



RAPPORT

relatif à la modification d'ordonnances dans le cadre de

l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen)

et de

la modification de la loi fédérale sur les étrangers (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)

Juin 2010

1. Contexte

1.1 Directive sur le retour

La directive du Parlement 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 (directive sur le retour) constitue un développement de l'acquis de Schengen. La directive vise à harmoniser les procédures en vigueur pour les ressortissants de pays non-membres de l'UE et de l'AELE (pays tiers) en séjour irrégulier. Elle contient notamment des dispositions concernant la décision de renvoi, la mise en détention en vue de l'exécution du renvoi, le renvoi ou l'expulsion et l'interdiction d'entrée. La Suisse dispose d'un délai de deux ans pour reprendre et mettre en œuvre ce développement. Sa notification étant intervenue le 12 janvier 2009, la Suisse doit procéder aux adaptations de loi et d'ordonnance nécessaires jusqu'au 12 janvier 2011.

Les principales modifications inhérentes à la reprise et la mise en œuvre de la directive sur le retour interviennent au niveau de la loi. Les sections 3 (Mesures d'éloignement) et 5 (Mesures de contrainte) du chapitre 10 de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) sont modifiées en substance.

Au niveau de l'ordonnance, la mise en œuvre de cette directive n'entraîne que peu de modifications. Celles-ci concernent notamment l'indépendance du contrôle du renvoi ou de l'expulsion (art. 71a P-LEtr) et les décisions de renvoi (art. 64 ss P-LEtr).

Par contre, des adaptations plus conséquentes s'imposent au niveau des directives. L'Office fédéral des migrations (ODM) procédera aux ajustements nécessaires en collaboration avec les cantons et le Corps des gardes-frontière (Cgfr). Il élaborera en particulier les documents modèles en vue de la mise en œuvre de la procédure formelle de renvoi. Les résultats de ces travaux parviendront aux services concernés dans le courant de l'été.

1.2 Autres modifications de la LEtr (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)

Aux adaptations de la LEtr inhérentes à la mise en œuvre de la directive sur le renvoi sont venues s'ajouter d'autres modifications en lien avec la lutte contre la migration illégale; leur mise en œuvre est urgente.

Au niveau de l'ordonnance, il est nécessaire de revoir les dispositions relatives aux conseillers en matière de documents (art. 100a P-LEtr) et au système d'information MIDES dans les centres d'enregistrement et de procédure (CEP; art. 99a ss P-LAsi).

Les dispositions d'exécution concernant le contrôle automatisé aux frontières dans les aéroports (art. 103a P-LEtr) existent déjà (art. 36 à 44 OEV). Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande cependant de créer a posteriori une base légale formelle.

La modification proposée de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1; RS 142.311) prévoit de prolonger à 90 jours la durée maximale du séjour du requérant d'asile au CEP, actuellement de 60 jours.

2. Commentaire des dispositions

2.1 Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE; RS 142.281)

Section 1b *Contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne*

Le projet de loi contient une disposition formulée de manière ouverte selon laquelle le Conseil fédéral règle la procédure et la répartition des compétences en matière de contrôle du renvoi ou de l'expulsion (monitoring) au niveau de l'ordonnance. Il peut confier des tâches de contrôle du renvoi ou de l'expulsion à des tiers (art. 71a, al. 2, P-LEtr).

Art. 15f OERE *Etendue des contrôles*

Le système de contrôle prévu à l'art. 8, al. 6, de la directive sur le retour pour les renvois et les expulsions doit être mis en place pour les vols spéciaux. Pour des raisons financières et organisationnelles, il serait en effet irréaliste de vouloir contrôler l'ensemble des renvois et des expulsions sous contrainte par voie aérienne (vols de ligne inclus). De surcroît, les renvois ou les expulsions par vol de ligne ayant lieu dans l'espace public, il ne paraît pas nécessaire de mandater des tiers pour les contrôler. Cet avis est partagé par le Comité de contact de l'UE sur la mise en œuvre de la directive sur le renvoi (Comité de contact UE)¹.

Le contrôle doit en principe porter sur toutes les phases des vols spéciaux. Il inclut par conséquent l'escorte de la personne concernée du canton à l'aéroport, la phase préparatoire à l'aéroport (y compris l'immobilisation au moyen de liens), le vol et la remise de la personne concernée aux autorités de l'Etat de destination.

Art. 15g OERE *Tâches confiées à des tiers*

Le contrôle doit être effectué par des tiers qui n'assument pas de tâches dans le cadre de l'organisation des renvois et des expulsions sous contrainte, de la procédure de renvoi ou d'une procédure antérieure relevant du droit des étrangers ou de l'asile. Cette exigence découle notamment de l'art. 20 des «Vingt principes directeurs sur le retour forcé» (*Twenty guidelines on forced return*) du Conseil de l'Europe du 4 mai 2005. Ces derniers servent de référence lors de la définition des modalités du contrôle (voir considérant 3 de la directive sur le renvoi).

Lors de la session du Comité de contact UE du 18 septembre 2009, l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas et le Luxembourg ont présenté les systèmes de suivi qu'ils ont mis en place en vue du contrôle des retours. Les solutions retenues diffèrent les unes des autres. Certaines font intervenir les Eglises, les œuvres d'entraide ou des commissions étatiques. A cette même occasion, il a été souligné que les tâches de surveillance ne devaient pas forcément être confiées à des ONG, mais qu'elles pouvaient également être accomplies par des services publics comme des bureaux de médiation, pour autant que leur indépendance soit garantie.

Durant l'organisation du vol spécial et le vol lui-même, les tiers mandatés sont exclusivement chargés d'assumer des tâches de surveillance et d'établir des rapports. Ils ne participent pas activement au vol spécial et ne sont donc pas habilités à intervenir. Ils doivent adresser leurs réclamations et observations concernant le renvoi ou l'expulsion au chef de l'équipe accompagnant le vol spécial. Ils peuvent assister à toutes les phases du vol spécial, de l'escorte de l'intéressé à l'aéroport jusqu'à sa remise aux autorités de l'Etat de destination.

¹ Les modalités du contrôle ont fait l'objet, le 18 septembre 2009, d'un atelier du Comité de contact UE sur la mise en œuvre de la directive sur le retour. Ce comité est formé de représentants de la Commission européenne, des Etats membres de l'UE et des Etats Schengen. Les résultats des sessions sont consignés dans un procès-verbal. Les Etats s'y réfèrent lorsqu'il s'agit de transposer la mise en œuvre de la directive dans le droit national. Cependant, les constats figurant dans le procès-verbal ne sont contraignants ni pour les Etats membres ni pour la Commission.

Cependant, la surveillance peut se limiter à l'une ou l'autre phase. Par ailleurs, les tiers mandatés peuvent participer aux rapports de préparation des autorités compétentes. Pour chaque vol spécial suivi, ils établissent un rapport à l'attention de l'ODM; en outre, ils remettent annuellement un rapport d'activités et de gestion au Département fédéral de justice et police (DFJP) et à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP).

Art. 15h OERE Indemnisation des frais

Les modalités de la collaboration entre les tiers mandatés et l'ODM sont réglementées dans des conventions. Celles-ci portent notamment sur l'indemnisation forfaitaire des frais.

Section 2b Décision de renvoi

L'un des principaux objectifs de la directive sur le retour est l'harmonisation de la procédure de renvoi à l'échelle européenne. A cette fin, chaque renvoi doit faire l'objet d'une décision. S'agissant de la Suisse, cela signifie notamment que la procédure de renvoi informelle, qui est en partie encore en usage, sera en principe supprimée. Les prescriptions idoines de la directive ont été très largement reprises dans le projet de loi. Aussi les adaptations encore nécessaires au niveau de l'ordonnance sont-elles mineures.

Art. 26a OERE Teneur de la décision de renvoi

La directive sur le retour reste relativement souple quant à la forme et à la teneur de la décision de renvoi. Celle-ci doit être rendue par écrit, doit indiquer les motifs de fait et de droit et comporter des informations relatives aux voies de recours disponibles (art. 12, al. 1, de la directive sur le retour). Telles sont du reste également les exigences minimales que doit remplir une décision rendue au titre des art. 34 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). En complément et par analogie à l'art. 45 P-LAsi, la décision de renvoi doit aussi indiquer le délai de départ et les conséquences du non-respect de la décision.

Art. 26b OERE Invitation au départ sans décision formelle

La directive sur le retour prévoit une procédure à deux niveaux pour les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat Schengen qui disposent d'un titre de séjour valable délivré par un autre Etat Schengen (art. 6, al. 2, de la directive sur le retour). Dans un premier temps, les étrangers qui remplissent ces conditions doivent être invités, de manière informelle, à quitter la Suisse et à se rendre dans l'Etat pour lequel ils disposent d'un titre de séjour. Puis, s'ils ne donnent pas suite à cette exigence ou qu'ils représentent une menace pour la sécurité et l'ordre publics, une procédure de renvoi formelle doit être lancée.

Cette réglementation est conforme au droit actuel. Elle figure à l'art. 23, al. 2 et 3, de la Convention d'application de l'accord de Schengen², qui a été abrogée suite à l'entrée en force de la directive sur le renvoi. Le ressortissant d'un Etat tiers doit en principe retourner en l'espace d'un jour dans l'Etat qui lui a délivré un titre de séjour. Un délai plus long peut être accordé si la personne visée a des problèmes de santé ou que sa situation familiale le justifie.

² JO L 239 du 22.9.2000 pp. 19–62

Art. 26c OERE *Formulaire type et traduction*

L'ODM élaborera, en collaboration avec les cantons et le Cgfr, des documents types pour les renvois selon l'art. 64, al. 1, let. a et b, P-LEtr. Ces formulaires seront mis à la disposition des cantons dans les principales langues.

Art. 26d OERE *Feuille d'information*

Lorsque la procédure conforme à la directive sur le retour et reprise dans la LEtr (art. 64f, al. 2, P-LEtr) trouve application et que la décision de renvoi n'est pas traduite, il faut remettre à la personne concernée une feuille d'information dans l'une des cinq langues qui, selon les statistiques sur les étrangers et sur l'asile, sont les plus fréquemment utilisées ou comprises par les étrangers entrés illégalement en Suisse.

2.2 Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV; RS 142.204)

Section 10a Conseillers en matière de documents

Art. 53a OEV *Accords sur le recours aux services de conseillers en matière de documents*

Le DFJP doit pouvoir conclure avec des Etats étrangers, en accord avec le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et l'Administration fédérale des douanes (AFD), des accords sur le recours aux services de conseillers en matière de documents (art. 100a, al. 3, P-LEtr). Cette disposition est valable aussi bien pour l'intervention de conseillers suisses à l'étranger que pour celle de conseillers étrangers en Suisse. L'ordonnance ne prescrit pas la forme que doivent revêtir ces accords. En règle générale, il s'agira d'échanges de notes.

La tâche des conseillers en matière de documents consiste principalement à épauler les compagnies aériennes, les autorités locales de contrôle et le personnel de la représentation suisse lors du contrôle des documents et des personnes.

Pour être efficace, l'intervention des conseillers en matière de documents nécessite en premier lieu une coordination à l'échelon Schengen. Ces efforts de coordination peuvent aboutir à la conclusion d'accords internationaux concernant, par exemple, la représentation réciproque lors de l'enregistrement de passagers pour les vols à destination de l'Etat partenaire ou le financement des interventions communautaires. De tels accords sont envisageables en premier lieu avec d'autres Etats Schengen, mais il doit également être possible d'en conclure avec des Etats tiers.

Aussi, l'art. 53a, al. 2, AP-OEV prévoit-il expressément la possibilité d'en conclure avec d'autres Etats, cette compétence revenant également au DFJP.

L'art. 53a, al. 3, AP-OEV précise quels éléments doivent figurer dans l'accord, notamment le type d'activité exercé par les conseillers en matière de documents, les modalités d'annonce et le statut diplomatique des conseillers en tant que membres de la représentation à l'étranger.

Art. 53b OEV *Conventions entre l'ODM, l'AFD et le DFAE*

L'ODM, l'AFD et le DFAE règlent leur collaboration dans le cadre d'une convention.

Les modalités de détachement prévues à l'art. 53b AP-OEV portent notamment sur la définition des tâches des conseillers en matière de documents, les compétences lors de la procédure de détachement, la formation, l'indemnisation, la possibilité d'être accompagné par des membres de leur famille, l'encadrement au lieu d'engagement et la fourniture des documents de voyage requis. Le recours aux services d'un conseiller en matière de documents suppose que celui-ci soit protégé par un statut diplomatique. Le « Code de conduite pour le personnel de liaison des services d'immigration » (*Code of Conduct for Immigration Liaison Officers*) de l'IATA/CAWG recommande expressément qu'il jouisse d'un

plein statut diplomatique (*full diplomatic status*). Soumis à l'assentiment de l'Etat d'accueil, le statut diplomatique est réglé dans les accords visés à l'art. 53a AP-OEV.

Les frais découlant d'une intervention à l'étranger sont assumés par l'ODM, le DFAE et l'AFD. Réglée dans la convention, la répartition des frais se fonde sur les compétences initiales des offices concernés.

Les modalités d'accueil des conseillers étrangers en Suisse sont également réglées dans la convention. Pour qu'un conseiller étranger puisse entrer en fonction, il faut que l'Etat qui le détache en Suisse l'annonce auprès du DFAE et que cette annonce ait obtenu une réponse positive consolidée. Ainsi, il est garanti que le détachement est commandé par un organe étatique et que l'activité est suffisamment légitimée. Le DFAE transmet les annonces à l'ODM, qui veille à la bonne coopération entre les conseillers en matière de documents et les autorités nationales.

Art. 53c OEV Planification et coordination du recours aux services de conseillers en matière de documents

L'intervention de conseillers suisses en matière de documents à l'étranger se déroule en étroite collaboration avec l'ODM, le Cgfr et le DFAE. Le détachement, en particulier le lieu et la durée de l'engagement ainsi que le point fort de l'intervention (aéroport, représentation) sont définis sous la direction de l'ODM. Celui-ci tient compte des ressources et des prescriptions opérationnelles du Cgfr. En outre, il requiert au préalable des recommandations auprès de la représentation suisse compétente.

La préparation et la réalisation des interventions relèvent quant à elles de la compétence du Cgfr. Celui-ci met à disposition le personnel requis, qu'il forme et conduit dans l'exécution des tâches. La Direction des ressources, auprès du DFAE, et la représentation suisse sur place épaulent le Cgfr lors de la planification et de l'intervention. Durant son engagement, le conseiller en matière de documents est subordonné au chef de mission de la représentation suisse auprès de laquelle il est détaché. Durant tout l'engagement, la mise en œuvre opérationnelle ressortit au Cgfr.

Pour assurer un engagement efficace et efficient des conseillers en matière de documents, le Cgfr peut conclure des conventions de coopération avec les autorités de détachement d'autres Etats. Ayant un caractère administratif, ces conventions fixent par exemple des objectifs communs et permettent l'échange d'informations entre les conseillers en matière de documents ou les formations réciproques au lieu d'engagement.

2.3 Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1; RS 142.311)

Art. 16, al. 2, OA 1 Séjour au centre d'enregistrement

La durée maximale du séjour du requérant d'asile au centre d'enregistrement et de procédure (CEP) de l'ODM, actuellement de 60 jours, doit être prolongée à 90 jours. Cette extension vise notamment à ce qu'un plus grand nombre de procédures de non-entrée en matière Dublin puissent être clos dans les CEP et, partant, à réduire l'effectif des requérants d'asile à transférer dans les cantons. Aussi, lors de la révision en cours de la loi sur l'asile, l'art. 27, al. 4, LAsi sera-t-il modifié en ce sens que les personnes auxquelles la décision aura été notifiée au CEP ne seront transférées dans un canton que si l'exécution du renvoi n'est *pas* imminente. Cependant, un séjour maximal de 90 jours doit constituer l'exception. Par ailleurs, une généralisation du prolongement de la durée de séjour se heurterait aux capacités d'hébergement limitées des CEP.

2.4 Ordonnance 3 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (OA 3; RS 142.314)

Art. 1a OA 3 Systèmes d'information

Jusqu'à présent, l'ordonnance ne mentionnait pas la banque de données centrale de l'ODM, soit le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (SYMIC). La let. i renvoie au nouveau système d'information MIDES destiné aux CEP et la let. j, par souci d'exhaustivité, à la banque de données AURORA (art. 12 OERE).

Art. 1i OA 3 Système d'information MIDES

Les art. 99a à 99d P-LAsi constituent la base légale formelle du système MIDES. Les dispositions en question contiennent les principes concernant l'usage et le contenu du système d'information, le traitement des données et les droits d'accès généralement accordés. Au niveau de l'ordonnance, les données personnelles à traiter sont mises en regard avec les droits d'accès correspondants. Par analogie avec l'ordonnance du 12 avril 2006 sur le système d'information central sur la migration (ordonnance SYMIC; RS 142.513), l'annexe à l'OA 3 fournit désormais une liste des données.

L'effacement, l'archivage, la communication et la sécurité des données relatives au système MIDES sont régis par les dispositions générales de l'OA 3. L'ODM fixera dans un règlement sur le traitement des données, les mesures organisationnelles et techniques à prendre pour éviter le traitement non autorisé des données. En outre, il réglera la journalisation automatique du traitement des données et la sécurité des données.

Annexe 5

L'annexe 5 contient le catalogue des données personnelles traitées dans le système MIDES et les droits d'accès correspondants.