

Berne, le 8 septembre 2010

Modification d'ordonnance concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) et à la modification de la loi fédérale sur les étrangers (contrôle automatisé aux frontières, conseillers en matière de documents, système d'information MIDES)

Position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR

1 Situation générale

Suite aux adaptations législatives correspondant à la mise en œuvre de la directive du Parlement et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (directive sur le retour)¹ – sur lesquelles l'OSAR s'est déjà prononcée le 17 août 2009² – la seconde étape concerne à présent la procédure de consultation sur la modification d'ordonnance, en cours jusqu'au 15 septembre 2010.

Il s'agit là d'une nouvelle étape du développement de l'acquis de Schengen, la Suisse s'étant engagée à procéder aux adaptations des lois et ordonnances nécessaires jusqu'au 12 janvier 2011. Sont notamment concernées l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE; RS 142.281), l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1; RS 142.311) et l'ordonnance 3 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (OA 3; RS 142.314).

Weyermannsstrasse 10
Case postale 8154
CH-3001 Berne

Pour les colis:
Weyermannsstrasse 10
CH-3008 Berne

T ++41 31 370 75 75
F ++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch

CCP 30-16741-4
Compte dons
CCP 30-1085-7

¹ 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, www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/AmtsblattEU.pdf.

² Cf. Prise de position de l'OSAR, www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/prises-de-positions/prise-de-position-sur-la-mise-en-oeuvre-de-la-directive-sur-le-retour-du-17-aout-2009.

Cette mise en œuvre entraîne certains changements intéressants quant à l'indépendance du contrôle du renvoi ou de l'expulsion (art. 71a P-LEtr) et les décisions de renvoi (art. 64ss P-LEtr), qui doivent conduire à l'amélioration de la situation juridique des personnes concernées. Le suivi effectif des opérations de renvoi renforce la responsabilité de ceux qui sont chargés de les mettre en œuvre. Tout en considérant qu'un renvoi ne peut être justifié que suite à une procédure d'asile équitable qui examine proprement les risques de persécutions en cas de retour, l'OSAR considère comme primordial la création d'un système de contrôle efficace permettant d'assurer le bon déroulement des renvois forcés et de protéger au mieux les droits humains.

2 Contrôle du renvoi

Le point central de la reprise de la directive sur le retour concerne la mise en œuvre d'un **monitoring indépendant** en matière de renvoi forcé. Dans ses diverses prises de positions, l'OSAR appelle depuis longtemps la mise en place d'un système efficace de contrôle des retours forcés, conformément à l'art. 8 para. 6 de la directive sur le retour. A l'instar de plusieurs autres organisations visant à protéger les droits humains, l'OSAR considère que la mise sur pied d'un système de monitoring indépendant correspond le mieux à cette exigence. Cette réglementation sera nouvellement réglée dans l'Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE; RS 142.281).

2.1 Indépendance et étendue du contrôle

Projet du DFJP, nouvel art. 15f OERE	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 15f Etendue des contrôle (art. 71a, al. 1 LEtr) (nouveau)</p> <p>1 Le contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne a lieu dans le cas de vols spéciaux (art. 5, al. 3).</p> <p>2 Le contrôle porte sur les phases suivantes:</p> <p>a. la conduite de la personne concernée à l'aéroport;</p> <p>b. la prise en charge policière à l'aéroport (organisation au sol);</p> <p>c. le vol;</p> <p>d. l'arrivée à l'aéroport de destination et la remise des personnes concernées aux autorités de l'Etat de destination.</p>	<p>Art. 15f Etendue des contrôle (art. 71a, al. 1 LEtr) (nouveau)</p> <p>1 Le contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne a lieu dans le cas de vols spéciaux (art. 5, al. 3) et de vol.</p> <p>21 Le contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne porte sur les phases suivantes:</p> <p>a. la conduite de la personne concernée à l'aéroport; en cas de détention, à partir de la cellule où la personne est retenue.</p> <p>b. la prise en charge policière à l'aéroport (organisation au sol);</p> <p>2 Dans le cas de vols spéciaux (art. 5, al. 3), le contrôle porte également sur:</p>

	<p>a. le vol;</p> <p>b. l'arrivée à l'aéroport de destination et la remise des personnes concernées aux autorités de l'Etat de destination.</p> <p>3 En cas d'échec lors de l'exécution du renvoi, le contrôle porte sur le vol retour en Suisse, la prise en charge à l'aéroport et la conduite de la personne concernée jusqu'à la remise aux autorités du canton d'attribution.</p>
--	---

L'indépendance du contrôle du renvoi ou de l'expulsion est vitale, et l'OSAR se réjouit que le Département fédéral de Justice et Police (DFJP) n'ait finalement pas favorisé une solution interne aux autorités (art. 71a P-LEtr). Il suit de la sorte les standards du Conseil de l'Europe formulés dans les vingt Principes directeurs sur le retour forcé.³ L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (FRONTEX) appuie également la présence d'observateurs indépendants durant toute la durée du renvoi.⁴ A cet égard, les propositions au niveau de l'Union européenne insistent sur l'indépendance du contrôle des opérations de retour forcé, qui doit en outre couvrir l'ensemble de l'opération de retour conjointe, de la phase précédant le départ à la remise des personnes renvoyées dans le pays de retour.⁵

Concernant l'étendue des contrôles, l'OSAR salue le fait que le contrôle ne porte pas uniquement sur le vol, mais commence par la conduite de la personne à l'aéroport jusqu'à la remise aux autorités de l'Etat de destination (art. 15f P-OERE). Toutes les phases des vols spéciaux seront ainsi observées. De tels systèmes sont déjà fonctionnels au Luxembourg depuis 2007 par l'intermédiaire de la Croix-Rouge et d'une certaine manière en Allemagne et aux Pays-Bas (depuis 2008 avec la Commission indépendante). L'OSAR estime par ailleurs que les phases qui précèdent le vol pour un renvoi dans un vol de ligne devraient également faire l'objet d'un contrôle régulier.

Il est prévu que le contrôle systématique commencera lors de la conduite à l'aéroport. **La phase précédent le renvoi est souvent décisive.** Au sujet des lieux de détention avant le renvoi et d'après les Principes directeurs énoncés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, les autorités nationales devraient s'assurer que les personnes en détention dans ces locaux peuvent contacter des avocats, des médecins, des ONG, les membres de leur famille et le HCR et qu'elles puissent maintenir des contacts avec le monde extérieur. Ceci découle de l'art. 5 para. 4 de la CEDH. «En outre, le fonctionnement de ces locaux devrait faire l'objet d'un contrôle régulier, y compris par des organes de contrôle indé-

³ «Principes directeurs sur le retour forcé» adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, CM (2005) 40 final, 9 mai 2005, Principe directeur 20, «Contrôle et recours».

⁴ FRONTEX, Best practices for the Removal of Illegally Present Third-country Nationals by Air, Amendment II, Warsaw, novembre 2009, p. 21.

⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 portant création de l'agence FRONTEX, COM(2010) 61 final, Bruxelles, le 24 février 2010, p. 27.

pendants reconnus». ⁶ L'OSAR invite les autorités à suivre ces recommandations à la lettre et respecter systématiquement toutes les garanties y relatives. Des disparités existent en Suisse entre les centres de détention cantonaux. Certains connaissent des mécanismes de contrôle régulier (par ex. les visites de la Commission détention administrative de la LSDH à Frambois) tandis que d'autres prisons sont peu accessibles (par ex. lors d'une détention en vue du renvoi à Frauenfeld).

Comme mentionné ci-dessus, l'OSAR est d'avis que **le transport vers l'aéroport d'une personne pour un renvoi par vol de ligne doit également faire l'objet d'observations**. Il est indéniable que la nécessité d'un contrôle pour un vol régulier avec passagers à bord diffère sensiblement de ce qui est requis pour un vol spécial. La présence dans les vols de lignes n'est certes pas absolument indispensable. Toutefois, la procédure à l'aéroport pour des renvois de catégorie 1 ou 2 n'est à l'heure actuelle que très peu transparente. L'expérience d'un contrôle au sol permettant d'analyser les préparatifs pour un renvoi, spécialement le trajet vers l'aéroport (à partir du moment où la personne est cherchée dans sa cellule lors de détention administrative) jusqu'à l'embarquement serait ici un moyen efficace d'ouvrir la boîte noire qui s'est progressivement créée. Pour un renvoi de la catégorie 1, le comportement de la personne renvoyée et son intention de s'opposer au renvoi est encore très peu prévisible. Pour un renvoi de la catégorie 2, un essai a toutefois déjà échoué et l'accompagnement policier nécessite un contrôle au sol. En effet, les préparatifs à l'aéroport et l'escorte policière prévue apparaissent comme source potentielle de violations, incitant à prévoir un système de monitoring.

L'OSAR recommande ainsi une **présence constante aux aéroports de Genève et Zürich**. D'après l'exemple allemand, un contact continu entre l'observateur et le personnel présent à l'aéroport permet à la longue d'optimiser l'exécution des renvois par l'instauration d'une certaine relation de confiance mutuelle. Le coût d'une telle présence ne serait en outre pas démesuré.

Lors d'une procédure de renvoi, il est déjà arrivé que celui-ci ne puisse être exécuté parfaitement et doive être interrompu ou annulé. ⁷ Il est alors nécessaire que le contrôle ne s'achève pas au moment de la suspension du renvoi, mais qu'il continue à se dérouler jusqu'au terme de la procédure, c'est-à-dire généralement lorsque la personne ne sera plus entre les mains des autorités chargées du renvoi à proprement parlé, la police qui prend en charge le vol ou les préparatifs à l'aéroport. Les personnes continuent en effet à être ligotées et la longueur de certains vols complique la situation. ⁸ L'objectif étant ici notamment d'éviter des errements dus à la frustration ou à l'agacement que pourrait occasionner l'échec de la tentative de renvoi.

⁶ «Principes directeurs sur le retour forcé» adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *ibid.*

⁷ Le 1^{er} vol spécial vers l'Afrique suite à l'interruption dû à la mort d'un nigérian en mars a vu le retour en Suisse de cinq ressortissants gambiens après un refus des autorités de les accueillir sur place. Voir à ce sujet l'article de la «NZZ am Sonntag» du 15 août 2010, «Afrika retour für Asylbewerber», www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/afrika_retour_fuer_asylbewerber_1.7212621.html.

⁸ Les «liens ont été un peu desserrés lors du vol retour» selon les propos du Directeur de l'ODM dans l'article du «Temps» du 25 août 2010, «Nous n'avons expulsé que des Sénégalais au Sénégal», www.letemps.ch/Page/Uuid/1e94b520-afc3-11df-ae8a-86ae5c06bf78/Nous_navons_expulsé_que_des_Sénégalais_vers_le_Sénégal.

2.2 Possibilité d'intervention

Projet du DFJP, nouvel art. 15g OERE	Proposition de l'OSAR
<p>Art. 15g Tâches confiées à des tiers (art. 71a, al. 2, LEtr)</p> <p>1 L'ODM peut mandater des tiers pour effectuer des tâches dans le cadre du contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne et peut conclure avec eux des conventions. Les tiers mandatés doivent être indépendants de tous les services impliqués dans les procédures relevant du droit des étrangers ou de l'asile ou dans l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.</p> <p>2 Les tiers mandatés sont exclusivement chargés d'assumer des tâches de surveillance et d'établir des rapports. Leur mission comprend:</p> <p>a. la surveillance de certaines phases d'un vol spécial;</p> <p>b. la participation à des séances de préparation;</p> <p>c. l'établissement de rapports réguliers à l'attention de l'ODM;</p> <p>d. la rédaction d'un rapport d'activité et de gestion annuel à l'attention du Département fédéral de justice et police et de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police.</p>	<p>Art. 15g Tâches confiées à des tiers (art. 71a, al. 2, LEtr)</p> <p>1 L'ODM peut mandater des tiers pour effectuer des tâches dans le cadre du contrôle du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne et peut conclure avec eux des conventions. Les tiers mandatés doivent être indépendants de tous les services impliqués dans les procédures relevant du droit des étrangers ou de l'asile ou dans l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.</p> <p>2 Les tiers mandatés sont exclusivement chargés d'assumer des tâches de surveillance et d'établir des rapports. Ils sont habilités à intervenir auprès du chef d'équipe pendant l'exécution du renvoi. Leur mission comprend:</p> <p>a. la surveillance de certaines phases d'un vol spécial et le respect des dispositions légales correspondantes;</p> <p>b. la participation à des séances de préparation;</p> <p>c. l'établissement de rapports réguliers à l'attention de l'ODM; des autorités chargées du renvoi ainsi que des organisations non gouvernementales spécialisées, des Eglises, de l'UNHCR et d'autres instances spécifiques concernées. L'échange avec ces dernières s'opère dans le cadre de rencontres trimestrielles confidentielles.</p> <p>d. la rédaction d'un rapport d'activité et de gestion annuel à l'attention du Département fédéral de justice et police et de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police et d'organisations non gouvernementales spécialisées mentionnées au paragraphe 2 lit. c.</p>

L'OSAR se soucie que la formulation de l'art. 15g ne mentionne que la *possibilité* de mandater des tiers, alors qu'un contrôle efficace *exige* l'indépendance. En vertu de l'art. 15g al. 1 in fine P-OERE, les tiers mandatés doivent être indépendants de tous les services impliqués dans les procédures relevant du droit des étrangers ou de l'asile ou dans l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.

L'OSAR salue particulièrement la rédaction de rapports réguliers par les observateurs. Cependant, dans le rapport explicatif, il est mentionné que «durant l'organisation du vol spécial et le vol lui-même, les tiers mandatés sont exclusivement chargés d'assumer des tâches de surveillance et d'établir des rapports. Ils ne participent pas activement au vol spécial et ne sont donc pas habilités à intervenir».⁹ Il est regrettable que les observateurs ne soient pas en mesure d'intervenir directement lors des cas graves. En ultime recours, par exemple dans le cas de violation des droits fondamentaux de la personne ou si la sécurité de la personne renvoyée ou du personnel exécutant est en danger, alors la possibilité d'intervention devrait être prévue. Une intervention à temps permet d'éviter une escalade de la situation pouvant aboutir au pire. Le rapport indique qu'ils doivent adresser leurs réclamations et observations au chef de l'équipe accompagnant le vol spécial.¹⁰ Ceci ne ressort cependant pas clairement du texte de l'ordonnance, et n'est présent que dans le rapport explicatif.

L'OSAR est d'avis que **la possibilité d'intervention auprès du chef de l'équipe soit inscrite** au minimum dans le texte de l'ordonnance (OERE), de la même manière par exemple que l'art. 30 al. 4 de la LAsi règle le cadre légal pour les ROE. Un mandat précisé au niveau de la Loi ou l'ordonnance assure le bon et continu rôle de l'observateur. Les travaux préparatoires sont certes des éléments d'interprétations non négligeables, mais l'OSAR considère que les intérêts juridiques en jeu sont à ce point importants (la dignité humaine, l'intégrité corporelle, la santé, etc.) qu'il est nécessaire d'ancrer ces éléments dans la loi ou l'ordonnance. Le législateur doit préciser les attributions et le pouvoir afin de garantir la pérennité et l'efficacité de ce mécanisme de contrôle.

L'OSAR considère également que l'ODM devrait s'engager à **prendre position** sur les violations des droits des personnes et autres observations communiquées au chef d'équipe ou dans le rapport. Un suivi doit être assuré afin d'optimiser l'utilité d'un tel contrôle. Pour des problèmes concrets, il faut des réponses concrètes. Sans ce retour des autorités responsables du déroulement du renvoi, les potentialités existantes dans la mise sur place du contrôle pour l'amélioration du processus ne seraient qu'à moitié exploitées.

Les **observateurs ont le droit d'assister à toutes les phases**. Toutefois, le rapport précise que la surveillance peut se limiter à l'une ou l'autre phase. L'OSAR s'interroge sur les raisons de cette limitation et sur qui aurait le pouvoir de décider de ces limitations. Au regard des dispositions présentées, il est prévu que la surveillance se fasse par des réclamations et observations au chef de l'équipe du vol spécial. Or, il n'y a pas de raison particulière d'exclure certains passages. C'est pourquoi l'OSAR est d'avis que la surveillance doit avoir lieu lors de toutes

⁹ Rapport de l'ODM relatif à la modification d'ordonnances dans le cadre de l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour et de la modification de la loi fédérale sur les étrangers, p. 3, www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1834/Bericht.pdf.

¹⁰ Ibid.

les phases du vol sans exception. Les observateurs devraient avoir accès à toutes les zones utilisées pour l'exécution d'un renvoi pour garantir le respect des droits de la personne.

Un dialogue constant avec tous les participants au cours de l'opération permet aussi d'éviter les malentendus et l'exécution plus sereine du renvoi. En Allemagne, la devise est de ne pas renvoyer à n'importe quel prix. Il ne s'agit pas d'analyser le pourquoi d'un renvoi, mais le comment. En effet, un renvoi coûte que coûte peut engendrer de la violence non proportionnée, dans le seul but d'exécuter une obligation. Dans ce pays, un renvoi peut dès lors être stoppé.

En premier lieu, la **formation** du personnel chargé de l'exécution est ici primordiale. Elle est le premier garant d'un renvoi exécuté dans le respect des droits fondamentaux et autres principes généraux. La Confédération devrait ainsi veiller à ce que les autorités qui exécutent le renvoi soient constamment formées et conscientes de leurs obligations et responsabilités. La sauvegarde de l'intérêt public ne doit pas être disproportionnée face à l'intérêt privé d'êtres humains. En ce sens, la présence d'un observateur avec droit d'intervention apporte une sécurité supplémentaire. Afin d'optimiser leur utilité, lesdits observateurs doivent eux aussi bénéficier de formations continues.

2.3 Etablissement de rapports

Il est prévu que pour chaque vol spécial suivi, les tiers mandatés pour le contrôle adressent un rapport à l'attention de l'ODM. Puis un rapport d'activité et de gestion annuel doit être remis entre les mains du Département fédéral de Justice et Police (DFJP) et de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP). Parallèlement, au niveau de l'Union européenne, afin de garantir que les opérations de retour forcé se déroulent dans la transparence et soient évaluées de façon cohérente, il est prévu que les rapports du contrôleur relatifs au respect du code de conduite soient transmis à la Commission et intégrés dans un mécanisme de rapports annuels.¹¹

L'établissement de rapport est nécessaire, mais la solution proposée n'est pas satisfaisante. L'OSAR avait déjà mentionné qu'un dialogue « ouvert » avec les acteurs spécialisés en la matière (représentant-e des œuvres d'entraide, UNHCR et/ou autres acteurs relevant dans le domaine ainsi que les autorités compétentes) devait se tenir, afin que les organisations spécialisées puissent être tenues au courant de l'application des renvois forcés et expulsions. En outre, les différents rapports relatant les observations devraient également être envoyés au Comité des Nations Unies contre la torture (CAT). Un objectif principal de ce monitoring est de rétablir la dignité humaine lors des renvois forcés pour tous les acteurs impliqués. L'OSAR est d'avis qu'une base permettant de confronter les idées et positions sur les informations recueillies est essentielle pour que le système soit efficace et préconise dès lors l'intronisation de réunions périodiques réunissant autour d'une même table des représentants de la société civile et les autorités pour discuter de ce qui a été observé.

¹¹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 portant création de l'agence FRONTEX, COM(2010) 61 final, Bruxelles, le 24 février 2010, p. 27.

A cette fin, l'OSAR recommande de prendre comme exemple le modèle d'un **forum de discussion** tel qu'il a par exemple été appliqué dans plusieurs *Länder* en Allemagne.¹² Celui-ci comprend des représentants non-gouvernementaux et des autorités et les conclusions des observateurs sur les renvois peuvent y être discutées librement.¹³ **Depuis l'intronisation de ce concept, la pratique des renvois par voie aérienne s'est nettement améliorée. Aucun cas mortel n'est survenu et les autorités ont pris goût au dialogue avec les organisations spécialisées.**

Les forums ont pour mandat de recevoir les rapports sur les événements et inconvénients survenus et d'en discuter. Ils n'ont pas de compétences exécutives. Ils interprètent et clarifient des états de fait, avec la possibilité de proposer des améliorations pour l'exécution des renvois à l'avenir. L'objectif n'est donc pas de discuter le bienfondé du renvoi, mais plutôt le procédé de l'exécution en analysant les mesures prises. Un comité mixte favoriserait alors une discussion yeux dans les yeux, de même qu'un accès identique aux informations de part et d'autre. Le caractère confidentiel de ces réunions serait également un garant de leur efficacité. Les informations n'atteindront donc pas inopinément l'espace public et pourront être traitées sans risquer de tomber dans les dérives de débats démagogiques.

Le projet présenté n'est pas suffisant. La transparence doit être mieux garantie. Il n'existe pas de raison supérieure de dissimuler les résultats d'un tel contrôle, méthode appliquée pour le fonctionnement du CICR ou de certains Comités internationaux, mais qui ne s'explique pas pour un suivi interne tel que préconisé en l'espèce. En effet, le regard de la société civile est ici important, afin d'expliquer le processus des renvois forcés et de crédibiliser le comportement des autorités lors de telles situations. Les zones d'ombres relatées dans la presse¹⁴ gagneront ainsi en visibilité. Il en va également de mettre en lumière le travail des agents de police chargés de l'exécution des décisions de renvoi ou d'expulsion. Par la présence d'observateurs neutres, ils seront mieux protégés contre des attaques injustifiées et autres accusations qui s'avèreraient manifestement infondées. Un dialogue social continu entre les autorités et les représentants de la société civile et des Eglises peut produire un niveau de transparence dans un domaine quasiment inaccessible aujourd'hui. Le tout en préservant le droit au respect de la vie privée et la présomption d'innocence, car le forum se réunit à huis clos.

¹² Par exemple à Hessen, Nordrhein-Westfalen ou Hamburg.

¹³ A l'aéroport de Düsseldorf, les observateurs ne rendent compte qu'au forum, qui comprend notamment des représentants du Ministère de l'intérieur et de l'exécutif régional, de la police de l'aéroport, des Eglises, de l'UNHCR, d'Amnesty International et d'autres organisations spécialisées.

¹⁴ Voir à ce sujet l'article du «Temps» du 25 août 2010, «Les zones d'ombres d'un 'vol spécial' vers l'Afrique», www.letemps.ch/Page/Uuid/1f2437ae-afc3-11df-ae8a-86ae5c06bf78/Les_zones_dombre_dun_vol_spécial_vers_lAfrique.

2.4 Personnel médical accompagnant

Proposition de l'OSAR

Art. 15h Personnel médical

1 Un encadrement médical a lieu lors du renvoi ou de l'expulsion par voie aérienne dans le cas de vols spéciaux.

2 Le personnel médical est habilité à intervenir lors de l'exécution du renvoi, en cas de menace à l'intégrité corporelle ou à la vie.

3 Un formulaire daté et signé est rempli par le personnel médical présent.

Après l'interruption des vols spéciaux suite à la mort le 17 mars 2010 d'un jeune nigérian détenu à l'aéroport de Zürich en vue de son renvoi¹⁵, l'ODM a repris progressivement les vols spéciaux en faisant appel pour chaque vol à une équipe médicale (médecin et ambulancier) pour assurer la surveillance et l'encadrement médicaux des personnes à renvoyer. Les cantons doivent quand à eux veiller à ce que la transmission des données médicales soit assurée.¹⁶ Il n'y a pourtant aucun socle légal spécifique sur lequel repose la nouvelle pratique de l'ODM. L'ODM s'est toutefois reposé sur cette nouvelle donne pour justifier la reprise des vols spéciaux. Les conclusions du rapport médical sur le décès du requérant d'asile nigérian démontrent la nécessité d'un contrôle suivi et efficace. Afin de ne pas aboutir au fait que cette réaction à un événement tragique soit trop éphémère, l'OSAR recommande d'inclure dans la loi un article spécial pour le personnel médical avec une possibilité d'intervention en cas de menace à l'intégrité corporelle ou à la vie.

D'après certaines informations parues dans la presse, le personnel médical n'était pas toujours identifiable.¹⁷ Or, l'OSAR trouve judicieux que la personne renvoyée puisse reconnaître le personnel médical lors de chaque vol. Aucune raison précise ne s'y oppose et l'effet sécurisant d'une telle présence permet de rassurer la personne renvoyée. Il serait en outre utile de concevoir un formulaire à remplir et signer par le docteur suite à chaque vol, intégrant les éventuelles interventions.

En 2005, le Comité contre la torture des Nations Unies (CAT) avait déjà recommandé aux autorités suisses de faire en sorte que des observateurs des droits de l'homme ou des médecins indépendants soient présents pendant tous les éloignements forcés par avion. En précisant que la Suisse devrait offrir également de façon systématique un examen médical avant les éloignements forcés par avion et, si la tentative échoue, après.¹⁸ Dans ses observations finales du 25 mai 2010, le CAT a récemment rappelé sa préoccupation quant au fait qu'il n'existe pas en Suisse de

¹⁵ Communiqué de presse de l'ODM du 18 mars 2010, www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/2010-03-18.html.

¹⁶ Communiqué de presse de l'ODM du 21 mai 2010, www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/2010-05-21.html.

¹⁷ Voir à ce sujet l'article du «Temps» du 25 août 2010, note 8 supra.

¹⁸ Comité contre la torture, Conclusions et recommandations, CAT/C/CR/34/CHE, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/424/93/PDF/G0542493.pdf?OpenElement>.

base légale qui prévoit la présence d'observateurs des droits de l'homme ou de médecins indépendants lors des rapatriements forcés par voie aérienne.¹⁹

L'agence FRONTEX préconise la présence de personnel médical pendant toute la durée de l'opération du renvoi, avant le départ et pendant le vol jusqu'au débarquement. Selon la destination, la présence d'un interprète à bord est également recommandée.²⁰

3 Durée maximale du séjour dans les CEP

Projet du DFJP, art. 16 al. 2 OA 1	Proposition de l'OSAR
2 La durée du séjour ne dépasse pas 90 jours. Pour de justes motifs, elle peut être prolongée de quelques jours.	Rejeter les modifications

Il est prévu d'augmenter de 60 à 90 jours la durée maximale du séjour d'un requérant d'asile dans les Centres d'enregistrement et de procédure (CEP). **L'OSAR est d'avis que cette modification proposée de l'ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1; RS 142.311) n'est pas judicieuse.**

Premièrement, la mise en œuvre de la directive sur le retour n'impose pas ce changement. Les autorités de l'asile tentent ainsi de maintenir les requérant-e-s d'asile dans une situation transitoire qui leur est désavantageuse.

Deuxièmement, au regard du rapport, l'objectif est de permettre de clore les procédures de non-entrée en matière Dublin et d'exécuter rapidement les décisions Dublin depuis les CEP. Or, les délais pour la prise et la reprise en charge inscrits dans le Règlement de Dublin ne permettent et ne permettront pas, la plupart du temps, le renvoi depuis le CEP. La pratique montre que les renvois sont souvent effectués vers la fin des délais prévus par le système Dublin, plusieurs mois après la demande d'asile. La compétence est souvent déterminée tacitement par le simple écoulement du délai de réponse par l'Etat requis. La Suisse dispose ensuite de six mois pour procéder au transfert. De plus, un canton d'attribution sera toujours chargé d'organiser l'exécution du renvoi.

L'OSAR craint ainsi que les requérant-e-s d'asile voient leurs séjours aux CEP prolongés dans l'espoir de procéder directement à un renvoi, mais soient par la suite tout de même attribués à un canton après 90 jours.

Ces situations seraient problématiques à plus d'un titre. En effet, les CEP sont déjà peut adaptés pour accueillir des personnes pour 60 jours, il n'est pas raisonnablement concevable à l'heure actuelle de passer à 90 jours. Il est certes prévu que cela constitue l'exception, mais la loi ne prévoit pas spécifiquement les cas

¹⁹ Ibid.

²⁰ FRONTEX, Best practices for the Removal of Illegally Present Third-country Nationals by Air, Amendment II, Warsaw, novembre 2009, p. 12.

de figure applicable. Les conditions d'accueil au sein des CEP ne sont pas optimales. Pour tirer un exemple de la pratique à l'heure actuelle, les femmes et enfants sont stationnés dans un abri de la protection civile au Tessin, car le CEP de Chiasso est surchargé. D'autres CEP souffrent régulièrement de surpopulation. Il est d'ailleurs inscrit dans le rapport qu'une généralisation du prolongement de la durée de séjour se heurterait aux capacités d'hébergement limitées des CEP.

En outre, plus les requérant-e-s d'asile sont mis rapidement dans une situation stable, mieux ils se porteront. Le fait de rester longtemps dans un Centre d'enregistrement et de procédure peut rendre leur situation plus difficile à l'arrivée dans le canton d'attribution. Au regard des droits de l'enfant, l'intégration rapide dans un cursus scolaire est par exemple préconisée. L'accès à l'éducation doit être garanti à partir du moment où l'enfant se trouve sous la juridiction de la Suisse. A ce titre, même lorsque le renvoi est pendant, l'art. 14 para. 1 let. c de la directive oblige expressément les Etats de veiller à garantir l'accès à un système éducatif. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être préservé.

L'incertitude quant à la durée du séjour dans les CEP rend également plus difficile l'accès aux bureaux de consultations juridique et le travail de ces derniers. Les bureaux de consultations stationnés aux alentours des CEP doivent avoir une idée claire de la situation afin d'éviter que la surcharge liée à certaines restructurations ne devienne trop importante. A l'heure actuelle, les possibilités d'adaptation sont plutôt restreintes. Une attribution rapide au canton permet de partager plus efficacement le travail avec les conseils juridiques cantonaux.²¹

4 Décision de renvoi

L'art. 6 de la directive sur le retour prévoit l'obligation de rendre une décision de retour. La section 2b P-OERE précise certains points. La procédure de renvoi informelle, qui est en partie encore en usage, sera en principe supprimée.²² Du point de vue de la sécurité juridique, l'OSAR salue le fait que les décisions de renvois doivent être formalisées. Il n'est plus possible de procéder à un renvoi sans respecter une procédure standard. Ce qui permet d'éviter des cas de figure aux marges de la légalité. Le processus doit ainsi être clarifié, la coordination facilitée et la protection contre la discrimination et l'arbitraire renforcée. Toutefois, ce serait contreproductif en cas d'aboutissement à une systématique trop rigide qui ne tiendrait pas compte des spécificités individuelles et des exceptions liées au contexte humanitaire ainsi que des obligations découlant des droits fondamentaux de la personne humaine.

D'une manière générale, l'OSAR est d'avis que **les décisions devraient être traduites** afin que les garanties de procédure puissent être effectivement respectées. Selon l'art. 26d OERE, la feuille d'information remise avec le formulaire type doit être traduite au moins dans les cinq langues les plus fréquemment utilisées ou comprises par les étrangers entrés illégalement. Cette solution n'est pas suffisante et la

²¹ A noter que les bureaux de consultations sont financés principalement par les œuvres d'entraide et les Eglises.

²² Rapport de l'ODM relatif à la modification d'ordonnances dans le cadre de l'approbation et la mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour et de la modification de la loi fédérale sur les étrangers, p. 4.

Confédération ne devrait pas se contenter du minimum et traduire largement ces feuilles d'information générale. Ceci ressort également des résultats de la consultation publiés en septembre 2009. Certains cantons et organisations préconisent par ailleurs une traduction massive, par analogie à la pratique en vigueur pour la procédure d'asile (aide-mémoire, notice pour les migrants).²³

En effet, la compréhension d'une décision permet d'éviter des débordements éventuels liés à des malentendus. Tant la possibilité de déposer un recours – propre à l'état de droit – que les bases légales et surtout les conséquences du non-respect d'un départ devraient être clairement présentées. Ce sont des prérequis pour une procédure équitable et transparente. Une personne qui se voit notifier une décision dans une langue qu'elle ne connaît pas avec une feuille d'information dans une autre langue inconnue à ses yeux aura sans doute plus de difficulté à accepter sa situation. Une décision comprise, même défavorable, est propice à favoriser l'entendement et le bon déroulement de la procédure de renvoi. Elle permet également de réparer des erreurs qui peuvent survenir dans le processus décisionnel par l'entremise des moyens juridique à disposition pour attaquer le vice éventuel.

Par ailleurs, afin de clarifier la disposition de l'article 26a P-OERE, la mention des motivations et voies de recours devrait figurer expressément dans le texte sur la teneur de la décision de renvoi. En effet, l'article 12 para. 1 de la directive sur le retour indique distinctement que les décisions doivent indiquer les motifs de faits et de droits et comporter des informations relatives aux voies de recours disponibles.

5 Systèmes d'information et protection des données

Les systèmes d'information exploités par l'ODM sont listés sous l'art. 1a de l'Ordonnance 3 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (OA 3; RS 142.314). Une des principales nouveautés du projet réside dans l'art. 1i P-OA 3, qui traite du système d'information destiné aux centres d'enregistrement et de procédure et aux logements dans les aéroports (MIDES). L'annexe 5 fournit une liste de toutes les données personnelles enregistrées dans MIDES avec indication des droits d'accès correspondants et des modes de traitement autorisés. L'OSAR remarque que les droits d'accès sont nombreux. Le rapport informe que l'ODM fixera dans un règlement sur le traitement des données les mesures organisationnelles et techniques à prendre pour éviter le traitement non autorisé des données.

L'OSAR est d'avis qu'au regard de l'importance des intérêts juridiques en jeu, la protection des données est d'autant plus fondamentale pour les personnes en vue de leur renvoi. Vu le caractère sensible des données, les droits d'accès et le traitement des données devraient être réglés de manière restrictive. En outre, les droits d'accès devraient faire l'objet d'un réexamen régulier afin d'être révisés cas échéant. Le rôle d'inspection du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence pourrait être étudié ici pour gagner en importance.

²³ ODM, Résultats de la consultation relative à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et la CE concernant la reprise de la directive CE sur le retour (directive 2008/115/CE) (développement de l'acquis de Schengen), septembre 2009, www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1724/Ergebnis.pdf.

6 Conseillers en matière de documents

Selon le projet, la section 10a de l'Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visa (OEV; RS 142.204) traitera des conseillers en matière de documents.

Il est prévu que le DFJP doit pouvoir conclure des accords sur le recours aux services de conseillers en matière de documents. Cette disposition s'applique autant pour l'intervention de conseillers suisses à l'étranger que pour celle de conseillers étrangers en Suisse. Leur tâche est d'assister les compagnies aériennes, les autorités locales de contrôle et le personnel de la représentation suisse lors du contrôle des documents et des personnes. Toutefois, la forme que doivent revêtir ces accords n'est pas précisée et reste donc encore ouverte.

L'OSAR note la terminologie utilisée dans la directive et la mise en œuvre. Il ne doit pas s'agir d'un contrôleur, mais uniquement d'un conseiller. L'OSAR insiste sur le fait que son rôle de simple assistance ne devrait pas être détourné.

Richard Greiner, Susanne Bolz, Service juridique de l'OSAR