

19 octobre 2020

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

Arnaud Moutinot

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

Brice Van Erps

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

PLAN

- 0. Aperçu des mesures de contrainte
- I. Rétention
- II. Restrictions à la liberté de mouvement
- III. Détentions
 - a. En phase préparatoire (75 LEI)
 - b. En vue du renvoi (76 LEI)
 - c. Dans le cadre des accords Dublin (76a LEI)
 - d. Non-collaboration à l'obtention des documents de voyage (77 LEI)
 - e. Pour insoumission (78 LEI)
- IV. Griefs principaux
- V. Gestion de la procédure
- VI. Jurisprudence
- VII. Sources

Mesures de contrainte

art. 73 à 82 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142. 20)

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

0. Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEI	BUT	CONDITIONS	DUREE
Rétention	Art. 73	Notification de la décision, vérification de l'identité	Pas de droit de séjour	3 jours
Assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée	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	

0. Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEI	BUT	CONDITION	DUREE
Détention en phase préparatoire	Art. 75	Garantir l'exécution du renvoi pendant la préparation de la décision sur le séjour	Pas de droit de séjour + motif de détention (ex. plusieurs identités)	6 mois (art. 75 al. 1 LEI)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion	Art. 76	Garantir l'exécution du renvoi	Décision de première instance de renvoi ou d'expulsion notifiée + renvoi prévisible + motif de détention (ex. risque de passage à la clandestinité)	18 mois (art. 79 LEI)

0. Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEI	BUT	CONDITIONS	DUREE
Détention dans le cadre de la procédure Dublin	Art. 76a	Garantir l'exécution du renvoi dans l'Etat Dublin responsable	Décision de renvoi + renvoi prévisible + motifs de détention + refus persistant de monter à bord	- 7 sem. (al. 3 lit. a) - 5 sem. (al. 3 lit. b) - 6 sem. (al. 3 lit. c) - 6 sem. - possibilité jusqu'à 3 mois (al. 4)
Détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration 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

0. Aperçu des mesures de contrainte

MESURE	BASE LEI	BUT	CONDITION	DUREE
Détention pour insoumission	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 LEI)

I. Rétention (Art. 73 LEI)

But : Retenir jusqu'à 3 jours la personne pour lui notifier une décision sur le titre de séjour ou établir son identité.

Conditions: La personne n'est pas en titulaire d'un titre de séjour.

Al. 5 la rétention peut être contrôlée, sur requête, par le TAPI.

II. Restriction à la liberté de mouvement (Art. 74 LEI)

But : Tenir à disposition de l'autorité en vue d'un renvoi. Subsidaire à la détention.

Une interdiction de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEI) est une mesure de contrainte. Elle va moins loin que la détention administrative, mais a également pour but d'exercer une certaine pression. (ATF 142 II 1)

Art. 74 Conditions

3 conditions alternatives:

- 1) La personne n'est pas titulaire d'un titre de séjour (Cf. Condition de 73 LEI) et cause un trouble à l'ordre public.
- 2) Décision de renvoi/expulsion entrée en force et des éléments concrets font redouter que la personne ne quittera pas la Suisse dans le délai imparti ou ne l'a pas quitté dans un délai déjà imparti.
- 3) L'exécution du renvoi/expulsion a été reportée.

Art. 74 LEI : Trouble à l'ordre public:

« Pour définir le trouble ou la menace de la sécurité ou de l'ordre public, il suffit de se fonder sur la notion très générale de la protection des biens par la police. Des indices concrets de délits commis dans le milieu de la drogue suffisent, de même que la violation grossière des règles classiques de la cohabitation sociales » (TF 2C_330/2015 du 26 novembre 2015, consid. 2.1 et réf.)

Art. 74 LEI : Décision de renvoi / expulsion entrée en force

Décision de renvoi doit être entrée en force

Décision de renvoi : Art. 64 LEI,

Let. a : la personne n'a pas d'autorisation de séjour

Let. b : la personne ne remplit pas / plus les conditions d'entrée en Suisse.

Recours : 5 jours ouvrables, pas d'effet suspensif.

Let. c : Décision de refus, de révocation ou absence de prolongation du titre de séjour.

Recours : Selon droit applicable. **Art. 17 al. 1 Lasi, pas de feries en droit d'asile**

Décision de renvoi : Art. 64a al. 1 LEI (Dublin)

Recours : 5 jours ouvrables, TAF statue sous 5 jours

Décision d'expulsion : 66a ou 66a bis CP

Recours : Procédure pénale

Art. 74 LEI : Éléments concrets que la personne ne quittera pas la Suisse

Similaire notamment à liste à l'article 75, 76 et 76a LEI.

p.e. :

- Manque de collaboration (Art. 90 LEI).
- N'obtempère pas aux instructions.
- Multiplie les demandes

Différence à noter entre «soustraire à l'autorité» et «ne pas quitter la Suisse». 74 LEI peut donc pallier aux détentions.

ART 74: Report de l'exécution du renvoi

L'exécution du renvoi/expulsion a été reportée. (Art. 69 al. 3 LEI).

Permet de pallier à la détention.

III. a Détention en phase préparatoire (Art. 75 LEI)

But : Détenir la personne pendant que l'autorité statue sur une demande de titre de séjour.

Vu la durée de 6 mois maximum, il faudra que l'autorité statue dans ce délai. A défaut la détention tombera.

Dès que la décision de renvoi est rendue, la détention de 75 LEI tombe. Une nouvelle détention devra être requise.

Art. 75 Conditions

2 conditions cumulatives

1) Absence de titre de séjour.

2) Il doit exister un des motifs de détention listés à l'article 75 LEI ;

- Refus de décliner l'identité, multiples demandes d'asile sous multiples identités, Plusieurs absences aux convocations, sans raison.

Art. 75 Conditions (suite)

- Non respect de mesures de l'Art. 74 LEI.
- Entre en Suisse malgré une interdiction d'entrée.
- Dépôt d'une demande d'asile, soit après une révocation ou non prolongement pour atteinte ou mise en danger de la sécurité ou ordre public suisse, ou après une expulsion ou pour empêcher le renvoi.

Art. 75 Conditions (suite)

- menace sérieusement d'autres personnes (vie ou intégrité corporelle, inclus LStup) et fait l'objet d'une poursuite pénale ou a été condamnée pour ce motif.

« ... 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. (TF 2C_293/2012, consid. 4.3)

Art. 75 Conditions (suite)

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 LEI ». (TF 2C_293/2012, consid. 4.3)

Art. 75 Conditions (suite)

- a été condamnée pour crime.

Art. 75 Conditions (suite)

Mise en détention présuppose la possibilité juridique et matérielle d'exécuter le renvoi.

(Cf Art. 80, al. 6 let. a LEI).

Pour le COVID: Arrêt du TF 2C_634/2020 du 3 septembre 2020

Raisons qui empêcheraient le renvoi doivent être importantes.

("triftige Gründe"; ANDREAS ZÜND, Migrationsrecht, 2e éd., 2009, n°8 *ad* art. 80 LEtr; THOMAS HUGI YAR, Zwangs-massnahmen im Ausländerrecht, in Ausländerrecht, 2009, n° 10.111 p. 476).

Art. 75 Conditions (suite)

Ainsi, l'exécution du renvoi doit être qualifiée d'impossible lorsque **le rapatriement est pratiquement exclu**, même si l'identité et la nationalité de l'étranger sont connues et que les papiers voulus peuvent être obtenus. Tel est par exemple le cas si le déplacement de la personne concernée n'est pas concevable pour des raisons de santé ou qu'un Etat refuse de reprendre certains de ses ressortissants (cf. ATF 125 II 217 consid. 2 p. 220).

Art. 75 Conditions (suite)

Il ne suffit pas que l'exécution du renvoi soit momentanément impossible (par exemple faute de papiers d'identité), tout en restant envisageable dans un délai **prévisible** (cf. Zünd, op. cit., no 1 ad art. 76 LEtr; TF 2C_256/2008 du 4 avril 2008 consid. 7.1) (TF 2C_473/2010, consid. 4.1).

Art. 75 Conditions (suite)

L'Etat de renvoi:

Si plusieurs pays légalement possible l'autorité compétente peut le renvoyer ou l'expulser dans le pays de son choix. (**Art. 69 al. 2 LEI**)

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

Art. 75 Conditions (suite)

«il n'importe pas de s'assurer de la véritable nationalité du recourant. Il suffit de constater que les autorités du Nigéria ont délivré et [...] sont encore disposées à délivrer un laissez-passer au nom du recourant, ce qui permettra d'exécuter le renvoi à destination du Nigéria dans un délai raisonnable» (**2C_581/2018 du 5 juillet 2018, consid. 6.1**).

III. b Détention en vue du renvoi (Art. 76 LEI)

- 1) La décision d'expulsion / renvoi doit être notifiée.
- 2) Renvoi doit être prévisible.
 - Une procédure de renvoi doit être en cours.
 - L'exécution doit être possible (cf Art. 75 LEI).
 - Possible dans le délai de 18 mois.
- 3) Il existe un des motifs de détention listé à l'Art. 76 LEI.

Art. 76 Motifs de détention

- Maintien en détention après la détention en phase préparatoire.
- Certains des motifs de détention au sens de l'art 75, al. 1 LEI.
- Risque de fuite.
- Comportement permet de conclure qu'elle se refuse à obtempérer aux instructions des autorités. (TF **2C_1023/2018** du **23 novembre 2018**)

Art. 76 Risque de fuite

Art. 76 al. 1 lit. b ch. 3 et 4: Selon la jurisprudence, un risque de fuite existe notamment lorsque l'étranger a déjà disparu une première fois dans la clandestinité (TF 2C_806/2010, consid. 2.1) qu'il tente d'entraver les démarches en vue de l'exécution de son renvoi en donnant des indications manifestement inexactes ou contradictoires ou encore qu'il laisse apparaître, par ses déclarations ou son comportement, qu'il n'est pas disposé à retourner dans son pays d'origine (ATF 130 II 56, consid. 3.1).

Art. 76 Risque de fuite

Éléments concrets: ces éléments concrets sont nécessaires pour prouver le risque de fuite, preuve indispensable pour placer une personne en détention (**ATF 140 II 1**).

«Le seul fait de ne pas quitter le pays dans le délais imparti n'est pas suffisant, pris individuellement, pour admettre un motif de détention» (**TF 2C_381/2016, consid. 4.1**).

Art. 76 Risque de fuite

Le juge de la détention doit établir un pronostic, en déterminant s'il existe des garanties que l'étranger prêter son concours à l'exécution du renvoi le moment venu, c'est-à-dire lorsque les conditions en seront réunies (**TF 2C_935/2011 du 7 décembre 2011, consid. 3.3**).

Art. 76 Risque de fuite

- « Le fait que le recourant ait varié dans ses explications à ce sujet [situation familiale] ne permet pas, contrairement à ce que retient l'arrêt attaqué, d'en déduire un indice concret qu'il risquerait de ne pas obtempérer aux injonctions des autorités et de partir dans la clandestinité, d'autant moins qu'il s'est déclaré d'accord de retourner dans son pays d'origine immédiatement. Il appartenait au Juge unique de mettre en évidence d'autres éléments tangibles en ce sens, ce qu'il n'a pas fait. Le seul motif retenu dans la décision attaquée est donc manifestement impropre à fonder une détention administrative en application de l'art. 76 al. 1 lit. b ch. 3 et 4 LEtr. La détention du recourant est donc illégale, ce qui justifie de le libérer » (TF 2C_1023/2018, consid. 3.2)

III. c. Détention «Dublin» (Art. 76a LEI)

3 conditions cumulatives

- 1) Décision de renvoi dublin.
- 2) Crainte qu'il ne se soustraie au renvoi.
- 3) La détention est proportionnelle.
- 4) Aucune autre mesure moins coercitive.

Art. 76a Conditions

Procédure Dublin doit être en cours.

La liste de l'al. 2 pour les motifs fondant une crainte de fuite est exhaustive.

Renvoi exécutable

Art. 76a Conditions

TF 2C_207/2016 du 2 mai 2016

Contexte:

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

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 (consid. 3.4)

Le TF estime 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 LEI), rappelant que **le simple fait qu'un autre Etat Dublin soit compétent ne suffit pas pour retenir un tel risque** (cf. art. 28 §1 Dublin III)

Art. 76a Conditions, renvoi exécutable

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).

Art. 76a Conditions, renvoi exécutable

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.

Art. 76a Conditions, renvoi exécutable

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.

III. d. Détention pour non collaboration à l'établissement des documents de voyage

3 conditions cumulatives :

- 1) Décision exécutoire.
- 2) Pas quitté la Suisse dans le délai.
- 3) L'autorité a elle-même dû obtenir les documents.

De plus les démarches sont entreprises sans tarder.

III. e. 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.

S'il convient d'apprécier la proportionnalité avec d'autant plus de vigilance que l'on arrive au terme de la durée maximale, la seule probabilité que le détenu continue à refuser de collaborer ne suffit pas à mettre fin à la détention pour insoumission.

IV. Griefs principaux

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 LEI)

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 !

IV. Griefs principaux

Éléments à vérifier dans tous les cas :

- **L'exécutabilité du renvoi** :

Art. 80 al. 6 let. a LEI

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.

IV. Griefs principaux

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 LEI) 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).

IV. Griefs principaux

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.

IV. Griefs principaux

Eléments à vérifier dans tous les cas :

- **Les conditions de détentions** :

Art. 81 LEI

Conséquence de la violation

Instruction

V. Gestion de la procédure

Procédure orale:

Avant l'audience :

- Contacter le client et lui rendre visite à Frambois ou Favra
- Prendre les devants et les mesures qui s'imposent pour la régularisation du client si elle apparaît possible
- Clairement renseigner le client sur la nature de la procédure et son déroulement
- Clairement informer le client de la suite de la procédure et de son droit de recourir contre la décision qui sera rendue
- Réunir les éléments utiles (certificats médicaux, témoignages, etc.)

V. Gestion de la procédure

Durant l'audience :

- Prendre des conclusions claires
- 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 l'audition de témoins
- Attention : établissement d'office des faits (art. 19 et 76 LPA)

V. Gestion de la procédure

Procédure écrite (art. 80 al. 3 LEI):

- S'assurer du consentement écrit du client pour le principe de la procédure écrite
- Téléphoner et rendre visite au client à Frambois ou Favra
- Produire des pièces (certificats médicaux)
- Prendre les devants et les mesures qui s'imposent pour la régularisation du client si elle apparait possible
- Adresser 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)

V. Gestion de la procédure

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

VI. 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.

VI. 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

VI. 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.

VI. Jurisprudence

Conditions de détention

TF 2C_384/2017 du 3 août 2017, consid. 4.5

Compte tenu du devoir de l'autorité chargée du contrôle de la décision de détention administrative d'examiner les conditions d'exécution de celle-ci, il n'y a aucune raison que l'exigence de procéder immédiatement à une enquête prompte et sérieuse ne trouve pas application dans le domaine de la détention administrative lorsque la personne détenue allègue de manière défendable que ses conditions de détention seraient contraires à ses droits fondamentaux.

VI. Jurisprudence

Durée maximale de la détention

TF 2C_135/2019 du 18 novembre 2019

VI. Jurisprudence

Demande de report de l'expulsion pénale

TF 6B_1313/2019, 6B_1340/2019 du 29 novembre 2017

et

TF 2C_170/2020 du 17 août 2020 et

Pandémie de Coronavirus

**Arrêt 2C_408/2020 du 21 juillet 2020 et Arrêt
2C_634/2020 du 3 septembre 2020**

VII. Sources

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*).

Doctrine

Code annoté de droit des migrations, Cesla AMARELLE et Minh Son NGUYEN, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2017.

Migrationsrecht Kommentar, Marc SPESCHA et al., Schulthess, Zurich, 2019

Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, 2^{ème} éd., Berne 2016, OSAR

DES QUESTIONS ?

Me Arnaud Moutinot

arnaudmoutinot@sedlex.ch

022 317 49 50

Me Brice Van Erps

bve@philippecurrat.ch

022 346 52 74

Me Roxane Sheybani

roxane.sheybani@msslaw.ch

022 715 08 08

Me Léonard Micheli-Jeannet

lmj@slex.ch

022 322 94 94