



Position de la Fédération Suisse des Avocats relative à la reprise de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Développement de l'acquis Schengen)

1. Développement de l'acquis Schengen

Le Parlement européen et le Conseil ont adopté, le 16 septembre 2008, la Directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

En application des accords de Schengen, la Suisse a échangé une note avec la Communauté européenne le 30 janvier 2009, par laquelle, sous réserve de l'accomplissement des exigences constitutionnelles, elle a accepté le contenu de cette Directive et s'est engagée à la transposer dans son ordre juridique interne.

Cette Directive a ainsi donné lieu à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier qui est soumis à l'examen de la Commission.

2. Modifications des lois fédérales sur les étrangers (LEtr) et sur l'asile (LAsi)

La Directive contient plusieurs dispositions concrètes directement applicables. D'autres dispositions nécessitent toutefois d'être transposées dans le droit national, si bien que, pour des raisons de sécurité du droit, le législateur a opté pour une transposition de l'ensemble de la Directive dans notre droit interne. Etant précisé qu'en application de l'art. 4 par 3 Directive (Dispositions plus favorables), une partie de celle-ci n'a pas nécessité de modifications, ou seulement des adaptations mineures.

Alors que la Directive vise seulement les ressortissants d'Etats tiers à l'UE, la LEtr et la LAsi n'opèrent pas une telle distinction en matière de renvoi et de mesures d'éloignement. Les mesures de contrainte sont toutefois subsidiaires par rapport à l'Accord sur la libre-circulation des personnes. Les ressortissants de l'UE ou de

l'AELE et les membres de leur famille ne peuvent toutefois pas se fonder sur cet Accord pour faire valoir un droit de séjour, en particulier s'ils font l'objet d'une interdiction d'entrée. Le cas échéant, des mesures spécifiques peuvent être ordonnées.

3. Modifications importantes

Les modifications les plus importantes concernent la LEtr, qui a dû être adaptée dans le domaine du renvoi, des mesures d'éloignement, de l'*exclusion* et des mesures de contraintes. La LAsi n'est que très peu modifiée. Ainsi :

- le renvoi sans décision formelle (art. 64 LEtr) n'est plus possible qu'à des conditions restrictives, et se trouve remplacé par une procédure de renvoi qui doit d'ordinaire se fonder sur une décision (art. 64 al. 1 LEtr *nouveau*), parfois en utilisant *un formulaire type* (art. 64 b et 64c al. 2 LEtr *nouveaux*), à moins qu'une décision n'ait été déjà rendue contre la personne concernée dans un autre Etat de Schengen (art. 64c al. 1 LEtr *nouveau*) ;
- l'interdiction d'entrée (art. 67 LEtr) doit être adaptée :
 - en fixant une *durée maximale de cinq ans* (jusqu'ici : « limitée dans le temps »), durée qui peut être *plus longue* (jusqu'ici : « illimitée ») lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (art. 67 al. 3 *nouveau*) ; en revanche, Fedpol peut prononcer une interdiction d'entrée *pour une durée supérieure à cinq ans, et, dans des cas graves, pour une durée illimitée* (art. 67 al. 4 2^{ème} phrase LEtr *nouveau*) ;
 - en ajoutant une possibilité pour l'autorité de suspendre définitivement une telle décision pour des raisons humanitaires (art. 67 al. 5 *nouveau*) ;
- la durée de *détention* (art. 79 LEtr) :
 - ne peut être prolongée que lorsque la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente, ou si l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'autres Etats non signataires de l'accord d'association à Schengen prend du retard (art. 79 let a et b LEtr *nouveau*) ;
 - la durée maximale de *détention* doit être réduite de 24 (art. 79 LEtr actuel) à 18 mois pour les personnes majeures (ce qui correspond à l'art. 76

- al. 1 et 2 ch. 1 à 4 actuel) ; la durée maximale reste de 12 mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans (art. 79 LEtr *nouveau*) ;
- la durée de 20 jours prévue à l'art. 76 al. 1 let. b ch. 5 doit désormais être comptabilisée dans la durée de *détention* maximale visée à l'art. 79 LEtr (Art. 76 al. 2 LEtr *nouveau*) ;
 - l'aménagement de l'exécution du renvoi ou de *l'expulsion* prend désormais en compte :
 - des besoins des personnes à protéger, des mineurs et des familles dans le cadre de leur détention (art. 81 al. 3 LEtr *nouveau*) ;
 - des circonstances particulières, comme la situation familiale ou de la durée du séjour (délai de départ prolongé : art. 64d al. 1 LEtr et art. 45 al. 2 LAsi *nouveaux*), ou des problèmes de santé et l'absence de moyens de transport (art. 69 al. 3 LEtr *nouveau*) ;
 - les intérêts de l'étranger mineur non accompagné : désignation d'un représentant (art. 64 al. 4 LEtr *nouveau*), accueil dans l'Etat de retour (art. 69 al. 4 *nouveau*) ;

et se trouve modifié en ce que :

- les étrangers en *détention* *ne doivent pas* être regroupés avec les personnes en détention préventive ou purgeant une peine (act. : « il faut éviter ») (art. 81 al. 2 LEtr *nouveau*)
- le délai de départ doit être de sept à trente jours (art. 64d al. 1 LEtr *nouveau*), mais peut être inférieur à sept jours dans certaines circonstances (art. 64d al. 2 LEtr *nouveau*) ;
- la décision de renvoi doit être traduite sur demande de l'intéressé (art. 64f al. 1 LEtr *nouveau*) et une feuille d'informations lui est remise (art. 64f al. 1 LEtr et art. 45 al. 2 LAsi *nouveaux*) ;
- les conditions pour décider l'assignation à résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée sont plus sévères, puisque désormais l'étranger visé doit être « frappé d'une décision exécutoire de renvoi ou d'*expulsion* et des éléments concrets font craindre qu'il ne quittera pas

la Suisse dans le délai prescrit ou il n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire » (art. 74 al. 1 let.b LEtr nouveau).

4. Remarques et propositions de la commission FSA

En premier lieu, il nous apparaît que cet arrêté fédéral et les modifications légales proposées posent des problèmes de terminologie que doivent impérativement être résolus, sous peine d'entraîner des confusions avec d'autres textes légaux suisses voire avec la directive européenne 2008/115/CE elle-même.

- 4.1 Ainsi le terme « *expulsion* » ne paraît pas adéquat car il est principalement prévu par le code pénal et les procédures pénales, soit dans des procédures judiciaires. Le terme « *refoulement* », d'ailleurs prévu par l'article 25 Cst féd, est assurément plus approprié.
- 4.2 Le terme « *détention* » est aussi prévu par les lois pénales et n'est pas adéquat dans ce contexte. La directive européenne utilise à bon escient le terme « *rétenion* ». Cette distinction n'est pas sémantique dès lors que la directive impose aux Etats de ne pas mêler les détenus de droit commun avec les personnes retenues en vue de leur refoulement.

En second lieu, nous proposons les modifications législatives suivantes :

Ad art. 64 al 4 Letr :

La désignation « *d'une personne de confiance* » pour représenter les intérêts d'un mineur étranger non accompagné, dans le cadre de la procédure de renvoi, est à notre sens trop vague et ne permet pas une protection suffisante des intérêts de l'intéressé.

Une procédure de renvoi nécessite des connaissances juridiques spécialisées et il nous apparaît qu'il convient d'être plus précis sur les qualifications du représentant. Une solution pourrait consister à désigner une personne au sein du tribunal de la jeunesse.

Ad art 64d al 2 litt a :

Ajouter le terme « *grave* » après « *constitue une menace* » par symétrie et cohérence avec l'article 67 .

Ad art 64d al 2 litt b :

Ajouter le terme « *fortement* » avant « *craindre* », de simples craintes ne devant pas être considérées comme suffisantes pour fonder une mesure aussi restrictive.

Ad art. 67 al. 2 litt. B :

Il nous paraît choquant que le fait d'avoir occasionné des coûts en matière d'aide sociale puisse justifier à lui seul une interdiction d'entrée.

Une telle disposition nous paraît d'ailleurs en contradiction avec l'esprit et la lettre des articles 16.3 , 17.3 et 17.4 de la Directive européenne qui oblige les Etats à fournir de l'aide aux personnes qui le nécessitent. Assortir cette aide d'une sanction pour les bénéficiaires n'est pas acceptable.

Cette règle nous paraît également contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'application de l'article 8 CEDH (ATF 25II 633 ; Jdt 2001 I 335).

Pour la Fédération Suisse des Avocats

Brenno Brunoni
Président FSA

René Rall
Secrétaire général FSA

Berne, le 10 septembre 2009