



Prise de position du HCR sur l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive Communauté européenne sur le retour (développement de l'acquis de Schengen)

## Introduction

1. Le Haut Commissariat de l'ONU pour les réfugiés soumet la présente prise de position en sa qualité d'organisation à laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a confié la tâche de veiller à la protection internationale des réfugiés et des autres personnes relevant de sa compétence ainsi que de soutenir les gouvernements dans la recherche de solutions durables pour les réfugiés<sup>1</sup>. Comme indiqué dans son Statut, le HCR exécute son mandat de protection internationale, notamment, « en poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications »<sup>2</sup>. Cette tâche de surveillance est réaffirmée à l'article 35 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (« Convention de Genève »)<sup>3</sup>. Cet article dispose que « les États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention ». Le même engagement est également inscrit à l'article II du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés (« Protocole de 1967 »)<sup>4</sup>. L'interprétation des dispositions de la Convention de Genève et du Protocole de 1967 faite par le HCR est généralement reconnue comme contraignante. Fort de plus de 50 ans d'expérience dans la surveillance et l'application des instruments internationaux relatifs aux réfugiés, le HCR donne aux États des indications juridiques et d'interprétation dans le cadre de décisions relatives au droit des réfugiés.

2. Le HCR est reconnaissant d'avoir été invité à faire part de ses observations au sujet de l'actuel projet de loi et les présente ici, dans l'exercice de ses compétences. Le HCR espère que cette prise de position, qui fait référence dans une large mesure à des prises de position antérieures du HCR<sup>5</sup>, sera utile au Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale suisses dans leur

---

<sup>1</sup> Cf. *Statut de l'office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés*, Résolution 428 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, Annexe, UN Doc A/1775, article 1, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3628.html>.

<sup>2</sup> *Idem*, paragraphe 8(a).

<sup>3</sup> *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, en vigueur depuis le 21 avril 1954, ratifiée par la Suisse le 21 janvier 1955, RS 0.142.30, disponible à : <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i1/0.142.30.fr.pdf>.

<sup>4</sup> *Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, en vigueur depuis le 4 octobre 1967, ratifié par la Suisse le 20 mai 1968, RS 0.142.301, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3ae4.html>.

<sup>5</sup> Notamment : Haut Commissariat de l'ONU pour les réfugiés, *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 juin 2008, disponible à : [www.unhcr.org/refworld/docid/4856322c2.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/4856322c2.html); HCR, *Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004)*, 10 février 2005, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42ad5c094.html> ; *Observations du HCR sur la proposition de la Commission européenne de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM (2005) 391 final)*, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4416cd6d4.html>.

examen de l'avant-projet et que les réflexions et observations du HCR seront considérées avec toute l'attention nécessaire.

## **Observations générales**

### **A. La directive sur le retour<sup>6</sup> et sa reprise dans l'ordre juridique suisse**

3. En ratifiant les accords d'association à Schengen (AAS), la Suisse s'est notamment engagée à reprendre en principe tous les développements de l'acquis de Schengen. La directive sur le retour constitue un tel développement. Sa mise en œuvre impose une adaptation de la loi sur les étrangers (LEtr) et de la loi sur l'asile (LAsi).

4. La directive sur le retour a pour but « une harmonisation minimale des procédures en vigueur pour les ressortissants de pays non-membres de Schengen (pays tiers) en séjour irrégulier » et améliore la collaboration entre la Suisse et les autres Etats Schengen concernant l'exécution de renvois dans des pays tiers<sup>7</sup>. Elle s'applique aux ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier dans un État Schengen, y compris à ceux qui ne remplissent pas, ou plus, les conditions d'entrée ou de séjour énoncées dans le code frontières Schengen ou la loi nationale. Peu importe que l'irrégularité du séjour résulte d'une entrée illégale, du rejet d'une demande d'asile ou de l'expiration de la durée de validité d'un permis.

5. La directive repose sur la prémisse que tous les États membres reconnaissent une décision d'expulsion rendue par un autre État et agissent en conséquence. La reconnaissance mutuelle de décisions d'asile négatives est par conséquent nécessaire, alors que les instruments actuels dans le domaine de l'asile ne contiennent aucune obligation de reconnaître les décisions positives d'autres États membres. Ce déséquilibre au détriment des personnes dont les besoins de protection ont été reconnus est encore renforcé par la directive. Il n'existe actuellement aucune initiative tendant à une reconnaissance mutuelle de décisions positives concernant les besoins de protection internationale. De l'avis du HCR, il y a sur ce point une lacune considérable car l'un des aspects essentiels du statut de réfugié, tel qu'il est défini dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967, est son caractère international. Par ailleurs, le but de la Convention et du Protocole implique que la qualité de réfugié constatée par un État partie soit aussi reconnue par les

---

<sup>6</sup> Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, disponible à : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:FR:PDF>.

<sup>7</sup> Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen) Explications en vue de la procédure de consultation, S.4, disponible à : [http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme\\_rueckfuehrungsrichtlinie/20090526-ber-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/uebernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/20090526-ber-f.pdf).

autres États parties<sup>8</sup>. Le HCR incite donc la Suisse à tenir explicitement compte du caractère extraterritorial de la reconnaissance du statut de réfugié dans sa législation.

6. Bien que la directive s'applique à des personnes qui ne sont pas légitimées à séjourner sur le territoire des États membres, le HCR constate que le champ d'application pourrait également s'étendre à des personnes dont la demande de protection a été rejetée par un État membre sans procédure matérielle, ainsi qu'à celles qui déposent une demande d'asile alors qu'elles sont détenues en vue d'être renvoyées. Le premier cas d'application pourrait concerner des personnes dont la demande a été rejetée sur la base de réglementations relatives aux États tiers (État tiers sûrs), pour cause de retour en vertu de Dublin II ou sur la base d'autres motifs formels. Dans la mesure où il s'agit de personnes qui ont besoin de protection, elles relèvent de la compétence du HCR. Si ces personnes remplissent les conditions de l'article 2(2) de la directive, seuls des mécanismes de protection très restreints s'appliquent, de sorte que le risque de refoulement ne peut être exclu. Dans ces cas, un renvoi ne devrait être exécuté que si l'accès à une procédure d'asile et, le cas échéant, à une protection effective, est garanti dans l'État concerné.

7. Dans sa prise de position relative à la directive sur le retour, le HCR a accueilli favorablement la référence au principe de non-refoulement. Il convient toutefois de signaler que dans la pratique, étant donné l'absence de mesures de protection procédurales explicites à l'égard des personnes ayant besoin de protection, le risque de refoulement persiste. Le HCR souligne à cet égard que les dispositions de la directive sont des standards minimaux et que les dispositions nationales plus favorables et conformes aux obligations et normes internationales sont toujours compatibles avec la directive.

## **B. Droit à un conseil juridique et à une représentation légale gratuits**

8. Selon le HCR, le droit à une assistance juridique et à une représentation juridique est un mécanisme de protection important, d'autant plus dans les complexes procédures d'asile européennes. Ne connaissant pas en détail les motifs de reconnaissance du statut de réfugié ni le système juridique du pays étranger, les requérants d'asile ne sont souvent pas en mesure de formuler correctement les éléments essentiels de leur demande sans l'appui de conseillers qualifiés. Une assistance judiciaire et une représentation de qualité sont de surcroît dans l'intérêt des États, dans la mesure où elles peuvent contribuer à une identification précoce des besoins de protection internationale. Ceci accroît l'efficacité et la qualité des décisions de première instance. De plus, des dispositions adéquates devraient être prévues pour les requérants d'asile présentant des besoins spécifiques, tels les enfants non accompagnés ou les victimes de torture ou d'autres

---

<sup>8</sup> Cf. notamment Comité exécutif du HCR (EXCOM) in *Conclusion No. 12 (XXIX) 1978 Effet extraterritorial de la détermination du statut de réfugié*, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c462c.html>.

expériences traumatisantes, les personnes qui présentent un handicap, qui nécessitent en général un soutien supplémentaire, entre autres juridique<sup>9</sup>.

9. Le HCR constate que la Suisse ne fournit à l'heure actuelle pas de protection juridique garantie par l'État. Cette tâche est principalement assurée par les œuvres d'entraide et les centres de conseil, la situation et les capacités variant fortement d'un canton et d'un centre d'accueil à l'autre. Les moyens financiers à disposition des centres de conseil étant en constante diminution, il pourrait en résulter des déficits de capacité supplémentaires, ce qui réduirait encore l'accès à une assistance juridique gratuite. Or l'article 13 de la directive dispose que les ressortissants de pays tiers ont la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et une assistance linguistique (paragraphe 3) et que les États membres veillent à ce que l'assistance juridique soit accordée gratuitement (paragraphe 4). Il renvoie à ce sujet aux conditions correspondantes de la directive « procédure » de l'UE.

10. L'article 13 paragraphe 4, qui porte sur la garantie d'un conseil et/ou d'une représentation juridiques gratuits, est explicitement mentionné dans les dispositions finales de la directive, ce qui dénote l'importance primordiale de cette norme. En ce qui concerne l'article 13 alinéa 4, la Commission étudie en particulier l'impact financier et administratif supplémentaire pour les États membres. Ce lien direct entre la représentation gratuite et les charges qu'elle engendrera pour les États peut être interprété en ce sens que l'article 13 a été formulé dans le but de créer un conseil et une représentation juridiques paneuropéens, étatiques et gratuits. Le fait qu'un délai distinct, plus long, ait été prévu pour la mise en œuvre de cette règle et que les États membres soient tenus de communiquer immédiatement le libellé de ces dispositions à la Commission montre également l'importance particulière accordée à la mise en place de ce mécanisme de protection.

11. Le HCR regrette que le projet de loi soumis à consultation ne contienne aucune disposition garantissant une protection juridique étatique et recommande d'inclure une telle disposition dans la loi.

---

<sup>9</sup> HCR, *Commentaires provisoires du HCR sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres* (Document du Conseil 14203/04, Asile 64, 9 novembre 2004), 10 février 2005, disponible à : cf. note 5.

## Remarques sur les modifications de loi proposées

12. Le projet prévoit de modifier la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) et la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi) comme suit :

### C. Décision de renvoi

#### **Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)**

##### **Article 64 Décision de renvoi**

<sup>1</sup> Les autorités compétentes rendent une décision de renvoi de Suisse à l'encontre d'un étranger dans les cas suivants (6 I):

- a. il n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu;
- b. il ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5);
- c. son autorisation est refusée, révoquée ou n'a pas été prolongée.

<sup>3</sup> La décision visée à l'al. 1, let. a et b peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours sur la restitution de l'effet suspensif.

##### **Article 64a Renvoi en vertu des accords d'association à Dublin**

<sup>2</sup> La décision de renvoi peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours sur la restitution de l'effet suspensif.

##### **Article 64b Décision de renvoi notifiée au moyen d'un formulaire type (nouveau)**

<sup>1</sup> La décision de renvoi est notifiée à la personne concernée au moyen d'un formulaire type lorsqu'elle est entrée illégalement en Suisse (12 III).

##### **Article 64d Délai de départ et exécution immédiate (nouveau)**

<sup>1</sup> La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable de sept à trente jours (7 I). Un délai de départ plus long est imparté ou le délai de départ est prolongé lorsque des circonstances particulières telles que la situation familiale ou la durée du séjour le justifient (7 II).

<sup>2</sup> Le renvoi peut être immédiatement exécutoire ou un délai de départ de moins de sept jours peut être fixé lorsque:

- f. la personne concernée est renvoyée en vertu des accords d'association à Dublin (art. 64a).

## Loi sur l'asile (LAsi)

### Article 45 titre et alinéas 2 et 3 (nouveaux) Décision de renvoi

<sup>2</sup> La décision de renvoi est assortie d'un délai de départ raisonnable de sept à trente jours (7 I). Un délai de départ plus long est imparti lorsque des circonstances particulières telles que la situation familiale ou la durée du séjour le justifient (7 II).

13. Le HCR se félicite que, contrairement à l'actuel article 64 LEtr, l'article 64 du projet ne permette plus une expulsion sans conditions formelles mais au contraire exige une décision de renvoi, ce qui ouvre également la possibilité de recourir contre une telle décision. Le droit à une protection juridique effective est inscrit à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la directive sur le retour exige de manière similaire, en son article 13, une protection juridique « effective ».

14. Le HCR relève que le délai de recours de cinq jours est lui aussi court et pourrait poser des difficultés pratiques, en particulier lorsque des personnes se trouvent déjà dans les cantons et que l'accès à une représentation juridique et à une assistance linguistique<sup>10</sup> est entravé dans certaines situations.

15. Le HCR signale en outre que le système de Dublin ne prévoit pas de délai de départ, ce qui est également indiqué dans l'aide-mémoire de l'Office fédéral des migrations à ce sujet<sup>11</sup>. Ceci signifie que les personnes relevant de la compétence d'un autre État Dublin doivent, *de facto*, être conduites immédiatement vers l'État compétent. Le HCR considère que, dès lors qu'aucun effet suspensif n'est prévu, les personnes doivent être autorisées à rester sur le territoire de l'État qui rend la décision au moins jusqu'à l'expiration du délai de recours et, en cas de demande d'effet suspensif, jusqu'à ce qu'il ait été statué à ce sujet.

16. Le HCR considère par ailleurs que les décisions devraient en principe être assorties de l'effet suspensif, d'autant plus en cas de retour dans le pays d'origine dans lequel une violation de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être exclue (même si celui-ci figure sur les listes nationales d'États tiers sûrs). Ce point de vue est confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>12</sup>. Lorsque le délai de recours est bref, l'effet suspensif est particulièrement important pour les décisions de renvoi car, à défaut, le droit à un conseil et une représentation juridiques serait fortement restreint. Si les arguments invoqués contre un renvoi devaient se fonder sur des besoins de protection, les exceptions à l'effet suspensif ne devraient être permises que

<sup>10</sup> Concernant la problématique de la langue, cf. *infra* chapitre D.

<sup>11</sup> BFM Dublin Office, *Vorgehen bezüglich Entscheideröffnung und Wegweisungsvollzug im Dublin-Verfahren; Merkblatt für die kantonale Behörden*, 5 mars 2009.

<sup>12</sup> *Jabari c. Turquie*, Requête n° 40035/98, Conseil de l'Europe : Cour européenne des droits de l'homme, 11 juillet 2000, disponible à : [www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6dac.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6dac.html) ; cf. ég. : Conseil de l'Europe : Comité des ministres, *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, 1<sup>er</sup> juillet 2009, disponible à : <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec%282009%291062/4.5&Language=lanFrenc h&Ver=app6&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorL ogged=FDC864>.

dans des cas définis de manière très restrictive et il devrait toujours être possible de demander la suspension de la décision d'exécution<sup>13</sup>. Là aussi, les requérants devraient pouvoir demeurer dans le pays jusqu'à la décision relative à l'effet suspensif.

17. Le HCR recommande en outre que, lorsque des renvois sont prononcés en application du concept d'« État tiers sûr », l'État qui admet la personne soit informé que la requête n'a pas encore fait l'objet d'une décision sur le fond et qu'il lui soit demandé des garanties relatives à l'accès à une procédure d'asile équitable et enfin qu'il prenne en considération les besoins des personnes vulnérables.

18. Le HCR déplore par ailleurs que, contrairement au libellé de l'article 7 paragraphe 2 de la directive, l'obligation de tenir compte des circonstances particulières telles que l'existence d'enfants scolarisés ou d'autres liens familiaux et sociaux ne soit pas ancrée dans le projet<sup>14</sup>.

## E. Interdiction d'entrée sur le territoire

### Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

#### Article 67 Interdiction d'entrée

<sup>1</sup> L'office interdit l'entrée en Suisse à un étranger frappé d'une décision de renvoi dans les cas suivants (11 I):

- a. aucun délai de départ n'a été fixé (art. 64d, al. 2);
- b. il n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti.

<sup>3</sup> L'interdiction d'entrée est prononcée pour une durée maximale de cinq ans. Elle peut être prononcée pour une durée plus longue lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (11 II).

#### Article 64a Renvoi en vertu des accords d'association à Dublin

<sup>2</sup> La décision de renvoi peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours sur la restitution de l'effet suspensif.

<sup>13</sup> *Observations du HCR sur la proposition de la Commission européenne de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM (2005) 391 final)*, disponible à : cf. note 5.

<sup>14</sup> Pour plus d'explications sur la notion de situation familiale, cf. chapitre « Enfants non accompagnés ou séparés de la personne qui en a la garde ».



**Article 64d Délai de départ et exécution immédiate (nouveau)**

<sup>2</sup> Le renvoi peut être immédiatement exécutoire ou un délai de départ de moins de sept jours peut être fixé lorsque:

- f. la personne concernée est renvoyée en vertu des accords d'association à Dublin (art. 64a).

19. Initialement, il n'était pas prévu que la directive sur le retour soit applicable aux cas Dublin II. Leur intégration dans les mêmes normes crée des problèmes en ce qui concerne la coordination des articles 64a, 64d alinéa 2 let. f et article 67 car un tel rattachement signifierait que les requérants d'asile remis à un autre pays en vertu de la Convention de Dublin se voient automatiquement infliger une interdiction d'entrée, valable dans tout l'espace Schengen. En cas de reconnaissance, les autres États seraient dans tous les cas contraints de consulter les autorités suisses au sujet de l'interdiction d'entrée, conformément à l'article 11(4) de la directive sur le retour et à l'article 25 de la convention d'application de l'accord de Schengen, ce qui impliquerait aussi des charges administratives considérables. Le HCR encourage donc, si les décisions Dublin devaient malgré tout être incluses dans cette loi d'application de la directive sur le retour, de renoncer à l'art. 64d al. 2 let. f. L'article 67 devrait à tout le moins contenir une exception pour les décisions Dublin prévues à l'art. 64d al. 2 let. f. Comme évoqué plus haut, le HCR indique par ailleurs qu'il serait nécessaire d'introduire une norme supplémentaire selon laquelle, en cas de reconnaissance par un État, tous les autres États parties seraient obligés de reconnaître la révocation de l'interdiction d'entrée prononcée par un État membre ou de procéder eux-mêmes à une telle révocation.

20. S'agissant du retour dans d'autres pays, l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>15</sup> consacre le droit de toute personne à chercher asile et à bénéficier de l'asile dans d'autres pays et aux termes de l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>16</sup>, le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne. Le HCR souhaite à cet égard rappeler que, lorsque la situation d'un individu dans son pays d'origine ou le profil ou les activités de cet individu changent de sorte à faire naître un besoin de protection internationale, cette personne doit aussi avoir, effectivement et d'un point de vue réaliste, la possibilité de chercher asile dans un État, que ce soit auprès d'une ambassade ou à une frontière. Aucune interdiction d'entrée ne devrait en outre être prononcée à l'encontre de personnes dont les demandes d'asile ont été rejetées pour des motifs purement formels. Il devrait exister au moins une procédure permettant de révoquer une interdiction d'entrée aux postes-frontières, dans les aéroports et auprès des

<sup>15</sup> Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, disponible à : <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>.

<sup>16</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/C 364/01), disponible à : [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf).

représentations à l'étranger, en particulier dans les cas de situations familiales ou d'autres circonstances humanitaires<sup>17</sup>.

## D. Langue

### **Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)**

#### **Article 64f Traduction de la décision de renvoi (nouveau)**

<sup>1</sup> L'autorité compétente veille à ce que la décision de renvoi soit traduite sur demande par écrit ou par oral dans une langue comprise par la personne concernée ou dont on peut supposer qu'elle la comprend (12 II). Une décision de renvoi notifiée au moyen d'un formulaire type selon l'art. 64b ne fait l'objet d'aucune traduction. La personne concernée se voit remettre une feuille d'informations contenant des explications sur la décision de renvoi (12 III).

### **Loi sur l'asile (LAsi)**

#### **Article 45 titre et alinéas 2 et 3 (nouveaux) Décision de renvoi**

<sup>3</sup> Le requérant d'asile reçoit une feuille d'informations contenant des explications relatives à la décision de renvoi (12 II).

21. Dans le contexte de la procédure d'asile, où le témoignage des individus a une importance particulièrement déterminante, une communication effective avec les requérants d'asile est la condition fondamentale d'une procédure d'asile juste et équitable. Bien que cette communication ne doive pas impérativement avoir lieu dans la langue préférée par le requérant d'asile, elle devrait se dérouler dans une langue que la personne comprend et non « dont on peut supposer qu'elle la comprend ». Le HCR considère indispensable de fournir aux requérants d'asile des informations qu'ils soient effectivement à même de comprendre. Les suppositions selon lesquelles les requérants d'asile parlent ou comprennent la langue officielle de leur pays d'origine pourraient s'avérer erronées. Par principe, compte tenu de la nécessité de prévenir les obstacles connus, les pays d'asile devraient déployer tous les efforts nécessaires à cet effet<sup>18</sup>.

22. Le HCR relève que la formulation de l'article 64f concernant la compréhension de la langue, « comprise par la personne concernée ou dont on peut supposer qu'elle la comprend », n'offre pas une garantie suffisante qu'un requérant d'asile comprenne effectivement le contenu de la décision de renvoi. Il convient en outre de veiller à ce que la langue utilisée ne soit pas trop technique mais au contraire adaptée au requérant.

---

<sup>17</sup> UNHCR, *UNHCR Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 16 juin 2008, disponible à : cf. note 5.

<sup>18</sup> UNHCR, *Summary of UNHCR's Provisional Observations on the Proposal for a Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for Granting and Withdrawing Refugee Status*, 22 mars 2005, disponible à : [www.unhcr.org/refworld/docid/4249292c4.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/4249292c4.html).

23. Le HCR prend connaissance dans ce contexte du fait qu'en Suisse, contrairement à la procédure de renvoi du droit des étrangers, toute personne reçoit aujourd'hui déjà, au début de la procédure d'asile, une feuille d'informations traduite en plus de 50 langues et contenant notamment un chapitre relatif à la procédure de renvoi<sup>19</sup>. Le HCR souhaite signaler à ce propos qu'il est certainement difficile pour les requérants d'asile, d'une part en raison du contenu juridique de la feuille d'informations et d'autre part à cause de l'intervalle de temps qui s'écoule entre la remise de cette feuille et l'exécution du renvoi, de comprendre tout le sens et la portée des démarches entreprises à leur encontre et, le cas échéant, d'y réagir.

## F. Enfants non accompagnés ou séparés de la personne qui en a la garde

### Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

#### Article 64 décision de renvoi

<sup>4</sup> Les autorités cantonales compétentes désignent immédiatement une personne de confiance chargée de représenter, au cours de la procédure de renvoi, les intérêts de l'étranger mineur non accompagné (10 I).

#### Article 69 alinéas 3 et 4 (nouveaux)

<sup>4</sup> Avant de renvoyer ou d'expulser un étranger mineur non accompagné, l'autorité compétente s'assure qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil dans l'Etat de retour (10 II).

24. En référence à la terminologie de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>20</sup>, le HCR estime préférable d'employer le terme « enfant », qui désigne toute personne n'ayant pas encore atteint 18 ans révolus, plutôt que celui de « mineur ». Le HCR renvoie à ce propos en outre à la terminologie employée au niveau international, laquelle distingue entre enfants non accompagnés et enfants séparés (« unaccompanied children » et « separated children »). Le terme « non accompagné » s'applique ainsi aux enfants qui ne sont accompagnés d'aucun adulte tel que leurs père et mère, parents, curateurs légaux ou autres personnes responsables. « Séparé » signifie en revanche que l'une des personnes susnommées peut accompagner l'enfant mais n'a pas la possibilité, la volonté ou la capacité de s'occuper de l'enfant à long terme<sup>21</sup>. Le HCR propose donc de reprendre ces deux termes dans la terminologie de la loi.

<sup>19</sup> Explications en vue de la procédure de consultation, p. 18, disponible à : [http://www.schweizerpass.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/ueb\\_ernahme\\_rueckfuehrungsrichtlinie/20090526-ber-f.pdf](http://www.schweizerpass.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/ueb_ernahme_rueckfuehrungsrichtlinie/20090526-ber-f.pdf).

<sup>20</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, disponible à : <http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm>.

<sup>21</sup> UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4200d8354.pdf>. Cf. ég. : Save the Children, UNHCR, Separated Children in Europe Programme Statement of Good Practice: Third Edition, 2004, Section A, page 2 ; UNHCR, UNICEF, ICRC, IRC, Save the Children (UK), World Vision: « Principes

25. Le HCR constate que le texte de loi proposé, contrairement à la directive sur le retour, ne fait aucune mention de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 64 alinéa 4 dispose certes qu'une personne de confiance est immédiatement chargée de représenter, au cours de la procédure de renvoi, les intérêts de l'enfant non accompagné ou séparé de la personne qui en a la garde mais cette formulation ne semble pas satisfaire aux conditions de la Convention relative aux droits de l'enfant, dont l'article 3 exige que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Selon le HCR, la personne de confiance qui se voit attribuer un enfant ne doit pas être le représentant légal ou la représentante légale qui en assure la représentation dans la procédure d'asile. Cette règle vise à garantir que l'enfant ait à sa disposition l'expertise nécessaire tant pour l'aspect social que juridique d'une procédure<sup>22</sup>. En outre, dans la mesure où cela est nécessaire, une même personne devrait assurer le suivi de l'enfant durant tout son séjour en Suisse et il convient d'éviter les changements.

26. Le HCR est par ailleurs d'avis que des dispositions spéciales pour les enfants sont indispensables avant même les mesures de protection nécessaires évoquées ci-dessus. Les enfants devraient ainsi en principe avoir la possibilité d'entrer sur le territoire d'un État et donc d'accéder à une procédure d'asile ordinaire et ils devraient être exclus de l'application de la notion d'État tiers sûr.

27. En outre, le HCR juge préoccupant que le projet permette la remise d'enfants non accompagnés ou séparés de la personne qui en a la garde à des structures d'accueil, sans définir aucune exigence précise relative à une telle institution ni inclure d'obligation claire de nommer une personne de confiance pour l'enfant. Le HCR considère donc que des garanties supplémentaires devraient être prévues pour les enfants<sup>23</sup>.

---

directeurs inter-agences relatifs aux enfants non-accompagnés ou séparés de leur famille », Genève 2003, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4113abc14.html>.

<sup>22</sup> UNHCR, *UNHCR Comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Directive laying down minimum standards for the reception of asylum-seekers (COM (2008)815 final of 3 December 2008)*, 13 mars 2009, disponible à : [www.unhcr.org/refworld/docid/49ba8a192.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/49ba8a192.html); Cf. ég., *Comité des droits de l'enfant, Observation Générale No. 6 : « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine »*, CRC/GC/2005/6, 1<sup>er</sup> septembre 2006, disponible à : <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2005/6>.

<sup>23</sup> Cf. *Comité des droits de l'enfant, Observation Générale No. 6 : « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine »*, CRC/GC/2005/6, 1<sup>er</sup> septembre 2006, disponible à : <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2005/6>.

## G. Détention

### Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

#### Article 79 Durée maximale de la détention

La détention en phase préparatoire et la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visées aux art. 75 à 77 ainsi que la détention pour insoumission visée à l'art. 78 ne peuvent excéder six mois au total (15 VI). La durée maximale de la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée pour une durée déterminée qui ne dépassera pas douze mois, et six mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans, lorsque (15 VI a et b):

- a. la personne concernée ne coopère pas avec l'autorité compétente;
- b. l'obtention des documents nécessaires au départ auprès d'autres États non-signataires de l'accord d'association à Schengen prend du retard.

#### Article 81 Conditions de détention

<sup>3</sup> La forme de la détention doit prendre en compte les besoins des personnes à protéger, des mineurs et des familles. A cet égard, il faut notamment tenir compte des art. 16 et 17 de la directive sur le retour.

28. Comme exposé précédemment, la détention en vue du renvoi pourrait concerner deux groupes de personnes relevant de la compétence du HCR : les requérants d'asile dont la demande n'a pas encore été examinée sur le fond et les personnes qui déposent une demande d'asile alors qu'elles sont déjà détenues en vue d'être renvoyées.

29. Le HCR considère que le principe directeur du Comité exécutif sur la question de la détention des requérants d'asile répond aux hésitations 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'État dans lequel ils ont l'intention de demander asile, ou sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public*<sup>24</sup> ». Dès lors que le renvoi dans un autre État est prévu sous Dublin II ou vers un État cité comme sûr, le fait qu'il s'agit d'un requérant d'asile devrait être pleinement pris en considération.

30. Le HCR prend connaissance que la durée maximale de détention pour les adultes a été adaptée à la directive sur le retour, passant ainsi de 24 à 18

<sup>24</sup> Comité exécutif du HCR (EXCOM) in *Conclusion No. 44 (XXXVII) 1986, Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile*, disponible à : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c4634>.

mois et signale à ce propos que la détention doit toujours être considérée comme l'*ultima ratio* et ne doit être ordonnée qu'après que toutes les alternatives, telles que par exemple les mesures de surveillance, aient été entièrement épuisées<sup>25</sup>. Alors que la directive sur le retour consacre ce principe en son article 15, selon lequel des ressortissants d'État tiers ne doivent être placés en détention que si aucune autre mesure suffisante, mais moins coercitive, ne peut être appliquée efficacement dans le cas particulier, une telle précision fait défaut dans le projet. En particulier les cas dans lesquels aucune procédure matérielle relative au statut de réfugié n'a été menée ou dans lesquels une demande d'asile est encore pendante, il convient de prendre en considération qu'il s'agit encore de requérants d'asile, lesquels pourraient être des réfugiés, quand bien même l'asile ou un autre titre de séjour ne leur serait pas accordé en Suisse.

31. Au sujet de la détention d'enfants mineurs, le HCR est d'avis que les enfants qui ne sont ni accusés d'infractions pénales ni n'ont été condamnés pour une telle infraction ne devraient pas être placés en détention<sup>26</sup>. La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant ne prévoit la détention d'un enfant que comme mesure de dernier recours à appliquer pour une durée aussi courte que possible, ce qui est également inscrit à l'article 17 de la directive sur le retour. Or une durée de détention pouvant atteindre 12 mois semble largement au-delà de cette stricte nécessité.

## H. Contrôle du renvoi ou de l'expulsion (monitoring)

### Loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

#### Article 71a Contrôle du renvoi ou de l'expulsion (nouveau)

Le Conseil fédéral règle le contrôle du renvoi ou de l'expulsion selon l'article 8 alinéa 6 de la directive sur le retour.

32. Une surveillance systématique et indépendante de la sécurité et du bien-être des personnes renvoyées du territoire des États membres de Schengen fait actuellement défaut. Le HCR recommande d'instaurer des mécanismes de surveillance effectifs afin de pouvoir évaluer l'efficacité des garanties contenues dans la directive et dans les lois nationales<sup>27</sup>. Le HCR note que le Conseil fédéral élabore en ce moment un système de surveillance

<sup>25</sup> UNHCR, *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile*, 26 janvier 1999, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3c2b3f844.html>.

<sup>26</sup> Cf. à ce sujet : Comité des droits de l'enfant, *Observation Générale No. 6 : « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine »*, CRC/GC/2005/6, 1<sup>er</sup> septembre 2006, disponible à : <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2005/6> ; Comité exécutif du HCR (EXCOM) in *Conclusion No. 107 (LVIII) 2007 Conclusion sur les enfants dans les situations à risque*, disponible à : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/471897325.html>.

<sup>27</sup> *Observations du HCR sur la proposition de la Commission européenne de directive relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM (2005) 391 final)*, disponible à : cf. note 5. De tels mécanismes sont également recommandés dans les « *Vingt principes directeurs sur le retour forcé* » adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, CM (2005) 40 final, 9 mai, Principe 20, « Contrôle et recours ».



et qu'il tiendra compte, dans ce cadre, de l'évaluation faite par la Commission européenne et les États membres de Schengen. Le HCR déplore que, dans ce contexte, la présence d'observateurs externes lors de retours forcés ait été rejetée par le Conseil national.<sup>28</sup>

33. Du point de vue du HCR, un mécanisme de surveillance serait important, notamment en cas de renvoi d'enfants, afin de garantir que ces derniers ne deviennent pas victimes de traite d'êtres humains ni ne soient exposés à d'autres formes d'abus. Le contrôle ne devrait ainsi pas se limiter au transfert mais s'étendre au-delà de celui-ci.

34. Un tel contrôle indépendant contribuerait également à garantir le respect du principe de non-refoulement. Ceci vaut tant dans les cas où des personnes sont conduites dans des « États tiers sûrs » que pour les retours dans le pays de provenance. Un contrôle efficace serait d'autant plus indiqué lors de l'application du principe d'État tiers sûr, étant donné que les réglementations sur les États tiers sûrs n'obligent pas contractuellement l'État d'accueil mais sont au contraire édictées unilatéralement.

## **Conclusions**

35. La mise en œuvre de la directive sur le retour implique des personnes relevant de la compétence du HCR tant dans les cas Dublin que dans d'autres cas où aucune décision matérielle n'a été rendue sur le statut de réfugié.

36. Le HCR prie la Suisse de tenir explicitement compte du caractère extraterritorial d'une reconnaissance de la qualité de réfugié dans sa législation. Ceci découle du caractère international de la qualité de réfugié et a notamment été confirmé entre autres par le Comité exécutif dans sa Conclusion No. 12.

37. Le HCR regrette que le projet de loi proposé ne contienne aucune norme garantissant une protection juridique étatique et recommande d'intégrer une telle disposition dans la législation.

38. En outre, le HCR relève qu'un délai de recours de cinq jours est court et pourrait engendrer, en pratique, des difficultés, lorsque l'exercice du droit à une représentation juridique et à une assistance linguistique est entravé. De l'avis du HCR, une protection juridique efficace implique que les décisions de renvoi soient en principe assorties de l'effet suspensif. Dans la mesure où aucun effet suspensif n'est prévu, les personnes devraient être autorisées à demeurer sur le territoire national au moins jusqu'à l'expiration du délai de

---

<sup>28</sup> *Approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la Communauté européenne concernant la reprise de la directive sur le retour (développement de l'acquis de Schengen) Explications en vue de la procédure de consultation*, p. 14, disponible à : cf. note 7.

recours et, si une demande d'effet suspensif a été déposée, jusqu'à droit connu sur celle-ci.

39. Le HCR estime qu'un renvoi ne devrait être exécuté que si l'accès à une procédure d'asile et, le cas échéant, à une protection effective est garanti dans l'État concerné. Il recommande par conséquent qu'en cas d'application de la notion d'« État tiers sûr » ou lorsque la demande n'a pas fait l'objet d'une décision matérielle pour toute autre raison, l'État qui admet le requérant d'asile soit informé qu'aucune décision sur le fond n'a encore été rendue sur la demande et qu'il lui soit demandé des garanties diplomatiques quant à l'accès à une procédure d'asile équitable et à la prise en compte des besoins des personnes vulnérables.

40. En ce qui concerne les problèmes évoqués au paragraphe 19 qui pourraient surgir dans le cadre d'une coordination des articles 64a, 64d alinéa 2 lettre f et article 67 en lien avec les interdictions d'entrer sur le territoire, le HCR encourage à renoncer à reprendre l'art. 64d al. 2 let. f dans la mesure où les décisions Dublin devraient être incluses dans cette mise en œuvre de la directive sur le retour (bien que ce ne soit pas prévu dans la directive elle-même). L'article 67 devrait à tout le moins contenir une exception applicable aux décisions Dublin visées à l'article 64d al. 2 let. f.

41. Le HCR signale que la formulation de l'article 64f relative à la langue « comprise par la personne concernée ou dont on peut supposer qu'elle la comprend » n'offre pas de garantie suffisante que le requérant d'asile comprenne effectivement le contenu de la décision de renvoi. Le HCR relève que les requérants d'asile auront certainement des difficultés, d'une part en raison du contenu juridique de la feuille d'informations et d'autre part à cause de l'intervalle de temps qui s'écoule entre la remise de cette feuille et l'exécution du renvoi, à comprendre tout le sens et la portée des démarches entreprises à leur encontre et, le cas échéant, d'y réagir.

42. Le HCR considère qu'en cas d'interdiction d'entrée, il serait nécessaire, afin de garantir l'accès à la procédure d'asile, d'introduire une norme supplémentaire selon laquelle, en cas de reconnaissance par un État, tous les autres États parties seraient obligés de reconnaître la révocation d'une interdiction d'entrée prononcée par un État membre ou de procéder eux-mêmes à une telle révocation. Il devrait exister au moins une procédure permettant de révoquer une interdiction d'entrée aux postes-frontières, dans les aéroports et auprès des représentations à l'étranger, en particulier dans les cas de situations familiales ou d'autres circonstances humanitaires.

43. Le HCR recommande de renforcer la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de faire du bien-être de l'enfant une « considération primordiale » dans toutes les mesures le concernant. Le HCR incite à l'inscrire explicitement dans la législation. La personne de confiance ne devrait par



ailleurs pas être celle qui est chargée de représenter l'enfant en procédure et il convient d'éviter les changements.

44. Le HCR signale par en outre que la détention doit en principe toujours être considérée comme l'*ultima ratio* et ne doit être ordonnée que si toutes les alternatives, telles que par exemple les mesures de surveillance, ont été totalement épuisées. S'agissant de requérants d'asile dont la demande n'a pas été traitée dans une procédure matérielle, il y a en principe lieu de tenir compte du fait qu'il pourrait s'agir de réfugiés. De plus, la durée maximale de détention de 12 mois pour les enfants requérants d'asile semble contraire au principe selon lequel ceux-ci ne doivent être placés en détention que dans des cas extrêmes et pour la durée la plus courte possible.

45. Le HCR recommande d'instaurer des mécanismes de surveillance effectifs et indépendants afin d'évaluer l'efficacité des garanties contenues dans la directive et dans les lois nationales. De tels mécanismes se justifient d'autant plus que les personnes concernées pourraient encore être des requérants d'asile. Pour les enfants également, de tels mécanismes seraient particulièrement indiqués afin de s'assurer qu'ils ne soient pas exposés à la traite d'êtres humains ni à d'autres formes d'abus.

Septembre 2009

Bureau du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein