

11 décembre 2017

# Avocat-e de permanence en matière de mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers: la gestion d'une audience devant le TAPI et les incontournables de la jurisprudence

**Brice Van Erps**

Avocat, membre de la Commission des Droits de l'Homme de l'ODA

**Roxane Sheybani**

Avocate, membre de la Commission des Droits de l'Homme de l'ODA

# PLAN

1. Législation applicable aux mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers
2. Examen du dossier et griefs
3. Gestion de la procédure: Procédure orale et Procédure écrite
4. Jurisprudences essentielles en matière de mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers
5. Procédure Dublin
6. Interaction avec l'expulsion pénale

# 1. Législation applicable

## a) Droit international:

- Règlement Dublin III,
- Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (**CEDH**, RS 0.101),
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (**Pacte ONU II**, RS 0.103.2),

## b) Droit national:

- Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (**LEtr** ; RS 142.20) ,
- Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (**LAsi** ; RS 142.31)

## c) Droit cantonal:

- Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (**LaLEtr** ; F 2 10),
- Loi genevoise de procédure administrative du 12 septembre 1985 (**LPA** ; E 5 10)

# 1. Législation applicable

## a) Droit international:

- **Règlement Dublin III:** Règlement (UE) n° 604/213 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride.

# 1. Législation applicable

## a) Droit international:

- **Convention européenne des droits de l'Homme:** Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (**CEDH** ; RS 0.101)

Art. 2 : droit à la vie

Art. 3 : interdiction de la torture

Art. 5 : garantie du droit à la liberté et à la sûreté

Art. 6 : droit à un procès équitable

Art. 8 : droit au respect de la vie privée et familiale

Art. 13 : droit à un recours effectif devant un tribunal

Art. 14 : interdiction de toute discrimination

# 1. Législation applicable

## a) Droit international:

- **Pacte ONU II**: Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (**Pacte ONU II** ; RS 0.103.2)

Art. 9 : garantie du droit à la liberté personnelle

Art. 10 : réglementation de la détention

Art. 13 : « *Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* ».

# 1. Législation applicable

## b) Droit national : LEtr et LAsi

### **Décision de renvoi**

Art. 64 al. 1 LEtr: L'OCPM rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre:

- a. d'un étranger qui n'a pas d'autorisation alors qu'il y est tenu;
- b. d'un étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse (art. 5);
- c. d'un étranger auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé.

Dans certains cas, une décision formelle de renvoi n'est pas nécessaire (art. 64c LEtr)

# 1. Législation applicable

## b) Droit national: LEtr et LAsi

### **Voie de droit pour 64 al. 1 lit. a et b**

#### Art. 64 al. 2 LEtr:

- délai de recours: 5 jours ouvrables suivant la notification
- pas d'effet suspensif
- l'autorité de recours statue dans les 10 jours sur la restitution de l'effet suspensif.



# 1. Législation applicable

b) Droit national: LEtr et LAsi

**Voie de droit pour 64 al. 1 lit. c: art. 30 al. 1 PA**

**Attention! Si réfugié, pas de feries (art. 17 al. 1 LAsi)**

# 1. Législation applicable

## b) Droit national: LEtr

### **Décision de renvoi Dublin**

Art. 64a al. 1 LEtr: Le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) rend une décision de renvoi à l'encontre de l'étranger séjournant illégalement en Suisse, lorsqu'un autre Etat lié par l'un des accords d'association à Dublin (al. 4) est compétent pour conduire la procédure d'asile en vertu des dispositions du règlement (CE) n° 343/2003.

### **Voie de droit**

Art. 64a al. 2 LEtr: Cette décision est sujette à recours dans les 5 jours qui suivent sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. Le TAF statue dans les 5 jours.

# 1. Législation applicable

## b) Droit national : LEtr

### **Etat de renvoi**

Art. 69 al. 2 LEtr :

Si l'étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix.

L'étranger doit avoir un titre de séjour valable pour le pays en question.

# 1. Législation applicable

- c) Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142. 20)

## Mesures de contrainte

### **art. 73 à 82 LEtr**

Rétention (art. 73)	Restrictions à la liberté de mouvement (art. 74)	Détention (art. 75, 76, 76a, 77 et 78)
------------------------	--	--

# Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITIONS	DUREE
<u>Rétention</u>	Art. 73	Notification de la décision, vérification de l'identité	Pas de droit de séjour	3 jours
<u>Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée</u>	Art. 74	Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée  + garantir l'exécution du renvoi	let. a : pas de droit de séjour + trouble à la sécurité et à l'ordre publics  let. b : décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force  let. c : l'exécution du renvoi ou de l'expulsion a été reportée	

# Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Détention en phase préparatoire</u>	Art. 75	Garantir l'exécution du renvoi pendant la préparation de la décision	Pas de droit de séjour  + motif de détention (ex. plusieurs identités)	18 mois (art. 79 LEtr)
<u>Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion</u>	Art. 76	Garantir l'exécution du renvoi	Décision notifiée  + renvoi prévisible  + motif de détention (ex. risque de passage à la clandestinité)	18 mois (art. 79 LEtr)

# Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITIONS	DUREE
<u>Détention</u> dans le <u>cadre de la</u> <u>procédure</u> <u>Dublin</u>	Art. 76a	Garantir l'exécution du renvoi dans l'Etat Dublin responsable	Décision de renvoi + renvoi prévisible + motifs de détention	- 7 sem. (76a III lit. a) - 5 sem. (76a III lit. b) - 6 sem. (76a III lit. c) - 6 sem. prolongeable jusqu'à 3 mois (76a IV)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de <b>non- collaboration</b> à l'obtention des documents de voyage	Art. 77	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de renvoi exécutoire + n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti + l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage	60 jours

# Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEtr	BUT	CONDITION	DUREE
<u>Détention pour insoumission</u>	Art. 78	Garantir l'exécution du renvoi	Décision entrée en force  + comportement personnel rend impossible l'exécution du renvoi  + détention en vue du renvoi ou de l'expulsion non admise  + pas de mesure moins contraignante possible.	18 mois (art. 79 LEtr)



## 2. Examen du dossier

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **Délai de 96 heures:**

= délai prévu pour l'examen de la légalité de la mise en détention administrative (art. 80 al. 2 et 78 al. 4 LEtr)

le délai commence à courir dès le début de la détention pour des motifs de droit des étrangers,

et non au moment de la notification de l'ordre de mise en détention !

## 2. Examen du dossier

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **L'exécutabilité du renvoi** :

Art. 80 al. 6 let. a Letr

Raisons juridiques ou matérielles.

Exemples:

impossibilité définitive d'établir l'identité de l'administré ;  
absence de papiers d'identités ou laissez-passer idoines ;  
absence de vol spécial dans le cas d'un administré refusant de collaborer (Arrêt 2C\_473/2010, du 25 juin 2010 notamment) ;  
absence d'accord de réadmission avec l'Etat de destination.

## 2. Examen du dossier

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **Le non refoulement** :

Cette garantie essentielle se recoupe en réalité avec celle de l'exécutabilité du renvoi (art. 80 al. 6 lit. a LETr) puisqu'elle consiste en une impossibilité juridique de l'exécuter.

C'est le cas lorsque la personne serait exposée à un danger pour sa vie ou son intégrité corporelle (Arrêt du TF 2C\_935/2011 du 7 décembre 2011).

Cette garantie doit également être examinée dans le cadre d'une procédure Dublin (ACEDH, *M.S.S. c/ Belgique et Grèce*, requête n° 30696/09, 21 janvier 2011).

## 2. Examen du dossier

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **La proportionnalité** :

Art. 36 Cst: La détention doit apparaître nécessaire et propre à atteindre le but visé.

La durée de la détention, envisagée dans son ensemble, doit apparaître proportionnée (ATF 133 II 97 ; 130 II 56).

Plus la détention se prolonge, plus les exigences sont accrues.

# 3. Gestion de la procédure

## Procédure orale:

### Avant l'audience

- Contacter le client et lui rendre visite au client à Frambois ou Favra
- Prendre les devants et les mesures qui s'imposent pour la régularisation du client si elle apparaît possible
- Clairement informer le client de la suite de la procédure et de son droit de recourir contre la décision qui sera rendue

### Durant l'audience

- Prendre des conclusions claires !
- Se présenter, tenue correcte, se lever lorsque l'on prend la parole
- Ne pas oublier que l'on est une partie à égalité avec l'OCPM/ l'Officier de police
- Ne pas hésiter à poser des questions au client / à l'autorité
- Produire des pièces (certificats médicaux), solliciter éventuellement l'audition de témoins

# 3. Gestion de la procédure

## Procédure écrite (art. 80 al. 3 LEtr):

- Disponibilité
- S'assurer du consentement écrit du client pour le principe de la procédure écrite
- Téléphoner et/ou rendre visite au client à Frambois ou Favra pour connaître sa position
- Produire des pièces (certificats médicaux)
- Prendre les devants et les mesures qui s'imposent pour la régularisation du client si elle apparait possible
- Faxer la prise de position du client au TAPI dans les délais impartis par ce dernier
- Si le renvoi ne peut être exécuté dans les 8 jours, la procédure orale, doit avoir lieu au plus tard 12 jours après l'ordre de mise en détention (garantie de l'examen judiciaire complet)

# 3. Gestion de la procédure

- Suivi de la cause (voies de recours et prolongations ultérieures)

## 4. Jurisprudence – motifs invoqués lors de la mise en détention

- **Soustraction à l'expulsion / refus d'obtempérer aux instructions des autorités :**

TF 2C\_142/2013 du 1<sup>er</sup> mars 2013 consid. 4.2 *in fine*:

Le seul fait de ne pas quitter le pays dans le délai imparti n'est pas suffisant, pris individuellement, pour admettre un motif de détention.



## 4. Jurisprudence – motifs invoqués lors de la mise en détention

- Fuite / disparition

Art. 76 al. 1 let. b ch. 3 et 4 LEtr

TF 2C\_935/2011 du 7 décembre 2011, consid. 3.3.

Le juge de la détention doit établir un pronostic, en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêtera son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies.

## 4. Jurisprudence – détention pour insoumission

ATF 135 II 105 consid. 2.2.1 p. 106

Le but de la détention pour insoumission est de pousser un étranger tenu de quitter la Suisse à changer de comportement, lorsqu'à l'échéance du délai de départ, l'exécution de la décision de renvoi entrée en force ne peut être assurée sans la coopération de celui-ci malgré les efforts des autorités.

La seule probabilité que le détenu, sur la base de l'art. 78 LEtr, continue à refuser de collaborer ne suffit pas à prolonger la détention pour insoumission.

La mise en liberté du détenu dépend en théorie de sa seule volonté d'accepter son renvoi.

# 4. Jurisprudence – délai et légalité

## **TF 2C\_207/2016 du 2 mai 2016**

Contexte:

Recours au TAF en application de l'art. 80a al. 1 lit. a LEtr.

Le TF relève que la durée de deux semaines séparant le dépôt du recours et l'arrêt est supérieure à celle découlant des art. 80a al. 2 LEtr et 109 al. 3 et 5 LAsi. Dès lors, elle est contraire aux art. 31 al. 4 Cst et 5 § 4 CEDH.

Le TF estime également que la détention ne repose sur aucune base légale, puisqu'il n'existe aucun élément concret permettant de penser que l'intéressé essaierait de se soustraire à son transfert (art. 76a al. 1 lit. a LEtr), précisant que le simple fait qu'un autre Etat Dublin soit compétent ne suffit pas pour retenir un tel risque.

## 4. Jurisprudence - subsidiarité

**ATF 142 II 1 = TF 2C\_383/2015 du 22 novembre 2015:**

Une interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEtr) est une mesure de contrainte. Elle va moins loin que la détention administrative, mais a également pour but d'exercer une certaine pression.

## 4. Jurisprudence

**TF 2C\_974/2013 du 11 novembre 2013**

L'entame d'un jeûne de protestation ne constitue pas, en soi, un motif susceptible de conduire à la libération de l'intéressé, à condition toutefois que ce jeûne soit encadré médicalement.

## 4. Jurisprudence - proportionnalité

### **ATF 135 II 105 consid. 2.2.2**

Le refus explicite de collaborer de la personne concernée est un indice important, mais d'autres éléments entrent aussi en compte.

En particulier, le comportement de l'intéressé, la possibilité qui lui est offerte de mettre concrètement lui-même fin à sa détention s'il coopère, ses relations familiales ou le fait qu'en raison de son âge, son état de santé ou son sexe, il mérite une protection particulière, jouent un rôle dans l'examen de ce critère

## 4. Jurisprudence

- Menace sérieuse (art. 75 al. 1 let. g)

**TF 2C\_293/2012 du 18 avril 2012**

Comme la loi exige une menace sérieuse ou une mise en danger grave de la vie ou de l'intégrité corporelle d'autres personnes, il faut que le comportement répréhensible revête une certaine intensité. Les infractions, y compris en relation avec les stupéfiants, qui apparaissent comme des cas bagatelles ne suffisent pas.

Il faut en outre faire un pronostic pour déterminer si, sur la base des circonstances connues, il existe un risque sérieux que d'autres mises en danger graves se reproduisent.

## 4. Jurisprudence

- Menace sérieuse (art. 75 al. 1 let. g)

**TF 2C\_293/2012 du 18 avril 2012 (suite)**

Un tel pronostic s'impose tout particulièrement en matière de stupéfiants, lorsqu'une procédure pénale a démontré que l'étranger s'est livré à un trafic de drogues dures, mais qui ne portait que sur de faibles quantités.

En présence d'un petit dealer qui n'a été condamné qu'une fois pour un trafic d'une faible quantité de stupéfiants (même de drogues dures), il convient d'examiner l'ensemble des circonstances, afin de former un pronostic sur le risque de réitération. Ce n'est qu'en présence d'indices **concrets** en ce sens que l'on peut retenir pour l'avenir une grave mise en danger de la vie ou de l'intégrité d'autres personnes, ce qui est la condition à une mise en détention en phase préparatoire au sens de l'art. 75 al. 1 let. g LEtr.



## 4. Jurisprudence

- Nouvelle mise en détention

**TF 2C\_281/2016 du 23 mai 2016**

Une nouvelle mise en détention de l'intéressé dans le cadre de la même procédure n'est possible que lorsqu'existe un changement déterminant de circonstances.

# 4. Jurisprudence CEDH

## Arrêt M.S.S. contre Belgique et Grèce rendu le 21 janvier 2011 (n° 30696/09)

Dans cet arrêt, la CourEDH a condamné:

- la Grèce pour violations de l'art. 3 CEDH (conditions de détention et d'existence) et de l'art. 13 combiné à l'art. 3 CEDH (défaillance de la procédure d'asile, pas d'examen sérieux des risques et pas de recours effectifs), et
- la Belgique pour avoir transféré le requérant vers la Grèce, l'exposant ainsi à un risque de violation de l'art. 3 CEDH, et pour ne pas lui avoir assuré un recours effectif contre la décision de transfert (art. 13 combiné avec les articles 2 et 3 CEDH).

# 4. Jurisprudence CEDH

## Conséquences de l'Arrêt M.S.S. contre Belgique et Grèce

Juridiquement, l'Arrêt M.S.S. c/ Belgique et Grèce oblige tout Etat partie au Règlement Dublin à examiner les risques de violation de la CEDH en cas de renvoi Dublin.

# 4. Jurisprudence CEDH

## Arrêt Tarakel contre Suisse rendu le 4 novembre 2014

La Cour a conclu qu'il y aurait violation de l'art. 3 CEDH dans le cas où les autorités suisses renverraient les requérants, un couple de ressortissants afghans et leurs six enfants, en Italie.

Il ne s'agit pas d'une condamnation de la Suisse.

La Cour conclut que les renvois Dublin de personnes vulnérables vers l'Italie constituent une violation de la CEDH.

# 4. Jurisprudence CEDH

## Situation au pays de renvoi

Pour déterminer la situation dans le pays de renvoi, il est nécessaire de se référer aux rapports de l'OSAR, HRW, Amnesty ou encore MSF (*liste non exhaustive*).

# 5. DUBLIN III

- Qu'est-ce qu'un «cas Dublin III»?
- Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membres responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte). Ce texte est entré en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> juillet 2015 (RS 0.142.392.68, RO 2008 515).

# 5. DUBLIN III

## Critères Dublin:

- Unité familiale
- Lieu de résidence légale
- Point d'entrée
- Lieu d'introduction de la demande
- Dérogations

# 5. DUBLIN III

Art. 76a et 80a LEtr:

Le cas de détention Dublin, quelques spécificités



# 6. Interaction avec l'expulsion pénale

Arrêt CJCA ATA/1465/2017 du 3 novembre 2017

# DES QUESTIONS ?

Me Brice Van Erps

[bve@philippecurrat.ch](mailto:bve@philippecurrat.ch)

022 346 52 74

Me Roxane Sheybani

[roxane.sheybani@msslaw.ch](mailto:roxane.sheybani@msslaw.ch)

022 715 08 08