

Adaptations de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Normes procédurales et systèmes d'information)

Position de l'Association suisse des Centres sociaux protestants relative à l'avant-projet du Conseil fédéral (consultation ouverte le 22 juin 2015, délai au 13 octobre 2016)

Introduction

L'Association suisse des Centres sociaux protestants (ci-après les CSP) est reconnaissante de la possibilité qui lui est laissée de s'exprimer sur l'avant-projet du Conseil fédéral. Les CSP ne s'exprimeront que sur les quelques points qui lui paraissent les plus importants.

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

La plupart des décisions cantonales en matière de droit des étrangers sont soumises à une procédure d'approbation de la part du Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM). Il en résulte que les cantons en sont souvent réduits à la possibilité d'une proposition, la décision finale appartenant au SEM.

Cette répartition des compétences n'est pas remise en cause dans l'immense majorité des décisions cantonales soumises à l'approbation du SEM.

Cependant, dans une jurisprudence récente (ATF 141 II 169), le Tribunal fédéral (TF) a critiqué cette pratique dans le cas où la décision cantonale émane d'une autorité judiciaire cantonale et dans l'hypothèse où le SEM dispose d'un droit d'intervenir dans la procédure judiciaire en déposant un recours auprès du Tribunal fédéral.

Il s'agit uniquement de cas pour lesquels l'étranger peut invoquer un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour puisque c'est seulement à cette condition qu'un droit de recours au Tribunal fédéral est ouvert.

En d'autres termes, il s'agit de situations dans lesquelles une autorité judiciaire cantonale a constaté que l'étranger remplissait les conditions d'un droit à une autorisation de séjour.

Il paraît dès lors logique que dans un tel cas, si le SEM entend contester le jugement cantonal, qu'il le fasse devant une autorité judiciaire et non par une simple décision administrative qui n'a pas du tout le même rang dans la hiérarchie des actes étatiques.

L'avant-projet du Conseil fédéral prévoit de revenir sur cette jurisprudence du TF afin que le SEM garde un droit de veto dans le cadre d'une mesure d'approbation, même si la procédure cantonale a donné lieu à une décision judiciaire contraire à l'avis du SEM.

En terme de cohérence des procédures, il serait extrêmement déroutant pour le justiciable qu'une décision d'un Tribunal soit balayée par une simple décision administrative, lui donnant ainsi l'impression d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs.

Un tel changement serait également contraire au principe de l'économie de procédure puisqu'en cas de refus de la part du SEM, l'affaire retournerait éventuellement au TF après une procédure supplémentaire devant le Tribunal Administratif Fédéral.

Art. 99 P-LEtr

Nous proposons le rejet de cette modification et le maintien de la pratique instaurée récemment par le Tribunal fédéral.

Protection des victimes exerçant la prostitution (art. 30 al. 1 let. e^{bis} P-LEtr)

En lien avec la suppression du statut d'artiste de cabaret, l'avant-projet prévoit d'accorder aux victimes d'infractions liées à l'exercice de la prostitution une autorisation de séjour.

Les CSP saluent cette modification, qui a pour but d'assurer une meilleure protection des personnes qui, durant l'exercice de la prostitution, sont victimes d'infractions au sens de la Loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI). Selon le rapport explicatif, il est prévu que les dispositions d'exécution en vigueur concernant les victimes de traite des êtres humains (art. 35 et 36 al. 1 à 3 et 5 à 6 OASA) s'appliquent par analogie aux victimes d'infractions liées à l'exercice de la prostitution. Ceci suppose que la personne concernée doit se voir accorder un délai de rétablissement et de réflexion de 30 jours au moins. Par ailleurs, si la présence de cette personne est requise pour les besoins de recherches policières ou pour la procédure judiciaire, l'autorité des migrations du canton dans laquelle l'infraction a été commise lui délivre une autorisation de courte durée pour la durée probable de l'enquête policière, de la procédure judiciaire, de la procédure pénale ou de l'encadrement assuré par le centre d'aide aux victimes.

Les CSP saluent le fait que la possibilité de se voir accorder une autorisation de séjour de courte durée aux fins de la perception de prestations en vertu de la LAVI soit introduite au niveau de l'ordonnance, tant pour les victimes de traite des êtres humains que pour les victimes d'infractions liées à l'exercice de la prostitution.

Toutefois, alors que la formulation retenue dans la disposition introduite dans la loi sur les étrangers parle très généralement de « régler le séjour » des victimes d'infractions liées à l'exercice de la prostitution de manière très générale, aucune mention n'est faite dans les commentaires de la possibilité pour ces personnes de voir leur séjour réglé sur la durée. Ainsi, il nous apparaît indispensable que ces personnes puissent prolonger leur séjour si elles se trouvent dans un cas individuel d'extrême gravité (art. 31 LEtr) ou si l'exécution de leur renvoi n'est pas possible, pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (art. 83 LEtr). Dans ces cas, il doit être tenu compte de la situation particulière des victimes d'infractions dans l'exercice de la prostitution.

Art. 30 al. 1 let. e^{bis}

Nous sommes favorables à la modification de l'art. 30 al. 1 let e^{bis}. Toutefois, c'est par voie d'ordonnance que le règlement des motifs de séjour admis sera défini. Ainsi, nous souhaitons que les victimes d'infractions dans l'exercice de la prostitution aient la possibilité de voir leur séjour réglé de manière durable, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 36 al. 6 OASA pour les victimes de traite des êtres humains.

[Elargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour \(art. 60, al. 2, let. b et c, P-LEtr\)](#)

Jusqu'ici, seules les personnes admises provisoirement en raison d'un grave danger généralisé dans leur pays ou de problématiques de traite pouvaient bénéficier de l'aide au retour. L'avant-projet propose d'élargir le cercle des bénéficiaires aux victimes exerçant la prostitution ainsi qu'à toute personne admise provisoirement par la Suisse. Les CSP saluent cette modification, qui a pour effet de gommer une inégalité de traitement entre personnes admises provisoirement.

[Interdiction pour les réfugié-e-s reconnus de voyager dans leur pays d'origine ou dans un pays limitrophe \(art. 59a p-LEtr et 63 al. 1^{bis} et 2 p-LAsi\)](#)

L'avant-projet prévoit d'interdire aux réfugié-e-s reconnus la possibilité de se rendre dans leur pays d'origine. Le SEM peut également prononcer une interdiction généralisée pour les réfugié-e-s d'un même pays de se rendre dans un ou plusieurs pays limitrophes de leur pays d'origine (par exemple, interdire aux réfugié-e-s érythréen-ne-s de se rendre au Soudan ou aux réfugié-e-s syrien-ne-s de se rendre au Liban). Il est précisé que le SEM pourrait déroger à cette interdiction et autoriser une exception « lorsque des raisons majeures le justifient ». Le rapport explicatif cite comme exemple de raison majeure le décès ou la maladie grave d'un membre de la famille. Si le SEM a la présomption qu'un-e réfugié-e s'est rendu-e dans son pays d'origine ou dans un pays interdit, c'est à la personne concernée que reviendrait désormais le devoir de prouver le contraire (renversement du fardeau de la preuve).

Les CSP s'opposent fermement à cette restriction, qui constitue une limitation excessive de la liberté fondamentale de circuler. L'immense majorité des réfugié-e-s dans le monde vit dans le pays limitrophe de leur Etat d'origine. Très souvent, des familles ont été séparées par la fuite et seuls quelques membres de ces familles ont pu poursuivre le voyage, cas échéant en Suisse, pour y trouver une protection. Par ailleurs, le droit au regroupement familial en Suisse a été restreint par le législateur en 2014 et seuls les membres d'une famille nucléaire (les enfants doivent être mineurs) y ont droit.

En pratique, cela signifie que, pour de nombreux-ses réfugié-e-s, se rendre dans un pays limitrophe de leur pays d'origine constitue la seule solution pour garder un lien familial avec leurs proches. Dès lors, la présomption exprimée dans le rapport explicatif selon laquelle « *on peut estimer qu'il y a des motifs sérieux de penser que l'interdiction n'est pas respectée notamment lorsque l'on constate régulièrement que les réfugiés d'un même pays reviennent en Suisse en provenance d'un pays voisin de leur Etat d'origine* » (p. 23) apparaît pour le moins déplacée. De fréquents voyages de compatriotes dans un

pays voisin de leur pays d'origine peuvent s'expliquer de bien d'autres manières que par une volonté de contourner l'interdiction, à commencer par la présence de nombreux-ses proches dans le pays limitrophe en question.

Il est important de préciser d'emblée que les moyens économiques limités des réfugié-e-s réduisent déjà fortement leurs possibilités de voyager à l'étranger. Par ailleurs, le SEM peut déjà sous la loi actuelle déchoir un-e réfugié-e de sa qualité de réfugié-e s'il est prouvé que celui-ci ou celle-ci s'est rendu-e dans son pays d'origine. Il a suffi que quelques cas de retour dans un pays d'origine aient été médiatisés pour que le Conseil fédéral projette d'adopter une disposition qui fera office de punition collective pour des milliers de réfugié-e-s qui perdront des liens familiaux essentiels, un droit pourtant garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un réfugié syrien en Suisse ne pourrait par exemple plus aller voir son frère en Turquie, une réfugiée érythréenne ne pourrait plus aller voir sa mère en Ethiopie, etc. Il s'agit là d'une violation flagrante du principe de proportionnalité.

Par ailleurs, imposer une telle interdiction aux ressortissant-e-s d'un pays précis aura pour effet de stigmatiser en Suisse la communauté des ressortissant-e-s du pays en question. Cette stigmatisation aura un impact négatif sur leur processus d'intégration.

L'introduction d'une possibilité d'exception en cas de raisons majeures apparaît comme un alibi pour faire passer la pilule amère d'une interdiction massive. Si l'objectif était de limiter l'accès au pays d'origine, il devrait suffire de justifier d'un motif de voyage dans le pays limitrophe en question. Pourquoi faudrait-il qu'un-e proche soit gravement malade ou mort ? Avec cette disposition calquée en réalité sur celle qui s'applique aux titulaires d'une admission provisoire dans le cadre des procédures de visa de retour, le Conseil fédéral trahit sa volonté de limiter non pas les voyages dans le pays d'origine, mais les voyages de manière générale. L'argumentation basée sur la nécessité de lutter contre les voyages dans le pays d'origine ne tient pas.

Les réfugié-e-s disposent de peu de moyens pour introduire des procédures juridiques parfois complexes et s'appuient par exemple sur les ressources des Centres sociaux protestants. Mais lorsqu'il s'agit d'une dernière chance pour voir un frère ou sœur, une mère ou un père, un enfant majeur, alors ils entreprendront ces démarches pour justifier de « raisons majeures » et le SEM se retrouvera chargé de nouvelles procédures à traiter. Ce que ne manque pas de souligner le Conseil fédéral lui-même qui prévoit « des besoins supplémentaires en matière de personnel correspondant à plusieurs postes » (Rapport explicatif, p. 45). Cette disposition entraînerait par conséquent un alourdissement des charges tant pour les associations que pour l'administration fédérale.

Art. 59a p-LEtr et 63 al. 1bis et 2 p-LAsi

Pour toutes ces raisons, les CSP proposent de renoncer à l'adoption de l'article 59a p-LEtr et des alinéas 1bis et 2 de l'article 63 p-LAsi.

Adaptations en raison de la directive sur le retour

- a) [Éléments concrets qui font redouter que la personne entende se soustraire à l'exécution du renvoi \(art. 64d, al. 3, p-LEtr\)](#)

D'après la loi actuelle, la décision de renvoi peut devenir immédiatement exécutoire, ou dans un délai plus bref que le délai minimal de sept jours, lorsque des éléments concrets font redouter que la personne entende se soustraire à l'exécution du renvoi. L'avant-projet propose de préciser dans la loi quels sont ces éléments concrets.

Les CSP saluent la démarche de clarification, qui entend répondre aux exigences de la directive sur le retour européenne de définir des « critères objectifs » dans la loi pour le risque de fuite. Toutefois, la formulation retenue reste trop large, laissant craindre un usage excessif de cette possibilité. D'une part, la liste est déclarée non-exhaustive. D'autre part, la formulation de la let. b (« *son comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités.* ») apparaît insuffisamment précise et limitée.

Les CSP proposent de modifier cet article comme suit :

Art. 64d, al. 3, p-LEtr

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

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

b) Conditions de détention administrative (art. 81, al. 2, p-LEtr)

L'avant-projet contient également une modification de l'art. 81, al. 2 sur les conditions de détention administrative. La nouvelle disposition exige que la détention administrative ait lieu dans une infrastructure distincte, exclusivement destinée à la détention administrative.

De manière répétée, les CSP s'inquiètent du recours croissant à la mise en détention administrative, qui, rappelons-le, enferme des personnes n'ayant commis ni délit ni crime. Dans la mesure où la détention administrative existe *de facto*, les CSP soutiennent cette modification, la détention dans un établissement destiné à la détention préventive ou pénale représentant un traumatisme supplémentaire pour les personnes concernées.

Par contre, les CSP craignent que le principe de détention dans un établissement adapté soit rendu caduc par la possibilité laissée, en cas de capacités insuffisantes, de recourir à une détention dans un établissement pénitentiaire à condition que les populations de détenu-e-s soient séparées. Il faut à tout prix éviter que la loi entérine une telle pratique. Cette possibilité devrait *a minima* être limitée à des situations exceptionnelles et provisoires.

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

Lorsqu'une personne se présente à la frontière extérieure Schengen – soit, dans le cas de la Suisse, dans un aéroport – sans remplir les conditions d'entrée (par exemple sans visa valable), elle reçoit une décision de refus d'entrée et de renvoi. Actuellement, la prise de cette décision relève du SEM, bien qu'elle puisse être établie et notifiée par les autorités chargées du contrôle à la frontière (le Corps des gardes-frontières et cinq polices cantonales). L'avant-projet de loi propose de déléguer cette compétence décisionnelle aux autorités chargées du contrôle à la frontière. Celles-ci seront donc habilitées à rendre cette décision au moyen du formulaire prévu par le code frontières Schengen, décision qui pourra faire l'objet d'une opposition auprès du SEM dans les 48 heures, puis d'un recours au TAF sur la décision du SEM, également dans les 48 heures.

La délégation de cette tâche aux autorités présentes à la frontière paraît à première vue logique, puisque ces autorités se trouvent en effet en première ligne, contrairement au SEM. Toutefois, elle doit s'entourer de certaines précautions, afin de garantir l'accès à la procédure d'asile. En effet, toute personne estimant avoir besoin de protection est en droit de demander l'asile à la Suisse, qui ne peut alors la refouler à la frontière sans examiner sa demande (voir article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés). Le fait de ne pas posséder un document valable pour entrer en Suisse (par exemple un visa valable) n'est pas un motif pour refuser l'accès à la procédure d'asile, tant il est vrai que les conditions mêmes dans lesquelles les personnes ayant besoin de protection doivent fuir leur pays ne leur permettent souvent pas d'obtenir un tel document.

Or, les CSP s'inquiètent des conditions dans lesquelles se déroule le contact entre les autorités contrôlant la frontière et les personnes souhaitant déposer une demande d'asile en Suisse, contact au cours duquel la personne concernée doit signaler son besoin de protection, conformément à l'article 18 LAsi. De nombreuses personnes arrivées à l'aéroport de Genève relatent par exemple avoir dû « batailler » pour faire entendre qu'elles voulaient demander l'asile. Il faut reconnaître que ces échanges, d'une importance capitale pour les demandeurs d'asile, se déroulent à huis clos, sans tierce personne pouvant protéger un tant soit peu les intérêts des demandeurs d'asile. Ces témoignages font écho aux critiques portées par les organisations ayant observé la situation à Côme¹ ². Combien de personnes sont dès lors renvoyées dans l'avion d'où elles viennent, sans avoir pu faire valoir leur demande de protection d'une manière comprise comme telle par les gardes-frontières ?

Par conséquent, si le Conseil fédéral entend déléguer cette décision aux autorités chargées du contrôle à la frontière, il doit également envisager plusieurs mesures pour garantir que cette décision, qui peut être d'importance vitale pour les personnes concernées, soit prise dans des conditions correctes et respectueuses du principe de non-refoulement :

- Les autorités auxquelles l'avant-projet de loi entend déléguer cette compétence doivent être formées sur ces questions.
- Les personnes susceptibles de recevoir une décision de refus d'entrée et de renvoi doivent être correctement informées dans une langue qu'elles comprennent et avoir la possibilité d'être réellement entendues sur leur situation et l'existence éventuelle d'un besoin de protection.
- La possibilité de déposer une demande d'asile doit être communiquée aux personnes concernées dans une langue qu'elles comprennent (présence de traducteurs-interprètes lors de ce contact ; remise d'une information traduite dans leur langue).
- Lors de la notification d'une décision de refus d'entrée et de renvoi, la personne concernée doit être correctement informée sur les possibilités d'opposition auprès du SEM, puis de recours auprès du TAF, et avoir accès à une aide pour ces démarches (*a minima*, remise d'une liste d'avocats, y compris d'associations pouvant offrir un conseil gratuit).
- Une plus grande transparence est nécessaire afin de garantir que personne ne soit refoulé à la frontière en présence d'un besoin de protection. Un mécanisme d'observation, indépendant du Corps des gardes-frontières, devrait être mis sur pied.

¹ Amnesty International, *Réfugiés à la frontière tessinoise - La Suisse enfreint les droits des mineurs*, <https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/docs/2016/la-suisse-enfreint-les-droits-des-mineurs>, consulté le 29 septembre 2016.

² OSAR, *Chiasso / Como*, <https://www.osar.ch/news/dossiers-medias/chiasso-como.html>, consulté le 29 septembre 2016.

Par ailleurs, les CSP regrettent que l'avant-projet de loi maintienne des délais d'opposition et de recours extrêmement courts (48 heures). Ils demandent que ces délais soient allongés, afin de permettre à la personne concernée de contacter si nécessaire un conseiller juridique.

De plus, l'opposition et le recours doivent absolument avoir un effet suspensif. En effet, dans la mesure où ces personnes peuvent avoir tenté de signaler leur besoin de protection, les renvoyer avant la décision de l'autorité de recours risque de provoquer des situations dramatiques, en violation du principe de non-refoulement. Par exemple, une personne sri lankaise pourrait voir sa décision de refus d'entrée et de renvoi cassée par l'autorité de recours, alors qu'entre-temps elle aurait été renvoyée dans son pays, et, peut-être, emprisonnée voire torturée.

Art. 65, al. 2 et 2bis, p-LEtr

Pour toutes ces raisons, les CSP proposent de modifier l'article 65, al. 2 et 2bis, p-LEtr comme suit :

- fixation d'un délai d'opposition et de recours plus long (par exemple 5 jours ouvrables) ;
- modification des deux alinéas pour préciser que tant l'opposition au SEM que le recours au TAF ont un effet suspensif.

Par ailleurs, cette modification législative doit s'accompagner d'une série de mesures pour garantir l'accès à la procédure d'asile à la frontière extérieure Schengen : formation des autorités, information correcte et traduite sur la possibilité de demander l'asile, garantie du droit d'être entendu des personnes concernées, information sur les voies d'opposition et de recours et les possibilités d'aide dans ces démarches, transparence de ce processus de décision.

Genève, le 10 octobre 2016