



Recommandation du HCR dans le cadre de la prise de position sur l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise de la modification des bases légales de la collaboration Dublin/Eurodac

(règlement (UE) n° 603/2013 et règlement (UE) n° 604/2013)

(développements de l'acquis de Dublin/Eurodac)

Novembre 2013

HCR bureau pour la Suisse et le Liechtenstein
www.unhcr.ch/www.unhcr.org

I. Introduction

Ayant été désigné par l'assemblée générale des Nations unies pour prendre soin de la protection internationale des réfugiés, des apatrides¹ et autres personnes relevant de son mandat, ainsi que de soutenir les gouvernements dans la recherche de solutions durables pour les réfugiés², le HCR soumet la présente lettre comme suit : Tel que stipulé dans les statuts de l'organisation, le HCR remplit son mandat international de protection *inter alia* en soutenant la conclusion et la ratification des conventions internationales pour la protection des réfugiés, « en surveillant leur application et en proposant des modifications ».³ Ladite fonction de surveillance est reprise dans la convention de 1951⁴ relative au statut des réfugiés (Convention de Genève).

Par conséquent, « les Etats contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] notamment à lui faciliter sa tâche de surveillance dans l'application des dispositions de ladite Convention ». Le même engagement est stipulé à l'article II du Protocole sur le Statut des Réfugiés de 1967 (Protocole de 1967)⁵. L'interprétation des dispositions de la Convention de Genève est généralement considérée comme un processus reposant sur plus de 60 années d'expérience, notamment en matière de surveillance et d'application d'instruments internationaux pour les réfugiés et qui met à la disposition des Etats une instruction juridique et interprétative pour les décisions relatives aux droits des réfugiés.

Dans ce contexte, il convient de souligner que le mandat de l'UNHCR ne se limite pas seulement aux réfugiés dans le sens de la Convention de Genève de 1951, mais s'étend à toutes personnes nécessitant une protection internationale, tout comme aux non réfugiés apatrides.⁶ Sont plus particulièrement concernées les personnes se trouvant à l'extérieur de leur pays d'origine pour des raisons de conflits armés ou de troubles graves de l'ordre public, lesquels constituent une menace pour leur vie, leur intégrité psychique, leur liberté et leur sécurité personnelle. Généralement ces personnes obtiennent une admission provisoire en Suisse.

¹ UN General Assembly Resolution A/RES/50/152, 9 février 1996, disponible sur: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f31d24.html>, Convention du 1954 relative au statut des apatrides; en vigueur depuis le 1^{er} octobre 1972, ratifiée par la Suisse le 3. juillet 1972, SR 0.142.40, disponible sur: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_142_40.html

² Se référer *Satzung des Amtes des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge*, résolution 428 (V) de l'Assemblée Nationale des Nations Unies, Annexe, UN Doc. A/1775, al. 1, disponible sur: http://www.unhcr.ch/include/fckeditor/custom/File/Statut_Haut_Commissariat_UN_refugies.pdf

³ *Idem*, Al. 8(a). Quant aux apatrides l'Assemblée Générale des Nations Unies et la Comité exective de l'HCR ont demandés: „to provide technical advice to State Parties on the implementation of the 1954 Convention so as to ensure consistent implementation of its provisions“.

⁴ *Convention de 1951 sur le statut des réfugiés*, en vigueur depuis le 21. avril 1955, ratifiée par la Suisse le 21. janvier 1955, SR 0.142.30, disponible sur: http://www.unhcr.ch/include/fckeditor/custom/File/Convention_et_Protocole_d.pdf. Selon l'art. 59 de la loi sur l'asile (LAsi) la Convention est applicable aux personnes ayant obtenu l'asile en Suisse ou ayant été admis provisoirement au titre de réfugié.

⁵ *Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967*, en vigueur depuis le 4 octobre 1967, ratifiée par la Suisse le 20. mai 1968, SR 0.142.301, disponible sur: http://www.unhcr.ch/include/fckeditor/custom/File/Convention_et_Protocole_d.pdf

⁶ Assemblée générale de l'ONU, Résolution A/RES/50/152, 9 février 1996, régulièrement confirmée dans d'autres résolutions, entre autres A/RES/63/148, 27 janvier 2009, A/RES/64/127, 27 janvier 2010, A/RES/65/194, 28 février 2011 et A/RES/66/133 du 19 mars 2012. Et les conventions qui s'y rapportent : *Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954*, entrée en vigueur en Suisse le 1er octobre 1972, RS 0.142.40 et *Convention sur la réduction des cas d'apatridie du 30 août 1961* (non ratifiée par la Suisse).

Le HCR remercie pour l'invitation à exprimer ses observations sur le rapport du DFJP d'août 2013 sur l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise de la modification des bases légales de la collaboration Dublin/Eurodac et présente ses remarques dans le cadre de l'exercice de son mandat. Le HCR espère que cette prise de position aidera la Suisse à examiner son avant-projet et qu'il sera dûment tenu compte des réserves et observations exprimées dans les considérations finales.

II. Contexte

Selon le rapport explicatif⁷, l'objectif des modifications proposées est la reprise des développements de l'acquis de Dublin/Eurodac dans la législation suisse. La Suisse s'est engagée à reprendre dans son droit national tous les actes juridiques de l'UE auxquels il est fait référence dans l'accord d'association de la Suisse à Schengen (AAS)⁸ et l'accord d'association de la Suisse à Dublin (AAD)⁹. Les nouveaux règlements (UE) n° 604/2013 et n° 603/2013, outre les modifications directement transposables, entraînent différentes modifications du mode de fonctionnement du système Dublin actuel et la réforme du système Eurodac existant.

Le HCR salue les efforts de la Suisse dans la procédure Dublin en vue d'organiser les étapes procédurales de manière à permettre une détermination plus rapide de la compétence et un départ rapide, si un autre État que celui compétent pour l'examen de la demande était défini. La planification de ce processus correspond au caractère de la procédure Dublin comme procédure préparatoire à la détermination de la compétence.

La lettre d'accompagnement prévoit qu'en principe la Suisse dispose d'un délai de deux ans, à compter de la notification, pour mettre en œuvre un développement qui doit être soumis au Parlement. *« En l'occurrence, les deux règlements UE ne seront pas mis en application simultanément: le règlement Eurodac entrera en vigueur le 20 juillet 2015, le règlement Dublin III le 1er janvier 2014 déjà. Si la Suisse fait valoir son délai de deux ans, elle ne pourra appliquer les nouvelles règles Dublin qu'environ un an et demi après l'UE. Afin d'éviter des problèmes et des retards au niveau de la collaboration Dublin/Eurodac entre la Suisse et les autres Etats Dublin, il est proposé de mettre en vigueur provisoirement les dispositions directement applicables du règlement Dublin III déjà à partir du 1er janvier 2014. »*¹⁰ Le HCR salue cette décision de la Suisse au service de la sécurité juridique.

III. Observations générales sur le règlement Dublin III

⁷ Département Fédéral de Justice et Police DFJP, Office Fédéral de Migration : *Rapport explicatif sur l'approbation et la mise en œuvre des échanges de notes entre la Suisse et l'Union européenne concernant la reprise de la modification des bases légales de la collaboration Dublin/ Eurodac (règlement (UE) n° 603/2013 et règlement (UE) n° 604/2013) (développements de l'acquis de Dublin/Eurodac)*, p. 5 ; disponible sur http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2314/Dublin-III-Eurodac_Rapport-explicatif_fr.pdf

⁸ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (RO 2008 481 ; RS 0.362.31)

⁹ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un Etat membre ou en Suisse (RO 2008 515 ; RS 0.142.392.68).

¹⁰ Lettre d'accompagnement aux gouvernements cantonaux pour l'ouverture de la procédure de la consultation ; disponible sur <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2013.html>

Dans la mesure où le règlement Dublin III est contraignant pour la Suisse et donc directement applicable, toutes les modifications de la refonte ne nécessitent pas une adaptation des lois suisses, notamment de la loi sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile (LAsi). Néanmoins, ces développements fondamentaux doivent également être pris en considération dans la pratique des procédures Dublin. Le Conseil de l'Union européenne a, d'une part, mentionné comme objectif une plus grande efficacité de l'application du règlement, mais a également souligné, en particulier, les normes de protection plus élevées pour les personnes dans la procédure Dublin. Le texte renforce les droits procéduraux des personnes concernées et accorde une attention particulière aux groupes vulnérables, comme par exemple les enfants non accompagnés.¹¹ En outre, dans ce contexte précisément, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) relative à la procédure Dublin, il faut tenir compte du fait que le transfert de mineurs non accompagnés, qui n'ont pas de parents prêts à les prendre en charge dans l'espace Dublin, ne peut plus être effectué.¹²

L'orientation du règlement Dublin III vers la protection des enfants et des familles se retrouve aussi, en particulier, concernant l'ordre des critères de compétence dans la refonte du règlement Dublin, dans la mesure où l'intérêt supérieur de l'enfant et les relations familiales¹³ doivent être pris en considération avant l'établissement du visa ou le pays d'entrée ou de séjour.

Pour cette raison, le HCR souhaite apporter quelques observations pertinentes pour la Suisse quant à la refonte du règlement Dublin III et du règlement Eurodac révisé :¹⁴

Champ d'application du règlement Dublin III

Avec la refonte de l'article 1 du règlement Dublin III sont explicitement incluses toutes les personnes qui déposent une demande de protection internationale. Cela englobe aussi bien les demandes d'asile que les demandes de protection subsidiaire. Cette dernière est particulièrement importante pour les groupes de personnes qui ont dû fuir à cause d'un conflit ou de situations de violence généralisée.

Le concept de protection subsidiaire a été mis en œuvre dans le contexte européen par la directive qualification de l'UE en 2004 (non contraignante pour la Suisse).¹⁵ Les droits des

¹¹ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Recast of the Dublin regulation: enhancing the efficiency of the functioning of the current system*, 7 June 2013; „The main objectives of the amended regulation is to enhance the efficiency of the functioning of the current Dublin regulation, as well as to ensure higher standards of protection for the applicants who fall under the responsibility determination procedure, pursuant the regulation's legal framework. The new text provides notably for strengthened legal safeguards and rights for the applicants for international protection, while focusing in particular on the needs of vulnerable groups such as unaccompanied minors and dependent persons.“; consultable sur : http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137418.pdf.

¹² CJUE, affaire C-648/11, M.A., B.T., D.A., arrêt du 6 juin 2013, consultable sur : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138088&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=189688>.

¹³ Cf. également dans le même sens : CJUE, *K. contre Bundesasylamt*, C 245/11, 6 novembre 2012, consultable sur : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=129325&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=159651>. Un cas de dépendance au sens de l'art. 15, al. 2, du règlement Dublin II est constitué lorsqu'un membre de la famille dépend de l'aide du demandeur d'asile qui séjourne dans un autre État que l'État membre compétent. En cas de dépendance au sens de l'art. 15, al. 2, du règlement Dublin II, l'État membre qui, conformément aux critères du chapitre III du règlement Dublin II, n'était pas compétent à l'origine pour l'examen d'une demande d'asile devient compétent.

¹⁴ UNHCR, *UNHCR-Analyse der vorgeschlagenen Neufassung für die Dublin-II-Verordnung und die Eurodac-Verordnung*, 18 mars 2009 (cit. UNHCR, *UNHCR-Analyse* (2009)), consultable sur <http://www.unhcr.de/recht/i2-europ-fluechtlingsrecht/22-asyl.html?L=0%3D#c3149>. Il est à cet égard indiqué que le présent commentaire s'appuie fortement sur l'analyse précitée du HCR.

¹⁵ DIRECTIVE 2004/83/CE DU CONSEIL du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les

personnes bénéficiant d'une protection dite subsidiaire ont depuis largement été ajustés à ceux des réfugiés avec asile lors de la refonte de la directive qualification de 2011¹⁶. Dans de nombreux États d'Europe, les droits des réfugiés avec asile et des personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire ont déjà largement été alignés. Ce développement peut être vu comme la reconnaissance du fait que le besoin de protection des personnes déplacées par la guerre et la violence est de nature analogue et souvent de même durée que celui des réfugiés. Un statut de séjour sécuritaire et la garantie d'une protection suffisante sont, en outre, important tant pour l'intégration que pour la crédibilité du système de protection, car il permet de déterminer de manière plus transparente pour les personnes concernées et pour l'opinion publique intéressée quelles sont les personnes qui ne peuvent retourner dans leur pays d'origine pour des raisons de protection.¹⁷

Le HCR a salué la précision dans la refonte du règlement Dublin III quant à son applicabilité à toutes les personnes qui ont besoin d'une protection internationale. Cette précision que le règlement Dublin III s'applique tant aux demandes d'asile qu'aux demandes de protection subsidiaire mène à un système de protection amélioré précisément pour les personnes déplacées par la guerre et la violence.

Mais à l'égard de la Suisse se posent des questions particulières. Les personnes déplacées par la guerre et la violence, qui dans la plupart des autres États en Europe sont reconnues comme devant être protégées et obtiennent la protection subsidiaire, n'obtiennent en Suisse qu'un renvoi qui ne peut être suspendu qu'en faveur d'une admission provisoire. Celle-ci n'est pas définie comme un statut de protection positive et n'est pas accompagnée d'un permis de séjour ; les droits sont, en comparaison, très restreints. Les réfugiés qui sont reconnus en raison de motifs subjectifs survenus après la fuite, comme régi par l'article 54 LAsi, n'obtiennent également qu'une admission provisoire, même si les droits de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés leur sont accordés.

Il ne semble, en outre, pas certain que toutes les personnes avec une admission provisoire en Suisse rentrent dans le concept UE de la protection subsidiaire. La réglementation de la protection subsidiaire englobe, en priorité, des personnes qui obtiendraient une admission provisoire en Suisse pour irrecevabilité ou inexigibilité de l'exécution du renvoi. Ce groupe de personnes tout au moins, si ce n'est toutes les personnes admises à titre transitoire, devraient être prises en considération lors de la mise en œuvre du règlement Dublin III.

Par ailleurs, il faut soulever la question de savoir dans quelle mesure l'admission provisoire peut être vue comme équivalente, de manière générale, à la protection subsidiaire. Un système comme Dublin se base sur le principe que les personnes en quête d'asile devraient trouver partout des conditions analogues pour déposer une demande de protection

personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, article 20, alinéa 2, consultable sur : <http://www.unhcr.ch/droit/droit-europeen-sur-les-refugies/22-asyl.html?L=1>

¹⁶ DIRECTIVE 2011/95/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), consultable sur : <http://www.unhcr.ch/droit/droit-europeen-sur-les-refugies/22-asyl.html?L=1>.

¹⁷ Cf. Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population, *Admis mais exclus ? L'admission provisoire en Suisse ; Etude élaborée par le Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM) mandatée par la CFR* ; disponible sur : <http://www.ekr.admin.ch/shop/00007/00036/index.html?lang=fr>, p. 110 (paragraphe 2) : « Notre enquête montre que plus de la moitié des admis provisoirement vivent en Suisse depuis 5 ans ou plus, 21 % ou 30 % des adultes (18 ans et plus) depuis plus de 10 ans. Chez les Sri Lankais, le pourcentage des adultes présents depuis plus de 10 ans représente même plus que la moitié (53 %) ; deux tiers d'entre eux – femmes et hommes – ont un emploi. Cela surprend surtout compte tenu du fait que l'emploi constitue un critère important de transformation de l'admission provisoire en permis B, de sorte que ce sont de toute évidence d'autres obstacles qui s'opposent à une transformation (cf. chapitre 9.7). »

internationale et l'obtenir. Le HCR plaide donc en faveur de l'attribution d'un statut stable de protection assorti d'un permis de séjour aux personnes à protéger en Suisse, qui ont jusqu'à présent été « admises provisoirement ». Cela faciliterait en particulier le processus d'intégration.

Une importance particulière est également accordée par le règlement Dublin III au besoin de protection internationale en rapport avec la famille (et donc un renforcement de la protection de l'unité de la famille), car la présence de membres de la famille avec protection internationale dans l'un des autres États membres constitue un critère de compétence en application de l'article 9 du règlement Dublin III. Ainsi, si une personne en quête d'asile a des membres de sa famille qui ont été admis provisoirement en Suisse, cela devrait entraîner la compétence de la Suisse pour la procédure d'asile.

UNHCR-Empfehlungen:

UNHCR möchte die Schweiz gerade auch im Hinblick auf eine volle Umsetzung der Verpflichtungen aus der Neufassung der Dublin-Verordnung ersuchen, das Institut der vorläufigen Aufnahme zu überdenken und Schutzbedürftigen einen positiven Schutzstatus zu gewähren.

Recommandations du HCR

Dans la perspective d'une mise en œuvre complète des obligations issues de la refonte du règlement Dublin, le HCR souhaite inviter la Suisse à repenser l'institut de l'admission provisoire et à accorder un statut de protection positive aux personnes à protéger.

Mesures pour le renforcement de la protection des enfants et pour la promotion du respect de la Convention sur les droits de l'enfant

Le règlement Dublin II, dans sa version actuellement en vigueur, contenait déjà des critères concrets concernant la situation des enfants en général, et des dispositions particulières concernant les enfants non accompagnés. La pratique a toutefois montré que ces dispositions ne suffisaient pas à garantir que le rapprochement familial des enfants avec des membres de la famille ait lieu et que leur traitement corresponde toujours à l'intérêt supérieur de l'enfant.¹⁸ C'est pourquoi la refonte du règlement contient plusieurs innovations pour renforcer les garanties en faveur des enfants, y compris ceux qui sont séparés de leurs proches ou d'autres personnes responsables d'eux et souvent désignés comme mineurs ou enfants « *non accompagnés* » ou « *séparés de leurs parents* »¹⁹. En particulier, le HCR a salué le principe contenu dans l'article 6, alinéa 1, du règlement Dublin III, inspiré par l'article 3, alinéa 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant,²⁰ dans lequel il est prévu de manière contraignante que « *l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale*

¹⁸ UNHCR, The Dublin II Regulation, A UNHCR Discussion Paper, avril 2006, p. 21 points 2.3 suiv., consultable sur : <http://www.refworld.org/docid/4445fe344.html>.

¹⁹ Cf. Inter-agency, Principes directeurs inter-agences relatifs aux enfants non accompagnés ou séparés de leurs famille, janvier 2004, consultable sur <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4113abc14.html>, pour la définition des concepts d'enfants « non accompagnés » ou « séparés de leurs parents ». Le HCR recommande l'utilisation des concepts d'« enfant/enfants » et des définitions provenant des directives de l'Inter-agency dans l'intérêt d'une plus grande précision et clarté, lorsque l'on parle d'enfants dans des circonstances de ce type. Dans les présentes observations, les concepts de « mineurs » et « mineurs non accompagnés » sont toutefois également utilisés, en référence à la formulation de l'article 2(j) du règlement Dublin III.

²⁰ CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT (Convention sur les droits de l'enfant) adoptée à New York le 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 16 mars 1997 (version du 8 avril 2010), consultable sur : http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19983207/201004080000/0_107.pdf

pour les États membres dans toutes les procédures prévues par le présent règlement ». L'article 6, alinéa 2, contient des garanties concrètes relatives à la représentation légale et aux qualifications du représentant dans toutes les procédures dans le cadre du règlement. Par ailleurs, dans l'alinéa 3 sont mentionnés des facteurs qui doivent guider les États lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant : possibilités de regroupement familial ; bien-être et développement social du mineur ; considérations tenant à la sûreté et à la sécurité (en particulier lorsque le mineur est susceptible d'être une victime de la traite des êtres humains) ; avis du mineur, en fonction de son âge et de sa maturité. Concernant la question du rapprochement familial, il convient de souligner l'importante innovation de l'article 2g, dans lequel le cercle de personnes considérées comme « *membre de la famille* » a été élargi, renforçant ainsi le droit à l'unité familiale.

Le HCR considère que les propositions soulignent, à raison, la situation et les besoins particuliers des enfants non accompagnés, dont les droits sont renforcés en mettant l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Concernant la Suisse, le HCR souhaite remarquer que, dans le contexte du système fédéral de la Suisse, les normes applicables à la prise en charge et à l'hébergement des enfants non accompagnés peuvent fortement varier. Il serait donc souhaitable que des directives claires soient formulées au niveau fédéral afin de garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant soit considéré comme prioritaire dans tous les domaines où les enfants sont concernés. L'Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant de l'ONU sur ce principe²¹ peut être un guide utile.

UNHCR-Empfehlungen:

UNHCR möchte die Schweiz dazu auffordern, alles zu unternehmen, was für die Umsetzung in die Praxis dieser Entwicklungen zum Schutze dieser besonders vulnerablen Gruppe notwendig ist und um sicherzustellen, dass das Kindeswohl in allen Verfahren und schweizweit eine vorrangige Erwägung ist.

Recommandations du HCR

Le HCR souhaite inviter la Suisse à entreprendre tout ce qui est nécessaire pour la mise en pratique des développements en faveur de la protection de ce groupe particulièrement vulnérable et pour garantir que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les procédures et dans toute la Suisse.

Entretien individuel

Le nouveau devoir des États membres, expressément prévu par l'article 5, de mener un entretien individuel avec tous les demandeurs Dublin, va contribuer, selon le HCR, à une exécution administrative plus efficace du système Dublin et à une meilleure compréhension des demandeurs. Ces derniers vont être mis en situation de mieux justifier leur demande. C'est pourquoi le HCR a expressément salué la disposition selon laquelle un entretien individuel doit être mené dans tous les cas Dublin.²²

Le HCR est d'avis que cette obligation va au-delà de l'obligation générale d'information prévue à l'article 4 (1) relativement au règlement Dublin III et exige des autorités compétentes qu'elles informent concrètement les demandeurs, au cours de l'entretien, de l'intention d'appliquer le règlement dans leur cas et de les transférer à certaines conditions dans un État déterminé. Il est très important de donner la possibilité aux demandeurs de

²¹ Comité des droits de l'enfant de l'ONU (CRC), Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 29 mai 2013, CRC/C/GC/14, consultable sur : http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.14_fr.pdf

²² UNHCR, *Moving Further Toward a Common European Asylum System: UNHCR's statement on the EU asylum legislative package*, juin 2013, p. 3 ; consultable sur : <http://www.refworld.org/docid/51de61304.html>.

discuter, par exemple, des circonstances qui pourraient exclure leur transfert dans un État particulier pour des raisons de protection, ou d'exposer celles qui pourraient aider à déterminer l'État membre compétent. L'importance donnée à l'entretien individuel est aussi explicitée par le fait que le règlement Dublin III prévoit expressément des normes dans son article 5. Ainsi, l'entretien individuel doit avoir lieu en temps utile, dans tous les cas, avant qu'une décision de transfert soit prise (alinéa 3) et dans une langue que le demandeur comprend (alinéa 4). En outre, le principe de la confidentialité (alinéa 5) devrait être respecté et l'État qui mène l'entretien individuel doit rédiger un résumé auquel le demandeur ou le conseil juridique qui le représente a accès en temps utile (alinéa 6).

Compte tenu de la pratique que la Suisse a suivie jusqu'à présent, on peut se demander si une audition sommaire sur les pays de transit, comme cela se passe actuellement dans le cadre de l'audition concernant la personne, résiste à ces nouvelles normes. Le HCR souhaite donc demander à la Suisse d'adopter une forme d'entretien individuel au cours de la procédure qui garantisse le respect des normes de l'article 5 du règlement Dublin III. Ainsi il sera donné aux demandeurs les droits qui leur reviennent en application de la refonte du règlement et la possibilité d'exprimer leur avis concernant un transfert dans un État membre.

UNHCR-Empfehlungen:

UNHCR möchte die Schweiz ersuchen, eine Form für ein persönliches Gespräch in ihren Verfahrensablauf aufzunehmen, die die Standards von Artikel 5 der Dublin-III-Verordnung garantiert.

Recommandations du HCR:

Le HCR souhaite demander à la Suisse d'adopter une forme d'entretien individuel au cours de la procédure qui garantisse les normes de l'article 5 du règlement Dublin III.

IV. Echange de notes concernant la reprise du règlement (UE) n° 604/2013 (règlement Dublin III)

a) Observations spécifiques concernant les adaptations proposées de la loi sur les étrangers (LEtr)

Art. 75a (nouveau) Détention en phase préparatoire dans le cadre de la procédure Dublin

1 Conformément à l'art. 28, par. 2, du règlement (UE) n° 604/2013¹, l'autorité compétente peut ordonner la détention de l'étranger concerné afin de garantir son renvoi dans l'État Dublin compétent lorsque des indices concrets font craindre qu'il entende se soustraire au renvoi (risque sérieux de passage à la clandestinité), pour l'une des raisons suivantes:

- a) il remplit l'une des conditions fixées à l'art. 75, al. 1, let. a à c et e à h; ou
- b) il nie devant l'autorité compétente posséder ou avoir possédé un titre de séjour ou un visa délivré par un État Dublin ou y avoir déposé une demande d'asile.

² Si l'étranger dépose une demande d'asile, la détention ordonnée au titre de l'al. 1 dure, en vertu de l'art. 28, par. 3, du règlement (UE) n° 604/2013:

- a) un mois au plus entre le dépôt de la demande d'asile et la présentation de la requête aux fins de prise ou de reprise en charge (art. 21 et 23 du règlement (UE) n° 604/2013) à l'État Dublin potentiellement compétent;

- b. deux semaines au plus entre la réception, par l'Etat Dublin potentiellement compétent, de la requête aux fins de prise ou de reprise en charge (art. 21 et 23 du règlement (UE) n° 604/2013) et la réponse à cette requête.

³ Si l'étranger ne dépose pas de demande d'asile, la détention ordonnée au titre de l'al. 1 dure, en vertu respectivement de l'art. 24, par. 2, et de l'art. 25, par. 1, du règlement (UE) n° 604/2013, en cas de résultat positif dans Eurodac:

- a) deux mois au plus entre l'annonce du résultat Eurodac et la présentation de la requête aux fins de reprise en charge (art. 24 du règlement (UE) n° 604/2013) à l'Etat Dublin potentiellement compétent;
- b) deux semaines au plus entre la réception, par l'Etat Dublin potentiellement compétent, de la requête aux fins de reprise en charge (art. 24 du règlement (UE) n° 604/2013) et la réponse à cette requête.

⁴ Si l'étranger ne dépose pas de demande d'asile, la détention ordonnée au titre de l'al. 1 dure, en vertu respectivement de l'art. 24, par. 2, et de l'art. 25, par. 1, du règlement (UE) n° 604/2013, en présence de moyens de preuve autres que les informations du système Eurodac:

- a) trois mois au plus entre le constat qu'un autre Etat Dublin pourrait être responsable du traitement du cas et la présentation de la requête aux fins de reprise en charge (art. 24 du règlement (UE) n° 604/2013) à l'Etat Dublin potentiellement compétent;
- b) un mois au plus entre la réception, par l'Etat Dublin potentiellement compétent, de la requête aux fins de reprise en charge (art. 24 du règlement (UE) n° 604/2013) et la réponse à cette requête.

Art. 76a (nouveau) Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion dans le cadre de la procédure Dublin

¹ Lorsque, dans le cadre d'une procédure Dublin, une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance a été notifiée dans un centre d'enregistrement, dans un centre spécifique au sens de l'art. 26, al. 1bis, LAsi12 ou dans le canton, l'autorité compétente peut, afin d'en assurer l'exécution, prendre les mesures ciaprès:

- a) maintenir en détention la personne concernée lorsque celle-ci est déjà détenue en vertu de l'art. 75a, al. 1;
- b) mettre en détention la personne concernée si des éléments concrets au sens de l'art. 75a, al. 1, font craindre qu'elle entende se soustraire au renvoi ou à l'expulsion.

² La détention ordonnée au titre de l'al. 1 peut durer six semaines au plus à compter de l'approbation tacite ou explicite par l'Etat Dublin compétent ou de la fin de l'effet suspensif des voies de droit saisies, le cas échéant, contre une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance.

Vu que la durée maximale de détention et les conditions pour une mise en détention doivent être adaptées dans la LEtr, la détention en phase préparatoire est réglée séparément dans le nouvel art. 75a LEtr. En vertu du règlement Dublin III, la détention ne peut plus être ordonnée que dans des cas individuels afin d'assurer l'exécution du renvoi (« procédure de transfert » au sens du règlement Dublin III) lorsqu'il existe un risque sérieux que la personne concernée passe à la clandestinité (art. 28, par. 2, du règlement Dublin). L'art. 75a, al. 1, LEtr reprend cette condition. L'autorité compétente peut placer en détention l'étranger concerné afin de garantir l'exécution du renvoi lorsqu'il existe un risque sérieux de passage à la clandestinité.

L'art. 75a, al. 2, LEtr règle la durée maximale de la détention en phase préparatoire dans les cas où l'étranger soumis à la procédure Dublin dépose une demande d'asile en Suisse. Selon le rapport (p. 16) la détention en phase préparatoire doit être aussi brève que possible (principe de célérité; art. 28, par. 3, du règlement Dublin III). Dans l'article 75a, alinéa 3, LEtr, pour des raisons de cohérence, il est également fait référence aux étapes spécifiques de la procédure Dublin. La durée maximale pour toute la détention en phase préparatoire peut atteindre jusqu'à deux mois et deux semaines.

L'al. 4 règle la durée de la détention en phase préparatoire lorsque l'étranger soumis à la procédure Dublin ne dépose pas de demande d'asile et que les moyens de preuve sur lesquels se fonde la demande et qui laissent à penser qu'un autre Etat Dublin est compétent pour traiter la demande de l'étranger concerné ne sont pas liés aux données du système Eurodac. La durée maximale pour toute la détention en phase préparatoire peut alors atteindre quatre mois.

En application de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la détention en vue de l'exécution du renvoi doit avoir une base légale, intervenir dans le cadre d'une procédure juridiquement correcte et doit être nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif à atteindre. D'après le rapport explicatif (p. 18), une personne étrangère peut uniquement être mise en détention afin de garantir le renvoi après qu'un examen individuel a montré que l'intéressé présente un risque sérieux de passage à la clandestinité, que la détention est proportionnelle et que des mesures moins coercitives ne seraient pas efficaces.

Alinéa 1 fixe les cas dans lesquels la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion peut être ordonnée dans le cadre de la procédure Dublin. Alinéa 2 règle la durée maximale de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion. Celle-ci est d'au maximum six semaines à compter de l'approbation de la demande par l'Etat Dublin responsable de la procédure d'asile et de renvoi ou suite à la fin de l'effet suspensif d'une éventuelle voie de droit qui a été saisie contre une décision de renvoi ou d'expulsion. Selon le rapport le principe de célérité conserve sa validité. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ne peut pas être prolongée. Si le renvoi dans le cadre de la procédure Dublin n'est pas réalisé dans ce délai de six semaines, la personne concernée doit être relâchée.

Le HCR considère que les directives du Comité exécutif sur la question de la détention des personnes en quête d'asile orientent les réserves des États et « exprime l'opinion qu'au vu des souffrances qu'elle entraîne, la détention doit normalement être évitée. En cas de nécessité, on peut avoir recours à la détention, mais seulement pour des raisons prévues par la loi pour procéder à des vérifications d'identité, déterminer les éléments constitutifs de la demande de réfugié ou d'asile, traiter les cas où des réfugiés et des demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou identité ou se sont servis de faux documents

afin d'induire en erreur les autorités de l'Etat dans lequel ils ont l'intention de demander asile, ou sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public ». ²³ Dans la mesure où un retour dans un autre État est prévu par Dublin III, le fait qu'il s'agisse d'une personne en quête d'asile dont le besoin de protection n'a pas encore été clarifié doit être dûment pris en considération.

En outre, il convient de constater que la protection contre une détention arbitraire se déduit du droit de l'homme fondamental à la liberté personnelle et à la sûreté. ²⁴ Le HCR souhaite souligner que la détention doit toujours être considérée comme *ultima ratio* et que toutes les alternatives à l'emprisonnement, comme par exemple des obligations de se présenter aux autorités, comme moyen plus clément, doivent avoir été épuisées dans la plus grande mesure possible. ²⁵ La détention ne peut, en outre, être appliquée, que lorsqu'elle poursuit un objectif légitime et doit, dans chaque cas individuel, être considérée comme nécessaire et proportionnée. ²⁶ Le HCR souhaite également remarquer que les moyens de coercition sont, en général, plus coûteux que le retour volontaire ou le transfert volontaire dans un autre État Dublin.

Le HCR a donc salué les nouvelles garanties et limitations contenues dans la refonte du règlement Dublin concernant l'emprisonnement dans le cadre de la procédure Dublin. Au vu de la pratique en œuvre dans plusieurs États membres de placer systématiquement en garde à vue les demandeurs dans le cadre de la procédure Dublin, celles-ci apparaissent comme absolument nécessaires. ²⁷ L'article 28 du règlement Dublin contient désormais des normes relatives au placement en rétention. Ainsi, en application de l'alinéa 1, les personnes ne peuvent être placées en rétention au seul motif qu'elles font l'objet d'une procédure établie par le règlement Dublin. Même en vue de garantir les procédures de transfert, les États ne peuvent placer en rétention les personnes en quête d'asile que lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite et que la proportionnalité de la mesure et un risque non négligeable de fuite ont été établis sur la base d'une évaluation individuelle. Il est explicitement prévu dans l'article 28, alinéa 2, du règlement, qu'il doit avoir été établi que d'autres mesures moins coercitives que l'incarcération ne peuvent être effectivement appliquées.

Dès le stade du projet de refonte du règlement Dublin III, le HCR a exprimé sa préoccupation quant au fait que, dans le futur, il sera toujours possible aux États membres d'interpréter le concept de « *risque de fuite* » très largement formulé. Le libellé devrait toutefois exclure que le simple fait de faire l'objet d'une procédure dans le cadre du

²³ Comité exécutif du HCR (EXCOM) dans *Décision n° 44 (XXXVII) 1986 Comité exécutif : Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, consultable sur : <http://www.unhcr.fr/4b30a2581d.html>

²⁴ Cf. entre autres l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, consultable sur : http://www.unhcr.de/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/1_Voelkerrechtliche_Dokumente/04_E_MRK_und_Protokolle/02a_EMRK_Protokoll_Nr_1_4_6_u_7.pdf ; article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, consultable sur : <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=frn> ; article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, consultable sur : <http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Themen/Menschenrechte/Download/IntZivilpakt.pdf> ; article 37 (b) de la Convention relative aux droits de l'enfant, consultable sur : http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Themen/Menschenrechte/Download/UnkonvKinder_1.pdf ; et article 14 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, consultable sur : http://www.bmas.de/coremedia/generator/2888/property=pdf/uebereinkommen_ueber_die_rechte_behinderter_menschen.pdf.

²⁵ Les alternatives à l'emprisonnement sont énumérées de manière détaillée dans l'annexe A des principes directeurs du HCR relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention, cf. HCR, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, septembre 2012, consultable sur : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=520cc0ea4>.

²⁶ Cf. sur ce point : HCR, *Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention*, 2012, p. 6, consultable sur : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=520cc0ea4>.

²⁷ Cf. la liste des observations du HCR sur le règlement Dublin II et la convention précédente, résumées dans HCR, *The Dublin II Regulation: A UNHCR Discussion Paper*, avril 2006, partie 1.4, p. 11-12, consultable sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4445fe344.html>.

règlement Dublin justifie un risque de fuite et le placement en rétention de la personne. Dans la version définitive de l'article 28, alinéa 2, il est explicitement parlé d'un « *risque de fuite non négligeable* » comme condition de la rétention.

S'agissant de la mise en œuvre de cette exigence dans la législation suisse, le HCR s'inquiète du fait que la nouvelle formulation proposée dans l'article 75a, alinéa 1, LEtr d'un « *risque sérieux de passage à la clandestinité* » ne corresponde pas à cette norme. Le seul fait qu'une demandeuse ou un demandeur « *nie devant l'autorité compétente posséder ou avoir possédé un titre de séjour ou un visa délivré par un État Dublin ou y avoir déposé une demande d'asile* » ne semble pas constituer un risque de fuite non négligeable.

Le HCR s'inquiète, en outre, que la Suisse puisse créer un automatisme par cet alinéa, même s'il s'agit de prescriptions facultatives, automatisme qui pourrait porter atteinte, d'une part, à l'obligation de l'examen du cas individuel et, d'autre part, au principe de proportionnalité de la mesure comme *ultima ratio*. Le HCR souhaite donc instamment inviter la Suisse à modifier cet article de loi afin que le respect des principes susmentionnés puisse être garanti.

La préoccupation du HCR se fonde également sur le rapport explicatif (page 18) où il est établi, dans une certaine mesure de manière préjudicielle, qu'il s'agit, dans les cas mentionnés dans l'article 76a du projet, de personnes étrangères dont la demande d'asile ou le renvoi est de la compétence d'un autre État Dublin. « *Comme les intéressés ne dépendent manifestement pas de la protection de la Suisse, ils doivent être renvoyés. Des mesures moins restrictives visant à assurer l'exécution du renvoi, comme l'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEtr), sont souvent inefficaces.* » La référence, contenue dans l'article 76a, alinéa 1, LEtr, aux conditions de placement en détention et la formulation proposée dans l'article 75, alinéa 1, LEtr d'un « *risque sérieux de passage à la clandestinité* » en lien avec les propos du rapport explicatif sur le présent article apparaissent problématiques concernant le nécessaire examen individuel des mises en détention. Le HCR souhaite donc ici exprimer sa préoccupation quant au respect des normes générales de protection en lien avec la détention et inviter instamment la Suisse à prendre toutes les dispositions nécessaires pour qu'elles soient respectées tant dans la loi que dans la pratique.

Le HCR soutient le principe de célérité prévu à l'article 28, alinéa 3, qui exprime le fait que la rétention, dans les cas Dublin, doit être aussi courte que possible et ne doit pas être plus longue que nécessaire, en procédant de la manière la plus adaptée pour effectuer les procédures administratives indispensables avec le soin requis. Le HCR salue les adaptations relatives à la durée de la rétention dans la proposition actuelle de loi suisse sur les étrangers.

Par la même occasion, le HCR souhaite observer que le principe de célérité devrait avoir la même validité pour toute personne en détention. Une différenciation, telle que proposée dans l'article 75a, alinéa 3, LEtr, selon qu'une demande d'asile a été déposée ou non, ne devrait avoir aucune influence à ce sujet. L'article 28 du règlement Dublin ne fait aucune différence à ce sujet. Le HCR apprécierait que la Suisse harmonise la durée maximale de détention vers le bas dans ces cas et qu'une réglementation plus uniforme soit créée pour toutes les catégories de cas Dublin. Non seulement ce serait plus simple, mais cela éliminerait aussi une différence objective difficilement justifiable dans le placement en détention.

Dans la mesure où les différents types de détention (notamment détention en phase préparatoire, en vue de l'exécution du renvoi et pour insoumission) pourraient être appliqués de manière cumulative sous certaines conditions, conformément à la lettre de la LEtr, le

HCR recommande à la Suisse d'expliquer dans la loi que la durée de chaque type de détention se compense et qu'une durée maximale fixée ne peut être dépassée.

UNHCR-Empfehlungen:

Da Haft immer als *Ultima Ratio* angesehen werden und zuvor jegliche Alternativen **zu einer Inhaftierung** überprüft werden müssen, möchte UNHCR die Schweiz eindringlich dazu auffordern, den vorliegenden Artikel 75a AuG dahingehend abzuändern, dass die Basisvoraussetzungen zur Rechtmässigkeit von Haft, wie die Einzelfallprüfung und die Verhältnismässigkeit, in jedem Fall garantiert werden können. UNHCR empfiehlt daher des Weiteren, diese Garantien explizit im vorliegenden Gesetzestext zu nennen.

UNHCR möchte auch angesichts der jetzigen Formulierung des vorgeschlagenen Artikels 76a, gerade in Verbindung mit dem parallel vorgeschlagenen Artikel 75a Absatz 1, seinen Bedenken in Bezug auf die Respektierung der eben genannten generellen menschenrechtlichen Schutzstandards im Zusammenhang mit Haft Ausdruck verleihen und die Schweiz eindringlich dazu auffordern, alle notwendigen Vorkehrungen zu treffen, dass diese im Gesetz wie auch in der Praxis eingehalten werden.

UNHCR würde es des Weiteren begrüßen, wenn die Schweiz die Maximaldauer der Haft unabhängig davon, ob jemand ein Asylgesuch eingereicht hat oder nicht, nach unten anpassen und somit eine für alle Dublin-Fallkategorien einheitliche Regelung schaffen würde. Auch Artikel 28 der Dublin-III-Verordnung macht dahingehend keinen Unterschied.

UNHCR empfiehlt der Schweiz eine Klarstellung dahingehend in sein Gesetz aufzunehmen, dass die verschiedenen Haftarten miteinander verrechnet werden und eine festgelegte Maximaldauer nicht überschritten werden kann.

Recommandations du HCR:

Dans la mesure où la détention doit toujours être considérée comme *ultima ratio* et que toutes les alternatives à l'emprisonnement doivent auparavant être examinées, le HCR souhaite instamment inviter la Suisse à modifier l'article 75a LETr actuel de manière à ce que les conditions de base de légalité de la détention, tout comme l'examen individuel et la proportionnalité soient garantis dans chaque cas. Le HCR recommande donc également de mentionner ces garanties explicitement dans le présent texte de loi.

Concernant l'article 76a, compte tenu de la formulation pour l'instant proposée, notamment en lien avec l'article 75a, alinéa 1, parallèlement proposé, le HCR souhaite exprimer ses préoccupations en ce qui concerne le respect des normes générales de protection des droits de l'homme en relation avec la détention, à peine mentionnées, et invite instamment la Suisse à prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'elles soient respectées dans la législation et dans la pratique.

Le HCR serait, en outre, favorable à ce que la Suisse harmonise vers le bas la durée maximale de la détention, indépendamment du fait que la personne a déposé ou non une demande d'asile, et crée ainsi une réglementation uniforme pour toutes les catégories de cas Dublin. L'article 28 du règlement Dublin ne fait aucune différence à ce sujet.

Le HCR recommande à la Suisse d'expliquer dans la loi que les différents types de détention se compensent et qu'une durée maximale fixée ne peut être dépassée.

Art. 80a (nouveau) Décision et examen de la détention dans le cadre de la procédure Dublin

¹ La détention est ordonnée par les autorités du canton qui exécute le renvoi ou l'expulsion. La compétence d'ordonner une détention en phase préparatoire dans le cadre d'une procédure Dublin (art. 75a) s'agissant d'une personne qui:

- a) séjourne dans un centre d'enregistrement ou dans un centre spécifique au sens de l'art. 26, al. 1bis, LAsi14 ressortit à l'ODM ;
- b) a été attribuée à un canton ressortit à ce dernier.

² Si la décision de renvoi ou d'expulsion prise dans le cadre d'une procédure Dublin (art. 76a):

- a) est notifiée dans un centre d'enregistrement ou dans un centre spécifique au sens de l'art. 26, al. 1bis, LAsi, la détention est ordonnée par l'ODM ;
- b) est notifiée dans le canton, la mise en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ressortit au canton auquel l'étranger a été attribué.

³ La légalité et l'adéquation de la détention doivent être examinées dans un délai de 96 heures par une autorité judiciaire au terme d'une procédure orale.

⁴ Si la détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion a été ordonnée par l'ODM dans le cadre d'une procédure Dublin (art. 75a et 76a) conformément à l'al. 1, let. a, et à l'al. 2, let. a, la procédure tendant à examiner la légalité et l'adéquation de la détention et la compétence en la matière sont régies par les art. 105, 108, 109 et 111 LAsi.

⁵ Si la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ordonnée dans le cadre d'une procédure Dublin (art. 76a) conformément à l'al. 2, let. b, a été notifiée dans le canton auquel l'étranger a été attribué, la légalité et l'adéquation de la détention sont examinées, sur demande de la personne détenue, par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite. Cet examen peut être demandé à tout moment.

⁶ L'autorité judiciaire peut renoncer à la procédure orale lorsque le renvoi ou l'expulsion pourra vraisemblablement avoir lieu dans les huit jours suivant l'ordre de détention et que la personne concernée a donné son consentement écrit. Si le renvoi ou l'expulsion ne peut être exécuté dans ce délai, la procédure orale a lieu au plus tard douze jours après l'ordre de détention.

⁷ Lorsqu'elle examine la décision de détention, de maintien ou de levée de celle-ci, l'autorité judiciaire tient compte de la situation familiale de la personne détenue et des conditions d'exécution de la détention. La mise en détention en phase préparatoire ou en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion dans le cadre d'une procédure Dublin à l'encontre d'enfants et d'adolescents de moins de quinze ans est exclue.

⁸ L'étranger en détention peut déposer une demande de levée de détention un mois après que la légalité de cette dernière a été examinée. L'autorité judiciaire se prononce dans un délai de huit jours ouvrables, au terme d'une procédure orale. Une nouvelle demande de levée de détention peut être présentée:

- a) après un délai d'un mois si la personne est détenue en phase préparatoire en vertu de l'art. 75a, al. 2;
- b) après un délai de deux mois si elle est détenue en phase préparatoire en vertu de l'art. 75a, al. 3;
- c) après un délai d'un mois si elle est détenue en vue du renvoi ou de l'expulsion en vertu de l'art. 76a.

⁹ La détention est levée dans les cas suivants:

- a) le motif de la détention n'existe plus ou l'exécution du renvoi ou de l'expulsion s'avère impossible pour des raisons juridiques ou matérielles;
- b) la demande de levée de détention est admise; ou
- c) la personne détenue doit subir une peine ou une mesure privative de liberté.

Selon le rapport les décisions de première instance en procédure Dublin doivent si possible être prises et notifiées dans les centres d'enregistrement ou les centres spécifiques puis exécutées par les autorités du canton où se trouve le centre. Selon le rapport il est judicieux que la décision d'ordonner la détention en phase préparatoire dans le cadre de la procédure Dublin ressortit à l'Office fédéral des migrations (ODM) et non au canton abritant le centre, pour autant que la personne concernée séjourne dans un centre d'enregistrement ou dans un centre spécifique visé à l'art. 26, al. 1bis, LAsi.

L'al. 4 précise que l'examen de la légalité et de l'adéquation d'une détention en phase préparatoire et d'une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion qui a été ordonnée par l'ODM est régi par les art. 105, 108, 109 et 111 LAsi. L'al5 règle que la compétence et la procédure en matière d'examen de la détention sont régies par les dispositions du canton dans lequel la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion a été ordonnée (canton d'attribution). Sur demande de la personne détenue, la légalité et l'adéquation de la détention doivent pouvoir à tout moment être examinées par une autorité judiciaire au terme d'une procédure écrite.

L'article 80a, alinéa 3, LEtr, proposé prévoit que la légalité et l'adéquation de la détention ne peuvent être examinées qu'à la demande de la personne détenue par une autorité judiciaire et au terme d'une procédure écrite. Le HCR s'inquiète du fait que de telles prescriptions de forme puissent constituer un obstacle pour que la personne emprisonnée puisse faire valoir ses droits, surtout dans le contexte d'une procédure complexe comme l'est la procédure d'asile en Suisse. Pour cette raison et au vu du principe de l'égalité de traitement, le HCR recommande que la détention soit examinée d'office et sur la base d'une procédure orale en tout état de cause.

Le HCR souhaite également remarquer ici que le système proposé de mise en détention, d'un côté par l'ODM et d'un autre côté par les cantons, laisse certaines questions ouvertes en particulier concernant les différentes compétences judiciaires et les voies de recours, et donc la sécurité juridique. En effet, la voie du recours semble d'une longueur variable. Le HCR pense que les échéances simples et claires peuvent améliorer à la fois l'efficacité et le caractère équitable de la procédure et saluerait une clarification en ce sens. Cela profiterait également à la sécurité juridique.

Concernant l'alinéa 9 de l'actuel article 80a LEtr, le HCR souhaite suggérer, comme mesure ultérieure de protection, d'insérer une phrase selon laquelle il est mis un terme à la détention dès que sa durée maximale autorisée est atteinte.

UNHCR-Empfehlungen:

UNHCR empfiehlt der Schweiz den vorliegenden Artikel 80a AuG dahingehend anzupassen, dass Haft unter allen Umständen von Amtes wegen und auf Basis einer mündlichen Verhandlung überprüft wird.

UNHCR möchte die Schweiz in Bezug auf die gerichtlichen Zuständigkeiten sowie den Gerichtsweg in Haftfällen unter der Dublin-III-Verordnung um Klarheit ersuchen.

In Bezug auf Absatz 9 des vorliegenden Artikel 80a AuG möchte UNHCR anregen, als weitere Schutzmassnahme, dahingehend einen Satz aufzunehmen, dass die Haft beendet wird, sobald die maximal zulässige Haftdauer erreicht wurde.

Recommandations du HCR

Le HCR recommande à la Suisse d'adapter l'article 80a LETr actuel afin que la détention soit examinée d'office et sur la base d'une procédure orale en tout état de cause.

Le HCR souhaite demander à la Suisse plus de clarté en ce qui concerne les compétences judiciaires, ainsi que la voie judiciaire dans les cas de détention du règlement Dublin III.

Concernant l'alinéa 9 de l'actuel article 80a LETr, le HCR souhaite suggérer, comme mesure ultérieure de protection, d'insérer une phrase selon laquelle il est mis un terme à la détention dès que la durée maximale autorisée de celle-ci est atteinte.

Autres observations sur les conditions de rétention et les garanties conformément au règlement Dublin III

Selon l'article 28, alinéa 4, du règlement Dublin III, les articles 9, 10 et 11 de la directive 2013/33/UE (Directive Accueil)²⁸ s'appliquent en ce qui concerne les conditions de rétention et les garanties applicables aux personnes placées en détention, afin de garantir les procédures de transfert vers l'État membre responsable. À l'égard de cette référence à une directive UE dans le règlement Dublin III se pose la question, pour la Suisse et cinq autres États européens²⁹, du caractère contraignant des conditions de placement en rétention et garanties mentionnées. Il convient de constater que la directive accueil n'est, en principe, pas contraignante pour la Suisse qui n'est pas un État membre de l'UE. Toutefois, si le règlement Dublin III, contraignant pour la Suisse, fait référence à des normes suffisamment définies de la directive, celles-ci pourraient devenir également contraignantes pour la Suisse.³⁰

Les articles 9 à 11 de la refonte de la directive accueil contiennent par conséquent des garanties et des normes qui doivent être respectées par la Suisse. Concrètement, en cas de contrôle juridictionnel de la décision de placement en rétention, les demandeurs doivent avoir accès à l'assistance juridique et à la représentation gratuite (par des personnes reconnues ou habilitées par le droit national). Les personnes qui en sont chargées doivent être dûment qualifiées et ne doivent avoir aucun conflit d'intérêts (article 9, alinéa 6, directive accueil). L'emprisonnement est prévu « *en règle générale dans des centres de rétention spécialisés* », et en tout cas, les détenus administratifs sont, dans la mesure du possible, séparés des détenus de droit commun et des autres ressortissants de pays tiers (article 10, alinéa 1, directive accueil). En outre, sont définis l'accès à des espaces en plein air, l'accès aux membres de la famille, à des conseils juridiques, au HCR, à des organisations non gouvernementales pertinentes reconnues et à des informations qui expliquent les règles qui s'appliquent dans le centre de rétention (articles 10, alinéas 2-5 directive accueil). L'article 11, alinéas 1-5, de la directive accueil protège les personnes vulnérables ou ayant des besoins particuliers. Sont en particulier abordées les questions de la protection de la santé (y compris de la santé mentale), l'emprisonnement des mineurs, la sphère privée des familles placées en rétention et la séparation par sexe. Les enfants et mineurs non accompagnés doivent faire l'objet d'une attention particulière ; les enfants ne peuvent être placés en rétention « *qu'à titre de mesure de dernier ressort* » et dans le respect de leur intérêt supérieur ; ils doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs adaptées à leur âge. Les enfants non accompagnés ne peuvent être placés en rétention que dans des

²⁸ DIRECTIVE 2013/33/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil de personnes demandant la protection internationale, (refonte), consultable sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0096:0116:FR:PDF>.

²⁹ Irlande, Islande, Liechtenstein, Norvège et le Royaume-Uni.

³⁰ Cf. aussi : Constantin Hruschka, *Klarere Abläufe und gestärkte Verfahrensrechte – eine erste Einschätzung der Neufassung der Dublin-II-Verordnung*, in: Alberto Achermann et al., *Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013*, p. 208.

circonstances exceptionnelles, dans des conditions tenant compte des besoins des personnes de leur âge, séparés des adultes et pour une période la plus courte possible.

Unabhängig von der Frage der Verbindlichkeit der Aufnahme richtlinie möchte UNHCR an dieser Stelle festhalten, dass im Hinblick auf die Haft von Kindern diejenigen Minderjährigen, die nicht einer Straftat beschuldigt werden oder strafrechtlich verurteilt worden sind, nicht in Gewahrsam genommen werden sollten.³¹ Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention) sieht die Inhaftierung eines Kindes lediglich als letztes Mittel und nur für die kürzeste angemessene Dauer vor.³²

Indépendamment de la question de la force obligatoire de la directive accueil, le HCR aimerait noter que, en ce qui concerne la détention des enfants, les mineurs qui ne sont ni accusés de crime ni condamnés pénalement ne devraient pas être placés en détention. La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant ne prévoit la détention d'un enfant qu'en dernier ressort et pour la durée aussi courte que possible.

b) Observations spécifiques concernant les adaptations proposées de la loi sur l'asile (LAsi)

Art. 35a Réouverture de la procédure d'asile après le retrait de la demande d'asile

La procédure d'asile classée est rouverte lorsqu'un requérant qui avait retiré sa demande d'asile en cours de procédure:

- a) demande par écrit que l'autorité statue définitivement sur sa demande; ou
- b) dépose une nouvelle demande.

Selon le rapport explicatif (p. 22) l'Etat Dublin compétent doit prévoir la possibilité pour le requérant de demander que l'examen de sa demande d'asile soit close, afin de garantir un accès effectif à la procédure d'asile. Lorsque le requérant s'est uniquement vu notifier une décision de première instance, l'Etat Dublin compétent doit par ailleurs garantir l'accès au juge. L'art. 35a précise désormais qu'une personne qui a retiré sa demande d'asile en cours de procédure, entraînant de ce fait le classement de la procédure, peut demander par écrit qu'il soit statué définitivement sur sa demande d'asile ou déposer une nouvelle demande.

Le HCR salue la garantie formulée à l'article 35a LAsi pour un accès effectif à la procédure d'asile. Il devrait être expliqué clairement, et sans possibilité de mauvaise interprétation, qu'un examen complet de fond et une évaluation de la demande et des moyens de preuve doivent avoir lieu et qu'il doit être statué sur la demande, même en cas de réouverture de la procédure. Ceci est particulièrement important pour limiter le risque que les demandes d'asile de demandeurs dans le cadre du système Dublin puissent être traitées dans un État Dublin de manière incomplète et inéquitable.

UNHCR-Empfehlungen:

³¹ Cf. sur ce point : Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 6, Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, CRC/GC/2005/6, 1^{er} septembre 2006 (ci-après : Comité des droits de l'enfant, *Observation n° 6*, 2006), paragraphe 61, consultable sur le site [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.GC.2005.6.Fr?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.GC.2005.6.Fr?Opendocument) ; Comité exécutif HCR, *Conclusions sur les enfants dans les situations à risque, n° 107 (LVIII)*, 2007, consultable sur : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/search?page=search&comid=4af434146&cid=4acb455f9&scid=4acb455f51>

³² Cf. art. 37 b) et c) de la Convention relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, consultable sur : <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19983207/index.html>

UNHCR begrüsst die in Artikel 35a AsylG formulierte Garantie zu einem effektiven Zugang zum Asylverfahren, welche dazu beiträgt, dass eine vollständige inhaltliche Prüfung und Beurteilung von Asylanträgen stattfinden kann.

Recommandations du HCR:

Le HCR salue la garantie formulée dans l'article 35a LAsi pour un accès effectif à la procédure d'asile, qui contribue à un examen de fond complet et une évaluation des demandes d'asile.

Art. 107a Procédure selon Dublin

¹ Les recours déposés contre les décisions de non-entrée en matière sur des demandes d'asile de requérants qui peuvent se rendre dans un pays compétent pour mener la procédure d'asile et de renvoi en vertu d'un traité international n'ont pas d'effet suspensif.

² Le requérant d'asile peut demander l'octroi de l'effet suspensif pendant le délai de recours.

³ Le Tribunal administratif fédéral statue dans les cinq jours suivant le dépôt de la demande visée à l'al. 2. Lorsque l'effet suspensif n'est pas accordé dans un délai de cinq jours, le renvoi peut être exécuté.

L'art. 107a LAsi avait été intégré suite à l'entrée en vigueur de l'AAD³³ selon le rapport explicatif. Cet article prévoit une dérogation à l'art. 55 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA). En vertu de cette dérogation, un recours contre une NEM relevant d'une procédure Dublin n'a pas d'effet suspensif, si bien que la décision est immédiatement exécutoire. Cette pratique sous-entendait que les renvois dans un autre Etat Dublin étaient en principe licites et raisonnablement exigibles.

Dans son arrêt de principe du 2 février 2010, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a cependant souligné selon le rapport explicatif que l'exécution immédiate du renvoi était dépourvue de bases légales et contraire au droit, si bien qu'il convenait d'accorder aux requérants d'asile un délai raisonnable pour former un recours. Durant ce laps de temps, les NEM ne doivent pas être exécutées. Les personnes concernées disposent depuis lors d'un délai de départ de cinq jours ouvrables à compter de la notification de la décision de NEM. Elles ont également la possibilité de recourir à une voie de droit dans le même délai. Lorsque le requérant en fait usage, le TAF statue dans les cinq jours ouvrables sur l'octroi de l'effet suspensif.

Le HCR salue le fait que le texte actuel prévoit explicitement la possibilité d'une voie de recours pour l'octroi de l'effet suspensif. La Suisse a ainsi choisi la voie de la troisième variante des options prévues par l'article 27, alinéa 3, du règlement Dublin, en accordant la possibilité de demander au tribunal l'effet suspensif dans un délai raisonnable.

³³ Voir note de bas de page 7.

Le HCR pense que les demandeurs devraient pouvoir séjourner dans le pays au moins jusqu'à ce qu'une décision ait été prise sur l'effet suspensif de leur recours.³⁴ Une voie de recours ne peut être considérée comme effective que si la possibilité de l'effet suspensif existe. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi considéré à ce sujet, en référence aux droits contenus dans l'article 13 CEDH, qu'une décision ne peut en principe être exécutée qu'après avoir fait l'objet d'un contrôle judiciaire.³⁵

Le recours effectif doit garantir que les besoins de protection existants ne sont pas négligés. Il faut à ce propos remarquer que, du point de vue du droit international, l'accès à une instance de recours ne doit pas dépendre des chances de succès, mais doit être garanti dans son ensemble. Le HCR salue donc le renoncement de la Suisse à l'exigence précédemment prévue d'une « *mise en danger concrète* » (rapport explicatif, p. 23) dans l'État de transfert. On peut même considérer que les recours devraient avoir un effet suspensif en règle générale.³⁶ Pour poursuivre dans cette idée, le HCR accueillerait favorablement le fait que la Suisse formule de manière positive l'article 107a LAsi proposé, supprime la négation dans l'alinéa 1 et accorde directement l'effet suspensif. Cela irait aussi dans le sens de l'arrêt de principe du Tribunal administratif (TAF) du 2 février 2010 susmentionné, dans lequel il est établi que l'exécution immédiate serait dépourvue de base légale et contraire au droit. Dans la réforme actuelle de la loi, cette lacune pourrait être comblée par un renvoi explicite au fait que les demandeurs ne peuvent être expulsés pendant le délai de recours.

UNHCR-Empfehlungen:

UNHCR begrüsst, dass der vorliegende Gesetzestext die Möglichkeit eines Rechtsmittels zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung explizit vorsieht, möchte die Schweiz jedoch dazu anregen, den vorgeschlagenen Artikel 107a AsylG positiv zu formulieren.

Recommandations du HCR:

Le HCR salue le fait que le texte de loi actuel prévoit explicitement la possibilité d'une voie de recours pour l'octroi de l'effet suspensif, mais souhaite toutefois inciter la Suisse à formuler de manière positive l'article 107a LAsi proposé.

V. Echange de notes sur la reprise du règlement (UE) n° 603/2013 (règlement Eurodac)

Le HCR considère que les modifications dans le règlement Eurodac remanié sont essentiellement de nature technique et, dans l'ensemble, posent peu de questions de principe quant à l'accès à la procédure d'asile, l'équité ou la protection des demandeurs conformément au système Dublin. Le HCR souhaite donc renvoyer à son analyse de 2009³⁷

³⁴ Cf. aussi le TAF suisse qui considère que la nécessité d'un examen judiciaire sur la question de savoir si l'effet suspensif doit être accordé n'est pas limitée aux cas de risque de violation de la CEDH, cf. TAF, arrêt du 2 février 2010, ATAF 2010/1.

³⁵ Parmi les exemples relatifs à un recours effectif au sens de la CEDH, on peut citer, entre autres, *Jabari c. Turquie*, requête n° 40035/98, 11 juillet 2000 (CourEDH), consultable sur <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6dac.html>; sur la question de savoir ce qui se passe quand la personne intéressée ne souhaite exercer aucune voie de recours, le tribunal n'a, naturellement, pas décidé, mais il a expliqué qu'une telle possibilité d'exercer une voie de recours doit être « effecti[ve] en pratique comme en droit », cf. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, 21 janvier 2011 (CourEDH) points 288 suiv., consultable sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103293>; *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, requête n° 25389/05, 26 avril 2007 (CourEDH), point 53, consultable sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80331>; *Čonka c. Belgique*, requête n° 51564/99, 5 février 2002 (CourEDH), points 75 et 83, consultable sur : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-64585>.

³⁶ Dans ce contexte, la CourEDH parle même d'« effet suspensif automatique » du recours, dans des cas où une violation de la CEDH ne peut être exclue (cela vaut aussi si l'État fait fonction d'État de provenance sûr sur les listes nationales); cf. par exemple *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, point 293; *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, point 66; cf. note de bas de page 35.

³⁷ UNHCR, UNHCR-Analyse (2009).

concernant la refonte du règlement Eurodac, mais aussi à la publication « *An efficient and protective Eurodac* »³⁸ concernant, en particulier, la question des droits d'accès de certaines autorités répressives des États UE aux données enregistrées dans Eurodac. L'absence de mise en œuvre de ce développement non contraignant pour la Suisse en tant qu'État associé est saluée par le HCR.

VI. Conclusion

Le HCR salue les efforts de la Suisse dans la procédure Dublin en vue d'organiser les étapes procédurales de manière à ce qu'une détermination plus rapide de la compétence et, le cas échéant, un départ rapide soit possible vers l'État compétent. Ce processus programmé correspond au caractère de la procédure Dublin comme procédure préparatoire à la détermination de la compétence.

Dans la perspective d'une mise en œuvre complète des obligations issues de la refonte du règlement Dublin, qui inclut explicitement toutes les personnes qui déposent une demande de protection internationale, le HCR souhaite inviter la Suisse à repenser l'institut de **l'admission provisoire et à accorder un statut de protection positive aux personnes à protéger**. Une importance particulière est également apportée par le règlement Dublin III au besoin de protection internationale en rapport avec la famille (et donc un renforcement de la protection de l'unité de la famille), car la présence de membres de la famille avec protection internationale dans l'un des autres États membres constitue un critère de compétence en application de l'article 9 du règlement Dublin III. Ainsi, si une personne en quête d'asile a des membres de sa famille qui ont été admis provisoirement en Suisse, cela devrait entraîner la compétence de la Suisse pour la procédure d'asile.

En outre, compte tenu des orientations claires des innovations du règlement Dublin III, le HCR souhaite inviter la Suisse à entreprendre, en particulier, tout ce qui permettra d'apporter une attention primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les procédures et dans toute la Suisse et ce qui est nécessaire pour la mise en œuvre, dans la pratique suisse, de la **protection des enfants et des familles**. Le HCR souhaite affirmer la même chose concernant le **renforcement des droits procéduraux** des personnes mentionnées dans le règlement. Le HCR invite, en outre, la Suisse à adopter, dans sa procédure, un **entretien individuel**, tel qu'il est prescrit dans le règlement.

Dans la mesure où la **détention** doit toujours être considérée comme *ultima ratio* et que toutes les alternatives à l'emprisonnement doivent auparavant être examinées, le HCR souhaite instamment inviter la Suisse à modifier l'article 75a LETr actuel de manière à ce que les conditions de base de légalité de la détention, tout comme l'examen individuel et la proportionnalité soient garantis dans chaque cas.

Concernant l'article 76a LETr, compte tenu de la formulation **actuellement** proposée, notamment en lien avec l'article 75a, alinéa 1, parallèlement proposé, le HCR souhaite exprimer ses préoccupations en ce qui concerne **le respect des normes générales de protection des droits de l'homme en relation avec la détention** et invite instamment la

³⁸ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *An efficient and protective Eurodac - UNHCR comments on the Commission's amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'EURODAC' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No [...] (establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person) and to request comparisons with EURODAC data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice (Recast version)*, novembre 2012, consultable sur : <http://www.refworld.org/docid/51de61304.html>.

Suisse à prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'elles soient définies et respectées dans la législation et dans la pratique.

Le HCR serait, en outre, favorable à ce que la Suisse harmonise vers le bas la **durée maximale de la détention**, indépendamment du fait que la personne ait déposé ou non une demande d'asile, afin de créer une **règlementation uniforme pour tous les cas Dublin**. Le HCR recommande également à la Suisse d'**expliquer** dans la loi que les **différents types de détention se compensent** et qu'une durée maximale fixée ne peut être dépassée.

Le HCR recommande à la Suisse d'adapter l'article 80a LETr actuel afin que la **détention soit examinée d'office** et ce **sur la base d'une procédure orale en tout état de cause**.

Le HCR salue la garantie formulée dans l'article 35a LAsi permettant un accès effectif à la procédure d'asile, qui contribue à un examen de fond complet et une évaluation des demandes d'asile.

Le HCR salue le fait que le texte de loi actuel prévoit explicitement la possibilité d'une voie de recours pour l'octroi de l'**effet suspensif**, mais souhaite toutefois inciter la Suisse à formuler de manière positive l'article 107a LAsi proposé.

Genève, novembre 2013
HCR bureau pour la Suisse et le Liechtenstein