disposition selon laquelle le Conseil fédéral peut prévoir des émoluments pour l'ensemble des vérifications aux frontières.

Mise en concordance des terminologies du CFS et du droit national

La terminologie liée au contrôle lors du franchissement des frontières diffère parfois entre la LEI et le CFS, lequel lie la Suisse. Selon ce dernier, le contrôle aux frontières comprend non seulement les vérifications aux points de passage frontaliers sur les personnes et la surveillance entre ces points de passage, mais également l'analyse du risque pour la sécurité intérieure et des menaces susceptibles de compromettre la sécurité des frontières extérieures. Dans d'autres dispositions du CFS, notamment dans le titre des art. 7 à 9, l'expression « vérifications aux frontières » sert à désigner le processus opérationnel auquel les personnes qui franchissent la frontière sont soumises. L'expression « contrôle aux frontières » est également utilisée en cas de réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures Schengen autorisés par le CFS³².

³² Art. 25 ss CFS

La LEI et ses dispositions d'exécution, par contre, emploient aujourd'hui uniquement les notions de « contrôle à la frontière » et de « contrôle des personnes ». L'expression « vérifications aux frontières », qui est utilisée dans le CFS, n'apparaît pas dans la LEI, laquelle renvoie à plusieurs reprises au « franchissement de la frontière » (ou au « passage de la frontière »), celle-ci n'étant pas forcément la frontière extérieure³³. Les notions de « contrôle à la frontière » et de « contrôle des personnes » utilisées dans le droit suisse ne renvoient pas à la distinction qu'opère le CFS, mais sont souvent synonymes ; parfois, le titre emploie l'une des expressions tandis que le texte normatif utilise l'autre ; parfois, un alinéa utilise les deux sans distinction apparente³⁴.

Au regard des définitions du CFS, l'avant-projet propose de remplacer les expressions « contrôle des personnes » ou « contrôle à la frontière » par « vérifications aux frontières » lorsque le droit national renvoie au franchissement de la frontière extérieure Schengen. Cette terminologie devra également être revue au niveau de l'ordonnance (par ex., art. 31 OEV).

Enfin, il sera désormais question, dans la LEI, de « contrôles aux frontières intérieures Schengen de la Suisse en vertu du CFS » dans le cadre de la réintroduction temporaire de contrôles au sens de l'art. 25 ss CFS. « Frontière » sera le terme générique pour « frontières extérieures Schengen de la Suisse » et « frontières intérieures Schengen de la Suisse ».

Ces modifications rédactionnelles concernent en outre les dispositions suivantes de la LEI :

- art. 9
- art. 65
- art. 95
- art. 95a
- art. 100a
- art. 102b
- art. 103
- art. 103b
- art. 103c
- art. 103g
- art. 104
- art. 104a
- art. 104b
- art. 108e
- art. 109a
- art. 111c

Al. 2^{bis}

Intitulé « Frontières extérieures Schengen », l'art. 29 OEV dispose que le SEM fixe, après entente avec l'AFD, les autorités fédérales et cantonales compétentes en matière de contrôles aux frontières et l'Office fédéral de l'aviation civile, les frontières extérieures Schengen en Suisse.

Vu qu'il n'existe pas de base légale pour cette disposition de l'OEV, il est prévu d'élever cette norme au niveau de la loi. En conséquence, l'art. 29, al. 1, OEV sera abrogé lors de l'entrée en vigueur du nouvel al. 2^{bis} de l'art. 7 LEI. Si le contenu de cette disposition reste inchangé, il convient cependant de remplacer l'expression « autorités fédérales et cantonales habilitées à effectuer les vérifications sur les personnes » par « autorités fédérales et cantonales compétentes en matière de vérifications aux frontières ».

³³ À l'art. 5, al. 1, let. a, LEI, le « passage de la frontière » renvoie à l'entrée en Suisse à partir d'un État Schengen ou (par voie aérienne) à partir d'un État tiers.

³⁴ Cf. Art. 7 et 9 LEI, art. 36, al. 1, OEV et art. 104a, al. 3, LEI

La détermination des frontières extérieures (désignation des points de passage frontaliers où il est possible de franchir les frontières extérieures Schengen de la Suisse) s'effectue au moyen d'une décision de portée générale. Ainsi, la procédure et la protection juridique seront assujetties aux dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)³⁵, qui sont applicables, de manière générale, aux décisions.

Al. 2^{ter}

Pour une meilleure clarté, la disposition selon laquelle l'autorité compétente en matière de vérifications aux frontières rend une décision de renvoi selon l'art. 64 lorsque l'entrée en Suisse est refusée est transférée de l'al. 2^{bis} au nouvel al. 2^{ter}. Elle est inchangée sur le plan matériel.

Al. 3

Les termes sont harmonisés avec ceux du CFS (voir de même al. 2). Cette mise en concordance n'entraîne pas de modifications matérielles.

Art. 9

Titre

Il ressort de l'art. 1 LEI que cette loi règle, entre autres, les contrôles de personnes lors de l'entrée en Suisse et de la sortie de Suisse. Aussi l'art. 9 porte-t-il uniquement sur les contrôles de personnes liés au droit des étrangers. Afin de le préciser, il est proposé d'intituler l'art. 9 « Compétence en matière de contrôle des personnes ».

Al. 1

Cet alinéa ne subit aucun changement matériel mais doit mieux restituer la pratique actuelle. Les vérifications aux frontières extérieures Schengen (aéroports) sont effectuées par les cantons selon les modalités définies par la Confédération, plus précisément le DFJP (art. 7, al. 2, LEI et art. 31, al. 1, OEV). Sont réservées les conventions qui prévoient des contrôles de personnes par l'AFD (al. 2).

Al. 1^{bis}

Pour de raisons de clarté, il est judicieux de réglementer au niveau de la loi les contrôles aux frontières intérieures Schengen de la Suisse effectués conformément au CFS. Dans le droit en vigueur, il est déjà prévu qu'en cas de réintroduction des contrôles aux frontières intérieures Schengen, ceux-ci sont exécutés par l'AFD en accord avec les cantons frontaliers (art. 30, al. 3, OEV). Cette compétence découle de considérations pratiques : en raison de ses tâches permanentes en matière de contrôle de marchandises régi par le droit douanier, l'AFD dispose un dispositif de contrôle et peut être mobilisée sans délai en cas de réintroduction subite des contrôles à la frontière intérieure Schengen. Qui plus est, certains cantons frontaliers ne disposent pas de moyens propres à leur permettre d'exécuter immédiatement des activités de contrôle.

Al. 2

Selon l'actuel al. 2, la Confédération règle en accord avec les cantons frontaliers le contrôle des personnes par la Confédération dans la zone frontalière. Ces contrôles relèvent au premier chef de la compétence des cantons ainsi que de l'AFD en vertu de l'art. 96 s. LD. Vu que la délimitation des tâches découle de la loi sur les douanes (tâches de sécurité de l'AFD

³⁵ RS 172.021

dans l'espace frontalier au titre de l'art. 96 LD ; transfert de tâches policières cantonales à l'AFD au titre de l'art. 97 LD), il est proposé de supprimer l'al. 2.

Art. 65

Titre

Les termes sont harmonisés avec ceux du CFS (voir de même l'al. 2). Cette mise en concordance n'entraîne pas de modifications matérielles.

Substitution du terme « aéroport » par l'expression « aéroport constituant une frontière extérieure Schengen »

Le droit Schengen³⁶ ne connaît que deux catégories de frontières aériennes extérieures, à savoir les « aéroports internationaux » (all. « internationale Flughäfen », ital. « aeroporti internazionali ») et les « aéroports » (all. « Landeplätze », ital. « aerodromi »). La pratique actuelle de la Suisse répartit quant à elle les frontières aériennes extérieures en quatre sous-catégories (A, B, C et D), conformément à la pratique douanière. Cette subdivision n'apportant aucune plus-value sous l'angle du droit des étrangers, il est proposé de l'abandonner. La distinction entre les aéroports et les aéroports internationaux et les aéroports repose sur la taille de l'infrastructure, le nombre de liaisons aériennes et la régularité des liaisons internationales (vols de ligne et vols charters, en particulier). Elle s'exprime par exemple à travers le fait que les flux de passagers Schengen et non-Schengen sont cloisonnés dans les aéroports internationaux, tandis que la séparation est purement organisationnelle dans les aéroports. En outre, les autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières ne doivent pas être présentes en permanence dans les aéroports si elles peuvent à coup sûr se rendre à temps sur place en cas de besoin.

Désormais, les aéroports et les aéroports internationaux formant une frontière extérieure Schengen seront appelés « aéroports constituant une frontière extérieure Schengen ». Les aéroports qui n'ont pas de frontière extérieure Schengen seront appelés « aéroports intérieurs Schengen ».

Al. 1

Les adaptations rédactionnelles au CFS (cf. art. 7, al. 2) et l'introduction de l'expression « aéroport constituant une frontière extérieure Schengen » n'entraînent aucune modification matérielle.

Al. 2

Le libellé est aligné sur celui du CFS (« vérifications aux frontières » ; cf. le commentaire relatif à l'art. 7, al. 2). Cette mise en concordance n'entraîne pas de modifications matérielles.

Al. 3

Périmètre réservé aux personnes renvoyées

Si l'entrée en Suisse est refusée à un étranger, l'autorité chargée des vérifications aux frontières rend, au nom du SEM, une décision motivée et sujette à recours dans un délai de 48 heures (cf. al. 2) et assigne la personne concernée à demeurer dans un local de la zone internationale de transit jusqu'à son départ. Comme les aéroports qui constituent une frontière extérieure Schengen ne disposent pas forcément d'une telle zone, il sera désormais également possible d'assigner à l'étranger un périmètre défini de l'aéroport. Ainsi, les aéroports qui constituent une frontière extérieure Schengen mais ne possèdent pas de zone internationale de transit pourront s'appuyer sur une réglementation pour maintenir sur place

³⁶ Annexe VI, ch. 2, CFS

la personne concernée, qu'il ne sera donc pas nécessaire de transporter vers un aéroport international doté d'une zone de transit (ce qui reviendrait *de facto* à une entrée en Suisse).

Art. 73, al. 1, let. c, et 2

Le complément proposé s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Abate³⁷ (cf. ch. 1.1.4 et 2.1.3 et les commentaires relatifs à l'art. 82, al. 3). Lors de la mise en service du centre de départ du canton du Tessin, à Rancate, s'était posée la question de savoir sur quelle base légale s'appuyer pour justifier l'hébergement temporaire d'étrangers dans ce centre en vue de leur remise aux autorités italiennes. Pour cette raison, l'art. 73 est maintenant complété afin de créer une base légale claire en la matière. Il est désormais prévu que, dans un tel cas, les autorités ordonnent une rétention. À la suite de cette modification de loi, les prescriptions concernant la durée maximale de rétention jusqu'à la remise de la personne à l'autorité étrangère compétente et la possibilité de demander que l'autorité judiciaire contrôle la légalité de la rétention seront également valables pour les rétentions dans les centres de départ.

Art. 82, al. 3

Le complément proposé s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Abate³⁸ (cf. ch. 1.1.4 et 2.1.3 ainsi que les explications relatives à l'art. 73, al. 1, let. c). On considère que l'on a affaire à « un nombre extraordinairement élevé d'entrées illégales en Suisse » au sens de l'art. 82, al. 3, let. b, LEI, lorsqu'une partie importante des personnes qui ont franchi illégalement la frontière suisse et ont été renvoyées sans décision formelle ne peuvent pas être directement remises aux autorités d'un État voisin pendant une période prolongée (malgré des mesures organisationnelles et une augmentation des effectifs de l'AFD ou des cantons) sans devoir être logées provisoirement dans un centre d'hébergement cantonal (centre de départ). La participation financière temporaire de la Confédération peut se prolonger jusqu'à ce que la situation se soit normalisée. Une situation extraordinaire s'est par exemple produite à la frontière sud durant les mois de pointe de 2016 et 2017. Le Conseil fédéral précisera, au niveau de l'ordonnance, à quelles conditions la Confédération participera aux frais d'exploitation. Pour ce faire, il tiendra compte de la charge importante qui pèse sur les cantons frontaliers dans des circonstances extraordinaires. La participation financière aux frais d'exploitation est uniquement consentie pendant une période limitée. De plus, il s'agit d'une disposition potestative, ce qui signifie que la Confédération peut renoncer à participer aux frais d'exploitation – bien que toutes les conditions soient remplies – mais soutenir le canton concerné d'une autre manière, par exemple en renforçant la présence sur place de l'AFD.

La Confédération participera aux frais d'exploitation supportés par les cantons sous la forme d'indemnités forfaitaires accordées au cas par cas, par analogie avec le forfait journalier versé pour l'exécution de la détention conformément à l'art. 82, al. 2, LEI en relation avec l'art. 15 de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)³⁹. Ce procédé, qui a montré son efficacité durant ces dernières années dans le domaine de la détention administrative, garantit que la Confédération n'aura à participer aux coûts d'exploitation que si le centre est effectivement utilisé pour héberger des étrangers qui seront remis à un État voisin après avoir franchi illégalement la frontière. Par conséquent, la Confédération ne versera aucune contribution aux frais d'exploitation lorsqu'un centre de départ n'est pas utilisé pendant une période contractuellement fixée. Autre avantage du régime des forfaits versés au cas par cas : le SEM est ainsi mieux informé de l'occupation effective d'un centre de départ. Le montant maximal du forfait sera fixé au niveau de l'ordonnance. Il sera fixé contractuellement en fonction des coûts d'hébergement et

³⁷ 17.3857 Mo. Abate. Aide financière aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière suisse

³⁸ 17.3857 Mo. Abate. Aide financière aux cantons qui gèrent des centres de départ à la frontière suisse

³⁹ RS 142.281

d'encadrement occasionnés par un étranger dans le centre concerné jusqu'à sa remise aux autorités d'un État voisin. Il sera inférieur à l'actuel forfait de détention (200 francs par jour), ce qui se justifie dans la mesure où le dispositif sécuritaire est moins grand dans un centre de départ que dans un établissement de détention administrative. De surcroît, la rétention près de la frontière concernera presque exclusivement des personnes relevant du domaine des étrangers. Vu que la mise en place et l'exploitation d'un centre de départ dans un canton frontalier au moment où l'on enregistre un nombre extraordinairement élevé d'entrées illégales sont également dans l'intérêt des autres cantons, qui profitent d'une remise rapide des personnes à la frontière, il est à espérer que ces derniers apportent également un soutien (financier).

Art. 92, titre

La section 2 du chapitre 12 de la LEI traite, de manière générale, des obligations des entreprises de transport. Comme l'art. 92 porte exclusivement sur les entreprises de transport aérien, il s'intitulera désormais « Devoir de diligence des entreprises de transport aérien ». Ce changement de libellé n'entraîne aucune modification matérielle.

Art. 95

La terminologie est harmonisée avec celle du CFS. Ce changement n'entraîne aucune modification matérielle.

Titre précédant l'art. 95a

Dans le titre de la section 3 du chapitre 12, l'expression « *gestionnaires* des aéroports » est remplacée par « *exploitants* d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen », afin d'aligner la terminologie de la LEI sur celle de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA)⁴⁰. En outre, la LEI utilisera désormais le terme générique « aérodrome » en lieu et place d'« aéroport ». Ces mises en concordance n'entraînent aucune modification matérielle.

La LA utilise le terme générique « aérodrome », lequel englobe les aéroports (aérodromes ouverts à l'aviation publique et donc soumis à concession) et les champs d'aviation (aérodromes non ouverts à l'aviation publique et donc non soumis à concession).

Dans le droit des étrangers, le terme générique « aérodrome » sera aligné sur la terminologie Schengen et servira dès lors de terme générique recouvrant les « aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen » et les « aérodromes constituant une frontière intérieure Schengen en Suisse ».

L'expression « aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen » inclut les « aéroports internationaux ». Ces derniers sont soumis à des obligations particulières (cf. art. 95a, al. 2). En Suisse, les aéroports internationaux constituent toujours une frontière extérieure Schengen ; inversement, une frontière extérieure ne se situe pas forcément dans un aéroport international, car le SEM peut autoriser l'ouverture temporaire d'une frontière extérieure Schengen ailleurs que dans un aéroport.

Art. 95a

Al. 1

Obligations des exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen

Afin d'assurer le bon déroulement des vérifications aux frontières, les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen devront mettre gratuitement à disposition des autorités compétentes les locaux nécessaires à cette fin. Actuellement, les

⁴⁰ RS 748.0

exploitants facturent ces locaux. En outre, les exploitants d'aérodromes pourront être tenus d'appliquer des mesures de construction et d'aménager leurs processus d'exploitation dans la mesure et aussi longtemps que cela est nécessaire à une exécution ordonnée et efficace des vérifications aux frontières.

Al. 2

Obligations supplémentaires pour les exploitants d'aéroports internationaux

Let. a et b

Les exploitants d'aéroports internationaux doivent non seulement répondre aux exigences visées aux al. 1 et 3, mais aussi mettre à disposition les structures qui permettent à l'entreprise de transport aérien responsable (art. 93 LEI) d'encadrer les étrangers qui n'ont pas été autorisés à entrer en Suisse ou à poursuivre leur voyage. Vu que la personne renvoyée peut être autorisée à rester pendant quinze jours au plus dans la zone internationale de transit des aéroports en vue de préparer son départ (art. 65, al. 3, LEI), les exploitants d'aéroports internationaux seront légalement tenus de créer une telle zone de transit. Ces zones existent déjà. L'inscription de l'obligation dans la loi vise toutefois à énumérer de manière exhaustive les obligations des exploitants d'aérodromes.

Let. c

À la demande du SEM, les exploitants d'aéroports internationaux doivent mettre à disposition des logements économiques pour les personnes qui déposent une demande d'asile à l'aéroport. En Suisse, seuls les aéroports de Genève et de Zurich sont aujourd'hui dotés de telles structures d'hébergement. Comme jusqu'à maintenant, la construction de logements ne sera exigée que là où cela est judicieux. Cette structure doit pouvoir être durablement exploitée. L'obligation d'exploiter une telle infrastructure découle déjà de l'art. 22, al. 3, LAsi, mais sera maintenant aussi inscrite de manière explicite dans le droit des étrangers relatif à l'octroi du statut d'aéroport international.

Al. 3

Cette disposition vise à garantir la prise en compte non seulement des besoins des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières mais aussi du statut d'aérodrome constituant une frontière extérieure Schengen. Les mesures de construction et les changements d'affectation envisagés par les exploitants d'aéroports ainsi que l'aménagement des processus d'exploitation qui concernent la procédure de vérification aux frontières devront désormais être préalablement soumis aux autorités compétentes. Une disposition analogue se trouve dans le droit douanier, lequel exige que de tels projets soient approuvés par les autorités douanières (art. 139 OD). La procédure d'approbation des plans prévue par le droit aérien est réservée.

Mesures à l'encontre des exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen qui ne remplissent pas leurs obligations

Al. 4

Lorsque les autorités estiment que l'exploitant d'un aérodrome ne remplit pas les obligations visées aux al. 1 à 3 ou qu'il ne les remplit que partiellement, le SEM doit pouvoir ordonner, par voie de décision, à l'exploitant d'aménager les processus d'exploitation ou d'appliquer des mesures de construction afin d'assurer le bon déroulement des vérifications aux frontières ; il doit également pouvoir définir la taille des locaux qui doivent être mis gratuitement à disposition (al. 1). Il pourra également obliger cet exploitant à remplir les obligations visées à l'al. 2. Moyennant une décision susceptible de recours, il fixera un délai pour remédier aux manquements constatés et indiquera les conséquences de l'inobservation des obligations (art. 122d AP-LEI). Ces mesures seront soit ordonnées par le SEM à la demande des autori-

tés compétentes en matière de vérifications aux frontières, soit à l'initiative du SEM lui-même (al. 2, let. c).

Al. 5

Délégation au Conseil fédéral

Une norme de délégation doit être créée pour permettre au Conseil fédéral de préciser les exigences visées aux al. 1 à 3.

Art. 100a, 102b, 103, 103b, 103g, 104, 104a, 104b, 108e, 109a et 111c

Les termes sont harmonisés avec ceux du CFS (cf. art. 7, al. 2). Ces changements n'entraînent aucune modification matérielle.

Titre précédant l'art. 103

Dans le titre de la section 2 du chapitre 14, le terme « aéroport » est remplacé par « aérodromes » (au pluriel) afin d'aligner la terminologie de la LEI sur celle du CFS. Ce changement n'entraîne aucune modification matérielle.

Art. 103c, al. 2, let. a

Cette disposition a été créée dans le cadre d'un développement de Schengen (reprise des bases juridiques en vue de la création et de l'utilisation du système d'entrée et de sortie [EES] ; 18.087) ; elle doit être retouchée. En Suisse, les vérifications aux frontières sont uniquement effectuées aux frontières extérieures Schengen dans les aéroports ; sur le reste du territoire, on procède seulement à des contrôles de personnes. Les consultations en ligne effectuées lors des contrôles de personnes (vérifications aux frontières non comprises) étant assujetties à l'art. 103c, al. 2, let. c, l'expression « et sur le territoire suisse » peut être supprimée.

Par ailleurs, la terminologie de la LEI est alignée sur celle du CFS (voir de même art. 7, al. 2).

Art. 109a, al. 2, let. c

En Suisse, les vérifications aux frontières sont uniquement effectuées aux frontières extérieures Schengen dans les aéroports ; sur le reste du territoire, on procède seulement à des contrôles de personnes (cf. art. 103c, al. 2, let. a). Les consultations en ligne effectuées lors des contrôles de personnes (vérifications aux frontières non comprises) étant assujetties à l'art. 109a, al. 2, let. c, l'expression « et sur le territoire suisse » peut être supprimée.

Par ailleurs, la terminologie de la LEI est alignée sur celle du CFS (voir de même art. 7, al. 2).

Art. 116

Titre

Le titre contient désormais l'expression « trafic de migrants ». Selon la définition fournie par le protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (cf. ch. 1.2.3.1), cette notion courante ne couvre toutefois que les activités liées au franchissement de la frontière. Le nouveau libellé du titre « Trafic de migrants et autres formes d'incitation à l'entrée, à la sortie ou au séjour illégaux et à l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation » en tient compte. L'ajout de l'expression « trafic de migrants » permet notamment d'améliorer la visibilité et l'effet préventif de cette disposition. Par analogie avec l'art. 115, le titre de l'art. 116 mentionnera désormais aussi l'incitation à l'exercice d'une activité lucrative sans autorisation (al. 1, let. b).

Art. 122d

Al. 1

L'avant-projet de loi prévoit que l'exploitant d'un aéroport constituant une frontière extérieure Schengen doit, d'une part, assurer les processus d'exploitation indispensables au bon déroulement des vérifications aux frontières et, d'autre part, appliquer des mesures de construction et mettre gratuitement à disposition les locaux nécessaires à cette fin (art. 95a, al. 1). Lorsque le SEM estime que l'exploitant de l'aéroport ne remplit pas ses obligations ou qu'il ne les remplit que partiellement, il peut ordonner, par voie de décision, que les mesures requises soient prises (art. 95, al. 4, AP-LEI). Dans sa décision, le SEM fixe le délai dans lequel l'exploitant de l'aéroport doit remédier aux manquements constatés. Dans l'éventualité que celui-ci n'obtempère pas ou ne se conforme qu'insuffisamment à l'injonction qui lui a été faite, le SEM peut prévoir, dans la même décision, une astreinte pouvant aller jusqu'à 50 000 francs par jour (18,25 millions de francs par an), censée amener l'exploitant défaillant à prendre la mesure requise. Comme les obligations auxquelles l'exploitant d'un aéroport est astreint de par la loi ne peuvent pas être exécutées par les autorités ou un tiers, une exécution par substitution n'est pas envisageable. Par ailleurs, un retrait de la concession serait disproportionné. Par conséquent, l'astreinte constitue un moyen approprié et nécessaire pour amener l'exploitant défaillant à prendre la mesure ordonnée par l'autorité compétente. L'intérêt public à ce que les vérifications soient efficaces et efficaces aux frontières justifie cette procédure.

Al. 2

L'astreinte est annulée dès lors que le SEM estime que l'exploitant de l'aéroport a adopté le comportement requis. Le SEM lui communique cette annulation par voie de décision (art. 5, al. 1, PA).

Al. 3

Le montant de l'astreinte est fixé en tenant notamment compte de la taille économique de l'aéroport. De cette façon, la mesure est proportionnée à l'objectif visé et les aéroports sont mis sur un pied d'égalité au regard de la sanction.

3.2 Dispositions de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile

Dans la LEI, le terme « aéroport » doit être remplacé par celui d'« aéroport ». Dans la LA-si, « aéroport » apparaît 20 fois (sans tenir compte des dispositions transitoires). Il n'est toutefois pas prévu de procéder à la substitution des termes dans la LAsi, car cette mesure aurait d'importantes conséquences sur le plan factuel (remplacement de l'expression « procédure à l'aéroport » par « procédure à l'aéroport », par ex.). Vu que dans la LAsi la désignation « aéroport » sert simplement à délimiter un espace géographique (sur lequel est exploité un aéroport), une modification de la terminologie ne se justifie pas. Qui plus est, en Suisse, les procédures d'asile à l'aéroport sont uniquement réalisées dans les « aéroports internationaux ».

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération en matière de finances et de personnel

L'avant-projet n'a pas de conséquences en matière de personnel pour la Confédération.

La Confédération aura à supporter à long terme des coûts supplémentaires vu qu'elle pourra être amenée à participer aux frais d'exploitation des centres cantonaux de départ. Le montant de ces coûts est difficile à évaluer. Selon les prévisions actuelles, il est peu probable qu'un nouveau centre de départ soit ouvert dans un proche avenir dans un canton frontalier, en plus de celui exploité au Tessin. En 2017, la Confédération (DFJP et AFD) a versé en tout, sur la base de la convention susmentionnée, 900 000 francs à titre de participation aux frais d'exploitation du centre de départ de Rancate (cf. ch. 2.1.3). Cette même année, 5926 personnes ont été hébergées dans ce centre. Pour 2018 et l'année en cours, la participation minimale fixée contractuellement s'élève à 240 000 francs ; elle cessera fin 2019.

À l'avenir, la participation de la Confédération aux frais d'exploitation d'un centre de départ dépendra de divers facteurs, notamment de la survenance d'une situation extraordinaire dans la zone frontalière. Qui plus est, cette participation financière sera définie par une disposition potestative, ce qui signifie que la Confédération pourra s'abstenir d'accorder un soutien financier au canton même si toutes les conditions de participation sont remplies, pour autant qu'elle soit en mesure d'épauler le canton d'une autre manière, par exemple en renforçant le dispositif de l'AFD sur place. Le montant du forfait journalier maximal versé à titre de participation aux frais d'exploitation sera fixé au niveau de l'ordonnance ; il sera inférieur au forfait alloué pour les détentions conformément à l'art. 15 OERE (cf. les commentaires relatifs à l'art. 82, al. 2, LEI).

Concernant les conséquences financières des art. 7, al. 1, et 95a, al. 1, AP-LEI pour l'AFD lorsqu'elle effectue des vérifications aux frontières pour compte des cantons en leur qualité d'autorités chargées desdites vérifications, se référer au ch. 4.2.

Le SEM prélève l'astreinte, qui est nouvellement introduite à l'art. 122d, al. 1, AP-LEI, en faveur de caisse générale de la Confédération.

4.2 Conséquences pour les cantons en matière de finances et de personnel

L'art. 7 AP-LEI entraîne une augmentation des recettes des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières, car les charges qui leur incombent dans l'exercice de leur mission pourront désormais être facturées au responsable. Ces recettes supplémentaires sont difficiles à estimer, vu que les coûts à imputer (réglementation au niveau de l'ordonnance) ne peuvent être chiffrés pour l'heure. En outre, il y a tout lieu de penser qu'à la suite de l'introduction de la nouvelle catégorisation des aéroports et du renforcement de l'actuel régime d'exception, plusieurs aéroports qui, sur la base d'autorisations accordées au cas par cas, accueillent aujourd'hui régulièrement des vols en provenance de pays hors Schengen ou en affrètement à destination de ces pays⁴¹ seront à l'avenir classifiés comme aéroports constituant une frontière extérieure Schengen.

⁴¹ En 2018, 693 vols en partance vers un pays tiers ou en provenance d'un pays tiers (c.-à-d. hors Schengen) ont été autorisés dans les aéroports non dotés d'une frontière extérieure (Buochs : 290 ; Dübendorf : 91 ; Emmen : 38 ; Mollis : 27 ; Payerne : 34 ; Saanen : 190 ; St. Stephan : 24).

En vertu de l'art. 95a AP-LEI, les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen devront mettre gratuitement à disposition les locaux nécessaires à la réalisation des vérifications aux frontières, ce qui réduira les coûts supportés par les cantons frontaliers. Enfin, si la Confédération participe aux coûts d'exploitation des centres de départ cantonaux (disposition potestative, cf. ch. 4.1), les dépenses des cantons frontaliers seront réduites d'autant.

4.3 Conséquences pour l'économie, la société et l'environnement

La mise en œuvre des mesures du plan d'action et la participation financière à l'exploitation des hébergements cantonaux destinés à garantir les renvois d'étrangers vont renforcer la sécurité en Suisse, ce qui est dans l'intérêt de tout le pays.

4.4 Autres conséquences

4.4.1 Aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen

Les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen auront à supporter de nouveaux coûts en cas d'adoption du projet de loi : ils devront alors mettre gratuitement à disposition de l'autorité compétente en matière de vérifications aux frontières les locaux nécessaires à la réalisation des vérifications aux frontières. En fait, ils supportent déjà la majeure partie de ces coûts, sans être liés par une quelconque base légale. Les coûts supplémentaires à la charge des exploitants concerneront avant tout les bureaux, dont l'utilisation est aujourd'hui en partie facturée aux autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières. En outre, les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen pourront être tenus d'appliquer des mesures de construction en faveur des autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières ; ils devront également aménager leurs processus d'exploitation en fonction des besoins de ces dernières.

Désormais, l'exploitant d'un aérodrome constituant une frontière extérieure Schengen pourra se voir infliger une astreinte jusqu'à 50 000 francs par jour s'il ne respecte pas les prescriptions légales et administratives concernant, d'une part, les processus d'exploitation qui permettent le bon déroulement des vérifications aux frontières et, d'autre part, les mesures de construction et les locaux qui doivent être mis gratuitement à disposition (art. 95a, al. 4, AP-LEI en relation avec l'art. 122d AP-LEI).

4.4.2 Aéroports internationaux

Les exploitants d'aéroports internationaux doivent également mettre à la disposition du SEM (cf. ch. 4.4.1, vu que tout aéroport international constitue une frontière extérieure Schengen) des logements économiques pour les personnes qui déposent une demande d'asile à l'aéroport et exploiter une zone internationale de transit. Désormais, cette obligation sera inscrite dans la LEI. Elle n'engendrera aucun frais supplémentaire vu qu'elle existe déjà (art. 22, al. 3, LAsi).

4.4.3 Communes, centres urbains, agglomérations et régions de montagne

L'avant-projet n'entraîne aucune conséquence spécifique pour les communes, les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

L'avant-projet de modification de la LEI s'appuie sur l'art. 121, al. 1, Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour des étrangers) et sur l'art. 123, al. 1, Cst. (compétence législative de la Confédération en matière de droit pénal et de procédure pénale). Il est conforme à la Constitution fédérale.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les modifications proposées de la LEI sont conformes aux obligations internationales de la Suisse.

Diverses modifications, notamment des adaptations rédactionnelles de la LEI au CFS, sont conformes au droit européen. En particulier, les dispositions relatives aux frontières sont compatibles avec la création et l'utilisation de l'EES de l'UE (règlements [UE] 2017/2226 et [UE] 2017/2225 ; développement de l'acquis de Schengen) ainsi qu'avec la création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages de l'UE (règlement [UE] 2018/1240 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages).

5.3 Frein aux dépenses

L'avant-projet n'est pas assujéti au frein aux dépenses visé à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., vu qu'il ne contient aucune disposition relative aux subventions et qu'il n'entraîne pas la création d'un crédit d'engagement ou d'un plafond de dépenses.

5.4 Délégation de compétences législatives

L'avant-projet délègue au Conseil fédéral la définition des modalités des obligations auxquelles sont soumis les exploitants d'aérodromes constituant une frontière extérieure Schengen et les autorités compétentes en matière de vérifications aux frontières (art. 95a, al. 5, AP-LEI). La compétence du Conseil fédéral pour réglementer les vérifications aux frontières découle du droit en vigueur (art. 7, al. 2, LEI). Ces délégations sont nécessaires, notamment afin de pouvoir répondre à l'évolution rapide des besoins dans les domaines du transport aérien et du trafic frontalier.