



# Manuel de droit suisse des migrations

Bases légales européennes et fédérales  
du droit suisse des étrangers et de l'asile



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)  
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)  
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)  
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHHR)



COUNCIL OF EUROPE



La présente version suisse complète la deuxième édition du manuel publié en 2014 par la FRA et la CourEDH sur les bases légales européennes en matière d'asile, de frontières et d'immigration et qui prend en compte les modifications de l'acquis de l'UE reprises dans le domaine de l'asile en été 2013. Les chapitres concernant la Suisse ainsi que les actualisations relatives au droit européen et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) reflètent l'état des lieux jusqu'en automne 2014. Ces compléments ont été rédigés en allemand par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH). La traduction en français a été réalisée par Madame Nadine Cuennet Perbellini, Monsieur Jean-François Cuennet et Madame Anne Walder Pfyffer. Le CSDH est seul responsable pour les compléments ainsi que leur traduction. La version allemande fait foi.

Le présent manuel a été rédigé en anglais. La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) n'est pas responsable de la qualité des traductions vers les autres langues. Les opinions exprimées dans le manuel n'engagent pas la CourEDH. Le manuel renvoie à une sélection de commentaires et de manuels. La CourEDH n'est pas responsable du contenu de ces publications, dont l'inclusion dans la liste n'implique aucune forme d'approbation de sa part. D'autres publications sont disponibles sur le site web de la bibliothèque de la CourEDH, à l'adresse suivante : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

© Stämpfli Éditions SA Berne, 2015

© Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) et Conseil de l'Europe, 2014, pour le manuel original rédigé en anglais « Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration » et publié par l'Office des publications de l'Union européenne.

Information bibliographique de la Bibliothèque nationale allemande

Cette publication est enregistrée dans la bibliographie nationale allemande par la Bibliothèque nationale allemande : des données bibliographiques détaillées sont consultables sur internet sous : <http://dnb.d-nb.de>

Tous droits réservés, notamment le droit à la reproduction, la diffusion et la traduction. Sauf dans les cas prévus par la loi, l'ouvrage ou les parties de l'ouvrage ne peuvent être ni reproduits sous une forme quelconque (p. ex. photocopies), ni enregistrés sous forme électronique, retravaillés, multipliés ou diffusés.

ISBN Print: 978-3-7272-3177-3

ISBN PDF: 978-3-7272-5907-4

# Manuel de droit suisse des migrations

Bases légales européennes et fédérales  
du droit suisse des étrangers et de l'asile



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)  
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)  
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)  
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)



COUNCIL OF EUROPE



**La publication de ce manuel a été rendue possible grâce à une contribution de la Fondation Hirschmann.**

[www.hirschmann-stiftung.ch](http://www.hirschmann-stiftung.ch)

## Avant-propos à l'édition suisse

Le droit suisse de l'asile et des étrangers s'est complexifié au cours de ces dernières années. Il est devenu de plus en plus difficile, même pour les experts et expertes, de s'orienter dans ses nombreuses ramifications. Une des causes principales de cette complexité accrue est l'imbrication multiple du droit suisse avec le droit européen des migrations. Dans ce contexte, l'« Europe » vient signifier, d'une part, l'Union européenne et, partant, le foisonnement de normes sur les questions de libre circulation et les thèmes relatifs au droit en matière d'asile et des réfugiés. D'autre part, elle désigne le Conseil de l'Europe et notamment la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH).

L'interaction de « Bruxelles » et de « Strasbourg » vient contribuer à cette complexité. C'est pourquoi l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) et la Cour européenne des droits de l'homme ont pris l'initiative de publier un manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration destiné à la pratique. Une deuxième édition du manuel est disponible depuis peu. Nous sommes reconnaissants envers le Président du Conseil consultatif du CSDH, Dr Eugen David, pour sa suggestion de réaliser une version suisse de ce manuel et remercions la Fondation Hirschmann pour le soutien financier. Mes remerciements vont également à la FRA et à la CourEDH pour leur autorisation à employer la version européenne du manuel comme fondement pour cet ouvrage. Enfin, je remercie Constantin Hruschka (dr iur.) et Stefan Schlegel (lic.iur.) pour la rédaction de la partie suisse de ce manuel ainsi que le Prof. Alberto Achermann pour son soutien et ses conseils.

Puisse ce manuel servir de guide accessible et fiable pour les experts et expertes de tout niveau au travers de la jungle des normes essentielles européennes et suisses.

**Prof. Walter Kälin**  
Directeur du CSDH

Berne, le 4 décembre 2014



## Avant-propos

En mars 2011, dans le cadre de leur premier projet conjoint, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont publié un *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*. Ce manuel ayant reçu un accueil très favorable, il a été décidé de poursuivre cette collaboration en abordant un autre sujet très actuel, pour lequel était aussi ressenti le besoin de disposer d'un guide complet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de Justice de l'Union européenne et des règles et directives pertinentes de l'Union européenne. Le présent manuel vise à offrir un aperçu des différentes normes européennes en matière d'asile, de frontières et d'immigration.

Il est destiné aux juristes, aux juges, aux procureurs, aux agents de surveillance des frontières, aux agents des services d'immigration et aux autres collaborateurs des autorités nationales, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales et aux autres organes susceptibles d'être confrontés aux questions juridiques qui peuvent se poser dans les domaines qu'il couvre.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009, a eu pour effet de conférer force juridique contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce traité prévoit également l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, qui est elle-même juridiquement contraignante pour tous les États membres de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Dans ce contexte, une meilleure connaissance des principes communs de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme est essentielle pour la bonne mise en œuvre des normes pertinentes et, partant, pour le plein respect des droits fondamentaux au niveau national. Nous espérons que ce manuel contribuera à la réalisation de cet objectif important.

**Erik Fribergh**

Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme

**Morten Kjaerum**

Directeur de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne



# Table des matières

AVANT-PROPOS À L'ÉDITION SUISSE .....	3
AVANT-PROPOS .....	5
ACRONYMES .....	13
COMMENT UTILISER CE MANUEL ? .....	15
INTRODUCTION .....	21
Le Conseil de l'Europe .....	21
L'Union européenne .....	23
La Charte des droits fondamentaux de l'UE .....	27
L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme .....	28
La Suisse dans le système européen du droit des étrangers et du droit d'asile .....	29
Points clés .....	34
1. L'ACCÈS AU TERRITOIRE ET AUX PROCÉDURES .....	35
Introduction .....	37
1.1. Le régime de visa Schengen .....	40
1.2. Empêcher l'entrée non autorisée sur le territoire .....	43
1.3. Les interdictions d'entrée et les alertes Schengen .....	44
1.4. Les contrôles aux frontières .....	50
1.5. Les zones de transit .....	51
1.6. Les demandeurs d'asile .....	52
1.7. Le refoulement de migrants en haute mer .....	55
1.8. Les recours .....	57
Points clés .....	59
2. LE STATUT ET LES DOCUMENTS ASSOCIÉS .....	61
Introduction .....	63
2.1. Les demandeurs d'asile .....	64
2.2. Les réfugiés reconnus et les personnes dont il est reconnu qu'elles ont besoin d'une protection subsidiaire .....	66
2.3. Les victimes de la traite des êtres humains et les victimes de conditions de travail particulièrement abusives .....	68
2.4. Les personnes concernées par les mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 du règlement de la CourEDH .....	71
2.5. Les migrants en situation irrégulière .....	72
2.6. Les résidents de longue durée .....	77
2.7. Les citoyens turcs .....	80

2.8.	Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse .....	83
2.9.	Les apatrides et la perte de nationalité ou de documents justificatifs .....	84
	Points clés .....	87
<b>3.</b>	<b>L'EXAMEN DU DROIT D'ASILE ET LES OBSTACLES À L'ÉLOIGNEMENT :</b>	
	<b>QUESTIONS DE FOND .....</b>	<b>89</b>
	<b>Introduction .....</b>	<b>93</b>
3.1.	Le droit d'asile et le principe de non-refoulement .....	93
3.1.1.	La nature du risque dans le droit de l'UE .....	97
3.1.2.	La nature du risque au regard de la CEDH .....	100
3.1.3.	La nature du risque en droit suisse .....	105
3.1.4.	L'évaluation du risque .....	107
3.1.5.	La notion de protection suffisante .....	111
3.1.6.	La réinstallation interne .....	115
3.1.7.	La sécurité dans un autre pays .....	117
3.1.8.	L'exclusion de la protection internationale .....	120
3.1.9.	La cessation de la protection internationale .....	123
3.2.	Les expulsions collectives .....	125
3.3.	Les obstacles à l'expulsion fondés sur d'autres motifs ayant trait aux droits de l'homme .....	128
3.4.	Les ressortissants de pays tiers mieux protégés contre l'éloignement .....	130
3.4.1.	Les résidents de longue durée .....	131
3.4.2.	Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse .....	131
3.4.3.	Les ressortissants turcs .....	134
	Points clés .....	136
<b>4.</b>	<b>LES GARANTIES PROCÉDURALES ET L'ASSISTANCE JUDICIAIRE DANS LES AFFAIRES D'ASILE ET DE RETOUR .....</b>	<b>139</b>
	<b>Introduction .....</b>	<b>141</b>
4.1.	Les procédures d'asile .....	142
4.1.1.	L'entretien, la procédure d'examen de la demande et la première prise de décision .....	142
4.1.2.	Le droit à un recours effectif .....	146
4.1.3.	L'effet suspensif automatique du recours .....	149
4.1.4.	Les procédures d'asile accélérées .....	152
4.2.	Les procédures Dublin .....	154
4.3.	Les procédures relatives aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile .....	158
4.4.	Les procédures de retour .....	159

4.5.	L'assistance judiciaire dans les procédures d'asile ou de retour .....	162
4.5.1.	L'assistance judiciaire dans les procédures d'asile .....	164
4.5.2.	L'assistance judiciaire en cas de décision de retour .....	165
4.5.3.	L'assistance judiciaire dans les procédures de recours contre les décisions prises en matière d'aide aux demandeurs d'asile .....	166
	Points clés .....	167
5.	<b>LA VIE PRIVÉE ET FAMILIALE ET LE DROIT AU MARIAGE .....</b>	<b>169</b>
	Introduction .....	172
5.1.	Le droit de se marier et de fonder une famille .....	175
5.2.	La régularisation familiale .....	179
5.3.	Le regroupement familial .....	189
5.4.	Le maintien de l'unité familiale – protection contre l'expulsion .....	201
5.4.1.	La rupture de la relation .....	204
5.4.2.	Les condamnations pénales .....	207
	Points clés .....	213
6.	<b>LA DÉTENTION ET LES RESTRICTIONS À LA LIBRE CIRCULATION .....</b>	<b>215</b>
	Introduction .....	218
6.1.	Privation de liberté ou restriction à la libre circulation ? .....	220
6.2.	Les mesures pouvant remplacer la détention .....	223
6.3.	Liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté .....	226
6.3.1.	La détention en vue d'empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire d'un pays .....	230
6.3.2.	La détention dans l'attente d'une expulsion ou d'une extradition .....	233
6.4.	Les cas prescrits par la loi .....	238
6.5.	La nécessité et la proportionnalité de la mesure de détention .....	239
6.6.	Le caractère arbitraire .....	241
6.6.1.	La bonne foi .....	242
6.6.2.	La diligence requise .....	242
6.6.3.	La perspective raisonnable d'éloignement .....	244
6.6.4.	La durée maximale de la détention .....	245
6.7.	La détention de personnes ayant des besoins particuliers .....	248
6.8.	Les garanties procédurales .....	250
6.8.1.	Le droit d'être informé des motifs de la rétention .....	251
6.8.2.	Le droit de réexamen de la rétention .....	252
6.9.	Les conditions ou les régimes de détention .....	255
6.10.	La réparation à la suite d'une rétention illégale .....	258
	Points clés .....	260

7. LES RETOURS FORCÉS ET LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DE L'ÉLOIGNEMENT .....	263
Introduction .....	264
7.1. Exécuter l'éloignement : de manière sûre, digne et humaine .....	266
7.2. La confidentialité .....	269
7.3. Les dommages graves causés par des mesures de contrainte .....	271
7.4. Les enquêtes .....	274
Points clés .....	276
8. LES DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX .....	279
Introduction .....	282
8.1. Les principales sources de droit .....	283
8.2. Les droits économiques .....	286
8.2.1. Les membres de la famille de ressortissants de l'EEE ou de la Confédération suisse .....	288
8.2.2. Les travailleurs détachés .....	290
8.2.3. Les titulaires de cartes bleues, chercheurs et étudiants .....	291
8.2.4. Les citoyens turcs .....	292
8.2.5. Les résidents de longue durée et bénéficiaires de la directive sur le regroupement familial .....	293
8.2.6. Les ressortissants d'autres pays bénéficiant d'accords d'association ou de coopération .....	294
8.2.7. Les demandeurs d'asile et réfugiés .....	297
8.2.8. Les migrants en situation irrégulière .....	298
8.2.9. Aperçu des droits économiques de groupes d'étrangers en Suisse .....	299
8.3. L'éducation .....	308
8.4. Le logement .....	315
8.5. Les soins de santé .....	323
8.6. Les questions de sécurité sociale et d'assistance sociale .....	329
Points clés .....	337
9. LES PERSONNES AYANT DES BESOINS PARTICULIERS .....	341
Introduction .....	342
9.1. Les mineurs non accompagnés .....	343
9.1.1. L'accueil et le traitement .....	344
9.1.2. La détermination de l'âge .....	349
9.2. Les victimes de la traite des êtres humains .....	350
9.3. Les personnes handicapées .....	353
9.4. Les victimes de torture et d'autres formes graves de violence .....	355
Points clés .....	358

LECTURES COMPLÉMENTAIRES .....	361
RÉFÉRENCES EN LIGNE .....	369
LISTE DE LA JURISPRUDENCE .....	371
LISTE DE LA JURISPRUDENCE POUR LA SUISSE .....	385
COMMENT CONSULTER LA JURISPRUDENCE DES COURS EUROPÉENNES ? .....	389
TABLEAU DES INSTRUMENTS DE L'UE ET ACCORDS SÉLECTIONNÉS .....	395
TABLEAU DES INSTRUMENTS DE DROIT DE LA SUISSE ET ACCORDS SÉLECTIONNÉS .....	403
ANNEXE 1 : APPLICABILITÉ DES RÈGLEMENTS ET DIRECTIVES DE L'UNION EUROPÉENNE CITÉES DANS LE PRÉSENT MANUEL .....	408
ANNEXE 2 : APPLICABILITÉ DES CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE .....	412
ANNEXE 3 : ACCEPTATION DES DISPOSITIONS DE LA CSE .....	414
ANNEXE 4 : ACCEPTATION D'UNE SÉLECTION DE CONVENTIONS DES NATIONS UNIES .....	417
ANNEXE 5: CODES PAYS .....	419



# Acronymes


AELE	Association européenne de libre-échange
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
CAT	Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
CdE	Conseil de l'Europe
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CEE	Communauté économique européenne
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes (depuis décembre 2009, Cour de Justice de l'Union européenne)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne (avant décembre 2009, Cour de Justice des Communautés européennes)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CDE	Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant
CRPD	Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées
CSE	Charte sociale européenne
EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile
EEE	Espace économique européen
FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
Frontex	Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
ICCPR	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
ICESCR	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

<b>MINUK</b>	Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo
<b>ONU</b>	Organisation des Nations Unies
<b>RABIT</b>	Équipe d'intervention rapide aux frontières
<b>Ressortissants de l'EEE</b>	Ressortissants de l'un des 27 États membres de l'UE, de l'Islande, du Liechtenstein ou de la Norvège
<b>SAR</b>	Recherche et sauvetage
<b>SIS</b>	Système d'information Schengen
<b>SOLAS</b>	Sauvegarde de la vie humaine en mer
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>TUE</b>	Traité sur l'Union européenne
<b>UE</b>	Union européenne
<b>UNRWA</b>	Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient

Les acronymes qui n'apparaissent que dans la partie suisse correspondent aux abréviations des textes de loi. Ils se trouvent dans le tableau des instruments de droit de la Suisse à la fin du manuel.

## Comment utiliser ce manuel ?

**Pour les lectrices et les lecteurs qui souhaitent s’informer sur la situation juridique en Suisse :** complété par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), ce manuel offre un aperçu dans le domaine de l’asile, des frontières et de la migration, et en particulier dans les champs où la situation juridique suisse est liée à l’appartenance de la Suisse au Conseil de l’Europe et à son association à certains domaines du droit de l’UE. De brefs commentaires, mis graphiquement en évidence en fin de sections, expliquent la situation juridique en Suisse lorsqu’elle diffère de la présentation générale. Le droit suisse des étrangers est très fortement marqué par le statut de la personne selon qu’il dépend du droit des étrangers ou de l’accord sur la libre circulation des personnes avec l’UE et l’AELE. Par conséquent, les passages concernant la Suisse abordent aussi le statut des bénéficiaires de la libre circulation des personnes. Une description succincte des bases légales en Suisse et des mécanismes qui la relie à l’UE et au Conseil de l’Europe se trouve à la fin du chapitre d’introduction. Le manuel offre également une liste de lectures complémentaires et de références ainsi qu’un registre des lois et de la jurisprudence en vigueur en Suisse.

En outre, cette édition du manuel comporte certaines mises à jour nécessaires concernant le droit de l’UE, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme (CourEDH) et la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE), lorsque ceux-ci ont subi des développements significatifs. Les actualisations de la deuxième édition du manuel publié par la FRA et la CourEDH sont signalées par le symbole .

Afin de préserver une unité, la partie suisse du présent manuel reprend le format de la version européenne et se limite à l’utilisation de la forme masculine. La forme féminine est cependant toujours implicitement comprise.

La partie suisse du manuel reflète l’état jusqu’en automne 2014. La législation et les arrêts sont pris en compte jusqu’à ce moment. Le manuel fait l’emploi de la désignation d’Office fédéral des migrations (ODM), encore en vigueur en automne 2014. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, celui-ci se nomme cependant Secrétariat d’État aux migrations (SEM).

À la différence de la deuxième édition du manuel publié par la FRA et la CourEDH, la version digitale du présent manuel ne met à disposition les liens hypertextes vers la jurisprudence et la législation que dans les annexes (dès la page 361).

Le présent manuel offre une vue d'ensemble du droit applicable à l'asile, à la gestion des frontières et à l'immigration à la lumière du droit de l'Union européenne (UE) et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il examine la situation des ressortissants étrangers que l'UE désigne habituellement par le vocable « ressortissants de pays tiers », dénomination cependant sans pertinence en ce qui concerne la CEDH.

Le manuel ne traite pas des droits des citoyens de l'UE, de l'Islande, du Liechtenstein, de la Norvège ou de la Suisse : en vertu du droit de l'UE, ceux-ci peuvent librement entrer et se déplacer sur le territoire de l'UE. Ces citoyens ne seront évoqués ici qu'aux fins de faire comprendre la situation des membres de leur famille ressortissants de pays tiers.

Dans le droit de l'UE, les ressortissants de pays tiers peuvent relever d'une vingtaine de catégories et, à ce titre, se voir accorder des droits différents, en fonction de leurs liens avec les États membres de l'UE ou du fait qu'ils aient éventuellement besoin d'une protection spéciale. Pour certains, par exemple les demandeurs d'asile, le droit de l'UE prévoit un ensemble complet de règles, tandis que pour d'autres, comme les étudiants, il ne régit que certains aspects, laissant les autres à la discrétion des États membres de l'UE. D'une manière générale, les ressortissants de pays tiers autorisés à s'établir dans l'UE bénéficient de droits plus étendus que ceux qui n'y résident qu'à titre temporaire. Le Tableau 1 présente une vue d'ensemble des différentes catégories de ressortissants de pays tiers au regard du droit de l'UE.

Le présent manuel a été conçu pour aider les praticiens du droit qui ne sont pas spécialisés dans les questions d'asile, de frontières et d'immigration ; il s'adresse aux avocats, aux juges, aux procureurs, aux gardes-frontières, aux agents des services de l'immigration et aux autres collaborateurs des autorités nationales, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales (ONG) et aux autres organes susceptibles d'être confrontés à des questions juridiques ayant trait à ces sujets. Il s'agit d'un premier document de référence sur le droit de l'UE et de la CEDH dans ces domaines, qui présente point par point les règles du droit de l'UE, de la CEDH, de la Charte sociale européenne (CSE) et d'autres instruments du Conseil de l'Europe. Chaque chapitre commence par un tableau récapitulatif des règles applicables en vertu des deux ordres juridiques européens. Sont ensuite successivement présentées les dispositions de ces deux ordres juridiques qui peuvent trouver à s'appliquer à chacune des questions envisagées, le but étant de permettre au lecteur de se rendre compte des points de convergence ou de divergence entre les deux systèmes.

Les praticiens des États non membres de l'UE mais membres du Conseil de l'Europe et, à ce titre, parties à la CEDH, peuvent accéder aux informations pertinentes pour leur propre

pays en consultant directement les sections consacrées à la CEDH. En revanche, les États membres de l'UE étant soumis aux deux ordres juridiques, les praticiens de ces États devront consulter les deux sections. Pour obtenir de plus amples informations sur telle ou telle question particulière, les lecteurs pourront se reporter à la partie « lectures complémentaires » du manuel, où ils trouveront une bibliographie renvoyant à des documents plus spécialisés.

Le droit issu de la CEDH est présenté sous la forme de brèves références à des affaires dans lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a eu à connaître de sujets liés aux questions traitées dans le manuel, choisies parmi l'abondante jurisprudence de la Cour relative aux questions de migration.

Le droit de l'UE est constitué des mesures législatives adoptées et des dispositions pertinentes des traités, en particulier de celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, dénommée Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) jusqu'en 2009).

La jurisprudence décrite ou citée dans le manuel fournit des exemples tirés de l'important corpus de jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE. Les lignes directrices présentées à la fin du manuel visent à aider le lecteur à rechercher de la jurisprudence en ligne.

Tous les États membres de l'UE ne sont pas soumis à l'ensemble des textes normatifs de l'UE en matière d'asile, de gestion des frontières et d'immigration. On trouvera à l'Annexe 1 (« Applicabilité des règlements et directives de l'Union européenne citées dans le présent manuel ») un récapitulatif des dispositions applicables à chaque État. Ce récapitulatif montre aussi que le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ont décidé, le plus souvent, de ne pas adhérer aux instruments cités dans le manuel. Plusieurs instruments de l'UE concernant les frontières, dont l'acquis de Schengen – c'est-à-dire l'intégralité des textes de l'UE adoptés dans ce domaine – et certains autres instruments juridiques de l'UE s'appliquent également à des pays qui ne font pas partie de l'UE, à savoir l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et/ou la Suisse.

Même si tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties à la CEDH, tous n'ont pas ratifié tous les protocoles additionnels à la CEDH ou adhéré à ces instruments, et tous ne sont pas parties aux autres conventions du Conseil de l'Europe mentionnées dans le présent manuel. On trouvera à l'Annexe 2 un récapitulatif d'une sélection d'instruments du Conseil de l'Europe, notamment des protocoles à la CEDH applicables en la matière.

Il existe également des différences importantes entre les différents États parties à la CSE. En effet, lorsqu'ils adhèrent à cet instrument, les États peuvent décider de n'être liés que par certains de ses articles, sous réserve de respecter certaines conditions minimales. On trouvera à l'Annexe 3 un récapitulatif des dispositions de la CSE acceptées par chaque État.

Le manuel n'aborde pas le droit international des droits de l'homme ni le droit des réfugiés, sauf dans la mesure où les instruments pertinents ont été expressément incorporés à la CEDH ou au droit de l'UE. C'est le cas de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés (Convention de Genève de 1951), expressément visée à l'article 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Les États européens, restent, bien entendu, liés par tous les traités auxquels ils sont parties. On trouvera à l'Annexe 4 un récapitulatif des instruments internationaux applicables à chaque État.

Le manuel comprend une introduction, qui explique brièvement le rôle des deux systèmes juridiques correspondant l'un au droit issu de la CEDH et l'autre à celui de l'UE, ainsi que neuf chapitres qui traitent des questions suivantes :

- accès au territoire et aux procédures ;
- statut et documents y afférents ;
- examen des demandes d'asile et obstacles à l'éloignement : questions de fond ;
- garanties procédurales et assistance juridique en matière d'asile et de retour ;
- vie privée et familiale et droit au mariage ;
- privation de liberté et restrictions à la liberté de circulation ;
- retours forcés et modalités de l'éloignement ;
- droits économiques et sociaux ;
- personnes ayant des besoins particuliers.

Chaque chapitre traite d'un sujet distinct, comprend des renvois à d'autres sujets et à d'autres chapitres qui permettent au lecteur de mieux comprendre le cadre juridique applicable, et se termine par un récapitulatif des points clés.

La version électronique du présent manuel contient des hyperliens vers la jurisprudence des deux juridictions européennes et les dispositions du droit de l'Union européenne citées. Les hyperliens vers les instruments de l'UE renvoient le lecteur au Portail EUR-Lex, à partir duquel il peut accéder à la jurisprudence ou à l'instrument juridique en question dans toutes les langues de l'UE disponibles.

**Tableau 1 : Les différentes catégories de ressortissants de pays tiers au regard du droit de l'UE**

<b>Personnes bénéficiant de droits découlant des dispositions du droit de l'UE relatives à la libre circulation</b>	Membres de la famille de citoyens des États membres de l'UE
<b>Personnes bénéficiant de droits découlant d'accords internationaux</b>	Membres de la famille de citoyens de l'Espace économique européen (EEE) ou de la Suisse
	Citoyens turcs et membres de leur famille
	Citoyens de pays ayant conclu des accords bilatéraux ou multilatéraux avec l'UE (environ 25 accords couvrant plus de 100 pays)
<b>Migrants de courte et de longue durée</b>	Membres de la famille de ressortissants de pays tiers
	Résidents de longue durée dans l'UE
	Titulaires d'une carte bleue et membres de leur famille
	Travailleurs détachés
	Chercheurs
	Étudiants
	<i>Travailleurs saisonniers</i>
<i>Personnes transférées au sein de leur entreprise</i>	
<b>Personnes à protéger</b>	Demandeurs d'asile
	Bénéficiaires de la protection subsidiaire
	Bénéficiaires de la protection temporaire
	Réfugiés
	Victimes de la traite des êtres humains
<b>Migrants en situation irrégulière</b>	R ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier
	R ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dont l'éloignement a été reporté

*Note : Les catégories correspondant à des dispositions du droit de l'UE qui se trouvaient en cours d'élaboration au mois de décembre 2013 sont indiquées en italique.*

*Source : FRA, 2013*



# Introduction



Sont ici expliqués brièvement les rôles des deux ordres juridiques européens qui régissent les migrations. Les renvois au système du Conseil de l'Europe portent principalement sur le système juridique de la CEDH et la jurisprudence de la CourEDH, à l'exception du Chapitre 8, qui présente également la CSE. Le droit de l'UE est principalement présenté à travers les règlements et directives pertinents et les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

## Le Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a été créé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour rassembler les pays d'Europe dans un but commun de promotion de l'état de droit, de la démocratie, des droits de l'homme et du développement social. C'est sous ses auspices et dans la poursuite de cet objectif que fut adoptée en 1950 la CEDH, dont l'article 19 prévoyait l'institution de la Commission européenne des droits de l'homme, qui a cessé d'exister depuis, et de la CourEDH, chargée d'assurer le respect par les États parties à la CEDH des engagements résultant pour eux de cet instrument. La CourEDH exerce sa mission en examinant les requêtes que lui soumettent des individus, des groupes d'individus, des organisations non gouvernementales ou des personnes morales qui s'estiment victimes de violations des dispositions de la CEDH. En décembre 2013, le Conseil de l'Europe comprenait 47 États membres, dont 28 étaient également membres de l'UE. Sauf pour certaines dispositions spécifiques, il n'est pas nécessaire d'être citoyen ou résident en situation régulière de l'un de ces 47 États membres pour saisir la CourEDH. Celle-ci peut aussi examiner des requêtes interétatiques dirigées par un ou plusieurs États membres du Conseil de l'Europe contre un autre État membre.

La CEDH compte peu de dispositions mentionnant expressément les ressortissants étrangers ou limitant certains droits à des ressortissants nationaux ou à des résidents en situation régulière (c'est le cas par exemple des articles 2, 3 et 4 du Protocole n° 4 à la CEDH et l'article 1 du Protocole n° 7). Les questions relatives aux migrations portées devant la CourEDH ont généré un abondant corpus de jurisprudence. On en trouvera dans le présent manuel quelques exemples, qui portent essentiellement sur les articles 3, 5, 8 et 13 de la CEDH.

En son article 1, la CEDH impose aux États parties de reconnaître les droits qu'elle garantit à « toute personne relevant de leur juridiction », notion qui inclut les étrangers. Dans certains cas, le concept de juridiction peut même s'étendre au-delà du territoire de l'État. En vertu du même article, les États parties sont responsables de tous les actes et omissions de leurs organes, même s'ils découlent du droit interne ou de la nécessité de respecter une obligation juridique internationale<sup>1</sup>.

L'article 13 de la CEDH prévoit que les États doivent octroyer un recours devant une instance nationale pour tout grief de méconnaissance de la Convention. Le principe de subsidiarité confère la responsabilité principale aux États, qui doivent veiller à respecter les obligations qu'ils ont contractées en vertu de la CEDH, un recours devant la CourEDH ne pouvant être déposé qu'en dernier ressort.

Les États ont l'obligation internationale de veiller à ce que leurs agents respectent la CEDH. Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont incorporé ou appliquent la CEDH dans leur droit national, ce qui exige que leurs juges et leurs agents agissent conformément à ses dispositions.

Les dispositions de la Charte sociale européenne (CSE) du Conseil de l'Europe, qui a été adoptée en 1961 puis révisée en 1996, complètent les dispositions de la CEDH en garantissant un certain nombre de droits sociaux. En décembre 2013, environ 43 des 47 États membres du Conseil de l'Europe avaient ratifié la CSE<sup>2</sup>. Cet instrument n'a pas créé de juridiction chargée d'assurer le respect de ses dispositions : cette tâche revient au Comité européen des droits sociaux (CEDS). Celui-ci est composé d'experts indépendants qui vérifient la conformité des droits et pratiques internes dans le cadre de deux sortes de procédures : d'une part, les États doivent, à intervalles réguliers, lui communiquer des

1 CourEDH, *Matthews c. Royaume-Uni* [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I, para. 32 ; CourEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI, para. 153.

2 Trente-deux États sont liés par la CSE révisée en 1996 et 11 le sont par la version adoptée en 1961. Les États qui souhaitent être parties à la CSE ont la possibilité de n'adhérer qu'à certaines de ses dispositions. On trouvera à l'Annexe 3 un récapitulatif des dispositions de la CSE applicables à chaque État partie.

rapports nationaux, d'autre part les organisations peuvent le saisir de réclamations collectives<sup>3</sup>. Le CEDS adopte des conclusions sur les rapports nationaux et des décisions sur les réclamations collectives. Certaines sont mentionnées dans le présent manuel.

## L'Union européenne

L'UE comprend 28 États membres. Le droit de l'UE se compose des traités et du droit dérivé de l'UE. Les traités – Traité sur l'Union européenne (TUE) et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) – ont été adoptés par tous les États membres de l'UE ; ils forment ce que l'on désigne par le vocable « droit primaire de l'UE ». Les règlements, les directives et les décisions de l'UE sont adoptés par les institutions de l'UE auxquelles les traités ont conféré cette compétence ; ils constituent ce que l'on appelle le « droit dérivé de l'UE ».

L'UE est l'aboutissement d'un long processus évolutif qui a débuté, dans les années 1950, avec un noyau de trois organisations internationales que l'on désignait collectivement par le vocable « Communautés européennes » et qui œuvraient respectivement dans les domaines du charbon et de l'acier, de l'énergie atomique et du libre-échange. L'objectif fondamental des Communautés européennes était la stimulation du développement économique grâce à la libre circulation des biens, des capitaux, des personnes et des services. La libre circulation des personnes est, par conséquent, un élément fondamental de l'UE. Le premier règlement sur la libre circulation des travailleurs, adopté en 1968<sup>4</sup>, reconnaissait que les travailleurs devaient non seulement avoir le droit de se déplacer librement, mais également pouvoir amener avec eux les membres de leur famille, indépendamment de la nationalité de ceux-ci. L'UE a par la suite élaboré une législation complexe qui porte sur les droits en matière de sécurité sociale, d'assistance sociale et de soins de santé et qui comporte des dispositions concernant la reconnaissance mutuelle des qualifications. Une grande partie de cette législation, qui a été développée principalement pour les ressortissants nationaux de l'UE, s'applique également à différentes catégories de ressortissants de pays non membres de l'UE.

Les ressortissants de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège, trois États qui ne sont pas membres de l'UE mais qui font partie de l'Espace économique européen (EEE), entré en vigueur en 1994, bénéficient des mêmes droits en matière de libre circulation que

3 La reconnaissance de la procédure de réclamation est facultative (contrairement à la présentation de rapports) et, en septembre 2013, 15 États parties à la CSE l'avaient acceptée.

4 Règlement du Conseil (CEE) n° 1612/68 du 15 octobre 1968.

les ressortissants de l'UE<sup>5</sup>. De même, en raison d'un accord spécial conclu avec l'UE le 21 juin 1999<sup>6</sup>, les ressortissants suisses bénéficient également du droit de circuler et de s'établir sur le territoire de l'UE. Les pays de l'UE et de l'EEE, ainsi que la Suisse, sont tous membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), qui est une organisation intergouvernementale créée pour promouvoir le libre-échange et l'intégration économique. L'AELE a ses propres institutions, dont une juridiction, la « Cour AELE ». Celle-ci est compétente pour interpréter l'accord EEE à l'égard de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège. Elle est établie sur le modèle de la CJUE, dont elle tend à suivre la jurisprudence.

Les citoyens turcs bénéficient également à certains égards d'une situation privilégiée en vertu du droit de l'UE. Certes, ils n'ont pas le droit d'entrer et de se déplacer librement sur le territoire de l'UE ; cependant, l'Accord d'association entre la Communauté économique européenne (CEE) et la Turquie (Accord d'Ankara), conclu en 1963, et son Protocole additionnel (« Protocole additionnel à l'Accord d'Ankara »), adopté en 1970<sup>7</sup>, confèrent aux citoyens turcs autorisés à entrer sur le territoire de l'UE pour y travailler ou s'y établir certains avantages. Notamment, ils ont le droit de rester sur le territoire et sont protégés contre une éventuelle expulsion. Ils bénéficient également, à l'article 41 du Protocole additionnel à l'Accord d'Ankara, d'une clause de *standstill*, qui interdit d'ajouter de nouvelles restrictions à celles qui étaient en place au moment où cette clause est entrée en vigueur dans l'État membre d'accueil. L'UE a aussi conclu des accords avec d'autres pays (voir le chapitre 8, section 8.2.6), mais aucun n'a une portée aussi large que l'Accord d'Ankara.

Le Traité de Maastricht est entré en vigueur en 1993 et a institué la citoyenneté de l'Union : sont citoyens de l'Union les citoyens de ses États membres. Ce concept a été largement utilisé pour renforcer la liberté de circulation pour des citoyens et des membres de leur famille, quelle que soit la nationalité de ceux-ci.

En 1985, l'Accord de Schengen a été signé, ce qui a entraîné la suppression des contrôles aux frontières entre les États membres de l'UE participants. En 1995, un système complexe de contrôles aux frontières extérieures avait été mis en place pour régler l'accès à l'espace Schengen. En 1997, le système Schengen, qui était jusqu'alors

5 Accord sur l'Espace économique européen, 2 mai 1992, Troisième partie : La libre circulation des personnes, des services et des capitaux, JO 1994 L 1.

6 Accord entre les Communautés européennes et ses membres, d'une part, et la Confédération helvétique, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, JO 2002 L 114, p. 6. Cet accord, signé le 21 juin 1999 à Luxembourg, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002.

7 Accord d'association CEE - Turquie (1963), JO 217 du 29 décembre 1964 (Accord d'Ankara), complété par un Protocole additionnel signé en novembre 1970, JO 1972 L 293.

réglementé au niveau international, est devenu partie intégrante de l'ordre juridique de l'UE. Il continue à évoluer et à se développer dans le cadre du Code frontières Schengen, qui consolide les règles de l'UE relatives à la gestion des frontières. En 2004, l'agence Frontex de l'UE a été créée pour apporter un soutien aux États membres de l'UE dans le domaine de la gestion des frontières extérieures de l'Union.

Depuis la signature du Traité de Rome, en 1957, plusieurs modifications conventionnelles ont élargi les compétences des Communautés européennes (CE) – aujourd'hui l'UE – quant aux questions relatives aux migrations. Ainsi, le Traité d'Amsterdam a conféré à l'UE de nouvelles compétences dans le domaine des frontières, de l'immigration et de l'asile, notamment en ce qui concerne les visas et les retours. Ce processus a culminé avec l'adoption du Traité de Lisbonne, qui a conféré à l'UE de nouvelles compétences dans le domaine de l'intégration des ressortissants de pays tiers.

Dans ce contexte, l'acquis de l'UE en matière d'asile n'a cessé d'évoluer. Il est constitué d'une série d'accords intergouvernementaux, de règlements et de directives qui régissent la quasi-totalité des questions relatives à l'asile dans l'UE. Cependant, tous les États membres de l'UE ne sont pas liés par tous ces éléments. Ainsi, en avril 2013, plusieurs instruments de l'acquis faisaient l'objet de révisions, que certains États membres n'acceptaient pas (voir [Annexe 1](#))

🔄 Le 26 juin 2013, les instruments juridiques manquants de la 2<sup>e</sup> phase du régime d'asile européen commun ont été adoptés et publiés dans le Journal officiel du 29 juin. Il s'agit des nouvelles versions du règlement de Dublin (règlement de Dublin III), du règlement Eurodac, de la directive relative aux procédures d'asile et de la directive sur l'accueil. Les adaptations nécessaires et les modifications du règlement d'application de Dublin (1560/2003/CE) se trouvent dans le règlement 118/2014/UE du 30 janvier 2014.

Au cours de ces dix dernières années, l'UE a adopté des textes normatifs portant sur l'immigration de certaines catégories de personnes ainsi que des règles relatives aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire de l'Union (voir [Annexe 1](#)).

En vertu de ses traités, l'UE a établi sa propre juridiction, dénommée Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009, et rebaptisée Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>8</sup> à partir de

8 Ce manuel utilise la dénomination CJCE pour les décisions et les arrêts rendus avant décembre 2009 et la dénomination CJUE pour les affaires tranchées à partir de décembre 2009.

cette date. Cette cour est investie d'un certain nombre de compétences. D'une part, elle a le droit de statuer sur la validité des actes de l'UE et sur l'inaction fautive des institutions de l'UE au regard du droit de l'UE et du droit international pertinent, et elle peut également vérifier le respect par les États membres du droit de l'UE. D'autre part, elle est la seule instance compétente pour garantir l'application et l'interprétation correctes et uniformes du droit de l'UE dans tous les États membres de l'Union. Le quatrième alinéa de l'article 263 du TFUE permet aux particuliers de saisir la CJUE, mais cette possibilité est relativement limitée<sup>9</sup>.

En revanche, il est toujours possible de saisir les juridictions nationales d'un recours individuel ayant pour objet l'interprétation ou la validité de dispositions du droit de l'UE. Les autorités judiciaires des États membres de l'UE doivent veiller, sur la base d'une coopération sincère et des principes qui régissent l'application effective du droit de l'UE au niveau national, à ce que celui-ci soit correctement appliqué et mis en œuvre dans leur ordre juridique national. En outre, depuis l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Francovich*<sup>10</sup>, les États membres de l'UE sont tenus, dans certaines conditions, de donner réparation, notamment par le versement d'indemnités, aux personnes lésées par un non-respect de leur part du droit de l'UE. En cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'une disposition de l'UE, les juridictions nationales peuvent, voire sont tenues dans certains cas<sup>11</sup>, de demander conseil à la CJUE en utilisant la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 du TFUE. Dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, il a été créé une procédure préjudicielle d'urgence (PPU) afin de garantir un jugement rapide

9 Elle a été utilisée par exemple dans les affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, CJCE, 3 septembre 2008, Recueil 2008, p. I-6351.

10 CJCE, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci et autres c. République italienne*, 19 novembre 1991, Recueil 1991, p. I-05357; CJCE, affaire C-479/93, 9 novembre 1995, Recueil 1995, p. I-03843.

11 En vertu du troisième alinéa de l'article 267 TFUE, sont tenues de le faire les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne. Les autres juridictions sont aussi tenues d'engager une procédure de renvoi préjudiciel lorsque se pose la question de la validité d'une disposition de l'UE et qu'il y a des raisons d'estimer que le recours est fondé (voir, par exemple, l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, Recueil 1987, p. I-4199, 22 octobre 1987).

dans les affaires pendantes devant une juridiction nationale qui concernent une personne détenue<sup>12</sup>.

## La Charte des droits fondamentaux de l'UE

Les traités originaux des Communautés européennes ne contenaient aucune référence aux droits de l'homme ou à leur protection. Cependant, au fur et à mesure que la CJCE a été saisie d'affaires portant sur des allégations de violations des droits de l'homme dans des domaines relevant du droit de l'UE, elle a développé une nouvelle approche dans le but d'accorder une protection aux particuliers. Ainsi, elle a considéré que les droits fondamentaux faisaient partie des « principes généraux » du droit européen, estimant que ceux-ci reflétaient le contenu des droits de l'homme protégés par les constitutions nationales et les traités conclus en la matière, en particulier la CEDH. Elle a déclaré qu'elle veillerait à ce que le droit de l'UE respecte ces principes<sup>13</sup>.

Reconnaissant que ses politiques pouvaient avoir une incidence sur les droits de l'homme et soucieuse de « rapprocher » ses citoyens de ses institutions, l'UE a proclamé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000. Cette Charte énonce une série de droits de l'homme qui s'inspire des droits consacrés dans les constitutions nationales des États membres, la CEDH, la CSE et les traités internationaux portant sur les droits de l'homme, tels que la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE). La Charte des droits fondamentaux de l'UE, telle que proclamée en 2000, était une simple « déclaration », ce qui signifie qu'elle n'était pas juridiquement contraignante. La Commission européenne, principal organe pouvant proposer de nouveaux textes normatifs pour l'UE, a déclaré peu après qu'elle veillerait à ce que les propositions législatives respectent la Charte.

Lorsque le Traité de Lisbonne est entré en vigueur, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, il a changé le statut juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en la rendant juridiquement contraignante. Les institutions de l'UE (ainsi que ses États membres) sont donc

12 Voir le Statut de la Cour de Justice, Protocole n° 3, article 23 *bis*, et le règlement de procédure de la Cour de Justice, articles 107-114. Pour mieux appréhender les affaires susceptibles de faire l'objet d'une PPU, voir CJUE, *Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles* (2012/C 338/01), 6 novembre 2012, para. 40 : « une juridiction nationale pourrait, à titre d'exemple, envisager de présenter une demande de procédure préjudicielle d'urgence dans le cas, visé à l'article 267, quatrième alinéa, TFUE, d'une personne détenue ou privée de sa liberté, lorsque la réponse à la question soulevée est déterminante pour l'appréciation de la situation juridique de cette personne, ou lors d'un litige concernant l'autorité parentale ou la garde d'enfants, lorsque la compétence du juge saisi au titre du droit de l'Union dépend de la réponse à la question préjudicielle. »

13 CJCE, affaire C-44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 13 décembre 1979, Recueil 1979, p. 3727, para. 15.

tenus de la respecter « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (article 51 de la Charte).

Les États ont ensuite adopté un protocole interprétant l'application de la Charte à la Pologne et au Royaume-Uni. Dans une affaire de 2011 portant sur les migrations, la CJUE a déclaré que ce protocole avait pour objectif principal de limiter l'application de la Charte dans le domaine des droits sociaux et qu'il n'avait pas d'incidence sur la mise en œuvre du droit de l'UE en matière d'asile<sup>14</sup>.

L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE comprend, pour la première fois au niveau européen, un droit à l'asile, non absolu cependant : « *le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève [...] et conformément au Traité de l'Union européenne et au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [...]*. » L'article 19 de la Charte pose l'interdiction de renvoyer une personne vers un lieu où elle a des craintes fondées d'être persécutée ou encourt un risque réel d'être soumise à la torture ou à des traitements ou des peines inhumains ou dégradants (principe de non-refoulement).

En outre, d'autres dispositions de la Charte relatives à la protection à accorder aux particuliers revêtent une certaine importance dans le contexte des migrations. Ainsi, l'article 47 prévoit un droit autonome à un recours effectif et énonce les principes d'un procès équitable. Le principe du contrôle juridictionnel consacré à l'article 47 exige l'examen des griefs par une juridiction, ce qui constitue une protection plus étendue que celle prévue à l'article 13 de la CEDH : celui-ci garantit le droit à un recours effectif devant une instance nationale, qui n'est pas nécessairement une juridiction. En outre, la Charte prévoit en son article 52 que la protection minimale accordée par ses dispositions est celle fournie par la CEDH mais que l'UE peut appliquer une interprétation des droits plus généreuse que celle de la CourEDH.

## L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Le droit de l'UE et la CEDH sont étroitement liés. La CJUE s'inspire de la CEDH lorsqu'elle doit déterminer la portée de la protection des droits de l'homme garantie par le droit de l'UE. La Charte des droits fondamentaux de l'UE reflète la gamme des droits accordés par

<sup>14</sup> CJUE, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, N.S. c. *Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 décembre 2011.

la CEDH, mais ne se limite pas à ces droits. Ainsi, le droit de l'UE s'est fortement développé dans le droit fil de la CEDH, même si l'Union n'a pas encore adhéré à cet instrument, de sorte qu'en l'état actuel du droit, les particuliers qui souhaiteraient se plaindre d'un manquement de l'UE à garantir les droits de l'homme ne peuvent diriger une requête contre elle devant la CourEDH. Dans certaines circonstances, il peut être possible de se plaindre indirectement de l'UE en introduisant devant la CourEDH une requête contre un ou plusieurs de ses États membres<sup>15</sup>.

Le Traité de Lisbonne comprend une disposition qui habilite l'UE à acquérir elle-même la qualité de partie à la CEDH et le Protocole n° 14 à la CEDH modifie celle-ci pour permettre cette adhésion. On ignore encore quels seront les effets de cette éventuelle adhésion dans la pratique, en particulier, la manière dont elle influencera la relation entre la CJUE et la CourEDH. Cependant, il est probable que l'adhésion de l'UE à la CEDH améliorera l'accès à la justice pour les particuliers qui estiment que l'UE a manqué à garantir le respect des droits de l'homme à leur égard. Les négociations menées en vue de l'adhésion de l'UE à la CEDH sont en cours et dureront peut-être plusieurs années.

## La Suisse dans le système européen du droit des étrangers et du droit d'asile

Membre du Conseil de l'Europe et de l'AELE, la Suisse n'a adhéré ni à l'UE ni à l'EEE. Par conséquent, son insertion dans le système européen du droit des étrangers et du droit d'asile est singulière à plus d'un titre.

*Les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe* et, partant, avec la CEDH en vigueur en Suisse depuis 1974, sont dans une large mesure comparables à la situation d'autres États européens. En revanche, la Suisse s'est abstenue de ratifier les 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> Protocoles additionnels à la CEDH. Dans le domaine du droit des migrations, ces abstentions se révèlent particulièrement importantes en ce qui concerne le 4<sup>e</sup> Protocole, qui prévoit la liberté de mouvement et d'établissement au sein de l'État et l'interdiction des expulsions collectives. Le 12<sup>e</sup> Protocole additionnel, qui prescrit une interdiction générale et étendue de discrimination, revêt également une certaine importance pour le droit des migrations.

15 Pour plus de détails sur la jurisprudence de la CourEDH dans ce domaine complexe, voir, en particulier, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CourEDH, 30 juin 2005.

La Suisse n'a pas non plus ratifié la *Charte sociale européenne (CSE)*.

Les relations entre la Suisse et l'UE sont réglées via un système de traités bilatéraux qui permettent à la Suisse de participer en partie au marché intérieur européen. Concernant la migration, la Suisse collabore avec l'UE essentiellement dans deux domaines :

- L'octroi mutuel de la libre circulation des personnes ;
- L'accord dit d'association à Schengen, c'est-à-dire la suppression des contrôles aux frontières intérieures et les domaines liés : octroi des visas, collaboration policière (acquis de Schengen), compétence pour traiter les demandes d'asile (Accord d'association à Dublin) et sécurité des frontières extérieures de l'espace Schengen (par la participation à l'agence Frontex).

Dans les rapports entre la Suisse et l'UE, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la directive sur la citoyenneté de l'Union notamment – que la Suisse n'a pas reprises – ne déploient aucun effet direct. Ainsi, le concept d'une citoyenneté européenne commune n'est pas applicable en Suisse.

*Sur la libre circulation des personnes* : Bien que les quatre libertés ne soient pas toutes réalisées dans les relations entre l'UE et la Suisse – en particulier pas la libre prestation de services – la libre circulation des personnes fait partie du fondement des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE. Elle a été convenue dans le cadre d'un paquet d'accords appelé Bilatérales I. Ces accords sont liés entre eux par une « clause guillotine », c'est-à-dire que la résiliation d'un accord entraîne la résiliation de tous les autres. L'accord de libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, ALCP) est en vigueur depuis 2002. Relativement bref, il contient néanmoins trois annexes qui fixent des règles plus précises sur la libre circulation des personnes (annexe I), la coordination des systèmes de sécurité sociale (annexe II) et la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles (annexe III). Vis-à-vis des nouveaux États membres de l'UE, l'accord prévoit des délais de transition jusqu'à la pleine entrée en vigueur de la libre circulation des personnes. Pour le moment, des délais transitoires sont encore en vigueur à l'égard de la Bulgarie et de la Roumanie, ce qui permet à la Suisse de fixer des contingents jusqu'à mi-2016 pour l'immigration en provenance de ces États. La possibilité ultérieure existe encore d'invoquer la clause dite de sauvegarde (jusqu'à mi-2019). Après l'acceptation de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » (février 2014), le Conseil fédéral n'était plus en mesure de ratifier un protocole d'élargissement concernant la Croatie, membre le plus récent de l'UE. Afin d'éviter des mesures de rétorsion de l'UE, le Conseil fédéral en est cependant venu à admettre l'immigration

en provenance de cet État dans le cadre d'une libre circulation des personnes encore soumise aux contingents et à reconnaître certaines qualifications professionnelles.

La libre circulation des personnes est également applicable aux personnes en provenance d'États qui sont membres de l'AELE mais pas de l'UE (en sus de la Suisse, le Liechtenstein, la Norvège et l'Islande). Les règles de l'annexe K à la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE) sont à peu près les mêmes que celles de l'ALCP. Les références, dans la suite du texte, aux règles particulières de la libre circulation des personnes comprendront toujours implicitement les résidents des États AELE et les membres de leur famille qui entrent dans le champ d'application de la libre circulation des personnes.

En raison du traitement juridique fondamentalement différent des personnes qui sont comprises dans le champ d'application de l'ALCP et des ressortissants dits des États tiers, on parle, en droit suisse des migrations, du modèle des deux cercles. Selon ce modèle, les étrangers sont traités différemment selon qu'ils entrent dans le champ d'application de l'ALCP (le premier cercle) ou qu'ils se voient appliquer le droit suisse ordinaire des migrations (le deuxième cercle).

Contrairement à l'UE, les ressortissants turcs n'ont en Suisse aucun statut privilégié et sont traités comme ressortissants d'État tiers.

L'avenir de la libre circulation des personnes et, partant, de toutes les relations entre la Suisse et l'UE, est fondamentalement remis en question par l'adoption, en février 2014, de l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » (introduction des art. 121a et 197 ch. 11 dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Cst.).

*Sur les accords d'association à Schengen et à Dublin* : la Suisse est un État associé à Schengen (Accord d'association à Schengen, AAS) depuis 2008. Ainsi, elle reprend non seulement les règles existant au sein de l'UE sur la suppression des contrôles aux frontières intérieures, les règles communes sur l'octroi de visas et sur un système de collaboration policière, sous la forme où elles existaient au moment de l'association, mais aussi *tous les développements ultérieurs du droit de l'UE* dans ce domaine (l'acquis de Schengen)<sup>16</sup>. Le refus de la Suisse de reprendre un développement de l'acquis de Schengen entraîne automatiquement l'annulation de tout l'accord à son égard. Cette reprise du droit, dite dynamique, diffère considérablement du droit de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE qui, lui, est conçu de manière statique et ne peut

16 Un aperçu des modifications juridiques que la Suisse a reprises sur la base du droit évolutif dynamique de l'acquis de Schengen se trouve au ch. 8.4 du recueil de textes juridiques sur les accords bilatéraux.

être développé qu'avec l'accord de la Suisse. Par exemple, la directive « retour » de l'UE<sup>17</sup> ou la création de l'agence pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, Frontex, à laquelle la Suisse participe depuis 2009, font partie de l'acquis de Schengen.

Sur un territoire où les contrôles aux frontières sont supprimés, les règles juridiques doivent logiquement intégrer des dispositions sur la compétence de traiter les demandes d'asile (puisque les requérants d'asile peuvent aussi franchir, en principe sans contrôle, les frontières étatiques à l'intérieur de l'espace Schengen). C'est pourquoi l'association de la Suisse à Schengen est liée à une association au système de Dublin. Avec l'Accord d'association à Dublin (AAD), la Suisse reprend les règlements Dublin et Eurodac de l'UE. Cet accord étant également dynamique, la Suisse doit reprendre les modifications correspondantes du droit de l'UE. Le système de Dublin vise à ce que tous les requérants d'asile qui déposent une demande à l'intérieur de l'espace Schengen se voient attribuer un État membre compétent pour l'examen matériel de leur demande (pas de « réfugiés en orbite ») sans pouvoir toutefois déposer plus d'une demande (pas de « asylum shopping »). Le règlement de Dublin et le règlement Eurodac ont été modifiés en juin 2013. D'après l'AAD, la Suisse bénéficie d'un délai de deux ans (jusqu'en juillet 2015) pour mettre en œuvre les modifications correspondantes en droit national.

Outre la CEDH et les accords bilatéraux avec l'UE, d'autres traités internationaux ayant une grande importance pratique dans le domaine du droit des migrations sont applicables en Suisse. Il s'agit en premier lieu de la Convention relative au statut des réfugiés (Convention de Genève de 1951). Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR), la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), et la Convention contre la torture (CAT), tous émanant de l'ONU, sont ensuite à nommer.

Les bases légales du droit fédéral suisse pertinentes pour le présent manuel se répartissent sur plusieurs niveaux. L'art. 121 Cst. qui attribue à la Confédération la compétence de légiférer dans les domaines de l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers ainsi que de l'octroi de l'asile, est fondamental. La loi fédérale sur les étrangers (LEtr) revêt une importance centrale. Elle règle pour l'essentiel les conditions d'admission, l'entrée et la sortie, le séjour, le regroupement familial, l'intégration, la fin du séjour (y compris les mesures de contrainte) ainsi que l'admission provisoire et comprend des dispositions pénales. La LEtr s'applique lorsque aucun traité international n'est applicable (art. 2, al. 1, LEtr). Ceci vaut notamment pour l'accord de libre circulation des personnes

17 Les modifications concrètes qui résultent en droit suisse de la reprise de la directive « retour » se trouvent au RO 2010 5755 et RO 2010 5925.

avec l'UE (art. 2, al. 2, LEtr), traité international le plus important en pratique et qui contient un grand nombre de dispositions qui s'écartent de la LEtr. De ce fait, la LEtr est donc applicable en priorité aux personnes provenant d'États tiers. Le principal texte concrétisant la LEtr est l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).

La loi sur l'asile (LAsi) règle la procédure d'asile, le statut des requérants d'asile durant la procédure et le statut des réfugiés reconnus. Diverses ordonnances complètent la loi et règlent les questions de procédure (OA 1), l'exploitation des logements, les questions financières (OA 2) et le traitement des données personnelles (OA 3).

Les questions concernant l'acquisition et la perte de la nationalité suisse sont réglées dans la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (LN). Le Parlement a adopté en juin 2014 une révision totale de cette loi.

En ce qui concerne le renvoi des personnes sans autorisation de séjour, la loi fédérale sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (loi sur l'usage de la contrainte, LUSC) est applicable. Elle est complétée par l'ordonnance sur l'usage de la contrainte (OLUSC).

Les cantons n'ont pas de compétence législative propre dans le domaine du droit des migrations. Par contre, ce sont en principe les autorités cantonales qui accordent et retirent les autorisations du droit des étrangers. Une importante exception concerne l'octroi de l'asile, qui est l'affaire de la Confédération. Les cantons sont cependant chargés d'exécuter le renvoi.

## Points clés

- Les migrations vers l'Europe et à l'intérieur de celle-ci sont régies par un corpus de règles formé par le droit national, le droit de l'UE, la CEDH, la CSE et d'autres obligations internationales contractées par les États européens.
- Des recours contre les actes ou omissions d'une autorité publique estimés contraires à la CEDH peuvent être introduits contre n'importe lequel des 47 États membres du Conseil de l'Europe, dont les 28 États membres de l'UE. La CEDH protège tous les individus qui relèvent de la juridiction de l'un des 47 États qui y sont parties, indépendamment de leur nationalité et de leur statut de résidence.
- L'article 13 de la CEDH impose aux États d'offrir un recours devant une instance nationale pour toute violation alléguée de la Convention. En vertu du principe de subsidiarité tel qu'interprété dans le cadre de la CEDH, les États sont les premiers responsables du respect de la Convention, le recours devant la CourEDH ne pouvant être formé qu'en dernier ressort.
- Des recours contre des actes ou des omissions d'un État membre estimés contraires au droit de l'UE peuvent être portés devant les juridictions nationales, qui sont tenues de veiller à la bonne application du droit de l'UE et peuvent – et, dans certains cas, doivent – saisir la CJUE d'une demande de décision préjudicielle sur l'interprétation ou la validité de la disposition de l'UE concernée.
- **La Suisse** étant membre du Conseil de l'Europe, la CEDH déploie en Suisse les mêmes effets que dans les 46 autres États membres. En revanche, la Suisse n'a pas ratifié la Charte sociale européenne.
- La Suisse n'est pas membre de l'UE. En matière de migration, elle collabore avec l'UE surtout dans deux domaines : dans le cadre d'un espace commun de libre circulation des personnes et dans l'association aux systèmes de Schengen et de Dublin. Le système de Schengen supprime les contrôles des personnes aux frontières intérieures et unifie l'octroi des visas, tandis que le système de Dublin établit un système de compétence pour le traitement des demandes d'asile. Il résulte du privilège de principe accordé en droit suisse des migrations aux personnes en provenance de la zone UE/AELE ce que l'on appelle le modèle des deux cercles : les personnes qui profitent d'un accord de libre circulation forment le premier cercle, alors que celles qui en sont privées forment le second cercle.

# 1

## L'accès au territoire et aux procédures



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Régime de visa Schengen</b>		
Convention d'application de l'accord de Schengen de 1985, 19 juin 1990 Règlement sur l'obligation et l'exemption de visa (CE) n° 539/2001 Code des visas, règlement (CE) n° 810/2009		Accord d'association à Schengen (AAS), RS 0.362.31 Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 2, al. 4, art. 6 Ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV), RS 142.204
<b>Empêcher l'entrée non autorisée sur le territoire</b>		
Directive sur les sanctions pécuniaires aux transporteurs, 2001/51/CE Directive définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, 2002/90/CE		Accord d'association à Schengen (AAS), RS 0.362.31, Renvoi à la directive sur les sanctions pécuniaires aux transporteurs, 2001/51/CE Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 92, 104, 115, 116 et art. 120-120c.
<b>Interdiction d'entrée / Alerte Schengen</b>		
Système d'information Schengen (SIS), institué par le Titre IV de la Convention d'application de l'accord de Schengen de 1985 Règlement SIS II (CE) n° 1987/2006 et Décision SIS II (décision du Conseil 2007/533/JAI) Directive « retour », 2008/115/CE, art. 11	CEDH, art. 2 du Protocole n° 4 (liberté de circulation)*	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Contrôles aux frontières</b>		
Code frontières Schengen, règlement (CE) n° 562/2006		Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) RS 142.20, art. 5-9
<b>Zone de transit</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 4, para. 4	CourEDH, <i>Amuur c. France</i> , 1996 (la rétention dans une zone de transit constitue une privation de liberté)	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 22 et 23 ATF 123 II 193, applicabilité de la jurisprudence <i>Amuur</i> de la CourEDH
<b>Demandeurs d'asile</b>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 18 (droit d'asile)* Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 19 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition)* Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE*	CEDH, art. 3 (interdiction de la torture)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 25 al. 2, 3 Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31
<b>Refoulement de migrants en haute mer</b>		
Code frontières Schengen, règlement (CE) n° 562/2006, art. 3 et 12	CourEDH, <i>Hirsi Jamaa et autres c. Italie</i> , 2012 (expulsion collective en haute mer)	
<b>Recours</b>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 47 (droit à un recours effectif et à un procès équitable)* Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE* Code frontières Schengen, règlement (CE) n° 562/2006, art. 13 Code des visas, règlement (CE) n° 810/2009, art. 32, para. 3 et art. 34, para. 7	CEDH, art. 13 (droit à un recours effectif)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 29a, art. 30 Loi sur les étrangers (LEtr) RS 142.20, art. 112 Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681, art. 11 Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 103-111a Loi sur le Tribunal fédéral (LTF), art. 83 let. c et d Loi sur le tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Ce chapitre présente une vue d'ensemble des régimes applicables à ceux qui souhaitent entrer sur le territoire d'un État européen. En outre, il expose les principaux critères que les États sont tenus de respecter en vertu du droit de la CEDH et du droit de l'UE lorsqu'ils subordonnent à certaines conditions l'accès au territoire ou lorsqu'ils effectuent des opérations de gestion des frontières.

En règle générale, les États disposent d'un droit souverain de contrôle de l'entrée et du maintien d'étrangers sur leur territoire. Le droit de l'UE et la CEDH imposent quelques limites à l'exercice de cette souveraineté. Les ressortissants nationaux ont le droit d'entrer sur le territoire de leur pays et le droit de l'UE confère aux ressortissants de l'UE le droit général d'entrer sur le territoire des États membres dont ils n'ont pas la nationalité. En outre, comme cela est expliqué dans les paragraphes suivants, le droit de l'UE et la CEDH interdisent l'un comme l'autre de renvoyer à la frontière les personnes qui risquent d'être persécutées ou de subir d'autres atteintes graves (principe de non-refoulement).

**Droit de l'UE :** Le droit de l'UE pose des règles communes à tous les États membres en matière d'émission de visas de court séjour et de mise en œuvre d'opérations de contrôle et de surveillance des frontières. L'UE a également établi des règles pour empêcher toute entrée irrégulière sur son territoire. L'agence Frontex a été créée en 2004 pour aider les États membres de l'UE dans la gestion des frontières extérieures de l'Union<sup>18</sup>. Elle fournit également un soutien opérationnel dans le cadre d'opérations conjointes aux frontières terrestres, aériennes ou maritimes. Dans certaines conditions, les États membres peuvent lui demander de déployer un système d'intervention rapide appelé RABIT<sup>19</sup>. Lorsqu'ils agissent dans le cadre d'une opération Frontex ou RABIT, les États membres restent responsables de leurs actes et de leurs omissions. En octobre 2011, le règlement (UE) n° 1168/2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004, qui avait institué Frontex, a renforcé les obligations de l'agence en matière de droits fondamentaux. En 2013, le règlement Eurosur (règlement (UE) n° 1052/2013) a instauré un système européen de surveillances des frontières.

Comme le montre la figure 1, l'acquis de Schengen s'applique dans son intégralité à la plupart des États membres. Il établit un système unifié de contrôles aux frontières extérieures et permet aux individus de traverser librement les frontières à l'intérieur de l'espace Schengen. Tous les États membres de l'UE ne font pas partie de l'espace Schengen.

18 Règlement (CE) n° 2007/2004 du 26 octobre 2004, JO 2004 L 349/1 ; Règlement (UE) n° 1168/2011 du 25 octobre 2011, JO 2011 L 304/1.

19 Règlement (CE) n° 863/2007 du 11 juillet 2007, JO 2007 L 199/30.

En outre, le système Schengen s'étend au-delà des frontières de l'Union et s'applique également à l'Islande, au Liechtenstein, à la Norvège et à la Suisse. L'article 6 du Code frontières Schengen (règlement (CE) n° 562/2006) interdit d'appliquer le Code d'une manière qui équivaldrait à un refoulement ou à une discrimination illicite.

**CEDH :** Dans le système de la CEDH, les États ont le droit, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sous réserve de leurs obligations conventionnelles (dont celles découlant de la CEDH), de contrôler l'entrée, le séjour et l'expulsion des non-nationaux. La CEDH ne pose pas expressément de règles relatives à l'accès des ressortissants étrangers au territoire et n'indique pas non plus qui devrait obtenir un visa. La jurisprudence de la CourEDH impose seulement certaines limites au droit des pays de refuser des personnes à la frontière, par exemple, si ce refus équivaldrait à un refoulement. Dans certains cas, la jurisprudence impose même aux États d'autoriser la personne à entrer sur leur territoire si cette entrée est la condition préalable à l'exercice de certains droits protégés par la Convention, en particulier le droit au respect de la vie familiale<sup>20</sup>.

**La Suisse** a adhéré à l'espace Schengen en signant un accord d'association (Accord d'association à Schengen, AAS) avec l'UE (et, au moment de la signature, avec les Communautés européennes). Cet accord fait partie du corpus des Bilatérales II. La Suisse a aussi conclu des accords d'association distincts avec les autres membres associés qui n'appartiennent pas à l'UE (Norvège, Islande et Liechtenstein)<sup>21</sup>. Contrairement aux accords d'association portant sur d'autres domaines du droit européen, l'accord d'association à Schengen et son pendant, l'association à Dublin, sont des accords dits dynamiques en vertu desquels la Suisse doit reprendre les développements du droit européen (art. 2, ch. 3, AAS). Si la Suisse ne souhaite pas le faire, l'accord cesse d'être applicable, à moins que le comité mixte n'en décide autrement (art. 7, ch. 4, AAS). La suppression de l'association à Schengen entraînerait aussi celle de l'association à Dublin (art. 14, ch. 2, AAD). Il n'est pas toujours facile de délimiter les éléments qui font partie de l'acquis de Schengen et que la Suisse doit par conséquent reprendre. En l'espèce, la décision appartient à l'UE (art. 7, ch. 1, AAS). Le comité mixte, chargé de surveiller et de développer l'association, se compose du Conseil de l'Union européenne (soit de l'assemblée des ministres des États membres de l'UE dans le domaine en question) et du gouvernement suisse. La Suisse peut ainsi exercer une certaine influence sur le développement de l'acquis de

20 Pour plus d'informations, voir *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, paras. 82 et 83, CourEDH, 28 mai 1985.

21 Pour le Liechtenstein : RS 0.362.311 ; pour la Norvège et l'Islande : RS 0.362.32. S'ajoute à cela l'accord signé avec le Danemark sur certains aspects du droit de Schengen qui s'appliquent aussi à ce pays : RS 0.362.33.

Schengen, mais elle n'a pas de droit de vote. Depuis son association, la Suisse a repris des actes législatifs substantiels, dont la Confédération tient la liste<sup>22</sup>.

Si une grande partie des actes législatifs repris concernent des dispositions régissant l'octroi de visas à des ressortissants d'États tiers, d'autres marquent aussi de leur empreinte le droit suisse des étrangers, à l'instar de la directive « retour » et du règlement portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), dont l'entrée en vigueur en Suisse est prévue pour novembre 2015.

Font notamment partie de l'acquis de Schengen, les règlements Frontex et RABIT : en les reprenant, la Suisse s'est aussi associée à Frontex et participe à des missions communes de protection des frontières.

S'agissant de la mise en œuvre des modifications du système de Dublin décidées en juin 2013, la situation juridique est la suivante : si le règlement Eurodac ne doit être appliqué qu'à partir de juillet 2015, même pour les membres de l'UE qui ont adhéré au système, le règlement de Dublin III est lui en vigueur dès le 1<sup>er</sup> avril 2014. Soucieux de garantir le bon déroulement des procédures Dublin, le Conseil fédéral a dès lors décidé, le 18 décembre 2013, d'appliquer provisoirement, pendant le délai transitoire, la plus grande partie des dispositions du règlement de Dublin III qui n'entrent pas en contradiction avec le droit suisse<sup>23</sup>. En revanche, la mise en œuvre de l'art. 18, al. 2 (accès à la procédure sur le fond en cas de transfert en Suisse lorsque la procédure a déjà été classée), de l'art. 27 (voies de recours) et de l'art. 28 (placement en détention administrative) du règlement de Dublin III rendait nécessaire la modification de la loi sur l'asile et de la loi sur les étrangers. Les travaux législatifs s'étant achevés en septembre 2014 dans les deux cas, la dernière étape est l'entrée en vigueur de l'arrêté fédéral les concernant<sup>24</sup>, prévue pour l'été 2015 (le délai référendaire échoit en janvier 2015).

Ne faisant pas partie de l'union douanière de l'UE, la Suisse continue à effectuer des contrôles de marchandises à ses frontières.

22 <http://www.admin.ch/opc/fr/european-union/international-agreements/008.004.000.000.000.000.html>

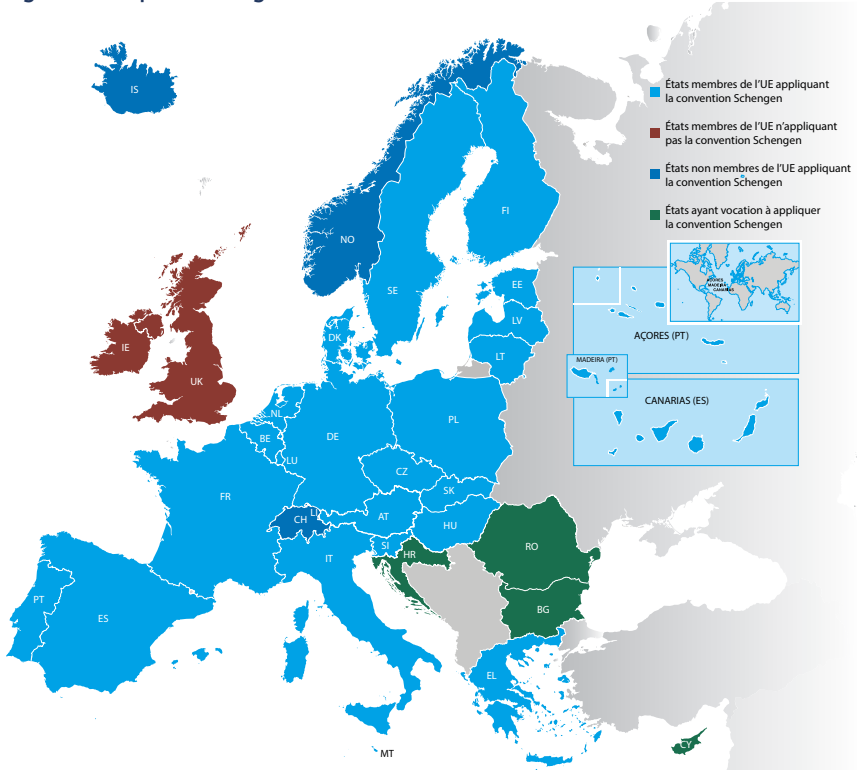
23 Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 décembre 2013 : Asile : le nouveau règlement Dublin III entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier à titre provisoire. Disponible sous : <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/mediemitteilungen.html>

24 Feuille fédérale (FF) 2014 2637.

## 1.1. Le régime de visa Schengen

Les ressortissants de l'UE, les ressortissants des pays faisant partie de l'espace Schengen et les membres de leur famille ont le droit d'entrer sur le territoire des États membres de l'UE sans autorisation préalable. L'entrée de ces personnes ne peut être refusée que pour des motifs d'ordre public, de sûreté ou de santé publique.

Figure 1 : L'espace Schengen



Source : Commission européenne, Direction générale des affaires intérieures, 2013

**Droit de l'UE :** Les ressortissants des pays énumérés à l'annexe I au Règlement sur l'obligation et l'exemption de visa (règlement (CE) n° 539/2001, voir également les modifications) peuvent entrer sur le territoire de l'UE s'ils ont préalablement obtenu un visa. Les annexes au règlement sont modifiées régulièrement. À la page web de la Commission européenne se trouve une carte mise à jour indiquant les exigences en matière de visas

dans l'espace Schengen<sup>25</sup>. Les ressortissants turcs qui n'étaient pas soumis à une obligation de visa au moment de l'entrée en vigueur des dispositions de la clause de *standstill* ne peuvent pas se voir imposer pareille obligation dans les États membres de l'UE<sup>26</sup>.

Les renseignements personnels des demandeurs de visas de court séjour sont enregistrés dans le système d'information sur les visas (règlement (CE) n° 767/2008 (règlement VIS) tel que modifié par le règlement (CE) n° 81/2009), un système central informatisé qui relie les consulats et les points de passage des frontières extérieures.

Les séjours d'une durée maximale de trois mois dans les pays de l'espace Schengen sont régis par les dispositions du Code des visas (règlement (CE) n° 810/2009, voir également les modifications). En revanche, les séjours d'une durée plus longue relèvent de la responsabilité des différents pays, qui peuvent réglementer cette question dans leur droit interne. Les ressortissants exemptés de l'obligation de visa au titre du règlement (CE) n° 539/2001 peuvent être soumis à cette obligation s'ils souhaitent venir dans un autre cadre que le court séjour. Tous les visas obligatoires doivent être obtenus avant le voyage. Ne sont exemptées de cette obligation que certaines catégories de ressortissants de pays tiers.

Exemple : dans l'affaire *Koushkaki*<sup>27</sup>, la CJUE a jugé que les autorités d'un État membre ne peuvent refuser de délivrer un « visa Schengen » à un demandeur que dans le cas où l'un des motifs de refus, énumérés au Code des visas, peut lui être opposé. Toutefois, lors de l'examen d'une demande de visa, les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation en vue de déterminer si l'un de ces motifs de refus peut être opposé au demandeur. Le code des visas prévoit, notamment, que le visa est refusé s'il existe un doute raisonnable sur la volonté du demandeur de quitter le territoire des États membres avant l'expiration du visa demandé. La CJUE souligne à cet égard que les autorités compétentes doivent procéder à un examen individuel de la demande de visa qui, prend en compte, d'une part, la situation générale du pays de résidence du demandeur et, d'autre part, les caractéristiques propres à ce dernier, notamment sa situation familiale, sociale et économique, l'existence éventuelle de séjours légaux ou illégaux antérieurs dans

25 Commission européenne, affaires internes, politique des visas à [http://ec.europa.eu/DGS/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/DGS/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy/index_en.htm).

26 Protocole additionnel à l'Accord d'Ankara, JO 1972 L 293, article 41.

27 CJUE, affaire C-84/12, *Ezatollah Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, 19 décembre 2013.

l'un des États membres, ainsi que ses liens dans le pays de résidence et dans les États membres.

En vertu de l'article 21 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen<sup>28</sup>, les ressortissants de pays tiers détenteurs d'un visa uniforme qui sont entrés de manière régulière sur le territoire d'un pays de l'espace Schengen peuvent se déplacer librement à l'intérieur de l'ensemble de l'espace Schengen pendant toute la durée de validité de leur visa. Selon ce même article, un titre de séjour accompagné de documents de voyage peut, dans certains cas, remplacer un visa. Le règlement (CE) n° 1030/2002 établit un modèle uniforme de titre de séjour<sup>29</sup>. Les étrangers non soumis à l'obligation de visa peuvent se déplacer librement à l'intérieur de l'espace Schengen pendant une durée maximale de trois mois au cours des six mois suivant la date de leur première entrée sur le territoire, à condition qu'ils remplissent les conditions d'entrée.

Le Code frontières Schengen (règlement (CE) n° 562/2006), amendé par le règlement (UE) n° 1051/2013, a supprimé les contrôles aux frontières intérieures ; sauf pour certains cas exceptionnels. La CJUE a jugé que les États ne pouvaient pas procéder à une surveillance aux frontières intérieures dont les effets équivaldraient à des contrôles aux frontières<sup>30</sup>. La surveillance des frontières intérieures de l'espace Schengen, y compris par des moyens électroniques, est cependant autorisée lorsqu'elle repose sur des éléments permettant de soupçonner un séjour irrégulier, mais elle reste soumise à certaines limites d'intensité et de fréquence<sup>31</sup>.

Membre associé de l'espace Schengen, **la Suisse** est liée par le droit de Schengen pour les domaines que celui-ci régit. Il s'agit en particulier du code des visas et du code frontières Schengen.

Le droit de Schengen régit ainsi la surveillance des frontières extérieures de l'UE (en Suisse, il n'existe de frontières extérieures qu'aux aéroports internationaux), la surveillance des frontières intérieures et l'octroi de visas d'une durée égale ou inférieure à 90 jours. C'est l'art. 5 LEtr qui règle les conditions d'admission pour les séjours de plus de

28 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO 2000 L 239, p. 19.

29 Règlement du Conseil (CE) n° 1030/2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, 13 juin 2002, JO 2002 L 157 tel que modifié par le règlement (CE) n° 380/2008/CE., JO 2008 L 115/1

30 CJUE, affaires jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Selim Abdeli* [GC], Recueil 2010, p. I-05667, point 74.

31 CJUE, affaire C-278/12 PPU, *Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, 19 juillet 2012.

90 jours, ces conditions étant pour l'essentiel identiques aux règles de Schengen pour les courts séjours. L'ordonnance sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV) définit les modalités de l'entrée en Suisse et de l'octroi des visas. Les dispositions du droit suisse et européen relatives à l'entrée ne s'appliquent pas aux ressortissants des pays membres de l'UE et de l'AELE, qui ont le droit d'entrer. Au cas où le requérant ne satisferait pas aux conditions d'octroi d'un visa Schengen, l'ODM a la possibilité d'accorder, pour des motifs humanitaires, un visa dont le champ d'application territorial est limité (art. 2, al. 4 et art. 12, al. 4, OEV). Ce mécanisme se substitue à la possibilité de déposer une demande d'asile auprès d'une représentation suisse à l'étranger, supprimée en 2012.

Les représentations suisses à l'étranger sont chargées d'examiner les demandes de visa, y compris les visas Schengen, pour autant que la Suisse constitue la destination unique ou principale du voyage ou le point d'entrée dans l'espace Schengen (art. 5, para. 1 du code des visas). Les demandeurs peuvent former un recours contre une décision de refus de visa, conformément à la législation nationale (art. 32, para. 3 du code des visas). Dans le cas de la Suisse, c'est l'ODM, puis le Tribunal administratif fédéral qui peuvent être saisis du recours (art. 6, al. 2bis, LEtr). En revanche, le recours au Tribunal fédéral est exclu (art. 83, let. c, ch. 1, loi sur le Tribunal fédéral, LTF).

## 1.2. Empêcher l'entrée non autorisée sur le territoire

**Droit de l'UE :** Des mesures ont été adoptées pour empêcher l'accès irrégulier au territoire de l'Union. La directive sur les sanctions pécuniaires aux transporteurs (2001/51/CE) prévoit des sanctions à l'encontre de ceux qui transportent des migrants sans documents d'identification vers l'UE.

La directive relative à l'aide (directive 2002/90/CE) définit l'entrée, le transit et le séjour irréguliers et prévoit des sanctions à l'encontre de ceux qui facilitent de telles infractions. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives (article 3). Les États membres de l'UE peuvent décider de ne pas sanctionner l'apport d'une aide humanitaire, mais ne sont pas tenus d'agir de la sorte (article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2).

Tant la directive sur les sanctions pécuniaires aux transporteurs que la directive relative à l'aide sont mentionnées à l'annexe B de l'AAS, de sorte que la Suisse doit aussi les mettre en œuvre et les appliquer (art. 2, ch. 2, AAS). Elle a notamment honoré ces engagements en introduisant des sanctions pénales contre les entreprises de transport qui ne prennent pas les dispositions que l'on peut attendre d'elles pour ne transporter que les

personnes munies des documents de voyage requis (art. 120a LEtr en relation avec l'art. 92, al. 1, LEtr). Sur certaines liaisons, les entreprises de transport aérien sont tenues de communiquer les données relatives aux passagers et sont aussi passibles d'une sanction si elles enfreignent cette disposition (art. 120b LEtr en relation avec l'art. 104 LEtr). La Suisse punit non seulement l'entrée illégale, mais aussi toute personne la facilitant (art. 115 et 116 LEtr).

### 1.3. Les interdictions d'entrée et les alertes Schengen

L'interdiction d'entrée défend à un individu d'entrer sur le territoire d'un pays duquel il a été expulsé. Elle est généralement valable pour une certaine durée et implique que les personnes considérées comme dangereuses ou indésirables n'obtiennent pas de visa et ne sont pas autorisées à entrer sur le territoire.

**Droit de l'UE :** Les interdictions d'entrée sont enregistrées dans une base de données appelée Système d'information Schengen (SIS), que les autorités des autres pays membres de l'espace Schengen peuvent consulter. Dans la pratique, il s'agit là de la seule possibilité pour l'État ayant émis une interdiction d'entrée de s'assurer que le ressortissant d'un pays tiers frappé par ladite interdiction ne reviendra pas sur son territoire en entrant par un autre État membre de l'espace Schengen pour se déplacer ensuite librement sans devoir se soumettre à un contrôle aux frontières. Depuis le 9 avril 2013, le premier système d'information Schengen, aussi appelé SIS I, a été remplacé par un système d'information de deuxième génération, le SIS II<sup>32</sup>, dont les bases juridiques sont le Règlement (CE) n° 1987/2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)<sup>33</sup> et la Décision du 2007/533/JAI du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)<sup>34</sup>. Le SIS II est une version plus avancée du système d'information Schengen et offre des fonctionnalités

32 Pour les questions relevant du champ d'application du Titre IV du Traité instituant la Communauté européenne, voir la décision 2013/158/UE du Conseil du 7 Mars 2013 fixant la date d'application du règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO 2013 L87, p. 10 ; pour les questions relevant du champ d'application du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, voir la décision 2013/157/UE du Conseil du 7 Mars fixant la date d'application de la décision 2007/533/JAI sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO 2013 L87, p. 8.

33 Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil, 20 décembre 2006, JO 2006 L 381/4.

34 Décision du 2007/533/JAI du Conseil, 12 juin 2007, JO 2007 L 205/63.

améliorées comme le traitement de données biométriques et la possibilité de requête. Les interdictions d'entrée sont alors susceptibles de recours.

Exemple : dans l'affaire *M. et M<sup>me</sup> Forabosco*, le Conseil d'État français a annulé la décision de refuser un visa à l'épouse de Monsieur Forabosco, que les autorités allemandes avaient inscrite dans la base de données SIS parce que sa demande d'asile en Allemagne avait été rejetée. Le Conseil d'État a jugé que l'interdiction d'entrée inscrite dans la base de données à l'issue du rejet d'une demande d'asile ne constituait pas une raison suffisante pour refuser l'octroi d'un visa de long séjour en France<sup>35</sup>.

Exemple : dans l'affaire *M. Hicham B*, le Conseil d'État français a ordonné la suspension temporaire d'une décision d'expulser un étranger qui reposait sur le fait que celui-ci avait été inscrit dans la base de données SIS. La décision d'expulsion mentionnait l'inscription dans la base, mais n'indiquait pas quel pays en était à l'origine. Les décisions d'expulsion devant être motivées en droit et en fait, l'ordre d'expulsion a été jugé illégal<sup>36</sup>.

Pour les personnes faisant l'objet d'une interdiction d'entrée prononcée dans le cadre d'une décision de retour adoptée en vertu de la directive « retour » (directive 2008/115/CE)<sup>37</sup>, l'interdiction ne doit pas normalement s'étendre au-delà de cinq années<sup>38</sup>. Elle s'accompagne en principe d'une alerte SIS et ces personnes se verront refuser l'accès à l'ensemble de l'espace Schengen. L'État membre de l'UE qui a émis l'interdiction d'entrée doit la lever pour qu'un autre État membre puisse accorder un visa à la personne concernée ou la laisser entrer sur son territoire. Comme l'interdiction d'entrée peut être fondée sur des circonstances particulières propres à l'État qui l'a émise, des questions se posent quant à la proportionnalité d'une interdiction d'entrée qui s'applique à l'ensemble de l'espace Schengen, en particulier lorsque d'autres droits fondamentaux sont en jeu, par exemple en matière de regroupement familial.

Les interdictions d'entrée émises hors du champ d'application de la directive « retour » n'empêchent pas formellement les autres pays d'autoriser la personne concernée à entrer dans l'espace Schengen. Cependant, ces autres pays peuvent tenir compte de

35 France, Conseil d'État, *M et Mme Forabosco*, n° 190384, 9 juin 1999.

36 France, Conseil d'État, *M Hicham B*, n° 344411, 24 novembre 2010.

37 Directive 2008/115/CE, JO 2008 L 348, article 3 para. 6 et article 1<sup>er</sup>.

38 CJUE, affaire C-297/12, *Procédures pénales contre Gjoko Filev et Adnan Osmani*, 19 septembre 2013.

l'existence d'une interdiction d'entrée lorsqu'ils acceptent ou refusent d'émettre un visa ou d'autoriser l'entrée. Par conséquent, les interdictions sont susceptibles d'avoir des effets dans l'ensemble de l'espace Schengen, même si elles n'ont de raison d'être que dans l'État émetteur qui a estimé que la personne concernée était indésirable sur son territoire, par exemple, pour des raisons de stabilité politique : ainsi, une alerte Schengen émise par un État membre de l'UE à l'égard d'un homme politique russe a empêché un membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) d'assister à des séances parlementaires en France. Cette affaire a été discutée en détail lors de la réunion du mois d'octobre 2011 de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE, ce qui a donné lieu à un rapport sur les restrictions à la liberté de circulation à titre de sanction pour des prises de position politiques<sup>39</sup>.

**CEDH :** Au regard de la CEDH, l'inscription d'une personne dans la base de données SIS est une action effectuée par un État membre agissant dans le cadre du droit de l'UE. L'individu concerné peut donc, s'il estime que son inscription ou son maintien dans la base emporte violation de la CEDH, saisir la CourEDH d'une requête dirigée contre l'État en question.

Exemple : dans l'affaire *Dalea c. France*, un citoyen roumain dont le nom avait été inscrit dans la base de données SIS par la France avant l'adhésion de la Roumanie à l'UE ne pouvait mener ses activités professionnelles ni fournir ou recevoir de services dans aucun des pays de l'espace Schengen. Sa requête, dans laquelle il se plaignait d'une atteinte au droit d'exercer son activité professionnelle (protégé par l'article 8 de la CEDH sur le droit au respect de la vie privée et familiale) a été déclarée irrecevable. Dans sa première décision de chambre relative à l'enregistrement dans la base de données SIS et aux conséquences de cet enregistrement, la Cour a dit que les États jouissaient d'une marge d'appréciation plus large quant aux modalités visant à assurer les garanties contre l'arbitraire pour l'entrée sur le territoire national qu'en matière d'expulsions<sup>40</sup>.

La CourEDH a aussi examiné les conséquences d'une interdiction de voyager imposée parce que la personne concernée figurait sur une liste de personnes soupçonnées de terrorisme gérée par l'ONU ou sur une liste conçue pour prévenir les violations de la législation interne ou étrangère sur l'immigration.

39 Conseil de l'Europe, Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme (2012), *L'inacceptabilité des restrictions à la liberté de circulation à titre de sanction pour des prises de position politiques*, 1<sup>er</sup> juin 2012, et Résolution n° 1894 (version provisoire), adoptée le 29 juin 2012.

40 *Dalea c. France* (déc.) n° 964/07, CourEDH, 2 février 2010.

Exemple : dans l'affaire *Nada c. Suisse*<sup>41</sup>, les autorités suisses, appliquant les mesures de lutte contre le terrorisme du Conseil de Sécurité des Nations Unies, avaient inscrit un ressortissant italo-égyptien résidant à Campione d'Italia (enclave italienne en Suisse) sur la liste annexée à l'« Ordonnance fédérale sur les Taliban ». Comme il figurait sur cette liste, le requérant ne pouvait pas quitter Campione d'Italia, et toutes ses tentatives pour faire radier son nom de la liste avaient été rejetées. La CourEDH a relevé que les autorités suisses disposaient d'une certaine latitude dans la mise en œuvre des résolutions des Nations Unies relatives à la lutte contre le terrorisme. Elle a jugé que la Suisse avait violé les droits du requérant garantis par l'article 8 de la CEDH, d'une part, en omettant d'avertir rapidement l'Italie ou le Comité des Sanctions des Nations Unies qu'il n'existait pas de soupçons raisonnables à l'encontre du requérant et, d'autre part, en n'adaptant pas les effets du régime des sanctions à la situation particulière de l'intéressé. Elle a également conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 8 car le requérant n'avait pas disposé de moyens effectifs pour obtenir la radiation de son nom de la liste.

Exemple : l'affaire *Stamose c. Bulgarie*<sup>42</sup> concernait un ressortissant bulgare auquel les autorités de son pays avaient imposé une interdiction de voyager d'une durée de deux ans au motif qu'il avait violé les lois des États-Unis sur l'immigration. Dans cette affaire où elle a examiné pour la première fois la question de savoir si une interdiction de voyager destinée à empêcher des violations de lois internes ou étrangères sur l'immigration était compatible avec l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH, la CourEDH a conclu qu'une mesure générale et indifférenciée interdisant au requérant de voyager dans quelque pays étranger que ce soit au motif qu'il avait violé la législation sur l'immigration d'un pays donné n'était pas proportionnée.

**La Suisse** dispose de trois mesures d'éloignement des étrangers : le renvoi, qui les éloigne de Suisse, l'interdiction d'entrée, qui les tient éloignés, et l'expulsion, qui combine les deux effets. À la suite de la reprise de la directive « retour », qui fait partie de l'acquis de Schengen, le *renvoi* ordinaire s'est substitué au renvoi sans décision formelle. Désormais, les renvois sans décision formelle ne peuvent se réaliser que dans les cas particuliers suivants :

41 *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, CourEDH, 12 septembre 2012.

42 *Stamose c. Bulgarie*, n° 29713/05, CourEDH, 27 novembre 2012.

- les étrangers qui séjournent illégalement en Suisse et qui disposent d'un titre de séjour valable délivré par un autre État Schengen, vers lequel ils sont expulsés (art. 64, al. 2, LEtr) ;
- les personnes qui peuvent, en vertu d'un accord de réadmission, être renvoyées dans l'un des États énumérés à l'art. 64c, al. 1, let. a, LEtr (il s'agit dans tous les cas d'États Schengen) ; sur demande immédiate, la décision est rendue au moyen d'un formulaire type ;
- les personnes à qui l'entrée a été préalablement refusée en vertu de l'art. 13 du code frontières Schengen (art. 64c, al. 1, let. b, LEtr) et
- les personnes ayant déjà été renvoyées par un autre État Schengen (art. 83a OASA).

Dans ce quatrième et dernier cas, il n'est pas possible, contrairement aux trois premiers, de rendre une décision et, par conséquent, d'engager une procédure formelle<sup>43</sup>.

L'*interdiction d'entrée* est une mesure d'éloignement. Les personnes frappées d'une interdiction qui entrent malgré tout en Suisse se rendent punissables (art. 115, al. 1, let. a, LEtr). Étant donné que des conditions particulières s'appliquent à l'adoption d'une interdiction d'entrée à l'encontre des personnes pouvant invoquer l'ALCP, il faut distinguer l'interdiction prononcée contre les ressortissants d'États tiers de celle prononcée contre les ressortissants d'États membres de l'UE ou de l'AELE. Dans le premier cas, soit l'ODM, soit l'Office fédéral de la police prononce une interdiction d'entrée. L'ODM interdit l'entrée d'une personne en Suisse lorsque son renvoi est immédiatement exécutoire parce qu'elle constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ou pour la sécurité intérieure ou extérieure, lorsque des éléments concrets font redouter que la personne concernée entende se soustraire à l'exécution du renvoi, lorsqu'une demande d'octroi d'une autorisation a été rejetée comme étant manifestement infondée ou frauduleuse ou lorsque la personne étrangère n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti (art. 67, al. 1, LEtr). Dans ces cas, l'interdiction d'entrée *doit* être prononcée, sauf si des raisons humanitaires s'y opposent (art. 67, al. 5, LEtr). L'ODM *peut* prononcer une interdiction d'entrée lorsque la personne concernée a mis en danger la sécurité et l'ordre publics, occasionné des coûts en matière d'aide sociale ou été placée en détention en phase préparatoire, en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission (art. 67, al. 2, LEtr).

43 Directives LEtr, ch. 8.5.2.

Les interdictions d'entrée sont introduites dans le SIS lorsque la personne concernée a commis un fait punissable grave ou envisage de le faire sur le territoire d'un État membre ou encore lorsqu'elle a été renvoyée ou expulsée en raison du non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour (art. 24 règlement SIS-II). Pour des raisons humanitaires ou pour d'autres motifs majeurs, l'autorité appelée à statuer peut s'abstenir de prononcer une interdiction d'entrée ou suspendre provisoirement ou définitivement celle-ci (art. 67, al. 5, LEtr). Cette disposition s'applique aussi aux interdictions inscrites dans le SIS-II, mais la suspension ne sera opposable que sur le territoire du pays où elle est adoptée. Par motifs majeurs, on entend notamment un décès dans la famille, la naissance d'un enfant ou un autre événement familial important.

Les conditions applicables aux interdictions d'entrée prononcées contre des ressortissants de l'UE sont énoncées à l'art. 5, al. 1, annexe I ALCP : seules des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique permettent d'avoir recours à cette mesure.

L'acceptation de l'initiative populaire sur le renvoi (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) peut aussi entraîner une modification majeure dans le domaine des interdictions d'entrée, en particulier de leur durée, qui devrait aller de 5 à 15 ans, ou même atteindre 20 ans en cas de récidive (art. 121, al. 5, Cst.).

Interprétant l'art. 67 LEtr, le Tribunal administratif fédéral a conclu qu'en vertu tant de la directive « retour » que de l'initiative sur le renvoi, les interdictions d'entrée décrétées par l'ODM doivent toujours être limitées, même lorsque les personnes qui en sont frappées ont commis de graves délits<sup>44</sup>. Dès lors, l'ODM ne pourra plus prononcer d'interdictions d'entrée illimitées.

Un projet du Conseil fédéral, qui sera examiné par le Conseil national, prévoit de réintroduire, pour les personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une certaine durée – à déterminer –, l'*expulsion* prononcée à titre de peine accessoire. Celle-ci avait été supprimée en 2006.

L'*expulsion* régie par l'art. 68 LEtr est une mesure visant à maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. Prise pour des raisons politiques et après consultation du Service de renseignement de la Confédération, elle a, en raison de loi, le double effet d'éloigner l'étranger et de l'empêcher de rentrer en Suisse. Elle s'applique notamment aux

44 TAF, arrêt du 26 août 2014, C-5819/2012, consid. 6.7.

personnes qui se sont livrées à des activités terroristes, à des formes d'extrémisme violent, à des activités de renseignement ou au crime organisé.

## 1.4. Les contrôles aux frontières

L'article 6 du Code frontières Schengen dispose que les contrôles aux frontières doivent être réalisés dans le plein respect de la dignité humaine.<sup>45</sup> Notamment, il ne doit être exercé aucune discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Des règles plus favorables s'appliquent aux ressortissants de pays tiers qui bénéficient de droits de libre circulation (articles 3 et 7, paragraphe 6). Un mécanisme a été mis en place afin d'évaluer et contrôler l'application de l'acquis Schengen (règlement (UE) n° 1053/2013).

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Air Baltic Corporation AS c. Lettonie*<sup>46</sup>, la CJUE a statué que les conditions applicables à l'entrée sont énoncées de façon exhaustive à l'art. 5 du code frontières Schengen et que les pays membres ne peuvent introduire de conditions supplémentaires dans leur législation nationale. En l'espèce, il s'agissait du passage de la frontière nationale au moyen d'un visa valable apposé sur un passeport annulé. Puisque la validité du passeport d'un État tiers ne figure pas parmi les conditions d'entrée énoncées à l'art. 5 du code frontières Schengen, la règle du droit letton qui en dispose ainsi enfreint le droit de l'UE.

**CEDH** : L'obligation faite à une femme musulmane de retirer son voile lors d'un contrôle d'identité au consulat ou à un Sikh d'ôter son turban lors d'un contrôle de sécurité à l'aéroport n'emporte pas violation du droit à la liberté de religion protégé par l'article 9 de la CEDH<sup>47</sup>.

**Nations Unies** : Dans l'affaire *Ranjit Singh c. France*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a estimé que l'obligation faite à un Sikh d'ôter son turban pour la prise d'une photo d'identité officielle constituait une violation de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR) et il n'a pas accepté l'argument selon lequel l'obligation d'apparaître tête nue sur les photos d'identité était nécessaire pour garantir la sûreté et protéger l'ordre public. Le Comité des droits de l'homme a estimé

45 Voir CJUE, affaire C-23/12, *Mohamad Zakaria*, 17 janvier 2013.

46 CJUE, affaire C-575/12, *Air Baltic Corporation AS c. Lettonie*, 4 septembre 2014.

47 *Phull c. France* (déc.), n° 35753/03, CourEDH, 11 janvier 2005 ; *El Morsli c. France* (déc.), n° 15585/06, CourEDH, 4 mars 2008.

que l'État n'avait pas expliqué pourquoi le port d'un turban sikh rendait plus difficile l'identification d'une personne qui portait d'ordinaire un turban ou comment le port d'un turban augmentait la possibilité de fraude ou de falsification de documents. Le Comité a également tenu compte du fait que si la personne concernée ne portait pas de turban sur sa photo d'identité, elle pourrait être obligée, par la suite, d'ôter son turban lors des contrôles d'identité<sup>48</sup>.

En raison de l'accord d'association à Schengen et de l'applicabilité des arrêts de la CourEDH à la Suisse, les règles qui régissent les contrôles des passages de la frontière suisse sont les mêmes qu'en droit européen.

## 1.5. Les zones de transit

Les États ont parfois essayé de soutenir que les personnes se trouvant en zone de transit ne relevaient pas de leur juridiction.

**Droit de l'UE :** L'article 4, paragraphe 4, de la directive « retour » énonce des droits minimaux dont doivent bénéficier les personnes appréhendées ou interceptées pour franchissement irrégulier d'une frontière.

**CEDH :** La responsabilité de l'État peut être engagée si des personnes restent dans une zone de transit.

Exemple : dans l'affaire *Amuur c. France*<sup>49</sup>, les requérants avaient été retenus dans la zone de transit d'un aéroport parisien. Les autorités françaises arguaient que, comme ils n'étaient pas « entrés » sur le territoire français, ils ne relevaient pas de la juridiction française. La CourEDH a rejeté cet argument et a conclu que les dispositions du droit interne en vigueur à l'époque n'avaient pas suffisamment garanti le droit à la liberté des requérants, tel que prévu à l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH<sup>50</sup>.

48 Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Ranjit Singh c. France*, Communications n°s 1876/2000 et 1876/2009, constatations du 22 juillet 2011, para. 8.4.

49 *Amuur c. France*, n° 19776/92, paras. 52 à 54, CourEDH, 25 juin 1996.

50 Voir également *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, CourEDH, 12 février 2009; *Riad et Idiab c. Belgique*, n°s 29787/03 et 29810/03, CourEDH, 24 janvier 2008.

Si, **en droit suisse**, les personnes se trouvant en zones de transit relèvent de la juridiction suisse, la pratique postule, en se fondant sur deux décisions de principe de la Commission de recours en matière d'asile<sup>51</sup>, que l'exécution d'une procédure d'asile ou d'expulsion dans la zone de transit d'un aéroport ne constitue pas une mesure de privation de la liberté. Cependant, cette hypothèse entre en contradiction avec les conclusions de la CourEDH dans l'affaire *Amuur* et avec la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>52</sup> (voir la section 6.1).

## 1.6. Les demandeurs d'asile

**Droit de l'UE :** La Charte des droits fondamentaux de l'UE garantit le droit d'asile à l'article 18 et interdit le refoulement à l'article 19. L'article 78 du TFUE prévoit la création d'un système européen commun d'asile qui doit respecter les obligations contractées par les États au titre de la Convention de Genève de 1951. Plusieurs instruments normatifs, qui reflètent également la protection contre le refoulement prévue à l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, ont été adoptés pour mettre en œuvre cette disposition.

Même si l'article 18 de la Charte garantit le droit d'asile, le droit de l'UE ne prévoit pas de moyens de permettre l'arrivée des demandeurs d'asile. Les individus qui souhaitent demander l'asile dans l'UE sont essentiellement des ressortissants de pays tiers qui ne peuvent entrer sur le territoire de l'UE que s'ils ont obtenu un visa. Comme ils ne remplissent généralement pas les conditions d'obtention d'un visa ordinaire, ils peuvent se trouver contraints de franchir les frontières de manière irrégulière.

L'article 3, paragraphe 1, du règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013) dispose que Les États membres examinent toute demande de protection internationale présentée par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride, et que lademande est examinée par un seul État membre. L'acquis de l'UE en matière d'asile ne s'applique qu'à partir du moment où la personne est arrivée à la frontière, y compris dans les eaux territoriales ou dans une zone de transit (article 3, paragraphe 1, de la directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE)). L'article 6 de cette directive précise les détails de l'accès à la procédure en matière de demandes d'asile. En particulier, l'article 6, paragraphe 1, oblige les États membres à enregistrer la demande au plus tard trois jours ouvrables après la présentation de celle-ci ; ce délai est étendu à six jours ouvrables si la demande est présentée à une autorité qui n'est pas compétente pour l'enregistrer. L'article 6, paragraphe 2, impose aux États de veiller à ce que les personnes aient une possibilité effective

51 JICRA 1997 n° 19 et JICRA 1998 n° 7.

52 ATF 123 II 193.

d'introduire une demande dans les meilleurs délais. Les garanties prévues dans la directive ne s'appliquent qu'à partir du moment où les personnes concernées ont accès aux procédures. Elles ne s'appliquent donc pas à ceux qui ne peuvent pas atteindre le territoire, la frontière ou une zone de transit.

En son article 43, la directive sur les procédures d'asile autorise le traitement des demandes d'asile à la frontière. C'est là que peuvent être prises les décisions sur la recevabilité de la demande, ainsi que sur le fond de celle-ci dans les circonstances où il est possible d'avoir recours aux procédures accélérées conformément à l'article 31, paragraphe 8, de la directive. Les principes fondamentaux et les garanties qui s'appliquent aux demandes d'asile présentées sur le territoire sont également applicables dans ces situations. L'article 43, paragraphe 2, dispose que si aucune décision n'a été prise dans un délai de quatre semaines, le demandeur se voit accorder le droit d'entrer sur le territoire de l'État membre. L'article 24, paragraphe 3, fait obligation aux États de ne pas avoir recours à de telles procédures aux requérants qui nécessitent des garanties procédurales spéciales parce qu'ils ont été victimes de viol ou d'autres formes de violence grave, lorsqu'un soutien adéquat ne peut leur être fourni à la frontière. L'article 25, paragraphe 6, alinéa b) pose des limites au traitement des demandes soumises à la frontière par des mineurs non accompagnés. Ces dispositions ne s'appliquent pas à l'Irlande et au Royaume-Uni, qui demeurent liés par l'article 35 de la version de 2005 de la directive 2005/85/CE.

**CEDH :** La CEDH ne garantit pas un droit d'asile en tant que tel. Cependant, son article 3 interdit de prendre une mesure d'éloignement qui exposerait la personne concernée à un risque de torture ou de traitements ou peines inhumains ou dégradants, et ce que l'intéressé se trouve à la frontière ou en un autre lieu relevant de la juridiction de l'État. Dans des cas extrêmes, l'éloignement, l'extradition ou l'expulsion peuvent aussi poser problème au regard de l'article 2 de la CEDH, qui garantit le droit à la vie.

L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a examiné plusieurs affaires dans lesquelles des réfugiés étaient dits « en orbite » car aucun pays n'acceptait la responsabilité de les laisser entrer sur son territoire afin que leur demande puisse être traitée.

Exemple : l'affaire *Asiatiques d'Afrique orientale*<sup>53</sup> portait sur la situation de personnes qui détenaient un passeport britannique mais n'avaient pas le droit de

53 Commission européenne des droits de l'homme, *Asiatiques d'Afrique orientale (personnes sous protection britannique) c. Royaume-Uni* (déc.), n°s 4715/70, 4783/71 et 4827/71, 6 mars 1978.

résider au Royaume-Uni ou d'y entrer. Expulsées des dépendances britanniques en Afrique, elles étaient restées « en orbite ». L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a conclu que, en dehors de toute considération relative à l'article 14 de la CEDH, la discrimination fondée sur la race pouvait, dans certains cas, constituer en elle-même un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH.

**En Suisse**, tant l'interdiction de refouler des réfugiés que la protection absolue contre l'expulsion prévue par la CEDH sont inscrites dans la Constitution fédérale (art. 25, al. 2 et al. 3, Cst.). Ces interdictions posent des limites à l'application de l'initiative populaire sur le renvoi (art. 121, al. 3 à 6, Cst.), acceptée par le peuple, mais pas encore concrétisée à l'échelon de la loi, qui prévoit l'expulsion systématique des étrangers condamnés pour certaines infractions.

La loi sur l'asile consacre le droit à l'asile. Celui-ci doit être accordé, sur demande, aux réfugiés qui en remplissent les conditions (art. 2, al. 1, LAsi). Selon la définition de l'art. 2, al. 2, LAsi, l'asile comprend « la protection et le statut accordés en Suisse à des personnes en Suisse en raison de leur qualité de réfugié. Il inclut le droit de résider en Suisse ». La loi sur l'asile règle en outre, dès le dépôt de la demande, l'accès à la procédure d'asile, ainsi que les droits et les obligations des demandeurs pendant la procédure en Suisse. Depuis l'abolition de la possibilité de déposer une demande auprès d'une représentation suisse à l'étranger (régie par l'ancien art. 20 LAsi), une demande ne peut être déposée que lorsque la personne se trouve à la frontière suisse ou sur le territoire suisse (art. 19, al. 1<sup>bis</sup>, LAsi). Des dispositions particulières s'appliquent aux demandes d'asile déposées à l'aéroport (art. 22 et 23 LAsi). Pour l'instant, ces procédures en aéroport ne sont appliquées qu'aux aéroports de Zurich et de Genève.

Pour les demandeurs d'asile déboutés, l'art. 83 LEtr prévoit l'octroi de l'admission provisoire lorsque l'expulsion n'est pas possible, licite ou raisonnable. L'expulsion est ainsi illícite « lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international » en vertu de l'art. 83, al. 3, LEtr. Du point de vue juridique, cette disposition concrétise, dans les procédures relevant du droit des étrangers, la protection contre le refoulement inscrite à l'art. 3 de la CEDH. Puisque l'interdiction du refoulement est inscrite dans la Constitution fédérale et puisque la Suisse est liée par la CEDH et d'autres traités internationaux, les autorités doivent respecter cette interdiction lorsqu'elles renvoient ou expulsent un étranger, même s'il n'a pas déposé de demande d'asile. Il incombe alors aux autorités cantonales de vérifier si aucun élément ne s'oppose au renvoi.

## 1.7. Le refoulement de migrants en haute mer

L'accès au territoire de l'UE et aux États membres du Conseil de l'Europe peut se faire par voie aérienne, terrestre ou maritime. Les opérations de surveillance des frontières réa-lisées en haute mer doivent non seulement respecter les droits de l'homme et le droit des réfugiés, mais également être conformes au droit international de la mer.

Les activités en haute mer sont régies par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (SOLAS) et la Convention SAR (Recherche et Sauvetage). Ces instruments prévoient l'obligation de porter assistance et secours aux personnes se trouvant en détresse en mer. En outre, le capitaine du navire est tenu de débarquer les personnes secourues en mer en « lieu sûr ».

Dans ce contexte, l'une des questions les plus controversées est celle de savoir où débarquer les personnes secourues ou interceptées en haute mer.

**Droit de l'UE :** L'article 12 lu en combinaison avec les articles 3 et 3a<sup>54</sup> du Code frontières Schengen dispose que les activités de gestion des frontières doivent respecter le principe de non-refoulement. Compte tenu de la complexité de la question, l'UE a adopté des lignes directrices pour aider Frontex à mettre en œuvre des opérations en mer<sup>55</sup>. Après annulation par la CJUE de ces lignes directrices, la Commission européenne a présenté une proposition de nouvelle réglementation<sup>56</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Parlement européen c. Conseil de l'UE*<sup>57</sup>, le Parlement européen a invité la CJUE à se prononcer sur la légalité des lignes directrices relatives aux opérations en mer de Frontex (décision du Conseil n° 2010/252/UE). Ces lignes directrices avaient été adoptées dans le cadre de la procédure de comitologie régie par l'article 5 bis de la décision n° 1999/468/CE sans la pleine participation du Parlement européen. La CJUE les a annulées, tout en déclarant qu'elles devaient rester en vigueur jusqu'à ce qu'elles soient remplacées. Elle a jugé qu'il y avait lieu de

54 L'article 3a a été introduit par le règlement (UE) n° 610/2013 du 26 juin 2013 portant modification du Code frontières Schengen, JO 2013 L 182/1.

55 Décision du Conseil n° 2010/252/UE du 26 avril 2010, JO 2010 L 111/20.

56 Commission européenne, COM(2013) 197 final, Bruxelles, 12 avril 2013.

57 CJUE, affaire C-355/10, *Parlement européen c. Conseil de l'UE*, 5 septembre 2012, Recueil 2012, paras. 63-85.

suivre la procédure législative ordinaire, où le Parlement joue le rôle de colégislateur, car, premièrement, les règles adoptées comprenaient des éléments essentiels en matière de surveillance des frontières maritimes extérieures et impliquaient, par conséquent, des choix politiques et, deuxièmement, les nouvelles mesures contenues dans la décision attaquée étaient susceptibles d'affecter les libertés individuelles et les droits fondamentaux de la personne. Elle a précisé que le fait que les dispositions figurant dans la Partie II (« Lignes directrices applicables aux cas de recherche et de sauvetage et au débarquement dans le cadre d'une opération aux frontières maritimes coordonnée par l'Agence ») de l'annexe à la décision du Conseil n° 2010/252/CE soient désignées par l'expression « lignes directrices » et qu'il soit indiqué à l'article 1<sup>er</sup> qu'elles étaient « non contraignantes » ne remettait pas en cause leur qualification de règles essentielles.

**CEDH :** La Convention s'applique à toute personne « relevant de la juridiction » d'un État membre du Conseil de l'Europe. La CourEDH a jugé en plusieurs occasions<sup>58</sup> que les personnes pouvaient relever de la juridiction d'un État si celui-ci exerçait son contrôle sur elles en haute mer. En 2012, dans une affaire dirigée contre l'Italie, la Grande Chambre de la CourEDH a énoncé les droits des migrants qui essaient d'entrer sur le territoire européen et les obligations des États en pareilles circonstances.

Exemple : dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*<sup>59</sup>, les requérants faisaient partie d'un groupe d'environ 200 migrants, parmi lesquels figuraient des demandeurs d'asile, qui avait été intercepté par les garde-côtes italiens en haute mer tandis qu'il se trouvait dans la zone de recherche et de sauvetage de Malte. Les migrants avaient été renvoyés sommairement en Libye en vertu d'un accord conclu entre l'Italie et la Libye, sans avoir eu l'occasion de déposer une demande d'asile. Leurs noms et leurs nationalités n'avaient pas été consignés. La CourEDH a observé que la situation prévalant en Libye était bien connue et qu'elle était facile à vérifier à partir de différentes sources d'information. Elle a donc conclu que les autorités italiennes savaient, ou auraient dû savoir, premièrement, que les requérants, renvoyés en Libye en tant que migrants irréguliers, seraient exposés à des traitements contraires aux dispositions de la CEDH et ne bénéficieraient sur place d'aucune forme de protection et, deuxièmement, qu'il n'existait pas de garanties suffisantes pour les protéger du risque d'être renvoyés arbitrairement vers leurs pays d'origine respectifs, parmi lesquels la Somalie et l'Érythrée. Elle a ajouté que les autorités italiennes

58 *Xhavara et autres c. Italie et Albanie*, n° 39473/98, CourEDH, 11 janvier 2001; *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, CourEDH, 29 mars 2010.

59 *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CourEDH, 23 février 2012.

auraient dû tenir particulièrement compte de l'absence de procédure d'asile dans le pays de retour et de l'impossibilité d'obliger les autorités de ce pays à reconnaître le statut de réfugié accordé par le HCR.

La CourEDH a rappelé que le fait que les requérants n'avaient pas demandé l'asile ni décrit les risques qu'ils encouraient en raison de l'absence de système d'asile en Libye n'exemptait pas l'Italie de l'obligation de respecter ses obligations découlant de l'article 3 de la CEDH, et que les autorités italiennes auraient dû vérifier comment les autorités libyennes honoraient leurs obligations internationales relatives à la protection des réfugiés. Elle a conclu que le transfert des requérants vers la Libye violait l'article 3 de la CEDH parce qu'il exposait les requérants au risque de refoulement.

L'obligation de prêter aide et assistance aux personnes trouvées en péril en mer et de les ramener en lieu sûr incombe aussi aux capitaines de la **flotte suisse de haute mer**, car la Suisse a ratifié tant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer que la Convention internationale pour la Sauvegarde de la Vie Humaine en Mer (SOLAS).

## 1.8. Les recours

En ce qui concerne les recours, la question des garanties procédurales sera approfondie au chapitre 4, tandis que le chapitre 6 abordera les recours en cas de privation de liberté.

**Droit de l'UE :** Plusieurs instruments, tels que le Code des visas (article 32, paragraphe 3, et article 34, paragraphe 7), le Code frontières Schengen (article 13) et la directive sur les procédures d'asile (article 46), prévoient des voies d'appel et de recours précis. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit également une garantie plus générale. Toute personne qui allègue avoir été victime d'une violation des droits et libertés garantis par le droit de l'Union, y compris s'il s'agit d'une violation d'une disposition de la Charte, doit avoir accès à un recours effectif et en particulier à une « protection juridictionnelle effective » en cas de refus d'accès au territoire ou aux procédures.

**CEDH :** Toutes les personnes dont l'accès au territoire ou aux procédures peut mettre en jeu des droits garantis par la CEDH doivent, selon l'article 13, avoir accès à un recours effectif devant une instance nationale. Par exemple, dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, la CourEDH a jugé qu'un tel recours faisait défaut parce que les migrants avaient été renvoyés en Libye sans avoir eu la possibilité de contester cette mesure.

**En droit suisse**, le droit à un recours effectif est garanti par la Constitution fédérale à son art. 29a, al. 1 (garantie de l'accès au juge) et à son art. 30, al. 1 (droit à être jugé par un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial). Ces garanties procédurales sont précisées par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), par la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf) et par la loi sur le Tribunal fédéral (LTF). La loi sur les étrangers (art. 112 LEtr) renvoie, en matière de voies de recours, aux dispositions générales de la procédure fédérale, qui s'appliquent aussi aux recours et aux procédures judiciaires régis par l'ALCP (art. 11 ALCP). Les décisions des autorités cantonales peuvent être portées devant les tribunaux administratifs cantonaux, celles des autorités fédérales devant le Tribunal administratif fédéral. Le recours au Tribunal fédéral n'est possible que si aucune des exceptions prévues à l'art. 83, let. c, LTF ne s'applique. La loi sur l'asile (chap. 8, sections 1 et 2, art. 103 à art. 111a LAsi) contient des règles particulières s'appliquant aux recours formés contre les décisions prises dans le domaine de l'asile. À quelques exceptions près (extraditions et décisions des autorités cantonales visées à l'art. 83, let. d, LTF), les décisions en matière d'asile ne peuvent être contestées que devant le Tribunal administratif fédéral et ne peuvent pas être portées devant le Tribunal fédéral.

## Points clés

- Les États ont le droit de décider d'accorder ou de refuser aux étrangers l'accès à leur territoire, mais ils sont tenus de respecter le droit de l'UE, la CEDH et les garanties applicables en matière de droits de l'homme (voir l'introduction du présent chapitre).
- Le droit de l'UE fixe des règles communes pour les États membres en matière d'émission de visas de court séjour (voir la section 1.1).
- Le droit de l'UE comprend des garanties relatives à la mise en œuvre des contrôles aux frontières (voir la section 1.4) et aux activités de surveillance des frontières, en particulier en mer (voir la section 1.7).
- Le droit de l'UE, en particulier l'acquis Schengen, autorise les personnes à se déplacer au sein de l'espace convenu sans faire l'objet de contrôles aux frontières (voir la section 1.1).
- En droit de l'UE, une interdiction d'entrée prononcée à l'encontre d'un individu par un seul État de l'espace Schengen peut empêcher l'intéressé d'entrer dans l'ensemble de l'espace Schengen (voir la section 1.3).
- La Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit le droit d'asile ainsi que l'interdiction de refoulement. L'acquis de l'UE en matière d'asile s'applique à partir du moment où la personne est arrivée à une frontière de l'UE (voir la section 1.6).
- Dans certains cas, la CourEDH impose des limites au droit pour l'État de priver un migrant de liberté ou de le reconduire à la frontière (voir l'introduction du présent chapitre et les sections 1.5 et 1.6), indépendamment du fait que le migrant se trouve dans une zone de transit ou dans un autre lieu relevant de la juridiction de cet État. L'État peut aussi être tenu d'offrir une voie de recours permettant de porter devant une instance nationale les allégations de violation de la CEDH (voir les sections 1.7 et 1.8).
- **La Suisse** est membre associé de l'espace Schengen et du système de Dublin. Elle s'est engagée à reprendre tous les actes législatifs que l'UE range parmi le droit de Schengen ou le droit de Dublin.
- En conséquence, le droit suisse est tributaire du droit de Schengen en ce qui concerne le contrôle des personnes aux frontières intérieures et extérieures, l'intégration au système d'information Schengen, l'attribution de visas n'excédant pas 90 jours et les interdictions d'entrée. En revanche, il n'en va pas de même des contrôles de marchandises aux frontières.
- Le renvoi, l'interdiction d'entrée et l'expulsion sont les mesures d'éloignement dont s'est dotée la Suisse. L'expulsion adoptée comme mesure accessoire devrait bientôt être réintroduite.
- Le droit suisse garantit aux demandeurs d'asile l'accès au territoire suisse et reconnaît la compétence de la Suisse dans les zones de transit.

- Les personnes concernées peuvent former un recours auprès d'un tribunal contre toutes les décisions négatives prises dans les procédures concernant l'accès au territoire suisse, l'asile et le renvoi.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.

# 2

## Le statut et les documents associés



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Demandeurs d'asile</b>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/33/UE, art. 9 (droit de rester)* Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 6 (droit de recevoir des documents)*	<i>CourEDH, Saadi c. Royaume-Uni</i> , 2008 et <i>Suso Musa c. Malte</i> , 2013 (l'entrée est considérée comme irrégulière tant qu'elle n'a pas été formellement autorisée)	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31 Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1), RS 142.311
<b>Réfugiés reconnus et personnes bénéficiant de la protection subsidiaire</b>		
Directive « qualification », 2011/95/UE*	CEDH, art. 3 (interdiction de la torture)	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31 Loi sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 83
<b>Victimes de la traite des êtres humains et de conditions de travail particulièrement abusives</b>		
Directive relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains, 2004/81/CE* Directive relative aux sanctions à l'encontre des employeurs, 2009/52/CE*	Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, art. 14 (possibilité d'accorder un permis de séjour en raison de la situation personnelle de la victime) <i>CourEDH, Rantsev c. Chypre et Russie</i> , 2010 (victime russe de la traite des êtres humains à Chypre)	Loi sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 30 al. 1 let. d et e Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201, art. 34-36a Loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (LTém), RS 312.2

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Personnes concernées par les mesures provisoires indiquées en vertu de l'art. 39 du règlement de la CourEDH</b>		
	CourEDH, <i>Mamatkoulov et Askarov c. Turquie</i> , 2005 et <i>Savridin Dzhurayev c. Russie</i> , 2013 (extradition alors que la CourEDH avait indiqué une mesure provisoire en vertu de l'art. 39 de son règlement)	
<b>Migrants en situation irrégulière</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE CJCE, affaire C-357/09, <i>Kadzoev</i> , 2009 CJUE, C-34/09, <i>Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi</i> , 2011*	CourEDH, <i>Kurić c. Slovénie</i> , 2012 (privation irrégulière de permis de séjour)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 12 et 19 Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 14 al. 2 Loi sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 30 al. 1 let. b ATF 138 I 246 relatif à la possibilité d'amélioration du statut en raison de l'art. 8 CEDH ATF 139 II 393 relatif à la non-applicabilité de la jurisprudence <i>Ruiz Zambrano</i>
<b>Résidents de longue durée</b>		
Directive relative aux résidents de longue durée ressortissants de pays tiers, 2003/109/CE*	Convention d'établissement, 13 décembre 1955	Loi sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 34 et 63
<b>Ressortissants turcs</b>		
Protocole additionnel de 1970 annexé à l'accord d'Ankara, art. 41 (clause de <i>standstill</i> )* Décision n° 1/80 du conseil d'association CEE-Turquie (privilèges accordés aux membres de la famille)*		
<b>Ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE</b>		
Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE*		
<b>Apatrides</b>		
CJUE, affaire C-135/08, <i>Janko Rottman c. Freistaat Bayern</i> , 2010 (perte de la citoyenneté de l'Union)*		Convention relative au statut des apatrides, RS 0.142.40 Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 31

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Le présent chapitre examinera le statut de différents groupes de migrants et les documents correspondants.

Pour de nombreux migrants, l'absence de statut ou de documents en attestant peut entraîner différents problèmes : ils peuvent, par exemple, se voir refuser l'accès aux services publics ou privés, ou au marché du travail. Le droit de l'UE comprend des dispositions impératives détaillées qui ont trait à la fois au statut et aux documents correspondants, et il y a donc violation de ce droit dès lors que ces dispositions ne sont pas respectées. La CourEDH peut être appelée à déterminer si l'absence de statut ou de documents constitue une ingérence dans l'exercice par la personne concernée d'un droit protégé par la CEDH et, dans ce cas, si cette ingérence est justifiée.

Si l'État d'accueil n'a accordé aucune autorisation officielle à un ressortissant de pays tiers, il peut considérer que sa présence sur le territoire national est irrégulière. Cependant, le droit de l'UE et la CEDH prévoient l'un comme l'autre des circonstances dans lesquelles la présence d'un ressortissant de pays tiers doit être considérée comme régulière, même si l'État concerné ne l'a pas autorisée (voir les sections 2.2 et 2.5). Certains droits conférés par l'UE, la CEDH, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou la CSE ne s'appliquent qu'aux personnes dont la présence dans le pays est régulière (voir le chapitre 8).

Le droit de l'UE peut prévoir expressément la reconnaissance ou l'octroi d'un type particulier de statut. Il rend parfois obligatoire la délivrance de documents particuliers (voir les sections 2.1, 2.2 et 2.8). Lorsqu'une personne a droit, en vertu de la législation européenne ou nationale, à un certain statut (ou à certains documents), le refus d'accorder le statut ou de délivrer les documents constitue une violation du droit de l'UE.

La CEDH n'oblige pas expressément les États à accorder aux migrants un certain statut ou à leur délivrer des documents particuliers. Dans certaines circonstances, le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8) peut imposer aux États de reconnaître un statut, d'autoriser le maintien du migrant sur le territoire ou de délivrer lui certains documents. L'article 8 ne peut toutefois pas être interprété comme garantissant en soi le droit à un type particulier de permis de séjour. Lorsque la législation nationale prévoit plusieurs types de permis de séjour, la CourEDH est normalement appelée à analyser les conséquences juridiques et pratiques de la délivrance d'un titre particulier<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> *Liu c. Russie*, n° 42086/05, para. 50, CourEDH, 6 décembre 2007.

**En droit suisse**, les règles régissant le statut de séjour découlent certes en partie de la législation nationale, mais d'importants domaines réglementaires sont aussi influencés par le droit de l'UE et par la CEDH.

## 2.1. Les demandeurs d'asile

Les demandeurs d'asile sollicitent une protection internationale au motif qu'ils ne peuvent retourner ou être renvoyés dans leur pays d'origine parce qu'ils nourrissent des craintes fondées d'y être persécutés ou qu'ils risquent d'y subir des mauvais traitements ou d'autres atteintes graves (voir le chapitre 3).

**Droit de l'UE :** Les demandeurs d'asile sont définis comme les personnes « ayant présenté une demande de protection internationale ». Leur situation est régie par l'acquis de l'UE en matière d'asile. Tous les textes pertinents de l'acquis en matière d'asile, ainsi que les États dans lesquels ils s'appliquent, sont énumérés à l'[Annexe 1](#). L'accès à la procédure d'asile est examiné au chapitre 1. La présente section traite du cas des demandeurs d'asile dont la demande est en cours d'examen et qui sont en attente d'une décision définitive. Le droit de l'UE interdit d'éloigner un demandeur d'asile avant qu'une décision ait été prise sur sa demande. L'article 9, paragraphe 1, de la directive sur les procédures d'asile (2013/32/EU) dispose que la présence du demandeur d'asile sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne est régulière et que les demandeurs d'asile « sont autorisés à rester dans l'État membre » aux fins de la procédure jusqu'à ce qu'une décision ait été prise par l'autorité compétente. L'expression « autorisés à rester » est suivie des mots « droit de rester ». Il existe des exceptions à cette règle, notamment pour les demandes ultérieures.

Le droit des demandeurs d'asile à recevoir des documents garanti par le droit de l'UE est énoncé dans la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) (on trouvera à l'[Annexe 1](#) une liste des États membres de l'UE liés par cette directive). Selon son article 6, toutes les personnes qui déposent une demande d'asile doivent recevoir, dans un délai de trois jours, un document attestant qu'ils sont autorisés à rester pendant l'examen de leur demande. L'article 6, paragraphe 2, précise que les États membres peuvent exclure l'application de ce délai quand le demandeur est maintenu en rétention et pendant l'examen d'une demande de protection internationale présentée à la frontière.

**CEDH :** Aucune disposition équivalente ne régit le statut des demandeurs d'asile pendant le traitement de leur demande de protection. Il faut donc déterminer dans chaque cas si la législation nationale autorise les demandeurs d'asile à rester sur le territoire pendant le traitement de leur demande.

L'article 5, paragraphe 1, point f), de la CEDH autorise les États à détenir les demandeurs d'asile pour les empêcher de « pénétrer irrégulièrement » dans leur territoire. Selon la CourEDH, une entrée demeure « irrégulière » tant qu'elle n'a pas été formellement autorisée par les autorités nationales.

Exemple : la CourEDH a dit dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*<sup>61</sup> qu'une entrée demeure « irrégulière » tant qu'elle n'avait pas été formellement autorisée par les autorités nationales. Dans cette affaire où le demandeur d'asile avait été régulièrement détenu pendant sept jours, dans des conditions appropriées, pendant le traitement de sa demande d'asile, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH.

Exemple : Dans l'affaire *Suso Musa c. Malte*<sup>62</sup>, la Cour a cependant précisé que lorsqu'un État, de son propre chef ou en application du droit de l'UE, était allé au-delà de ses obligations juridiques et avait adopté une législation autorisant explicitement l'entrée ou le séjour d'immigrants pendant l'examen de leur demande d'asile, toute détention consécutive aux fins de prévention d'une entrée irrégulière sur le territoire pouvait soulever une question quant à la légalité de la détention au regard de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), de la Convention.

L'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH mentionne le droit à la libre circulation des personnes qui séjournent « régulièrement » dans un État, et que l'article 1 du Protocole n° 7 prévoit certaines garanties procédurales contre l'expulsion des personnes séjournant « régulièrement » sur le territoire d'un État. Une personne peut toutefois perdre son statut « régulier ».

Exemple : Devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>63</sup>, le gouvernement allemand avait reconnu que les demandeurs d'asile résidaient légalement sur le territoire pendant la durée de leur procédure de demande d'asile. Dans l'affaire *Omwenyeke c. Allemagne*<sup>64</sup>, la Cour a toutefois admis l'argument du gouvernement allemand selon lequel le requérant avait perdu son statut « régulier » en violant les conditions liées à son autorisation de résidence temporaire émis par l'État, c'est-à-dire l'obligation de demeurer sur le territoire d'une certaine ville ; le

61 *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, para. 65, CourEDH, 29 janvier 2008.

62 CourEDH, *Suso Musa c. Malte*, n° 42337/12, 23 juillet 2013.

63 CCPR/C/DEU/2002/5, 4 décembre 2002.

64 *Omwenyeke c. Allemagne* (déc.), n° 44294/04, CourEDH, 20 novembre 2007.

requérant échappait donc au champ d'application de l'article 2 du Protocole no° 4 de la CEDH.

**En droit suisse**, le séjour des demandeurs d'asile est régi par la loi sur l'asile et par l'ordonnance 1 sur l'asile (OA 1). L'art. 42 LAsi dispose ainsi que quiconque dépose une demande d'asile en Suisse peut y séjourner jusqu'à la clôture de la procédure. Le corollaire de ce droit est l'interdiction de l'expulsion tant que la procédure est en cours.

L'art. 30 OA 1 règle les modalités de ce droit de séjour. À cet effet, l'autorité cantonale délivre aux demandeurs d'asile une autorisation de séjour « N », dont la validité, limitée à six mois, peut être renouvelée (art. 30, al. 1, OA 1). Cette autorisation est retirée lorsque la personne quitte la Suisse, volontairement ou non, ou « lorsque ses conditions de résidence sont réglementées par la police des étrangers » (al. 3). L'autorisation « N » ne confère pas de droit de résidence pour sa durée de validité (al. 2), car ce droit dépend des progrès de la procédure d'asile.

## 2.2. Les réfugiés reconnus et les personnes dont il est reconnu qu'elles ont besoin d'une protection subsidiaire

**Droit de l'UE :** La Charte des droits fondamentaux de l'UE garantit le droit d'asile (article 18), allant ainsi au-delà du droit de demander asile. Les personnes qui réunissent les conditions requises pour obtenir l'asile ont le droit de se voir reconnaître ce statut. Les articles 13 (statut de réfugié) et 18 (statut conféré par la protection subsidiaire pour les personnes qui ont besoin de la protection internationale, mais qui ne remplissent pas les conditions pour se voir octroyer le statut de réfugié) de la directive « qualification » (2011/95/UE) accordent expressément le droit de se voir octroyer le statut de réfugié ou la protection subsidiaire. Les personnes à qui la protection internationale a été accordée peuvent perdre leur statut en cas de réelle amélioration de la situation dans leur pays d'origine (voir la section 3.1.9).

L'article 24 de la même directive régit le droit de recevoir des documents. Les personnes dont il est reconnu qu'elles ont besoin de la protection internationale ont droit à un permis de séjour (de trois ans pour les réfugiés, d'un an pour les bénéficiaires de la protection subsidiaire). L'article 25 donne aux réfugiés et, dans certains cas, aux bénéficiaires de la protection subsidiaire le droit à des documents de voyage.

**CEDH** : La CEDH ne garantit pas de droit d'asile tel que celui qui figure à l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par ailleurs, la CourEDH ne peut pas examiner la question de savoir si le refus ou le retrait du statut de réfugié au titre de la Convention de Genève de 1951<sup>65</sup>, ou la non-reconnaissance du droit d'asile au titre de la directive « qualification »<sup>66</sup>, sont contraires à la CEDH. Elle peut néanmoins examiner le point de savoir si l'éloignement d'un ressortissant étranger lui ferait courir un risque réel de traitement contraire à l'article 3 ou à certaines autres dispositions de la CEDH (voir le chapitre 3)<sup>67</sup>.

La Suisse n'étant pas tenue d'appliquer la directive « qualification », le **droit suisse** n'établit pas de distinction entre les réfugiés reconnus et les bénéficiaires de la protection subsidiaire, mais fait une différence entre les réfugiés reconnus à qui l'asile a été accordé à la suite d'une demande (art. 2, al. 1, LAsi) et les personnes mises au bénéfice d'une « admission provisoire », régie par le chapitre 11 de la LEtr.

L'asile est accordé aux personnes qui ont la qualité de réfugié, s'il n'y a pas de motif d'exclusion (art. 49 LAsi). Ces motifs d'exclusion sont l'indignité (art. 53 LAsi) et les motifs subjectifs survenus après la fuite (art. 54 LAsi). Lorsque l'asile est refusé, l'ODM prononce le renvoi ou une mesure de substitution (art. 44 LAsi qui renvoie aux art. 83 et 84 LEtr). L'ODM accorde une admission provisoire « si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée ». L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger, sans qu'il y ait faute de sa part, ne peut matériellement pas quitter la Suisse pour son État d'origine ou son État de provenance. Le renvoi n'est pas licite lorsque son exécution serait contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (en pratique, c'est surtout l'interdiction du refoulement qui revêt de l'importance en l'espèce). Enfin, l'exécution ne peut être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le mettrait en danger, « par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale ». Dès lors, l'« admission provisoire » offre une protection plus étendue que les dispositions internationales, car elle octroie une protection provisoire à des personnes qui ne bénéficient d'aucun statut prévu par le droit de l'UE. En même temps, l'« admission provisoire », mesure de substitution d'un renvoi inexécutable, n'est pas un statut régi par le droit des étrangers. Il s'agit d'un cas particulier : la présence de ces personnes est tolérée car elles ne peuvent être renvoyées. Les personnes admises à

65 *Ahmed c. Autriche*, n° 25964/94, para. 38, CourEDH, 17 décembre 1996.

66 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, para. 226 (ayant trait à l'article 15 de la directive « qualification »), CourEDH, 28 juin 2011.

67 *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, paras. 106 et 107, CourEDH, 17 juillet 2008.

titre provisoire ne peuvent déposer une demande de séjour (et obtenir ainsi un statut de séjour) qu'après cinq ans, et pour autant qu'elles satisfassent à d'autres conditions (art. 84, al. 5, LEtr).

Toute personne qui obtient l'asile en Suisse a droit à une autorisation de séjour en vertu de l'art. 60, al. 1, LAsi (« permis B »), délivrée par le canton où elle séjourne. Les réfugiés à qui l'asile est refusé aux motifs prévus à l'art. 53 ou à l'art. 54 LAsi sont admis à titre provisoire en qualité de réfugiés (art. 83, al. 8, LEtr). Tous les réfugiés – y compris ceux qui sont admis provisoirement – ont droit à des documents de voyage en vertu de l'art. 59 LEtr, dont la délivrance incombe à l'ODM, conformément à l'art. 1 de l'ordonnance sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV). L'art. 3 ODV précise que ce droit est ouvert à tous les réfugiés reconnus par la Suisse et aux réfugiés pour lesquels la responsabilité a été transférée à la Suisse en vertu de l'art. 2 de l'Accord européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés. L'obtention d'une autorisation d'établissement permanente dépend de plusieurs conditions (art. 60, al. 2, LAsi en relation avec l'art. 34 LEtr). Le traitement privilégié autrefois réservé aux réfugiés, qui obtenaient une autorisation d'établissement après cinq ans de séjour, a été aboli le 1<sup>er</sup> février 2014.

Les personnes admises à titre provisoire reçoivent un permis (« permis F ») qui indique leur statut juridique, conformément à l'art. 41, al. 2, LEtr. L'autorité cantonale délivre cette autorisation (art. 85, al. 1, LEtr), qui est valable douze mois au plus et peut être prolongé en l'absence de motif mettant fin à l'admission provisoire (art. 84 LEtr). C'est l'ODV qui régit la délivrance de documents de voyage ou de visas de retour (qui autorisent la rentrée en Suisse) aux personnes admises à titre provisoire qui n'ont pas qualité de réfugié. Ces dernières doivent faire valoir un des motifs de voyage indiqués à l'art. 9 ODV pour obtenir ces documents.

## 2.3. Les victimes de la traite des êtres humains et les victimes de conditions de travail particulièrement abusives

**Droit de l'UE :** La directive concernant les sanctions à l'égard des employeurs (2009/52/CE) érige en infraction pénale certaines formes d'emploi illégal de migrants en situation irrégulière. Il est possible de délivrer un permis de séjour temporaire aux travailleurs mineurs ou victimes de conditions de travail particulièrement abusives afin qu'ils puissent porter plainte contre leur employeur (article 13).

La directive 2004/81/CE du Conseil relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine prévoit une période de réflexion pendant laquelle la victime ne peut pas être expulsée. Elle oblige également les États membres de l'UE à délivrer un titre de séjour aux victimes de la traite des êtres humains qui coopèrent avec les autorités (articles 6 et 8, respectivement). Ce document, qui doit avoir une validité minimale de six mois, est renouvelable. Si elle ne traite pas directement de la question des titres de séjour, la directive de 2011 relative à la traite des êtres humains (2011/36/UE) impose aux États d'apporter aux victimes une assistance et un soutien avant, pendant et après la procédure pénale (article 11). Cependant, lorsqu'il n'est pas envisagé d'engager une procédure contre les auteurs de la traite ou que la victime n'a pas coopéré avec des enquêteurs, rien n'oblige clairement un État membre de l'UE à accorder un permis de séjour.

**CEDH** : L'interdiction de l'esclavage et du travail forcé énoncée à l'article 4 de la CEDH peut, dans certaines circonstances, imposer aux États de mener une enquête sur de possibles cas de traite des êtres humains et d'adopter des mesures visant à protéger les victimes ou les victimes potentielles.

Exemple : l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>68</sup> portée devant la CourEDH concernait une jeune femme russe qui avait été victime de la traite des êtres humains à Chypre. La Cour a jugé que Chypre avait manqué à ses obligations positives en vertu de l'article 4 de la CEDH à deux égards : premièrement, le pays n'avait pas mis en place un cadre juridique et administratif adapté pour lutter contre la traite des êtres humains et, deuxièmement, la police n'avait pas adopté de mesures opérationnelles adéquates pour protéger la victime contre la traite des êtres humains. La CourEDH a également conclu que les autorités russes n'avaient pas mené d'enquête effective sur le recrutement de la victime par les auteurs de la traite, recrutement qui avait eu lieu sur le territoire russe. Ce manquement avait eu des conséquences particulièrement graves pour la jeune femme étant donné les circonstances qui avaient entouré son départ de Russie et son décès ultérieur à Chypre.

**CdE** : Les autorités des États parties à la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains doivent accorder à la victime présumée une période de rétablissement et de réflexion, pendant laquelle elle ne peut être éloignée (article 14). En vertu de la même convention, si les autorités compétentes estiment qu'il

<sup>68</sup> *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, para. 284, CourEDH, 7 janvier 2010.

existe des « motifs raisonnables » de croire qu'une personne a été victime de la traite des êtres humains, cette personne ne doit pas être éloignée du pays avant qu'il ait été déterminé si elle a effectivement été victime de traite (article 10, paragraphe 2). L'autorité compétente peut délivrer aux victimes un permis de séjour renouvelable si elle estime que leur séjour s'avère nécessaire en raison de leur situation personnelle ou aux fins de l'enquête pénale (article 14, paragraphe 1). Ces dispositions visent à garantir que les victimes de la traite des êtres humains ne risquent pas d'être renvoyées dans leur pays sans avoir reçu l'aide adéquate (voir également le chapitre 9 sur les groupes vulnérables et, pour la liste des ratifications, l'Annexe 2.

**La Suisse** a ratifié la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2013.

Selon l'art. 30, al. 1, let. d et e, LEtr, il est possible de déroger aux conditions générales d'admission pour « protéger les personnes particulièrement menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative » (let. d) et pour « régler le séjour des victimes ou des témoins de la traite d'êtres humains » (let. e). L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) règlemente à cet effet l'autorisation de courte durée octroyée aux artistes de cabaret (art. 34 OASA, une catégorie de permis qui sera bientôt supprimée), le délai de rétablissement et de réflexion (art. 35 OASA) et le séjour de victimes et de témoins de la traite d'êtres humains (art. 36 OASA).

Si une victime témoigne dans un procès contre des auteurs de traite des êtres humains et que sa sécurité est mise en danger, il est envisageable de la faire bénéficier d'un programme de protection des témoins, ce qui a souvent pour corollaire l'octroi d'une autorisation de séjour (art. 36a OASA). En Suisse, la réalisation des programmes de protection de témoins repose sur la loi fédérale sur la protection extraprocédurale des témoins (Ltém), adoptée à l'occasion de la ratification et de la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe.

Le droit de l'asile ne contient aucune règle générale sur le séjour des victimes de la traite des êtres humains et sur l'établissement de documents à leur intention : ce sont les règles générales relatives à l'asile et à l'admission provisoire qui s'appliquent en l'espèce.

## 2.4. Les personnes concernées par les mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 du règlement de la CourEDH

Lorsque la CourEDH reçoit une requête, elle peut décider qu'un État doit adopter certaines mesures provisoires pendant qu'elle continue à examiner l'affaire<sup>69</sup>. Ces mesures, généralement appelées « mesures indiquées en vertu de l'article 39 du règlement »<sup>70</sup>, consistent souvent à demander à l'État de ne pas renvoyer des personnes vers un pays où il est allégué qu'elles risquent la mort, la torture ou d'autres mauvais traitements. Dans de nombreux cas, cela concerne des demandeurs d'asile dont la demande a été définitivement rejetée et qui ont exercé toutes les voies de recours disponibles en droit interne. Dans certains États, il peut y avoir des doutes quant au statut dont relève une personne dont la CourEDH a indiqué en vertu de l'article 39 qu'il fallait surseoir à son éloignement pendant l'examen de l'affaire<sup>71</sup>. Indépendamment de cette question de statut, l'État expulsant est tenu de respecter toute mesure indiquée par la CourEDH en vertu de l'article 39 de son règlement.

Exemple : dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*<sup>72</sup>, l'État défendeur avait extradé les requérants vers l'Ouzbékistan alors que la CourEDH avait indiqué en vertu de l'article 39 qu'il fallait surseoir à cette extradition. La CourEDH a jugé que les faits de la cause montraient clairement que cette extradition l'avait empêchée d'examiner les griefs des requérants de manière appropriée, conformément à sa pratique constante dans des affaires similaires et, en fin de compte, de les protéger des violations potentielles de la CEDH. Rappelant qu'en vertu de l'article 34 de la Convention, les États contractants s'étaient engagés à s'abstenir de tout acte et à se garder de toute omission susceptibles d'entraver l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant, elle a conclu que l'inobservation de mesures provisoires par un État contractant devait être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace du droit de l'intéressé et, partant, comme une violation de l'article 34 de la CEDH.

69 CourEDH, article 39 du règlement de la Cour tel qu'en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2012.

70 Pour des instructions détaillées sur la manière d'introduire une demande d'indication d'une mesure provisoire en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, voir les instructions du HCR (2012).

71 CourEDH, *Azimov c. Russie*, n° 67474/11, 18 avril 2013.

72 *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, CourEDH, 4 février 2005.

Exemple : Dans l'affaire *Savridin Dzhurayev c. Russie*<sup>73</sup>, alors même qu'une mesure provisoire demandée par la Cour était toujours en vigueur, le requérant avait été transféré de force par avion vers le Tadjikistan dans le cadre d'une opération spéciale impliquant des agents de l'État. La Cour a constaté qu'en conséquence du non-respect par l'État de la mesure provisoire, le requérant avait été exposé à un risque réel de mauvais traitements au Tadjikistan, et qu'elle-même s'était retrouvée dans l'impossibilité de lui assurer le bénéfice pratique et effectif de ses droits au titre de l'article 3 de la Convention. L'article 34 de la Convention, ainsi que l'article 3, ont par conséquent été violés. La Cour a ordonné à l'État défendeur de prendre des mesures concrètes de réparation pour protéger le requérant contre les risques menaçant sa vie et sa santé dans le cadre d'une juridiction étrangère. De plus, eu égard à la répétition d'incidents de même type, la Cour a ordonné à l'État défendeur de régler ce problème récurrent sans délai en prenant des mesures générales draconiennes afin de garantir la protection effective de victimes potentielles, en conformité avec les mesures provisoires demandées par la Cour.

**En Suisse**, il n'existe aucune disposition légale sur le séjour des personnes pour lesquelles la CourEDH a adopté une mesure provisoire au sens de l'art. 39 de son règlement. L'abrogation au 1<sup>er</sup> février 2014 de l'art. 112 LAsi qui régissait l'effet des voies de recours extraordinaires a créé un vide juridique. Dans sa pratique, la Suisse s'en tient aux mesures provisoires ordonnées. Lorsqu'elle s'inscrit dans le contexte de l'asile, il est recommandable de voir dans l'injonction de la CourEDH une prolongation de la procédure d'asile. Le demandeur aurait alors droit, pour la durée de cette mesure, à l'établissement d'une autorisation de séjour « N » qui l'autorise à résider régulièrement en Suisse tant que la procédure d'asile n'est pas close (voir la section 2.1 ci-dessus).

## 2.5. Les migrants en situation irrégulière

La présence de personnes qui sont entrées ou qui ont séjourné dans un État sans autorisation ni justification juridique est jugée irrégulière ou illégale. Une présence irrégulière ou illégale peut survenir de nombreuses manières, qui vont de l'entrée clandestine à la fuite d'une adresse imposée, en passant par la perte par un étranger en situation régulière du droit de renouveler son permis de séjour en raison d'un changement de situation personnelle. L'absence de statut régulier affecte souvent la possibilité de bénéficier d'autres droits procéduraux et substantiels (voir la section 8.6 sur l'accès à la sécurité sociale et à l'aide sociale).

<sup>73</sup> CourEDH, *Savridin Dzhurayev c. Russie*, n° 71386/10, 25 avril 2013.

**Droit de l'UE :** En vertu de la directive « retour » (2008/115/CE ; voir l'Annexe 1 pour connaître la liste des États membres de l'UE liés par la directive), les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ne peuvent plus être laissés dans l'incertitude : les États membres de l'UE participant à la directive doivent soit régulariser leur séjour, soit prendre une décision de retour à leur encontre.

Toutes les personnes sans autorisation légale de séjour relèvent de cette directive. L'article 6 oblige les États membres de l'UE à prendre une « décision de retour » à leur encontre, mais prévoit, en son paragraphe 4, des circonstances qui les exemptent de cette obligation. Parallèlement aux causes humanitaires et autres, un autre motif de régulariser le séjour d'une personne peut être l'existence de raisons impérieuses liées à la vie privée ou familiale, dont le respect est garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 8 de la CEDH (voir le chapitre 5 sur la vie familiale).

Exemple : dans l'affaire *M. Ghevondyan*<sup>74</sup> (4 juin 2012), le Conseil d'État français a jugé que l'article 6 de la directive « retour » n'imposait pas aux autorités compétentes des États membres de prendre systématiquement une décision de retour à l'encontre de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Notant que l'article 6, paragraphe 4, prévoyait plusieurs exceptions et dérogations à l'article 6, paragraphe 1, il a estimé que le prononcé des décisions de retour ne pouvait avoir un caractère automatique, alors qu'il appartenait à l'autorité administrative de se livrer à un examen de la situation personnelle et familiale de l'étranger et de prendre en compte les éventuelles circonstances faisant obstacle à l'adoption d'une mesure d'éloignement à son encontre. Il a précisé qu'au nombre de ces circonstances figuraient notamment celles mentionnées à l'article 5 de la directive, à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant, la vie familiale et l'état de santé du ressortissant concerné. Il a conclu que, si l'étranger invoquait ce motif, les tribunaux devaient examiner la régularité de la décision en tenant compte de ses conséquences sur la situation personnelle de l'intéressé.

Il est possible d'accorder une autorisation de maintien sur le territoire dans l'attente de l'issue d'une procédure de demande d'autorisation de séjour (article 6, paragraphe 5), mais ce n'est pas obligatoire comme pour les demandeurs d'asile. La disposition n'aborde pas le statut des personnes concernées. Le considérant 12 de la directive « retour » prend acte de la situation dans laquelle se trouvent un certain nombre d'étrangers, qui

<sup>74</sup> France, Conseil d'État, *M. Ghevondyan*, 4 juin 2012.

séjour de manière irrégulière sur le territoire de l'UE mais ne peuvent faire l'objet d'un éloignement. Il indique également que les États devraient délivrer aux personnes concernées une confirmation écrite de leur situation, mais cela n'est pas repris dans le dispositif de la directive. Un exemple particulièrement criant de cette situation est le cas des personnes qui doivent être remises en liberté parce que la durée maximale de rétention autorisée s'est écoulée (voir le chapitre 6 sur la détention), mais qui ne sont toutefois pas autorisées à séjourner sur le territoire<sup>75</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Kadzoev*<sup>76</sup>, un Tchèque qui avait demandé l'asile sans succès en Bulgarie et ne pouvait faire l'objet d'un éloignement a été libéré de rétention après que la CJUE eut jugé que le droit de l'UE applicable ne pouvait en aucune circonstance autoriser un dépassement de la durée maximale de rétention. Une fois libéré, l'intéressé s'est trouvé sans statut ni documents et dans l'indigence, la législation bulgare ne lui conférant aucun statut même s'il ne pouvait être éloigné.

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Mahdi*<sup>77</sup>, la CJUE s'est intéressée au cas d'un ressortissant soudanais, qui n'était pas muni de documents d'identité et se trouvait en Bulgarie en détention à des fins d'éloignement (et dont le rapatriement devait de toute bonne foi être jugé impossible). La CJUE a conclu que, en l'espèce, la Bulgarie n'est certes pas tenue de délivrer à M. Mahdi « un titre de séjour autonome ou une autre autorisation conférant un droit de séjour », mais doit, dans le cas de sa libération, lui délivrer « une confirmation écrite de sa situation » comme le prévoit la directive.

**CEDH :** La CEDH ne garantit pas un droit à se voir octroyer un statut spécifique ou des documents connexes dans un pays d'accueil ; néanmoins, un refus peut, dans certaines circonstances, emporter violation de la CEDH s'il repose sur des motifs discriminatoires.

Exemple : dans l'affaire *Kiyutin c. Russie*<sup>78</sup>, un ressortissant ouzbek, qui s'était marié et avait eu un enfant avec une ressortissante russe, avait demandé aux autorités russes de lui accorder un permis de séjour. Il s'était vu opposer un refus au motif qu'il était séropositif. La CourEDH a souligné la vulnérabilité particulière des personnes infectées par le VIH et a admis que cette maladie pouvait s'analyser en

75 Sur la situation des personnes non éloignées, voir FRA (2011b), chapitre 2.

76 CJCE, affaire C-357/09, *Kadzoev*, 30 novembre 2009, Recueil 2009, p. I-11189.

77 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

78 *Kiyutin c. Russie*, n° 2700/10, CourEDH, 10 mars 2011.

une forme de handicap. Observant que la disposition de droit interne qui exigeait l'expulsion systématique des ressortissants étrangers séropositifs ne laissait aucune place pour une appréciation individualisée fondée sur les faits de chaque affaire et n'était donc pas objectivement justifiée, elle a conclu que le requérant avait été victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, qui emportait violation de l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 8.

**CSE :** La Charte sociale européenne ne s'applique, en principe, dans le cas des ressortissants d'autres États parties, qu'à ceux qui résident ou travaillent régulièrement sur le territoire. Le CEDS a toutefois conclu qu'en raison de leur nature fondamentale et de leur lien avec la dignité humaine, certains droits s'appliquent à toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire, y compris les migrants en situation irrégulière. Parmi ces droits, on peut citer le droit à l'assistance médicale<sup>79</sup>, le droit à un abri<sup>80</sup> et le droit à l'éducation<sup>81</sup>.

**En Suisse,** la directive « retour » s'applique également, étant donné qu'elle fait partie de l'acquis de Schengen. La question de la régularisation des sans-papiers, soit des personnes qui résident souvent depuis de longues années clandestinement en Suisse, se pose lorsque ces dernières sont contrôlées par la police ou qu'elles cherchent elles-mêmes à régulariser leur situation. Si la Suisse n'admet pas la possibilité d'une régularisation collective des sans-papiers, elle leur permet néanmoins de déposer une dite demande pour cas de rigueur.

Deux procédures différentes s'appliquent aux demandes pour cas de rigueur, selon qu'elles sont régies par le droit d'asile (art. 14, al. 2, LAsi et art. 31 OASA) ou par le droit des étrangers (art. 30, al. 1, let. b, LEtr et art. 31 OASA). Il est plus difficile de régulariser sa situation selon les dispositions du droit d'asile, car les demandeurs d'asile entendant bénéficier de la norme applicable aux cas de rigueur doivent avoir séjourné en Suisse au moins cinq ans et n'ont pas qualité de partie dans la procédure cantonale (art. 14, al. 4, LAsi). En outre, leur lieu de séjour doit toujours avoir été connu des autorités, ce qui devrait inciter les demandeurs à ne pas se fondre dans la clandestinité. Les cantons n'ont pas de pratique uniforme en matière de régularisation pour cas de rigueur et leur marge d'appréciation est considérable.

79 *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme c. France*, Réclamation n° 14/2003 (décision sur le bien-fondé), CEDS, 8 septembre 2004.

80 *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, Réclamation n° 47/2008 (décision sur le bien-fondé), CEDS, 20 octobre 2009.

81 Conclusions 2011, Introduction générale, CEDS, janvier 2012, paragraphe 10, Observation interprétative de l'article 17, paragraphe 2.

La question se pose dès lors de savoir si le principe du respect de la vie privée (art. 8 CEDH) ne pourrait pas, dans certains cas, fonder un droit à la régularisation, car l'interdiction permanente d'exercer une activité lucrative pourrait constituer une violation de cette garantie.

Dans l'ATF 138 I 246, le Tribunal fédéral a statué sur la situation d'un demandeur d'asile sous le coup d'un renvoi. Les autorités n'étaient pas encore parvenues à expulser ce citoyen bangladaïsi, en Suisse depuis 15 ans et interdit d'activité lucrative depuis 13 ans. Le Tribunal fédéral a examiné si le maintien de l'interdiction d'exercer une activité lucrative (et non le refus d'une autorisation de séjour) lésait le droit au respect de la vie privée. Il a commencé par rappeler que la possibilité d'exercer une activité lucrative permettait à une personne d'entrer en contact avec autrui, de gagner sa vie et de mener son existence comme elle l'entendait, de sorte que l'exercice d'une profession et la possibilité de travailler font partie de la vie privée garantie par l'art. 8 CEDH. Toutefois, il existe en droit des étrangers une réserve qui limite cette garantie, de sorte qu'elle ne fonde pas – pas plus que les autres droits garantis par l'art. 8 CEDH – de droit général au séjour ou à un titre de séjour. Néanmoins, le Tribunal fédéral estimait que l'interdiction répétée d'exercer une activité lucrative peut, dans des circonstances extraordinaires, aboutir à une violation de l'art. 8 CEDH. Il a conclu qu'il n'était pas en mesure de reconnaître des circonstances extraordinaires dans le présent cas, car il était impossible de déterminer à quel point la possibilité du renvoi dépendait de la conduite du demandeur d'asile. Il a toutefois enjoint aux autorités de procéder avec zèle au renvoi. Si celui-ci n'était pas effectif dans les prochains mois, le demandeur aurait un droit, en vertu de l'application directe de l'art. 8 CEDH, à l'exercice d'une activité lucrative, même s'il ne satisfaisait ni aux conditions requises pour bénéficier d'une autorisation pour cas de rigueur en droit de l'asile (art. 14, al. 2, LAsi), ni à celles régissant l'octroi d'une admission provisoire lorsque le renvoi est impossible (art. 83, al. 2, LEtr)<sup>82</sup>.

Les droits fondamentaux protègent également les personnes en séjour irrégulier. Il s'agit en particulier du droit d'obtenir, dans des situations d'urgence, l'aide indispensable pour mener une existence conforme à la dignité humaine (art. 12 Cst.) et du droit à un enseignement de base (art. 19 Cst.) (voir les sections 8.2.9 et 8.3).

82 ATF 138 I 246, consid. 3.3.4 ; cf. aussi, *Agraw c. Suisse*, n° 3295/06, CourEDH, 29 juillet 2010.

## 2.6. Les résidents de longue durée

**Droit de l'UE :** La directive relative aux résidents de longue durée (2003/109/CE, telle que modifiée par la directive 2011/51/UE ; voir la liste des États liés par la directive à l'Annexe 1) prévoit le droit à un statut de « résident de longue durée » amélioré pour les ressortissants de pays tiers qui ont résidé dans un État membre de l'UE de manière légale et ininterrompue pendant cinq ans<sup>83</sup>. Ce droit est soumis à certaines conditions : il faut avoir des ressources stables et régulières ainsi qu'une assurance maladie. Il n'existe pas de jurisprudence sur l'interprétation de ces exigences mais, statuant sur des exigences similaires figurant dans la directive relative au regroupement familial (2003/86/CE ; voir le chapitre 5 sur la vie familiale) la CJUE a penché vers une interprétation stricte de ces conditions. Elle a conclu que la marge de manœuvre de l'État membre de l'Union européenne ne devait pas être utilisée d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive<sup>84</sup>.

En vertu de l'article 11 de la directive relative aux résidents de longue durée, l'octroi du statut de résident de longue durée entraîne une égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre dans plusieurs domaines importants (voir le chapitre 8 sur les droits économiques et sociaux).

Selon la CJUE, les États membres de l'UE ne peuvent imposer des redevances excessives et disproportionnées pour l'octroi de permis de séjour à des ressortissants de pays tiers qui sont des résidents de longue durée ni aux membres de leur famille. De telles redevances compromettraient la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive, la rendant inefficace.

Exemple : dans l'affaire *Commission c. Pays-Bas*<sup>85</sup>, la CJUE a jugé que les Pays-Bas avaient manqué à l'obligation que leur faisait la directive relative aux résidents de longue durée, dans la mesure où ils imposaient des redevances excessives et disproportionnées (allant de 188 EUR à 830 EUR) : i) aux ressortissants de pays tiers demandant le statut de résident de longue durée, ii) aux ressortissants de pays tiers ayant obtenu le statut de résident de longue durée dans un autre État membre de l'Union européenne et souhaitant exercer leur droit de séjour et iii) aux membres de

83 Voir également CJUE, affaire C-502/10 [2012], *Staatssecretaris van Justitie c. Mangat Singh*, 18 octobre 2012.

84 CJUE, affaire C-578/08, *Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, 4 mars 2010, Recueil 2010, p. I-01839, para. 52.

85 CJUE, affaire C-508/10, *Commission européenne c. Royaume des Pays-Bas*, paragraphe 70, 26 avril 2012.

la famille de ressortissants de pays tiers demandant un regroupement. Plus précisément, la Cour a dit que les États membres ne disposaient pas d'une marge d'appréciation illimitée pour imposer des redevances aux ressortissants de pays tiers lors de la délivrance d'un permis de séjour, et qu'ils n'étaient pas autorisés à fixer des tarifs susceptibles de constituer un obstacle à l'exercice des droits consacrés dans la directive relative aux résidents de longue durée.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Shamim Tahir c. Ministero dell'Interno et Questura di Verona*<sup>86</sup>, la CJUE a précisé que, pour obtenir le statut de résident de longue durée, il faut avoir résidé personnellement de manière régulière et ininterrompue pendant cinq ans dans le pays membre où la demande a été déposée. Citoyenne pakistanaise arrivée en Italie en 2010, Mme Tahir ne satisfaisait pas à cette condition. Elle avait certes invoqué le statut juridique de son mari, résident de longue durée, et la législation italienne qui lui était plus favorable. Mais la CJUE a rejeté ces deux arguments, eu égard à l'importance du statut juridique que confère la condition de résident de longue durée, et statué que Mme Tahir devait satisfaire personnellement aux exigences (au sens des dispositions de l'UE).

**CEDH** : La résidence de longue durée est généralement reconnue comme un facteur qu'il convient de prendre en compte lorsqu'une expulsion est envisagée (voir la section 3.4).

Exemple : dans l'affaire *Kurić c. Slovénie*<sup>87</sup>, la CourEDH a examiné le registre slovène des résidents permanents et « l'effacement » d'anciens citoyens de la République fédérale socialiste de Yougoslavie (RFSY) qui étaient toujours résidents permanents mais qui n'avaient pas demandé la nationalité slovène dans un délai de six mois. Les conséquences d'un tel « effacement » étaient soit l'apatridie, soit la perte des droits de résidence<sup>88</sup>. Les étrangers qui n'étaient pas citoyens d'une autre république de la RFSY n'étaient pas concernés par ce cas de figure. La CourEDH a rappelé qu'il pouvait exister des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée ou familiale, en particulier dans le cas de migrants de longue durée, tels que les demandeurs, qui avaient été irrégulièrement « effacés » du registre des résidents permanents en violation de l'article 8 de la CEDH. Elle a également conclu que la différence de traitement entre les étrangers non ressortissants de la RFSY et les

86 CJUE, affaire C-469/13, *Shamim Tahir c. Ministero dell'Interno und Questura di Verona*, 17 juillet 2014.

87 *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, CourEDH, 26 juin 2012.

88 La Slovénie n'est pas partie à la Convention de 2006 du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États.

anciens ressortissants de la RFSY constituait une discrimination qui emportait violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

La Convention européenne d'établissement de 1955 (convention du Conseil de l'Europe) prévoit un statut amélioré dans tous les États membres pour les résidents de longue durée, mais seulement s'ils sont ressortissants des États parties à la convention.

La directive relative aux résidents de longue durée ne s'applique pas à la Suisse, de sorte que le statut correspondant est régi en Suisse par la LEtr ou par des traités bilatéraux en matière d'établissement. Même en cas de séjour de longue durée, l'ALCP ne donne droit qu'à une autorisation de séjour et pas à une autorisation d'établissement, qui constitue un statut plus durable. Un séjour prolongé régi par l'ALCP ne donne pas automatiquement droit à une amélioration du statut. Avant de révoquer ou de ne pas renouveler une autorisation de séjour, les autorités doivent toutefois examiner la proportionnalité de la mesure en tenant compte de la durée du séjour.

Le statut suisse comparable à la condition de résident de longue durée en Europe est l'autorisation d'établissement, délivrée pour une durée indéterminée et soumise à peu de réserves. Les étrangers n'ont en général pas de droit d'établissement (voir la disposition potestative de l'art. 34, al. 2, LEtr).

À titre exceptionnel, la délivrance d'une autorisation d'établissement découle directement de la loi, d'un traité international ou de considérations relevant des principes de réciprocité et d'égalité en droit. La loi confère un droit d'établissement aux conjoints ou aux partenaires enregistrés (art. 52 LEtr) des ressortissants suisses (art. 42, al. 3, LEtr) et des titulaires d'une autorisation d'établissement après un séjour légal ininterrompu de cinq ans (art. 43, al. 2, LEtr). Les enfants de moins de douze ans dont les parents sont suisses ou établis en Suisse ont droit à l'octroi immédiat d'une autorisation d'établissement, qu'ils soient nés en Suisse ou aient bénéficié d'une mesure de regroupement familial (art. 42, al. 4 et art. 43, al. 3, LEtr). Par ailleurs, la loi confère aussi ce droit aux enfants placés en Suisse en vue d'une adoption lorsque celle-ci n'a pas eu lieu et que leur entrée dans le pays remonte à plus de cinq ans (art. 48, al. 2, LEtr).

La Suisse a conclu avec un certain nombre d'États des conventions d'établissement qui procurent à leurs ressortissants le droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement après cinq ans de résidence légale (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Grèce, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas et Portugal). Octroyant des droits plus étendus que l'ALCP, ces conventions restent en vigueur malgré l'adoption de l'Accord sur la libre circulation des personnes (art. 22, al. 1, ALCP). Pour des motifs de réciprocité, une

autorisation d'établissement est aussi octroyée, après cinq ans de résidence, aux ressortissants des pays suivants (bien qu'ils ne possèdent pas de droit à cette autorisation et qu'aucun traité n'ait été signé) : Canada, États-Unis, Finlande, Grande-Bretagne, Irlande, Islande, Luxembourg, Norvège et Suède. L'usage veut que cette pratique s'applique aussi aux résidents des micro-États européens.

Soulignons que les nombreuses conventions d'établissement que la Suisse a conclues avant la Première Guerre mondiale, et qui restent en vigueur, octroient bien moins de droits que leur teneur ne pourrait laisser penser. Depuis la fin de la Grande Guerre, les États signataires ont conclu un accord tacite selon lequel ils n'octroient plus de droit d'établissement général, de sorte que ces conventions ne peuvent être invoquées que par les personnes qui sont déjà au bénéfice d'une autorisation d'établissement, alors qu'elles ne s'appliquent aux autres ressortissants étrangers que sous réserve des dispositions contraires du droit des étrangers<sup>89</sup>. La plupart de ces conventions ayant été conclues avec des pays membres de l'UE ou de l'AELE, cette interprétation restrictive ne joue qu'un rôle mineur, car l'ALCP octroie des privilèges semblables ou plus importants.

## 2.7. Les citoyens turcs

L'accord d'Ankara signé en 1963 et son Protocole additionnel de 1970 ont renforcé les relations économiques et commerciales entre ce qui était alors la Communauté économique européenne (CEE) et la Turquie, en vue d'une éventuelle adhésion de cette dernière à la CEE. L'accord a fait l'objet de plus de 40 arrêts de la CJUE et, auparavant, de la CJCE. Il a également été complété par plusieurs décisions du Conseil d'association, dont certaines concernent le statut des nombreux citoyens turcs présents sur le territoire des États membres de l'UE. L'accord ne confère pas aux citoyens turcs un droit matériel d'entrer ou de résider dans un État membre de l'UE ; cependant, les travailleurs indépendants et les prestataires de services bénéficient d'une clause de *standstill* (article 41 du Protocole additionnel), qui interdit aux États de leur imposer des exigences financières ou procédurales plus strictes que celles qui étaient déjà en vigueur lors de la conclusion de l'accord<sup>90</sup>. Ces droits ne s'appliquent pas aux ressortissants turcs qui souhaitent utiliser des services plutôt qu'en fournir<sup>91</sup>.

89 ATF 132 II 65, consid. 2.3.

90 CJCE, affaire C-37/98, *Savas*, 11 mai 2000, Recueil 2000, p. I-02927 ; CJCE, affaire C-16/05, *Veli Tum et Mehmet Dari*, 20 septembre 2007, Recueil 2007, p. I-07415 ; CJUE, affaire C-186/10, *Oguz c. Secretary of State for the Home Department*, 21 juillet 2011.

91 CJUE, affaire C-221/11, *Leyla Ecem Demirkan c. Bundesrepublik Deutschland*, 24 septembre 2013.

Exemple : plusieurs affaires ont porté sur les exigences imposées aux conducteurs de camions turcs employés par des sociétés turques en Turquie pour conduire des camions vers l'Allemagne. Ces affaires concernaient donc la liberté des sociétés turques de fournir des services dans les États membres de l'UE. Dans l'affaire *Abatay*<sup>92</sup>, la CJCE a jugé que l'Allemagne ne devait pas imposer d'obligation de permis de travail aux ressortissants turcs qui souhaitaient fournir des services sur son territoire si un tel permis n'était pas déjà obligatoire lors de l'entrée en vigueur de la clause de *standstill*.

L'affaire *Soysal*<sup>93</sup> concernait une obligation de visa. La CJCE a jugé que l'article 41 du Protocole additionnel à l'accord d'Ankara s'opposait à l'introduction de l'exigence d'un visa pour permettre à des ressortissants turcs d'entrer en Allemagne aux fins d'y effectuer des prestations de services pour le compte d'une société turque dès lors qu'un tel visa n'était pas exigé lors de l'entrée en vigueur du Protocole. Selon la Cour, cette conclusion ne pouvait être remise en cause par le fait que la législation nationale introduisant l'obligation de visa constituait une mise en œuvre du règlement (CE) n° 539/2001 (voir le chapitre 1), le droit dérivé devant être interprété d'une façon qui soit compatible avec l'accord international et sa clause de *standstill*.

Dans l'affaire *Oguz*<sup>94</sup>, la CJUE a dit que la clause de *standstill* n'empêchait pas les États membres de l'UE de sanctionner les comportements abusifs en matière d'immigration dans le cadre du droit national. Cependant, elle a considéré que le fait que M. Oguz ait exercé une activité indépendante, en violation de la législation nationale relative à l'immigration, huit ans après avoir obtenu le droit d'entrer et de séjourner dans le pays, n'était pas constitutif d'un tel comportement.

🔄 Dans l'affaire *Naime Dogan c. Bundesrepublik Deutschland*<sup>95</sup>, la CJUE a conclu que le test de langue auquel l'Allemagne subordonne depuis 2007 le regroupement familial de citoyens turcs (« Nachweis einfacher Kenntnisse der Amtssprache dieses Mitgliedstaats ») enfreint la clause de *standstill* prévue à l'art. 41, al. 1, du

92 CJCE, affaires jointes C-317/01 et C-369/01, *Eran Abatay et autres et Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit*, 21 octobre 2003, Recueil 2003, p. I-12301.

93 CJCE, affaire C-228/06, *Mehmet Soysal et Ibrahim Savatli c. Bundesrepublik Deutschland*, 19 février 2009, Recueil 2009, p. I-01031.

94 CJUE, affaire C-186/10, Recueil 2011, p. I-06957 *Oguz c. Secretary of State for the Home Department*, 21 juillet 2011, paragraphe 46 ; CJCE, affaire C-16/05, *Veli Tum et Mehmet Dari*, 20 septembre 2007, Recueil 2007, p. I-07415.

95 CJUE, affaire C-138/13, *Naime Dogan c. Bundesrepublik Deutschland*, 10 juillet 2014.

Protocole additionnel, ce qui restreint de façon illicite les droits des citoyens turcs. La cour ne s'est en revanche pas penchée sur la question générale de savoir s'il était licite d'exiger des personnes souhaitant entrer sur le territoire d'un État aux fins de regroupement familial qu'elles apportent la preuve de leur niveau linguistique.

En ce qui concerne les plus récents États membres de l'UE, la date considérée pour la mise en œuvre de la clause de *standstill* turque est celle de leur adhésion à l'Union.

Le Protocole additionnel de 1970 annexé à l'accord d'Ankara prévoit plusieurs droits, qui sont examinés au chapitre 8 sur l'accès aux droits économiques et sociaux. Pour ce qui est du statut, les citoyens turcs sont autorisés à demeurer sur le territoire dans l'exercice de leurs droits sociaux et de leurs droits liés au marché du travail<sup>96</sup>.

Les membres de la famille de ressortissants turcs, y compris ceux qui ne sont pas eux-mêmes ressortissants turcs, bénéficient d'un traitement privilégié en vertu de la Décision 1/80 du Conseil d'association établi par l'accord d'Ankara (« Conseil d'association CEE-Turquie », voir le chapitre 5 sur la vie familiale)<sup>97</sup>. Leurs droits ne sont pas soumis aux conditions liées au motif pour lequel le droit d'entrée et de résidence dans l'État membre d'accueil a initialement été accordé au ressortissant turc.

Exemple : dans l'affaire *Altun*<sup>98</sup>, la CJCE a jugé que le fait qu'un ressortissant turc ait obtenu le droit de résider dans un État membre de l'UE et par conséquent le droit d'accéder au marché du travail de l'État en tant que réfugié n'empêchait pas un membre de sa famille de bénéficier des droits conférés par la décision n° 1/80 du Conseil d'association. Dans l'affaire *Kahveci*<sup>99</sup>, elle a précisé que les membres de la famille d'un travailleur turc pouvaient toujours invoquer les droits qui leur étaient conférés par cette décision lorsque le travailleur avait acquis la nationalité de l'État membre d'accueil tout en conservant sa nationalité turque.

96 CJCE, affaire C-337/07, *Altun c. Stadt Böblingen*, 18 décembre 2008, Recueil 2008, p. I-10323, paragraphe 21 ; CJCE, affaire C-171/95, *Tetik c. Land Berlin*, 23 janvier 1997, Recueil 1997, p. I-00329, paragraphe 48 ; Convention européenne d'établissement de 1955 du Conseil de l'Europe, article 2 : « [...] chacune des parties contractantes [dont la Turquie et de nombreux autres pays de l'Union européenne], dans la mesure permise par son état économique et social, facilitera aux ressortissants des autres Parties leur résidence prolongée ou permanente sur son territoire. »

97 CJUE, affaire C-451/11, *Natthaya Dülger c. Wetteraukreis*, 19 juillet 2012.

98 CJCE, affaire C-337/07, *Altun*, 18 décembre 2008, Recueil 2008, p. I-10323, paragraphe 50.

99 CJUE, affaires jointes C-7/10 et C-9/10, *Staatssecretaris van Justitie c. Tayfun Kahveci et Osman Inan*, 29 mars 2012.

À l'exception d'une convention d'établissement<sup>100</sup> (voir la section 2.6), d'une convention de sécurité sociale<sup>101</sup> (voir la section 8.6) et d'un échange de lettres concernant la suppression du visa<sup>102</sup>, **la Suisse et la Turquie** ne sont unies par aucun accord migratoire qui octroierait un statut particulier aux citoyens turcs en Suisse. Dès lors, celui-ci est régi par la LEtr.

## 2.8. Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse

**Droit de l'UE :** Les membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse, indépendamment de leur nationalité, ainsi que les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'UE qui a exercé son droit de libre circulation, bénéficient, dans certaines conditions, d'un droit d'entrée et de résidence sur le territoire des États membres de l'Union européenne aux fins d'accompagner ou de rejoindre le citoyen de l'EEE, de la Suisse ou de l'Union européenne<sup>103</sup>. Ce droit ne peut être refusé que pour des raisons de politique publique, de sécurité publique ou de santé publique.

Ce droit implique également le droit à un titre de séjour, preuve de leur statut. En vertu de l'article 10, paragraphe 1, de la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE), la carte de séjour de membre de la famille d'un ressortissant de pays tiers doit être délivrée, au plus tard, dans les six mois suivant le dépôt de la demande, et un certificat confirmant la demande de carte de séjour doit être délivré immédiatement.

**CEDH :** Le fait de ne pas délivrer de permis de séjour à un ressortissant de pays tiers lorsque ce permis est rendu obligatoire par le droit de l'UE peut poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention.

Exemple : dans l'affaire *Aristimuño Mendizabal c. France*<sup>104</sup>, la CourEDH a conclu que le délai de plus de quatorze ans pris par les autorités françaises pour délivrer un titre

100 RS 0.142.117.632, en vigueur depuis 1930.

101 RS 0.831.109.763.11, en vigueur depuis 1969 ; cf. aussi RS 0.831.109.763.1, en vigueur depuis 1979.

102 RS 0.142.117.635, en vigueur depuis 1954.

103 Voir les accords conclus avec l'EEE et la Suisse (notes de pied de page 5 et 6) et la directive relative à la liberté de circulation (Directive 2004/38/CE).

104 *Aristimuño Mendizabal c. France*, n° 51431/99, CourEDH, 17 janvier 2006.

de séjour à la requérante était excessif et avait emporté violation de l'article 8 de la CEDH. Elle a noté que la requérante avait droit à ce titre de séjour tant en vertu du droit de l'UE qu'en vertu du droit français.

**En Suisse** aussi, tant l'ALCP que l'accord analogue conclu avec les membres de l'AELE octroient en principe un droit d'entrée et de séjour aux ressortissants des pays membres de l'UE et de l'AELE et aux membres de leur famille.

La section 8.2.9 traite en détail de l'accès au marché suisse de l'emploi pour les personnes qui peuvent invoquer l'ALCP. La section 5.3, elle, aborde l'entrée et le séjour en Suisse des membres de familles de ressortissants des pays membres de l'UE et de l'AELE.

## 2.9. Les apatrides et la perte de nationalité ou de documents justificatifs

Ni le droit de l'UE ni la CEDH n'abordent la question de l'acquisition de la nationalité. Cette compétence relève du niveau national. Il existe cependant des limites à l'action nationale en ce qui concerne la perte de la nationalité.

**Droit de l'UE :** Les États membres ont une souveraineté exclusive en ce qui concerne tant l'acquisition de la nationalité, dont il faut rappeler qu'elle confère aussi la citoyenneté de l'Union, que les droits supplémentaires qui l'accompagnent dans de nombreux ordres juridiques. L'article 20 du TFUE consacre la notion de citoyenneté de l'Union, mais seules les personnes qui ont la nationalité de l'un des États membres bénéficient de cette citoyenneté<sup>105</sup>.

La perte de nationalité peut mettre en jeu des dispositions du droit de l'UE si elle entraîne aussi la perte de droits conférés par l'UE.

105 En vertu de l'article 20, paragraphe 1, du TFUE, « La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas » ; CJCE, affaire C-369/90, 7 juillet 1992, Recueil 1992, p. I-4239, *Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C 369/90, 7 juillet 1992 ; CJCE, affaire C-192/99, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kaur*, Recueil 2001, p. I-01237, 20 février 2001.

Exemple : dans l'affaire *Rottmann*<sup>106</sup>, M. Rottmann était citoyen autrichien de naissance. Après avoir été accusé en Autriche d'escroquerie aggravée dans l'exercice de sa profession, il avait déménagé en Allemagne, où il avait demandé et obtenu la nationalité. Sa naturalisation avait eu pour effet, conformément au droit autrichien, de lui faire perdre la nationalité autrichienne. Après avoir été informées par les autorités autrichiennes du fait que M. Rottmann faisait l'objet d'un mandat d'arrêt dans leur pays, les autorités allemandes avaient décidé d'annuler l'octroi à l'intéressé de la nationalité allemande, au motif qu'il l'avait obtenue frauduleusement. Or cette décision avait pour effet de le rendre apatride. La juridiction de renvoi souhaitait savoir si la question relevait du champ d'application du droit de l'UE, compte tenu du fait qu'en devenant apatride, M. Rottmann perdait également la citoyenneté de l'Union. La CJUE a dit que la décision d'un État membre de l'UE de priver une personne de sa nationalité, dans la mesure où elle implique la perte du statut de citoyen de l'Union européenne et la privation des droits liés à ce statut, relève du champ d'application du droit de l'Union et qu'elle doit dès lors être compatible avec les principes de ce droit. Elle a conclu qu'il était légitime pour un État membre de révoquer une naturalisation en raison de manœuvres frauduleuses, même si cela avait pour conséquence que la personne concernée perde, outre la nationalité de l'État membre, la citoyenneté de l'Union. Elle a précisé qu'une telle décision devait néanmoins respecter le principe de proportionnalité, et que celui-ci exigeait notamment qu'un délai raisonnable soit accordé à la personne pour lui permettre de recouvrer la nationalité de son État membre d'origine.

**CEDH :** La CEDH ne garantit aucun droit à l'acquisition de la nationalité d'un État<sup>107</sup>. La CourEDH a dit cependant qu'un refus arbitraire d'accorder la nationalité pouvait poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention en raison de l'incidence qu'il pouvait avoir sur la vie privée de la personne<sup>108</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Genovese c. Malte*<sup>109</sup>, la CourEDH a examiné le refus d'accorder la nationalité maltaise à un enfant né hors mariage en dehors du territoire

106 CJUE, affaire C-135/08, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, 2 mars 2010, Recueil 2010, p. II-05089, paragraphes 41-45.

107 *Famille K. et W. c. Pays-Bas* (déc.), n° 11278/84, Commission européenne des droits de l'homme, 1<sup>er</sup> juillet 1985.

108 *Karashev c. Finlande* (déc.), n° 31414/96, CourEDH, 12 janvier 1999 ; *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CourEDH, 9 octobre 2003 ; *Kuduzović c. Slovaquie* (déc.), n° 60723/00, CourEDH, 17 mars 2005.

109 *Genovese c. Malte*, n° 53124/09, CourEDH, 11 octobre 2011.

maltais d'une mère non maltaise et d'un père maltais dont la paternité avait été reconnue judiciairement. La Cour a jugé que le refus d'accorder la nationalité, en lui-même, n'emportait pas violation de l'article 8 pris seul, mais que l'incidence qu'il avait eue sur l'identité sociale du requérant relevait du champ d'application général de l'article 8 et qu'il y avait eu violation de cette disposition combinée avec l'article 14 en raison de la nature arbitraire et discriminatoire du refus.

Le statut des apatrides reconnus comme tels **en Suisse** est réglé par l'art. 31 LEtr. C'est l'ODM qui est chargé de procéder à la déclaration d'apatridie, dans une procédure que la loi ne précise pas et qui est subsidiaire par rapport à une éventuelle demande d'asile. L'art. 31 LEtr met en œuvre les dispositions de la convention relative au statut des apatrides (entrée en vigueur pour la Suisse en 1972), qui a pour but d'assimiler les apatrides reconnus aux réfugiés. Dès lors, de nombreux aspects du statut des apatrides en Suisse sont calqués sur les dispositions régissant le statut des réfugiés. Ainsi, les apatrides reconnus ont droit à une autorisation de séjour dans le canton dans lequel ils séjournent légalement (art. 31, al. 1, LEtr). Ils peuvent perdre ce droit s'ils sont condamnés à une peine privative de liberté de longue durée, ont attenté de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics ou ont provoqué par leur comportement l'impossibilité d'exécuter leur renvoi ou leur expulsion (art. 83, al. 7, LEtr). Ils sont alors considérés comme des réfugiés auxquels des motifs d'exclusion sont opposables et traités comme des personnes admises à titre provisoire (art. 31, al. 2 en relation avec l'art. 83, al. 8, LEtr).

Les apatrides reconnus qui ont obtenu une autorisation de séjour et séjournent légalement en Suisse depuis cinq ans au moins ont droit à une autorisation d'établissement (art. 31, al. 3, LEtr).

Les enfants apatrides peuvent bénéficier de la naturalisation facilitée s'ils satisfont aux conditions générales (art. 26 LN) et s'ils ont résidé au total cinq ans en Suisse, dont l'année précédant le dépôt de la demande (art. 30, al. 1, LN).

## Points clés

- Les documents justificatifs du statut permettent souvent aux non-citoyens d'accéder au marché du travail, ainsi qu'aux services privés et publics ; ils leur évitent également des problèmes avec les autorités (voir l'introduction du présent chapitre).
- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit expressément le droit d'asile. La CEDH ne garantit pas le droit d'obtenir l'asile, mais l'État expulsant peut être tenu de ne pas éloigner une personne qui risque la mort ou des mauvais traitements dans l'État de retour (voir la section 2.2).
- En droit de l'UE, les demandeurs d'asile ont le droit de rester sur le territoire de l'État d'accueil dans l'attente d'une décision définitive sur leur demande d'asile, et ils doivent recevoir des documents d'identité (voir la section 2.1).
- Les réfugiés reconnus et les bénéficiaires de la protection subsidiaire doivent recevoir des documents d'identité et de voyage en vertu du droit de l'UE (voir la section 2.2).
- En vertu tant du droit de l'UE que de la CEDH, les victimes de la traite des êtres humains ont le droit d'obtenir un permis de séjour destiné à faciliter leur coopération avec la police. En outre, dans l'un et l'autre systèmes, les États peuvent être tenus d'adopter des mesures particulières pour protéger ces personnes (voir la section 2.3).
- La directive « retour » oblige les États membres de l'UE à régulariser la situation des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ou à prononcer à leur égard une décision de retour (voir la section 2.5).
- Le fait de ne pas reconnaître le statut d'un migrant ou de ne pas lui délivrer de documents peut poser un problème au regard de l'article 8 de la CEDH (voir la section 2.5).
- En droit de l'UE, les ressortissants de pays tiers bénéficient d'un statut amélioré après avoir séjourné régulièrement dans un État membre de l'UE pendant une période ininterrompue de cinq ans (voir la section 2.6).
- En ce qui concerne le travail indépendant et la prestation de services, les citoyens turcs et leur famille ne peuvent être soumis à des conditions plus strictes que celles qui étaient en vigueur lors de la conclusion du Protocole additionnel de 1970 annexé à l'accord d'Ankara. Les travailleurs turcs et leur famille bénéficient d'un droit de maintien sur le territoire plus étendu (voir la section 2.7).
- Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse ou d'un citoyen de l'Union européenne qui exerce son droit de libre circulation peuvent prétendre à un statut privilégié en vertu du droit de l'UE (voir la section 2.8).
- Ni le droit de l'UE ni la CEDH n'abordent la question de l'acquisition de la nationalité, mais la perte de nationalité peut relever du droit de l'UE si elle entraîne également la perte de droits conférés par l'UE (voir la section 2.9).

- **En droit suisse**, le statut des demandeurs d'asile est régi par la LAsi et par l'OA 1. Les demandeurs d'asile reçoivent un titre de séjour pour la durée de la procédure (« permis N »), qui atteste leur droit de résider en Suisse.
- Le droit suisse opère une distinction entre l'asile et l'admission provisoire, une mesure de substitution pour les demandeurs d'asile déboutés ou pour les réfugiés à qui s'applique l'un des motifs d'exclusion. L'admission provisoire est prononcée lorsque l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, licite ou raisonnablement exigible.
- Les personnes qui obtiennent l'asile ont droit à une autorisation de séjour (« permis B »), tandis que les personnes admises provisoirement reçoivent un document qui atteste leur statut (« permis F »).
- Les réfugiés reconnus ont droit à un titre de voyage pour réfugiés, tandis que les demandeurs d'asile et les personnes admises provisoirement, n'ayant pas le statut de réfugié, ne peuvent obtenir de document de voyage ou de visa de retour que pour des motifs justifiés.
- En raison de son association à Schengen, la Suisse applique la directive « retour », qui lui impose de régulariser un séjour ou de rendre une décision de retour.
- En revanche, la directive relative aux résidents de longue durée ne s'applique pas à la Suisse, qui a néanmoins signé avec plusieurs pays des conventions bilatérales accordant aux ressortissants de ces derniers un droit d'établissement dans certaines circonstances. L'autorisation d'établissement est inconditionnelle et n'est pas limitée dans le temps.
- En Suisse, les personnes de nationalité turque ne bénéficient pas d'un statut différent de celui des ressortissants des autres États tiers.
- Même les personnes en situation irrégulière ont des droits. Elles peuvent ainsi déposer une demande pour cas de rigueur, laissée toutefois à la libre appréciation des autorités. Dans certains cas exceptionnels, le principe du respect de la vie privée (art. 8 CEDH) leur permet de régulariser leur séjour ou, du moins, d'être autorisées à exercer une activité lucrative.
- Les apatrides reconnus en Suisse ont un statut similaire à celui des réfugiés, ce qui leur donne en temps normal droit à une autorisation de séjour et facilite leur accès à une autorisation d'établissement. Exécutée par l'ODM, la procédure visant à reconnaître l'apatridie est subsidiaire par rapport à une éventuelle demande d'asile.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.

# 3

## L'examen du droit d'asile et les obstacles à l'éloignement : questions de fond



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Principe de non-refoulement</b>		
<p>TFUE, art. 78 et Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 18* (droit d'asile), mentionnant tous deux la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, qui consacre ce principe en son art. 33</p> <p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 19 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition)*</p>	<p>CEDH, art. 3 tel qu'interprété par la CourEDH dans <i>Soering c. Royaume-Uni</i>, 1989 (extradition exposant l'intéressé à un risque de mauvais traitements)</p> <p>CEDH, art. 2 (droit à la vie)</p> <p>CourEDH, <i>Saadi c. Italie</i>, 2008 (caractère absolu de l'interdiction de renvoyer un individu vers un lieu où il risque d'être torturé)</p>	<p>Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2, art. 7 al. 2</p> <p>Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT), RS 0.105, art. 3</p> <p>Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 25 al. 2 (correspondant à l'art. 33, para. 1, Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés) et al. 3 (correspondant à l'art. 3 CEDH)</p> <p>Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 5</p> <p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 83 al. 3</p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Évaluation du risque</i>		
Directive « qualification », 2011/95/UE, art. 4*	<p>CourEDH, <i>Sufi et Elmi c. Royaume-Uni</i>, 2011 (appréciation de l'existence d'un risque réel dans un contexte de violence aveugle et eu égard à la situation humanitaire)</p> <p>CourEDH, <i>Salah Sheekh c. Pays-Bas</i>, 2007 (charge de la preuve pour les membres de groupes persécutés)</p>	<p>Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 3</p> <p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 83 al. 3 et 4</p>
<i>Transferts « Dublin »</i>		
<p>Règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013)</p> <p>CJUE, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, <i>N.S. et M.E.</i>, 2011 (transferts « Dublin ») (* applicabilité directe pour la Suisse pas claire)</p>	<p>CourEDH, <i>M.S.S. c. Belgique et Grèce</i>, 2011 (transfert d'un demandeur d'asile par un État membre de l'UE vers un autre État membre où l'intéressé a été laissé dans une situation de dénuement)</p> <p>CourEDH, <i>Tarakhel c. Suisse</i>, 2014 (conditions au transfert de la famille avec les enfants en bas âge en Italie)</p>	<p>Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1), RS 142.311, art. 29a al. 3</p> <p>ATAF 2010/45 (conditions en contrepartie)</p>
<i>Expulsion de personnes gravement malades</i>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 5 et 9	<p>CourEDH, <i>N. c. Royaume-Uni</i>, 2008 (décision d'expulsion d'une patiente atteinte par le VIH vers son pays, où l'accès à un traitement médical approprié risquait d'être difficile)</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), art. 83 al. 4 (le renvoi n'est pas autorisé)</p>
<i>Assurances diplomatiques</i>		
	<p>CourEDH, <i>Ramzy c. Pays-Bas</i>, 2010 (assurances insuffisantes)</p> <p>CourEDH, <i>Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni</i> (assurances acceptables)</p>	

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Examen du droit d'asile (statut de réfugié et protection subsidiaire)</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 18 (droit d'asile)*</p> <p>Directive « qualification », 2011/95/UE*</p> <p>CJUE, affaire C-465/07, <i>Elgafaji</i>, 2009 (protection subsidiaire)*</p> <p>CJUE, affaire C-285/12, <i>Diakité</i>, 2014 (protection subsidiaire)*</p> <p><b>Exclusion de la protection :</b></p> <p>CJUE, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, <i>B et D</i>, 2010*</p> <p><b>Cessation de la protection :</b></p> <p>CJUE, affaire C-175/08, <i>Abdulla</i>, 2010*</p> <p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 19 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition)*</p>		<p>Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 3 (asile)</p> <p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 83 al. 3 et 4 (admissions provisoires en raison de l'irrecevabilité ou en raison d'un renvoi qui ne peut être exigé)</p>
<i>Protection à l'intérieur du pays</i>		
<p>Directive « qualification », 2011/95/UE, art. 8 (protection à l'intérieur du pays)*</p>	<p>CourEDH, <i>Sufi et Elmi c. Royaume-Uni</i>, 2011 (examen de la situation humanitaire en cas de protection à l'intérieur du pays)</p>	<p>ATAF 2011/51, possibilité de protection interne dans le pays d'origine seulement quand les infrastructures pour la protection sont fonctionnelles et que l'on peut s'attendre à ce qu'elles soient utilisées</p>
<b>Interdiction des expulsions collectives</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 19 (protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition)*</p>	<p>CEDH, art. 4 du Protocole n° 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers)*</p> <p>CourEDH, <i>Čonka c. Belgique</i>, 2002 (expulsion sans examen de la situation individuelle)</p> <p>CourEDH, <i>Hirsi Jamaa et autres c. Italie</i>, 2012 (expulsion collective en haute mer)</p> <p>CourEDH, <i>Sharifi et autres c. Italie et Grèce</i>, 2014 (expulsion collective par expulsion immédiate dans le port)</p>	

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Obstacles à l'expulsion fondés sur d'autres motifs ayant trait aux droits humains</b>		
	<p>CourEDH, <i>Mamatkoulov et Askarov c. Turquie</i>, 2005 (risque de déni de justice flagrant au regard de l'art. 6 CEDH)</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 83 al. 3 (renvoi pas autorisé si contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international)</p>
<b>Ressortissants de pays tiers mieux protégés contre l'éloignement</b>		
<p><b>Résidents de longue durée :</b> Directive relative aux résidents de longue durée, 2003/109/CE, art. 12*</p> <p><b>Ressortissants de pays tiers appartenant à la famille d'un ressortissant de l'EEE :</b> Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE, art. 28* CJUE, affaire C-348/09, <i>P. I.</i>, 2012* CJUE, affaire C-300/11, <i>ZZ</i>, 2013 (obligations de notification)*</p> <p><b>Ressortissants turcs :</b> Décision n° 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie, art. 14, para. 1* CJUE, affaire C-349/06, <i>Polat</i>, 2007*</p>		<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 63</p>

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Le présent chapitre traite des situations dans lesquelles un individu ne doit ou ne peut être éloigné d'un État en vertu des exigences posées par le droit de l'UE et/ou la CEDH.

**Obstacles absolus et quasi absolus** : au regard de la CEDH, il y a obstacle absolu à l'éloignement à tout le moins lorsque l'expulsion constituerait une violation des droits absolus garantis par l'article 2 (droit à la vie) et par l'article 3 (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants). L'article 15 de la CEDH énonce les droits qui sont absolus et auxquels il n'est pas possible de déroger.

Il y a obstacle quasi absolu à l'éloignement lorsque celui-ci est en principe prohibé mais qu'il existe des exceptions à cette interdiction générale, comme en posent par exemple la Convention de Genève de 1951 et la directive « qualification » (2011/95/UE) : dans des circonstances exceptionnelles, ces deux instruments prévoient des dérogations à l'interdiction d'éloignement des réfugiés.

Il existe des **obstacles non absolus** qui permettent de ménager un équilibre entre les droits ou les intérêts privés et l'intérêt public, par exemple lorsqu'un éloignement entraîne une séparation familiale (voir la section 3.4).

### 3.1. Le droit d'asile et le principe de non-refoulement

Le point de départ en matière d'examen du droit d'asile en Europe est la Convention de Genève de 1951 et son Protocole de 1967, qui sont désormais amplement intégrés dans le droit de l'UE par l'intermédiaire de la directive « qualification » (2011/95/UE). La Convention de Genève de 1951 est le traité qui concerne les droits des réfugiés. Le principe de non-refoulement constitue la pierre angulaire du régime de protection des réfugiés<sup>110</sup>. Il signifie qu'en principe, les réfugiés ne doivent pas être renvoyés vers un pays dans lequel ils ont une raison de craindre des persécutions.

110 En vertu du droit international des droits de l'homme, la signification du principe de non-refoulement s'étend au-delà de l'article 33, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1951 : les obligations en matière de non-refoulement découlent aussi de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Nations Unies) et du droit international général. Voir HCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, 2007.

L'article 33, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1951 est ainsi libellé :  
« *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* »

Le principe de non-refoulement s'applique aussi bien au retour vers le pays d'origine qu'au retour vers un autre pays où le réfugié pourrait être persécuté. Tous les États membres de l'UE ou du Conseil de l'Europe sont parties à la Convention de Genève de 1951, mais la Turquie ne l'applique qu'aux réfugiés en provenance d'Europe<sup>111</sup>. Le HCR a publié un document intitulé *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, qui explique en détail les questions traitées aux sections 3.1.1 à 3.1.9 ainsi qu'à la section 4.1<sup>112</sup>.

**Droit de l'UE :** En vertu de l'article 78 du TFUE, l'UE doit développer une politique en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant « à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à [la Convention de Genève de 1951 et à son Protocole], ainsi qu'aux autres traités pertinents », tels que la CEDH, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CAT), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ICCPR) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR). Les mesures de l'acquis de l'UE en matière d'asile ont été adoptées au titre de cette politique et comprennent le règlement de Dublin (UE) n° 604/2013, la directive « qualification », la directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE) et la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE). Tous ces instruments ont subi des modifications. Le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni ne sont pas liés, ou seulement en partie, par l'acquis de l'UE en matière d'asile (voir l'Annexe 1).

Exemple : dans l'affaire *Salahadin Abdulla et autres*, qui concernait la mise en œuvre de la directive « qualification », la CJUE a dit ceci : « [i]l ressort des troisième, seizième et dix-septième considérants de la directive que la convention de Genève constitue la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés et que les dispositions de la directive relative aux conditions d'octroi du statut

111 La Turquie applique une réserve géographique au titre de l'article 1, section B, de la Convention, qui restreint ses obligations aux personnes déracinées par des événements en Europe.

112 HCR, 2011.

*de réfugié ainsi qu'au contenu de celui-ci ont été adoptées pour aider les autorités compétentes des États membres à appliquer cette convention en se fondant sur des notions et des critères communs »<sup>113</sup>.*

La directive « qualification », telle que révisée en 2011<sup>114</sup>, a introduit dans le droit de l'UE un ensemble de normes communes relatives aux conditions à remplir pour se voir reconnaître le statut de réfugié ou de personne ayant besoin d'une protection internationale. Elle énonce les droits et les devoirs relatifs à cette protection, dont le principe de non-refoulement consacré par l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 constitue un élément fondamental.

Cependant, ni l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 ni les articles 17 et 21 de la directive « qualification » n'interdisent de manière absolue le refoulement. Ils autorisent l'éloignement d'un réfugié dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, à savoir lorsque l'intéressé représente un danger pour la sécurité de l'État d'accueil ou que, ayant commis une infraction pénale grave, il représente un danger pour la collectivité.

L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, garantit le droit d'asile, ce qui inclut le respect du principe de non-refoulement. L'article 19 prévoit que nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Les explications relatives à la Charte indiquent que l'article 19 (2) « *incorpore la jurisprudence* » pertinente de la CourEDH relative à l'article 3 de la CEDH<sup>115</sup>.

Ainsi, en droit de l'UE, toute forme d'éloignement appliqué en vertu de la directive « retour » (2008/115/CE) ou de transfert d'une personne vers un autre État membre de l'UE réalisé en vertu du règlement Dublin II doit respecter le droit d'asile et le principe de non-refoulement.

**CEDH :** Les articles 2 et 3 de la Convention interdisent de manière absolue le renvoi d'une personne qui serait exposée dans l'État de destination à un risque réel de traitement

113 CJUE, affaires jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Salahadin Abdulla et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, 2 mars 2010, Recueil 2010, p. I-01493, paragraphe 52 ; CJUE, affaire C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata*, 17 juin 2010, Recueil 2010, p. I-05539, paragraphe 37 ; CJUE, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B et D*, Recueil 2010, p. I-10979, para. 77.

114 Directive 2011/95/UE, JO 2011 L 337, p. 9.

115 Voir les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'UE (2007/C 303/02) ; *Ahmed c. Autriche*, n° 25964/94, CourEDH, 17 décembre 1996 ; *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, CourEDH, 7 juillet 1989.

contraire à l'une ou l'autre de ces dispositions. Cette notion est différente de celle du risque de persécution fondée sur l'un des motifs visés dans la Convention de Genève de 1951.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, l'article 3 de la CEDH consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques et prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime, aussi indésirables ou dangereux soient-ils. Ainsi, au regard de cet article, la responsabilité de l'État est engagée lorsqu'il est procédé à l'expulsion alors qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination<sup>116</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Saadi c. Italie*<sup>117</sup>, le requérant, un ressortissant tunisien, avait été condamné en Tunisie à vingt ans d'emprisonnement pour appartenance à une organisation terroriste, alors qu'il n'était pas présent dans le pays. Il avait aussi été reconnu coupable en Italie d'association de malfaiteurs. La Cour a estimé que la perspective qu'il constitue une menace grave pour la collectivité ne diminuait en rien le risque qu'il subisse des mauvais traitements en cas d'éloignement. Notant que des sources fiables faisaient état de traitements contraires aux droits de l'homme infligés à des détenus en Tunisie, en particulier à ceux reconnus coupables d'infractions terroristes, et que les assurances diplomatiques fournies dans cette affaire ne permettaient pas d'écarter ce risque, elle a conclu qu'il y avait des motifs sérieux de croire qu'il existait un risque réel que le requérant subisse un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH en cas d'expulsion vers la Tunisie.

Exemple : dans l'affaire *Abdulle c. Minister of Justice*<sup>118</sup>, le tribunal civil maltais a jugé que l'éloignement par Malte de demandeurs d'asile vers la Libye, où ils avaient ensuite été emprisonnés et torturés, constituait une violation de l'article 3 de la CEDH ainsi que de l'article 36 de la Constitution de Malte.

116 *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, CourEDH, 11 janvier 2007, para. 135 ; *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, CourEDH, 7 juillet 1989 ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n°s 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, CourEDH, 30 octobre 1991.

117 *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CourEDH, 28 février 2008 ; *Mannai c. Italie*, n° 9961/10, CourEDH, 27 mars 2012.

118 *Malte, Abdul Hakim Hassan Abdulle Et c. Ministry tal-Gustizzja u Intern Et, Qorti Civili Prim'Awla (Gurisdizzjoni Kostituzzjonali)*, n° 56/2007, 29 novembre 2011.

**S'agissant de la Suisse**, la Convention relative au statut des réfugiés (Convention de Genève de 1951) est entrée en vigueur le 21 avril 1955 et la CEDH le 28 novembre 1974. Garanti en outre par d'autres traités internationaux (art. 7, para. 2, ICCPR et art. 3 CAT), le principe de non-refoulement est également ancré en droit suisse, notamment dans la Constitution fédérale à l'art. 25, al. 2 (équivalant à l'art. 33, para. 1 de la Convention de Genève de 1951) et al. 3 (équivalant à l'art. 3 de la CEDH), à l'art. 5 LAsi et à l'art. 83, al. 3, LEtr. Ces dispositions fondent un droit complet au non-refoulement, qui prime sur la norme constitutionnelle créée par l'initiative sur le renvoi (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) et dont il faudra tenir compte lors de la mise en œuvre de cette initiative.

C'est l'art. 2 LAsi qui reconnaît le droit à l'asile pour les réfugiés. À son al. 2, il précise que l'asile comprend « la protection et le statut accordés en Suisse à des personnes en Suisse en raison de leur qualité de réfugié » et qu'il inclut le droit de résider en Suisse.

### 3.1.1. La nature du risque dans le droit de l'UE

**Droit de l'UE :** La directive « qualification » garantit une protection contre le refoulement. Les personnes qui risquent de subir un acte de persécution au sens de l'article 1<sup>er</sup>, section A, de la Convention de Genève de 1951 peuvent aussi prétendre au statut de réfugié (voir le chapitre 2 sur le statut et les documents associés). Aux termes de l'article 9 de la directive « qualification » un acte de persécution doit :

- a) « être suffisamment grave du fait de sa nature ou de son caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la [CEDH] ; ou
- b) « être une accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu d'une manière comparable à ce qui est indiqué au point a) ».

Le même article précise également que les actes de persécution peuvent prendre différentes formes, notamment celle de violences physiques ou mentales, de mesures administratives ou légales (ce pourrait être le cas par exemple de lois interdisant l'homosexualité ou la liberté de religion), ou encore d'« actes dirigés contre des personnes en raison de leur genre ou contre des enfants ». Par exemple, les victimes de la traite des êtres humains peuvent être considérées comme victimes de persécution. Les différentes formes de persécution et les actes mentionnés ci-dessus doivent être imputables

à l'un des cinq **motifs de persécution** visés dans la Convention de Genève de 1951 : race, nationalité, religion, appartenance à un certain groupe social, opinions politiques. Ces cinq motifs de persécution sont repris à l'article 10 de la directive « qualification », lequel, dans sa version révisée, prévoit explicitement que l'identité de genre doit être dûment prise en compte aux fins de déterminer l'appartenance à un groupe social donné.

Il peut aussi y avoir persécution lorsqu'une personne est contrainte, à son retour, de dissimuler ses convictions politiques, son orientation sexuelle ou ses pratiques ou croyances religieuses afin d'éviter un préjudice grave.

Exemple : dans les affaires jointes *Y et Z*<sup>119</sup>, la CJUE était appelée à définir les actes pouvant constituer un « *acte de persécution* » dans le contexte d'une violation grave de la liberté de religion au regard de l'article 9, paragraphe 1, point a) de la directive « qualification », et de l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il lui était demandé de se prononcer sur la question de savoir si la définition des actes de persécution pour raisons religieuses recouvrait les ingérences dans la « *la liberté de manifester sa foi* ». La CJUE a précisé qu'une entrave à la manifestation extérieure de la liberté de religion pouvait effectivement constituer un acte de persécution, et que c'étaient la gravité intrinsèque de la répression exercée et la gravité de ses conséquences pour les intéressés qui déterminaient si une violation du droit garanti par l'article 10, paragraphe 1 de la charte constituait une persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive. Elle a dit également que lors de l'évaluation individuelle d'une demande visant à l'obtention du statut de réfugié, les autorités nationales ne pouvaient pas raisonnablement attendre du demandeur qu'il renonce aux activités religieuses pouvant mettre sa vie en danger dans son pays d'origine.

Dans *X, Y et Z*<sup>120</sup>, la CJUE a statué que lors de l'évaluation de d'une demande visant à l'obtention du statut de réfugié, l'autorité compétente ne pouvaient pas raisonnablement attendre du demandeur, pour éviter d'être persécuté, qu'il dissimule son homosexualité dans son pays d'origine ou fasse preuve d'une réserve dans l'expression de cette orientation sexuelle.

119 CJUE, affaires jointes C-71/11 et C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z*, 5 septembre 2012, Recueil 2012, paragraphes 72 et 80.

120 CJUE, affaires jointes C-199/12, C-200/12 et C-201/12, *Minister voor Immigratie en Asiel c. X, et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7 novembre 2013.

Le besoin de protection des personnes présentant une demande d'asile alors qu'elles se trouvent dans le pays d'accueil (« réfugiés sur place ») est une possibilité reconnue. L'article 5 de la directive « qualification » concerne plus particulièrement la question de la crainte fondée d'être persécuté ou de subir des atteintes graves qui s'appuie sur des événements ayant eu lieu après le départ du demandeur de son pays d'origine.

**Protection subsidiaire** : la directive « qualification » garantit une « protection subsidiaire » aux personnes qui ne remplissent pas les conditions requises pour bénéficier du statut de réfugié mais qui, en cas de renvoi dans leur pays d'origine ou dans le pays dans lequel elles avaient leur résidence habituelle, courraient un risque réel de subir des atteintes graves, à savoir la peine de mort ou une exécution (article 15, point a)), la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants (article 15, point b)), ou des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international (article 15, point c)).

Exemple : l'affaire *Elgafaji*<sup>121</sup> concernait le renvoi d'un ressortissant irakien vers l'Irak. La CJUE était appelée à se prononcer sur les conditions d'octroi du statut conféré par la protection subsidiaire à un ressortissant irakien qui ne pouvait pas prétendre au statut de réfugié. Il s'agissait de préciser la signification de l'expression « *menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international* » au sens de l'article 15, point c), de la directive « qualification ». La Cour a considéré que la signification de cette disposition avait son propre champ d'application, différent de celui des termes « *la peine de mort* », « *l'exécution* » et « *la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants* », utilisés à l'article 15, points a) et b), de la même directive, et qu'elle couvrait un risque d'atteinte plus général lié à la situation du demandeur et/ou à la situation générale du pays d'origine.

Observant que pour que le demandeur remplisse les conditions d'octroi de la protection subsidiaire en vertu de l'article 15, point c), il devait être démontré qu'il était affecté par des éléments liés à sa situation personnelle et/ou par une violence aveugle, la Cour a précisé que plus il était apte à démontrer qu'il était affecté en raison d'éléments propres à sa situation personnelle, moins le degré de violence

121 CJCE, affaire C-465/07, *Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, 17 février 2009, Recueil 2009, p. I-00921, paragraphes 35-39. Sur des questions similaires, voir aussi CJUE, affaire C-285/12 (affaire pendante), *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État belge le 7 juin 2012.

aveugle requis pour qu'il puisse bénéficier de la protection subsidiaire en vertu de l'article 15, point c) était élevé. Elle a dit aussi que, dans des circonstances exceptionnelles, le demandeur pouvait prétendre à l'octroi de la protection subsidiaire lorsque le degré de violence aveugle d'un conflit armé atteignait un niveau si élevé qu'il existait des motifs sérieux et avérés de croire qu'il courrait, du seul fait de sa présence dans le pays ou dans la région d'origine, un risque réel de subir les menaces visées à l'article 15, point c), de la directive<sup>122</sup>.

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*<sup>123</sup>, les autorités belges avaient refusé d'octroyer la protection subsidiaire au demandeur en raison de l'absence de conflit armé interne en Guinée. La CJUE les a critiquées pour avoir fondé leur interprétation de la notion de conflit armé interne sur celle de « conflit armé ne présentant pas un caractère international, au sens du droit international humanitaire ». Elle a précisé qu'il faut au contraire interpréter de façon autonome la notion de « conflit armé interne » visée par l'art. 15, let. c, de la directive « qualification », et que cette notion prend une signification propre en fonction de la protection visée. La nécessité d'une protection doit ainsi être admise dès que « les forces régulières d'un État affrontent un ou plusieurs groupes armés ou lorsque deux ou plusieurs groupes armés s'affrontent ».

### 3.1.2. La nature du risque au regard de la CEDH

La CEDH interdit de manière absolue l'éloignement lorsque, dans l'État de destination, l'individu serait exposé à un risque réel de mort (article 2) ou de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3). Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'actes de persécution pour un « motif visé par la Convention de Genève [de 1951] ». Il n'existe pas de dérogation à cette interdiction d'éloignement (voir la section 3.1.8).

La CourEDH examine généralement les affaires sous l'angle soit de l'article 2 soit de l'article 3 de la CEDH, en fonction des circonstances de l'espèce et du traitement que la personne risque de subir si elle est expulsée ou extradée. La principale différence entre ces deux articles de la CEDH est la suivante : dans les affaires examinées sous l'angle

122 Il a également été demandé à la CJUE de définir le terme « conflit armé interne » dans le cadre de l'affaire C-285/12, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, demande de décision préjudicielle présentée par le Conseil d'État belge le 7 juin 2012.

123 CJUE, affaire C-285/12, *Aboubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, 30 janvier 2014.

de l'article 2, le risque de mort dans le pays de destination doit constituer une quasi-certitude, dans les affaires examinées sous l'angle de l'article 3, il doit exister des motifs sérieux de croire que la personne faisant l'objet d'une décision d'éloignement courrait un risque réel d'être soumise à la torture ou à d'autres formes de mauvais traitements interdits par cette disposition.

Exemple : dans l'affaire *Bader et Kanbor c. Suède*<sup>124</sup>, la CourEDH a jugé que l'expulsion d'un individu vers la Syrie, pays dans lequel il avait été condamné par contumace à la peine de mort, aurait emporté violation des articles 2 et 3 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Al-Saadoon c. Royaume-Uni*<sup>125</sup>, la CourEDH a jugé que la remise à l'administration pénale irakienne, par les autorités britanniques opérant dans le pays, de civils irakiens encourant la peine capitale avait emporté violation de l'article 3. Elle a considéré par ailleurs qu'il n'était pas nécessaire d'examiner également les griefs tirés de l'article 2 de la CEDH et du Protocole n° 13.

La CourEDH examine plus particulièrement les conséquences prévisibles de l'éloignement de la personne vers le pays de retour envisagé. Elle examine la situation individuelle de la personne et la situation générale du pays, par exemple les points de savoir s'il existe un contexte de violence généralisée ou un conflit armé ou s'il existe des violations des droits de l'homme. Si un individu est **membre d'un groupe faisant l'objet de mauvais traitements systématiques**,<sup>126</sup> il n'est pas forcément nécessaire de fournir la preuve de facteurs de risque personnel.

Exemple : dans l'affaire *Salah Sheekh c. Pays-Bas*<sup>127</sup>, la CourEDH a jugé que les membres de clans minoritaires en Somalie constituaient « un groupe visé » exposé à un risque de traitements prohibés. Il s'agissait plus particulièrement de déterminer si le requérant pourrait, en cas de retour dans ce pays, y demander réparation des actes qu'il y avait déjà subis et obtenir une protection contre d'autres actes analogues. La CourEDH a estimé qu'il ne le pourrait pas car il n'y avait pas eu d'amélioration significative de la situation en Somalie depuis sa fuite du pays. Considérant que le requérant et sa famille avaient été visés au motif qu'ils appartenaient à une minorité et étaient réputés n'avoir aucun moyen de protection, elle a jugé qu'on

124 *Bader et Kanbor c. Suède*, n° 13284/04, CourEDH, 8 novembre 2005.

125 *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CourEDH, 2 mars 2010.

126 CourEDH, *H. et B. c. Royaume-Uni*, n° 70073/10 et 44539/11, 9 avril 2013, § 91.

127 *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, CourEDH, 11 janvier 2007.

ne pouvait obliger le requérant à établir l'existence d'autres caractéristiques particulières qui l'auraient distingué personnellement pour démontrer qu'il avait été et continuait d'être personnellement en danger. Elle a conclu que son expulsion aurait constitué une violation de l'article 3 de la CEDH.

Dans la plupart des cas, l'existence d'un contexte de violence généralisée dans un pays ne constitue pas en elle-même un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH. Cependant, à partir d'un degré ou d'une intensité de violence suffisants, l'intéressé n'a pas à démontrer que sa situation personnelle pourrait être plus grave que celle d'autres membres du groupe auquel il appartient. Dans certains cas, il peut devoir démontrer qu'il existe à la fois des facteurs de risque personnel et un risque de violence généralisée. La question que la Cour doit trancher est celle de savoir s'il existe un risque réel et prévisible de traitements contraires à l'article 3 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *NA. c. Royaume-Uni*<sup>128</sup>, la CourEDH a jugé que le niveau de violence généralisée au Sri Lanka ne suffisait pas à lui seul pour interdire tous les renvois dans le pays mais que, combiné à la situation personnelle particulière du requérant, il aurait rendu le renvoi de l'intéressé contraire à l'article 3 de la CEDH. Ainsi, pour la première fois, elle a admis qu'il était possible qu'un contexte de violence généralisée constitue en soi un motif d'interdiction de tous les renvois.

Exemple : dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*<sup>129</sup>, la CourEDH a estimé que le niveau et l'intensité de la violence aveugle qui régnait à Mogadiscio en Somalie étaient suffisants pour constituer un risque réel d'atteinte à la vie ou à la personne d'un civil se trouvant sur place. Pour apprécier le niveau de violence, elle a examiné les critères non exhaustifs suivants : si les parties au conflit employaient des méthodes et des tactiques de guerre qui accroissaient le risque de faire des victimes parmi les civils ou qui visaient directement ces derniers, si l'utilisation de ces méthodes et/ou de ces tactiques était répandue parmi les parties au conflit, si les combats étaient localisés ou étendus et, enfin, le nombre de civils tués, blessés ou déplacés en raison des combats. Elle a estimé que l'intensité du contexte de violence généralisée à Mogadiscio était suffisante pour lui permettre de conclure que toute personne dont il ne pourrait être démontré qu'elle avait des liens suffisamment privilégiés avec des personnages influents de la ville pour bénéficier d'une

128 *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, CourEDH, 17 juillet 2008, paras. 114-117 et 147.

129 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011, paras. 241-250 et 293. Pour une évaluation plus récente de la situation voir CourEDH, *K.A.B. c. Suède*, n° 886/11, n° 61204/09, 5 septembre 2013, paras. 40-46.

protection serait exposée, si elle y était renvoyée, à un risque réel de traitements contraires à l'article 3, uniquement en raison de sa présence sur place.

L'individu dont l'éloignement est envisagé peut risquer de subir différents types d'**atteintes** qui peuvent s'analyser en un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH. L'atteinte peut relever de cette catégorie même si le risque **n'émane pas de l'État de destination** mais d'acteurs non étatiques, de maladies ou du contexte humanitaire dans le pays.

Exemple : l'affaire *H.L.R. c. France*<sup>130</sup> concernait un trafiquant de drogue ayant fait l'objet d'une condamnation qui craignait les représailles d'un réseau de trafiquants colombiens car il avait fourni aux autorités des informations qui avaient entraîné la condamnation de l'un d'entre eux. La CourEDH a considéré que les autorités colombiennes étaient en mesure, à ce stade, de protéger le requérant contre le risque de mauvais traitements. Elle a donc conclu que son expulsion ne constituerait pas une violation de l'article 3 de la CEDH.

Exemple : l'affaire *D. c. Royaume-Uni*<sup>131</sup> concernait l'expulsion d'un homme atteint d'une maladie en phase terminale. La CourEDH a examiné les circonstances qui auraient découlé de l'expulsion du requérant : l'arrêt du traitement médical, la rudesse de la situation dans le pays de retour et la probabilité d'une mort imminente. Elle a conclu que, dans ces circonstances très exceptionnelles, l'expulsion de l'intéressé aurait emporté violation de l'article 3 de la CEDH. Cependant, elle a établi un seuil élevé pour ce type d'affaires. Dans une affaire ultérieure, *N. c. Royaume-Uni*<sup>132</sup>, elle a jugé que l'expulsion de la requérante vers l'Ouganda n'emporterait pas violation de l'article 3 de la CEDH car, selon les informations disponibles, il existait une forme de traitement médical dans le pays d'origine de l'intéressée et sa maladie n'était pas à ce moment-là en phase terminale. Elle a suivi la même approche dans l'affaire *S.H.H. c. Royaume-Uni*<sup>133</sup>, où le requérant, qui était handicapé, n'avait pas prouvé qu'il serait confronté en Afghanistan à des « circonstances très exceptionnelles » de nature à faire obstacle à son éloignement du Royaume-Uni.

130 *H.L.R. c. France* [GC], n° 24573/94, CourEDH, 29 avril 1997, paras. 43-44.

131 *D. c. Royaume-Uni*, n° 30240/96, CourEDH, 2 mai 1997.

132 *N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, CourEDH, 27 mai 2008.

133 *S.H.H. c. Royaume-Uni*, n° 60367/10, CourEDH, 29 janvier 2013.

Exemple : L'affaire *Babar Ahmed et autres c. Royaume-Uni*<sup>134</sup> impliquaient des personnes soupçonnées d'actes terroristes et menacées d'extradition vers les États-Unis d'Amérique. La CourEDH a estimé qu'il n'y aurait pas violation de l'article 3 du fait des conditions de détention que les intéressés devraient subir dans un établissement de sécurité maximale, l'ADX Florence (un centre « supermax ») ni du fait de la durée des peines qu'ils encouraient.

Exemple : Dans l'affaire *Aswat c. Royaume-Uni*<sup>135</sup>, la Cour a estimé que l'extradition vers les États-Unis du requérant, un individu soupçonné de terrorisme souffrant de graves troubles mentaux, emporterait violation de l'article 3, eu égard à l'incertitude quant aux conditions de détention qu'il subirait dans le pays d'accueil. La CourEDH a relevé que les troubles mentaux dont souffrait le requérant étaient suffisamment graves pour avoir nécessité son transfert d'une prison ordinaire dans un établissement psychiatrique de haute sécurité, et que les pièces médicales indiquaient clairement que son maintien en internement était justifié « dans l'intérêt de sa santé et de sa sécurité ». Dès lors, la CourEDH a conclu, à la lumière des preuves médicales actuelles, qu'il y avait un risque réel que l'extradition du requérant dans un autre pays et dans un milieu carcéral différent, potentiellement plus hostile, conduisit à une détérioration notable de son état de santé mental et physique et que pareille détérioration atteignît le seuil de gravité de l'article 3.

Exemple : dans l'affaire *Sufi et Elmi*<sup>136</sup>, la CourEDH, considérant que les requérants risquaient, en cas d'expulsion, de se retrouver dans des camps de réfugiés en Somalie ou dans les pays limitrophes, a jugé que la situation humanitaire dans ces camps était à ce point désastreuse que leur expulsion aurait emporté violation de l'article 3 de la CEDH. Elle a précisé que la situation humanitaire n'était pas exclusivement liée à des phénomènes naturels, tels qu'une sécheresse, mais découlait également de l'action ou de l'inaction des États parties au conflit en Somalie.

Exemple : à l'échelon national, dans l'affaire *M.A.*<sup>137</sup>, le Conseil d'État français a annulé la décision de renvoyer en Albanie *M. A.*, un ressortissant albanais dont la demande de titre de séjour avait été rejetée. La haute juridiction a considéré,

134 CourEDH, *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, nos 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, 10 avril 2012.

135 CourEDH, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12, 16 avril 2013.

136 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, nos 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011, paras. 267-292.

137 France, Conseil d'État, *M. A.*, n° 334040, 1<sup>er</sup> juillet 2011.

premièrement, que l'intéressé courrait, dans ce pays, le risque de subir des mauvais traitements ou d'être tué par les membres de la famille d'une personne décédée au cours d'une intervention policière à laquelle il avait participé et, deuxièmement, que l'article 3 de la CEDH trouvait à s'appliquer dès lors que les autorités nationales n'étaient pas en mesure d'apporter une protection suffisante, même si le risque émanait de groupes privés.

La CourEDH a également eu à examiner le point de savoir si la participation d'un individu à des activités contestataires dans le pays d'accueil accroissait le risque que cet individu subisse un traitement contraire à l'article 3 de la CEDH à son retour<sup>138</sup>.

Exemple : dans l'affaire *S.F. c. Suède*<sup>139</sup>, la CourEDH a jugé que le renvoi d'une famille iranienne de dissidents politiques qui avaient fui l'Iran et avaient participé à des activités politiques importantes en Suède emporterait violation de l'article 3 de la CEDH. Elle a estimé que les activités des requérants en Iran n'étaient pas suffisantes, en elles-mêmes, pour représenter un risque, mais que leurs activités en Suède étaient importantes, car il ressortait des informations disponibles que les autorités iraniennes surveillaient effectivement les communications internet et les critiques du régime, même à l'extérieur du pays, de sorte qu'elles pourraient facilement identifier les requérants à leur retour en raison de leurs activités et de leurs antécédents en Iran. Elle a tenu compte également du fait que la famille s'était trouvée contrainte de quitter l'Iran clandestinement et sans documents d'identité valides.

### 3.1.3. La nature du risque en droit suisse

Le droit suisse établit une distinction entre la protection accordée aux réfugiés et l'admission provisoire, qui n'est envisagée que lorsque le requérant n'obtient pas la qualité de réfugié ou l'asile. La Suisse ne connaît pas l'instrument de la protection subsidiaire prévu par le droit de l'UE. De la sorte, les autorités évaluent le danger à deux reprises lors de la procédure d'asile : elles l'examinent en premier lieu à la lumière du droit des réfugiés et de l'art. 3 LAsi, et en second lieu, lorsque se pose la question de l'admission provisoire et que le danger constitue l'un des motifs d'illicéité qui s'opposent à l'exécution du renvoi et dont il faut tenir compte pour respecter le principe de non-refoulement relevant du droit international. Le danger est aussi l'un des motifs qui permettent d'établir qu'un renvoi ou une expulsion ne peut être raisonnablement exigé ; cela est le cas lorsque l'individu en

138 Voir, par exemple, *Muminov c. Russie*, n° 42502/06, CourEDH, 11 décembre 2008.

139 *S.F. et autres c. Suède*, n° 52077/10, CourEDH, 15 mai 2012.

question court un danger, dû à une guerre, à une guerre civile, à une situation de violence généralisée ou à une nécessité médicale, aux termes de l'art. 83, al. 4, LETr.

Pour décrire le danger qui motive la qualité de réfugié, l'art. 3 LAsi utilise le terme de « sérieux préjudices », dont il recense des exemples à son al. 2 : « la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable ». La loi ordonne en outre que l'on tienne compte des « motifs de fuite spécifiques aux femmes ».

Lorsque l'autorité examine si l'exécution du renvoi est licite, elle doit se demander, en vertu de l'art. 83, al. 3, LETr, si « le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international ». Il s'agit notamment de l'interdiction du refoulement inscrite à l'art. 3 de la CEDH. Depuis quelque temps, le Tribunal administratif fédéral fait aussi référence au concept de risque réel créé par la CourEDH<sup>140</sup>.

Le caractère raisonnable du renvoi est déterminé en deux temps. En premier lieu, le tribunal examine si son exécution peut être raisonnablement exigée pour un pays ou un groupe de personnes donné. Si tel est le cas, il doit encore se pencher sur la situation concrète de la personne en question dans son pays d'origine ou de provenance<sup>141</sup>. En l'occurrence, des facteurs tels que le réseau social, qui pourrait favoriser la réinsertion, jouent un rôle déterminant dans l'issue de la procédure<sup>142</sup>.

Dans ses arrêts, le Tribunal administratif fédéral attache beaucoup d'importance à l'existence d'une situation de violence généralisée dans un pays ou une région, car le renvoi n'est jamais raisonnablement exigible dans ces circonstances<sup>143</sup>.

140 Cf. p.ex. ATAF 2013/27. Le tribunal a considéré en l'espèce que l'exécution du renvoi vers Mogadiscio n'est pas illicite dans tous les cas, car il serait faux de supposer que tous les habitants de la ville sont exposés à un risque réel au sens de l'art. 3 CEDH.

141 Cf. p. ex. l'ATAF 2009/2, consid. 9.3. ss.

142 Cf. les arrêts concernant certaines villes d'Afghanistan vers lesquelles les individus en question sont renvoyés : ATAF 2011/17, consid. 9.9.2 (Kaboul) ; ATAF 2011/38, consid. 4.3.1 à 4.3.3 (Herat) et ATAF 2011/49, consid. 7.3.5 à 7.3.8 (Mazar-i-Sharif).

143 Cf. p. ex. l'ATAF 2013/2, consid. 9.5. ss. (Le tribunal constate une situation de violence généralisée dans les provinces (turques) d'Hakkari et de Sirnak).

### 3.1.4. L'évaluation du risque

Les principes appliqués dans le droit de l'UE et dans le droit issu de la CEDH présentent de nombreux points communs en ce qui concerne l'évaluation du risque en cas de retour. Ces points communs peuvent être attribués au fait que l'acquit de l'UE en matière d'asile découle en grande partie de la jurisprudence de la CourEDH et des principes directeurs du HCR. Ces principes prévoient notamment que les évaluations doivent être individualisées et fondées sur un examen de tous les éléments, documents, faits et textes normatifs actualisés et pertinents, y compris les informations relatives à la situation dans le pays d'origine. Les atteintes subies par le passé peuvent constituer un indicateur important de risques futurs pour la personne concernée.

**Droit de l'UE :** L'article 4 de la directive « qualification » énonce des règles détaillées d'évaluation des faits et des circonstances dans l'examen des demandes de protection internationale. Par exemple, il faut procéder à une évaluation individuelle. Le fait qu'un demandeur ait déjà été persécuté peut indiquer qu'il risque de l'être à nouveau s'il est renvoyé. Les agents chargés de l'évaluation doivent examiner toutes les explications montrant que l'intéressé s'est « réellement efforcé » d'étayer sa demande.

Quant au moment auquel la situation doit être évaluée, la directive « qualification » dispose au paragraphe 3 de son article 4 que l'évaluation doit se faire au moment où il est statué sur la demande. La directive sur les procédures d'asile révisée dispose en son article 46, paragraphe 3, que la procédure de recours doit prévoir un examen complet et *ex nunc* tant des faits que des points d'ordre juridique. Le moment auquel la situation doit être évaluée dans le cadre de la cessation du statut conféré par la protection est indiqué à la section 3.1.9.

**CEDH :** Il appartient au requérant de produire des éléments susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, s'il était renvoyé d'un État membre, il serait exposé à un risque réel de se voir infliger des traitements prohibés par les articles 2 ou 3 de la CEDH. Lorsque de tels éléments sont produits, il incombe au Gouvernement de dissiper les doutes éventuels à leur sujet<sup>144</sup>. La CourEDH a reconnu que, eu égard à la situation particulière dans laquelle se trouvent souvent les demandeurs d'asile, il est fréquemment nécessaire de leur accorder le bénéfice du doute lorsque l'on apprécie la crédibilité de leurs déclarations et des documents qui les appuient<sup>145</sup>. Toutefois, lorsqu'il

144 *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CourEDH, 28 février 2008, para. 129.

145 *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n° 1948/04, CourEDH, 11 janvier 2007, para. 148 ; *R.C. c. Suède*, n° 41827/07, CourEDH, 9 mars 2010, para. 50.

manque des informations ou qu'il existe une bonne raison de douter de la véracité des éléments présentés, l'intéressé doit fournir une explication satisfaisante<sup>146</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Singh et autres c. Belgique*<sup>147</sup>, les autorités belges avaient écarté des documents présentés à l'appui d'une demande d'asile par des ressortissants afghans, considérant que ces documents n'étaient pas convaincants. La CourEDH a jugé qu'elles n'avaient pas suffisamment examiné l'authenticité de ces documents. Elle a relevé en particulier qu'elles n'avaient pas vérifié l'authenticité de copies de documents attestant que le bureau du HCR à New Delhi avait accordé aux requérants le statut de réfugié alors qu'il eût été aisé de le faire. Elle a conclu que les autorités nationales n'avaient pas procédé à un examen attentif et rigoureux de la demande d'asile conformément à l'article 13 de la CEDH, et qu'il y avait donc eu violation de cette disposition combinée avec l'article 3.

L'article 36 de la CEDH autorise tout État membre à intervenir dans une affaire dirigée par l'un de ses ressortissants contre un autre État membre. La CourEDH a estimé que cette disposition, insérée dans la CEDH en vue de permettre aux États d'accorder la protection diplomatique à leurs ressortissants, ne devait pas s'appliquer dans les affaires où le requérant demande à ne pas être renvoyé dans son pays d'origine parce qu'il y subirait selon lui un traitement contraire aux articles 2 et 3 de la Convention.<sup>148</sup>

En vertu de la jurisprudence de la CourEDH, le risque doit être évalué sur la base de facteurs pris non pas séparément, mais cumulativement<sup>149</sup>. L'évaluation doit toujours être individualisée et tenir compte de l'ensemble des éléments<sup>150</sup>. Le fait qu'une personne ait déjà été persécutée par le passé peut indiquer qu'elle risque de l'être à nouveau à l'avenir<sup>151</sup>.

Pour évaluer le risque en cas de retour, la CourEDH examine d'une part la situation générale dans le pays et d'autre part les éléments propres au cas de l'intéressé. Elle a indiqué quels types de documents peuvent être considérés comme fiables lorsque l'on examine

146 *Matsiukhina et Matsiukhin c. Suède* (déc.), n° 31260/04, CourEDH, 21 juin 2005 ; *Collins et Akaziebie* (déc.), n° 23944/05, CourEDH, 8 mars 2007.

147 *Singh et autres c. Belgique*, n° 33210/11, CourEDH, 2 octobre 2012.

148 CourEDH, *I. c. Suède*, n° 61204/09, 5 septembre 2013.

149 *S.F. et autres c. Suède*, n° 52077/10, CourEDH, 15 mai 2012, paras. 68-69.

150 *R.C. c. Suède*, n° 41827/07, CourEDH, 9 mars 2010, para. 51 (certificat médical) ; *N. c. Suède*, n° 23505/09, CourEDH, 20 juillet 2010, para. 52 ; *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n°s 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011.

151 *R.C. c. Suède*, n° 41827/07, CourEDH, 9 mars 2010.

la situation du pays. Ainsi, elle a jugé que l'on pouvait se fier aux rapports du HCR et aux rapports établis par des organisations internationales de défense des droits de l'homme, mais non aux rapports dont les sources d'informations ne sont pas connues et dont les conclusions contredisent d'autres rapports crédibles<sup>152</sup>.

Lorsqu'une personne n'a pas été expulsée, la date à laquelle la CourEDH examine l'affaire est la date à prendre en compte pour évaluer le risque<sup>153</sup>. Ce principe a été appliqué indépendamment du fait que le droit en jeu soit un droit absolu, tel que celui protégé par l'article 3 de la CEDH, ou un droit non absolu, tel que celui protégé par l'article 8<sup>154</sup>. Lorsqu'un requérant a déjà été expulsé, la CourEDH vérifie s'il a subi de mauvais traitements ou si les informations relatives au pays démontrent qu'il existe des raisons sérieuses de croire qu'il pourrait subir des mauvais traitements.

Exemple : dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*<sup>155</sup>, la CourEDH a examiné des rapports d'organisations internationales qui traitaient de la situation et des niveaux de violence en Somalie ainsi que des violations des droits de l'homme perpétrées par Al-Shabaab, un groupe d'insurgés islamistes somaliens. Elle a estimé ne pas pouvoir se fier au rapport établi par les autorités britanniques à l'issue d'une mission d'établissement des faits sur la Somalie organisée à Nairobi (Kenya), car celui-ci reposait sur des sources vagues et anonymes et contredisait d'autres informations disponibles publiquement. À la lumière des éléments disponibles, la Cour a considéré qu'il était improbable que la situation s'améliore en Somalie dans un futur proche.

Exemple : dans l'affaire *Muminov c. Russie*<sup>156</sup>, le requérant, un ressortissant ouzbèke, purgeait apparemment, selon les informations disponibles, une peine d'emprisonnement de cinq ans en Ouzbékistan à la suite de son extradition de Russie. La CourEDH a considéré qu'il existait suffisamment de sources d'informations crédibles relatives aux mauvais traitements imposés de manière générale aux détenus en Ouzbékistan pour l'amener à conclure à la violation de l'article 3 de la CEDH, même s'il n'y avait pas d'informations fiables sur la situation du requérant après son extradition, en dehors du fait qu'il avait été condamné.

152 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011, paras. 230-234.

153 *Saadí c. Italie* [GC], n° 37201/06, CourEDH, 28 février 2008.

154 *A.A. c. Royaume-Uni*, n° 8000/08, CourEDH, 20 septembre 2011.

155 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011.

156 *Muminov c. Russie*, n° 42502/06, CourEDH, 11 décembre 2008.

En **droit suisse**, quiconque demande l'asile doit prouver ou, du moins, rendre vraisemblable qu'il possède la qualité de réfugié. L'autorité statue au cas par cas, sur la base de ce principe. La qualité de réfugié est vraisemblable lorsque selon les autorités elle est hautement probable (art. 7 LAsi). L'autorité (ou le tribunal) se fonde, pour son examen, sur le caractère concluant, plausible et fondé des allégations, ainsi que sur la crédibilité personnelle du demandeur d'asile (art. 7, al. 3, LAsi). L'ensemble des circonstances fait l'objet d'une appréciation générale<sup>157</sup>. Dans la pratique, il n'est pas rare que l'ODM, pour établir la crédibilité du demandeur, se fonde principalement sur les contradictions entre les réponses données lors du premier interrogatoire mené au moment du dépôt de la demande et les propos tenus lors de l'audition, omettant ce faisant d'examiner en détail les autres preuves ou déclarations. Cette pratique, entérinée parfois par les tribunaux suisses, a été explicitement critiquée par la CourEDH dans l'arrêt qu'elle a rendu en novembre 2014 dans l'affaire *M.A. c. Suisse*<sup>158</sup>. La Cour de Strasbourg a clairement indiqué qu'il appartient en général aux autorités et aux tribunaux d'examiner en détail la situation dans le pays d'origine et d'étudier non moins minutieusement les preuves fournies par le demandeur dès lors que les allégations présentent un certain degré de plausibilité, et cela, même lorsque les propos du demandeur ne sont pas crédibles. Dans le cas concret, les autorités et le tribunal avaient refusé de faire vérifier l'authenticité des copies, fournies par le recourant iranien, d'un jugement condamnant celui-ci par contumace à une peine d'emprisonnement et à septante coups de fouet, bien que cette vérification eût pu se faire en consentant certains frais. Dès lors, la CourEDH a conclu que l'expulsion du demandeur vers l'Iran aurait violé l'art. 3 CEDH (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants).

Lorsqu'elle examine le degré de protection requis, l'autorité ou la cour de justice fonde son appréciation sur la situation régnant au moment où elle statue et vérifie si la crainte de la persécution est fondée à ce moment-là. En d'autres termes, elle tient compte de l'évolution des circonstances depuis le moment où la demande a été déposée, et en particulier de la situation dans le pays d'origine, que cette évolution soit en faveur ou en défaveur du demandeur<sup>159</sup>. Pour sa description de la situation, le Tribunal administratif fédéral se fonde sur des « informations sur les pays d'origine » (publiques, pour la plupart). Lorsqu'il s'agit d'un arrêt de principe sur la persécution présente dans un pays ou dirigée contre une ethnie ou une communauté religieuse précise, il énumère également ces sources dans l'arrêt<sup>160</sup>.

157 Cf. l'ATAF 2012/5, consid. 2.2 et l'ATAF 2010/57, consid. 2.3, notamment.

158 *M.A. c. Suisse*, n° 52589/13, CourEDH, 18 novembre 2014.

159 Cf. p.ex. l'ATAF 2010/57, consid. 2, l'ATAF 2010/9, consid. 5.2 et l'ATAF 2007/31, consid. 5.3. ss.

160 Cf. p. ex. l'ATAF 2013/11, consid. 5.4.3 (Yézidis en Turquie), l'ATAF 2013/27, consid. 8.5.4 (Somalie), TAF, arrêt du 20 mai 2014, E-2981/2014, consid. 5.5 (Tibet).

Le schéma d'examen permettant de conclure à l'existence d'une « crainte fondée », et figurant par exemple à l'ATAF 2011/51 (consid. 6.2), s'intéresse aussi à la question de savoir si l'hypothèse selon laquelle en cas de retour le danger de persécution se concrétiserait dans un avenir proche repose sur des éléments tangibles. Il faut en l'occurrence des indices concrets faisant apparaître que le préjudice attendu – fondé sur l'un des motifs énumérés par la loi – est vraisemblable et que la crainte qu'il suscite est par conséquent réaliste et fondée.

### 3.1.5. La notion de protection suffisante

En vertu du droit international relatif aux réfugiés, un demandeur d'asile qui dit craindre des persécutions peut bénéficier du statut de réfugié s'il peut démontrer qu'il nourrit une crainte fondée d'être persécuté pour un motif visé dans la Convention de Genève de 1951 et que la protection de l'État qu'il cherche à fuir est insuffisante. La protection suffisante de l'État implique la volonté et la capacité dans l'État d'accueil, soit de ses agents soit d'autres entités contrôlant des parties de son territoire, de fournir, dans l'ordre juridique, un niveau de protection raisonnable à contre les mauvais traitements auxquels le demandeur d'asile craint d'être soumis.

**Droit de l'UE :** Pour déterminer si le demandeur remplit les conditions pour bénéficier du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire, il faut examiner le point de savoir s'il serait être protégé des atteintes craintes dans le pays de retour. L'article 7 de la directive « qualification » prévoit que « [l]a protection contre les persécutions ou les atteintes graves ne peut être accordée que par : l'État ; ou des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci, pour autant qu'ils soient disposés à offrir une protection [...] et en mesure de le faire ». Cette protection doit être « effective et non temporaire ». Des mesures raisonnables doivent être mises en place pour empêcher les actes de persécution, ce qui implique l'existence d'un système judiciaire effectif permettant de déceler ces actes, de poursuivre leurs auteurs et de les sanctionner. Les demandeurs doivent pouvoir accéder à ces systèmes de protection.

Exemple : dans l'affaire *Salahadin Abdulla et autres*<sup>161</sup>, qui concernait la cessation du statut de réfugié, la CJUE a dit que pour que la protection dans le pays dont le réfugié a la nationalité soit suffisante, il fallait que l'État ou les autres acteurs de

161 CJUE, affaire C-175/08, *Salahadin Abdulla et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, Recueil 2010, p. I-01493, 2 mars 2010.

protection visés à l'article 7, paragraphe 1, de la directive « qualification » aient objectivement un niveau de capacité raisonnable et la volonté d'empêcher les actes de persécution. Elle a précisé qu'ils devaient avoir pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution et notamment disposer d'un système judiciaire effectif, accessible à la personne concernée et permettant de déceler, poursuivre et sanctionner les actes de persécution ; et qu'ils devaient satisfaire à certaines exigences concrètes, notamment disposer de l'autorité, de la structure organisationnelle et des moyens de maintenir un niveau minimal d'ordre public.

Les réfugiés palestiniens bénéficient d'un régime de protection spécifique. L'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) a été créé pour leur fournir protection et assistance. Il intervient en Cisjordanie, y compris à Jérusalem-Est et dans la bande de Gaza ainsi qu'en Jordanie, en Syrie et au Liban. Les personnes qui reçoivent une assistance de l'UNRWA ne peuvent pas bénéficier du statut de réfugié (article 12, paragraphe 1, point a) de la directive « qualification », qui intègre l'article 1D de la Convention de Genève dans le droit de l'UE).

Exemple : l'affaire *Bolbol*<sup>162</sup> concernait une apatride d'origine palestinienne qui avait quitté la bande de Gaza et était entrée en Hongrie où elle avait présenté une demande d'asile sans avoir préalablement demandé la protection ou l'assistance de l'UNRWA. La CJUE a précisé, aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, point a) de la directive « qualification », qu'une personne ne devait être considérée comme ayant bénéficié de la protection et de l'assistance d'une institution des Nations Unies autre que le HCR que si elle avait réellement eu recours à cette protection ou à cette assistance et non pas simplement du fait qu'elle avait le droit d'en bénéficier en théorie.

Dans l'affaire *El Kott*<sup>163</sup>, la CJUE a précisé que les personnes forcées de quitter la zone d'opérations de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine dans le Proche-Orient (UNRWA) pour des raisons indépendantes de leur volonté et au-delà de leur contrôle et de leur propre chef peuvent se prévaloir *ipso facto* le statut de réfugié accordé au sens de l'article 2, sous c), par la directive « qualification ». L'octroi de plein droit du statut de réfugié à ce demandeur ne

162 CJUE, affaire C-31/09, *Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 17 juin 2010, Recueil 2010, p. I-05539.

163 CJUE, affaire C-364/11, *Abad El Karem El Kott et autres*, 19 décembre 2012.

s'applique pour autant que ce dernier ne relève pas des paragraphes 1, sous b), ou 2 et 3, de l'article 12 de ladite directive.

**CEDH :** Pour déterminer si un éloignement a emporté ou emporterait violation de l'article 3, il peut y avoir lieu d'apprécier la protection que l'État de destination ou les organisations s'y trouvant pourraient offrir à la personne devant y être renvoyée. Il existe des similitudes entre la notion de protection suffisante appliquée dans les affaires de demande d'asile (voir plus haut) et l'appréciation du risque faite dans les affaires concernant l'article 3 de la CEDH. Si le traitement que l'intéressé risque de subir à son retour atteint le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3, il faut vérifier si l'État de destination est effectivement et concrètement apte et disposé à le protéger contre ce risque.

Exemple : dans l'affaire *Hida c. Danemark*<sup>164</sup>, le requérant, une personne d'origine ethnique rom, devait être expulsé vers le Kosovo pendant le conflit en 2004. La CourEDH s'est montrée préoccupée par les cas de violences et les crimes perpétrés à l'encontre des minorités et a considéré que les membres de certaines communautés ethniques, dont les Roms, avaient encore besoin d'une protection internationale. Elle a constaté que la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) effectuait une vérification individualisée préalablement à tout retour forcé envisagé par le Directeur général de la police nationale danoise, et que celui-ci avait suspendu jusqu'à nouvel ordre l'exécution des retours auxquels la MINUK s'était opposée. En l'espèce, le Directeur général de la police n'avait pas encore contacté la MINUK, le retour forcé du requérant n'ayant pas encore été planifié. Dans ces circonstances, la Cour a jugé établi que si la MINUK s'opposait au retour forcé du requérant, celui-ci serait également suspendu jusqu'à nouvel ordre. Estimant qu'il n'avait pas été démontré par ailleurs qu'il existait un motif sérieux de croire que le requérant, en tant que membre de la communauté ethnique rom, courrait un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou des traitements inhumains ou dégradants à son retour au Kosovo, elle a déclaré la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement.

La CourEDH a été appelée à examiner la question de savoir si la fourniture par l'État de destination d'**assurances diplomatiques** permettent d'écarter le risque de mauvais traitements auquel une personne serait autrement exposée à son retour. Dans les affaires où l'État de destination avait fourni des assurances diplomatiques, elle a dit que celles-ci

<sup>164</sup> *Hida c. Danemark*, n° 38025/02, CourEDH, 19 février 2004.

n'étaient pas suffisantes en elles-mêmes pour garantir une protection satisfaisante contre le risque de mauvais traitements et qu'il fallait absolument vérifier qu'elles prévoyaient, dans leur application pratique, une garantie suffisante que l'intéressé serait protégé contre le risque de mauvais traitements. Elle a précisé en outre que le poids à accorder aux assurances dépendait, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée.

La première question à laquelle la CourEDH doit répondre est celle de savoir si la situation générale en matière de droits de l'homme dans l'État de destination exclut l'acceptation de toute assurance. Ce n'est cependant que dans de rares cas que la situation générale dans un pays donné implique que l'on ne puisse accorder absolument aucun poids aux assurances qu'il fournit. Le plus souvent, la Cour apprécie d'abord la qualité des assurances données puis, à la lumière des pratiques de l'État d'accueil, elle évalue leur fiabilité. Ce faisant, elle tient compte également de différents facteurs indiqués dans la jurisprudence récente<sup>165</sup>.

Pour évaluer la protection fournie, **la jurisprudence suisse** s'inspire largement de la pratique de la CourEDH et vérifie également si l'État en question est à même de protéger l'individu et, dans le cas concret, disposé à le faire. Lorsque la persécution n'est pas le fait d'agents de l'État, la Cour estime être en présence d'un cas de persécution lorsque l'État n'est pas disposé à protéger le demandeur contre cette persécution ou, bien qu'il soit en principe prêt à le faire mais pas à même de lui garantir une protection effective.

Dans son arrêt de principe *ATAF 2008/12* sur la capacité de protection, le Tribunal administratif fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire de fournir la garantie d'une protection permanente, car aucun État ne peut l'assurer toujours et partout. Toutefois, il pose comme condition l'existence d'une infrastructure de protection fonctionnelle et efficace, c'est-à-dire un système juridique et judiciaire auquel la personne ayant besoin de protection peut, d'une part, objectivement avoir accès et dont on peut, d'autre part, raisonnablement exiger d'elle qu'elle y ait recours (consid. 6.8). Il a ainsi conclu que dans une région comme le centre de l'Irak, marquée par une violence généralisée et par une forte instabilité, cette condition n'était pas réunie pour un ancien membre du parti Baas dirigé par Saddam Hussein.

<sup>165</sup> *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CourEDH, 17 janvier 2012, para. 189 ; *Ismoilov et autres c. Russie*, n° 2947/06, CourEDH, 24 avril 2008, para. 127 ; *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CourEDH, 28 février 2008 ; *Ryabikin c. Russie*, n° 8320/04, CourEDH, 19 juin 2008.

### 3.1.6. La réinstallation interne

En vertu tant du droit de l'UE que du droit issu de la CEDH, les États peuvent conclure qu'une personne exposée à un risque dans sa région d'origine peut être protégée contre ce risque dans une autre partie de son pays d'origine et n'a dès lors pas besoin d'une protection internationale.

**Droit de l'UE :** L'examen de la possibilité de protection à l'intérieur du pays a été codifiée à l'article 8 de la directive « qualification ».

**CEDH :** La possibilité d'une réinstallation interne de l'individu par l'État doit faire l'objet d'une évaluation détaillée, du lieu de retour jusqu'au site de destination. Dans ce cadre, il faut déterminer si le lieu de retour est sûr, si des barrages routiers sont présents sur l'itinéraire et si l'individu pourra traverser en toute sécurité les régions à risque pour atteindre son site de destination. Il faut aussi examiner les circonstances propres à l'intéressé.

Exemple : dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*<sup>166</sup>, la CourEDH a dit que l'article 3 de la CEDH n'empêchait pas en soi les États contractants de prendre en considération l'existence d'une possibilité de réinstallation interne, à condition que la personne renvoyée puisse effectuer le voyage vers la zone concernée, obtenir l'autorisation d'y pénétrer et s'y établir sans être exposée à un risque réel de mauvais traitements. En l'espèce, la Cour a considéré qu'il y avait peut-être des régions du sud et du centre de la Somalie où une personne renvoyée ne courrait pas nécessairement de risque réel de mauvais traitements du seul fait du contexte de violence généralisée, mais que si les personnes renvoyées devaient se déplacer vers une région contrôlée par Al-Shabaab ou traverser l'une d'entre elles, il y avait lieu de craindre qu'elles soient exposées à un risque de traitement contraire à l'article 3 de la CEDH, à moins qu'il ne soit possible de démontrer qu'elles avaient vécu récemment en Somalie et pouvaient, par conséquent, éviter d'attirer l'attention d'Al-Shabaab. Dans le cas des requérants, la Cour a conclu que, pour plusieurs raisons, ils seraient exposés à un risque réel de traitements contraires à l'article 3 s'ils étaient renvoyés en Somalie.<sup>167</sup>

<sup>166</sup> *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, n° 8319/07 et 11449/07, CourEDH, 28 juin 2011.

<sup>167</sup> Voir également CourEDH, *M.Y.H. c. Suède*, n° 50859/10, 27 juin 2013.

**Les autorités suisses en matière d'asile** ont intégré le principe de la possibilité de refuge interne dans leur système d'examen de la qualité de réfugié et l'appliquent régulièrement. Ce sont les arrêts de principe de la Commission de recours en matière d'asile (CRA) et du Tribunal administratif fédéral qui ont précisé l'application de ce principe, qui ne figure pas explicitement dans la loi. Cette jurisprudence subordonne la reconnaissance de la qualité de réfugié (visée à l'art. 1 A, para. 2 de la Convention de Genève de 1951 et à l'art. 3 LAsi) à l'existence d'une situation de persécution dans l'ensemble du pays. La jurisprudence admet la possibilité de refuser l'asile à une personne lorsque le danger de persécution ne s'étend pas à tout le territoire national. L'objet de l'examen a évolué, passant de la question de savoir s'il existe une possibilité de refuge interne face à une persécution directe ou indirecte par des agents de l'État<sup>168</sup> à la question de savoir s'il existe une possibilité de protection interne effective. Dès lors, le juge ne doit plus uniquement établir l'inexistence de la persécution, mais aussi se demander si la personne en danger peut s'établir durablement là où elle bénéficierait d'une possibilité de protection.

Dans son arrêt de principe *ATAF 2011/51*, le Tribunal administratif fédéral indique, en vertu du principe de subsidiarité inhérent à la protection des réfugiés et de la teneur de la Convention relative au statut des réfugiés, que la personne qui peut bénéficier, dans une autre région de son pays d'origine, d'une protection effective contre la persécution n'a pas besoin du statut de réfugié (consid. 8.1). S'écartant explicitement de la jurisprudence passée de la Commission de recours en matière d'asile, il exige par ailleurs en substance (consid. 8.6) qu'il existe, au lieu de refuge, des dispositifs de protection efficaces et fonctionnels et que l'État soit disposé à y accorder sa protection à la personne menacée de persécution dans une autre région du pays. En outre, cette personne doit pouvoir se rendre dans ce lieu de refuge sans courir de risques déraisonnables et pouvoir y séjourner légalement. Enfin, il doit être possible d'exiger d'elle qu'elle se réclame longtemps de la protection disponible au lieu de refuge. À cet égard, il faut prendre en considération les circonstances générales régnant en ce lieu et les circonstances personnelles de la personne en question et examiner, dans le cadre d'une analyse au cas par cas tenant compte du contexte local, si l'on peut raisonnablement exiger d'elle, au vu de la situation qui sera la sienne au lieu de refuge, qu'elle s'y établisse et y refasse sa vie.

168 Cf. JICRA 1996, n° 1.

### 3.1.7. La sécurité dans un autre pays

**Droit de l'UE :** Un État membre de l'Union peut être autorisé, pour des raisons de protection internationale, à renvoyer un individu sollicitant la protection vers un autre pays pour que sa demande y soit examinée, à condition que ce pays soit considéré comme sûr et que certaines garanties soient respectées. La présente section explicite les circonstances dans lesquelles cela est possible, alors que les garanties procédurales applicables sont décrites dans la section 4.2 et en ce qui concerne les mineurs non accompagnés, dans la section 9.1.

Deux facteurs permettent de présumer qu'un autre pays est sûr. Un pays peut être considéré comme sûr si sont respectées dans son droit national une série d'exigences visées dans la directive sur les procédures d'asile (article 38). Notamment, le demandeur d'asile doit être admis par le **pays tiers dit sûr**, avoir la possibilité d'y solliciter une protection et, s'il a été établi qu'il a besoin d'une protection internationale, être traité conformément à la Convention de Genève de 1951. Il est particulièrement important que les États s'assurent que les personnes renvoyées vers un pays supposément sûr y soient à l'abri d'un refoulement vers un pays dangereux.

Le deuxième facteur concerne les États qui appliquent le règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013, à savoir les vingt-huit États membres de l'UE ainsi que l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège et la Suisse (voir la section 4.2)<sup>169</sup>. Le règlement de Dublin prévoit des **règles d'attribution aux États membres de la responsabilité** de l'examen des demandes d'asile quant à la protection internationale. Le texte définit des critères hiérarchisés à cet égard, notamment dans le cas de personnes ayant présenté leur demande dans un État membre de l'UE et l'ayant ensuite quitté pour se rendre dans un autre État membre. Il est posé une présomption réfragable selon laquelle tous les États qui appliquent le règlement de Dublin sont sûrs et respectent la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la CEDH.

Parmi les différents critères énoncés dans le règlement de Dublin, il est prévu que l'État responsable de l'autorisation d'entrée du demandeur dans l'espace commun est généralement l'État responsable de l'examen de la demande (chapitre III du règlement de Dublin). Afin de pouvoir déterminer par la suite l'État d'entrée d'une personne, on relève ses empreintes digitales à son arrivée et on les consigne dans la base de données Eurodac (voir le règlement (UE) n° 603/2013, dit règlement Eurodac), à laquelle tous les États appliquant le règlement de Dublin peuvent accéder. Par exemple, si un demandeur

<sup>169</sup> Règlement (UE) n° 604/2013, 26 juin 2013, JO 2013 L 180/31.

d'asile arrive dans le pays A et y présente une demande d'asile, ses empreintes digitales y sont relevées. S'il se rend ensuite dans le pays B, les empreintes digitales relevées dans ce pays correspondront à celles prises dans le pays A. Le pays B devra alors appliquer les critères Dublin pour déterminer si l'examen de la demande d'asile relève de sa responsabilité ou de celle du pays A.

Les États doivent s'assurer que les personnes ne soient pas renvoyées dans des États membres de l'UE dont les régimes d'accueil et d'asile présentent des défaillances systémiques. Dans certains cas où il y aurait de graves violations de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, les États peuvent ainsi avoir à examiner des demandes même lorsqu'elles ne relèvent pas de leur responsabilité en vertu du règlement de Dublin.

Exemple : dans les affaires jointes *N.S. et M.E.*<sup>170</sup>, la CJUE s'est prononcée à titre pré-judiciel sur la question de savoir si, dans certaines circonstances, un État peut être tenu d'examiner une demande en vertu de la clause de souveraineté de l'article 3, paragraphe 2, du règlement Dublin II même si, selon les critères Dublin, la responsabilité en incombe à un autre État membre de l'Union. Elle a précisé que les États membres de l'UE doivent agir conformément aux droits fondamentaux et principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'UE lorsqu'ils exercent leur pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 3, paragraphe 2 et que, par conséquent, ils ne peuvent pas transférer un demandeur d'asile vers l'État membre responsable au sens du règlement lorsque les éléments de preuve révèlent l'existence dans les conditions d'accueil et la procédure d'asile de défaillances systémiques que l'État membre ne peut ignorer et qui pourraient constituer une violation de l'article 4 de la Charte (interdiction de la torture). Cela oblige également l'État membre à examiner d'autres critères du règlement pour déterminer si un autre État membre est responsable de l'examen de la demande d'asile. S'il n'est pas possible de trouver un autre État membre ou si la durée de la procédure qui permettrait de le faire n'est pas raisonnable, l'État membre doit examiner lui-même la demande conformément à l'article 3, paragraphe 2.

**CEDH** : La CourEDH examine, parmi les différents éléments dont elle est saisie, les rapports crédibles relatifs aux droits de l'homme, afin d'évaluer les conséquences prévisibles de l'éloignement envisagé. L'État de départ est tenu de vérifier les risques,

<sup>170</sup> CJUE, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner & Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 décembre 2011.

notamment lorsque, compte tenu des rapports relatifs à la situation des droits de l'homme dans le pays de destination, il connaît ou devrait connaître ces risques.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>171</sup>, la CourEDH a jugé que les conditions d'existence et de détention du requérant en Grèce avaient été contraires à l'article 3 de la CEDH. Elle a observé que des sources fiables faisaient état d'un défaut d'accès à la procédure d'asile et d'un risque de refoulement vers un pays tiers. Elle a donc conclu qu'en procédant à un transfert « Dublin » vers la Grèce, les autorités belges avaient méconnu l'article 3 de la CEDH car, au vu des éléments disponibles, elles savaient ou auraient dû savoir que les demandeurs d'asile renvoyés en Grèce à l'époque risquaient d'y subir des traitements dégradants.

↳ Exemple : dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*<sup>172</sup>, la CourEDH a établi que le transfert vers l'Italie d'une famille afghane de huit personnes (au moment de la décision), sans garanties individuelles et concrètes quant à l'hébergement, à la sauvegarde du bien des enfants et à la préservation de l'unité familiale, constituerait une violation de l'art. 3 de la CEDH, car les capacités d'accueil du système d'asile italien sont insuffisantes pour garantir le respect du bien de tous les enfants. La Cour a ajouté que ni la Suisse, ni l'Italie n'ont réfuté les constatations du rapport que l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés a rédigé en octobre 2013 sur cette situation. Dès lors, la Suisse ne devrait pas transférer les requérants en Italie sans obtenir de celle-ci des garanties concrètes. La Cour ne voyait pas dans l'assurance générale donnée par les autorités italiennes de loger la famille dans un centre à Bologne un élément suffisant permettant d'écarter le risque « réel » d'une violation de l'art. 3 de la CEDH.

Dans la **loi suisse sur l'asile**, l'art. 31a LAsi prévoit la possibilité de ne pas entrer en matière sur une demande d'asile si le demandeur peut retourner dans un État tiers jugé sûr par le Conseil fédéral (art. 6a, al. 2, let. b, LAsi) dans lequel il a séjourné auparavant (art. 31a, al. 1, let. a, LAsi) ou si un État tiers est tenu, du fait des accords internationaux, de se charger de la procédure d'asile (let. b). La let. b règle ainsi la possibilité de ne pas entrer en matière lorsque, en vertu du règlement Dublin III, la Suisse n'est pas compétente pour mener la procédure d'asile. La Suisse peut aussi refuser d'entrer en matière dans d'autres cas, moins importants en pratique, soit lorsqu'une personne a déjà séjourné dans un État tiers et qu'elle peut y retourner (let. c) ou lorsqu'elle peut poursuivre son voyage vers un État pour lequel elle possède un visa et dans lequel elle peut

171 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011.

172 *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, CourEDH, 4 novembre 2014.

demander protection (let. d). Le refus d'entrer en matière est aussi possible lorsque le demandeur peut poursuivre son voyage vers un État tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits (let. e). Les let. c à e ne sont pas applicables lorsque l'État tiers n'offre pas de protection effective contre le refoulement (art. 31a, al. 2, LAsi).

Selon la jurisprudence, la protection doit être efficace dans le cas d'espèce. Il est posé une présomption selon laquelle tous les États qui appliquent le règlement de Dublin et tous les États tiers désignés par le Conseil fédéral sont réputés sûrs. S'il veut renverser cette présomption, le demandeur d'asile doit satisfaire à des exigences élevées en matière de présentation du risque, à moins que des rapports soient à même de le faire. Lorsque la présomption de sécurité ne s'applique pas, ou plus entièrement, l'ODM et le Tribunal administratif fédéral ont l'obligation de se livrer à un examen minutieux du cas d'espèce pour établir si une interdiction du refoulement s'applique<sup>173</sup>.

S'agissant des procédures Dublin, le Tribunal administratif fédéral a établi<sup>174</sup> qu'il y a obligation d'exercer la clause de souveraineté (consid. 5), découlant de l'art. 29a, al. 3, OA 1, lorsqu'un obstacle s'oppose au transfert. La présomption de sécurité, qui s'applique par principe à tous les États Dublin, peut être renversée lorsqu'un de ces États viole systématiquement ses engagements (comme il en va de la Grèce) ou lorsqu'il existe en l'espèce des indices concrets permettant de conclure que les autorités de l'État compétent ne respecteraient pas le droit international (appréciation au cas par cas, consid. 7.4 et 7.5).

### 3.1.8. L'exclusion de la protection internationale

**Droit de l'UE :** Les articles 12 et 17 de la directive « qualification », qui reprennent l'article premier, section F, de la Convention de Genève de 1951 contiennent des dispositions excluant du bénéfice de la protection internationale les personnes qui ne la méritent pas. Il s'agit des personnes soupçonnées d'avoir commis au moins l'un des actes suivants :

- un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ;
- un crime grave de droit commun commis en dehors du pays d'accueil avant d'être admis comme réfugié ;

<sup>173</sup> TAF, arrêt du 9 octobre 2013, E-2093/2012 (Hongrie).

<sup>174</sup> ATAF 2010/45.

- un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies.

Avant d'examiner si une personne est exclue de la protection internationale, il faut vérifier si elle remplit les conditions pour en bénéficier. Les personnes concernées par les clauses d'exclusion ne sont pas considérées comme des réfugiés ni comme des personnes ayant droit à une protection subsidiaire.

Exemple : dans l'affaire *B et D*<sup>175</sup>, la CJUE a fourni des indications relatives aux modalités d'application des clauses d'exclusion. Elle a dit que le fait que la personne concernée en l'espèce ait appartenu à une certaine organisation et soutenu activement la lutte armée menée par cette organisation ne constituait pas automatiquement une raison sérieuse de penser que cette personne avait commis « *un crime grave de droit commun* » ou « *des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* » (ces deux motifs l'auraient exclue de la protection conférée par le statut de réfugié), et que le constat, dans un tel contexte, qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'une personne a commis un tel crime ou s'est rendue coupable de tels agissements était subordonné à une appréciation au cas par cas de faits précis effectuée en vue de déterminer si des actes commis par l'organisation remplissaient les conditions prévues par ces dispositions et si une responsabilité individuelle dans l'accomplissement de ces actes pouvait être imputée à la personne concernée, compte tenu du niveau de preuve requis par l'article 12, paragraphe 2, de la directive. La Cour a dit également que l'exclusion du statut de réfugié ne dépendait pas du fait que la personne concernée représente un danger actuel pour l'État membre d'accueil ni d'un examen de proportionnalité au regard du cas d'espèce.

**CEDH** : Étant donné que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue, quels qu'aient été les agissements de la victime, la nature de l'infraction qu'elle est accusée d'avoir commise est dénuée de pertinence aux fins de l'appréciation de la situation au regard de l'article 3 de la CEDH. Par conséquent, il n'est pas possible de tenir compte des agissements du demandeur, aussi indésirables ou dangereux soient-ils.

175 CJUE, affaires jointes C-57/09 et C-101/09, *Bundesrepublik Deutschland c. B et D*, 9 novembre 2010.

Exemple : dans l'affaire *Saadi c. Italie*<sup>176</sup>, où le requérant, poursuivi en Italie pour participation au terrorisme international, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion vers la Tunisie, la CourEDH a réaffirmé le caractère absolu de l'interdiction de la torture en vertu de l'article 3. Elle a conclu que l'intéressé courrait un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 s'il était renvoyé vers la Tunisie. Elle a rappelé que les agissements du requérant et la gravité des faits qui lui sont reprochés étaient dépourvus de pertinence pour l'examen sous l'angle de l'article 3.

Le **droit suisse** comprend, aux art. 53 et 54 LAsi, des normes s'opposant à l'octroi du statut de réfugié. Ces normes sont plus strictes que les motifs d'exclusion de la Convention relative au statut des réfugiés, (ou que la directive « qualification » relevant du droit de l'Union européenne, qui reprend ces motifs d'exclusion). Il s'agit d'une part de motifs subjectifs survenus après la fuite, aux termes de l'art. 54 LAsi, et d'autre part de l'indignité visée à l'art. 53 LAsi (pour autant qu'elle ne tombe pas sous le coup de la Convention de Genève de 1951). Ce dernier cas concerne les demandeurs qui se sont rendus coupables d'actes répréhensibles<sup>177</sup> ou ont porté atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. En raison de ces normes, des réfugiés au sens du droit international peuvent avoir deux statuts en Suisse : soit le statut de réfugié, soit celui de personne admise à titre provisoire en tant que réfugié. Ce dernier statut est nettement moins favorable (notamment en matière de regroupement familial), ce qui ne manque pas de poser des problèmes par rapport à la Convention de Genève de 1951.

Lorsqu'elle examine les motifs d'exclusion, la jurisprudence suisse s'inspire fortement de l'art. 1 F de la Convention relative au statut des réfugiés, qui, à son avis, se retrouve dans l'art. 53 LAsi. Les exigences que le Tribunal administratif fédéral pose en matière de responsabilité individuelle, de preuves et de « raisons sérieuses » sont ainsi très similaires à celles de la jurisprudence de la CJUE relative aux motifs d'exclusion énoncés par la directive « qualification ».

Dans son arrêt *ATAF 2013/36*, le Tribunal a, par exemple, établi que l'exclusion qui se fonde sur le seul grade ou la seule fonction assumée par une personne dans une organisation qui a commis des crimes contre l'humanité (le parti Baas, en l'espèce), sans examiner en détail l'activité concrète du demandeur d'asile, n'est pas

176 *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, CourEDH, 28 février 2008, para. 138 ; *Ismoilov et autres c. Russie*, n° 2947/06, CourEDH, 24 avril 2008, para. 127 ; *Ryabikin c. Russie*, n° 8320/04, CourEDH, 19 juin 2008.

177 S'agissant de la délimitation des actes répréhensibles au sens de l'art. 53 LAsi par rapport au crime grave de droit commun de l'art. 1 F, let. b, Convention relative au statut des réfugiés, voir l'ATAF 2011/29, consid. 9.

suffisante pour conclure à l'existence de « raisons sérieuses » permettant de soupçonner l'implication dans un acte visé par la clause d'exclusion.

Dans ses arrêts de principe relatifs à l'application de la clause d'exclusion de l'art. 1 F, let. c, de la Convention de Genève de 1951 (ATAF 2010/44) et à l'exclusion de l'asile pour crimes contre l'humanité en vertu de l'art. 1 F, let. a, de la Convention de Genève de 1951 (ATAF 2010/43), le Tribunal administratif fédéral a rappelé l'importance de l'appréciation au cas par cas et les exigences élevées qui doivent être satisfaites en matière de preuve pour que l'on admette un motif d'exclusion de la qualité de réfugié. Il a par ailleurs précisé qu'il appartient à l'autorité d'apporter les preuves requises et que les clauses d'exclusion doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.

### 3.1.9. La cessation de la protection internationale

**Droit de l'UE :** Lorsque le risque recule dans un pays, les articles 11 et 16 de la directive « qualification » autorisent la levée de la protection internationale. Ils correspondent aux clauses de cessation de l'article premier, section C, de la Convention de Genève de 1951.

Exemple : l'affaire *Salahadin Abdulla et autres*<sup>178</sup> concernait la cessation du statut de réfugié accordé par l'Allemagne à certains ressortissants irakiens, en raison de l'amélioration de la situation dans leur pays d'origine. La CJUE a dit que, aux fins de l'application de l'article 11 de la directive « qualification », une personne perd son statut de réfugié dès lors qu'un changement de circonstances ayant un caractère significatif et non provisoire est intervenu dans le pays tiers concerné, de sorte que les raisons de la crainte à la suite desquelles elle a obtenu le statut de réfugié ont cessé d'exister et qu'elle n'a pas d'autres raisons de craindre d'être « persécutée ». Elle a précisé que, aux fins de l'appréciation d'un changement de circonstances, l'État doit vérifier, au regard de la situation individuelle du réfugié, que le ou les acteurs de la protection ont pris des mesures raisonnables pour empêcher la persécution, qu'ils disposent, notamment, d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution, et que le ressortissant intéressé aura accès à cette protection en cas de cessation de son statut de réfugié.

178 CJUE, affaires jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Salahadin Abdulla et autres c. Bundesrepublik Deutschland*, 2 mars 2010, Recueil 2010, p. I-01493.

Le statut d'un réfugié ou d'un bénéficiaire de la protection subsidiaire qui a été victime de graves préjudices dans le passé sera maintenu en cas de changement de circonstances si l'intéressé peut invoquer des raisons impérieuses pour refuser de se réclamer de la protection de son pays d'origine (directive « qualification », articles 11 et 16).

**CEDH :** Il n'existe pas dans la Convention de clauses de cessation. La CourEDH examine plutôt les conséquences prévisibles de l'éloignement auquel les autorités souhaitent procéder. La situation précédemment observée dans l'État de destination peut être utile pour fournir un éclairage sur la situation actuelle, mais c'est sur la seconde que doit être fondée l'évaluation du risque<sup>179</sup>. Pour apprécier la situation, la CourEDH s'appuie sur les rapports gouvernementaux pertinents ainsi que sur les informations fournies par le HCR et par diverses organisations non gouvernementales internationales, telles que Human Rights Watch ou Amnesty International.

Exemple : la CourEDH a procédé en plusieurs occasions à l'évaluation du risque auquel auraient été exposés de jeunes hommes tamouls en cas de retour au Sri Lanka, à différentes périodes pendant le long conflit qui a fait rage sur place et à la suite de l'arrêt des hostilités. Elle a examiné l'évolution des conditions générales dans le pays et les facteurs de risque liés à la situation locale qui étaient susceptibles de toucher les personnes concernées à la date prévue d'exécution de la mesure d'éloignement<sup>180</sup>.

En **droit suisse**, l'art. 63, al. 1, let. b, LAsi renvoie aux clauses de cessation de la protection énoncées à l'art. 1 C, para. 1 à 6, de la Convention de Genève de 1951, qui peuvent donc entrer en ligne de compte pour révoquer l'asile. Dans la jurisprudence, la question principale qui se pose est celle de savoir si une personne qui retourne dans son pays d'origine pour des raisons de santé ou de famille s'est placée sous la protection de celui-ci. Dans son arrêt ATAF 2010/17, le Tribunal administratif fédéral a formulé trois conditions pour que l'on puisse conclure que le réfugié s'est réellement placé sous cette protection : le caractère volontaire du contact établi avec le pays d'origine, l'intention de se réclamer de sa protection et l'octroi d'une protection réelle par ce pays.

179 *Tomic c. Royaume-Uni* (déc.), n° 17837/03, CourEDH, 14 octobre 2003 ; *Hida c. Danemark* (déc.), n° 38025/02, CourEDH, 19 février 2004.

180 *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n°s 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, CourEDH, 30 octobre 1991 ; *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, CourEDH, 17 juillet 2008.

En septembre 2014, le Tribunal administratif fédéral a examiné le motif d'exclusion constitué par l'acquisition d'une nouvelle nationalité dans le contexte du conflit entre la Serbie et le Kosovo<sup>181</sup>. Il a considéré que cette acquisition représente un motif d'exclusion lorsque la personne en question bénéficie aussi de la protection de ce pays. Le recourant s'était rendu plusieurs fois au Kosovo et possédait également un passeport de ce pays, circonstances suffisantes pour que la Cour juge licite la révocation de l'asile.

La jurisprudence suisse fait preuve d'une grande réserve dans l'application de la clause de cessation en raison de l'évolution de la situation et de son corollaire, la disparition des circonstances qui ont justifié l'octroi de l'asile (art. 1 C, para. 5, Convention de Genève). Elle préfère d'habitude procéder à une appréciation au cas par cas plutôt que d'examiner la disparition généralisée du danger de persécution, qui justifierait la fin de la protection. La situation générale joue un rôle plus important dans la révocation de l'admission provisoire, qui fait l'objet d'un réexamen périodique (cf. art. 84, al. 1, LETr). À noter dans ce contexte que la clause d'exception pour « raisons impérieuses fondées sur des persécutions antérieures », qui plaide contre le renvoi dans le pays d'origine en dépit de la disparition du danger de persécution, joue déjà un rôle dans la procédure de reconnaissance. Dans ces cas, il est possible de « continuer à considérer comme pertinentes en droit de l'asile » les persécutions antérieures qui peuvent en conséquence justifier l'octroi de l'asile, par exemple à une victime d'un viol ayant subi de graves traumatismes<sup>182</sup>.

## 3.2. Les expulsions collectives

Tant le droit de l'UE que le droit issu de la CEDH interdisent les expulsions collectives. On entend par expulsion collective toute mesure d'éloignement forcé d'un groupe d'individus d'un territoire ou d'un pays qui ne repose pas sur un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chaque individu<sup>183</sup>.

**Droit de l'UE :** Les expulsions collectives sont contraires à l'article 78 du TFUE, qui dispose que l'acquis communautaire en matière d'asile doit être conforme aux « *autres traités pertinents* ». Elles sont en outre interdites par l'article 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

181 TAF, arrêt du 2 septembre 2014, D-6063/2010.

182 Cf. ATAF 2007/31, consid. 5.4.

183 Pour plus d'informations, voir CourEDH, « Les expulsions collectives », fiche thématique, juin 2012, document disponible sous la rubrique « Fiches thématiques » à l'adresse suivante : [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

**CEDH** : L'article 4 du Protocole n° 4 interdit les expulsions collectives.

Exemple : dans l'affaire *Čonka c. Belgique*<sup>184</sup>, la CourEDH a jugé que l'éloignement d'un groupe de demandeurs d'asile roms constituait une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la CEDH. Elle a estimé qu'il n'était pas établi que la situation de chacun des membres du groupe expulsé ait fait l'objet d'un examen individuel. Elle a précisé que ses doutes se trouvaient renforcés par le fait que préalablement à l'opération litigieuse les instances politiques avaient annoncé la mise en œuvre d'expulsions collectives et donné des instructions à l'administration compétente en vue de leur réalisation ; que tous les intéressés avaient été convoqués simultanément au commissariat ; que les ordres de quitter le territoire et les motifs d'arrestation avaient été libellés en des termes identiques ; que les intéressés n'avaient pas pu prendre contact avec un avocat ; et que la procédure d'asile n'était pas encore terminée.

Exemple : dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*<sup>185</sup>, la CourEDH a conclu que les autorités italiennes avaient enfreint l'article 4 du Protocole n° 4 en refoulant une embarcation de demandeurs d'asile potentiels. Elle a précisé que l'interdiction d'expulsion s'appliquait également aux mesures prises en haute mer. Dans cette affaire, elle a tenu compte des dispositions du droit international et du droit de l'UE relatives aux interventions en mer et aux obligations des garde-côtes et des navires battant pavillon, y compris dans les eaux internationales relevant de la juridiction de l'État au sens de l'article 1 de la CEDH.

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*<sup>186</sup>, la CourEDH a condamné l'Italie pour avoir renvoyé quatre ressortissants afghans du port d'Ancône vers la Grèce, violant ainsi l'interdiction des expulsions collectives. L'Italie avait en effet refoulé les recourants directement d'Ancône en Grèce, sans les identifier, sans leur fournir un interprète et sans engager une procédure Dublin. La Cour a vu dans l'absence d'une procédure conforme au droit une violation de l'interdiction des expulsions collectives.

184 *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CourEDH, 5 février 2002. Voir également CourEDH, *M.A. c. Chypre*, n° 41872/10, 23 juillet 2013, affaire dans laquelle la CourEDH a conclu à la non-violation de l'article 4 du Protocole n° 4.

185 *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CourEDH, 23 février 2012.

186 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, CourEDH, 21 octobre 2014.

Exemple : dans l'affaire *Sultani c. France*<sup>187</sup>, le requérant, qui s'était vu refuser l'asile en France, se plaignait de la façon dont il devait être renvoyé vers l'Afghanistan. Il soutenait que l'éloigner dans le cadre d'un renvoi aérien groupé aurait constitué une expulsion collective interdite par l'article 4 du Protocole n° 4. La CourEDH a rappelé qu'il fallait entendre par expulsion collective toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure était prise sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui formaient le groupe, et qu'ainsi, le fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ou soient déplacés en groupe pour des raisons pratiques ne permettait pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective lorsque chaque intéressé avait pu individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion, ce qui avait été le cas pour le requérant.

Les expulsions collectives sont également contraires à la Charte sociale européenne (CSE) et à son article 19, paragraphe 8, sur les garanties contre les expulsions.

Dans sa décision sur l'affaire *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France*<sup>188</sup>, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a dit que les décisions administratives ordonnant, pendant la période considérée, à des Roms d'origine roumaine ou bulgare de quitter le territoire français, alors qu'ils en étaient résidents, étaient contraires à la Charte car elles n'étaient pas fondées sur un examen de la situation individuelle des Roms, ne respectaient pas le principe de proportionnalité et présentaient un caractère discriminatoire dès lors qu'elles ciblaient la communauté rom. Il a conclu à la violation de l'article E (non-discrimination) combiné avec l'article 19, paragraphe 8, de la CSE.

Si la Suisse n'a pas ratifié le Protocole n° 4 à la CEDH et si l'interdiction des expulsions collectives n'est pas formellement inscrite en **droit suisse**, il n'existe toutefois pas non plus de base légale permettant de réaliser de telles expulsions au départ de la Suisse. De sorte qu'il faut procéder à un examen de la situation individuelle pour déterminer si le principe de non-refoulement s'applique.

187 *Sultani c. France*, n° 45223/05, CourEDH, 20 septembre 2007.

188 CEDS, *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France*, réclamation n° 64/2011, décision sur le bien-fondé, 22 janvier 2012.

### 3.3. Les obstacles à l'expulsion fondés sur d'autres motifs ayant trait aux droits de l'homme

Il est reconnu tant dans le droit de l'UE que dans le droit issu de la CEDH qu'il peut y avoir des obstacles à l'expulsion fondés sur des motifs ayant trait à des droits de l'homme qui ne sont pas absolus mais pour lesquels il faut ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts de la personne concernée. Parmi ces droits on trouve essentiellement le droit à la vie privée et familiale, dans le cadre duquel peuvent s'appliquer des considérations tenant à l'état de santé de la personne (y compris son intégrité physique et morale), à l'intérêt supérieur de l'enfant, à la nécessité de préserver l'unité familiale ou aux besoins particuliers des personnes vulnérables.

**Droit de l'UE :** Lorsqu'ils mettent en œuvre les procédures de retour, les États doivent tenir dûment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vie familiale, de l'état de santé de la personne concernée et du principe de non-refoulement (article 5 de la directive « retour »).

**CEDH :** Les États ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des ressortissants étrangers, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux y compris la Convention. Il existe une jurisprudence abondante sur les circonstances dans lesquelles des droits non absolus peuvent faire obstacle à l'éloignement. Ces droits sont ceux dont l'exercice est soumis à certaines conditions (articles 8 à 11 de la CEDH). Le droit au respect de la vie privée et vie familiale protégé par l'article 8 de la CEDH est souvent invoqué à titre d'obstacle à l'expulsion dans les affaires où il n'y a pas de risque de traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3. Le respect de ce droit est abordé à la section 5.2.

La présence d'obstacles à l'éloignement peut aussi être envisagée lorsqu'il est allégué qu'il y aurait violation flagrante des articles 5 ou 6 de la CEDH dans le pays de destination, notamment lorsque la personne concernée risque d'être soumise à une détention arbitraire sans être traduite en jugement, d'être emprisonnée pendant une longue durée après avoir été condamnée à l'issue d'un procès manifestement inéquitable ou d'être victime d'un déni de justice flagrant en attendant son procès. En pareil cas, la charge de la preuve incombe au requérant et un seuil élevé s'applique<sup>189</sup>.

189 *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CourEDH, 17 janvier 2012, para. 233.

Exemple : dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*<sup>190</sup>, la CourEDH a examiné le point de savoir s'il y aurait eu un risque réel de déni de justice flagrant au regard de l'article 6 de la CEDH en cas d'extradition des requérants vers l'Ouzbékistan.

Exemple : dans l'affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*<sup>191</sup>, la CourEDH a conclu, sur le terrain de l'article 6 de la CEDH, que le requérant ne pouvait pas être expulsé vers la Jordanie car des éléments de preuve obtenus par la torture pratiquée sur des tiers seraient vraisemblablement utilisés lors de son nouveau procès.

Exemple : dans une affaire nationale, *EM (Liban)*, la Chambre des Lords du Royaume-Uni a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la proportionnalité en cas de violation manifeste de droits conditionnels (non absolus) – tels que celui que protège l'article 8 de la CEDH – touchant l'essence même du droit en question<sup>192</sup>.

**CSE :** L'article 19, paragraphe 8, interdit l'expulsion de travailleurs migrants résidant légalement sur le territoire d'un État partie à la Charte, sauf dans les cas où ils menacent la sécurité nationale ou contreviennent à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Le CEDS a dit notamment que, dès lors qu'un État a octroyé le droit de séjour au conjoint et/ou aux enfants d'un travailleur migrant, la perte par le migrant de son propre droit de séjour ne peut avoir d'incidence sur les droits de séjour autonomes des membres de sa famille pendant toute la durée de validité de ce droit.

Les ressortissants étrangers séjournant depuis suffisamment longtemps sur le territoire d'un État, que ce soit en situation régulière ou avec l'acceptation tacite par les autorités de leur situation irrégulière en vue de répondre aux besoins du pays d'accueil, devraient se voir appliquer les règles qui protègent déjà d'autres étrangers contre l'expulsion<sup>193</sup>.

Dans la **jurisprudence suisse**, les recours formés contre une décision de renvoi (rendue en règle générale contre un délinquant) qui invoquent un manquement à l'art. 8 de la CEDH sont le cas de figure le plus fréquent, exception faite de l'admission provisoire

190 *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, CourEDH, 4 février 2005.

191 *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CourEDH, 17 janvier 2012.

192 Royaume-Uni, *EM (Liban) c. Secretary of State For The Home Department*, [2008] UKHL 64.

193 CEDS, Conclusions 2011, Introduction générale, janvier 2012, Déclaration d'interprétation relative à l'article 19, paragraphe 8.

prononcée lorsque l'exécution du renvoi ne peut être raisonnablement exigée, dont il a déjà été question (voir la section 3.1.3). Dans ces cas, les recourants font valoir le droit à la vie privée et familiale, également garanti par l'art. 13 Cst. Nous observons que les tribunaux prennent de plus en plus en considération la situation des enfants de la personne renvoyée, le bien de l'enfant revêtant toujours davantage d'importance. Jusqu'à présent, ils procèdent, pour chaque cas, à la pesée des intérêts en présence, une pratique remise en question par l'application de l'initiative populaire sur le renvoi.

Exemple: dans l'affaire *M.P.E.V. et autres c. Suisse*<sup>194</sup>, la CourEDH, considérant que le renvoi d'un père (séparé de la mère) était disproportionné, a conclu que la Suisse avait enfreint l'art. 8 CEDH. Le recourant, qui entretenait des liens très étroits avec sa fille mineure, avait subtilisé 1465 objets (surtout des bijoux en or) provenant de divers cambriolages, selon les faits établis par le Tribunal administratif fédéral, qui avait rejeté sa demande d'autorisation de séjour en raison de ces infractions.

Exemple: dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*<sup>195</sup>, la CourEDH a estimé que la séparation possible des huit membres d'une famille afghane après leur transfert en Italie dans une procédure Dublin constituait un fait à examiner à la lumière de l'art. 3 CEDH. Il ne s'agissait non pas d'examiner si une séparation de la famille par les autorités suisses aurait violé leur droit à l'unité familiale mais s'il était inhumain d'expulser la famille vers l'Italie sachant qu'elle risquait d'y vivre dans de mauvaises conditions et notamment d'y être séparée.

## 3.4. Les ressortissants de pays tiers mieux protégés contre l'éloignement

**Droit de l'UE :** Certaines catégories de ressortissants de pays tiers, autres que ceux qui ont besoin d'une protection internationale sont mieux protégés contre l'éloignement. Il s'agit, entre autres, des titulaires du statut de résident de longue durée, des ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE/de l'UE qui a exercé son droit à la libre circulation, et des ressortissants turcs.

**En Suisse,** la protection accrue contre les expulsions ne découle pas au premier chef de la nationalité (les ressortissants turcs, par exemple, ne bénéficient d'aucun privilège en Suisse, contrairement à ce qui se passe dans l'Union européenne), mais est conférée soit

194 *M.P.E.V. et autres c. Suisse*, n° 3910/13, CourEDH, 8 juillet 2014.

195 *Tarakhel c. Suisse [GC]*, n° 29217/12, CourEDH, 4 novembre 2014.

par l'autorisation d'établissement régie par le droit national, soit par l'applicabilité de l'ALCP à la personne qui l'invoque.

### 3.4.1. Les résidents de longue durée

Les résidents de longue durée sont mieux protégés contre les expulsions. Les États membres ne peuvent prendre une décision d'éloignement à leur encontre que lorsqu'ils représentent une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique<sup>196</sup>.

**La Suisse** ne connaît pas le statut de résident de longue durée. Toutefois, l'autorisation d'établissement offre une protection accrue contre les expulsions tout à fait comparable à celle de ce statut. Elle est octroyée inconditionnellement pour une durée indéterminée et ne peut être révoquée que dans des circonstances particulières. À son art. 63, la LEtr prévoit ainsi des conditions plus strictes pour la révocation de l'autorisation d'établissement que pour celle de tous les autres permis qu'elle régit (art. 62 LEtr) (voir la section 5.4).

Des conditions plus strictes encore s'appliquent à la révocation de l'autorisation de personnes qui séjournent en Suisse légalement et sans interruption depuis plus de quinze ans (art. 63, al. 2, LEtr). Il n'est, dans ces cas, pas possible de retirer l'autorisation en raison d'une dépendance envers l'aide sociale (sur la protection accrue des personnes établies, voir aussi les sections 2.6 et 5.4).

### 3.4.2. Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ou de la Suisse

Tous les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE – y compris les membres de la famille d'un citoyen de l'UE ayant exercé son droit à la libre circulation – bénéficient d'un droit de séjour découlant des dispositions de l'UE qui garantissent la libre circulation. En vertu de la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE), les ressortissants de pays tiers ayant de tels liens familiaux sont mieux protégés contre les expulsions que les autres catégories de ressortissants de pays tiers : l'article 28 de cette directive prévoit qu'ils ne peuvent être expulsés que

<sup>196</sup> Article 12 de la Directive 2003/109/CE du Conseil, JO 2003 L 16, p. 44.

pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique<sup>197</sup>. Dans le cas des résidents permanents, l'expulsion doit être fondée sur des « *raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique* ». En vertu de l'article 27, paragraphe 2, les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent respecter le principe de proportionnalité et être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné, qui doit représenter « *une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* »<sup>198</sup>. Les États doivent notifier leurs décisions aux personnes concernées, et leur préciser les motifs sur lesquelles elles se fondent (article 30).

Exemple: Dans l'affaire *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*<sup>199</sup>, la CJUE était appelée à préciser l'interprétation à donner à l'article 30, paragraphe 2, de la directive relative à la liberté de circulation, qui imposent aux autorités d'informer les personnes concernées des motifs qui sont à la base d'une décision de refuser le droit de résidence, à moins que des motifs relevant de la sûreté de l'État ne s'y opposent. Pour déterminer si les autorités pouvaient s'abstenir de divulguer certaines informations en invoquant la sûreté de l'État, la CJUE a estimé qu'il était nécessaire de mettre en balance la sûreté de l'État et les exigences du droit à une protection judiciaire effective découlant de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Elle a conclu que la juridiction appelée à contrôler une décision de non-divulgaration par l'autorité nationale compétente à l'intéressé des motifs précis et complets sur lesquels est fondée une décision de refus doit avoir compétence pour veiller à ce que la non-divulgaration soit limitée au strict nécessaire et à ce que soit communiquée à l'intéressé, en tout état de cause, la substance desdits motifs d'une manière qui tienne dûment compte de la confidentialité nécessaire des éléments de preuve.

197 En septembre 2013, il n'existe pas de jurisprudence de la CJUE concernant des ressortissants de pays tiers. Pour consulter des affaires relatives aux citoyens de l'Union dans le cadre desquelles la Cour a interprété la notion de « *raisons impérieuses de sécurité publique* » au sens de l'article 28, paragraphe 3, voir : CJUE, affaire C-348/09, *Pl. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, 22 mai 2012, paras. 39-56 ; CJUE, affaire C-145/09, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, 23 novembre 2010, Recueil 2010, p. I-11979, paras. 20 à 35.

198 En matière de jurisprudence sur l'article 27 de la Directive 2004/38/CE relative à la notion d'« *ordre public* », voir : CJUE, affaire C-434/10, *Petar Aladzov c. Zamestnik director na Stolichna direksia na vateshnite raboti kam Ministerstvo na vateshnite raboti*, 17 novembre 2011 ; CJUE, affaire C-430/10, *Hristo Gaydarov c. Director na Glavna direksia "Ohranitelna politsia" pri Ministerstvo na vateshnite raboti*, 17 novembre 2011. Concernant la notion de « *menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* », voir CJCE, affaires jointes C-482/01 et C-493/01, *Georgios Orfanopoulos et autres et Raffaele Oliveri c. Land Baden-Württemberg*, 29 avril 2004, Recueil 2004, p. I-05257, paras. 65 à 71.

199 CJUE, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*, affaire C-300/11, 4 juin 2013.

Pour les ressortissants suisses, le fondement juridique de la protection contre les expulsions se trouve à l'article 5 de l'annexe I à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes. En vertu de cette disposition, les droits octroyés au titre de cet accord ne peuvent être limités que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique<sup>200</sup>.

Les membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE ayant exercé ses droits à la libre circulation sont protégés en cas de décès, de divorce ou de départ du ressortissant (articles 12 et 13 de la directive relative à la liberté de circulation). Dans certains cas particuliers, les ressortissants de pays tiers peuvent aussi être protégés contre les expulsions en vertu de l'article 20 du TFUE (voir la section 5.2)<sup>201</sup>.

Le statut dont bénéficient les ressortissants suisses dans l'UE s'applique aussi aux ressortissants d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE qui résident **en Suisse** et aux membres de leur famille qui ont exercé leur droit à la libre circulation : cette réciprocité se fonde sur l'art. 5 de l'annexe I à l'ALCP, de sorte que l'expulsion n'est possible que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. L'autorité doit procéder à une interprétation stricte de ces notions. En particulier, l'ALCP interdit les expulsions et interdictions d'entrée systématiques fondées sur les seules infractions commises par les personnes pouvant invoquer la libre circulation et les membres de leur famille qui en bénéficient. L'autorité doit dès lors se livrer dans chaque cas à un examen de la proportionnalité qui prenne notamment en considération la situation familiale des personnes concernées. Dans ces circonstances, les modalités d'application de l'initiative sur le renvoi (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) – qui demande l'expulsion systématique pour certaines infractions – restent à déterminer.

200 L'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, qui a été signé à Luxembourg le 21 juin 1999, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 (JO 2002 L 114/6).

201 Pour consulter une affaire dans laquelle la protection a été accordée, voir CJUE, affaire C-34/09 Recueil 2011, p. I-01177, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 mars 2011. Pour consulter une affaire dans laquelle la protection n'a pas été accordée, voir CJUE, affaire C-256/11, *Murat Dereci et autres (citoyenneté européenne)*, 15 novembre 2011 ; et CJUE, C-87/12, *Ymeraga et autres c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 8 mai 2013 ; voir aussi CJUE, affaire C-40/11, *lida c. Stadt Ulm*, 8 novembre 2012.

### 3.4.3. Les ressortissants turcs

En droit de l'UE, l'article 14, paragraphe 1, de la décision du Conseil d'association 1/80 prévoit que les ressortissants turcs exerçant des droits en vertu de l'accord d'Ankara ne peuvent être expulsés que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. La CJCE a dit que les critères s'appliquant aux ressortissants de l'EEE devaient être utilisés pour l'examen des décisions d'expulsion des citoyens turcs qui ont un domicile fixe et permanent dans l'un des États membres de l'UE. Le droit de l'UE interdit d'expulser des ressortissants turcs sur la base exclusive de motifs de prévention générale, notamment dans un but de dissuasion d'autres ressortissants étrangers, ou de manière automatique à la suite d'une condamnation pénale. Selon la jurisprudence établie, les dérogations au principe fondamental de la libre circulation des personnes, y compris au titre de l'ordre public, doivent être d'interprétation stricte pour que leur champ d'application ne puisse pas être déterminé de manière unilatérale par les États membres de l'UE<sup>202</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Nazli*<sup>203</sup>, la CJCE a conclu qu'un ressortissant turc ne pouvait pas être expulsé dans un but de dissuasion générale à l'égard d'autres étrangers, mais que l'expulsion devait être fondée sur des critères identiques à ceux justifiant l'expulsion de ressortissants de l'EEE. Elle a établi un parallèle avec les principes consacrés dans le domaine de la libre circulation des travailleurs ressortissants d'un État membre. Sans minimiser la menace pour l'ordre public que représente l'usage de stupéfiants, elle a conclu, sur la base de ces principes, que l'existence d'une condamnation pénale ne pouvait justifier l'expulsion d'un ressortissant turc bénéficiant d'un droit accordé par la décision du Conseil d'association que lorsque le comportement personnel de l'intéressé donnait concrètement à penser qu'il commettrait dans l'État membre d'accueil d'autres infractions graves de nature à troubler l'ordre public.

Exemple : dans l'affaire *Polat*<sup>204</sup>, la CJCE a dit que les mesures autorisant l'apport aux droits conférés aux ressortissants turcs de restrictions motivées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique (article 14 de la décision du Conseil d'association) devaient être fondées exclusivement sur le comportement

202 CJCE, affaire C-36/75, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 28 octobre 1985, Recueil 1985, p. I-01219, paragraphe 27 ; CJCE, affaires jointes C-482/01 et C-493/01, *Orfanopoulos et Oliveri*, 11 septembre 2003, Recueil 2003, p. I-05257, para. 67.

203 CJCE, affaire C-340/97, *Ömer Nazli, Çağlar Nazli et Melike Nazli c. Stadt Nürnberg*, 10 février 2000, Recueil 2000, p. I-00957.

204 CJCE, affaire C-349/06, *Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim*, 4 octobre 2007, Recueil 2007, p. I-08167.

personnel de l'intéressé, et que l'existence de plusieurs condamnations pénales dans l'État membre d'accueil ne pouvait motiver ces mesures que pour autant que le comportement de l'intéressé constituait une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société. Elle a précisé qu'il appartenait à la juridiction nationale de vérifier si tel était le cas.

En Suisse, le droit des étrangers n'accorde pas de statut particulier aux ressortissants turcs, qui sont traités comme les ressortissants des autres pays tiers (voir la section 2.7).

## Points clés

- Il existe des obstacles absolus, quasi absolus et non absolus à l'éloignement (introduction du présent chapitre).
- L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 de la CEDH est absolue. Les personnes courant un risque réel de traitement contraire à l'article 3 dans leur pays de destination ne doivent pas y être renvoyées, quels qu'aient été leurs agissements ou quelle que soit la gravité des faits qui leur sont reprochés. Les autorités doivent évaluer ce risque sans tenir compte de la possibilité que l'individu soit exclu de la protection accordée en vertu de la directive « qualification » ou de la Convention de Genève de 1951 (voir les sections 3.1.2 et 3.1.8).
- Le principe de non-refoulement prévu par la Convention de Genève de 1951 interdit de renvoyer des personnes vers un lieu où leur vie ou leur liberté serait menacée en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social particulier ou de leurs opinions politiques (voir la section 3.1).
- En droit de l'UE, toute mesure prise par un État membre en vertu de l'acquis de l'Union en matière d'asile ou de la directive « retour », y compris les mesures prises en vertu du règlement de Dublin, doit respecter le droit d'asile et le principe de non-refoulement (voir la section 3.1).
- Pour évaluer l'existence d'un risque réel, la CourEDH examine plus particulièrement les conséquences prévisibles de l'éloignement de la personne vers le pays de retour envisagé, en tenant compte de sa situation individuelle et de la situation générale dans le pays (voir les sections 3.1.4 et 3.3).
- Dans le système de la CEDH, il appartient en principe au demandeur d'asile d'étayer ses allégations. Il est souvent nécessaire de lui accorder le bénéfice du doute lorsque l'on apprécie la crédibilité de ses déclarations mais, lorsqu'il manque des informations ou que celles qui sont présentées donnent de bonnes raisons de douter de leur véracité, l'intéressé doit fournir une explication satisfaisante (voir la section 3.1.4).
- Une personne peut être exposée à un risque de traitements contraires au droit de l'UE ou à la CEDH dans le pays de destination même si ceux-ci n'émanent pas de l'État concerné mais plutôt d'acteurs non étatiques, de maladies ou du contexte humanitaire du pays (voir la section 3.1.2).
- Une personne qui risque de subir des traitements prohibés par le droit de l'UE ou par la CEDH si elle est renvoyée dans sa région d'origine dans le pays de destination peut se trouver à l'abri de ce risque dans une autre partie du pays (« protection à l'intérieur du pays ») (voir la section 3.1.6). L'État de destination peut également être en mesure de la protéger contre le risque (« protection suffisante »). L'État qui souhaite l'expulser peut alors conclure qu'elle n'a pas besoin d'une protection internationale (voir la section 3.1.5).
- Le droit de l'UE et la CEDH interdisent tous deux les expulsions collectives (voir la section 3.1).

- En droit de l'UE, les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille de ressortissants de l'EEE et qui répondent aux conditions requises ne peuvent être expulsés que pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique. Ces dérogations au principe selon lequel ils ne doivent pas être expulsés sont d'interprétation stricte et leur justification doit être fondée exclusivement sur le comportement personnel de l'intéressé (voir la section 3.4.2).
- Dans le **contexte suisse**, l'examen de la qualité de réfugié ressemble fortement à l'appréciation prévue par la directive « qualification ».
- Le droit suisse ignore l'institution de la protection subsidiaire. L'admission provisoire, prononcée lorsque le renvoi n'est pas licite, s'inspire largement de la jurisprudence de la CourEDH dans les affaires de renvoi.
- L'interdiction d'exécuter le renvoi lorsqu'il ne peut être raisonnablement exigé va au-delà des engagements qui découlent directement du droit international. Elle garantit par conséquent l'application d'une approche fondée sur les droits humains lors de l'exécution des renvois.
- En Suisse, la protection particulière contre le renvoi découle au premier chef de l'ALCP et profite donc aux ressortissants de pays membres de l'UE et de l'AELE et aux membres de leur famille qui bénéficient de la libre circulation. L'ALCP interdit d'expulser une personne sans avoir au préalable examiné au cas par cas la proportionnalité de cette mesure, une disposition source de difficultés pour la mise en œuvre de l'initiative populaire sur le renvoi.
- En Suisse, les ressortissants turcs ne bénéficient d'aucune protection particulière contre le renvoi.
- Le statut particulier des résidents de longue durée, régi par le droit de l'UE, n'existe pas en Suisse. Toutefois, l'autorisation d'établissement, octroyée inconditionnellement pour une durée indéterminée, offre elle aussi une protection accrue contre les expulsions.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.



# 4

## Les garanties procédurales et l'assistance judiciaire dans les affaires d'asile et de retour



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Procédures d'asile</b>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE*		Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31 Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure (OA 1), RS 142.311
<b>Droit à un recours effectif</b>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 47 (droit à un recours effectif et à un procès équitable)*	CEDH, art. 13 (droit à un recours effectif) CourEDH, <i>Abdolkhani et Karimnia c. Turquie</i> , 2009 (le recours interne doit permettre l'examen de la substance du grief)	Constitution fédérale (Cst.) RS 101, art. 29 et 29a
<b>Effet suspensif</b>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 46, para. 5 à 9*	CourEDH, <i>Gebremedhin [Gebremariam] c. France</i> , 2007 (effet suspensif du recours interne pour les demandes d'asile dans les zones de transit) CourEDH, <i>Hirsi Jamaa et autres c. Italie</i> , 2012 (absence d'effet suspensif des recours internes contre un « refoulement en mer » opéré par le personnel militaire)	Loi fédérale sur la procédure administrative (PA), RS 172.021, art. 55 al. 1 Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 107a

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Procédures d'asile accélérées</i>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 31, para. 8*	CourEDH, <i>I.M. c. France</i> , 2012 (garanties procédurales dans les procédures d'asile accélérées)	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 22 et 23 Ordonnance sur les phases de test (OTest), RS 142.318.1
<b>Procédures Dublin</b>		
Règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013) CJUE, affaire C-411/10, <i>N.S.</i> , 2011 CJUE, affaire C-245/11, <i>K.</i> , 2012	CourEDH, <i>M.S.S. c. Belgique et Grèce</i> , 2011 (transfert réalisé en vertu de la « procédure Dublin » vers un lieu où existait un risque de traitements dégradants)  CourEDH, <i>De Souza Ribeiro c. France</i> , 2012 (effet suspensif des griefs formulés sur le terrain de l'art. 8 CEDH)  CourEDH, <i>Tarakhel c. Suisse</i> , 2014 (dans certaines circonstances, il y a un devoir de garanties de l'État-hôte de se renseigner concernant l'hébergement des personnes vulnérables)	Accord d'association à Dublin (AAD), RS 0.142.392.68  Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 107a
<b>Procédure de retour</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE	CEDH, art. 13 (droit à un recours effectif)  CEDH, art. 1 du Protocole n° 7 (garanties procédurales en matière d'expulsion d'étrangers)  CourEDH, <i>C.G. et autres c. Bulgarie</i> , 2008 (absence de garanties procédurales dans une procédure d'expulsion)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 64-64f
<b>Assistance judiciaire</b>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 47 (droit à un recours effectif et à un procès équitable)*	CEDH, art. 13 (droit à un recours effectif)  CourEDH, <i>M.S.S. c. Belgique et Grèce</i> , 2011 (système d'aide juridictionnelle inefficace)	Constitution fédérale (Cst.) RS 101, art. 8 et 29  Loi fédérale sur la procédure administrative (PA), RS 172.021, art. 65

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Assistance judiciaire dans les procédures d'asile</b>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 20-22*	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 (*l'applicabilité directe en Suisse n'est pas clairement définie)	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 110a, art. 31a
<b>Assistance judiciaire en cas de décision de retour</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 13 (recours)	Comité des Ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, 4 mai 2005 (* l'applicabilité directe en Suisse n'est pas clairement définie)	Loi fédérale sur la procédure administrative (PA), RS 172.021, art. 65

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Le présent chapitre est consacré à la procédure d'examen des demandes de protection internationale (procédures d'asile) ainsi qu'aux procédures d'expulsion ou de retour. Il traite tout d'abord des exigences procédurales auxquelles les autorités responsables des décisions en matière d'asile et de retour doivent se conformer. Il examine ensuite le droit à un recours effectif contre ces décisions en répertoriant les principaux éléments nécessaires à l'effectivité du recours (voir également la section 1.8 sur les recours pouvant être formés dans le cadre de la gestion des frontières). Enfin, il aborde les questions relatives à l'assistance judiciaire. Le chapitre 7 portera sur la manière dont il est procédé à l'éloignement.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, les États ont l'obligation de procéder à un examen indépendant et rigoureux des allégations qui font apparaître des motifs sérieux de craindre un risque réel de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants en cas de retour. Certaines des exigences développées dans le cadre de la jurisprudence de la Cour ont été incluses dans la proposition modifiée de la directive sur les procédures d'asile révisée.

Tout au long du présent chapitre, le droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la CEDH sera comparé à celui, de portée plus large, prévu par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

En **droit suisse**, le droit à un recours effectif est garanti par l'art. 29a, al. 1, Cst.

## 4.1. Les procédures d'asile

En vertu tant du droit de l'UE que de celui issu de la CEDH, les demandeurs d'asile doivent avoir accès à des procédures effectives, y compris des voies de recours suspensives en cas de décision d'éloignement.

La directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE) de l'UE établit des normes très détaillées concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale. La directive s'applique aux demandes d'asile présentées sur le territoire des États membres de l'UE liés par elle, y compris les demandes introduites aux frontières, dans les eaux territoriales et dans les zones de transit (article 3).

La directive sur les procédures d'asile n'est pas applicable à la Suisse. Le **droit constitutionnel suisse** à une procédure effective est inscrit à l'art. 29 Cst., celui à un recours effectif à l'art. 29a Cst.

### 4.1.1. L'entretien, la procédure d'examen de la demande et la première prise de décision

**Droit de l'UE :** En vertu de l'article 6 de la directive sur les procédures d'asile, les demandeurs d'asile et les personnes à leur charge doivent avoir accès aux procédures d'asile (voir également la section 2.1). Ils sont autorisés à demeurer dans un État membre de l'UE jusqu'à ce qu'une décision ait été prise sur leur demande (article 9). Des exceptions peuvent être ménagées à ce droit en cas de demandes répétées (articles 9, paragraphe 2, et 41) et dans les affaires d'extradition. Les extraditions relevant de la décision-cadre du Conseil 2002/584/JHA relative au mandat d'arrêt européen sont assorties de garanties propres<sup>205</sup>.

205 CJUE, C-388/08, Recueil 2008, p. I-08993, *Leymann et Pustovarov*, 1<sup>er</sup> décembre 2008.

Un **entretien personnel** doit être accordé aux demandeurs (articles 14 et 15 de la directive sur les procédures d'asile)<sup>206</sup>. Il a lieu dans des conditions garantissant dûment la confidentialité, normalement hors de la présence des membres de la famille du demandeur. Il doit être mené par une personne compétente pour tenir compte de la situation personnelle et générale dans laquelle s'inscrit la demande, notamment l'origine culturelle, le genre ou l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou la vulnérabilité du demandeur. Il doit donner lieu à un rapport écrit mis à la disposition des intéressés (article 17). Les États membres veillent à ce que le demandeur ait la possibilité de faire des commentaires sur le rapport avant que l'autorité responsable ait pris une décision sur la demande (article 17). Les mineurs non accompagnés bénéficient de garanties particulières, dont le droit à un représentant (article 25). L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale (article 25, paragraphe 6 de la directive ; voir également le chapitre 9 du présent manuel). Pour plus d'informations sur l'assistance judiciaire, voir la section 4.5.

L'**examen d'une demande d'asile** doit respecter les exigences procédurales prévues par la directive sur les procédures d'asile ainsi que les exigences relatives à l'appréciation des éléments du dossier prévues par la directive « qualification » (article 4). Cet examen doit être effectué de manière individualisée, objective et impartiale, à l'aide d'informations actualisées (articles 10 de la directive sur les procédures d'asile et article 4 de la directive « qualification »). Selon l'article 10 de la directive sur les procédures d'asile, cet examen ne doit pas être automatiquement refusé par l'organe quasi-juridictionnel ou administratif responsable des décisions de première instance au seul motif que la demande n'a pas été présentée dans les plus brefs délais. L'article 12 de la directive sur les procédures d'asile prévoit que les demandeurs doivent être informés de la procédure à suivre et du calendrier dans une langue qu'ils comprennent ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent, bénéficier en tant que de besoin des services d'un interprète, pouvoir communiquer avec le HCR ou toute autre organisation qui fournit des conseils juridiques, avoir accès aux éléments dont il a été tenu compte pour prendre une décision sur leur demande, être avertis dans un délai raisonnable de la décision prise sur leur demande d'asile et être informés de la décision dans une langue qu'ils comprennent ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent. En vertu de l'article 13 de la directive, les requérants ont le devoir de coopérer avec les autorités.

Les demandeurs d'asile ont le droit de **retirer** leur demande d'asile. Les procédures de retrait doivent également respecter certaines règles de notification, dont l'obligation

206 Voir également CJUE, affaire C-277/11, *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland et Attorney General*, 22 novembre 2012, Recueil 2012.

d'avertir l'intéressé par écrit (articles 44 et 45 de la directive sur les procédures d'asile). Lorsqu'il existe un motif sérieux de penser qu'un demandeur a retiré implicitement sa demande ou y a renoncé implicitement, les autorités peuvent prendre la décision soit de clore l'examen de la demande, soit de la rejeter. En pareil cas, l'État doit prendre une décision de clôture de l'examen de la demande et consigner la mesure prise ou une décision de rejet de la demande (articles 27 et 28 de la directive sur les procédures d'asile).

**Les décisions relatives aux demandes d'asile** doivent être prises par l'autorité responsable dans les meilleurs délais et au plus tard dans les six mois, sauf dans les cas énumérés à l'article 31, paragraphes 3 et 4 de la directive sur les procédures d'asile, dans lesquels l'examen peut aller jusqu'à 21 mois. Lorsque la décision ne peut pas être prise dans un délai de six mois, le demandeur doit être informé du retard ou recevoir, sur sa demande, des informations concernant le délai dans lequel sa demande d'asile est susceptible de faire l'objet d'une décision (article 31, paragraphe 6). Les décisions et les possibilités de recours doivent être communiquées par écrit (article 11 de la directive sur les procédures d'asile).

En vertu de l'article 33 de la directive sur les procédures d'asile, les États membres ne sont pas tenus d'examiner les **demandes irrecevables**, par exemple en cas de demande ultérieure ne présentant pas de nouveaux éléments ou lorsqu'un État non membre de l'UE est considéré comme un pays sûr pour le demandeur. Un entretien personnel doit avoir lieu, sauf en cas de demande ultérieure irrecevable (article 34).

**CEDH** : La CourEDH a dit que les individus devaient avoir accès à la procédure d'asile ainsi qu'à des informations adéquates sur les démarches à entreprendre. Les autorités doivent également éviter les retards excessifs dans les décisions relatives aux demandes d'asile<sup>207</sup>. Lorsqu'elle apprécie l'effectivité des procédures d'examen des demandes d'asile en premier ressort, la Cour tient compte aussi d'autres facteurs, tels que la possibilité de bénéficier des services d'un interprète, l'accès à l'aide juridictionnelle et l'existence d'un système de communication fiable entre les autorités et les demandeurs d'asile<sup>208</sup>. En ce qui concerne l'évaluation des risques, l'article 13 impose l'examen indépendant et rigoureux par une instance nationale de toute demande faisant apparaître des motifs sérieux de craindre un risque réel de traitement contraire à l'article 3 (ou à l'article 2) de la CEDH en cas d'expulsion du requérant<sup>209</sup>.

207 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011 ; *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, n° 30471/08, CourEDH, 22 septembre 2009.

208 Pour plus d'informations, voir *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011, para. 301.

209 *Ibid.*, para. 293.

🔄 Exemple: dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*<sup>210</sup>, la CourEDH a confirmé les principes énoncés ci-dessus et condamné l'Italie et la Grèce pour avoir refusé l'accès à une procédure d'asile effective, violant ainsi l'art. 3 en relation avec l'art. 13 CEDH. Dans le cas de l'Italie, l'absence de services d'interprétation lors du renvoi était l'un des principaux motifs qui ont amené la Cour à prononcer la condamnation. S'agissant de la Grèce, la CourEDH s'est référée pour l'essentiel aux considérations qu'elle avait formulées dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*.

La loi sur l'asile a adapté aux particularités de la procédure d'asile les garanties procédurales de la **Constitution fédérale suisse**, notamment l'égalité devant la loi (art. 8, al. 1, Cst.) et le droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.). C'est la section 3 du chapitre 2 de la LAsi qui régit la procédure de première instance. Elle précise ainsi que l'autorité doit mener un entretien de conseil avant d'ouvrir une procédure d'asile (art. 25a LAsi). Dans la pratique, les informations sont fournies au demandeur dans des brochures qui lui sont remises lors de l'examen dactyloscopique et de l'ouverture du dossier. Aux termes de l'art. 26, al. 2, LAsi l'ODM recueille, durant la phase préparatoire qui suit le dépôt de la demande, « les données personnelles du requérant ; en règle générale, il relève ses empreintes digitales et le photographie. Il peut aussi saisir d'autres données biométriques le concernant, établir une expertise visant à déterminer son âge (art. 17, al. 3<sup>bis</sup>), vérifier les moyens de preuve, les documents de voyage ainsi que les papiers d'identité et effectuer des recherches concernant la provenance et l'identité du requérant. Il peut, dans le cadre d'une audition, interroger le requérant sur son identité, sur l'itinéraire emprunté et, sommairement, sur les motifs qui l'ont poussé à quitter son pays ». C'est aussi lors de cette phase préparatoire que l'ODM examine si l'examen de la demande d'asile incombe à un autre État du système de Dublin. En général, le droit d'être entendu exigé par l'art. 36 LAsi en vue d'une éventuelle procédure Dublin est accordé durant l'interrogatoire de la personne prévu à l'art. 26, al. 2, LAsi. Si aucun autre État n'est compétent pour examiner la demande, l'ODM entend le requérant sur ses motifs d'asile (art. 29 LAsi). À moins que le demandeur ne le refuse, un représentant des œuvres d'entraide assiste à l'audition, sans avoir toutefois qualité de partie, afin de garantir une procédure transparente et équitable selon les principes de l'État de droit. Le concours des œuvres d'entraide est régi par l'art. 30 LAsi. L'ODM rend par écrit une décision dûment motivée, en indiquant les voies de droit ouvertes au demandeur lorsque la sentence est négative (voir l'art. 31a LAsi), c'est-à-dire lorsque l'asile est refusé. L'art. 37 LAsi fixe des délais brefs pour les décisions de première instance, qui ne peuvent souvent pas être respectés

210 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, CourEDH, 21 octobre 2014.

dans la pratique. Ainsi, les décisions sur le fond doivent être prises dans les dix jours à compter du dépôt de la demande, ce qui ne se produit que rarement.

Dans l'optique d'accélérer la procédure d'asile, le canton de Zurich mène depuis le début 2014 une expérience pilote dans laquelle la totalité de la procédure de première instance est censée se dérouler en l'espace d'un mois dans un centre de procédure de la Confédération, sauf si un complément d'enquête est nécessaire (la section 4.1.4 fournit de plus amples informations à ce sujet). L'idée est que le droit ordinaire reprenne par la suite cette façon de procéder.

## 4.1.2. Le droit à un recours effectif

Les individus doivent avoir accès à un recours effectif et concret en cas de rejet d'une demande d'asile ou de permis de séjour de même que pour toute autre situation dont ils estiment qu'elle leur a fait subir une violation des droits de l'homme. Dans ce contexte, il est reconnu tant dans le droit de l'UE que dans le droit issu de CEDH qu'il faut respecter certaines garanties procédurales aux fins de l'examen prompt et effectif de chaque affaire. Des exigences procédurales précises ont donc été élaborées dans les deux systèmes.

**Droit de l'UE :** L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit un « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ». Le premier alinéa de cet article s'inspire de l'article 13 de la CEDH, qui garantit le droit à un « *recours effectif devant une instance nationale* ». Cependant, la Charte impose un examen par un tribunal, tandis que l'article 13 de la CEDH mentionne seulement une instance nationale<sup>211</sup>.

Le deuxième alinéa de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE s'inspire de l'article 6 de la CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable. Cependant, l'article 6 de la CEDH ne concerne que la contestation sur des droits ou des obligations de caractère civil ou le bien-fondé des accusations en matière pénale, ce qui a fait obstacle à son application aux affaires d'immigration et d'asile étant donné que celles-ci n'impliquent aucune décision sur un droit ou une obligation de caractère civil<sup>212</sup>. L'article 47 de la Charte, en revanche, n'établit pas cette distinction.

L'article 46 de la directive sur les procédures d'asile prévoit un droit à un recours effectif contre une décision concernant une demande de protection internationale, le refus de

211 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux l'UE, 2007/C 303/02, JO 2007 C303/17.

212 *Maaouia c. France* (déc.), n° 39652/98, CourEDH, 12 janvier 1999, paras. 38-39.

rouvrir l'examen d'une demande après que cet examen a été clos ou une décision de retirer la protection internationale. Le recours doit comprendre un examen complet et *ex nunc* tant des faits que des points d'ordre juridique. Les délais impartis ne doivent pas rendre cet exercice impossible ou excessivement difficile

**CEDH** : L'article 6 de la Convention garantit le droit à un procès équitable devant un tribunal, mais il a été jugé inapplicable aux affaires d'immigration et d'asile (voir la section ). En revanche, l'article 13, qui prévoit le droit à un recours effectif devant une instance nationale, est applicable à ces affaires. Les autres articles de la Convention, y compris l'article 3, peuvent être lus conjointement avec l'article 13. En outre, la CourEDH a dit que le droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la CEDH, comprenait des garanties procédurales inhérentes (voir la brève description à la section 4.4). Enfin, l'interdiction de l'arbitraire, qui est inhérente à tous les droits protégés par la Convention, est souvent employée pour conférer des garanties importantes dans les affaires d'immigration ou d'asile<sup>213</sup>. Les recours contre les privations de liberté arbitraires ou irrégulières sont expliqués au chapitre 6 (section 6.10).

La CourEDH a exposé les principes généraux en matière d'effectivité des recours dans des affaires concernant l'expulsion de demandeurs d'asile : il faut que soit ouvert au niveau national un recours permettant l'examen du contenu de tout « grief défendable » en vertu de la CEDH et, si nécessaire, l'octroi d'un redressement approprié<sup>214</sup>. Étant donné que les recours doivent être « effectifs » en pratique comme en droit, la CourEDH peut devoir vérifier, entre autres éléments, si le demandeur d'asile a bénéficié d'un délai suffisant pour former un recours.

Exemple : dans l'affaire *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*<sup>215</sup>, les autorités administratives et judiciaires étaient demeurées passives devant les graves allégations des requérants selon lesquelles ils risquaient de subir des mauvais traitements si on les renvoyait vers l'Irak ou l'Iran. La CourEDH a considéré qu'en n'examinant pas les demandes d'asile temporaire formées par les intéressés et en ne leur notifiant pas les raisons expliquant le non-examen de ces demandes et le refus de leur accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire malgré leur demande expresse d'accès à un avocat alors qu'ils se trouvaient détenus au commissariat de police, les autorités nationales avaient empêché les requérants de soulever leurs griefs fondés sur

213 *C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, CourEDH, 24 avril 2008, para. 49.

214 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011, para. 288 ; *Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CourEDH, 26 octobre 2000, para. 157.

215 *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, n° 30471/08, CourEDH, 22 septembre 2009, paras. 111-117.

l'article 3 de la CEDH dans le cadre législatif pertinent. Observant que, de plus, les requérants n'avaient pas pu solliciter auprès des autorités l'annulation de la décision de les expulser étant donné qu'ils ne s'étaient jamais vu notifier les arrêtés d'expulsion pris à leur encontre et n'avaient pas été informés des raisons qui sous-tendaient ces décisions, elle a jugé que le contrôle juridictionnel dans les cas d'expulsion de Turquie ne pouvait être considéré comme un recours effectif étant donné que les demandes d'annulation des arrêtés d'expulsion étaient dépourvues d'effet suspensif sauf si la juridiction administrative prononçait le sursis à l'exécution de ces arrêtés. Elle a conclu que les requérants n'avaient pas bénéficié d'un recours effectif et accessible pour faire valoir leurs griefs fondés sur l'article 3 de la CEDH.

Exemple : les cours constitutionnelles d'Autriche et de République tchèque ont jugé trop courts, respectivement, des délais de deux et de sept jours<sup>216</sup>. A l'inverse, dans l'affaire *Diouf*<sup>217</sup>, la CJUE a dit qu'un délai de recours de quinze jours dans une procédure abrégée « *ne sembl[ait] pas, en principe, matériellement insuffisant pour préparer et former un recours effectif, et [apparaissait] comme étant raisonnable et proportionné par rapport aux droits et aux intérêts en présence* ».

Le défaut de communication d'une décision ou des droits de recours et le fait d'empêcher un demandeur d'asile privé de liberté d'avoir des contacts avec le monde extérieur constituent d'autres exemples d'actions de l'État susceptibles de rendre les garanties ineffectives. À certains égards, il existe une analogie entre les exigences développées par la CourEDH et les garanties procédurales prévues par la directive sur les procédures d'asile.

Exemple : dans l'affaire *Čonka c. Belgique*<sup>218</sup>, qui concernait l'expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, de demandeurs d'asile roms, les requérants s'étaient heurtés à des obstacles administratifs et matériels dans le cadre de leur demande d'asile en Belgique. Dans la procédure en première instance, ils n'avaient pas eu accès à leur dossier, n'avaient pas pu relire le procès-verbal des notes prises lors de l'audition et n'avaient pas pu exiger qu'il leur soit donné acte de certaines mentions. Les recours disponibles devant l'instance supérieure n'avaient

216 Autriche, Cour constitutionnelle autrichienne (*Österreichische Verfassungsgerichtshof*), décision G31/98, G79/98, G82/98, G108/98 du 24 juin 1998 ; République tchèque, Cour constitutionnelle tchèque (*Ústavní soud České republiky*), décision n° 9/2010, Coll., entrée en vigueur en janvier 2010.

217 CJUE, affaire C-69/10, *Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 28 juillet 2011, para. 67.

218 *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, CourEDH, 5 février 2002.

pas d'effet suspensif automatique. La CourEDH a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 4 du Protocole n° 4 de la CEDH.

L'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13 de la CEDH, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul<sup>219</sup>.

La **Suisse** est également liée par l'art. 13 CEDH, le droit à un recours effectif étant par ailleurs garanti par l'art. 29a Cst. C'est le chapitre 8 de la loi sur l'asile qui régit les voies de droit. En vertu de l'art. 108, al. 1, LAsi, les recours contre les décisions négatives doivent être déposés dans les 30 jours auprès du Tribunal administratif fédéral. À compter du 1<sup>er</sup> février 2014, la suppression du contrôle de l'opportunité (prévu auparavant dans l'art. 106, al. 1, let. c, LAsi) a limité le pouvoir d'examen du juge dans le domaine des recours formés en droit de l'asile. Selon l'arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral du 8 octobre 2014, cette restriction s'applique exclusivement aux matières régies par la loi sur l'asile, mais pas aux obstacles à l'expulsion prévus par la LEtr<sup>220</sup>. Dès lors, le Tribunal administratif fédéral peut continuer à examiner en détail si, dans le cas concret, il y a lieu de considérer que l'expulsion ne peut être raisonnablement ordonnée.

### 4.1.3. L'effet suspensif automatique du recours

**Droit de l'UE :** L'article 46 de la directive sur les procédures d'asile prévoit un droit à un recours effectif devant une juridiction. Cette disposition reprend le libellé de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. La directive impose aux États membres d'autoriser les demandeurs à rester sur leur territoire jusqu'à l'expiration du délai de recours ou dans l'attente de l'issue du recours. Selon l'article 46, paragraphe 6, il n'y a pas de droit automatique de se maintenir sur le territoire s'agissant de certains types de demandes non fondées et irrecevables, auquel cas l'organe chargé de statuer sur le recours doit avoir compétence pour décider si le demandeur peut rester sur le territoire pendant la période requise pour l'examen du recours. Une exception similaire existe pour les décisions de transfert prise en vertu du règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013, article 27, paragraphe 2).

**CEDH :** la CourEDH a dit que le dépôt d'un recours contre le rejet d'une demande d'asile devait avoir un effet suspensif automatique lorsque la mise en œuvre de la mesure de retour à l'encontre du demandeur peut avoir des effets potentiellement irréversibles contraires à l'article 3.

219 *Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, CourEDH, 26 octobre 2000.

220 TAF, arrêt du 8 octobre 2014 (arrêt de principe), D-3622/2011, consid. 5.5.

Exemple : dans l'affaire *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*<sup>221</sup>, la CourEDH a considéré que les allégations du requérant quant à un risque de mauvais traitement en Érythrée étaient suffisamment crédibles pour que le grief qu'il tirait de l'article 3 de la CEDH soit « défendable », et qu'il pouvait dès lors invoquer cet article en combinaison avec l'article 13. Elle a rappelé que l'article 13 exigeait que les étrangers aient accès à un recours avec effet suspensif contre les décisions de les éloigner vers un pays où il y avait des motifs sérieux de croire qu'ils courraient le risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3. Elle a observé que, dans le cas des demandeurs d'asile alléguant courir un risque de cette nature et ayant déjà été autorisés à pénétrer sur le territoire français, le droit français prévoyait une procédure remplissant certaines de ces exigences, mais que cette procédure ne s'appliquait pas dans le cas où l'intéressé se présentait à la frontière à son arrivée à un aéroport : pour déposer une demande d'asile, les étrangers devaient se trouver sur le territoire français. S'ils se présentaient à la frontière, ils ne pouvaient déposer une telle demande que s'il leur avait été préalablement donné accès au territoire. S'ils n'avaient pas les documents requis à cet effet, il leur fallait déposer une demande d'accès au territoire au titre de l'asile. Ils étaient alors maintenus en « zone d'attente » durant le temps nécessaire à l'examen, par les autorités, du caractère « manifestement infondé » ou non de la demande d'asile qu'ils entendaient déposer. Si les autorités jugeaient la demande d'asile « manifestement infondée », elles rejetaient la demande d'accès au territoire. L'étranger était alors d'office « réacheminable » sans avoir eu la possibilité de déposer sa demande d'asile. Il pouvait saisir le juge administratif d'une demande d'annulation de la décision ministérielle de non-admission, mais un tel recours était dépourvu de tout effet suspensif et n'était enfermé dans aucun délai. Certes, il était aussi possible de saisir le juge administratif d'une demande en référé mais, en l'espèce, la demande du requérant n'avait pas abouti. En outre, la saisine du juge des référés n'avait pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé pouvait être réacheminé avant que le juge ait statué. La CourEDH a dit que, compte tenu de l'importance de l'article 3 de la CEDH et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de torture ou de mauvais traitements, l'article 13 exigeait que l'étranger ait accès à un recours de plein droit suspensif dans le cas où un État partie décidait de le renvoyer vers un pays où il y avait des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature. Elle a précisé qu'un effet suspensif « en pratique » n'était pas suffisant. Étant donné que le requérant n'avait pas eu accès en « zone d'attente » à un tel recours, elle a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3.

221 *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, CourEDH, 26 avril 2007.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>222</sup>, la CourEDH a estimé que la Grèce avait violé l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3 en raison de défaillances dans l'examen par les autorités de la demande d'asile du requérant et du risque encouru par celui-ci d'être refoulé directement ou indirectement vers son pays d'origine sans que les autorités aient procédé à un examen sérieux du bien-fondé de sa demande d'asile et sans qu'il ait eu accès à un recours effectif.

Exemple : dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*<sup>223</sup>, un navire italien avait intercepté en mer des demandeurs d'asile potentiels. Les autorités italiennes les avaient laissé croire qu'elles les emmenaient en Italie et ne les avaient pas informés des procédures à suivre pour ne pas être reconduits en Libye. Les requérants n'avaient donc pas pu soumettre à une autorité compétente leurs griefs tirés des articles 3 de la CEDH et 4 du Protocole n° 4 ni obtenir un examen attentif et rigoureux de leurs demandes avant l'exécution de la mesure d'éloignement. La Cour a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3 et de l'article 4 du Protocole n° 4.

Dans une récente affaire de Grande Chambre, la CourEDH a examiné la question de savoir si l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 8 exigeait aussi que le recours national ait un effet suspensif automatique.

Exemple : dans l'affaire *De Souza Ribeiro c. France*<sup>224</sup>, le requérant, un ressortissant brésilien, résidait en Guyane (un territoire français d'outre-mer) avec sa famille depuis l'âge de sept ans lorsque, lors d'un contrôle, il n'avait pu justifier de la régularité de son séjour sur le territoire français. Les autorités avaient alors ordonné son placement en rétention administrative et sa reconduite à la frontière. Il avait été expulsé le lendemain, environ cinquante minutes après avoir introduit un recours contre la décision d'éloignement. La Grande Chambre de la CourEDH a considéré que les recours existants avaient été inopérants en pratique et, dès lors, indisponibles, l'exécution de la décision d'éloignement ayant été expéditive. Estimant que le requérant n'avait pas disposé en pratique de recours effectifs quant à son grief tiré de l'article 8 de la Convention lorsqu'il était sur le point d'être expulsé, elle a conclu à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 8.

222 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011, para. 293.

223 *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CourEDH, 23 février 2012, paras. 197-207.

224 *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, CourEDH, 13 décembre 2012.

En Suisse, c'est le Tribunal administratif fédéral qui traite les recours en droit de l'asile. En vertu de l'art. 55, al. 1, PA, tout recours a automatiquement un effet suspensif. Seules les décisions de non-entrée en matière dans les procédures Dublin font exception : dans ces cas, aucun effet suspensif n'est prévu, comme le stipule l'art. 107a LAAsi (pour les procédures Dublin, voir le chapitre 4.2).

#### 4.1.4. Les procédures d'asile accélérées

**Droit de l'UE :** L'article 31, paragraphe 8, de la directive sur les procédures d'asile énonce les circonstances dans lesquelles les procédures accélérées ou prioritaires peuvent s'appliquer. C'est le cas par exemple lorsqu'une demande d'asile est considérée comme infondée parce que le demandeur est originaire d'un pays sûr, ou lorsque le demandeur refuse de se conformer à l'obligation de donner ses empreintes digitales. Si les principes et garanties fondamentaux exposés dans la directive restent applicables, un recours n'a pas toujours automatiquement un effet suspensif, si bien que le droit de rester sur le territoire pendant la procédure de recours doit être expressément demandé et/ou accordé au cas par cas (voir également la section 4.1.3). En pratique, les procédures accélérées peuvent aussi être assorties de délais plus courts en vue de faire appel d'une décision négative.

**CEDH :** La CourEDH a dit que chaque demande d'asile devait faire l'objet d'un examen indépendant et rigoureux. Lorsque cela n'avait pas été le cas, elle a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3.

Exemple : dans l'affaire *I.M. c. France*<sup>225</sup>, le requérant, qui alléguait qu'une expulsion vers le Soudan l'aurait exposé à un risque de mauvais traitements, avait essayé de demander l'asile en France. Les autorités avaient estimé que sa demande d'asile reposait sur une « fraude délibérée » ou constituait un « recours abusif aux procédures d'asile » car elle avait été introduite après la notification de la décision d'éloignement le concernant. Le seul examen de cette demande d'asile avait donc automatiquement été réalisé dans le cadre d'une procédure accélérée. La CourEDH a estimé que cette procédure n'offrait pas de garanties suffisantes. Par exemple, le requérant n'avait disposé pour présenter sa demande que d'un délai réduit de vingt et un à cinq jours. La Cour a jugé que ce délai était particulièrement bref et contraignant, compte tenu du fait que le requérant devait préparer, en rétention, une demande complète et documentée en français, soumise à des exigences identiques à celles prévues pour les demandes déposées hors rétention selon la

225 *I.M. c. France*, n° 9152/09, CourEDH, 2 février 2012, paras. 136-160.

procédure normale. De même, l'intéressé n'avait eu que quarante-huit heures pour préparer son recours devant le tribunal administratif contre la décision d'éloignement, alors que la procédure ordinaire prévoyait un délai de deux mois. Considérant que la demande d'asile du requérant avait été rejetée alors que le système national, dans son ensemble, n'avait pas ouvert à l'intéressé de recours effectif dans la pratique et que, par conséquent, il n'avait pas pu obtenir un examen du bien-fondé de son grief tiré de l'article 3 de la CEDH, la Cour a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3.

**La Suisse** connaît deux sortes de procédures pouvant être qualifiées de procédures accélérées. Il s'agit d'une part de la procédure à l'aéroport (art. 22 et 23 LAsi) et, d'autre part, de la procédure qui, en vertu de l'art. 112b LAsi, se trouve actuellement en phase expérimentale (procédure d'asile dans le cadre de phases de test, dont les modalités sont régies par l'ordonnance sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile [ordonnance sur les phases de test, OTest]).

Dans la *procédure à l'aéroport*, appliquée à Kloten et à Cointrin, la procédure d'asile se déroule avant l'entrée sur le territoire suisse au sens formel. Elle ne se distingue guère de la procédure ordinaire, si ce n'est que le refus (provisoire) de l'entrée en Suisse doit être notifié dans les deux jours suivant le dépôt de la demande (art. 22, al. 4, LAsi). Le demandeur d'asile doit séjourner dans la zone de transit de l'aéroport durant la procédure. Il doit au préalable être informé de la procédure, être entendu et avoir la possibilité de se faire représenter. La décision de première instance doit être rendue dans les 20 jours, faute de quoi le demandeur sera assigné à un canton. En tout, le séjour en zone de transit est limité à 60 jours.

La *procédure expérimentale* mise en place à Zurich est conçue comme une tentative de restructuration du domaine de l'asile en Suisse, d'où son importance potentielle pour la future conception des procédures d'asile en Suisse<sup>226</sup>. La procédure se déroule dans un « centre de la Confédération » situé à Zurich (art. 2 OTest). Elle commence par une phase de préparation de 21 jours au plus, durant laquelle l'autorité instruit le dossier et réalise un premier entretien selon les dispositions de l'art. 16 OTest (enregistrement des données personnelles, interrogation sur l'itinéraire emprunté et les motifs de fuite et audition du demandeur concernant l'éventuelle compétence d'un autre État Dublin, art. 18

226 Le message du Conseil fédéral sur la restructuration du domaine de l'asile du 3 septembre 2014 (décision 2) et le projet de révision de la loi sur l'asile s'inspirent largement, pour les procédures prévues, des dispositions figurant dans l'OTest, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: [http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/aend\\_asylg\\_neustruktur/bot-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/aend_asylg_neustruktur/bot-f.pdf).

OTest). Cette phase est suivie, pour autant que l'ODM se livre à un examen sur le fond, par une « procédure accélérée » de huit à dix jours ouvrables (art. 17 OTest), qui se termine soit par une décision, soit par le renvoi à une procédure élargie (« procédure hors phases de test », art. 19 OTest) afin de poursuivre l'instruction du dossier. Si la procédure accélérée se clôt sur une décision négative, le délai de recours est de dix jours (art. 38 OTest).

Pendant la phase préparatoire et la procédure accélérée, tous les demandeurs d'asile se voient attribuer gratuitement un représentant juridique qui les conseille (art. 25, al. 1, OTest), afin de garantir une procédure équitable. Dans les procédures régies par l'ordonnance sur les phases de test, le représentant juridique a la possibilité de remettre un avis sur le projet de décision négative lorsque l'ODM a l'intention de refuser l'asile. La représentation juridique est assurée jusqu'à « l'entrée en force de la décision en cas de procédure accélérée ou de procédure Dublin, ou jusqu'à ce qu'il soit décidé de réaliser la procédure hors phases de test » (art. 25, al. 3, OTest). Dans la procédure hors phases de test, la représentation juridique est assurée selon les règles générales de la LAsi (et notamment les art. 29 et 110a).

## 4.2. Les procédures Dublin

Le règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013, qui est appliqué par trente-deux États européens, détermine l'État membre responsable de l'examen de la demande d'asile (articles 21, 22, 25 et 29). Il prévoit, pour les cas, où un autre État est responsable de l'examen d'une demande en vertu des critères définis dans ses dispositions, une procédure de transfert vers cet État.

**Droit de l'UE :** Le règlement de Dublin impose aux États des délais pour répondre aux demandes de prise ou de reprise en charge de demandeurs d'asile. Il prévoit que l'État doit recueillir certains éléments avant de transférer un demandeur (article 22), garantir la confidentialité des données à caractère personnel (article 39) et informer l'intéressé des dispositions du règlement de Dublin en général (article 4) ainsi que de son transfert Dublin et des voies de recours disponibles (article 26). Il pose certaines exigences de preuve en matière de coopération administrative (article 34 du règlement de Dublin) et des garanties en matière de cessation de responsabilité (article 19).

Exemple : dans l'affaire *Kastrati*<sup>227</sup>, la CJUE a dit que le règlement de Dublin n'était plus applicable lorsqu'une demande d'asile avait été retirée avant que l'État membre responsable de l'examen de cette demande ait accepté de prendre en charge le demandeur. Elle a précisé qu'en pareilles circonstances, il appartenait à l'État membre sur le territoire duquel la demande avait été introduite de prendre les décisions induites par ce retrait et, en particulier, de clôturer l'examen de la demande avec consignation de l'information y afférente dans le dossier du demandeur.

Selon l'article 5 du règlement de Dublin, tout demandeur doit bénéficier d'un entretien personnel. Les demandeurs ont droit à un recours effectif ; soit ils sont autorisés à rester sur le territoire de l'État concerné jusqu'à la décision de l'organe de recours sur la décision de transfert, soit l'organe de recours doit être habilité à suspendre le transfert, d'office ou sur demande (article 27, paragraphe 3).

Le règlement de Dublin comporte également des garanties procédurales pour les mineurs non accompagnés (voir la section 9.1 pour plus de précisions) et des dispositions visant à favoriser l'unité de la famille. Les articles 8 à 11 et 16 du règlement posent des critères en vue de déterminer l'État membre responsable dans le cas des « membres de la famille » (tels que définis par l'article 2, alinéa g), du règlement). En outre, un État responsable peut demander à un autre État membre de l'UE d'examiner une demande afin de réunir des membres d'une même famille (article 17, paragraphe 2 – « clause humanitaire »). Aux termes de l'article 7, paragraphe 3, les États membres doivent prendre en considération tout élément de preuve disponible attestant de la présence sur le territoire d'un État membre de membres de la famille ou de tout autre parent du demandeur, à condition que lesdits éléments de preuve soient produits avant qu'un autre État membre n'accepte de prendre la responsabilité de la demande et que les demandes de protection internationale antérieures introduites par le demandeur n'aient pas encore fait l'objet d'une première décision sur le fond

Ainsi, en cas de problèmes humanitaires graves, un État membre de l'UE peut, dans certaines circonstances, devenir responsable de l'examen d'une demande d'asile lorsqu'une personne dépend de l'assistance d'une autre personne et à qu'il existe des liens familiaux entre l'une et l'autre.

227 CJUE, affaire C-620/10, *Migrationsverket c. Nurije Kastrati et autres*, 3 mai 2012, para. 49.

Exemple: dans l'affaire de *K*<sup>228</sup>, il s'agissait de transférer de l'Autriche à la Pologne une femme dont la belle fille avait un nouveau-né. La belle-fille était atteinte d'une maladie grave et d'un handicap suite à une expérience traumatisante dans un pays tiers. Si ce qui lui était arrivée venait à se savoir, la belle-fille courait le risque de subir des violences de la part des membres masculins de sa famille en raison de traditions culturelles visant à rétablir l'honneur de la famille. Dans de telles circonstances, la CJUE a déclaré que lorsque les conditions de l'article 15, paragraphe 2, de la version de 2003 du règlement (qui a été reformulé à l'article 16, paragraphe 1, de la version de 2013) sont satisfaites, l'État membre qui, pour des raisons humanitaires visées dans cette disposition, est obligé de prendre en charge le demandeur d'asile devient également responsable pour l'examen de sa demande d'asile.

Même s'il n'est pas responsable en vertu des critères du règlement de Dublin, un État membre de l'UE, peut décider d'examiner une demande (« clause de souveraineté » de l'article 17, paragraphe 1, du règlement de Dublin)<sup>229</sup>. En vertu de l'article 3, paragraphe 2, lorsque, transféré vers un État membre de l'UE réputé responsable en vertu des critères du règlement Dublin, le demandeur serait exposé à un risque de traitements prohibés par l'article 4 de la Charte, l'État prévoyant de le transférer doit poursuivre l'examen des autres critères du règlement et déterminer, dans un délai raisonnable, si ces critères permettent d'attribuer à un autre État membre l'examen de la demande d'asile. Ce mécanisme peut conduire à ce que la responsabilité de l'examen de la demande revienne à l'État qui prévoyait le transfert (article 3, paragraphe 2), afin d'éliminer tout risque de violation des droits fondamentaux du demandeur.

Exemple : dans les affaires jointes *N.S. et M.E.*<sup>230</sup>, la CJUE a examiné la question de savoir si le transfert des requérants vers la Grèce en vertu du règlement de Dublin aurait constitué une violation de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui correspond à l'article 3 de la CEDH. Au moment où la CJUE a examiné ces affaires, la CourEDH avait déjà conclu que les conditions d'accueil et les autres conditions d'existence des demandeurs d'asile en Grèce étaient contraires à l'article 3 de la CEDH. La CJUE a estimé que les États membres ne pouvaient pas « ignorer » que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil en

228 CJUE, affaire C-245/11, *K c. Bundesasylamt*, 6 novembre 2012.

229 Voir également CJUE, C-528/11, *Zuheyra Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, 30 mai 2013.

230 CJUE, affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner & Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 décembre 2011. Voir aussi, CJUE, affaire C-4/11, *Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid*, 14 novembre 2013.

Grèce constituait un risque réel pour les demandeurs d'asile d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. Soulignant que le règlement de Dublin devait être mis en œuvre conformément aux droits reconnus par la Charte, elle a conclu qu'en l'absence d'autres États membres responsables, le Royaume-Uni et l'Irlande étaient tenus d'examiner les demandes d'asile en cause, bien que les requérants les aient présentées en Grèce.

U Le règlement d'exécution a également dû être adapté aux nouvelles modalités en raison des modifications entraînées par le règlement de Dublin III. C'est le règlement (UE) no 118/2014<sup>231</sup> de la Commission qui introduit ces modifications, contenant outre de nouvelles dispositions de procédure, des annexes et des brochures d'information destinées aux demandeurs d'asile, dont le but est d'augmenter l'efficacité des procédures.

**CEDH** : la CourEDH n'a pas pour rôle d'interpréter le règlement de Dublin. Cependant, comme le démontre sa jurisprudence, les articles 3 et 13 de la CEDH peuvent trouver à s'appliquer et constituer des garanties dans le cadre de transferts Dublin<sup>232</sup>.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>233</sup>, la CourEDH a conclu à la violation par la Grèce et par la Belgique de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3 en raison de l'atteinte portée au droit du requérant à un recours effectif. Elle a jugé que, étant donné que la Grèce n'appliquait pas la législation en matière d'asile et que l'accès à la procédure d'asile et aux recours y était entravé par l'existence de défaillances structurelles majeures, il n'existait pas de garantie effective protégeant le requérant contre un éloignement arbitraire de ce pays vers l'Afghanistan, où il risquait de subir des mauvais traitements. Quant à la Belgique, la Cour a jugé que la procédure de recours contre le transfert « Dublin » vers la Grèce menée dans ce pays n'avait pas répondu aux exigences de sa jurisprudence en ce qu'il n'avait pas été procédé à un examen attentif et rigoureux des griefs du requérant alors que l'expulsion de l'intéressé vers un autre pays risquait de l'exposer à des traitements prohibés par l'article 3.

231 Règlement d'exécution (UE) n° 118/2014 de la Commission du 30 janvier 2014 modifiant le règlement (CE) n° 1560/2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 39/1 du 8 février 2014.

232 CourEDH, *Mohamed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie* (déc.), n° 27725/10, 2 avril 2013 ; CourEDH, *Mohamed c. Autriche*, n° 2283/12, 6 juin 2013.

233 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011.

**La Suisse**, signataire de l'Accord d'association à Dublin (AAD), fait partie du système de Dublin. Dès lors, elle doit respecter les principes énoncés à l'art. 27 du règlement de Dublin III lorsqu'elle en applique les dispositions. Pour l'instant, le demandeur d'asile peut demander l'octroi de l'effet suspensif « uniquement s'il court un réel danger dans l'État compétent », en vertu de l'art. 107a LAsi, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2014. Cette restriction n'étant conciliable avec aucun des trois modèles de voies de droit prévus à l'art. 27 du règlement de Dublin III contre les décisions Dublin, l'art. 107a LAsi devra à nouveau être modifié à l'occasion de la mise en œuvre de ce règlement en Suisse. L'effet suspensif doit pouvoir être demandé (sans autre condition) durant le délai de recours, un délai qui est de cinq jours ouvrables dans les procédures Dublin (art. 108, al. 2, LAsi).

### 4.3. Les procédures relatives aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile

**Droit de l'UE :** Les États membres doivent informer les demandeurs d'asile, dans un délai n'excédant pas quinze jours après le dépôt de leur demande d'asile, des avantages dont ils peuvent bénéficier et des obligations qu'ils doivent respecter eu égard aux conditions d'accueil (article 5 de la directive 2013/33/UE établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale – directive sur les conditions d'accueil). Ils doivent également leur fournir des informations relatives à l'assistance judiciaire ou à l'aide disponibles. Il faut que le demandeur puisse comprendre les informations qui lui sont fournies. Les demandeurs d'asile ont le droit de déposer un recours contre les décisions de refus d'octroi des avantages liés à la demande d'asile (article 26 de la directive sur les conditions d'accueil).

Le non-respect des obligations issues de la directive sur les conditions d'accueil peut être interprété comme une violation du droit de l'UE donnant lieu à des dommages-intérêts en vertu de la jurisprudence *Francovich* (voir la section « [Introduction](#) » du présent manuel) et/ou comme une violation de l'article 3 de la CEDH<sup>234</sup>.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoeker c. Selver Saciri et autres*<sup>235</sup> – qui portait sur le cas d'une famille de cinq personnes n'ayant pas pu être admise dans l'une des structures publiques d'accueil des

234 M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011.

235 CJUE, affaire C-79/13, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri, Danijela Dordevic, Danjel Saciri, Sanela Saciri, Denis Saciri, tous représentés par Selver Saciri et Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest*, 27 février 2014.

demandeurs d'asile en Belgique parce que celles-ci étaient surchargées – la CJUE a établi que les normes minimales pour l'accueil prévues par la directive sur les conditions d'accueil doivent toujours être garanties dans la mesure indiquée par celle-ci dès le moment où la demande d'asile est déposée. Les prestations fournies doivent être suffisantes pour garantir un niveau de vie digne et tenir compte notamment des besoins particuliers que peuvent présenter les personnes accueillies.

Exemple : la Cour EDH et la CJUE ont toutes deux conclu, dans les affaires *M.S.S.* et *N.S.* respectivement, que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable étaient constitutives de traitements inhumains ou dégradants contraires, dans l'affaire *M.S.S.*, à l'article 3 de la CEDH et, dans l'affaire *N.S.*, à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>236</sup>.

**La Suisse** n'est pas liée par la directive sur les conditions d'accueil, de sorte que l'octroi de prestations n'est régi que par la LAsi. Pendant le séjour dans un centre d'enregistrement et de procédure (CEP), la Confédération est tenue de fournir l'aide sociale (art. 80, al. 2, LAsi). Tout recours formé contre une décision en la matière doit être porté devant le Tribunal administratif fédéral. Si le demandeur d'asile a déjà été attribué à un canton, c'est celui-ci qui lui fournit l'aide sociale. Chaque canton doit prévoir une instance judiciaire de recours (art. 103 LAsi) et la procédure est régie par la loi cantonale sur la procédure administrative du canton concerné. Les décisions négatives de l'instance cantonale suprême peuvent être déférées au Tribunal fédéral.

## 4.4. Les procédures de retour

**Droit de l'UE :** La directive « retour » (2008/115/CE) prévoit certaines garanties en cas de décision de retour (articles 6, 12 et 13) et encourage les États à privilégier les départs volontaires plutôt que les éloignements forcés (article 7).

En vertu de l'article 12 de la directive, les décisions de retour ainsi que les décisions d'interdiction d'entrée doivent être rendues par écrit et dans une langue que l'intéressé comprend ou dont on il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, et doivent comprendre les informations relatives aux voies de recours disponibles. A cette fin, les États membres doivent publier des documents d'informations générales au moins dans les

236 *Ibid.* ; CJUE, affaire C-411/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, 21 décembre 2011, Recueil 2011, para. 86.

cinq langues les plus fréquemment utilisées par les groupes de migrants illégaux entrant sur son territoire. En vertu de l'article 13 de la directive « retour », les ressortissants d'un pays tiers qui font l'objet d'une décision d'éloignement doivent bénéficier d'un droit de recours effectif devant une autorité judiciaire ou administrative compétente, ou devant tout autre instance compétente et indépendante, habilitée à suspendre temporairement l'exécution de cette décision pendant l'examen du recours. Ils doivent avoir la possibilité d'obtenir un conseil juridique, une représentation et, en cas de besoin, une assistance linguistique – et ce gratuitement – conformément à la réglementation nationale. Ils doivent avoir la possibilité de bénéficier de conseils juridiques, d'une représentation et, le cas échéant, d'une assistance linguistique – et ce gratuitement – conformément au droit national.

L'article 9 de la directive prévoit que l'éloignement doit être reporté dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement et dans le cas où l'intéressé forme un recours avec effet suspensif. Il peut aussi être reporté pour des motifs propres à l'intéressé, comme son état de santé, ou pour des motifs tenant à l'existence d'obstacles d'ordre technique. En vertu de l'article 14, lorsque l'éloignement a été reporté, les États membres doivent en donner confirmation par écrit aux intéressés.

La directive « retour » ne concerne pas les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'UE installé dans un autre État membre de l'UE ou d'un ressortissant de la Suisse ou de l'EEE dont la situation est régie par la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE). La directive relative à la liberté de circulation a établi des garanties procédurales concernant les restrictions à l'entrée et au séjour imposées pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. L'individu doit avoir accès à des procédures judiciaires et, le cas échéant, à des procédures administratives lorsqu'est prise une décision portant pareille restriction (articles 27, 28 et 31). La décision prise doit être notifiée par écrit à l'intéressé dans des conditions lui permettant d'en comprendre le contenu et les effets. Ainsi, elle doit préciser les aspects procéduraux relatifs à l'introduction des recours ainsi que les délais afférents (article 30). Les citoyens turcs bénéficient d'une protection comparable.

**CEDH :** Outre les garanties issues de l'article 13 de la CEDH, des garanties particulières sont prévues à l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention pour les cas d'expulsion d'étrangers résidant légalement sur le territoire. De plus, la CourEDH a jugé que l'article 8 comportait des garanties procédurales contre l'ingérence arbitraire dans le droit à la vie privée et familiale. Peuvent être concernées des personnes qui, résidant dans un État depuis un certain temps, y ont créé une vie privée et familiale ou y sont impliquées dans une procédure judiciaire. Des vices de forme dans les décisions prises dans un domaine

où l'article 8 trouve à s'appliquer peuvent emporter violation de l'article 8, paragraphe 2, la mesure pouvant alors être réputée « non prévue par la loi ».

Exemple : l'affaire *C.G. c. Bulgarie*<sup>237</sup> concernait un résident de longue durée qui avait été éloigné pour des motifs de sécurité nationale sur la base d'un rapport de surveillance classé « secret ». La CourEDH a estimé qu'une procédure non transparente telle que celle appliquée dans le cadre de l'affaire du requérant ne constituait pas un examen complet et efficace répondant aux exigences de l'article 8 de la CEDH. Observant par ailleurs que les tribunaux bulgares avaient refusé de réunir des éléments confirmant ou infirmant les allégations portées contre le requérant, elle a jugé leurs décisions formalistes. Elle a conclu que le requérant n'avait pas pu obtenir un examen réel et sérieux de son cas, en violation de l'article 1, paragraphe 1 b), du Protocole n° 7.

Exemple : les affaires *Anayo* et *Saleck Bardi*<sup>238</sup> concernaient le retour de ressortissants de pays tiers dans des cas où des enfants étaient impliqués. La CourEDH a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH en raison de défaillances dans le processus décisionnel, telles que l'absence d'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant et le manque de coordination entre les autorités chargées de l'examen de cet intérêt.

**En Suisse**, il est possible de former un recours contre les décisions d'éloignement (renvois et expulsions). Dans une procédure d'expulsion, ce recours a un effet suspensif (art. 55 PA), tandis que l'octroi de celui-ci n'est pas automatique dans les procédures de renvoi, à l'exception de celles qui sont ouvertes à la suite du refus, de la révocation ou du non-renouvellement d'une autorisation de séjour régi par la LEtr ; l'instance de recours peut toutefois accorder cet effet suspensif à la demande de l'intéressé (art. 64 et 64a LEtr). Le recourant peut invoquer l'art. 8 de la CEDH ; s'il le fait, le tribunal doit examiner ses griefs. Dans l'affaire *M.P.E.V. et autres c. Suisse*<sup>239</sup>, le recourant se plaignait que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne tienne pas suffisamment compte des principes de l'art. 8 CEDH (voir la section 3.3).

237 *C.G. et autres c. Bulgarie*, n° 1365/07, CourEDH, 24 avril 2008.

238 *Anayo c. Allemagne*, n° 20578/07, CourEDH, 21 décembre 2010 ; *Saleck Bardi c. Espagne*, n° 66167/09, CourEDH, 24 mai 2011.

239 *M.P.E.V et autres c. Suisse*, n° 3910/13, CourEDH, 8 juillet 2014.

## 4.5. L'assistance judiciaire dans les procédures d'asile ou de retour

L'accès à une assistance judiciaire constitue la pierre angulaire de l'accès à la justice. Sans accès à la justice, les droits des individus ne peuvent pas être protégés efficacement<sup>240</sup>. L'assistance judiciaire est primordiale dans les procédures d'asile et les procédures de retour, où les barrières linguistiques peuvent faire obstacle à la compréhension par les personnes concernées de procédures qui sont souvent complexes ou mises en œuvre rapidement.

**CEDH :** Le droit d'accès à un tribunal découle du droit à un procès équitable –droit qui occupe une place éminente dans toute démocratie<sup>241</sup>. La CourEDH a jugé que le droit d'accès à un tribunal, inhérent aux droits énoncés par l'article 6 de la CEDH, est inapplicable aux procédures d'asile et d'immigration car celles-ci n'emportent pas contestation portant sur des droits ou obligations de caractère civil et n'ont pas trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale<sup>242</sup>. Cependant, cela ne signifie pas que les principes relatifs à l'« accès à un tribunal » que la Cour a développés dans sa jurisprudence sur l'article 6 de la CEDH ne sont pas pertinents au titre de l'application de l'article 13. En ce qui concerne les garanties procédurales, les exigences de l'article 13 sont moins strictes que celles de l'article 6, mais l'essence même d'un « recours » aux fins de l'article 13 implique l'existence d'une procédure accessible.

Exemple : dans l'affaire *G.R. c. Pays-Bas*<sup>243</sup>, qui concernait l'accès effectif à une procédure administrative aux fins de l'obtention d'un permis de séjour, la CourEDH a conclu à une violation de l'article 13 de la CEDH. Elle a jugé que la procédure administrative en question et l'exonération des frais y afférents, bien que « prévues par la loi », n'avaient pas été « accessibles en pratique », car les autorités avaient refusé d'exempter le requérant du paiement des frais administratifs ouvrant accès à la procédure malgré le caractère disproportionné de la somme exigée par rapport aux revenus réels de la famille. À cet égard, elle a estimé que le ministre compétent, qui n'avait pas entièrement examiné la situation d'extrême pauvreté du requérant, s'était montré par trop formaliste. Elle a rappelé que les principes relatifs à l'« accès à un tribunal » qu'elle avait développés dans sa jurisprudence sur l'article 6 de la

240 Pour plus d'informations, voir : FRA, 2010b.

241 *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, CourEDH, 9 octobre 1979.

242 *Maaouia c. France*, n° 39652/98, CourEDH, 5 octobre 2000, para. 38.

243 *G.R. c. Pays-Bas*, n° 22251/07, CourEDH, 10 janvier 2012, paras. 49-50.

CEDH étaient également pertinents dans le cadre de l'application de l'article 13, de sorte que le respect de cet article exigeait aussi que la procédure soit accessible.

Dans sa jurisprudence, la CourEDH s'est référée aux recommandations du Conseil de l'Europe en matière d'octroi d'une aide juridictionnelle pour faciliter l'accès à la justice, notamment pour les personnes extrêmement démunies<sup>244</sup>.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>245</sup>, la CourEDH a observé que le requérant ne disposait pas des moyens pour rémunérer un avocat en Grèce, où il avait été renvoyé, qu'il n'avait pas reçu d'informations concernant l'accès aux organisations proposant des conseils et une orientation juridiques, et qu'à cela s'ajoutait la pénurie d'avocats chargés de l'aide juridictionnelle qui rendait l'ensemble du système d'aide juridictionnelle grec inefficace en pratique. Elle a conclu à la violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3.

**Droit de l'UE :** La Charte des droits fondamentaux de l'UE marque une étape décisive dans l'élaboration du droit à une assistance judiciaire et à une aide juridictionnelle en droit de l'UE. En vertu de son article 51, la Charte s'applique aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. L'article 47 prévoit que « [t]oute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter » et qu'« [u]ne aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

Le droit à un procès équitable protégé par le droit de l'UE s'applique aux affaires d'asile et d'immigration, ce qui n'est pas le cas du droit protégé par l'article 6 de la CEDH. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit l'octroi d'une aide juridictionnelle, reflétant ainsi l'importance historique et constitutionnelle de cette mesure. L'explication relative à cette disposition (*Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*) fait référence à la jurisprudence de la CourEDH, citant l'arrêt *Airey*<sup>246</sup>. Dans les affaires d'asile et d'immigration, l'apport d'une aide juridictionnelle est un facteur essentiel d'effectivité des recours et d'équité des procédures.

244 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (1981), Recommandation n° R (81)7 du Comité des Ministres aux États membres sur les moyens de faciliter l'accès à la justice ; *Sialkowska c. Pologne*, n° 8932/05, CourEDH, 22 mars 2007.

245 CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011, para. 319.

246 *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, CourEDH, 9 octobre 1979.

**En Suisse**, le droit à l'assistance judiciaire gratuite est garanti. Il découle du principe d'égalité inscrit à l'art. 8, al. 1, Cst. et des garanties générales de procédure figurant à l'art. 29, al. 1, Cst. Concrètement, l'art. 29, al. 3, Cst. instaure le droit à l'assistance judiciaire gratuite, qui peut comprendre la gratuité de la procédure et l'assistance gratuite d'un défenseur. La gratuité de la procédure, soit le fait de dispenser une personne de s'acquitter des frais de procédure, est accordée lorsque la personne ne dispose pas de ressources suffisantes et que sa cause ne semble pas d'emblée vouée à l'échec. De plus, dans toutes les procédures administratives, un avocat peut être attribué à une partie si les deux conditions citées ci-dessus (le manque de moyens et les chances d'aboutir) sont remplies et que la sauvegarde des droits de la personne concernée le requiert (art. 65, al. 1 et 2e, PA). Cette réglementation s'applique tant aux procédures administratives de première instance qu'aux recours<sup>247</sup>.

## 4.5.1. L'assistance judiciaire dans les procédures d'asile

**Droit de l'UE :** L'article 22, paragraphe 1, de la directive sur les procédures d'asile confère aux demandeurs le droit de consulter un conseil juridique à propos des questions ayant trait à leur demande. Conformément à l'article 20 de la directive, en cas de décision négative de l'administration, les États membres de l'UE veillent à ce qu'une assistance judiciaire et une représentation gratuites leur soient accordées afin qu'ils puissent contester la décision et dans le cadre de l'audience d'appel. La directive autorise également les États membres à ne pas fournir d'assistance judiciaire et de représentation gratuite pour les recours qui n'ont aucune chance d'aboutir (article 20, paragraphe 3). Ils peuvent toutefois exiger que certaines conditions soient remplies, telles que des limites monétaires ou des délais (article 21).

L'article 23 de la directive comprend aussi des dispositions concernant la portée de l'assistance judiciaire et de la représentation, dispositions qui prévoient notamment que le conseil juridique doit avoir accès aux informations versées au dossier du demandeur ainsi qu'aux zones réservées, telles que les lieux de rétention ou les zones de transit, si leur client y est placé ou détenu. Les demandeurs sont autorisés à se faire accompagner à l'entretien personnel relatif à la demande d'asile par un conseil juridique ou un autre conseiller habilité à cet effet par le droit national.

<sup>247</sup> L'applicabilité de cette disposition aux procédures non contentieuses découle de l'art. 29, al. 3, Cst ; cf. p. ex. ATF 123 I 145, consid. 2b(aa) ; ATF 122 I 267, consid. 2a ; ATF 121 I 60, consid. 2a(bb), consid. 2b ; ATF 119 la 264, consid. 3a.

**CdE** : Les lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées<sup>248</sup> reconnaissent également le droit à une assistance judiciaire et à une aide juridictionnelle.

**En Suisse**, c'est l'art. 110a LAsi qui règlemente le droit à l'assistance judiciaire dans les procédures d'asile. Cette disposition, en dérogation à l'art. 65 PA, n'exige pas de prouver la nécessité d'attribuer un mandataire d'office ; le législateur part du principe qu'une telle assistance est nécessaire (art. 110a, al. 1, LAsi). Font exception les recours « formés dans le cadre de procédures de Dublin (art. 31a, al. 1, let. b), de procédures de réexamen, de procédures de révision ou de demandes multiples » (al. 2). Par ailleurs, dans la procédure d'asile, il est possible de confier la représentation juridique à des personnes n'ayant pas de brevet d'avocat, mais étant titulaires d'un diplôme universitaire en droit et qui, « à titre professionnel, conseillent et représentent des requérants d'asile » (al. 3).

## 4.5.2. L'assistance judiciaire en cas de décision de retour

**Droit de l'UE** : La fourniture d'une assistance judiciaire ne concerne pas seulement le cas des décisions en matière d'asile, elle s'applique aussi dans le cas des décisions de retour. Il y a là un élément important car l'assistance fournie permet aux personnes à l'encontre desquelles une décision de retour a été prononcée en vertu de la directive « retour » d'introduire un recours contre la décision en question afin qu'elle fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel dans le cadre duquel leurs arguments soient examinés, démarche que certains ne pourraient pas entreprendre sans cette assistance. Par exemple, l'individu faisant l'objet de la décision peut avoir fondé une famille pendant son séjour dans l'État membre de l'UE : il faut alors qu'il ait accès à un tribunal qui examinera la compatibilité de la décision de retour avec le respect des droits de l'homme. L'article 13 de la directive « retour » dispose que les États membres de l'UE « *veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement* » conformément à la législation nationale applicable et aux conditions énoncées à l'article 15, paragraphes 3 et 6, de la directive 2005/85/CE sur les procédures d'asile .

Selon ces dispositions, l'aide juridictionnelle doit être accordée sur demande. Cela implique que les demandeurs soient être informés de la possibilité de bénéficier d'une aide juridictionnelle en des termes clairs et simples qu'ils comprennent, car, dans

<sup>248</sup> Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2009), *Lignes directrices sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées*, 1<sup>er</sup> juillet 2009.

le cas contraire, cette règle serait vidée de son sens et l'accès effectif à la justice se trouverait entravé.

**CdE :** L'assistance judiciaire est également prévue dans les *Vingt principes directeurs sur le retour forcé* du Conseil de l'Europe<sup>249</sup> (au principe 9).

**En Suisse,** la LEtr renvoie aux dispositions générales sur la procédure fédérale pour régir la protection juridique, et, par là, l'assistance judiciaire lors de décisions d'expulsion et de renvoi (art. 112 LEtr). La règle générale de l'art. 65 PA sur la garantie de l'assistance judiciaire (voir la section 4.5) s'applique par conséquent aussi en cas de décision de retour.

### 4.5.3. L'assistance judiciaire dans les procédures de recours contre les décisions prises en matière d'aide aux demandeurs d'asile

**Droit de l'UE :** Les décisions négatives en matière d'aide aux demandeurs d'asile prises en vertu de la directive sur les conditions d'accueil sont susceptibles de recours (article 26 de la directive). En cas d'appel ou de recours, les États membres doivent veiller à ce que les demandeurs bénéficient d'une assistance juridique et d'une représentation gratuites, dans la mesure où les intéressés le demandent et que pareil soutien est nécessaire pour garantir un accès effectif à la justice. En vertu de la directive sur les conditions d'accueil, les États membres peuvent imposer des restrictions à l'assistance judiciaire similaires à celles qui sont prévues par la directive sur les procédures d'asile pour le contrôle des décisions en matière d'asile.

**En Suisse,** l'octroi de l'aide sociale étant de la compétence des cantons, c'est à ceux-ci qu'il revient de réglementer l'assistance judiciaire dans les procédures de recours engagées contre les décisions prises en matière d'aide aux demandeurs d'asile. Les cantons sont tenus pour le moins de respecter les garanties minimales de l'art. 29, al. 3, Cst. (voir la section 4.5). Lorsqu'une décision d'un tribunal administratif cantonal est déférée au Tribunal fédéral, c'est l'art. 64 LTF qui s'applique en ce qui concerne l'assistance judiciaire gratuite ; les conditions qu'il pose correspondent à celles de l'art. 65 PA (voir la section 4.5).

<sup>249</sup> Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2005).

## Points clés

- Le droit de l'UE impose d'appliquer des procédures efficaces et équitables dans le cadre de l'examen tant des demandes d'asile que des retours (voir les sections 4.1.1 et 4.4).
- L'article 13 de la CEDH garantit un droit à un recours effectif, accessible et concret devant une instance nationale pour tous les griefs défendables tirés de toutes les dispositions de la CEDH ou de ses protocoles. Il impose notamment un examen indépendant et rigoureux de toute allégation selon laquelle il existerait des motifs sérieux de craindre que l'individu soit exposé à un risque réel de traitement contraire à l'article 2 ou à l'article 3 de la CEDH en cas d'expulsion ou d'extradition (voir la section 4.1.2).
- Au regard de l'article 13 de la CEDH, le recours doit avoir un effet suspensif automatique lorsque la mise en œuvre de la mesure de retour est susceptible d'avoir des effets potentiellement irréversibles (voir la section 4.1.3).
- L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE impose un recours judiciaire et offre davantage de garanties d'équité que l'article 13 de la CEDH (voir la section 4.1.2).
- Le droit de l'UE prévoit des garanties procédurales relatives à l'octroi et au retrait d'une aide et de prestations sociales aux demandeurs d'asile (voir la section 4.3).
- L'absence d'assistance judiciaire peut poser problème au regard de l'article 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (voir la section 4.5).
- **En droit suisse**, l'art. 29 Cst. instaure des garanties pour les procédures de première instance et l'art. 29a Cst. garantit le droit à un recours effectif.
- Ces garanties s'appliquent sans restriction non seulement aux procédures d'asile, mais aussi aux procédures de retour, aux procédures Dublin III et à celles portant sur les prestations fournies aux demandeurs d'asile.
- L'assistance judiciaire gratuite et la représentation gratuite sont en principe garanties lorsque la personne concernée ne dispose pas des ressources suffisantes pour se défendre, que sa requête a des chances d'aboutir et que la sauvegarde de ses droits l'exige.
- Dans la procédure d'asile, il n'est pas nécessaire de prouver la nécessité d'une représentation gratuite pour que celle-ci soit attribuée. Par ailleurs, cette représentation judiciaire peut être confiée à des titulaires d'un diplôme universitaire en droit qui, à titre professionnel, conseillent et représentent des requérants d'asile.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.

# 5

## La vie privée et familiale et le droit au mariage



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Droit de se marier et de fonder une famille</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 9 (droit de se marier et droit de fonder une famille)*</p> <p>Résolution du Conseil du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance (97/C 382/01)*</p>	<p>CEDH, art. 12 (droit au mariage)</p> <p>CourEDH, <i>O'Donoghue c. Royaume-Uni</i>, 2010 (obstacles à l'exercice du droit au mariage)</p>	<p>Constitution fédérale (Cst.) RS 101, art. 13 al. 1</p> <p>Code civil suisse (CC), art. 97a, art. 98 al. 4, art. 99 al. 4</p> <p>ATF 137 I 351, s'il n'existe pas de risque de mariage de complaisance, les autorités sont tenues de délivrer un titre de séjour temporaire à une personne souhaitant se marier et qui n'a pas de titre de séjour, afin qu'elle puisse se marier</p>
<b>Régularisation familiale</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 7 (respect de la vie privée et familiale)*</p> <p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE exerçant son droit de libre circulation:</b></p> <p>Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE*</p>	<p>CEDH, art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)</p> <p>CourEDH, <i>Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas</i>, 2006 (intérêt supérieur de l'enfant)</p> <p>CourEDH, <i>Darren Omoregie et autres c. Norvège</i>, 2008 (fortes attaches d'un conjoint nigérian avec son pays d'origine)</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 42 ss.</p> <p>Complémentaire: CEDH, art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)</p> <p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681, art. 3 annexe I</p> <p>ATF 136 II 5, applicabilité de la jurisprudence <i>Metock</i></p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<p>CJCE, affaire C-127/08, <i>Metock</i>, 2008 (il n'est pas nécessaire que le membre de la famille qui est ressortissant d'un pays tiers ait déjà séjourné régulièrement dans un État membre de l'UE)*</p>	<p>CourEDH, <i>Nuñez c. Norvège</i>, 2011 (vie familiale en Norvège)</p>	<p>ATF 139 II 393, non applicabilité de la jurisprudence <i>Ruiz Zambrano</i></p>
<p>CJCE, affaire C-60/00, <i>Mary Carpenter</i>, 2002 (l'épouse ressortissante d'un pays tiers peut rester avec ses enfants dans le pays d'origine de son époux lorsque celui-ci le quitte pour s'installer dans un autre État membre de l'UE)*</p>		
<p>CJCE, affaire C-59/85, <i>État néerlandais c. Ann Florence Reed</i>, 1986 (partenaires enregistrés)*</p>		
<p>CJUE, affaire C-34/09, <i>Ruiz Zambrano</i>, 2011 (enfants courant le risque de perdre les avantages liés à la citoyenneté européenne)*</p>		
<p>CJUE, affaire C-256/11, <i>Murat Dereci</i>, 2011 (conjoint et enfants)*</p>		
<p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers:</b> Directive relative au regroupement familial, 2003/86/CE (le membre de la famille doit normalement présenter sa demande en dehors du pays)*</p>		

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Regroupement familial</b>		
<p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE exerçant son droit de libre circulation :</b></p> <p>Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE*</p> <p>CJUE, affaire C-578/08, <i>Chakroun</i>, 2010 (il est sans pertinence que la famille ait été fondée avant ou après l'arrivée du ressortissant d'un pays tiers)*</p> <p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers :</b></p> <p>Directive relative au regroupement familial, 2003/86/CE*</p>	<p>CSE, art. 19, para. 6 (regroupement de la famille des travailleurs étrangers)*</p> <p>CourEDH, <i>Gül c. Suisse</i>, 1996 (enfants restés dans le pays tiers)</p> <p>CourEDH, <i>Sen c. Pays-Bas</i>, 2001 (enfants restés dans le pays tiers)</p> <p>CourEDH, <i>Osman c. Danemark</i>, 2011 (adolescente rejoignant sa famille au Danemark)</p>	<p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681, art. 3 annexe I</p> <p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 42 ss.</p>
<b>Protection contre l'expulsion</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 7 (respect de la vie privée et familiale)*</p>	<p>CEDH, art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 62 ss.</p>
<b>Rupture du lien familial</b>		
<p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE exerçant son droit de libre circulation :</b></p> <p>Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE, art. 13*</p> <p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers :</b></p> <p>Directive relative au regroupement familial, 2003/86/CE, art. 15*</p>	<p>CourEDH, <i>Berrehab c. Pays-Bas</i>, 1988 (maintien d'un contact avec les enfants)</p> <p>Commission européenne des droits de l'homme, <i>Sorabjee c. Royaume-Uni</i>, 1995 (divorce)</p>	<p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681</p> <p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 50</p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Condamnation pénale</i>		
<p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE exerçant son droit de libre circulation :</b> Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE, art. 27-33*</p> <p><b>Membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers :</b> Directive relative au regroupement familial, 2003/86/CE, art. 6, para. 2*</p>	<p>CourEDH, <i>Boultif c. Suisse</i>, 2001 (critères d'appréciation de la proportionnalité de l'expulsion)</p> <p>CourEDH, <i>Üner c. Pays-Bas</i>, 2006 (critères d'appréciation des obstacles à l'expulsion découlant du droit à la vie privée et familiale)</p>	<p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681, art. 5 annexe I</p> <p>Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 121 al. 3-6</p> <p>ATF 109 Ib 183 reconnaît un droit à rester dans la famille et la possibilité de recours par l'art. 8 CEDH</p> <p>ATF 139 I 16 établit que l'initiative sur le renvoi doit être interprétée dans le contexte général du droit constitutionnel et ne prime pas le droit international</p>

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Le présent chapitre est consacré au droit au respect de la vie privée et familiale ainsi qu'au droit de se marier et de fonder une famille. Il aborde également les questions relatives au regroupement familial et à la régularisation familiale ainsi que les garanties permettant de préserver l'unité familiale.

**CEDH :** Le droit au respect de la « vie privée et familiale » est garanti par l'article 8 de la Convention. La notion de « vie privée » est large et il est difficile d'en donner une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne, le droit au développement personnel et le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur<sup>250</sup>. En dehors d'une éventuelle atteinte à la « vie familiale », l'expulsion d'un migrant installé dans un pays peut constituer une atteinte au droit à la « vie privée », atteinte qui peut être justifiée ou injustifiée selon le cas d'espèce. C'est en fonction des circonstances de l'affaire portée devant elle que la CourEDH décide

<sup>250</sup> *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CourEDH, 29 avril 2002, para. 61.

s'il convient de mettre l'accent sur l'aspect « vie familiale » plutôt que sur l'aspect « vie privée »<sup>251</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Omojudi c. Royaume-Uni*<sup>252</sup>, la CourEDH a rappelé que l'article 8 de la CEDH protégeait également le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il pouvait aussi englober des aspects de l'identité sociale d'un individu, de sorte qu'il fallait accepter que l'ensemble des liens sociaux entre les migrants établis dans le pays et la communauté dans laquelle ils vivaient faisaient partie intégrante de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8, indépendamment de l'existence d'une « vie familiale ».

**Droit de l'UE :** La Charte des droits fondamentaux de l'UE consacre le droit de se marier et de fonder une famille (article 9) ainsi que le droit au respect de la vie familiale (article 7). Elle protège également les droits de l'enfant (article 24), notamment le droit d'entretenir des contacts avec ses deux parents (article 24, paragraphe 3).

En ce qui concerne la migration, la première mesure relative à la libre circulation des personnes, adoptée il y a plus de quarante ans (règlement (CEE) n° 1612/68), accordait expressément le droit aux travailleurs migrants européens d'être accompagnés non seulement de leur conjoint et de leurs enfants de moins de vingt et un ans mais aussi de leurs enfants à charge ayant plus de vingt et un ans et de leurs parents et grands-parents à charge. Les partenaires enregistrés ont été ajoutés à cette liste et l'admission et l'autorisation de séjour d'autres membres de la famille doivent être facilitées. La nationalité des membres de la famille n'avait et n'a toujours aucune pertinence pour l'exercice de ce droit. Comme la majorité des politiques nationales en matière d'immigration visent à restreindre la circulation des ressortissants de pays tiers, les procédures contentieuses au niveau de l'UE concernent en grande partie les droits de membres de la famille ressortissants de pays tiers plutôt que ceux de ressortissants de l'EEE.

La CJUE a dû déterminer si les restrictions relatives aux migrations familiales risquaient de dissuader les citoyens de l'Union d'exercer leurs droits à la libre circulation ou d'entraver la pleine jouissance de la citoyenneté européenne. De façon paradoxale, dans de nombreux États membres de l'UE, les ressortissants de l'UE exerçant leur droit de libre circulation bénéficient de droits au regroupement familial bien plus importants que

251 *A.A. c. Royaume-Uni*, n° 8000/08, CourEDH, 20 septembre 2011 ; *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, CourEDH, 18 octobre 2006.

252 *Omojudi c. Royaume-Uni*, n° 1820/08, CourEDH, 24 novembre 2009, para. 37.

ceux des propres citoyens de l'État concerné. En effet, le regroupement familial des ressortissants de l'UE qui n'ont pas exercé leur droit de libre circulation est régi par la législation nationale, qui reste dans certains États membres plus restrictive que celle de l'UE.

L'accord d'Ankara prévoit également des dispositions particulières pour les membres de la famille de citoyens turcs (article 7 de la décision n° 1/80). L'adoption à l'échelon de l'UE de la directive relative aux résidents de longue durée (2003/109/CE) et de la directive relative au regroupement familial (2003/86/CE concernant les membres de la famille d'un regroupant – terme désignant le membre de la famille établi dans l'UE qui demande le regroupement familial – ressortissant d'un pays tiers) a élargi la compétence de l'UE dans ce domaine.

Enfin, les réfugiés jouissent depuis longtemps de privilèges particuliers concernant le regroupement familial dans les pays européens, compte tenu du fait qu'il leur est impossible de retourner dans leur pays d'origine pour poursuivre leur vie familiale. Ainsi, le chapitre V de la directive relative au regroupement familial contient des dispositions particulières pour les réfugiés.

**En Suisse**, le droit de se marier et de fonder une famille est garanti à l'art. 14 Cst. ; quant au droit au respect de la vie privée et familiale, il figure à l'art. 13 Cst. Ces deux dispositions constitutionnelles s'inspirent largement des art. 12 et 8 de la CEDH et garantissent pour l'essentiel, pour les sujets abordés ici, le respect des mêmes droits fondamentaux. Le droit des étrangers ne régit pas tous les cas de regroupement familial de la même façon. L'existence effective du droit au regroupement familial (ou la marge d'appréciation des autorités) et les conditions à remplir pour y avoir droit dépendent du type d'autorisation du regroupant. La LEtr institue un droit au regroupement familial pour les membres de la famille des ressortissants suisses (art. 42 LEtr), pour le conjoint et les enfants des titulaires d'une autorisation d'établissement (art. 43 LEtr) et pour les enfants séjournant en Suisse en vue d'une adoption (art. 48 LEtr). Pour les conjoints et enfants de titulaires d'une autorisation de séjour (art. 44 LEtr) ou d'une autorisation de séjour de courte durée (art. 45 LEtr), le regroupement familial est par contre laissé à l'appréciation de l'autorité chargée de délivrer l'autorisation. Ces dispositions s'appliquent de même aux partenaires enregistrés (art. 52 LEtr). Les citoyens des États de l'UE et de l'AELE bénéficient, grâce aux dispositions figurant dans l'annexe A de l'ALCP (ou dans l'annexe K de l'accord AELE), d'un régime moins restrictif : ils ont par principe droit au regroupement familial, doivent pour cela remplir moins de conditions et le cercle des personnes susceptibles d'être regroupées est plus large. Tandis que les ressortissants de pays tiers et les Suisses qui souhaitent faire venir des ressortissants de pays tiers ne peuvent le faire que s'il s'agit de leur conjoint ou d'enfants célibataires de moins de 18 ans, les

ressortissants des États membres de l'UE et de l'AELE ont le droit de faire venir leurs enfants de moins de 21 ans (et au-delà, s'ils démontrent pouvoir subvenir à leurs besoins) et les parents et grands-parents des deux conjoints, là aussi s'ils prouvent qu'ils peuvent subvenir à leurs besoins (art. 3, annexe I ALCP). Et contrairement aux ressortissants d'États tiers bénéficiant du regroupement familial par un membre suisse ou un membre ressortissant d'un État tiers de leur famille, ils n'ont pas l'obligation de vivre en ménage commun avec les personnes bénéficiant du regroupement familial.

Contrairement à l'UE, la Suisse n'a pas prévu de dispositions spéciales pour les citoyens turcs ; ceux-ci sont soumis aux mêmes règles que les ressortissants des autres États tiers.

Le droit des étrangers ne fait pas de distinction entre le regroupement de membres de la famille qui séjournent dans un autre État et la régularisation de membres de la famille déjà sur sol suisse. Ces cas de figure sont tous deux réglementés par l'institution du regroupement familial (art. 42 et suivants LEtr) (voir à ce sujet les explications détaillées aux sections 5.2 et 5.3).

Dans un but de protection des familles, le droit d'asile suisse a institué « l'asile accordé aux familles » (art. 51 LAsi) : les conjoints et enfants mineurs des réfugiés sont reconnus comme réfugiés et obtiennent l'asile, pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose. Cette disposition s'applique également aux enfants nés en Suisse de réfugiés. Le principe de l'unité de la famille est pris en compte lors des procédures de renvoi (art. 44 LAsi).

## 5.1. Le droit de se marier et de fonder une famille

Le droit de se marier est consacré par l'article 12 de la CEDH et par l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Il s'agit du droit de former un lien conjugal et de fonder une famille. Ce droit est distinct du droit au respect de la vie familiale, qui s'applique aux familles souhaitant obtenir une autorisation d'immigration au motif d'un lien familial existant.

Les pays européens ont mis en place des restrictions au droit de se marier afin d'empêcher les mariages de complaisance, perçus comme des manœuvres visant à contourner les mesures de contrôle de l'immigration.

Un **mariage fictif** (ou mariage de complaisance) est un mariage conclu uniquement à des fins d'immigration, « *dans le seul but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour* »<sup>253</sup> et sans aucune intention de cohabiter ou de partager les autres caractéristiques sociales du mariage. Dans de nombreux ordres juridiques, le fait de faciliter sciemment un mariage fictif est une infraction pénale.

Dans un **mariage forcé**, l'un des conjoints (ou les deux) se marie contre son gré. Dans de nombreux ordres juridiques, le fait de forcer une personne à se marier est désormais une infraction pénale. En pratique, il peut être difficile de différencier un mariage forcé d'un mariage de complaisance, notamment dans le cas des « mariages arrangés », notion qui recouvre différentes situations, qui peuvent aller de cas se rapprochant d'un mariage forcé à des systèmes dans lesquels le conjoint choisit librement et volontairement un partenaire parmi une liste restreinte de candidats proposés par les familles après un examen attentif de leur adéquation. Au niveau européen, il existe peu de cas de jurisprudence et de mesures législatives concernant les mariages forcés<sup>254</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Quila*<sup>255</sup>, il était demandé à la Cour suprême du Royaume-Uni de déterminer si l'interdiction d'entrée sur le territoire de partenaires civils ou de conjoints étrangers à des fins de séjour au titre du paragraphe 277 du règlement sur l'immigration – en vertu duquel l'âge minimal que devaient avoir les deux parties pour que l'entrée et le séjour dans le pays soient autorisés avait été relevé de 18 à 21 ans – constituait un moyen légitime de dissuasion ou de prévention des mariages forcés. S'appuyant sur la jurisprudence de la CourEDH, la Cour suprême a jugé que le refus d'octroyer un visa de mariage adopté sur le fondement de cette disposition constituait une violation de l'article 8 de la CEDH. Dans cette affaire, il n'avait pas été allégué qu'il se soit agi d'un mariage forcé et, par conséquent, la Cour suprême a conclu qu'il n'y avait pas de relation logique entre une telle règle générale qui interdisait toute exception et le risque de mariage forcé.

**Droit de l'UE :** Le sentiment qu'un grand nombre de mariages étaient des mariages fictifs conclus à des fins d'immigration a entraîné l'adoption à l'échelle de l'UE de la résolution du Conseil 97/C382/01. Cette résolution découle de la préoccupation des États

253 Article 1<sup>er</sup> de la résolution du Conseil du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance (97/C382/01).

254 Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, résolution 1468 (2005) sur les mariages forcés et les mariages d'enfants, 5 octobre 2005.

255 Cour suprême du Royaume-Uni, *R (Quila and another) c. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45, 12 octobre 2011.

européens à l'égard des mariages de complaisance et répertorie les facteurs donnant des raisons de croire qu'un mariage est conclu à des fins de complaisance.

De manière générale, la législation relative à la libre circulation des personnes n'aborde pas les possibilités d'autorisation d'immigration d'un fiancé ou d'une fiancée et privilégie le regroupement familial ou la régularisation familiale. Seul le principe de non-discrimination pourrait s'appliquer à la situation de personnes sollicitant l'admission de leur futur conjoint depuis l'étranger.

**CEDH :** Il ressort de la jurisprudence de la CourEDH qu'un État peut légitimement subordonner le droit d'un étranger de se marier à des conditions raisonnables en vue de rechercher si le mariage envisagé est un mariage de complaisance et, le cas échéant, d'empêcher une telle union. En conséquence, les États contractants qui soumettent les mariages conclus par des étrangers à un contrôle visant à établir s'il s'agit ou non de mariages de complaisance ne méconnaissent pas nécessairement l'article 12 de la Convention. Pareil contrôle peut prendre la forme d'une obligation imposée aux ressortissants étrangers de signaler aux autorités leur projet de mariage et, si nécessaire, de fournir des informations relatives à leur situation au regard de la législation sur l'immigration et à l'authenticité de leur mariage. Toutefois, dans une affaire récente, la CourEDH a conclu que, même si elle n'était pas critiquable en soi, l'obligation imposée aux personnes relevant du contrôle de l'immigration de solliciter un certificat d'approbation pour pouvoir se marier au Royaume-Uni suscitait de sérieuses réserves.

Exemple : l'affaire *O'Donoghue c. Royaume-Uni*<sup>256</sup> concernait des obstacles au mariage imposés par le Royaume-Uni. Les personnes relevant du contrôle de l'immigration devaient obtenir l'autorisation des services de l'immigration avant de pouvoir conclure un mariage ayant une validité civile, sauf si elles choisissaient de se marier dans le cadre d'une cérémonie de l'Église anglicane. La CourEDH a estimé que ce système n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif déclaré consistant à réduire le nombre de mariages de complaisance étant donné que la décision de délivrance du certificat requis n'était fondée que sur la situation du demandeur au regard de la législation sur l'immigration et que l'authenticité du mariage n'était pas du tout examinée. Elle a conclu que le système violait emportait violation de l'article 12 de la CEDH et qu'il opérait en outre une discrimination fondée sur la religion puisque seuls les mariages devant être célébrés devant l'Église anglicane ne nécessitaient pas l'obtention préalable d'un certificat d'approbation. Elle a jugé

256 *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, n° 34848/07, CourEDH, 14 décembre 2010.

également que les frais afférents à ces certificats étaient excessivement élevés, compte tenu en particulier du fait qu'aucune exonération ou remise n'était accordée aux personnes démunies.

**CEDH** : Les requêtes concernant un refus d'admettre un fiancé ou une fiancée sur le territoire d'un pays à des fins de mariage sont relativement rares<sup>257</sup>.

La Suisse a renforcé ces dernières années les obstacles au mariage dans le but de pouvoir lutter tant contre les mariages de complaisance que contre les mariages forcés. La loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés (RO 2013 1035) prévoit toute une série de dispositions relevant du droit privé, du droit international privé, du droit pénal et du droit des étrangers afin d'empêcher les mariages forcés et de protéger les personnes qui en sont victimes. Forcer quiconque à se marier constitue maintenant une infraction (art.181a code pénal, CP). De plus, le législateur a introduit dans la loi de nouveaux motifs d'annulation : le mariage peut ainsi être annulé s'il a été conclu en violation de la libre volonté de l'un des époux ou lorsque l'un des époux est mineur et que le maintien de l'union n'est pas dans son intérêt (art. 105, ch. 5 et 6 code civil, CC). Des normes analogues figurent dans la loi sur le partenariat enregistré (art. 6, al. 1 et art. 9, al. 1, LPart). La loi sur les étrangers et la loi sur l'asile se réfèrent à ces dispositions. Ainsi, les autorités compétentes en matière d'étrangers doivent signaler à l'état civil compétent tout soupçon de mariage forcé survenant dans le cadre du regroupement familial d'un conjoint (art. 45a LEtr, art. 85, al. 8, LEtr). Lors de la dissolution d'un mariage, le fait que celui-ci ait été forcé est maintenant considéré comme une raison personnelle majeure pouvant donner droit, nonobstant la disparition du motif de séjour en Suisse, à la prolongation de l'autorisation de séjour (art. 50, al. 2, LEtr). La loi sur l'asile prévoit quant à elle que le conjoint ne bénéficie plus de l'asile accordé aux familles (art. 51, al. 1<sup>bis</sup>, LAsi) ni de la protection provisoire octroyée aux familles (art. 71, al. 1<sup>bis</sup>, LAsi) en cas d'indices de mariage forcé, et tant que ces soupçons n'ont pas été infirmés ; ainsi que lorsque l'un des conjoints est mineur et que le maintien de l'union n'est pas dans son intérêt.

Afin de lutter contre les mariages de complaisance, une disposition pénale a été introduite dans la loi sur les étrangers (art. 118, al. 2, LEtr). Elle rend punissable le fait de contracter un mariage fictif avec un étranger et celui de s'entremettre en vue d'un tel

<sup>257</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 9214/80, 9473/81 et 9474/81, CourEDH, 28 mai 1985. Cette affaire concernait à l'origine des femmes (dont certaines n'étaient pas encore mariées) qui se retrouvaient dans une situation désavantageuse pour faire venir leur fiancé ou leur époux au Royaume-Uni. Au moment où la CourEDH a examiné l'affaire, toutes les requérantes étaient mariées et la Cour a envisagé la question sous l'angle des droits des conjoints.

mariage, de le faciliter ou de le rendre possible. Depuis 2008, les officiers de l'état civil sont tenus de refuser d'entrer en matière lorsque le but d'une union n'est manifestement pas de fonder une communauté conjugale, mais d'éluider les dispositions du droit des étrangers (art. 97a CC). Par ailleurs, depuis une modification de la loi intervenue en 2001, les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent prouver qu'ils séjournent légalement en Suisse au cours de la procédure préparant au mariage (art. 98, al. 4, CC) et les officiers de l'état civil sont tenus de signaler aux autorités compétentes (en règle générale les services des étrangers des cantons) les personnes qui ne parviennent pas à fournir cette preuve (art. 99, al. 4, CC). Les personnes qui n'ont jamais obtenu d'autorisation de séjour en règle, tels que les demandeurs d'asile déboutés et les sans-papiers, ne peuvent donc en principe plus contracter de mariage, ce qui n'est pas sans poser problème par rapport au droit de se marier garanti aux art. 12 CEDH et 14 Cst.

Le Tribunal fédéral, se référant explicitement à la jurisprudence de la CourEDH dans l'affaire *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*<sup>258</sup>, a estimé que les autorités compétentes doivent octroyer un titre de séjour provisoire au fiancé qui désire se marier en Suisse, mais n'y a pas régularisé sa situation, lorsqu'il n'y a pas d'indice d'abus de droit et que la personne en question aura manifestement droit à un titre de séjour une fois mariée<sup>259</sup>. Un titre de séjour provisoire doit également être délivré aux demandeurs d'asile déboutés, bien que cela entre en fait en contradiction avec le principe de la primauté et de l'exclusivité de la procédure d'asile (art. 14 LA<sup>si</sup>)<sup>260</sup>.

## 5.2. La régularisation familiale

On parle de régularisation familiale lorsque le regroupant résident souhaite régulariser, par l'obtention d'un titre de séjour pour membre de famille, la situation d'un membre de sa famille qui réside déjà sur le territoire soit régulièrement dans le cadre d'un autre statut soit irrégulièrement.

**Droit de l'UE :** Les règles énoncées dans la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE) s'appliquent aux ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE. Toutefois, dans le cas des citoyens de l'Union, la directive ne s'applique que lorsque le citoyen concerné a exercé son droit de libre circulation. Pour les citoyens de l'EEE, les membres reconnus de la famille sont les conjoints, les

258 *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, n° 34848/07, CourEDH, 14 décembre 2010.

259 ATF 137 I 351, consid. 3.4-3.7.

260 ATF 137 I 351, consid. 3.1.

enfants âgés de moins de vingt et un ans, les enfants à charge âgés de plus de 21 ans (article 2, paragraphe 2) et « *tout autre membre de la famille* » (article 3, paragraphe 2). En ce qui concerne les ressortissants suisses, les conditions à remplir pour être « membre de la famille » sont est plus restrictives<sup>261</sup>. La CJUE a précisé ce qu'il fallait entendre par « *tout autre membre de la famille* ».

Exemple : dans l'affaire *Rahman*<sup>262</sup>, la CJUE a précisé que l'article 3, paragraphe 2, de la directive relative à la liberté de circulation n'offrait pas seulement aux États membres la possibilité d'octroyer un certain avantage aux demandes d'entrée et de séjour introduites par les membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui sont à sa charge et qui peuvent le prouver au moment de leur demande d'entrée sur le territoire, mais les y obligeait. Elle a dit que pour respecter cette obligation, les États membres devaient veiller à ce que leur législation comporte des critères permettant aux personnes concernées d'obtenir une décision sur leur demande d'entrée et de séjour qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle, qui, en cas de refus, soit motivée, et qu'ils puissent faire contrôler par une instance judiciaire.

Les ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE (y compris les membres de la famille d'un citoyen de l'Union mais uniquement dans la mesure où celui-ci a exercé son droit de libre circulation) sont souvent privilégiés par rapport aux ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un ressortissant du pays concerné, dont le statut est exclusivement régi par la législation nationale. Le droit d'entrée et de séjour des membres de la famille qui sont ressortissants de pays tiers ne dépend ni de la date à laquelle ils sont entrés sur le territoire du pays d'accueil ni de la manière dont ils y sont entrés : il s'applique également aux personnes entrées de manière irrégulière.

261 En vertu de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, (21 juin 1999, JO 2002 L 144/6, article 3), on entend par membres de la famille les conjoints du ressortissant, ses descendants qui sont âgés de moins de vingt et un ans ou qui sont à sa charge et ses ascendants à charge, c'est-à-dire nourris et logés par lui (si le ressortissant est étudiant, seuls son conjoint et ses enfants mineurs sont considérés comme des membres de sa famille).

262 CJUE, affaire C-83/11, *Secretary of State for the Home Department c. Rahman et autres*, 5 septembre 2012.

Exemple : l'affaire *Metock et autres*<sup>263</sup> concernait les conjoints ressortissants de pays tiers de citoyens de l'Union résidant en Irlande mais n'ayant pas la nationalité irlandaise. L'Irlande soumettait le bénéfice de la directive relative à la liberté de circulation à une condition de séjour légal préalable dans un autre État membre et refusait d'accorder aux ressortissants de pays tiers le droit d'entrée et de séjour sur son territoire s'ils y étaient entrés avant de devenir le conjoint d'un citoyen de l'Union. La CJCE a estimé que les États membres de l'UE ne pouvaient pas subordonner le droit à une vie commune au sens de la directive relative à la liberté de circulation à des éléments tels que la date et le lieu du mariage ni à la condition que le ressortissant du pays tiers ait au préalable séjourné légalement dans un autre État membre de l'UE.

Exemple : dans l'affaire *MRAX*<sup>264</sup>, la CJCE a dit que les États membres ne pouvaient pas refuser d'octroyer un permis de séjour à un ressortissant de pays tiers marié à un citoyen de l'Union au motif qu'il était entré illégalement dans le pays après l'expiration de son visa.

Au fil du temps, la CJUE a élargi le champ d'application aux ressortissants de l'UE des droits et des libertés découlant des traités de l'UE, ce qui a permis d'accorder, sous certaines conditions, des droits dérivés aux ressortissants de pays tiers membres de leur famille.

Exemple : l'affaire *Carpenter*<sup>265</sup> concernait l'épouse, ressortissante d'un pays tiers, d'un ressortissant britannique dont l'activité professionnelle consistait à fournir des prestations de services, contre rémunération, dans d'autres États membres. La CJCE a admis l'argument selon lequel l'interdiction faite à l'épouse de demeurer avec le ressortissant britannique au Royaume-Uni et de s'occuper de ses enfants pendant son absence aurait constitué une restriction à l'exercice par l'époux de sa liberté d'offrir une prestation de services dans l'UE. Elle s'est ainsi appuyée sur la libre prestation de services consacrée par l'article 56 du TFUE pour reconnaître des droits familiaux à un citoyen de l'Union qui n'avait jamais vécu à l'étranger mais qui

263 CJCE, affaire C-127/08, *Metock et autres c. Minister for Equality, Justice and Law Reform*, 25 juillet 2008, Recueil 2008, p. I-06241, paras. 53-54 et 58. Le Tribunal fédéral suisse a suivi la jurisprudence *Metock* dans sa décision BGE 136 II 5 du 29 septembre 2009.

264 CJCE, affaire C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. État belge*, 25 juillet 2002, Recueil 2002, p. I-06591, para. 80.

265 CJCE, affaire C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11 juillet 2002, Recueil 2002, p. I-06279, para. 36-46 ; CJCE, affaire C-370/90, *The Queen c. IAT et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for the Home Department*, 17 juillet 1992, Recueil 1992, p. I-04235, concernant la possibilité de faire valoir ces droits pour les ressortissants de l'UE revenant dans leur pays d'origine.

exerçait une activité économique transfrontalière. Elle a également mentionné le droit fondamental au respect de la vie familiale consacré par l'article 8 de la CEDH.

La CJUE a reconnu que, dans certaines circonstances, les droits de séjour peuvent être directement liés au statut de citoyen de l'Union visé à l'article 20 du TFUE, en appliquant ce raisonnement dans des cas où le citoyen de l'Union n'avait jamais exercé son droit de libre circulation.

Exemple : dans l'affaire *Ruiz Zambrano*<sup>266</sup>, la CJUE a jugé que les ressortissants de pays tiers, qui assumaient la charge de leurs enfants mineurs de nationalité belge, devaient bénéficier d'un permis de séjour et de travail en Belgique pour vivre avec eux et subvenir à leurs besoins. Elle a admis que l'article 3, paragraphe 1, de la directive relative à la liberté de circulation n'était pas applicable en l'espèce car les enfants, citoyens de l'Union, ne s'étaient jamais rendus et n'avaient jamais séjourné dans un État membre autre que leur pays d'origine, mais, s'appuyant directement sur leur statut de citoyens de l'Union au sens de l'article 20 du TFUE, elle a dit que l'État membre ne pouvait refuser d'octroyer à leurs parents ressortissants d'un pays tiers un permis de séjour et de travail sur son territoire, car une telle décision « *[les aurait privés] de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union* », étant donné qu'elle les aurait obligés à quitter le territoire de l'UE pour accompagner leurs parents.

Cela étant, ce raisonnement était lié aux circonstances particulières de l'espèce et ne s'applique pas en toutes circonstances. Par exemple, un enfant ressortissant d'un pays de l'Union européenne doit dépendre légalement, financièrement ou émotionnellement du ressortissant d'un État tiers qui se voit refuser un droit de résidence, puisque c'est en raison de ce lien de dépendance que l'enfant citoyen d'un pays membre de l'UE sera contraint de quitter non seulement le territoire de l'État membre dont il est le ressortissant mais également l'Union européenne dans son ensemble.<sup>267</sup> D'autres précisions ont été apportées par la CJUE dans une jurisprudence ultérieure.

266 CJUE, affaire C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 mars 2011 ; CJCE, affaire C-200/02, *Zhu et Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 octobre 2004, Recueil 2004, p. I-09925, paras. 42-47.

267 CJUE, *O. et S. c. Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto c. L.*, affaires jointes C-356/11 et C-357/11, 6 décembre 2012, para. 56.

Exemple : dans l'affaire *McCarthy*<sup>268</sup>, tranchée deux mois après l'affaire *Ruiz Zambrano*, la CJUE a examiné un cas dans lequel une personne de nationalités irlandaise et britannique, M<sup>me</sup> McCarthy, qui était née au Royaume-Uni et y avait toujours séjourné, avait présenté, en tant que citoyenne irlandaise, une demande d'autorisation de séjour au Royaume-Uni pour elle en tant que citoyenne de l'Union et pour son conjoint ressortissant d'un pays tiers en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union ayant exercé son droit de libre circulation. Cette demande avait été rejetée au motif que M<sup>me</sup> McCarthy n'était pas une « *personne ayant qualité* », c'est-à-dire un travailleur salarié ou non salarié, ou une personne subvenant à ses besoins. La Cour a dit que la directive relative à la liberté de circulation n'était pas applicable en l'espèce car M<sup>me</sup> McCarthy, qui possédait la nationalité de l'État et y avait toujours séjourné, n'avait en fait pas exercé son droit de libre circulation. Elle a précisé que le fait que l'intéressée jouisse par ailleurs de la nationalité d'un autre État membre n'était pas en soi suffisant pour conclure qu'elle avait fait usage de son droit de libre circulation. Elle a conclu également que les articles 20 et 21 du TFUE ne permettaient pas à M<sup>me</sup> McCarthy d'obtenir un droit de séjour au Royaume-Uni pour son conjoint, car le refus opposé par les autorités ne la priverait pas de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par son statut de citoyenne de l'Union et n'entraverait pas l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Exemple : dans l'affaire *Dereci*<sup>269</sup>, tranchée peu de temps après l'affaire *Ruiz Zambrano*, la CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si un ressortissant de pays tiers doit être autorisé à séjourner sur le territoire d'un État membre de l'UE dans lequel résident son conjoint et ses enfants – tous citoyens de l'Union – alors que ceux-ci n'ont jamais fait usage de leur droit de libre circulation et ne dépendent pas de lui pour leur subsistance. Elle a dit que les États membres pouvaient refuser à un ressortissant d'un pays tiers le séjour sur leur territoire pour autant qu'un tel refus ne comporte pas, pour le citoyen de l'Union concerné, la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union, condition dont elle a précisé qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de vérifier qu'elle était respectée. Dans son raisonnement, elle s'est exprimée ainsi : « *le seul fait qu'il pourrait paraître souhaitable à un ressortissant d'un État membre, pour des raisons d'ordre économique ou afin de maintenir l'unité familiale*

268 CJUE, affaire C-434/09, Recueil 2011, p. I-03375, *McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, 5 mai 2011.

269 CJUE, affaire C-256/11, *Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011, para. 8.

*sur le territoire de l'Union, que des membres de sa famille, qui ne disposent pas de la nationalité d'un État membre, puissent séjourner avec lui sur le territoire de l'Union, ne suffit pas en soi pour considérer que le citoyen de l'Union serait contraint de quitter le territoire de l'Union si un tel droit n'est pas accordé ».*

Exemple : dans l'affaire *lida c. Ulm*<sup>270</sup>, un citoyen japonais s'était installé en Allemagne avec son épouse allemande et la fille mineure du couple. La mère et la fille s'étaient ensuite installées en Autriche, le père demeurant en Allemagne. M. lida et sa femme vivaient donc séparément depuis 2008, même s'ils n'avaient pas divorcé. En 2008, M. lida avait introduit en Allemagne une demande de carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union, demande qui avait été rejetée par les autorités allemandes. Dans ces circonstances, la CJUE était appelée à déterminer si un ressortissant d'un pays tiers doit être autorisé à séjourner dans le pays d'origine des membres de sa famille lorsque ceux-ci ont quitté cet État et résident dans un autre État membre de l'UE. Elle a dit qu'un ressortissant d'un pays tiers membre de la famille d'un citoyen de l'Union ayant exercé son droit de libre circulation ne pouvait bénéficier de la directive 2004/38/CE qu'à condition qu'il s'installe dans l'État membre d'accueil où résidait ce citoyen. Elle a précisé aussi que l'article 2, paragraphe 2, point d), de la directive ne s'appliquait qu'aux ascendants directs qui sont à la charge de l'enfant et non aux enfants qui sont à la charge de l'ascendant, de sorte qu'en l'espèce, M. lida ne pouvait être qualifié de « membre de la famille » de sa fille au sens de cette disposition.

La CJUE a également examiné l'affaire au regard des articles 20 et 21 du TFUE. Dans ce cadre, elle a conclu qu'on ne pouvait pas considérer que la décision litigieuse risquait de priver la fille ou l'épouse de M. lida de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union, compte tenu du fait que, d'une part, le requérant demandait un droit de séjour dans un État membre autre que l'État où résidaient son épouse et sa fille et, d'autre part, il pouvait en principe bénéficier d'une extension de son droit de séjour en vertu du droit national et se voir accorder le statut de résident de longue durée au sens de la directive 2003/109/CE.

L'article 2, paragraphe 2, de la directive relative à la liberté de circulation inclut les « partenaires enregistrés » dans la catégorie des membres de la famille, à condition que, dans la législation nationale de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés soient équivalents au mariage, et sous réserve du respect des conditions prévues par cette

<sup>270</sup> CJUE, affaire C-40/11, *lida c. Stadt Ulm*, 8 novembre 2012.

législation. Dans certaines circonstances, les partenaires non enregistrés peuvent aussi bénéficier du droit de rejoindre un citoyen ou un migrant installé.

Exemple : dans l'affaire *État néerlandais c. Reed*<sup>271</sup>, la CJCE a jugé que, étant donné que le droit néerlandais autorisait les partenaires stables de citoyens néerlandais à séjourner avec eux aux Pays-Bas, le même avantage devait être accordé à M<sup>me</sup> Reed, qui entretenait une relation stable avec un travailleur britannique faisant usage aux Pays-Bas des droits que lui conférait le traité CEE. Elle a estimé, d'une part, que l'octroi d'une autorisation de séjour au partenaire non marié pouvait contribuer à son intégration dans l'État d'accueil et ainsi à la réalisation de l'objectif de la libre circulation des travailleurs et, d'autre part, que le refus d'octroyer une telle autorisation aurait constitué une discrimination.

La directive relative au regroupement familial régit la situation du conjoint et des enfants mineurs non mariés des ressortissants de pays tiers qui remplissent les conditions requises pour être regroupés. L'article 5, paragraphe 3, de la directive prévoit que les demandes de regroupement familial soient introduites et examinées alors que les membres de la famille résident à l'extérieur du territoire de l'État membre de l'UE dans lequel le regroupant réside, mais laisse aux États membres la possibilité de déroger à cette règle – qui ne peut, par ailleurs, être imposée aux membres de la famille de ressortissants de l'EEE<sup>272</sup>.

**CEDH :** Les États membres du Conseil de l'Europe ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des ressortissants étrangers. Toutefois, en vertu de l'article 8 de la CEDH, ils doivent respecter la vie familiale, et toute ingérence dans l'exercice de ce droit doit être justifiée (voir la section 5.4.2 pour consulter la liste des critères qui peuvent être pertinents pour l'examen de ces affaires). La Cour EDH a été saisie d'un nombre très important d'affaires relatives au refus par l'État d'admettre sur son territoire des conjoints ou d'autres membres de la famille de ses propres citoyens ou de migrants installés, ou de régulariser leur situation. L'un des principaux critères d'examen du caractère justifié ou non du refus de l'État membre concerné consiste à déterminer s'il existe des obstacles à la poursuite d'une vie familiale à l'étranger. Certes, cette solution peut imposer à un individu de quitter son propre pays, mais si elle estime que cette

271 CJCE, affaire C-59/85, *État néerlandais c. Ann Florence Reed*, 17 avril 1986, Recueil 1986, p. I-01283, paras. 28-30.

272 CJCE, affaire C-459/99, *MRAX*, 25 juillet 2002, Recueil 2002, p. I-6591 ; CJCE, affaire C-503/03, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, 31 janvier 2006, Recueil 2006, p. I-1097.

conséquence n'est pas abusive, la CourEDH conclut normalement que la décision de l'État membre était proportionnée<sup>273</sup>. Sa jurisprudence dans ce domaine est étroitement liée aux circonstances et aux faits propres à chaque affaire (voir également la section 5.4 pour consulter d'autres exemples).

🔄 Exemple : dans l'affaire *Jeunesse c. Pays-Bas*<sup>274</sup>, la CourEDH a examiné la situation d'une femme surinamaïse mariée à un ressortissant néerlandais à qui les autorités néerlandaises avaient refusé l'autorisation de séjour qu'elle avait demandé pour des raisons familiales. La Cour a établi qu'à part la plaignante, tous les membres de la famille étaient citoyens des Pays-Bas, pays où ils pouvaient invoquer leur droit à la vie de famille. Elle a également souligné que la plaignante vivait depuis 16 ans déjà aux Pays-Bas, et cela au su des autorités, et qu'elle n'avait pas commis d'infraction. Elle estimait que dans ces conditions, on ne pouvait pas raisonnablement exiger d'elle qu'elle s'établisse au Suriname. La Cour constatait également que les autorités compétentes n'avaient pas accordé suffisamment d'importance aux possibles conséquences, pour les enfants, de l'expulsion de leur mère, et qu'elles n'avaient en outre pas analysé les effets et la proportionnalité d'une décision négative, ce qui aurait dû être fait pour sauvegarder effectivement le bien de l'enfant. La Cour a donc conclu que les autorités néerlandaises n'avaient pas pesé équitablement les intérêts en présence : le contrôle de l'immigration pour l'État, d'une part, et la poursuite de la vie de famille aux Pays-Bas pour la plaignante et ses proches, d'autre part.

Exemple : dans l'affaire *Darren Omoregie et autres c. Norvège*<sup>275</sup>, où une ressortissante norvégienne et un ressortissant nigérian s'étaient mariés alors que le ressortissant nigérian résidait légalement sur le territoire norvégien, la CourEDH, tenant compte en particulier des attaches de l'époux avec son pays d'origine, a conclu que l'épouse n'aurait pas dû s'attendre à ce qu'il soit autorisé à vivre avec elle et leur enfant en Norvège.

273 *Darren Omoregie et autres c. Norvège*, n° 265/07, CourEDH, 31 juillet 2008, para. 68 ; *Bajsultanov c. Autriche*, n° 54131/10, CourEDH, 12 juin 2012, para. 91 ; *Onur c. Royaume-Uni*, n° 27319/07, CourEDH, 17 février 2009, paras. 60-61.

274 *Jeunesse c. Pays-Bas*, n° 12738/10, CourEDH (Grande chambre), 3 octobre 2014.

275 *Darren Omoregie et autres c. Norvège*, n° 265/07, CourEDH, 31 juillet 2008.

Exemple : dans l'affaire *Nuñez c. Norvège*<sup>276</sup>, la requérante était entrée en Norvège en utilisant des documents falsifiés, après y avoir commis une infraction pénale sous un nom différent. Elle avait ensuite épousé un ressortissant norvégien, avec lequel elle avait eu deux filles. La CourEDH a conclu que la Norvège violerait l'article 8 si elle expulsait la requérante.

La Cour a dit que le refus de régulariser la situation d'un conjoint étranger à la suite d'une rupture du mariage n'emportait pas violation de la Convention, même si cela pouvait entraîner *de facto* un exil des enfants de la famille, eux-mêmes citoyens de l'État d'accueil (voir également la section 5.4.1).

Exemple : dans l'affaire *Sorabjee c. Royaume-Uni*<sup>277</sup>, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable le grief tiré de l'article 8 par la requérante, qui dénonçait l'expulsion de sa mère vers le Kenya. La Commission a conclu que l'âge de la requérante (trois ans à l'époque) lui permettait de partir avec sa mère et qu'elle pourrait s'adapter au changement d'environnement. Elle a estimé que le fait que l'intéressée soit de nationalité britannique n'était pas pertinent. On peut distinguer cette approche de celle adoptée par la CJUE dans l'affaire *Ruiz Zambrano* (voir l'exemple ci-dessus dans la présente section).

La CourEDH peut en revanche se montrer réticente à admettre la séparation de la famille envisagée par les services de l'immigration lorsque les juridictions nationales ont estimé que l'enfant devrait rester dans l'État de résidence.

Exemple : dans l'affaire *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*<sup>278</sup>, où les juridictions néerlandaises avaient conclu qu'il était dans l'intérêt d'une enfant qu'elle demeure aux Pays-Bas avec son père néerlandais, la CourEDH a jugé disproportionnée la décision par laquelle les autorités avaient refusé de régulariser la situation de la mère, brésilienne, avec laquelle l'enfant entretenait des contacts réguliers.

Dans certains cas, il peut y avoir une ingérence indirecte dans le droit au respect de la vie familiale, même en l'absence de refus d'autorisation de séjour.

276 *Nuñez c. Norvège*, n° 55597/09, CourEDH, 28 juin 2011.

277 *Sorabjee c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23938/94, Commission européenne des droits de l'homme, 23 octobre 1995 ; *Jaramillo c. Royaume-Uni* (déc.), n° 24865/94, Commission européenne des droits de l'homme, 23 octobre 1995.

278 *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, n° 50435/99, CourEDH, 31 janvier 2006.

Exemple : l'affaire *G.R. c. Pays-Bas*<sup>279</sup> portait sur l'obstacle causé par l'imposition de frais excessivement élevés pour la régularisation de la situation d'un conjoint étranger : le requérant n'avait pas pu contester le refus des autorités de lui octroyer un permis de séjour car sa demande d'exemption du paiement des frais requis avait été rejetée. La CourEDH a décidé d'examiner la question sous l'angle de l'article 13 de la CEDH<sup>280</sup>.

**En Suisse**, la régularisation du séjour des membres de la famille se fait en général par la voie du regroupement familial (art. 42 et suivants LEtr), pour autant qu'il ne faille faire référence directement à l'art. 8 CEDH en l'absence de base légale dans le droit national. Dans ce chapitre, nous n'aborderons par conséquent que les aspects du regroupement familial particulièrement importants pour les personnes déjà présentes sur le territoire suisse. La question du regroupement familial fait l'objet d'une présentation plus approfondie à la section 5.3.

Dans le cas d'une régularisation de membres d'une famille, une personne séjourne d'ores et déjà dans le pays. C'est alors l'art. 17 LEtr qui s'applique : il prévoit que les personnes entrées légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui déposent ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doivent en principe attendre la décision à l'étranger (art. 17, al. 1, LEtr). Toutefois, lorsque les conditions d'admission sont manifestement remplies, l'autorité appelée à statuer peut autoriser la personne à séjourner en Suisse en attendant la décision (art. 17, al. 2, LEtr et art. 6 OASA). Les personnes séjournant de manière irrégulière dans le pays doivent elles aussi attendre à l'étranger que leur soit délivré le permis qui les autorise à vivre avec un membre de leur famille.

Le cas le plus fréquent de régularisation par regroupement familial de personnes présentes sur le territoire sans statut de séjour est le mariage avec une personne qui, en raison d'un statut de séjour consolidé, a droit au regroupement familial. L'adoption de l'art. 98, al. 4, CC a toutefois supprimé cette possibilité : cette disposition exige en effet que les fiancés prouvent qu'ils séjournent légalement en Suisse pour que le mariage soit prononcé. Il leur faut donc régulariser leur situation pour pouvoir se marier en Suisse. Du droit au mariage découle cependant, à certaines conditions, un droit à une autorisation de séjour temporaire dans le but de contracter une union (à ce sujet, voir la section 5.1).

279 *G.R. c. Pays-Bas*, n° 22251/07, CourEDH, 10 janvier 2012.

280 Voir aussi *Anakomba Yula c. Belgique*, n° 45413/07, CourEDH, 10 mars 2009.

### 5.3. Le regroupement familial

On parle de regroupement familial lorsque la personne résidant dans un État membre de l'UE ou du Conseil de l'Europe souhaite être rejointe par des membres de sa famille qu'elle a quittés au moment de sa migration.

**Droit de l'UE :** Les dispositions de la directive relative à la liberté de circulation qui concernent les membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE faisant usage des droits que lui confère le traité CEE ne font pas de distinction entre le regroupement familial et la régularisation familiale – le facteur déterminant est la relation entre le membre de la famille et le regroupant ayant la citoyenneté européenne.

En ce qui concerne les individus qui sont membres de la famille élargie mais non de la famille nucléaire, la CJUE a récemment jugé que les États membres de l'UE disposaient d'une large marge d'appréciation quant au choix des critères à prendre en compte dans le cadre de l'examen des demandes d'entrée et de séjour introduites par des personnes concernées par l'article 3, paragraphe 2, de la directive relative à la liberté de circulation, et qu'ils peuvent dès lors le droit imposer dans leur législation des exigences particulières concernant la nature et la durée de la dépendance, pourvu que ces exigences soient conformes au sens habituel des termes relatifs à la dépendance visée à l'article 3, paragraphe 2, de la directive et qu'elles ne privent pas cette disposition de son effet utile<sup>281</sup>.

En vertu de l'article 4 de la directive relative au regroupement familial, les conjoints et les enfants mineurs non mariés d'un ressortissant de pays tiers répondant aux conditions requises pour être regroupant ont le droit de le rejoindre, mais les États membres de l'UE peuvent imposer des conditions relatives aux ressources dont doit disposer le regroupant. Lorsqu'un enfant a plus de douze ans et arrive indépendamment du reste de sa famille, l'État membre peut, en vertu du même article, vérifier avant d'autoriser son entrée et son séjour au titre de la directive qu'il satisfait à un critère d'intégration prévu par la législation nationale existante à la date de la mise en œuvre de la directive. La CJCE a rejeté une requête en annulation de ces dispositions formée par le Parlement européen, qui estimait que, étant par trop restrictives, elles violaient des droits fondamentaux. Elle a toutefois souligné que les États membres devaient respecter certaines exigences dans la mise en œuvre de ce texte<sup>282</sup>.

281 CJUE, affaire C-83/11, *Secretary of State for the Home Department c. Rahman et autres*, 5 septembre 2012, paras. 36-40.

282 CJCE, affaire C-540/03, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, 27 juin 2006, Recueil 2006, p. I-05769, para. 62-65.

L'article 4, paragraphe 5, de la directive relative au regroupement familial autorise les États membres de l'UE à demander que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut être supérieur à vingt et un ans, avant que le conjoint ne puisse rejoindre le regroupant. Il semble que plusieurs pays européens soient en train d'adopter des textes relevant l'âge des visas de mariage.

Le droit de l'UE n'établit pas de distinction entre les liens familiaux qui sont antérieurs à l'installation du regroupant sur le territoire et ceux qui y sont postérieurs<sup>283</sup>.

Même si la législation de certains États membres établit une distinction claire à cet égard, la directive relative au regroupement familial énonce expressément en son article 2, point d), qu'elle s'applique aux membres de la famille des ressortissants de pays tiers vivant dans l'UE indépendamment du fait que la famille ait été formée avant ou après l'arrivée du migrant dans le pays d'accueil. Cette distinction n'est pas pertinente non plus pour les ressortissants de pays tiers qui sont des membres reconnus de la famille de citoyens de l'EEE.

Exemple : dans l'affaire *Chakroun*<sup>284</sup>, la CJUE a examiné une distinction opérée par la législation néerlandaise entre la « formation de famille » et le « regroupement familial ». Ces deux types de situations relevaient de régimes de séjour différents. Notamment, les conditions de ressources financières auxquelles était soumis le regroupant n'étaient pas les mêmes dans l'un et l'autre cas. Or la distinction dépendait uniquement du fait que les liens familiaux soient antérieurs ou postérieurs à l'installation du regroupant sur le territoire de l'État d'accueil. En l'espèce, le regroupant et son épouse s'étaient mariés deux ans après l'arrivée du regroupant aux Pays-Bas. Au regard de la législation néerlandaise, la demande d'autorisation de séjour de l'épouse relevait donc de la formation de famille et non du regroupement familial, même si le couple était marié depuis plus de trente ans au moment de la décision contestée.

La Cour a confirmé que le droit pour un regroupant remplissant les conditions posées par la directive relative au regroupement familial d'être rejoint par des membres reconnus de sa famille ressortissants de pays tiers existait que les liens familiaux soient antérieurs ou postérieurs à l'entrée du regroupant sur le territoire

283 CJCE, affaire C-127/08, *Metock et autres c. Minister for Equality, Justice and Law Reform*, 25 juillet 2008, Recueil 2008, p. I-06241.

284 CJUE, affaire C-578/08, *Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken*, 4 mars 2010, Recueil 2010, p. I-01839.

de l'État d'accueil. Elle a tenu compte dans son raisonnement du fait que pareille distinction était absente dans le droit de l'UE (article 2, point d), et considérant 6 de la directive ; article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE) et de la nécessité de ne pas priver les dispositions de la directive de leur effet utile.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Marjan Noorzia c. Bundesministerin für Inneres*<sup>285</sup>, une ressortissante afghane née en 1989, qui n'avait pas encore 21 ans, a demandé à l'ambassade autrichienne de bénéficier d'un regroupement familial avec son mari. Le droit autrichien, respectant en cela la directive relative au regroupement familial, prévoit un âge minimal de 21 ans pour déposer une telle demande. La CJUE a conclu qu'une réglementation nationale exigeant un âge minimum pour déposer une telle demande est compatible avec le droit de l'Union européenne.

La directive relative à la liberté de circulation, de même que le règlement (CEE) n° 1612/68, qui lui est antérieur, disposent clairement que les conjoints des ressortissants de l'EEE ont le droit de séjourner eux. De plus, les ressortissants de l'EEE ayant exercé leur droit de libre circulation doivent pouvoir bénéficier des mêmes « avantages fiscaux et sociaux » que les citoyens de l'État d'accueil, et notamment de la réglementation applicable en matière d'immigration concernant les situations non couvertes par les termes exprès de la directive<sup>286</sup>.

**CEDH :** La CourEDH a examiné plusieurs affaires relatives au refus d'octroyer un visa à un conjoint, à des enfants ou à des parents âgés restés au pays avec lesquels le requérant avait précédemment partagé une vie familiale à l'étranger.

En ce qui concerne les conjoints, bon nombre des arguments avancés par les États membres du Conseil de l'Europe – et admis par la CourEDH – dans le cadre d'affaires de régularisation familiale s'appliquent aussi aux affaires de regroupement familial. On peut attendre des individus résidant dans les États membres du Conseil de l'Europe qui contractent un mariage avec un partenaire se trouvant à l'étranger qu'ils s'installent eux-mêmes à l'étranger, en particulier lorsqu'ils auraient dû avoir connaissance du caractère restrictif des règles nationales en matière d'immigration, à moins qu'ils ne puissent prouver qu'il existe de sérieux obstacles à ce départ. Les États membres ne sont pas tenus de respecter le choix des couples mariés de résider dans un pays donné ni d'accepter le séjour sur leur territoire des conjoints étrangers de leurs ressortissants. Cependant, si un État membre décide d'adopter une législation conférant à certaines catégories de

285 CJUE, affaire C-338/13, *Marjan Noorzia c. Bundesministerin für Inneres*, 17 juillet 2014.

286 *Clauder*, n° E-4/11, Cour AELE, 26 juillet 2011, para. 44.

migrants le droit d'être rejoints par leur conjoint, ils doivent ce faisant respecter le principe de non-discrimination consacré par l'article 14 de la CEDH<sup>287</sup>.

Il est fréquent que les migrants laissent leurs enfants dans leur pays d'origine : en pareil cas, les parents migrent pour s'installer dans le pays d'accueil mais n'emmènent pas leurs enfants, qu'ils laissent souvent à la garde des grands-parents ou d'autres membres de leur famille jusqu'à ce qu'ils se soient installés légalement, socialement et économiquement et se trouvent dans une situation suffisamment stable pour pouvoir les faire venir. L'approche de la CourEDH dans ce type d'affaires dépend en grande partie des circonstances particulières de la cause.

Exemple : dans l'affaire *Gül c. Suisse*<sup>288</sup>, le père avait migré en Suisse, la mère l'avait rejoint et un enfant était resté en Turquie avec des membres de leur famille. À la suite de blessures graves dans un incendie, la mère avait pu bénéficier d'un permis de séjour pour raisons humanitaires en Suisse, les autorités ayant estimé que son intégrité physique serait menacée si elle retournait en Turquie. Par conséquent, un permis de séjour avait été accordé à son mari pour qu'il puisse rester avec elle. Les parents avaient alors déposé une demande pour que leur enfant les rejoigne en Suisse, mais en dépit du fait qu'ils résidaient légalement dans ce pays, cette demande avait été rejetée, au motif que leur statut ne leur permettait pas de prétendre au regroupement familial. Au vu des questions et des circonstances particulières de cette affaire, la CourEDH a considéré qu'il n'existait pas d'obstacle réel à la réinstallation de l'ensemble de la famille en Turquie, compte tenu du fait que l'état de santé de la mère semblait se stabiliser. Elle a conclu que le refus d'autoriser l'enfant à rejoindre ses parents n'avait pas emporté violation de l'article 8 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Sen c. Pays-Bas*<sup>289</sup>, la fille aînée était restée en Turquie, lorsque ses parents étaient partis s'installer aux Pays-Bas. La CourEDH a considéré que la décision des parents de laisser leur fille en Turquie ne pouvait pas être considérée comme une décision irrévocable ayant pour effet de l'exclure du groupe familial. Dans les circonstances particulières de l'espèce, elle a conclu que le refus des autorités néerlandaises d'autoriser la fille à rejoindre ses parents avait emporté violation de l'article 8 de la CEDH.

287 *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, n° 22341/09, CourEDH, 6 novembre 2012, paras. 43-55.

288 *Gül c. Suisse*, n° 23218/94, CourEDH, 19 février 1996.

289 *Sen c. Pays-Bas*, n° 31465/96, CourEDH, 21 décembre 2001.

Exemple : dans l'affaire *Osman c. Danemark*<sup>290</sup>, la CourEDH a examiné le cas d'une adolescente somalienne scolarisée – une résidente de longue durée séjournant légalement au Danemark avec sa famille – qui avait été emmenée par son père dans un camp de réfugiés au Kenya pour s'occuper à plein temps de sa grand-mère âgée. Lorsque, deux ans plus tard, la jeune fille avait demandé un nouveau permis de séjour pour rejoindre sa famille au Danemark, les autorités danoises avaient rejeté sa demande. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH.

**CSE :** L'article 19, paragraphe 6, de la Charte sociale européenne garantit le droit au regroupement familial. Le CEDS a déclaré ce qui suit en ce qui concerne les conditions et les restrictions du regroupement familial :

a) le refus pour raisons de santé n'est admissible que pour des maladies particulières d'une gravité telle qu'elles peuvent mettre en danger la santé publique<sup>291</sup> ;

b) l'exigence relative à un logement convenable ne devrait pas être restrictive au point d'empêcher tout regroupement familial<sup>292</sup> ;

c) l'exigence en vertu de laquelle les travailleurs migrants souhaitant être rejoints par des membres de leur famille doivent résider dans le pays depuis plus d'un an est excessive et, par conséquent, non conforme à la CSE ;

d) les travailleurs migrants qui disposent de revenus suffisants pour assurer la subsistance des membres de leur famille ne devraient pas être automatiquement privés du droit au regroupement familial en raison de l'origine de leurs revenus, dès lors qu'ils ont légalement droit aux prestations qu'ils sont susceptibles de percevoir ;

e) l'obligation faite aux membres de la famille du travailleur migrant de passer des tests de langue et/ou d'intégration soit pour entrer dans le pays soit pour être autorisés à y rester constitue une restriction susceptible de priver de son contenu l'obligation posée à l'article 19, paragraphe 6 de la CSE et, dès lors, non conforme à la Charte<sup>293</sup>.

290 *Osman c. Danemark*, n° 38058/09, CourEDH, 14 juin 2011.

291 Voir CEDS, Conclusions XVIII-1 (Turquie), articles 1, 12, 13, 16 et 19 de la Charte, 1998, article 19 « Conditions du regroupement familial ».

292 Voir CEDS, Conclusions 2011 (Belgique), articles 7, 8, 16, 17 et 19 de la Charte révisée, janvier 2012, article 19, para. 6.

293 Pour consulter une déclaration récente relative à ces principes, voir CEDS, Conclusions 2011, Introduction générale, janvier 2012, Déclaration d'interprétation relative à l'art. 19, paragraphe 6.

**Le droit suisse** ne fait pas non plus de distinction entre le regroupement des membres de la famille et la régularisation familiale. Tous deux se font par le truchement du regroupement familial. Comme mentionné dans l'introduction du chapitre 5, les conditions qui permettent un regroupement et le droit à ce regroupement dépendent principalement du statut de séjour du regroupant.

Le cas de figure typique du regroupement familial est celui où un citoyen suisse est rejoint par des membres de sa famille nucléaire (conjoint et enfants célibataires de moins de 18 ans) provenant d'un pays tiers (art. 42, al. 1, LEtr). La LEtr leur accorde le droit de recevoir une autorisation de séjour et de faire prolonger celle-ci pour autant qu'ils vivent en ménage commun avec le membre suisse de la famille. L'exigence de vie commune peut être levée pour raisons majeures, telles que problèmes familiaux considérables ou raisons professionnelles (art. 49 LEtr et art. 76 OASA). Le conjoint a droit, après avoir séjourné légalement et de manière ininterrompue durant cinq ans en Suisse, à une autorisation d'établissement (art. 42, al. 3, LEtr), tandis que les enfants de moins de 12 ans y ont immédiatement droit (art. 42, al. 4, LEtr). Les règles de regroupement pour les enfants mineurs célibataires s'appliquent sans réserve même lorsque seul l'un des parents est citoyen suisse<sup>294</sup>. Une question reste controversée : celle de savoir si le regroupement familial s'étend aussi aux enfants du conjoint (ce qui est le cas pour les personnes qui bénéficient de la libre circulation)<sup>295</sup>. Le fait qu'un lien familial tel qu'il est entendu dans l'art. 8 de la CEDH peut aussi exister avec les enfants du conjoint tend à montrer qu'il serait judicieux d'appliquer les mêmes règles de regroupement familial pour ceux-ci que pour les enfants du regroupant.

Les demandes de regroupement des membres de la famille doivent respecter des délais précis. Elles doivent ainsi être déposées dans les cinq ans à partir de l'établissement du lien familial ou de l'entrée en Suisse pour les conjoints et les enfants de moins de 12 ans. Pour les enfants de plus de 12 ans, ce délai est de 12 mois (art. 47, al. 1 et 3, LEtr).

Dans le domaine du regroupement de membres de la famille de citoyens suisses, les cas de regroupement familial dit « inversé » constituent un problème spécifique : il s'agit d'enfants de nationalité suisse qui devraient quitter le territoire suisse avec le parent qui en a la garde si ce dernier ne peut régulariser sa situation. Le Tribunal fédéral avait conclu qu'il est raisonnable d'exiger également des enfants de nationalité suisse, lorsqu'ils sont encore en bas âge, qu'ils partagent le destin du parent étranger qui en a la garde et qu'ils le suivent à l'étranger, si ce dernier n'a pas, ou n'a plus, de titre de séjour valable. Se

294 ATF 136 II 78, consid. 4.7.

295 ATF 136 II 65, consid. 3 et 4.

référant d'une part à la Convention des droits de l'enfant, qui exige de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant et d'autre part au droit de cité (liberté d'établissement, interdiction d'expulser, droit au retour, etc.), le Tribunal fédéral a par la suite abandonné cette pratique<sup>296</sup>. Si le parent étranger ayant la garde d'un enfant suisse ne présente pas d'indice qui ferait de lui un étranger « indésirable » ou qui laisserait soupçonner un abus, les autorités doivent partir du principe qu'on ne peut raisonnablement exiger de l'enfant suisse vivant en Suisse qu'il suive ce parent dans son pays d'origine. Le fait que le parent étranger ait été reconnu coupable d'une infraction peut être pris en considération lors de la pesée des intérêts. C'est cependant l'intérêt de l'enfant suisse de pouvoir grandir en Suisse avec le parent qui en a la garde qui prime, à moins qu'il y ait une atteinte d'une certaine gravité à l'ordre public ou à la sécurité publique<sup>297</sup>.

Afin d'éviter que les citoyens suisses soient désavantagés par rapport aux ressortissants de l'espace UE/AELE, des conditions plus généreuses sont prévues pour les Suisses souhaitant être rejoints par des membres de leur famille qui disposent d'une autorisation de séjour de longue durée dans cet espace. D'une part, le cercle des personnes susceptibles de bénéficier du regroupement familial est plus étendu (et comprend, outre le conjoint, les descendants âgés de moins de 21 ans ou dont l'entretien est garanti et les ascendants du ressortissant suisse et de son conjoint dont l'entretien est garanti) (art. 42, al. 2, LEtr). D'autre part, le regroupement n'est dans leur cas soumis à aucune obligation de vie en ménage commun, ni à aucun délai pour le dépôt de la demande (art. 47, al. 2, LEtr). Les Suisses sont toutefois désavantagés par rapport aux ressortissants de pays membres de l'UE ou de l'AELE en cela qu'ils ne peuvent profiter de la reprise par le Tribunal fédéral de la jurisprudence *Metock* de la CJUE, qui veut que les citoyens des pays membres de l'UE ou de l'AELE, en vertu des privilèges que leur accorde l'ALCP, ont droit à faire venir également des citoyens de pays tiers n'ayant pas d'autorisation de séjour de longue durée dans l'espace Schengen.

Les ressortissants d'États tiers détenteurs d'une *autorisation d'établissement* ont également le droit de faire venir leur conjoint et leurs enfants mineurs célibataires. En matière de vie en commun et de délai de dépôt de la demande, ils sont soumis aux mêmes exigences que les Suisses (art. 43 LEtr).

La question du regroupement familial inversé peut se poser pour les ressortissants d'États tiers également. Si la situation des enfants suisses a changé, la base légale concernant les enfants étrangers *établis* en Suisse n'a, elle, pas évolué étant donné que

296 ATF 137 I 247, consid. 4.2.1; ATF 136 I 285, consid. 5.2.

297 ATF 137 I 247, consid. 4.2.2 avec renvois.

dans leur cas, les questions de droit de cité n'entrent pas en ligne de compte<sup>298</sup>. Il suffit dès lors que l'on puisse raisonnablement exiger de l'enfant qu'il quitte la Suisse pour refuser d'octroyer une autorisation de séjour au parent ayant la charge de l'enfant ou au détenteur de l'autorité parentale. Les autorités peuvent cependant tenir compte de manière appropriée des possibilités pour l'autre parent résidant légalement en Suisse d'exercer son droit de visite<sup>299</sup>. Pour que l'autorisation soit accordée directement en vertu de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 13, al. 1, Cst., il faut d'une part qu'il existe une relation intense du point de vue affectif et économique entre le parent présent en Suisse et ayant un droit de visite et l'enfant. Il faut d'autre part que le comportement du parent détenteur de l'autorité parentale à l'origine de la demande ait été irréprochable.

Les personnes bénéficiant de la *libre circulation des personnes* profitent, en vertu de l'art. 7, let. d de l'ALCP, des dispositions de l'art. 3 de l'annexe I ALCP. Comme mentionné ci-dessus, le cercle des personnes bénéficiant du regroupement familial est plus étendu que pour les autres étrangers : outre le conjoint, en font également partie les enfants jusqu'à 21 ans ou plus si leur entretien est garanti ainsi que les ascendants du regroupant et de son conjoint dont l'entretien est garanti. Les *étudiants* ne peuvent quant à eux demander le regroupement que de leur conjoint et des enfants qui sont à leur charge (art. 3, al. 2, let. c de l'annexe I de l'ALCP). Par ailleurs, l'art. 3 de l'annexe I ALCP impose au regroupant de disposer d'un logement approprié. Cette condition ne doit toutefois pas constituer un désavantage par rapport aux nationaux : tout logement dans lequel une famille suisse pourrait vivre est aussi réputé approprié pour les personnes bénéficiant de la libre circulation. En outre, le regroupant n'est ni tenu de prouver qu'il dispose des moyens financiers pour subvenir aux besoins des membres de sa famille ni tenu de vivre en ménage commun avec eux. La seule exception à cette règle concerne les personnes n'exerçant pas d'activité économique et bénéficiant de la libre circulation des personnes : les autorités sont en droit de leur demander de prouver qu'elles ont les ressources nécessaires pour subvenir aux besoins des membres de leur famille (art. 24, al. 1, let. a de l'annexe I ALCP), une condition que la Suisse applique d'ailleurs aux indépendants également. Quant aux enfants du conjoint des personnes bénéficiant de la libre circulation, ils ont droit au regroupement familial, contrairement à ceux des Suisses, comme l'a confirmé explicitement le Tribunal fédéral<sup>300</sup>.

298 Arrêt TF 2C\_364/2010 du 23 septembre 2010, consid. 2.2.6.

299 Arrêt TF 2C\_364/2010 du 23 septembre 2010, consid. 2.2.2.

300 ATF 136 II 65, consid. 4.4.

La Suisse considérait autrefois que pour avoir droit au regroupement familial, les membres de la famille de personnes bénéficiant de la libre circulation devaient déjà avoir séjourné légalement dans l'espace UE/AELE.

Pour des raisons d'harmonisation du droit, le Tribunal fédéral a abandonné ce principe dans l'ATF 136 II 5<sup>301</sup> et a adopté la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *Metock*<sup>302</sup>. Par conséquent, un demandeur d'asile débouté (pour lequel le regroupement familial avait été demandé) qui a épousé une ressortissante espagnole établie en Suisse peut aussi bénéficier du regroupement familial prévu par l'ALCP, et cela, même s'il n'a jamais au préalable séjourné légalement dans un pays faisant partie de l'espace EU/AELE.

L'ALCP n'est par contre pas applicable dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans le cas d'un ressortissant d'un pays tiers marié à un ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE qui n'aurait jamais exercé son droit à la libre circulation. Dans ce cas, le droit à la libre circulation ne s'étend pas au membre de la famille provenant d'un État tiers. Une Brésilienne mariée à un Italien qui avait toujours vécu en Italie s'est ainsi vu refuser le droit de bénéficier des dispositions de l'ALCP pour séjourner en Suisse<sup>303</sup>.

La Suisse n'a explicitement pas repris la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *Zambrano*<sup>304</sup>, qui développe la doctrine de l'« essentialité des droits »<sup>305</sup>. Cette doctrine veut que l'on accorde un droit de résidence dérivé à des ressortissants de pays tiers même lorsque *le regroupant* n'a jamais vécu dans un autre État partie à l'Accord. On estime qu'en refusant de le faire, on priverait des ressortissants de l'Union européenne de l'essentiel des droits que leur confère la citoyenneté européenne. Le fait que cette jurisprudence n'est pas appliquée en Suisse s'explique par son lien explicite avec la citoyenneté européenne, une institution qui est postérieure à l'entrée en vigueur de l'ALCP conclu avec la Suisse. Reprendre cette jurisprudence ne reviendrait pas à harmoniser le droit suisse à l'évolution du droit européen, mais à l'étendre, ce qui serait contraire au caractère statique de l'ALCP<sup>306</sup>.

301 ATF 136 II 5, consid. 3.4 à 3.7.

302 CJCE, affaire C-127/08, Slg. 2008, I-06241, *Metock et autres c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 25 juillet 2008.

303 Arrêt TF 2C\_96/2012 du 18 septembre 2012.

304 CJUE, affaire C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 mars 2011.

305 ATF 139 II 393, consid. 4.1.2

306 ATF 130 II 113, consid. 6.3.

Etant donné que la Suisse ne participe pas à la libre prestation de services au sein du marché intérieur de l'UE, il devrait être possible d'appliquer un raisonnement analogue à la question de la reprise de la jurisprudence dérivant de l'affaire *Carpenter*<sup>307</sup>. Celle-ci concluait que la libre prestation de services ne doit pas être entravée par le fait de rendre difficile la vie familiale d'un prestataire de services avec un ressortissant d'un pays tiers.

En ratifiant l'ALCP, la Suisse s'est aussi engagée à « favoriser » le regroupement de tous les membres de la famille, pour autant qu'ils soient à la charge du regroupant ou qu'ils aient fait ménage commun avec lui dans le pays de provenance (art. 3, al. 2, annexe I ALCP). Une fois le regroupement réalisé, les membres de la famille qui en ont bénéficié ont également droit à la mobilité professionnelle et géographique (art. 3, al. 5, annexe I ALCP). Dans ce contexte, « favoriser le regroupement » signifie que les autorités sont tenues d'entrer en matière lorsqu'une demande de regroupement familial est déposée, de prendre en compte les circonstances particulières de chaque cas et de motiver leur décision.

Les *ressortissants d'États tiers* qui résident en Suisse et sont détenteurs d'une autorisation de séjour, d'une autorisation de séjour de courte durée, d'une admission provisoire ou d'une admission provisoire au titre de réfugiés peuvent déposer une demande de regroupement familial pour leur conjoint et leurs enfants mineurs célibataires, mais n'y ont pas forcément droit.

Les ressortissants de pays tiers détenteurs d'une *autorisation de séjour* doivent remplir trois conditions pour pouvoir déposer une demande de regroupement familial (art. 44 LEtr) : vivre en ménage commun avec les personnes qui doivent les rejoindre (des exceptions à cette règle sont toutefois possibles pour raisons majeures), disposer d'un logement approprié et ne pas dépendre de l'aide sociale. Ils doivent eux aussi, en règle générale, déposer leur demande dans les cinq ans qui suivent l'octroi de l'autorisation de séjour ou l'établissement du lien familial, et dans les 12 mois pour les enfants de plus de 12 ans (art. 47, al. 1 et 3e, let. b). Seules des raisons majeures peuvent justifier des exceptions à ces règles. C'est notamment le cas lorsque le regroupement familial en Suisse est l'unique façon d'assurer le bien de l'enfant (art. 75 OASA)<sup>308</sup>. De même que pour les enfants au bénéfice d'une autorisation d'établissement, le regroupement inversé n'est en principe pas possible.

307 CJCE, affaire C-60/00, Slg. 2002, I-06279, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11 juillet 2002.

308 Voir aussi l'arrêt TF 2C\_1013/2013 du 17 avril 2014, consid. 3.3.

Les détenteurs d'une *autorisation de séjour de courte durée* sont soumis dans l'ensemble aux mêmes conditions que les détenteurs d'une autorisation de séjour. Les principales différences résident dans le fait qu'aucune exception ne peut être faite à l'exigence du ménage commun (voir le renvoi fait à l'art. 49 LEtr) et que les personnes bénéficiant du regroupement n'ont pas automatiquement droit à une autorisation d'exercer une activité lucrative valable pour l'ensemble du territoire (art. 46 LEtr). Elles ne peuvent ainsi envisager que l'exercice d'une activité lucrative salariée, et cela, seulement si leur employeur a déposé une demande dans ce sens (art. 18 LEtr) et si tant les conditions de rémunération et de travail usuelles (art. 22 LEtr) que les qualifications personnelles (art. 23 LEtr) sont respectées (art. 26 OASA).

Quant aux *personnes en quête de protection*, leur droit au regroupement de membres de leur famille dépend de leur statut. Le droit d'asile comprend ce que l'on appelle « l'asile accordé aux familles » (art. 51 LAsi), qui permet d'étendre la qualité de réfugié au conjoint et aux enfants mineurs du réfugié et de les inclure dans l'octroi de l'asile, pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose.

Les *détenteurs d'une admission provisoire (réfugiés ou non)* peuvent déposer une demande de regroupement familial pour leur conjoint et leurs enfants mineurs au plus tôt trois ans après avoir été admis provisoirement. Ils doivent eux aussi remplir les conditions de ménage commun, de logement approprié (aucune exception n'étant permise) et de l'absence de dépendance envers l'aide sociale (art. 85, al. 7, LEtr). Une fois le délai de trois ans expiré, ils ont cinq ans pour faire leur demande, et 12 mois seulement s'il s'agit d'enfants de plus de 12 ans (art. 74, al. 3, OASA). La situation particulière des *réfugiés admis à titre provisoire* doit être prise en considération lors de la décision (art. 74, al. 5, OASA).

Un élément important manque encore dans cette présentation du regroupement familial, que celui-ci soit un droit ou qu'il relève du pouvoir discrétionnaire des autorités : en application de l'art. 8 de la CEDH, le Tribunal fédéral a institué une pratique qui découle de l'arrêt *Reneja* de 1983<sup>309</sup> : dans certaines conditions, un droit au regroupement familial peut découler directement de la protection de la vie familiale garantie par le droit international (art. 8 CEDH). Trois conditions doivent toutefois être remplies :

- Il doit exister une relation effective inaltérée entre les personnes, ce qui peut s'exprimer notamment par la vie en ménage commun ou des contacts réguliers, ou encore des pensions alimentaires.

309 ATF 109 Ib 183

- Les personnes à regrouper doivent être de proches parents, c'est-à-dire des membres de la famille nucléaire ou d'autres membres de la parenté lorsqu'il existe une relation de dépendance.
- La demande de regroupement doit être fondée sur une autorisation de séjourner durablement en Suisse (citoyenneté suisse, autorisation d'établissement ou autorisation de séjour prolongeable). Ce critère semble toutefois problématique dans les cas où il est probable qu'un statut précaire se prolonge, que l'unité familiale n'est pas possible dans un autre État et que la vie commune en famille est par conséquent impossible pour une durée indéterminée. La Suisse a été condamnée pour violation de l'art. 8 de la CEDH notamment dans l'affaire *Agraw c. Suisse*<sup>310</sup> : elle avait refusé le droit de vivre sous le même toit à deux époux demandeurs d'asile déboutés qui avaient été attribués à deux cantons différents. Dans ce cas, bien qu'il n'y ait pas de droit de séjourner durablement en Suisse, la Cour a estimé que la limitation de la vie familiale qui découlait de l'attribution à différents cantons était disproportionnée.

Monsieur *Reneja*, marié à une Suissesse, disposait de ce fait d'une autorisation de séjour. Condamné à une peine de deux ans de privation de liberté pour infraction à la loi sur les stupéfiants, son autorisation de séjour n'a pas été prolongée. Tant monsieur *Reneja* que son épouse ont saisi le Tribunal fédéral. Ce dernier ne pouvait cependant entrer en matière que si ces plaintes concernaient des autorisations pour lesquelles le droit fédéral concède un droit (voir la réglementation analogue de l'art. 83, let. c, ch. 2, LTF). Le Tribunal fédéral a conclu qu'à la lumière de l'art. 8, para. 1 de la CEDH, on ne pouvait plus soutenir, comme autrefois, que le membre de la famille qui sans prolongation de son autorisation de séjour serait séparé du reste de sa famille, n'a pas de droit à séjourner en Suisse en vertu de la législation fédérale. Le Tribunal fédéral a reconnu également aux autres membres de la famille nucléaire – dans ce cas l'épouse du recourant – le droit de le saisir en vertu de la protection de la vie familiale (ATF 109 Ib 183). Par la suite, dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a conclu que l'intérêt des recourants à mener une vie familiale l'emportait sur l'intérêt public à expulser un étranger délinquant. Dans sa décision, il a pris en considération l'avis d'un expert sur le risque de récidive du recourant, le fait qu'on ne pouvait pas raisonnablement exiger de l'épouse qu'elle suive son mari au Maroc et la pérennité de la relation conjugale malgré une incarcération<sup>311</sup>.

310 *Agraw c. Suisse*, n° 3295/06, CourEDH, 20 juillet 2010.

311 ATF 110 Ib 201.

Si, pour les principaux cas de figure, cette pratique a été reprise par la nouvelle loi sur les étrangers, l'art. 8 CEDH reste parfois la seule disposition à fonder un droit au regroupement familial : c'est le cas notamment pour le regroupement d'enfants adultes, celui de parents d'enfants adultes qui vivent en Suisse ou encore celui de frères et sœurs ou de grands-parents lorsqu'existe une relation de dépendance particulièrement forte<sup>312</sup>.

Il est ainsi possible pour une mère disposant d'un droit de séjour durable en Suisse en raison de son mariage avec un Suisse d'y faire venir son fils majeur lorsque ce dernier, atteint d'une maladie chronique, a grand besoin de son aide et de son assistance, et qu'il ne peut être pris en charge correctement ailleurs<sup>313</sup>.

L'autorité qui connaît une demande de regroupement familial fondée directement sur l'art. 8 CEDH doit, en vertu du para. 2, procéder à une pesée des intérêts de l'individu concerné et de l'intérêt public. Un droit au regroupement familial naît lorsque l'intérêt public (à une politique migratoire restrictive, à un équilibre entre population migrante et population indigène, etc.) ne l'emporte pas sur le droit de l'individu à mener une vie familiale.

## 5.4. Le maintien de l'unité familiale – protection contre l'expulsion

Dans bon nombre d'affaires, le conjoint ou le parent d'un ressortissant d'un pays tiers est menacé d'expulsion, ou est expulsé, alors que cet éloignement risque d'avoir de graves répercussions sur la vie familiale existante. Ces situations surviennent souvent dans les deux cas suivants, qui peuvent eux-mêmes être liés :

- a) les liens sur lesquels l'autorisation de séjour était fondée sont rompus et le couple s'est séparé ou a divorcé – en général, le couple a des enfants, qui ont le droit d'entretenir des contacts avec leurs deux parents ;
- b) le membre de la famille ressortissant d'un pays tiers a commis des infractions pénales ayant entraîné une décision d'expulsion. Il s'agit dès lors de déterminer si l'expulsion représente une mesure disproportionnée au regard du droit au respect de la vie familiale.

312 Arrêt TF 2C\_546/2013 du 5 décembre 2013, consid. 4.1.

313 Arrêt TF 2C\_546/2013 du 5 décembre 2013, consid. 4.5.

Il se peut aussi que les autorités estiment simplement que le membre de la famille concerné ne remplit plus les conditions ayant initialement permis son séjour. En pareil cas, il faut examiner la situation concrète de l'intéressé.

Exemple : dans l'affaire *Pehlivan*<sup>314</sup>, la CJUE a examiné le cas d'une ressortissante turque qui avait rejoint ses parents aux Pays-Bas dans le cadre d'un regroupement familial et s'était mariée moins de trois ans plus tard. Après son mariage, elle avait cependant continué à vivre chez ses parents. La CJUE a dit que la requérante pouvait valablement revendiquer un droit de séjour dans l'État membre d'accueil notwithstanding la circonstance qu'elle se soit mariée avant l'expiration de la période de trois années prévue au premier alinéa de l'article 7 de la décision n° 1/80 du Conseil d'association. Cette période de trois ans correspond à la période de séjour initiale qui doit s'écouler avant que l'intéressé ne puisse accéder au marché du travail et durant laquelle l'État membre de l'UE peut soumettre son séjour à des conditions.

**En Suisse**, c'est avant tout la révocation d'une autorisation fondée sur le droit des étrangers, ou le refus de la prolonger, qui peut mettre en péril la vie familiale d'individus séjournant jusque-là légalement dans le pays. La révocation des autorisations relevant du droit des étrangers est régie par les art. 62 et suivants de la LEtr. Les conditions en la matière varient selon que la personne est détentrice d'une autorisation de séjour (de courte durée ou non), par définition de durée limitée et octroyée dans un but déterminé, ou d'une autorisation d'établissement, illimitée dans le temps et soumise à peu de réserves. La décision de prolonger ou non les autorisations de durée limitée ne fait pas l'objet de dispositions légales lorsqu'elle relève du pouvoir discrétionnaire des autorités. Elle est toutefois soumise aux principes généraux du droit administratif. L'art. 96, al. 1, LEtr qui fixe des règles générales sur la manière dont les autorités doivent exercer leur pouvoir d'appréciation, stipule que ces dernières doivent tenir compte de la situation personnelle de l'étranger ainsi que de son degré d'intégration. Le recours au Tribunal fédéral est exclu pour les autorisations de durée limitée auxquelles ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit (art. 83, let. c, ch. 2, LTF).

Des conditions particulières doivent être remplies pour la révocation des autorisations accordées à des personnes en vertu de l'ALCP. L'art. 5 de l'Annexe I ALCP dispose ainsi que seuls des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent être invoqués pour limiter les droits octroyés par cet accord. Cela signifie en particulier

314 CJUE, affaire C-484/07, *Fatma Pehlivan c. Staatssecretaris van Justitie*, 16 juin 2011, Recueil 2011, p. I-05203.

que l'autorisation d'une personne qui s'est rendue coupable d'un acte punissable ne peut être révoquée qu'en présence d'une menace effective, actuelle et suffisamment grave contre la sécurité et l'ordre publics. Une révocation ne saurait se fonder sur un motif de prévention : une décision ne peut être prise dans l'idée de dissuader d'autres délinquants potentiels.

À l'exception de l'autorisation d'établissement, toutes les autorisations peuvent être révoquées lorsque l'une des situations suivantes se présente (art. 62 LEtr) : le détenteur les a obtenues en faisant de fausses déclarations ou en ayant dissimulé des faits essentiels ; il a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, à un internement ou à une mesure thérapeutique institutionnelle pour adulte ; il a *attenté de manière grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics* ou a mis en danger la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ; il ne respecte pas *l'une des conditions* dont l'autorisation est assortie ; enfin, lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de *l'aide sociale*.

Quant aux autorisations d'établissement, elles peuvent être révoquées lorsque leur détenteur les a obtenues en faisant de fausses déclarations ou en ayant dissimulé des faits essentiels, lorsque il a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, à un internement ou à une mesure applicable aux jeunes adultes, ou encore lorsqu'il a *attenté de manière grave à la sécurité et l'ordre publics* ou a mis en danger la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse, ou encore lorsque lui-même ou une personne dont il a la charge dépend *durablement et dans une large mesure de l'aide sociale* (art. 63 LEtr). Les autorisations d'établissement des étrangers qui séjournent en Suisse légalement et sans interruption depuis plus de 15 ans ne peuvent être révoquées qu'exceptionnellement, lorsque leur détenteur a été condamné à une peine ou à une mesure de longue durée ou lorsqu'il a porté atteinte de manière très grave à la sécurité publique ou à la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (art. 63, al. 2, LEtr).

En Suisse aussi, les principales situations dans lesquelles la révocation d'une autorisation octroyée en vertu du droit des étrangers soulève des questions relevant des droits fondamentaux sont la rupture d'une relation et la condamnation pénale d'un membre étranger de la famille.

## 5.4.1. La rupture de la relation

Lorsqu'un ressortissant de pays tiers n'a pas encore obtenu de permis de séjour autonome et que la relation dont dérive encore son droit de séjour est rompue, il peut perdre le droit de se maintenir sur le territoire.

**Droit de l'UE :** La relation continue de justifier le séjour du ressortissant d'un pays tiers séparé de son conjoint tant que le mariage sur lequel ce droit de séjour est fondé n'est pas légalement dissous (directive relative à la liberté de circulation)<sup>315</sup>. La rupture de la relation ne constitue pas une condition suffisante pour justifier une perte du droit de séjour.

En vertu de l'article 13 de la directive relative à la liberté de circulation, les membres de la famille qui sont ressortissants d'un pays tiers conservent le droit de séjour dans l'État membre d'accueil en cas de divorce ou d'annulation du mariage lorsque celui-ci a duré trois ans, dont un an au moins dans l'État d'accueil, ou lorsque les enfants nés du mariage ont besoin de la présence de leurs parents. La directive relative à la liberté de circulation comprend une disposition particulière visant à maintenir le droit de séjour des ressortissants de pays tiers dont le partenaire est un ressortissant de l'EEE et qui sont victimes de violence domestique (article 13, paragraphe 2, point c)).

La directive relative au regroupement familial prévoit également la possibilité d'accorder un permis de séjour aux partenaires étrangers en cas de rupture de la relation avec le regroupant pour cause de décès, de divorce ou de séparation. L'obligation d'octroi d'un permis de séjour distinct ne peut survenir qu'après cinq ans de résidence (article 15). Selon l'article 15, paragraphe 3, de la directive, les États membres de l'UE doivent arrêter des dispositions garantissant l'octroi d'un titre de séjour autonome en cas de situation particulièrement difficile à la suite d'un divorce ou d'une séparation. Comme l'article 13, paragraphe 2, point c), de la directive relative à la liberté de circulation, cette disposition peut être élargie aux situations de violence domestique, même si les États membres sont libres d'adopter les dispositions de leur choix.

**CEDH :** La CourEDH examine la question de savoir si la vie familiale et la nécessité de maintenir la relation entre le parent et les enfants commandent que le ressortissant d'un pays tiers soit autorisé à rester sur le territoire. Son approche diffère en cela de celle du droit national de bien des États membres, où la rupture d'une relation peut entraîner la perte du droit de séjour des parents ou des conjoints qui sont ressortissants d'un pays tiers. Dans de nombreux cas, la Cour considère que la relation peut se maintenir d'un

315 CJCE, affaire C-267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlin*, 13 février 1985, Recueil 1983, p. I-00567.

pays à l'autre par le biais de visites<sup>316</sup>, cependant elle considère parfois que la situation exige que le ressortissant du pays tiers soit autorisé à rester sur le territoire.

Exemple : dans l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas*<sup>317</sup>, la Cour a dit que l'article 8 de la CEDH empêchait les Pays-Bas d'expulser un père qui, malgré son divorce, continuait de voir son enfant quatre fois par semaine.

**En Suisse**, les ressortissants étrangers ont droit, quel que soit leur pays de provenance, au prolongement de leur autorisation de séjour après dissolution du mariage ou de la vie en commun avec un Suisse ou un détenteur d'une autorisation d'établissement, à condition que la vie commune ait duré trois ans au minimum et qu'elle ait été vécue *en Suisse*<sup>318</sup>; il faut aussi que la personne concernée soit bien intégrée (art. 50, al. 1, let. a, LEtr). L'art. 77, al. 1, OASA prévoit une possibilité similaire pour les personnes ayant bénéficié d'un regroupement familial avec un détenteur d'une autorisation de séjour. Dans ce cas, la prolongation de l'autorisation de séjour relève toutefois du pouvoir discrétionnaire des autorités.

Contrairement à la directive relative à la liberté de circulation, le droit suisse ne prend pas en considération la dissolution formelle de l'union conjugale, mais le fait que la *relation ait pris fin* (une pratique en contradiction avec le libellé de l'art. 50 LEtr). Il considère ainsi qu'une relation conjugale a échoué déjà lorsque la rupture est définitive et qu'il n'y a aucune perspective de reprise de la vie en commun, et pas seulement dès le moment où le divorce est prononcé. Les exigences en matière d'intégration – la seconde condition à la poursuite du séjour en Suisse – doivent quant à elles rester mesurées. Les autorités ne peuvent en particulier exiger une intégration particulièrement réussie<sup>319</sup>.

Une dérogation à la durée minimale de l'union conjugale est possible lorsqu'une raison personnelle majeure impose la poursuite du séjour en Suisse (art. 50, al. 1, let. b, LEtr). Parmi ces raisons majeures, l'art. 50, al. 2, LEtr mentionne la violence conjugale, un mariage forcé ou une réintégration sociale fortement compromise dans le pays de provenance. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive.

316 *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, n° 50435/99, CourEDH, 31 janvier 2006.

317 *Berrehab c. Pays-Bas*, n° 10730/84, CourEDH, 21 juin 1988.

318 TAF, arrêt du 11 juillet 2013, C-4801/2012, consid. 8.2.

319 ATF 136 II 113, consid. 3.3.

On entend par *violence conjugale* la violence physique ou psychique présente au sein d'une communauté familiale, dissoute ou non, et dont l'intensité est telle que la victime ne peut raisonnablement poursuivre la vie commune. Cette notion devrait comprendre la violence contre les enfants également, quand elle amène un parent à quitter le ménage commun en emmenant les enfants.

Pour conclure que la *réintégration sociale est fortement compromise* dans le pays de provenance, il ne suffit pas qu'il soit plus facile ou plus simple pour la personne concernée de rester en Suisse. Il faut aussi que la réintégration dans le pays de provenance semble fortement compromise du point de vue familial, professionnel et personnel<sup>320</sup>. Les autorités doivent donc examiner la question de savoir si l'on peut raisonnablement exiger de la personne étrangère qu'elle retourne chez elle.

Les raisons personnelles majeures, qui ne figurent pas explicitement dans la loi, sont la mort du conjoint ou des problèmes de santé.

Concernant le premier cas, celui du *décès du conjoint* dont dérivait le droit de séjour, le Tribunal fédéral a précisé récemment qu'en l'absence d'indice mettant en doute la légalité de l'union conjugale ou l'intensité du lien unissant les conjoints, il fallait présumer l'existence de raisons personnelles majeures. Il n'est dès lors plus nécessaire, dans ces cas, d'examiner la question de la réintégration sociale dans le pays de provenance<sup>321</sup>. Cette pratique s'applique aussi aux citoyens des États de l'UE ou de l'AELE et aux membres de leur famille, étant donné que, dans les domaines qui relèvent de l'ALCP, ils ne doivent pas être désavantagés par rapport aux Suisses et aux membres de leur famille. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a estimé que cette pratique s'applique également aux personnes dont le droit de séjour dérive d'un lien avec une personne établie en Suisse<sup>322</sup>.

Il est également possible de prolonger l'autorisation de séjour d'un conjoint étranger qui, une fois l'union dissolue, souhaite continuer à vivre en Suisse principalement pour rester auprès d'enfants nés de ce mariage. Dans ce cas, il n'est toutefois pas établi si l'autorisation est accordée en raison d'un cas particulier de regroupement familial ou pour raisons personnelles majeures (art. 50, al. 1, let. b, LEtr).

320 Arrêt TF 2C\_216/2009 du 20 août 2009, consid. 3.

321 ATF 138 II 393, consid. 3.3.

322 Arrêt TF 2C\_669/2012 du 5 mai 2013, consid. 3.

## 5.4.2. Les condamnations pénales

Il se peut qu'un État membre de l'UE souhaite expulser un ressortissant d'un pays tiers qui réside légalement sur le territoire mais qui a commis des infractions pénales.

**Droit de l'UE :** Les articles 27 à 33 de la directive relative à la liberté de circulation confèrent aux membres reconnus de la famille une protection améliorée (dérivée) contre les expulsions, identique à celle dont bénéficie le membre de leur famille ressortissant de l'EEE. Par exemple, toute velléité de restreindre pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille doit être fondée sur le fait que le comportement personnel de l'individu concerné représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave. L'existence de condamnations pénales antérieures ne peut en elle-même justifier ce type de restriction.

En vertu de l'article 28, paragraphe 3, point b), de la directive, les enfants mineurs ne peuvent être expulsés que pour des raisons impérieuses de sécurité publique, sauf si l'expulsion est nécessaire dans leur intérêt.

Quelle que soit leur nationalité, les membres de la famille de ressortissants turcs qui résident régulièrement depuis une certaine durée sur le territoire de l'État membre d'accueil bénéficient de la même protection<sup>323</sup>.

L'article 6, paragraphe 2, de la directive relative au regroupement familial autorise les États membres à retirer ou à refuser de renouveler le titre de séjour d'un membre de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Lorsqu'un État membre prend une telle décision, il doit tenir compte de la gravité ou de la nature de l'infraction à l'ordre public ou à la sécurité publique commise par le membre de la famille, ou des dangers que cette personne est susceptible de causer.

**CEDH :** La CourEDH détermine d'abord s'il est raisonnable d'attendre de la famille qu'elle accompagne le délinquant à l'étranger et, si ce n'est pas le cas, si l'infraction pénale justifie toujours l'expulsion lorsqu'il est clair que celle-ci entraînera une séparation totale de la famille. Dans ces situations, sa conclusion est intimement liée aux circonstances propres à chaque affaire. Elle a adopté différents critères pour apprécier la proportionnalité d'une décision d'expulsion. Ainsi, elle examine :

323 CJUE, affaire C-451/11, *Natthaya Dülger c. Wetteraukreis*, 19 juillet 2012.

- la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant dans l'État expulsant ;
- la durée du séjour du requérant dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période ;
- la nationalité du requérant et de tous les membres de la famille concernés ;
- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux du requérant avec le pays d'accueil et avec le pays de destination ;
- l'intérêt supérieur et le bien-être des enfants s'il y en a, en particulier les difficultés qu'ils seraient susceptibles de rencontrer s'ils devaient suivre le requérant dans le pays vers lequel il doit être expulsé<sup>324</sup>.

Exemple : l'affaire *A.A. c. Royaume-Uni*<sup>325</sup> concernait un ressortissant nigérian qui était entré au Royaume-Uni pour rejoindre sa mère et ses sœurs alors qu'il était un enfant et s'était vu octroyer un permis de séjour permanent. Pendant sa scolarité, il avait commis une infraction grave et été condamné à une peine qu'il avait purgée. Par la suite, il était devenu un modèle de réinsertion, n'avait commis aucune autre infraction, avait obtenu un diplôme universitaire et avait trouvé un emploi stable. Il se trouvait dans cette situation au moment où les autorités ordonnèrent son expulsion en raison de l'infraction qu'il avait commise avant sa majorité. La CourEDH a tenu compte de la condamnation antérieure du requérant mais aussi sa réinsertion exemplaire, et elle a souligné la longueur du laps de temps qui s'était écoulé depuis cette infraction ainsi que la bonne conduite du requérant pendant cette période. Elle a conclu que, dans ces circonstances particulières, l'expulsion de l'intéressé aurait emporté violation de l'article 8 de la CEDH.

Exemple : l'affaire *Antwi et autres c. Norvège*<sup>326</sup> concernait un ressortissant ghanéen ainsi que sa femme et sa fille, qui étaient ressortissantes norvégiennes. Les autorités avaient décidé d'expulser M. Antwi et de l'interdire de séjour en Norvège

324 *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, CourEDH, 2 août 2001 ; *Üner c. Pays-Bas* [GC], n° 46410/99, CourEDH, 18 octobre 2006 ; *Balogun c. Royaume-Uni*, n° 60286/09, CourEDH, 10 avril 2012, paras. 43-53.

325 *A.A. c. Royaume-Uni*, n° 8000/08, CourEDH, 20 septembre 2011.

326 *Antwi et autres c. Norvège*, n° 26940/10, CourEDH, 14 février 2012.

pendant cinq ans, après avoir découvert que son passeport était un faux. La CourEDH a conclu à l'absence de violation de l'article 8 de la CEDH, estimant qu'il n'existait pas d'obstacles insurmontables à l'installation de la famille au Ghana ou, du moins, au maintien de contacts réguliers, étant donné que les deux parents étaient nés et avaient grandi dans ce pays (l'épouse ayant quitté le Ghana à l'âge de 17 ans) et y étaient retournés trois fois en compagnie de leur fille.

Exemple : l'affaire *Amrollahi c. Danemark*<sup>327</sup> concernait un ressortissant iranien titulaire d'un permis de séjour permanent au Danemark. Il était père de deux enfants issus de son union avec sa partenaire danoise et d'un autre enfant issu d'une relation antérieure, qui vivait aussi au Danemark. Condamné à une peine de prison pour trafic de drogue, il avait fait l'objet à sa remise en liberté d'une décision d'expulsion vers l'Iran. Estimant qu'il n'était pas possible pour la famille du requérant de le suivre en Iran, compte tenu du fait que l'épouse n'avait jamais été en Iran, ne comprenait pas le farsi, n'était pas musulmane et, en dehors de sa relation maritale avec un Iranien, n'avait aucun lien avec ce pays, la CourEDH a conclu que l'expulsion définitive du requérant aurait entraîné un éclatement de la famille. Partant, elle a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH.<sup>328</sup>

Exemple: Dans l'affaire *Hasanbasic c. Suisse*,<sup>329</sup> le requérant avait été condamné à plusieurs reprises pour des infractions mineures. Mais la décision de l'expulser se fondait apparemment plus sur le montant important de ses dettes et des prestations sociales dont lui-même et sa famille bénéficiaient que sur ses condamnations. En appliquant les critères susmentionnés, la CourEDH a estimé que le bien-être économique du pays constituait un but légitime expressément prévu par la Convention justifiant l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale. Pour la CourEDH, les autorités suisses étaient donc fondées à prendre en compte l'endettement du requérant et la dépendance de l'assistance publique de la famille, dans la mesure où cette dépendance avait une incidence sur le bien-être économique du pays. Néanmoins, ces éléments ne constituent qu'un aspect parmi d'autres à prendre en compte par la CourEDH. Celle-ci a finalement conclu en l'espèce que l'expulsion emporterait violation de l'article 8 de la CEDH, eu égard notamment à la

327 *Amrollahi c. Danemark*, n° 56811/00, CourEDH, 11 juillet 2002.

328 Pour consulter d'autres arrêts similaires, voir *Beldjoudi c. France*, n° 12083/86, CourEDH, 26 mars 1992 ; *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, CourEDH, 2 août 2001 ; *Udeh c. Suisse*, n° 12020/09, CourEDH, 16 avril 2013.

329 CourEDH, *Hasanbasic c. Suisse*, n° 52166/09, 11 juin 2013.

durée considérable du séjour des requérants en Suisse et à leur intégration dans la société helvétique.

**La Suisse** distingue, en matière de condamnations pénales et de droit à la vie de famille, entre les personnes qui bénéficient de l'ALCP et celles qui tombent sous le coup de la LEtr ; parmi ces dernières, des distinctions sont faites en fonction du titre de séjour délivré. Contrairement à ce qui se passe dans l'UE, les ressortissants turcs ne bénéficient d'aucune protection particulière contre les renvois. L'initiative populaire sur le renvoi, acceptée par le peuple et les cantons en 2010 (art. 121, al. 3 à 6 et art. 197, al. 8, Cst.), qui n'est pas encore entrée en vigueur, prévoit de ne plus faire de distinction entre personnes relevant de la LEtr et personnes relevant de l'ALCP.

Le droit encore en vigueur actuellement (art. 63, let. a, LEtr pour les personnes détentrices d'une autorisation d'établissement et art. 62, let. b pour celles détentrices d'un autre type d'autorisation) prévoit qu'une autorisation peut être révoquée, dans le respect du principe de la proportionnalité, lorsqu'une personne a été condamnée à une peine privative de liberté « de longue durée », à un internement ou à une mesure pour jeunes adultes. Si l'étranger délinquant a de la famille en Suisse, les autorités sont tenues d'examiner la proportionnalité des conséquences qu'aurait la révocation de son autorisation sur les membres de sa famille.

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont considérées comme étant *de longue durée* les peines d'emprisonnement de plus d'un an. Ce même tribunal a institué ce que l'on appelle la règle des deux ans, un principe selon lequel il n'est plus possible d'octroyer d'autorisation de séjour à un étranger condamné à une mesure de plus de deux ans s'il réside depuis peu en Suisse ou demande pour la première fois une prolongation de son autorisation<sup>330</sup>. Cette règle s'applique aussi aux délinquants étrangers mariés en Suisse. Sa valeur est toutefois indicative ; elle peut être appliquée de manière plus ou moins rigoureuse selon les cas.

Plus un étranger réside depuis longtemps en Suisse, plus la révocation de son autorisation de séjour est soumise à des exigences. Ce principe vaut en particulier pour les étrangers arrivés en Suisse durant leur enfance ou leur adolescence, et plus encore pour les étrangers dits de la deuxième et de la troisième génération, qui sont nés en Suisse. Même dans ces cas, la révocation d'une autorisation (généralement d'établissement) n'est pas exclue en présence de menaces sur des intérêts publics très importants : c'est le cas si l'étranger a perpétré des délits sexuels, violents ou contrevenants aux

330 ATF 139 I 145, consid. 3.4 ; ATF 135 II 377, consid. 4.4 ; ATF 110 Ib 201.

dispositions sur les stupéfiants, a récidivé ou a commis des infractions de plus en plus graves<sup>331</sup>.

Cette pratique se réfère aux critères établis par la CourEDH, en particulier dans ses arrêts *Boultif c. Suisse* et *Üner c. Pays-Bas* (voir ci-dessus, note de bas de page 328). Le Tribunal fédéral fait en revanche preuve de retenue dans l'application de la jurisprudence fixée dans l'arrêt *Udeh c. Suisse*<sup>332</sup>. Il a souligné à plusieurs reprises qu'à son avis il ne s'agit pas là d'une décision de principe, contrairement aux arrêts *Boultif* et *Üner*<sup>333</sup>. Dans l'affaire *Udeh*, la Suisse a été condamnée pour violation de l'art. 8 de la CEDH, pour ne pas avoir renouvelé l'autorisation de séjour d'un ressortissant d'un pays tiers qui avait été condamné en Allemagne à 42 mois d'emprisonnement pour des délits liés aux stupéfiants et avait trois enfants suisses de deux femmes différentes en Suisse. Dans sa décision, la CourEDH s'est fondée de manière prépondérante sur des faits postérieurs au jugement de dernière instance rendu en Suisse (bonne conduite du recourant depuis son jugement, naissance d'un autre enfant, projet de mariage), un élément que le Tribunal fédéral souhaite fortement relativiser<sup>334</sup>. La proportionnalité de la mesure doit par conséquent être examinée en règle générale en fonction de la situation qui prévalait au moment où a été rendue la décision de première instance.

*L'initiative populaire sur le renvoi* (art. 121, al. 3 à 5, Cst.) remet en question la prise en compte de la proportionnalité lors de la révocation ou du non-renouvellement d'autorisations de séjour pour les étrangers vivant en Suisse. Cette initiative vise à obliger les autorités à révoquer l'autorisation de tout étranger auteur de certaines infractions, et cela indépendamment de la gravité de l'acte, de la sévérité de la peine, de la durée du séjour en Suisse, de la nature de l'autorisation et de la situation familiale. Cette volonté est contraire non seulement au principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.) et au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst., art. 8 CEDH), mais aussi à l'ALCP, qui exige d'examiner individuellement s'il y a bien mise en danger de la sécurité publique et de l'ordre public avant de limiter les droits des étrangers qui bénéficient de la libre circulation (art. 5, al. 1, annexe I ALCP)<sup>335</sup>.

331 ATF 139 I 16, consid. 2.2.1 ; arrêt TF 2C\_562/2011 du 21 novembre 2011, consid. 3.3 et 4.3 ; voir aussi arrêt TF 2C\_179/2014 du 21 février 2014, consid. 3.2 avec renvois.

332 *Udeh c. Suisse*, n° 12020/09, CourEDH, 16 avril 2013.

333 ATF 139 I 325, consid. 2.4 avec renvois.

334 ATF 139 I 325, consid. 2.4 in fine.

335 Pour une vue d'ensemble des conflits de l'initiative sur le renvoi avec le droit international, voir ATF 139 I 16, consid. 4.3.3.

Dans une décision de principe, le Tribunal fédéral a fixé une série de règles de base sur la manière dont doit être prise en compte l'initiative populaire sur le renvoi en attendant qu'elle soit concrétisée par une loi. Il a tout d'abord conclu que toute interprétation de la teneur de l'initiative doit tenir compte du contexte général, soit la Constitution, et ne pas donner la prééminence absolue à la volonté des initiants. Le simple fait que cette disposition constitutionnelle soit plus récente que les autres dispositions constitutionnelles avec lesquelles elle entre en conflit n'exige pas qu'on l'interprète de manière indépendante de son contexte<sup>336</sup>. Le Tribunal fédéral estime que cette initiative n'est pas directement applicable, en particulier parce qu'elle entre en contradiction avec d'autres dispositions constitutionnelles. Il réaffirme donc qu'elle doit tout d'abord être concrétisée par le législateur<sup>337</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme également qu'en cas de véritable conflit entre la Constitution fédérale et le droit international – et en particulier la CEDH – c'est ce dernier qui prime et que, par conséquent, même si l'initiative était directement applicable, elle ne pourrait être mise en pratique<sup>338</sup>.

336 ATF 139 I 16, consid. 4.2.2.

337 ATF 139 I 16, consid. 4.3.2.

338 ATF 139 I 16, consid. 5.

## Points clés

- Les dispositions du droit de l'UE relatives au regroupement familial ne s'appliquent pas aux ressortissants de l'UE n'ayant pas fait usage de leur droit de libre circulation, de sorte que, dans certains États membres de l'UE, les ressortissants d'un autre État membre qui ont exercé ce droit bénéficient de droits au regroupement familial plus étendus que les nationaux de l'État concerné (voir l'introduction du présent chapitre).
- La directive relative à la liberté de circulation s'applique aux membres reconnus de la famille de ressortissants de l'EEE ou de citoyens de l'Union, dans la mesure où ces citoyens ont exercé leur droit de libre circulation, quelle que soit leur nationalité. Elle confère aux membres reconnus de la famille une protection (dérivée) améliorée contre les expulsions qui est identique à celle dont bénéficient les ressortissants de l'EEE (voir la section 5.2).
- Dans le cas des regroupants ressortissants de pays tiers, le regroupement familial est régi par la directive relative au regroupement familial. En principe, le membre de la famille doit se trouver à l'étranger, mais les États membres peuvent déroger à cette règle (voir la section 5.3).
- Aux fins du regroupement familial, le droit de l'UE n'établit pas de distinction entre les liens familiaux qui sont antérieurs à l'installation du regroupant sur le territoire et ceux qui y sont postérieurs (voir la section 5.3).
- La CourEDH a élaboré des critères d'appréciation de la proportionnalité des décisions d'expulsion, compte tenu du droit au respect de la vie privée et familiale qui est garanti par l'article 8 de la CEDH. Son approche des cas d'expulsion de membres de la famille ou de regroupement familial dépend des circonstances concrètes propres à l'affaire en question (voir les sections 5.2 et/ou 5.4.1).
- La CSE prévoit un droit au regroupement familial et la jurisprudence du CEDS circonscrit les conditions et les restrictions applicables à ce regroupement (voir la section 5.3).
- Au regard de la CEDH, une interdiction générale de se marier fondée sur le statut de l'intéressé au regard de la législation en matière d'immigration peut ne pas être acceptable (voir la section 5.1).
- **En Suisse**, en matière de regroupement familial, aucune distinction de principe n'est faite entre les cas dans lesquels les membres de la famille se trouvent encore à l'étranger et doivent être regroupés et ceux dans lesquels ils se trouvent déjà dans le pays et doivent être régularisés.
- Le droit suisse des étrangers distingue les personnes qui ont le droit de faire venir auprès d'elles les membres de leur famille proche et celles pour lesquelles ce regroupement dépend du pouvoir discrétionnaire des autorités. Les ressortissants suisses, les ressortissants de l'UE/AELE et les titulaires d'une autorisation d'établissement ont un droit au regroupement des membres de leur famille. Les détenteurs d'une autorisation

de séjour ou d'une autorisation de séjour de courte durée et les personnes au bénéfice d'une admission provisoire n'ont pas ce droit, qui peut toutefois, dans certaines conditions, découler directement de l'art. 8 de la CEDH. Un droit au regroupement peut même exister, en vertu de l'art. 8 de la CEDH, pour des personnes n'appartenant pas à la famille nucléaire, lorsqu'il existe une relation effective intacte et que le regroupant bénéficie d'un statut de séjour consolidé.

- En matière de regroupement familial, les personnes faisant partie du domaine d'application de l'ALCP sont privilégiées par rapport aux citoyens suisses et aux ressortissants d'États tiers établis en Suisse, car leur droit au regroupement familial s'étend à un cercle plus large de personnes et les conditions qu'ils doivent remplir sont moins nombreuses.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.

# 6

## La détention et les restrictions à la libre circulation



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Définitions: détention ou restriction à la libre circulation</b>		
Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 2, let. h*	CEDH, art. 5 (droit à la liberté et à la sûreté) CEDH, art. 2 du Protocole n° 4 (liberté de circulation)*	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 31
<b>Mesures pouvant remplacer la détention</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15, para. 1 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 8, para. 2*	CourEDH, <i>Mikolenko c. Estonie</i> , 2010 (examen nécessaire des mesures pouvant remplacer la détention)	
<b>Liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15, para. 1 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 8*	CEDH, art. 5, para. 1, let. a-f (droit à la liberté et à la sûreté)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 73 ss.
<b>Détention en vue d'empêcher une entrée non autorisée dans le pays</b>		
Code frontières Schengen, règlement (CE) n° 562/2006, art. 13 (refus d'entrée)	CEDH, art. 5, para. 1, let. f (droit à la liberté et à la sûreté), 4 <sup>e</sup> partie CourEDH, <i>Saadi c. Royaume-Uni</i> , 2008, et <i>Suso Musa c. Malte</i> , 2013 (personnes n'ayant pas encore obtenu l'autorisation de pénétrer dans le pays)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 75

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Détention dans la procédure Dublin</i>		
Ordonnance Dublin III, art. 28 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 9-11 (aussi obligatoire pour la Suisse en tant que partie de l'ordonnance sur la détention Dublin)	CEDH, art. 5, para. 1, let. f (droit à la liberté et à la sûreté)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 75 al. 1 <sup>bis</sup> , art. 76 al. 1 P-Loi fédérale sur les étranger (P-LEtr, pas encore en vigueur en 2014), RS 142.20, art. 76a, art. 80a
<i>Détention dans l'attente d'une expulsion ou d'une extradition</i>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15 CJUE, affaire C-61/11, <i>El Dridi</i> , 2011 et affaire C-329/11, <i>Achughbabian</i> , 2011 (lien entre la rétention en vue de l'éloignement et la détention pénale)	CEDH, art. 5, para. 1, let. f (droit à la liberté et à la sûreté), 2 <sup>e</sup> partie	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 76
<b>Cas prescrits par la loi</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 20 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 8, para. 3*	CEDH, art. 5, para. 1 (droit à la liberté et à la sûreté) CourEDH, <i>Nowak c. Ukraine</i> , 2011 (garanties procédurales)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 31
<b>Nécessité et proportionnalité</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15 et 3, para. 7 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 8, para. 2*	CourEDH, <i>Rusu c. Autriche</i> , 2008 (défaut de motivation et caractère arbitraire d'une détention)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 36
<b>Caractère arbitraire</b>		
<i>Bonne foi</i>		
	CourEDH, <i>Longa Yonkeu c. Lettonie</i> , 2011 (garde-côtes soutenant n'avoir pas eu connaissance d'une demande d'asile)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 9

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Diligence requise</i>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15, para. 1 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 9, para. 1*	CourEDH, <i>Singh c. République tchèque</i> , 2005 (deux ans et demi de détention dans l'attente d'une procédure d'expulsion)	
<i>Perspective raisonnable d'éloignement</i>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15 CJCE, affaire C-357/09, <i>Kadzoev</i> , 2009 CJUE, affaire C-146/14, <i>Mahdi</i> , 2014	CourEDH, <i>Mikolenko c. Estonie</i> , 2010 (détention malgré l'absence de perspective raisonnable d'éloignement)	
<i>Durée maximale de la détention</i>		
Directive « retour » 2008/115/CE, art. 15, para. 5-6 CJCE, affaire C-357/09, <i>Kadzoev</i> , 2009	CourEDH, <i>Auad c. Bulgarie</i> , 2011 (appréciation de la durée raisonnable d'une détention en fonction des circonstances particulières en l'espèce)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 79
<b>Détention de personnes ayant des besoins particuliers</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 3 para. 9, art. 16 para. 3 et 17 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 11* Directive relative à la prévention de la traite des êtres humains, 2011/36/UE, art. 11*	CourEDH, <i>Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique</i> , 2006 (enfant non accompagné) CourEDH, <i>Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique</i> , 2007 (rétention de mineurs dans un établissement inadapté) CourEDH, <i>Rantsev c. Chypre et Russie</i> , 2010 (victime de la traite des êtres humains)	Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 79, al. 2 (durée de détention maximale plus courte pour mineurs âgés entre 15 et 18 ans)
<b>Garanties procédurales</b>		
<i>Droit d'être informé des motifs de la détention</i>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 15, para. 2 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 9, para. 2*	CEDH, art. 5, para. 2 (droit à la liberté et à la sûreté) CourEDH, <i>Saadi c. Royaume-Uni</i> , 2008 (requérant informé après deux jours de détention, une durée jugée trop longue)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 31 Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 80

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Droit de réexamen de la détention</i>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 47 (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial)* Directive « retour », 2008/115/CE, art. 13, para. 4 et art. 15, para. 3 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 9, para. 3*	CEDH, art. 5, para. 4 (droit à la liberté et à la sûreté) CourEDH, <i>Abdolkhani et Karimnia c. Turquie</i> , 2009 (pas de procédure de réexamen)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 31 al. 4
<b>Conditions ou régimes de détention</b>		
Directive « retour », 2008/115/CE, art. 16 et 17 Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 10	CourEDH, <i>S.D. c. Grèce</i> , 2009 (conditions de détention)	Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 10 Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 81
<b>Réparation à la suite d'une détention illégale</b>		
	CEDH, art. 5, para. 5 (droit à la liberté et à la sûreté)	

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

La détention constitue une exception au droit fondamental à la liberté. Dès lors, la privation de liberté est soumise à des garanties importantes : elle doit être prévue par la loi et dénuée d'arbitraire<sup>339</sup>. La détention de demandeurs d'asile et de migrants qui font l'objet d'une procédure de retour doit être une mesure prise en dernier ressort, lorsque tous les autres moyens ont été épuisés. En dépit de ces principes, de nombreuses personnes en Europe sont détenues soit à l'entrée dans le territoire, soit pour éviter tout risque de fuite au cours de la procédure d'éloignement. Lorsqu'ils sont privés de liberté, les individus doivent être traités humainement et dignement.

Le droit international soumet la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés à des restrictions. Conformément à l'article 31 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, aucune sanction pénale ne sera appliquée, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux « réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie

<sup>339</sup> Pour de plus amples informations relatives aux pratiques des différents États en matière de privation de liberté, voir FRA (2010a).

ou leur liberté était menacée [...], entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières »<sup>340</sup>.

🔄 Exemple : L'affaire *Qurban*<sup>341</sup> concernait un ressortissant afghan entré en Allemagne via la Grèce avec un faux passeport pakistanais. En tant que juridiction de renvoi, l'Oberlandesgericht de Bamberg a considéré comme discutable la question de savoir si l'art. 31 de la Convention de Genève de 1951 est applicable en cas d'entrée via la Grèce avec l'aide de passeurs et en utilisant un faux passeport. Comme elle n'est pas compétente pour l'interprétation de la Convention (mais seulement pour l'interprétation du droit de l'Union) la CJUE a rejeté sa compétence concernant cette question. Pour elle, la mention de l'art. 31 de la Convention de Genève de 1951 dans diverses normes du droit européen ne confère pas à cet article la qualité de norme européenne au sens de la jurisprudence de la CJUE.

La CEDH dresse une liste exhaustive de motifs justifiant la détention, dont le fait d'empêcher la personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou de faciliter son éloignement. Le droit de l'Union européenne suit le principe fondamental selon lequel la rétention de personnes qui demandent à bénéficier de la protection internationale et de celles qui font l'objet d'une procédure de retour doit revêtir un caractère nécessaire. Afin d'éviter toute rétention arbitraire, des conditions supplémentaires doivent être remplies : par exemple, toute rétention devra être motivée et la personne placée en rétention devra avoir la possibilité d'accéder à un contrôle juridictionnel rapide.

**En Suisse**, selon l'art. 31 Cst., il ne peut y avoir privation de liberté que dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit. Diverses garanties de procédures y sont inscrites qui doivent être respectées. Cette disposition est largement inspirée des règles de l'art. 5, al. 1 de la CEDH.

La LEtr prévoit sept cas de privation de liberté (voir la liste à la section 6.3). Les plus importants sont la détention en phase préparatoire applicable pendant la préparation d'une décision sur le droit de séjour, la détention en vue du renvoi pour les personnes qui sont frappées d'une décision de renvoi ou d'expulsion de première instance et dont on

340 UNHCR (2012), Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention ; Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) (2008-2009), *20 ans de lutte contre la torture : 19<sup>e</sup> rapport général*. 1<sup>er</sup> août 2008-31 juillet 2009.

341 CJUE, affaire C-481/13, *Mohammad Ferooz Qurbani*, 17 juillet 2014.

craint un risque de fuite, ainsi que la détention pour insoumission qui peut être infligée aux personnes dont le comportement empêche l'exécution du renvoi ou de l'expulsion.

## 6.1. Privation de liberté ou restriction à la libre circulation ?

**Droit de l'UE** : la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) définit la « rétention » comme « toute mesure d'isolement d'un demandeur d'asile par un État membre [de l'UE] dans un lieu déterminé, où le demandeur d'asile est privé de sa liberté de mouvement » [article 2, point k)]. La directive « retour » (2008/115/CE) ne définit pas la rétention.

**CEDH** : l'article 5 porte sur des questions relatives à la privation de liberté, tandis que l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH vise les restrictions à la libre circulation. Si certains exemples évidents de privation de liberté sont mentionnés, tels que l'emprisonnement, d'autres situations sont plus difficiles à définir et peuvent équivaloir à une restriction à la libre circulation, et non à une privation de liberté.

Pour déterminer si la situation d'une personne relève de l'article 5 de la CEDH ou de l'article 2 du Protocole n° 4, la CourEDH prévoit qu'il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères tels que le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée<sup>342</sup>. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence<sup>343</sup>. L'appréciation dépendra des circonstances particulières de l'affaire.

Une privation de liberté ne peut être fondée sur un seul facteur, quelle que soit son importance, mais doit se baser sur une appréciation de l'ensemble des éléments. Même une brève durée de restriction à la liberté de circuler, par exemple quelques heures, ne signifiera pas nécessairement que la situation impliquait une restriction à la libre circulation, et non une privation de liberté. Tel est en particulier le cas si d'autres facteurs sont présents, tels que le caractère fermé de l'établissement, le recours à des mesures coercitives<sup>344</sup> ou le fait que la situation a eu une incidence particulière sur la personne

342 CourEDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, 15 mars 2012, para. 57.

343 CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 novembre 1980, para. 93.

344 CourEDH, *Foka c. Turquie*, n° 28940/95, 24 juin 2008 ; CourEDH, *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, 12 février 2009.

concernée, notamment si elle a dû faire face à un inconfort physique ou à un sentiment de détresse morale<sup>345</sup>.

Tout motif d'intérêt général sous-jacent, tel que la protection ou l'intention de protéger la société contre le risque ou la menace que représente une personne ne doit pas entrer en ligne de compte pour apprécier s'il y a eu ou non privation de liberté. Le but à l'origine de la mesure de détention peut être pertinent lorsqu'il s'agit de la justifier au regard de l'article 5, paragraphe 1, alinéas a) à f), de la CEDH<sup>346</sup>. Néanmoins, dans tous les cas, l'article 5, paragraphe 1, doit être interprété en fonction du contexte dans lequel les mesures sont prises. Il convient également de tenir compte de la responsabilité de la police et de ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public au regard du droit national et de la CEDH<sup>347</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Guzzardi c. Italie*<sup>348</sup>, le requérant n'était pas autorisé à circuler dans une zone spécifique, s'était vu imposer un couvre-feu et une surveillance spéciale, devait se présenter aux autorités deux fois par jour et était soumis à des restrictions et à une surveillance dans ses contacts avec le monde extérieur. La CourEDH a estimé qu'il s'agissait d'une privation de liberté non fondée au regard de l'article 5 de la CEDH<sup>349</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Raimondo c. Italie*<sup>350</sup>, le requérant avait été placé sous la surveillance spéciale de la police, ce que la CourEDH a considéré comme une restriction à la libre circulation, et non comme une privation de liberté. Elle a relevé que l'intéressé ne pouvait quitter son domicile sans en informer la police, même s'il n'avait, en réalité, pas besoin de son autorisation pour sortir.

345 CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 novembre 1980 ; CourEDH, *H.L. c. Royaume-Uni*, n° 45508/99, 5 octobre 2004.

346 CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009, paras. 163-164.

347 CourEDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, 15 mars 2012, para. 60.

348 CourEDH, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, 6 novembre 1980.

349 *Ibid.*

350 CourEDH, *Raimondo c. Italie*, n° 12954/87, 22 février 1994.

Exemple : dans les affaires *Amuur c. France* et *Riad et Idiab c. Belgique*, concernant toutes deux des demandeurs d'asile<sup>351</sup>, et dans l'affaire *Nolan et K. c. Russie*<sup>352</sup>, concernant un ressortissant de pays tiers, la rétention des requérants dans la zone de transit d'un aéroport a été jugée contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH. La CourEDH a rejeté la thèse des autorités, qui soutenaient qu'il n'y avait pas eu privation de liberté étant donné que la personne en question pouvait échapper à la rétention à l'aéroport en prenant un avion pour quitter le pays.

Exemple : dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>353</sup>, la fille du requérant était une ressortissante russe résidant à Chypre et travaillant comme artiste dans un cabaret grâce à un permis de travail délivré à la demande des propriétaires du cabaret. Après plusieurs mois, la jeune femme avait décidé de quitter son emploi et de retourner en Russie. L'un des propriétaires du cabaret avait informé les services de l'immigration que l'intéressée avait abandonné son lieu de travail et de résidence. La fille du requérant avait ensuite été retrouvée et emmenée au poste de police, où elle avait été détenue pendant environ une heure. La police avait alors décidé que la jeune femme ne devait pas être incarcérée et qu'il incombait à son employeur, qui en était responsable, de venir la chercher et de l'emmener. Le propriétaire du cabaret avait donc emmené la fille du requérant à l'appartement d'un autre employé du cabaret, où elle avait été retenue contre son gré. Le lendemain matin, elle avait été retrouvée morte dans la rue sur laquelle donnait l'appartement. Bien que la durée totale de la détention ait été de deux heures, la CourEDH a estimé qu'il s'agissait d'une privation de liberté au sens de l'article 5 de la CEDH. Elle a déclaré les autorités chypriotes responsables de la détention au commissariat et de la séquestration dans l'appartement, étant donné que, sans leur coopération active avec les propriétaires du cabaret en l'occurrence, il n'y aurait pas eu privation de liberté.

**En Suisse**, la question de savoir s'il y a restriction ou privation de liberté s'est posée dans le domaine de l'asile, notamment en relation avec l'exécution d'une procédure d'asile à l'aéroport. Les personnes qui entrent en Suisse par avion et déposent une demande d'asile à l'aéroport peuvent y être retenues pour une durée maximale de 60 jours jusqu'à la décision constatant si les conditions d'entrée sont remplies (art. 22, al. 5, LAsi). Les personnes concernées peuvent faire examiner en tout temps par le Tribunal

351 CourEDH, *Amuur c. France*, n° 19776/92, 25 juin 1996, paras. 38-49 ; CourEDH, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03 et 29810/03, 24 janvier 2008.

352 CourEDH, *Nolan et K. c. Russie*, n° 2512/04, 12 février 2009, paras. 93-96.

353 CourEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010, paras. 314-325.

administratif fédéral la légalité de l'assignation à l'aéroport selon la loi sur l'asile (art. 108, al. 4, LAsi). Cependant, s'appuyant sur la pratique de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA), le Tribunal administratif fédéral est parti du principe dans quelques cas qu'il ne s'agissait pas d'une privation de liberté – du moins jusqu'à l'échéance de la durée maximale. En revanche, sur le modèle de l'arrêt de la CourEDH *Amuur c. France*, le Tribunal fédéral a décidé que cette assignation dans la zone de transit de l'aéroport représente une privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH et qu'elle nécessite une base légale correspondante et la possibilité d'un contrôle judiciaire<sup>354</sup> (voir à ce sujet la section 1.5).

## 6.2. Les mesures pouvant remplacer la détention

**Droit de l'UE** : la rétention doit être une mesure prise en dernier ressort, une fois tous les autres moyens épuisés, à moins que tout porte à croire que ces autres mesures ne pourraient être appliquées de manière effective en l'espèce (article 8, paragraphe 2, de la directive sur les conditions d'accueil révisée, article 18, paragraphe 2, du règlement de Dublin et article 15, paragraphe 1, de la directive « retour » (2008/115/CE) : « [à] moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées »). Dès lors, la rétention peut être appliquée seulement après que toutes les autres mesures possibles ont été envisagées ou lorsque les mécanismes de contrôle n'ont pas atteint l'objectif licite et légitime. L'article 8, paragraphe 4, de la directive sur les conditions d'accueil révisée dispose que les États membres veillent à ce que leur droit national fixe les règles relatives aux alternatives à la rétention.

Parmi les mesures envisageables pouvant remplacer la rétention figurent : les obligations de se présenter aux services de police ou de l'immigration à intervalles réguliers ; l'obligation de remettre un passeport ou un document de voyage ; l'obligation de vivre et de dormir à une adresse définie ; une libération sous caution, assortie ou non de sûretés ; l'exigence d'avoir un garant ; une libération avec suivi social ou dans le cadre d'un plan de suivi social piloté par une équipe de travailleurs sociaux ou de psychologues/psychiatres ; ou une surveillance électronique, comme le marquage électronique.

**CEDH** : la CourEDH apprécie s'il aurait été possible ou non d'appliquer une mesure moins radicale avant de procéder à la rétention.

354 ATF 123 II 193, consid. 3 et 4 c.

Exemple : dans l'affaire *Mikolenko c. Estonie*<sup>355</sup>, la Cour a estimé que les autorités auraient pu en réalité avoir recours à d'autres mesures que l'incarcération du requérant pendant une longue durée au centre de rétention, alors que son expulsion n'était pas possible dans l'immédiat.

Les mesures susceptibles de remplacer la rétention impliquent souvent des restrictions à la libre circulation. Le droit à la libre circulation est garanti par l'article 2 du Protocole n° 4 à la CEDH, à condition que l'État en question ait ratifié cet instrument (voir [Annexe 2](#)). Une restriction de cette liberté doit être nécessaire et proportionnée, et respecter les objectifs prévus au deuxième paragraphe de l'article 2 du Protocole n° 4. Cette disposition ne s'applique qu'aux personnes qui « se trouve[nt] régulièrement sur le territoire d'un État », et non aux personnes en situation irrégulière.

Exemple : dans l'affaire *Omwenyike c. Allemagne*<sup>356</sup>, le requérant avait l'obligation de résider dans une ville particulière en attendant qu'il fût statué sur sa demande d'asile. La CourEDH a estimé qu'étant donné que le requérant n'avait pas respecté les conditions de son séjour temporaire, il ne se trouvait pas « régulièrement » sur le territoire de l'Allemagne et ne pouvait donc pas prétendre au droit à la libre circulation visé à l'article 2 du Protocole n° 4.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Mahdi*<sup>357</sup>, qui concernait un ressortissant soudanais tentant d'entrer en Bulgarie après le rejet de sa demande d'asile, la CJUE a clairement précisé qu'il fallait faire un examen complet de toutes les circonstances en rapport avec la situation de M. Mahdi afin de pouvoir juger si des alternatives à la détention peuvent entrer en ligne de compte.

**En Suisse**, les discussions sur les alternatives aux privations de liberté induites par les mesures de contraintes du droit des étrangers sont peu avancées. La Suisse n'est soumise ni au 4<sup>e</sup> Protocole additionnel de la CEDH ni à la directive sur les conditions d'accueil qui oblige les États membres de l'UE à inscrire dans la loi des alternatives à la détention. Mais avec l'assignation d'un lieu de résidence et l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée au sens de l'art. 74 LEtr, ainsi que la possibilité d'imposer à l'étranger de se présenter régulièrement à l'autorité, de fournir des sûretés financières appropriées et de déposer des documents de voyage selon l'art. 64e LEtr, le droit suisse prévoit tout de

355 CourEDH, *Mikolenko c. Estonie*, n° 10664/05, 8 octobre 2009.

356 CourEDH, *Omwenyike c. Allemagne* (déc.), n° 44294/04, 20 novembre 2007.

357 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

même certaines alternatives. Le nombre de places de détention doit cependant être augmenté<sup>358</sup>. Or l'art. 78 LEtr concernant la détention pour insoumission et l'art. 76a P-LEtr (non encore en vigueur en 2014)<sup>359</sup> relatif à la détention en vue du renvoi Dublin prévoient expressément que celle-ci ne doit être ordonnée que s'il n'y a pas d'autres mesures moins contraignantes susceptibles d'atteindre l'objectif visé. Lorsqu'une telle mesure – notamment l'assignation d'un lieu de résidence ou l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée au sens de l'art. 74 LEtr – suffit à garantir l'exécution du renvoi, la décision de privation de liberté est disproportionnée et, partant, inadmissible. L'art. 75 LEtr sur la détention en phase préparatoire, l'art. 76 LEtr sur la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et l'art. 76a P-LEtr sur la détention en vue du renvoi Dublin prévoient cependant une série de motifs dont la réalisation conduit à la *présomption* selon laquelle l'exécution du renvoi ne peut être garantie que par une privation de liberté. Le législateur et le Tribunal fédéral parlent en la matière d'un « risque objectif de passage à la clandestinité ». Certains comportements permettent à eux seuls de conclure que les personnes concernées s'opposeront à l'exécution de leur renvoi ou du moins qu'elles essaieront de l'entraver<sup>360</sup>. La compatibilité de la détention pour insoumission (art. 78 LEtr) avec l'art. 5 de la CEDH est particulièrement contestée. Mais selon le Tribunal fédéral, la pratique de la CourEDH ne permet pas de conclure que la détention pour insoumission lui est contraire<sup>361</sup>. Le Tribunal essaie de tenir compte du principe de proportionnalité en posant à la prolongation de la détention des conditions d'autant plus sévères que la détention est longue et que le retour paraît peu probable<sup>362</sup>. Dans la période de janvier 2011 à décembre 2013, la détention pour insoumission ne concernait que 1 % des décisions de mesures de détention du droit des étrangers et dans 78 % des cas elle est restée sans succès.

L'art. 76a P-LEtr, qui a été adopté dans le cadre de la mise en œuvre de la refonte du règlement de Dublin (Dublin III), prévoit par renvoi explicite à l'art. 28, para. 2, du règlement Dublin, que la détention n'est admissible que s'il n'y a aucune autre mesure moins coercitive à disposition. Lorsqu'une personne est en procédure de retour, l'art. 15, para. 1, de la directive « retour » n'admet la rétention que si dans le cas concret aucune autre mesure de contrainte suffisante mais moins coercitive n'entre en considération. Dès lors, dans le

358 Cf. chapitre 8 de la déclaration commune de l'OFJP, de la CCDJ et de la CDAS du 21 janvier 2013, dans laquelle les cantons assument l'obligation de créer 500 à 700 nouvelles places de détention administrative.

359 Par « P-LEtr » on désigne les modifications déjà adoptées par le Conseil national et le Conseil des États sur les dispositions de détentions dans la foulée de la mise en œuvre du règlement Dublin III. Ces modifications entreront en vigueur en 2015. Cf. FF 2014 2637 sur les nouvelles dispositions.

360 ATF 130 II 377, consid. 3.3.2 avec d'autres remarques.

361 ATF 134 I 92, consid. 2.3.1.

362 ATF 135 II 105, consid. 2.2.2.

cadre des mesures de contrainte, à l'exception de la rétention de courte durée au sens de l'art. 73 LEtr et de la détention en phase préparatoire selon l'art. 75 LEtr, il faudra examiner les alternatives possibles à la détention et (cumulativement) la question de savoir si la procédure de retour a échoué (art. 15, para. 4, directive « retour »). Prononcer une détention selon la directive « retour » n'est légal que si ces deux conditions sont réalisées.

Dans l'affaire *Mahdi*, la CJUE a précisé en juin 2014 qu'une décision de détention et/ou une prolongation d'après la directive « retour » n'est possible que lorsque le renvoi est exécutable.

## 6.3. Liste exhaustive des exceptions au droit à la liberté

**Droit de l'UE :** La privation de liberté et celle des personnes faisant l'objet d'une procédure de retour sont régies par deux régimes juridiques différents<sup>363</sup>. La privation de liberté des demandeurs d'asile est régie par la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE), et l'article 28 du règlement de Dublin et celle des personnes faisant l'objet d'une procédure de retour par l'article 15 de la directive « retour ».

Selon l'article 8 de la directive sur les conditions d'accueil et l'article 26 de la directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE), les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle demande l'asile<sup>364</sup>. Il n'est pas davantage acceptable de détenir une personne au seul motif qu'elle relève du règlement de Dublin (article 28, paragraphe 1, du règlement). L'article 8, paragraphe 3, de la directive sur les conditions d'accueil énumère de manière exhaustive les six situations dans lesquelles un demandeur d'asile peut être placé en rétention :

- pour établir ou vérifier son identité ou sa nationalité ;
- pour déterminer les éléments sur lesquels se fonde la demande de protection internationale qui ne pourraient pas être obtenus sans un placement en rétention, en particulier lorsqu'il y a risque de fuite du demandeur ;

363 CJUE, C-357/09 Recueil 2009, p. I-11189, *Kadzoev*, 30 novembre 2009, para. 45 et CJUE, C-534/11, *Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, 30 mai 2013, para. 52.

364 Pour de plus amples informations, voir Commission européenne, Direction générale des affaires intérieures (2012), « Conditions d'accueil », disponible sur : [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/reception-conditions/index_en.htm) (en anglais).

- pour statuer sur le droit du demandeur d'entrer sur le territoire ;
- lorsque le demandeur est placé en rétention dans le cadre d'une procédure de retour au titre de la directive « retour », pour préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement<sup>365</sup> ;
- lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige ; et
- conformément à l'article 28 du règlement de Dublin, qui dans certaines circonstances autorise la rétention pour assurer les procédures de transfert en vertu du règlement.

L'article 15, paragraphe 1 de la directive « retour » permet uniquement la rétention de ressortissants de pays tiers qui font « l'objet de procédures de retour ». La privation de liberté est autorisée aux deux motifs suivants, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement :

- afin de préparer le retour ;
- afin de procéder à l'éloignement.

**CEDH** : l'article 5, paragraphe 1 protège le droit à la liberté et à la sûreté. Ses alinéas a) à f) présentent une liste exhaustive des exceptions autorisées : « nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales » :

- après condamnation par un tribunal compétent ;
- pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal ou à une obligation prescrite par la loi ;
- en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente ;
- dans certaines situations concernant des mineurs ;
- pour des raisons de santé publique ou en cas de vagabondage ;

<sup>365</sup> Voir également CJUE, C-534/11, *Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie*, 30 mai 2013.

- pour empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou pour faciliter l'éloignement d'un étranger.

Il incombe au pays concerné de justifier la détention en se fondant sur l'un de ces six motifs<sup>366</sup>. Si la détention ne peut se fonder sur aucun d'entre eux, elle est automatiquement illégale<sup>367</sup>. Les motifs sont énumérés limitativement<sup>368</sup>. Il n'existe pas de disposition de portée générale, visant par exemple la détention en vue d'empêcher une infraction ou des troubles quelconques. L'absence d'objectif précis et de motif justifiant la détention peut signifier que celle-ci est illégale.

L'article 5, paragraphe 1, alinéa f) de la CEDH prévoit la détention de demandeurs d'asile et de migrants en situation irrégulière dans deux cas de figure :

- pour empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ;
- lorsqu'il s'agit d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

Comme pour les autres exceptions au droit à la liberté, la détention au titre de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f) doit être fondée sur l'un de ces motifs spécifiques énumérés limitativement.

Exemple : l'affaire *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*<sup>369</sup> portait sur la détention d'une ressortissante camerounaise atteinte du VIH à un stade avancé. La CourEDH a observé que les autorités connaissaient l'identité exacte de la requérante, qu'elle résidait à une adresse fixe connue des autorités, qu'elle s'était toujours présentée à leurs convocations et qu'elle avait entamé plusieurs démarches en vue de régulariser sa situation en Belgique. La CourEDH a relevé que, malgré la dégradation de l'état de santé de l'intéressée au cours de la détention, les autorités n'avaient pas envisagé une mesure moins sévère, telle que le permis de séjour temporaire, pour sauvegarder l'intérêt public, et que, au contraire, ils avaient maintenu la requérante en détention pendant presque quatre mois. La CourEDH n'a pas aperçu le lien entre

366 Royaume-Uni, *Cour suprême, WL (Congo) 1 & 2 c. Secretary of State for the Home Department ; KM (Jamaica) c. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, 23 mars 2011.

367 CourEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, 7 juillet 2011, para. 99.

368 CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009.

369 CourEDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10, 20 décembre 2011.

la détention de la requérante et le but poursuivi par le gouvernement de l'éloigner du territoire. Partant, il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 1, de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*<sup>370</sup>, la CourEDH a considéré que la politique du gouvernement défendeur consistant à continuer à « examiner activement » les possibilités d'expulser les requérants n'était pas suffisamment certaine et résolue pour s'analyser en une « action [...] engagée en vue d'une expulsion » au sens de l'article 5, paragraphe 1. Elle a estimé que, de toute évidence, la détention ne visait pas à empêcher la personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire et était, par conséquent, illégale.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Mahd*<sup>371</sup>, la CJUE a exposé qu'en cas de décision sur une prolongation de la rétention, il faut examiner toutes les circonstances pertinentes. L'absence de documents ne suffit pas, à elle seule, pour justifier une prolongation. Il est également nécessaire d'examiner si le risque de fuite persiste : « C'est uniquement en cas de persistance du risque de fuite que l'absence de documents d'identité peut être prise en compte. Il s'ensuit qu'une telle absence ne peut pas, à elle seule, justifier une prolongation de la rétention ».

**En Suisse**, les motifs justifiant une mesure de contrainte varient selon les types de détention. Les différentes détentions administratives relevant du droit des étrangers et les conditions auxquelles elles peuvent être ordonnées sont brièvement décrites ci-dessous :

- la rétention de courte durée vise à établir l'identité d'une personne ou à notifier une décision relative au statut de séjour (art. 73 LEtr) ;
- la détention en phase préparatoire peut être ordonnée durant la préparation d'une décision sur le séjour (art. 75 LEtr) ;
- la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion est prévue pour les personnes qui ont reçu une décision de renvoi ou d'expulsion (art. 76 LEtr) ;
- la détention Dublin s'adressant aux personnes dont le traitement de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre État Dublin (art. 76a P-LEtr, non encore en vigueur en 2014) peut se traduire par une détention en phase préparatoire, une

370 CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009, para. 167.

371 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, du 5 juin 2014.

détention en vue du renvoi ou une détention pour insoumission, puisque les personnes peuvent être détenues :

- durant la préparation de la décision relative à la responsabilité d'un État Dublin et durant un éventuel nouvel examen sur la base d'un désaccord entre l'État requis et l'État requérant (procédure de réexamen de la requête, art. 76a, al. 3, let. a et b, P-LEtr) ;
- pour assurer l'exécution du transfert après qu'un autre État Dublin se soit déclaré compétent (art. 76a, al. 3, let. c, P-LEtr) ;
- pour imposer un transfert aux personnes qui l'ont empêché en raison de leur comportement (détention Dublin pour non-coopération, art. 76a, al. 4, P-LEtr) ;
- la détention en cas de non-collaboration concerne les personnes soumises à une décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion et dont les documents de voyage doivent être fournis par l'autorité (cette détention est appelée « petite » détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, art. 77 LEtr).
- la détention pour insoumission concerne les personnes qui empêchent leur renvoi ou leur expulsion en raison de leur comportement (art. 78 LEtr);
- La rétention s'applique avant qu'une décision sur l'entrée ne soit rendue aux personnes qui ont accédé illégalement à la zone de transit d'un aéroport (art. 65, al. 3, LEtr) ou qui y ont déposé une demande d'asile (art. 22, al. 5, LAsi).

### 6.3.1. La détention en vue d'empêcher une personne de pénétrer irrégulièrement dans le territoire d'un pays

**Droit de l'UE :** le Code frontières Schengen (règlement(CE) n° 562/2006) prévoit que l'entrée sur le territoire des États membres est refusée à tout ressortissant de pays tiers qui ne remplit pas l'ensemble des conditions d'entrée. Les gardes-frontières ont le devoir d'empêcher toute entrée irrégulière. Dans plusieurs États membres de l'UE, la législation nationale prévoit une privation de liberté à la frontière de courte durée, la plupart du temps dans la zone de transit d'un aéroport. L'article 8, paragraphe 3, alinéa c), de la directive sur les conditions d'accueil révisée, (2013/33/UE) autorise la détention des

demandeurs d'asile à leur arrivée à la frontière lorsqu'il s'avère nécessaire de décider de leur droit d'entrer sur le territoire.

**CEDH** : une privation de liberté doit remplir un certain nombre de conditions pour être légale au regard de l'article 5 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*<sup>372</sup>, la CourEDH a estimé que tant qu'un État n'a pas « autorisé » l'entrée sur son territoire, celle-ci est « irrégulière ». Selon elle, la détention d'une personne souhaitant entrer dans le pays mais ayant pour cela besoin d'une autorisation dont il ne dispose pas encore peut viser – sans que la formule soit dénaturée – à l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire au sens de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f) de la CEDH. La CourEDH a rejeté l'idée que, si un demandeur d'asile se présente de lui-même aux services de l'immigration, cela signifie qu'il cherche à pénétrer « régulièrement » dans le pays et donc que la détention ne peut se justifier sous l'angle de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f). Pour la CourEDH, lire cette disposition comme autorisant uniquement la détention d'une personne dont il est établi qu'elle tente de se soustraire aux restrictions à l'entrée reviendrait à interpréter de manière trop étroite les termes de la disposition ainsi que le pouvoir de l'État d'exercer l'indéniable droit de contrôler l'entrée et le séjour des ressortissants étrangers sur son territoire dans le cadre d'une immigration. La CourEDH a ajouté que pareille interprétation cadrerait mal avec la conclusion n° 44 du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, les Principes directeurs du HCR et la Recommandation du Comité des Ministres, textes qui envisagent tous la détention des demandeurs d'asile dans certaines circonstances, par exemple lors de vérifications d'identité ou quand il faut déterminer des éléments fondant la demande d'asile. La CourEDH a conclu que la détention du requérant pendant sept jours dans le cadre d'une procédure d'asile accélérée, due à un nombre élevé de demandes d'asile, n'emportait pas violation de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f).

Exemple : Dans l'affaire *Suso Musa c. Malte*<sup>373</sup>, la Cour a cependant précisé que lorsqu'un État, de son propre chef ou en application du droit de l'UE, était allé au-delà de ses obligations juridiques et avait adopté une législation autorisant explicitement l'entrée ou le séjour d'immigrants pendant l'examen de leur demande d'asile, toute détention consécutive aux fins de prévention d'une entrée irrégulière sur le

372 CourEDH, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008, para. 65.

373 CourEDH, *Suso Musa c. Malte*, n° 42337/12, 23 juillet 2013.

territoire pouvait soulever une question quant à la légalité de la détention au regard de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), de la Convention. En effet, selon la CourEDH, il serait difficile en pareilles circonstances de considérer que la mesure est étroitement liée au but de la détention ou que la situation est conforme au droit interne. La CourEDH a estimé qu'en fait, ce serait arbitraire et donc contraire au but de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f) de la Convention, qui exige une interprétation claire et précise des dispositions pertinentes du droit interne. Elle a remarqué que dans l'affaire *Saadi*, le droit national (tout en permettant une admission temporaire sur le territoire) n'avait pas autorisé formellement le requérant à se maintenir ou à entrer sur le territoire, et que donc la question ne s'était pas posée. Partant, elle a observé que la question de savoir à quel moment la première partie de l'article 5 cessait de s'appliquer en raison du fait que la personne avait été autorisée formellement à entrer ou à rester sur le territoire, dépendait largement du droit national.

**La Suisse** n'est pas liée par les motifs de rétention des requérants d'asile au sens de la directive européenne sur les procédures d'asile. Ce sont donc exclusivement les motifs de détention prévus par la LEtr qui sont applicables, avec l'obligation toutefois de respecter les exigences de l'art. 5 CEDH.

Les requérants d'asile en cours de procédure sont autorisés à rester sur le territoire, mais peuvent se voir infliger une détention en phase préparatoire au sens de l'art. 75 LEtr si l'une des conditions mentionnées à l'art. 75, al. 1, let. a à h, LEtr est réalisée. Selon cette disposition, une personne peut être mise en détention en phase préparatoire lorsque :

- elle refuse de décliner son identité, dépose plusieurs demandes d'asile sous des identités différentes ou ne donne pas suite, à plusieurs reprises, à des convocations de l'autorité (let. a) ;
- elle quitte la région qui lui est assignée ou pénètre dans une zone qui lui est interdite (let. b) ;
- elle franchit la frontière malgré une interdiction d'entrée et ne peut pas être renvoyée immédiatement (let. c) ;
- elle dépose une demande d'asile après avoir été expulsée selon l'art. 68 LEtr suite à une révocation ou à la non-prolongation de l'autorisation pour avoir mis en danger la sécurité et l'ordre publics, ou avoir représenté une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure (let. d et e) ;

- elle dépose une demande d'asile dans le but d'empêcher l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion (let. f).
- elle a été condamnée pour avoir menacé sérieusement d'autres personnes ou mis gravement en danger leur vie ou leur intégrité corporelle ou fait l'objet d'une poursuite pénale pour ce motif (let. g) ; ou lorsque
- elle a été condamnée pour crime (let. h).

Dans les cas Dublin, l'art. 75, al. 1<sup>bis</sup>, LEtr précise que la détention en phase préparatoire peut également être prononcée lorsque la personne ne possède un titre de séjour ou un visa délivré par un État Dublin ou y avoir déposé une demande d'asile. Une autre condition veut qu'une requête de prise en charge ou de reprise en charge ait été adressée à l'autre État Dublin ou qu'il existe un résultat positif dans Eurodac.

Dans le cadre de la mise en œuvre du règlement de Dublin III en Suisse, l'art. 75, al. 1<sup>bis</sup>, LEtr est supprimé dès l'été 2015 et remplacé par un article spécifique sur la détention Dublin (art. 76a P-LEtr). Concrétisant les prescriptions du règlement de Dublin III (al. 1), ce nouvel article contient en outre une liste d'éléments concrets indiquant une possible intention de se soustraire à l'exécution du renvoi (« risque de fuite », al. 2), qui correspond dans les grandes lignes aux motifs de la détention en phase préparatoire de l'art. 75, al. 1, LEtr. La liste ajoute un motif supplémentaire selon lequel le comportement de la personne en Suisse ou à l'étranger permet de conclure qu'elle refuse d'obtempérer aux instructions des autorités.

### 6.3.2. La détention dans l'attente d'une expulsion ou d'une extradition

**Droit de l'UE :** Certains des motifs prévus à l'article 8, paragraphe 3 de la directive sur les conditions d'accueil révisée visent à limiter le risque de fuite.

L'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour » permet de placer une personne en rétention afin de préparer le retour ou de procéder à l'éloignement, à moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement (voir la section 6.2). La rétention est autorisée, en particulier lorsqu'il existe un risque de fuite ou lorsque le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement et s'il existe une perspective raisonnable

d'éloignement dans un délai raisonnable. L'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive fixe des limites en termes de durée.

La CJUE a été saisie de plusieurs affaires concernant l'emprisonnement de ressortissants de pays tiers dans le cadre d'une procédure de retour en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier<sup>374</sup>.

Exemple : dans l'affaire *El Dridi*<sup>375</sup>, la CJUE était appelée à vérifier si les articles 15 et 16 de la directive « retour » étaient compatibles avec la détention pénale d'un ressortissant d'un pays tiers au cours de la procédure de retour pour le seul motif que celui-ci demeurerait sur ledit territoire en violation d'un ordre de l'autorité administrative de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé. La CJUE devait apprécier si la détention aurait pu être considérée comme une mesure nécessaire pour exécuter la décision de retour au sens de l'article 8, paragraphe 1 de la directive ou, au contraire, une mesure compromettant l'exécution de cette décision. Compte tenu des éléments de l'affaire, la CJUE a estimé que la détention n'était pas compatible avec le champ d'application de la directive – à savoir la mise en place d'une politique de retour efficace dans le respect des droits fondamentaux – et ne contribuait pas à la réalisation de l'éloignement du ressortissant de pays tiers hors de l'État membre de l'UE concerné. Elle a déclaré que si l'obligation de retour n'avait pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, les États membres de l'UE devaient veiller à exécuter la décision de retour de manière progressive et proportionnée, en ayant recours aux mesures les moins coercitives possible et dans le respect des droits fondamentaux.

Exemple : dans l'affaire *Achughbabian*<sup>376</sup>, la CJUE a examiné si les principes établis dans l'affaire *El Dridi* s'appliquaient également à la peine d'emprisonnement infligée à un ressortissant d'un pays tiers en raison d'une entrée irrégulière ou d'un séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre de l'UE. La Cour a précisé que la directive « retour » ne s'opposait ni à ce que le droit d'un État membre érige le séjour irrégulier en infraction et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la

374 Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2012 dans l'affaire C-430/11, *Sagor* et l'ordonnance de la CJUE du 21 mars 2013 dans l'affaire C-522/11, *Abdoul Khadre Mbaye* (concernant une peine d'amende) ; CJUE, C-297/12, *Procédures pénales contre Gjoko Filev et Adnan Osmani*, 19 septembre 2013 (concernant une détention fondée sur la violation d'une interdiction d'entrée préexistante).

375 Arrêt de la CJUE du 28 avril 2011 dans l'affaire C-61/11, *El Dridi*, points 29-62.

376 Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011 dans l'affaire C-329/11, *Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, points 2931.

commission d'une telle infraction aux règles nationales, ni à une mise en détention en vue de la détermination du caractère régulier ou non du séjour d'un ressortissant de pays tiers. Elle a ensuite déclaré que, lorsque la détention était imposée avant ou pendant la procédure de retour, cette situation était couverte par la directive et devait, par conséquent, servir à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. La CJUE a estimé que la directive « retour » n'avait en l'espèce pas été respectée, étant donné que la détention ne visait pas à préparer et à réaliser l'éloignement de l'intéressé. Selon la CJUE, cette mesure était susceptible de faire échec à l'application des normes et des procédures communes et de retarder le retour, portant ainsi atteinte à l'effet utile de ladite directive. Néanmoins, la CJUE n'a pas exclu la possibilité pour les États membres d'imposer une détention à la fin de la procédure de retour lorsque les mesures coercitives prévues par l'article 8 n'avaient pas permis de parvenir à l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Mahdi*<sup>377</sup>, le ressortissant soudanais sans-papiers s'était refusé à déclarer devant l'ambassade soudanaise en Bulgarie qu'il voulait retourner volontairement au Soudan (bien qu'il l'ait affirmé auparavant aux autorités bulgares). Sur ce, l'ambassade avait refusé de délivrer un document d'identité. Sous l'aspect de la possible prolongation de la détention à cause de son manque de coopération, la CJUE a constaté que Monsieur Mahdi pouvait être considéré comme « ayant fait preuve d'un manque de coopération, au sens de cette disposition, uniquement s'il résulte de l'examen du comportement dudit ressortissant au cours de la période de rétention que ce dernier n'a pas coopéré à la mise en œuvre de l'opération d'éloignement et qu'il est probable que cette opération dure plus longtemps que prévu à cause de ce comportement, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ». Selon la CJUE, les éléments nécessaires de cet examen sont entre autres un rapport de causalité entre le manque de coopération et le retard de la procédure d'éloignement ainsi que les efforts concrets et suivis des autorités pour établir des documents d'identité.

**CEDH** : eu égard en particulier à la deuxième partie de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), les États membres du Conseil de l'Europe sont en droit de mettre une personne en détention en vue de son expulsion ou de son extradition, lorsque cette mesure a été ordonnée et s'il existe une perspective raisonnable d'éloignement. La détention est considérée comme arbitraire lorsqu'aucune procédure d'expulsion sérieuse n'est en cours ou activement mise en œuvre conformément à l'exigence de diligence requise.

377 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

Exemple : dans l'affaire *Mikolenko c. Estonie*<sup>378</sup>, le requérant était un ressortissant russe résidant en Estonie. Les autorités estoniennes avaient refusé de prolonger son permis de séjour et l'avaient incarcéré de 2003 à 2007. Tout en admettant que le requérant avait manifestement refusé de coopérer avec les autorités lors de la procédure d'éloignement, la CourEDH a estimé que la détention était illégale étant donné qu'il n'existait pas de perspective raisonnable d'expulsion et que les autorités n'avaient pas exécuté la procédure avec la diligence requise.

Exemple : dans l'affaire *M. et autres c. Bulgarie*<sup>379</sup>, l'expulsion du requérant vers l'Afghanistan avait été ordonnée en décembre 2005, mais ce n'est qu'en février 2007 que les autorités avaient tenté pour la première fois d'obtenir une pièce d'identité en vue de rendre l'expulsion possible. Cette demande avait été réitérée 19 mois plus tard. Durant tout ce temps, le requérant était resté en rétention. Par ailleurs, les autorités bulgares n'avaient pas démontré avoir tenté de renvoyer l'intéressé vers un autre pays. Par conséquent, eu égard à l'absence de diligence de la part des autorités bulgares, la CourEDH a jugé la détention du requérant illégale et a conclu à la violation de l'article 5 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Popov c. France*<sup>380</sup>, les requérants étaient des ressortissants du Kazakhstan arrivés en France en 2000. Leurs demandes de reconnaissance du statut de réfugiés et de permis de séjour avaient été rejetées. En août 2007, ils avaient été interpellés et transférés à un aéroport en vue d'être expulsés. Leur vol ayant été annulé, l'expulsion n'avait pu avoir lieu. Les intéressés avaient alors été transférés vers un centre de rétention avec leurs deux enfants, âgés de cinq mois et de trois ans, où ils étaient restés pendant 15 jours. Après l'annulation d'un deuxième vol, un juge avait ordonné leur remise en liberté. Après avoir déposé une nouvelle demande, les intéressés avaient obtenu le statut de réfugié. La CourEDH a estimé que, même si les enfants avaient été placés en rétention avec leurs parents dans une aile réservée aux familles, leur situation particulière n'avaient pas été prise en compte et les autorités n'avaient pas tenté de trouver une solution autre que la rétention administrative. Dès lors, elle a conclu que le système français n'avait pas dûment protégé le droit à la liberté des enfants garanti par l'article 5 de la CEDH.

378 CourEDH, *Mikolenko c. Estonie*, n° 10664/05, 8 octobre 2009.

379 CourEDH, *M. et autres c. Bulgarie*, n° 41416/08, 26 juillet 2011, paras. 75 et 76.

380 CourEDH, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

Désignée **en Suisse** comme « détention en vue du renvoi ou de l'expulsion », la rétention jusqu'à l'éloignement est régie à l'art. 76 LEtr. Selon le Tribunal fédéral, les critères d'examen pour ordonner une telle détention résultent du but de la détention, de l'art. 5, ch. 1, let. f CEDH et du principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2 et art. 36, al. 3, en relation avec l'art. 10, al. 2, Cst.), mais également de la directive dite sur le retour applicable à la Suisse dans le cadre de l'acquis de Schengen<sup>381</sup>.

Après notification de la décision, l'autorité peut mettre la personne en détention ou l'y laisser si elle se trouve en détention en phase préparatoire, lorsqu'il existe des motifs au sens de l'art. 75, al. 1, let. b, c, g ou h, LEtr ou s'il s'agit d'un cas Dublin, s'il y a des indices concrets en faveur d'une intention de se soustraire ou qui permettent de conclure d'après le comportement de la personne qu'elle refuse d'obtempérer aux instructions des autorités. En outre, la détention peut également être prononcée lorsque la personne se trouve encore dans des structures fédérales ou qu'une décision Dublin est notifiée dans le canton compétent et que l'exécution est prévisible dans les deux cas. Le renvoi ou l'expulsion est prévisible lorsqu'il/elle est possible juridiquement et concrètement<sup>382</sup>.

L'art. 77 LEtr permet la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion lorsqu'une décision exécutoire existe, que la personne n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti et que l'autorité a dû se procurer elle-même les documents de voyage.

En outre, la LEtr prévoit la détention pour insoumission (art. 78 LEtr) aux conditions suivantes : la décision exécutoire de renvoi ou d'expulsion ne peut être exécutée en raison du comportement de la personne, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion n'est pas admissible et il n'existe pas d'autre mesure moins contraignante susceptible de conduire à l'objectif visé. Par conséquent, la forme de la détention pour insoumission contredit du seul point de vue littéral l'art. 15 de la directive « retour » et en particulier le para. 4, qui prescrit qu'une personne doit être immédiatement remise en liberté « lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement ». Si une telle perspective existe encore et que la condition de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion au sens de l'art. 76 LEtr est remplie, une mise en détention ou sa prolongation (jusqu'à 18 mois) est bien sûr possible.

381 Cf. p. ex. arrêt TF 2C\_168/2013 du 7 mars 2013.

382 ATF 122 II 148, consid. 3.

## 6.4. Les cas prescrits par la loi

La détention doit être légale et conforme au droit national, au droit de l'Union européenne et à la CEDH.

**Droit de l'UE** : les États membres de l'UE sont tenus d'appliquer les lois, règlements et dispositions administratives nécessaires afin de respecter la directive « retour » (article 20). Par ailleurs, la directive sur les conditions d'accueil révisée prévoit dans son article 8, paragraphe 3, que la législation nationale énumère les motifs justifiant la rétention.

**CEDH** : l'article 5, paragraphe 1 prévoit que « nul ne peut être privé de sa liberté » sauf « selon les voies légales ». En d'autres termes, c'est le droit national qui doit fixer des règles de procédure et de fond prescrivant les cas et les circonstances dans lesquels une personne peut être mise en détention.

L'article 5 ne se limite pas à renvoyer au droit national, mais évoque également la « qualité de la loi » qui doit être compatible avec l'état de droit, un concept inhérent à l'ensemble des articles de la CEDH. Pour que la loi revête une certaine « qualité », elle doit être suffisamment accessible, précise et prévisible dans son application pour éviter tout d'arbitraire. Toute privation de liberté doit être conforme au but de l'article 5 de la CEDH : protéger l'individu contre l'arbitraire<sup>383</sup>.

Exemple : dans l'affaire *S.P. c. Belgique*<sup>384</sup>, le requérant avait été placé dans un centre de rétention en attendant son expulsion imminente au Sri Lanka. La CourEDH avait alors pris une mesure provisoire suspendant son expulsion, et le requérant avait été remis en liberté 11 jours plus tard. Pour la CourEDH, le fait que l'application d'une mesure provisoire avait provisoirement empêché la poursuite de la procédure d'expulsion à l'encontre du requérant n'avait pas rendu sa détention illégale, dans la mesure où les autorités belges envisageaient toujours son expulsion et que la procédure, suspendue, était toujours « en cours ».

Exemple : Dans l'affaire *Azimov c. Russie*<sup>385</sup>, le requérant avait été maintenu en détention pendant plus de dix-huit mois après que la CourEDH eut indiqué une

383 CourEDH, *Amuur c. France*, n° 19776/92, 25 juin 1996, para. 50 ; CourEDH, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, 6 mars 2001, para. 55.

384 CourEDH, *S.P. c. Belgique* (déc.), n° 12572/08, 14 juin 2011.

385 CourEDH, *Azimov c. Russie*, n° 67474/11, 18 avril 2013.

mesure provisoire suspendant son expulsion. La CourEDH a estimé que la suspension de la procédure interne en raison de l'indication d'une mesure provisoire par la Cour ne doit pas engendrer une situation où le requérant dépérit en prison pendant une période excessivement longue.

En **droit suisse**, l'art. 31 Cst. prévoit que nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et ce, moyennant le respect des formes qu'elle prescrit. Les motifs de détention sont réglés aux art. 75 à 78 LEtr et à l'art. 22 LAsi (voir à ce sujet la section 6.3).

## 6.5. La nécessité et la proportionnalité de la mesure de détention

**Droit de l'UE** : l'article 15, paragraphe 5 de la directive « retour » dispose que « la rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien ». Dans chaque cas, des éléments clairs et pertinents justifiant la nécessité d'une rétention, allant au-delà de la simple affirmation, doivent exister. L'article 15, paragraphe 1 de la directive renvoie à la rétention en vue d'un éloignement en cas de risque de fuite, mais ce risque doit être fondé sur des « critères objectifs » (article 3, paragraphe 7). Les décisions prises en vertu de la directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier (considérant 6 de la directive « retour »).

Le droit de l'UE exige d'apprécier si la privation de liberté est proportionnelle à l'objectif poursuivi ou si l'éloignement pourrait être assuré en imposant des mesures moins coercitives pouvant remplacer la rétention (article 15, paragraphe 1, de la directive « retour »)<sup>386</sup>.

La directive sur les conditions d'accueil révisée permet la rétention de demandeurs d'asile lorsque cela s'avère nécessaire et sur la base d'une évaluation individuelle de chaque cas, lorsque d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées de manière efficace (voir également l'article 28, paragraphe 2, et le considérant 20 du règlement de Dublin).

<sup>386</sup> Arrêt de la CJUE du 28 avril 2011 dans l'affaire C-61/11, *El Dridi*, points 29-62.

Outre ces questions de légalité et de garanties procédurales, la rétention doit également être substantiellement conforme aux droits fondamentaux garantis par la CEDH et par la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>387</sup>.

**CEDH** : l'article 5 porte sur le droit à la liberté et à la sûreté. Le paragraphe 1, alinéa f) ne pose aucun critère de nécessité s'agissant de mettre en détention une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire du pays ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours, contrairement aux autres formes de détention couvertes par l'article 5, paragraphe 1, par exemple une détention visant à empêcher une personne de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci<sup>388</sup>.

En vertu de l'article 9 du ICCPR, toute privation de liberté imposée dans le cadre d'une immigration doit être légale, nécessaire et proportionnée. Dans une affaire concernant la détention d'un demandeur d'asile cambodgien en Australie, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a expressément conclu que la détention devait revêtir un caractère nécessaire et proportionné pour être conforme à l'article 9 du ICCPR<sup>389</sup>.

**En Suisse**, les atteintes aux droits fondamentaux et, partant, la privation de liberté, sont admissibles uniquement si elles respectent le principe de proportionnalité (art. 36, al. 3, Cst.). Par conséquent, il faut examiner le principe de proportionnalité lors de la mise en détention, lors de sa prolongation et lors de sa vérification.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la privation de liberté doit être le moyen conforme, nécessaire et raisonnablement exigible pour atteindre le but d'exécution du renvoi<sup>390</sup>. Dans ce sens, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion doit être ordonnée en fonction de son objectif, qui est de garantir la procédure de renvoi. Il faut également clarifier sur la base de toutes les circonstances si elle paraît (encore) appropriée ou nécessaire, et si elle respecte l'interdiction des mesures excessives, c'est-à-dire le rapport conforme et raisonnablement exigible entre le moyen et le but<sup>391</sup>. Cette règle vaut aussi pour la détention pour insoumission<sup>392</sup>.

387 Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011 dans l'affaire C-329/11, *Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*, point 49.

388 CourEDH, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008, para. 72.

389 HRC, *A c. Australie*, Communication n° 560/1993, constatations du 30 avril 1997.

390 ATF 126 II 439.

391 Cf. ATF 133 II 1, consid. 5.1.

392 ATF 134 I 92, consid. 2.3.2; ATF 133 II 97, consid. 2.2.

La limite légale de la durée maximale de la détention dans ses différentes formes (voir la section 6.6.4) sert justement à faire respecter le principe de proportionnalité.

## 6.6. Le caractère arbitraire

**CEDH** : le respect du droit national ne suffit pas. L'article 5 de la CEDH prévoit que toute privation de liberté doit être conforme au but de protection de l'individu contre l'arbitraire. Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5, paragraphe 1, et la notion d'« arbitraire » va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon le droit interne tout en restant arbitraire et donc contraire à la CEDH<sup>393</sup>.

Pour ne pas être considérée comme arbitraire, une détention au titre de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), doit être mise en œuvre de bonne foi : elle doit être étroitement liée à la raison de la détention définie et invoquée par le gouvernement ; le lieu et les conditions de détention doivent être adéquats et la durée de la détention ne doit pas dépasser la durée raisonnablement nécessaire pour atteindre le but poursuivi. La procédure doit être exécutée avec la diligence requise et il doit exister une perspective réaliste d'éloignement. Le caractère arbitraire d'une détention est déterminé en fonction des faits.

Exemple : dans l'affaire *Rusu c. Autriche*<sup>394</sup>, la requérante avait été interpellée alors qu'elle tentait de quitter l'Autriche, parce qu'elle était entrée irrégulièrement sur le territoire autrichien, sans passeport ni visa en cours de validité, et qu'elle ne disposait pas de suffisamment de moyens de subsistance pour rester en Autriche. Les autorités en avaient déduit qu'elle s'enfuirait et se soustrairait à la justice si elle était remise en liberté. La CourEDH a réaffirmé que la privation de liberté d'un individu constitue une mesure grave et que, dans une situation où la détention est nécessaire pour atteindre un but déclaré, cette mesure est arbitraire à moins qu'elle ne soit prise en dernier recours lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour garantir l'intérêt public ou individuel. Selon la CourEDH, le raisonnement suivi par les autorités pour justifier la détention de la requérante n'était pas fondé et la détention revêtait un caractère arbitraire.

393 CourEDH, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008, para. 67 ; CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009, para. 164.

394 CourEDH, *Rusu c. Autriche*, n° 34082/02, 2 octobre 2008, para. 58.

La CourEDH a conclu par conséquent que la mesure de détention était, en l'espèce, contraire à l'article 5 de la CEDH.

Dans le domaine de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, l'**examen du Tribunal fédéral** se fonde sur les prescriptions de l'art. 5 CEDH, considéré comme étant la norme de référence. Il faut veiller aux mêmes points que ceux qui sont décrits ci-dessous pour la CEDH. Jusqu'ici, les questions de la bonne foi et du devoir de diligence n'ont pas joué un grand rôle en tant que tels dans la jurisprudence suisse. Ils apparaissent dans le principe général de la célérité et dans les garanties de procédure qu'il s'agit de respecter en rendant les décisions relatives à la détention.

## 6.6.1. La bonne foi

**CEDH** : une détention peut être considérée comme arbitraire si les autorités qui mettent cette mesure en œuvre n'agissent pas de bonne foi<sup>395</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Longa Yonkeu c. Lettonie*<sup>396</sup>, la Cour a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel le service national de gardes-frontières n'avait eu connaissance de la suspension de l'expulsion du requérant que deux jours après l'expulsion. Elle a relevé que les autorités savaient depuis quatre jours que le requérant avait déposé une demande d'asile pour des raisons humanitaires puisqu'elles avaient reçu une copie de ladite demande. Elle a par ailleurs constaté qu'en vertu du droit national le requérant bénéficiait du statut de demandeur d'asile à partir de la date de sa demande et ne pouvait donc pas être expulsé. Elle en a conclu que le service national de gardes-frontières n'avait pas agi de bonne foi en expulsant le requérant avant l'examen par l'autorité nationale compétente de sa demande d'asile pour raisons humanitaires. Dès lors, elle a jugé arbitraire la mesure de détention prise à cette fin.

## 6.6.2. La diligence requise

Tant le droit de l'Union européenne que celui issu de la CEDH établissent le principe selon lequel l'État membre doit faire preuve de la diligence requise lorsqu'il met en détention des personnes qui font l'objet d'une procédure d'éloignement.

395 CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009 ; CourEDH, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008.

396 CourEDH, *Longa Yonkeu c. Lettonie*, n° 57229/09, 15 novembre 2011, para. 143.

**Droit de l'UE** : l'article 15, paragraphe 1, de la directive « retour » dispose que la rétention n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. Une disposition relative à la diligence requise figure également à l'article 9, paragraphe 1 et le considérant 16 de la directive sur les conditions d'accueil révisée (2013/33/UE) et à l'article 28, paragraphe 3 du règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013 pour les demandeurs d'asile.

**CEDH** : une détention fondée sur la deuxième partie de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), n'est justifiée que si une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours contre la personne mise en détention. Si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la rétention cesse d'être justifiée au regard de la CEDH<sup>397</sup>. Dès lors, les États membres doivent tout mettre en œuvre pour organiser l'éloignement, soit vers le pays d'origine, soit vers un pays tiers. Dans la pratique, ils doivent entreprendre des démarches concrètes et présenter des éléments – et non se contenter d'invoquer leurs propres déclarations – prouvant les efforts déployés pour que la procédure aboutisse, par exemple lorsque les autorités du pays d'accueil se révèlent particulièrement lentes dans l'identification de leurs propres ressortissants.

Exemple : dans l'affaire *Singh c. République tchèque*<sup>398</sup>, les requérants avaient été écroués pendant deux ans et demi dans l'attente d'être expulsés. La Cour a relevé des périodes d'inactivité dans la procédure et, par conséquent, a estimé que les autorités tchèques auraient dû se montrer plus actives, surtout après que l'ambassade de l'Inde eut exprimé son manque de volonté de délivrer des passeports aux requérants. En outre, elle a souligné que l'infraction pour laquelle les requérants avaient été condamnés n'était pas d'une gravité majeure et que la durée de leur détention en vue de l'expulsion avait dépassé celle de leur peine d'emprisonnement. Par conséquent, elle a estimé que les autorités tchèques n'avaient pas fait preuve de la diligence requise dans la conduite de l'affaire des requérants et que la durée de leur détention ne saurait en l'espèce passer pour raisonnable.

397 CourEDH, *Chahal c. Royaume-Uni* [GC], n° 22414/93, 15 novembre 1996, para. 113 ; CourEDH, *A. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 3455/05, 19 février 2009, para. 164.

398 CourEDH, *Singh c. République tchèque*, n° 60538/00, 25 janvier 2005.

### 6.6.3. La perspective raisonnable d'éloignement

Au regard du droit de l'Union européenne et de la CEDH, la détention ne se justifie que s'il existe une perspective raisonnable d'éloignement dans un délai raisonnable.

**Droit de l'UE** : lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté (article 15, paragraphe 4, de la directive « retour »). En cas d'obstacles à l'éloignement, tels que le principe de non-refoulement (article 5 de la directive « retour »), il n'existe en principe pas de perspective raisonnable d'éloignement.

Exemple : dans l'affaire *Kadzoev*, la CJCE<sup>399</sup> a souligné qu'au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, il doit exister une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien pour qu'il puisse être considéré qu'il subsiste une perspective raisonnable d'éloignement. Ainsi, elle a estimé qu'une perspective raisonnable d'éloignement n'existait pas étant donné qu'il paraissait peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Mahdi*<sup>400</sup>, la Cour a constaté que la rétention en vue du renvoi n'est légale que s'il existe une perspective d'exécution. Lors de la décision de prolonger la détention, pour que l'on puisse considérer qu'« il subsiste une perspective raisonnable d'éloignement au sens de cette disposition, il faut, au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, qu'il existe une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien eu égard aux délais fixés à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive ».

Au niveau national, le Bureau britannique des frontières a mis au point un critère de référence pratique. Dans les cas d'expulsion, « [...] l'éloignement peut être considéré comme imminent lorsqu'il existe un document de voyage, que les instructions de renvoi ont été émises, qu'aucun obstacle juridique majeur ne se pose et que l'éloignement est susceptible d'avoir lieu dans les quatre semaines. [Néanmoins] lorsque l'[individu] entrave l'éloignement en refusant de coopérer lors de l'examen des documents de voyage et

399 Arrêt de la CJCE du 30 novembre 2009 dans l'affaire C-357/09 PPU, *Kadzoev*, Recueil 2009, p. I-11189, points 65 et 66.

400 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

lorsqu'il existe un obstacle majeur à l'éloignement, ces facteurs militent fortement contre une remise en liberté. »<sup>401</sup>

**CEDH** : il faut qu'il existe des perspectives réalistes d'éloignement.

Exemple : l'affaire *Mikolenko c. Estonie*<sup>402</sup> concernait un étranger incarcéré pendant une longue période (près de quatre ans) pour avoir refusé de se plier à une ordonnance d'expulsion. La CourEDH a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), étant donné que les motifs justifiant la détention avaient perdu leur validité au cours de la période de détention en raison de l'absence de perspective réaliste d'expulsion et du fait que les autorités nationales n'avaient pas fait preuve de la diligence requise dans la conduite de l'instance.

**En Suisse**, la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion selon les art. 76 et 77 LEtr est une détention visant à garantir l'exécution. Par conséquent, le renvoi ou l'expulsion visé-e doit être prévisible<sup>403</sup>. Pour la détention à partir d'un centre d'enregistrement et de procédure (CEP) et la détention Dublin selon l'art. 76, al. 1, let. b, ch. 5 et 6, LEtr, la prévisibilité est une condition constitutive de la légalité de la détention.

## 6.6.4. La durée maximale de la détention

**Droit de l'UE** : Pour les demandeurs d'asile, l'article 9, paragraphe 1, de la directive sur les conditions d'accueil révisée (2013/33/UE) ainsi que l'article 28, paragraphe 3, du règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013) disposent que toute rétention doit être aussi brève que possible. Des délais abrégés pour présenter des demandes de transfert et y répondre sont applicables lorsque les demandeurs d'asile sont retenus au titre du règlement de Dublin.

La directive « retour » dispose également que toute rétention est aussi brève que possible (article 15, paragraphe 1). Néanmoins, la directive prévoit aussi une durée maximale de rétention de six mois, qui peut être prolongée de 12 mois maximum dans des cas exceptionnels, à savoir en cas de manque de coopération du ressortissant concerné

401 The United Kingdom Border Agency (Bureau britannique des frontières) (2012), Orientations et instructions d'application : la rétention et la remise en liberté provisoire au titre du chapitre 55 (*Enforcement Instructions and Guidance: Chapter 55 Detention and Temporary Release*), disponible sur [www.bia.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals](http://www.bia.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/enforcement/detentionandremovals).

402 CourEDH, *Mikolenko c. Estonie*, n° 10664/05, 8 octobre 2009, para. 67.

403 ATF 125 II 369, consid. 3a.

d'un pays tiers ou de retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires (article 15, paragraphes 5 et 6). La durée maximale peut être prolongée lorsque les autorités ont déployé tous les efforts raisonnables pour éloigner l'individu. La rétention doit cesser une fois passées la période de six mois et, dans des cas exceptionnels, la période supplémentaire de 12 mois.

Exemple : dans l'affaire *Kadzoev*, la CJCE a relevé que dès lors que la durée maximale de rétention prévue à l'article 15, paragraphe 6, de la directive « retour » est atteinte, la question de savoir s'il n'existe plus de « perspective raisonnable d'éloignement » au sens du paragraphe 4 de ce même article ne se pose pas. En effet, dans un tel cas, la personne concernée doit, en tout état de cause, être immédiatement remise en liberté<sup>404</sup>.

**CEDH** : la durée de la détention au sens de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), est déterminée en fonction d'un examen du droit national et d'une appréciation des circonstances particulières de l'affaire. Les durées maximales représentent un élément essentiel d'une loi précise et prévisible régissant la privation de liberté.

Exemple : dans l'affaire *Mathloom c. Grèce*<sup>405</sup>, un ressortissant irakien était demeuré en détention pendant plus de deux ans et trois mois dans l'attente de son expulsion, alors même que sa libération conditionnelle avait été ordonnée. La CourEDH a constaté que la législation grecque régissant la détention des personnes visées par une ordonnance d'expulsion émise par un tribunal ne fixait pas de durée maximale et, par conséquent, ne remplissait pas le critère de « légalité » prévu à l'article 5 de la CEDH puisqu'elle n'était pas prévisible.

Exemple : dans l'affaire *Louled Massoud c. Malte*<sup>406</sup>, un ressortissant algérien avait été placé dans un centre de rétention pendant un peu plus de 18 mois dans l'attente de son expulsion. Au cours de cette période, il avait refusé de coopérer et les autorités algériennes n'étaient pas disposées à lui délivrer des documents de voyage. Concluant à la violation de l'article 5, paragraphe 1, la CourEDH a émis de sérieux doutes quant à savoir si le motif justifiant la rétention du requérant, à savoir l'expulsion envisagée, était demeuré valable pendant toute la période de rétention. Elle

404 CJCE, C-357/09 [2009] PPU I-11189, *Kadzoev*, 30 novembre 2009, para. 60.

405 CourEDH, *Mathloom c. Grèce*, n° 48883/07, 24 avril 2012.

406 CourEDH, *Louled Massoud c. Malte*, n° 24340/08, 27 juillet 2010.

s'est également interrogée sur la période de plus de 18 mois ayant suivi le rejet de la demande d'asile de l'intéressé, l'absence probable de perspective réaliste d'expulsion et le manque de diligence requise dont avaient peut-être fait preuve les autorités nationales dans la conduite de l'instance. Par ailleurs, la CourEDH a estimé que le requérant n'avait eu aucun recours effectif à sa disposition pour contester la légalité et la durée de sa rétention.

Exemple : dans l'affaire *Auad c. Bulgarie*<sup>407</sup>, la CourEDH a conclu que la durée de la détention ne devait pas dépasser la durée raisonnablement requise pour atteindre le but poursuivi. Relevant que la CJCE était parvenue à une conclusion similaire concernant l'article 15 de la directive « retour » dans l'affaire *Kadzoev*, elle a souligné que, contrairement à l'article 15 de la directive « retour », l'article 5, paragraphe 1, alinéa f), de la CEDH ne prévoyait pas de durée maximale. Selon la CourEDH, la réponse à la question de savoir si la durée de la procédure d'expulsion pouvait influencer la régularité de la rétention au sens de cette disposition dépendait donc uniquement des circonstances particulières de l'affaire.

↻ Avec le règlement de Dublin III, la durée maximale admissible de la rétention pour la procédure Dublin a également été modifiée. Selon l'art. 28, para. 3, règlement de Dublin III, une personne peut être mise en rétention durant six semaines au maximum durant la procédure de détermination de la responsabilité (demande en cours) et pour une autre période de six semaines pour l'exécution du transfert. Il en résulte que la durée maximale de la rétention Dublin est de trois mois.

**En droit suisse**, la durée maximale de la détention est fixée à l'art. 79 LEtr. Elle se monte à six mois et peut être prolongée de 12 mois au plus sur ordre du juge. Cette règle correspond à la réglementation de la directive « retour » dans la mesure où elle fait partie de l'acquis de Schengen, qui lie la Suisse.

Durant la procédure à l'aéroport, la durée maximale de la rétention est de 60 jours (art. 22, al. 5, 1<sup>ère</sup> phrase, LAsi). Un dépassement de ce délai ou du délai prévu pour que l'ODM notifie la décision (20 jours, art. 23 LAsi) conduit à l'attribution du requérant d'asile à un canton. Si la personne a déjà reçu une décision de renvoi, elle peut être détenue dans un centre de détention en vue de l'exécution du renvoi (art. 22, al. 5, 2<sup>e</sup> phrase, LAsi).

<sup>407</sup> CourEDH, *Auad c. Bulgarie*, n° 46390/10, 11 octobre 2011, para. 128.

Pour la détention dans le cadre de la procédure Dublin, on applique des durées maximales de détention plus courtes, décrites ci-dessus, qui totalisent trois mois au plus. La mise en œuvre en Suisse de Dublin III nécessite encore que l'arrêté fédéral correspondant entre en vigueur<sup>408</sup>. L'arrêté fédéral a été adopté par les deux conseils. Les modifications qui y sont comprises entreront en vigueur en 2015. Les al. 3 et 4 de l'art. 76a, P-LEtr (non encore en vigueur en 2014) contiennent les durées maximales de détention pour la détention Dublin. Dans la procédure régulière, ces durées sont de : sept semaines pour la détention en phase préparatoire, cinq semaines pour la détention durant une procédure de réexamen de la requête<sup>409</sup>, et six semaines pour la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76a, al. 3, P-LEtr). L'art. 76, al. 4, P-LEtr offre une possibilité de détention pour insoumission dans la procédure Dublin qui est limitée à six semaines et peut être étendue à trois mois au plus en cas de comportement récalcitrant. Le règlement de Dublin III ne prévoit pas de détention pour insoumission. Par conséquent, la mise en œuvre prévue en Suisse contredit les prescriptions du droit européen en particulier sur les points de la détention durant la procédure de réexamen de la requête et de la détention pour insoumission.

## 6.7. La détention de personnes ayant des besoins particuliers

**Droit de l'UE** : l'article 21 de la directive sur les conditions d'accueil révisée (2013/33/UE) et l'article 3, paragraphe 9, de la directive « retour » énumèrent les personnes considérées comme vulnérables (voir chapitre 9). Aucun des deux instruments n'interdit la rétention de personnes vulnérables, mais lorsque celles-ci sont placées en rétention, l'article 11 de la directive sur les conditions d'accueil révisée et les articles 16, paragraphe 3, et 17 de la directive « retour » requièrent qu'une attention soit accordée à leur situation particulière. Ces articles prévoient également des dispositions spécifiques pour les mineurs, qui ne doivent être placés en rétention qu'en dernier ressort. Tout doit être fait pour les libérer et les placer dans des établissements appropriés pour des enfants. Les mineurs non accompagnés qui présentent une demande d'asile ne doivent être placés en rétention que dans des circonstances exceptionnelles, et jamais dans des établissements pénitentiaires.

La directive sur la prévention de la traite des êtres humains (2011/36/UE) prévoit l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour qu'une assistance et une aide soient

408 FF 2014 2637.

409 Si un État requis dans le cadre de Dublin estime ne pas être compétent (autrement dit, s'il rejette la demande de transfert), l'État membre requérant peut, dans le cadre d'une procédure de réexamen, demander à l'État requis de reconsidérer son rejet (art. 5, règlement Dublin).

apportées aux victimes de la traite des êtres humains, notamment un hébergement adapté et sûr (article 11), sans toutefois interdire purement et simplement leur mise en détention.

**CEDH** : la CourEDH a examiné des affaires d'immigration dans lesquelles des enfants et des personnes souffrant de troubles mentaux avaient été mis en détention. Elle a estimé que la détention de ces personnes dans des établissements qui n'étaient pas équipés pour répondre à leurs besoins particuliers était arbitraire et contraire à l'article 5 de la CEDH, certaines affaires soulevant également des questions au regard de l'article 3<sup>410</sup>. La CourEDH a également estimé que les demandeurs d'asile constituaient une catégorie particulièrement vulnérable, notamment en ce qui concernait leurs conditions de détention<sup>411</sup>.

Exemple : dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*<sup>412</sup>, la Cour a estimé que le placement d'une enfant non accompagnée, pour laquelle une demande d'asile avait été introduite, dans un centre de rétention conçu pour des adultes était contraire à l'article 3 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Muskhadzhiyeva c. Belgique*<sup>413</sup>, la Cour a estimé que le placement en rétention de quatre enfants tchéchènes, dans l'attente d'un transfert « Dublin », dans un centre qui n'était pas adéquatement équipé pour répondre aux besoins particuliers des enfants emportait violation de l'article 3 de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>414</sup>, la Cour a estimé que les autorités chypriotes n'avaient fourni aucune explication quant aux raisons et à la base légale sur lesquelles elles s'étaient fondées pour décider de remettre la défunte fille du requérant, victime de la traite des êtres humains, à un individu qui l'a séquestrée, au lieu de la laisser quitter le commissariat de son propre chef. Au vu de ces

410 CourEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006 ; CourEDH, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010 ; CourEDH, *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, n° 15297/09, 13 décembre 2011 ; CourEDH, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012 ; CourEDH, *M.S. c. Royaume-Uni*, n° 24527/08, 3 mai 2012 ; CourEDH, *Price c. Royaume-Uni* n° 33394/96, 10 juillet 2001.

411 CourEDH, *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009 ; CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011.

412 CourEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, 12 octobre 2006.

413 CourEDH, *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010.

414 CourEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, 7 janvier 2010.

circonstances, la Cour a estimé que cette privation de liberté avait été arbitraire et illégale au regard de l'article 5 de la CEDH.

Le **droit suisse** doit respecter les prescriptions de la directive « retour » concernant la mise en détention ainsi que les conditions de la détention des personnes ayant des besoins particuliers. À cet égard, l'art. 80, al. 4, 2<sup>e</sup> phrase, LETr contient une réglementation explicite qui interdit la mise en détention d'enfants et d'adolescents de moins de 15 ans. En outre, la durée maximale de la détention pour les mineurs entre 15 et 18 ans se monte à 12 mois (6+6 mois, art. 79, al. 2, LETr). L'art. 81, al. 3, LETr, qui règle les conditions de la détention, contient un renvoi général aux art. 16, para. 3 et 17 de la directive « retour ».

## 6.8. Les garanties procédurales

Le droit de l'Union européenne et celui issu de la CEDH prévoient tous deux des garanties procédurales en ce qui concerne la rétention de demandeurs d'asile et de migrants. La protection offerte par la CEDH contre la détention arbitraire est sans aucun doute plus solide que celle prévue par le droit de l'Union européenne, en particulier en ce qui concerne les demandeurs d'asile.

**Droit de l'UE** : la directive « retour » prévoit des garanties spécifiques lorsque des migrants en situation irrégulière font l'objet d'une procédure de retour. Directive sur les conditions d'accueil e (2013/33/UE – article 9) et la directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE – article 26, paragraphe 2) prévoient des garanties pour les demandeurs d'asile.

**CEDH** : l'article 5 expose sa propre liste de garanties procédurales. Les deux articles suivants s'appliquent également à la privation de liberté au titre de l'article 5, paragraphe 1, alinéa f). Une personne a le droit :

- aux termes de l'article 5, paragraphe 2 : d'être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.
- aux termes de l'article 5, paragraphe 4 : d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

**En droit suisse**, les garanties de procédure en la matière sont inscrites à l'art. 31, al. 2 et 4, Cst. Pour la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, l'art. 80 LEtr, qui fixe les règles sur la décision et l'examen de la détention, précise la mise en œuvre des garanties de procédure les plus importantes : la légalité et l'adéquation de la détention doivent notamment être examinées dans un délai de 96 heures par une autorité judiciaire (al. 2). Un mois après cet examen, la personne détenue peut déposer une demande de levée de la détention (al. 5).

## 6.8.1. Le droit d'être informé des motifs de la rétention

**Droit de l'UE** : l'article 15, paragraphe 2 de la directive « retour » prévoit que les autorités doivent ordonner la rétention par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit. Pour les demandeurs d'asile, la même condition figure à l'article 9, paragraphe 2, de la directive sur les conditions d'accueil révisée.

**CEDH** : toute personne arrêtée doit être informée, « dans le plus court délai » et « dans une langue qu'elle comprend », des raisons de son arrestation (article 5, paragraphe 2 de la CEDH). En d'autres termes, toute personne arrêtée doit être informée des motifs de fait et de droit justifiant son arrestation ou sa mise en détention dans un langage simple et non technique, qu'elle comprend, de manière à être en mesure, si elle le juge nécessaire, de saisir une instance judiciaire pour contester la légalité de sa détention conformément à l'article 5, paragraphe 4, de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Nowak c. Ukraine*<sup>415</sup>, lorsque le requérant, un ressortissant polonais, avait demandé quelles étaient les raisons de son arrestation, les autorités lui avaient répondu qu'il était un « voleur international ». La CourEDH a estimé que cette déclaration n'était pas du tout conforme à l'ordonnance d'expulsion rédigée en ukrainien et renvoyant à une disposition de la législation nationale. Elle a considéré que le requérant ne maîtrisait pas suffisamment la langue pour comprendre le document, qu'il avait reçu le quatrième jour de sa détention. Elle a relevé qu'avant cette date, rien n'indiquait que l'intéressé avait été informé qu'il avait été incarcéré en vue de son expulsion. Par ailleurs, le requérant n'avait selon elle disposé d'aucun moyen effectif de faire valoir son grief pendant la durée de la détention ni de réclamer une réparation par la suite. Par conséquent, la CourEDH a conclu à la violation de l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH.

415 CourEDH, *Nowak c. Ukraine*, n° 60846/10, 31 mars 2011, para. 64.

Exemple : dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*<sup>416</sup>, les raisons de la détention n'ont été communiquées au requérant que 76 heures après son arrestation, ce que la CourEDH a considéré comme une durée trop longue et contraire à l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH.

Exemple : dans l'affaire *Dbouba c. Turquie*<sup>417</sup>, le requérant était un demandeur d'asile. Deux officiers de police avaient pris note de la demande d'asile déposée par l'intéressé auprès du HCR. Le requérant avait par ailleurs été informé qu'il serait remis en liberté dans l'attente de son procès, dans le cadre duquel il serait jugé pour appartenance à Al-Qaïda, et qu'une procédure d'expulsion avait été engagée à son encontre. Le requérant n'avait reçu aucun document l'informant des motifs de sa détention au commissariat de police. La CourEDH a estimé que les motifs de la détention n'avaient jamais été communiqués à l'intéressé par les autorités nationales, ce qui constituait une violation de l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH.

Sur la base des prescriptions de la directive « retour » et de la CEDH, la **Suisse** est tenue de rendre les décisions de mise en détention par écrit et de les motiver en faits et en droit. L'obligation correspondante se trouve également à l'art. 31, al. 2, Cst. La décision de détention selon l'art. 80, al. 1, LEtr doit être motivée et notifiée par écrit et ce, dans une langue que la personne comprend. Dans le contexte du droit à l'examen de la légalité de la mise en détention, le Tribunal fédéral a souligné que l'absence de ces conditions dans le texte de l'art. 80 LEtr ne représente pas un obstacle à l'application de la Constitution fédérale et de la CEDH<sup>418</sup>.

## 6.8.2. Le droit de réexamen de la rétention

En vertu du droit de l'Union européenne et de la CEDH, le droit à un contrôle juridictionnel est essentiel pour éviter toute rétention arbitraire.

**Droit de l'UE** : l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit que toute personne se trouvant dans une situation régie par le droit de l'Union européenne a droit à un recours effectif devant un tribunal et à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable. En vertu de l'article 15 de la directive « retour » et de l'article 9, paragraphe 3, de la directive sur les conditions d'accueil

416 CourEDH, *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008.

417 CourEDH, *Dbouba c. Turquie*, n° 15916/09, 13 juillet 2010, paras. 52-54.

418 ATF 137 I 23.

révisée, lorsque le placement en rétention est ordonné par les autorités administratives, il faut prévoir un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité du placement. Par ailleurs, l'article 15, paragraphe 3, de la directive « retour » et l'article 9, paragraphe 5, de la directive sur les conditions d'accueil révisée disposent que le placement en rétention fait l'objet d'un contrôle à intervalles raisonnables, d'office et/ou à la demande du demandeur concerné. Le contrôle doit être effectué par une autorité judiciaire dans le cas des demandeurs d'asile, alors que pour les personnes faisant l'objet d'une procédure de retour cela n'est requis que dans le cas d'une rétention prolongée. Lorsque la prolongation d'une mesure de rétention a été décidée en méconnaissance du droit d'être entendu, le juge national chargé de l'appréciation de la légalité de cette décision ne saurait accorder la levée de la mesure de rétention que s'il considère que cette violation a effectivement privé celui qui l'invoque de la possibilité de mieux faire valoir sa défense dans une mesure telle que cette procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. En pareil cas, le demandeur concerné doit être entendu, pour le cas où cette mesure est de nature à modifier la décision<sup>419</sup>. L'article 47 de la Charte et l'article 13, paragraphe 4 de la directive « retour » disposent aussi que toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter et qu'une aide juridictionnelle est accordée pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice. Pour les demandeurs d'asile, l'article 9 de la directive sur les conditions d'accueil prévoit des dispositions spécifiques mettant en place un mécanisme gratuit d'assistance judiciaire et de représentation (voir chapitre 4 pour de plus amples informations).

**CEDH** : l'article 5, paragraphe 4, prévoit spécifiquement que « toute personne » privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il « statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Cette obligation figure également à l'article 9, paragraphe 4, du ICCPR.

Les obligations de contrôle juridictionnel « à bref délai » et d'« accessibilité » du recours constituent deux garanties primordiales. L'article 5, paragraphe 4, a pour but de garantir à la personne retenue le droit à un « contrôle juridictionnel » de la mesure dont elle fait l'objet. Ainsi, l'article 5, paragraphe 4, exige l'accès non seulement à une instance judiciaire afin que celle-ci statue à bref délai sur la légalité de la détention, mais aussi à un réexamen périodique par une autorité judiciaire de la nécessité de poursuivre la détention. Le recours doit être possible pendant la durée de la détention afin de permettre à la personne concernée d'obtenir un contrôle juridictionnel rapide et propre à donner lieu

419 CJUE, C-383/13, M. G. et N. R. c. *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, 10 septembre 2013.

à une remise en liberté. Le recours doit être suffisamment certain, en théorie et en pratique, afin de remplir les conditions requises d'accessibilité et d'effectivité.

Il est particulièrement important que les demandeurs d'asile aient accès à un recours effectif étant donné qu'ils se trouvent dans une situation précaire et sont susceptibles de faire l'objet d'un refoulement.

Exemple : dans l'affaire *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*<sup>420</sup>, deux demandeurs d'asile iraniens avaient été incarcérés au commissariat de police. La CourEDH a estimé qu'ils n'avaient disposé d'aucune procédure par laquelle ils auraient pu faire examiner par un tribunal la légalité de leur détention<sup>421</sup>.

Exemple : dans l'affaire *S.D. c. Grèce*<sup>422</sup>, un demandeur d'asile avait été mis en détention alors qu'il n'était pas expulsable, étant donné qu'il était dans l'attente d'une décision au sujet de sa demande d'asile. La CourEDH a estimé qu'il s'était trouvé dans un vide juridique, étant donné qu'il n'y avait pas eu de réexamen immédiat de sa détention en vue d'une expulsion.

🔄 Exemple : L'affaire *Mahdi*<sup>423</sup> concernait un ressortissant soudanais qui se trouvait en détention administrative en Bulgarie en vue d'une expulsion et dont la rétention était examinée par le tribunal compétent dans le cadre d'une demande de prolongation. La CJUE a précisé dans cette affaire que le tribunal doit jouir d'un plein pouvoir d'examen qui permette de prendre en considération d'autres circonstances que celles qui ont été exposées par l'autorité et de remplacer la décision administrative par sa propre décision sur le fond.

**En droit suisse**, le droit à l'examen judiciaire de la détention comme mesure du droit des étrangers est garanti par l'art. 80 LEtr. Selon l'art. 80, al. 2, LEtr, l'autorité judiciaire doit procéder à l'examen de la légalité et de l'adéquation de la détention dans un délai de 96 heures. Une procédure orale est nécessaire sauf dans le cas des exceptions prévues à l'art. 80, al. 2<sup>bis</sup> (détention Dublin dans le canton) et al. 3 (renvoi ou expulsion ayant lieu

420 CourEDH, *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, n° 30471/08, 22 septembre 2009.

421 CourEDH, *Z.N.S. c. Turquie*, n° 21896/08, 19 janvier 2010 ; CourEDH, *Dbouba c. Turquie*, n° 15916/09, 13 juillet 2010.

422 CourEDH, *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009.

423 CJUE, affaire C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, 5 juin 2014.

vraisemblablement dans les huit jours et consentement écrit de la personne). La compétence ressortit, selon l'autorité qui a ordonné la détention, au tribunal compétent sur le plan cantonal ou au Tribunal administratif fédéral. Lorsque la demande d'examen émane de la personne concernée avant l'écoulement des 96 heures, et sur la base des garanties de procédure de l'art. 31, al. 4, Cst. et de l'art. 5, al. 4, CEDH, elle doit être admise directement et mener rapidement à la décision<sup>424</sup>.

## 6.9. Les conditions ou les régimes de détention

Les conditions de rétention peuvent, en soi, porter atteinte au droit de l'Union européenne ou à celui issu de la CEDH, lesquels exigent tous deux que la rétention respecte d'autres droits fondamentaux, notamment que les conditions de privation de liberté soient humaines, que les familles ne soient pas séparées et que les enfants et les personnes vulnérables ne soient, en principe, pas placés en rétention (voir la section 6.7 sur la détention de personnes ayant des besoins particuliers)<sup>425</sup>.

**Droit de l'UE** : les conditions de rétention des personnes qui font l'objet d'une procédure de retour sont fixées à l'article 16 de la directive « retour » et à l'article 17 pour les enfants et les familles. Les conditions de rétention des demandeurs d'asile sont régies par l'article 10 de la directive sur les conditions d'accueil révisée (2013/33/UE), des dispositions spécifiques pour les personnes vulnérables figurant à l'article 11 de cette directive.

**CEDH** : le lieu, le régime et les conditions de détention doivent être adéquats afin de ne pas soulever de question au titre des articles 3, 5 ou 8 de la CEDH. La CourEDH examine les différentes caractéristiques des conditions de détention et leur effet cumulatif, entre autres : l'endroit où la personne concernée est détenue (aéroport, cellule au poste de police, prison) ; l'éventuelle possibilité d'utiliser un autre endroit ; la taille de la zone de rétention ; le fait que l'endroit soit partagé ou non et, le cas échéant, le nombre de personnes présentes ; la disponibilité de locaux sanitaires et l'accès à ceux-ci ; la ventilation et l'accès à l'extérieur ; l'accès au monde extérieur ; le fait que la personne souffre ou non d'une maladie et ait ou non accès à des services de soins. La situation spécifique de l'individu revêt une importance particulière, par exemple s'il s'agit d'un enfant, d'une

424 ATF 137 I 23, consid. 2.5.

425 Pour de plus amples informations, voir : CourEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (enfant non accompagnée), n° 3178/03, 12 octobre 2006 ; CourEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie* (victime de la traite des êtres humains), n° 25965/04, 7 janvier 2010.

personne ayant subi des tortures, d'une femme enceinte, d'une victime de la traite des êtres humains, d'une personne âgée ou d'une personne handicapée.

La CourEDH tient compte des rapports du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) lorsqu'elle évalue les conditions de détention dans un cas spécifique. Ces rapports fournissent aux États membres des indications utiles au sujet des conditions considérées comme inacceptables.

Exemple : dans les affaires *Dougoz, Peers et S.D. c. Grèce*<sup>426</sup>, la CourEDH a établi d'importants principes en matière de conditions de détention et a précisé que les demandeurs d'asile incarcérés étaient particulièrement vulnérables, eu égard aux expériences qu'ils avaient vécues en fuyant la persécution, qui étaient susceptibles de renforcer leur sentiment de peur dans une situation de rétention.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>427</sup>, la CourEDH a conclu à une violation de l'article 3 de la CEDH concernant non seulement les conditions de détention du requérant, mais aussi ses conditions de vie (d'accueil) en général en Grèce. Le requérant était un demandeur d'asile afghan. Les autorités grecques avaient connaissance de son identité et de sa situation de potentiel demandeur d'asile depuis son arrivée à Athènes. Il avait été immédiatement mis en détention sans aucune information sur les motifs de celle-ci. La Cour a relevé dans divers rapports d'organes internationaux et d'organisations non gouvernementales que la mise en détention systématique des demandeurs d'asile était une pratique généralisée des autorités grecques. Les allégations du requérant relatives aux brutalités et insultes qu'il disait avoir subies de la part de policiers étaient confortées par les nombreux témoignages recueillis par des organisations internationales, en particulier le CPT. La CourEDH a constaté que les constats dressés par le CPT et le HCR confirmaient également les allégations du requérant selon lesquelles les conditions sanitaires étaient déplorables et le centre de rétention situé près de l'aéroport international d'Athènes était surpeuplé. Selon la CourEDH, même si le requérant avait été placé en rétention pendant une durée relativement brève, les conditions de rétention au sein du centre étaient inacceptables. La CourEDH a estimé que le requérant avait dû éprouver des sentiments d'arbitraire, d'infériorité et d'angoisse, et donc une profonde atteinte à

426 CourEDH, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, 6 mars 2001 ; CourEDH, *Peers c. Grèce*, n° 28524/95, 19 avril 2001 ; CourEDH, *S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009.

427 CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011.

sa dignité, indubitablement provoquée par des conditions de rétention équivalentes à un traitement dégradant. De surcroît, la détresse du requérant avait d'après la Cour été accentuée par la vulnérabilité inhérente à sa qualité de demandeur d'asile. La CourEDH a donc conclu qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la CEDH.

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Pham*<sup>428</sup>, qui concernait une ressortissante vietnamienne entrée en Allemagne sans documents de voyage ni autorisation de séjour, la CJUE a précisé que la rétention à des fins d'éloignement prévue par la directive « retour » – c'est-à-dire la détention dans des centres de rétention spécialisés (art. 16, para. 1, 2<sup>e</sup> phrase de la directive) et donc la séparation des détenus pour raison administrative des autres détenus qui se trouvent en détention pénale et préventive (« principe de séparation ») – a valeur absolue. Madame Pham avait été mise en détention pour garantir l'expulsion dans un établissement d'exécution des peines de droit commun, après avoir signé une déclaration de consentement. La CJUE constate à ce propos qu'il n'est pas permis « à un État membre de placer en rétention à des fins d'éloignement un ressortissant de pays tiers dans un établissement pénitentiaire avec des prisonniers de droit commun même dans l'hypothèse où ce ressortissant consent à ce placement ».

🔄 Exemple : Dans l'affaire *Bero et Bouzalmate*<sup>429</sup>, qui concernait une ressortissante supposément syrienne et un ressortissant marocain dont les demandes d'asile avaient été rejetées, la CJUE s'est intéressée au principe de séparation existant dans les États avec structure fédérale. Les deux recourants étaient détenus dans les Länder de Bavière et de Hesse, dans lesquels il n'y avait pas de centre de rétention spécialisé, alors qu'il en existent dans d'autres Länder allemands. La CJUE a précisé à cet égard « qu'un État membre est tenu, en règle générale, de placer en rétention à des fins d'éloignement les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un centre de rétention spécialisé de cet État, alors même que ledit État membre a une structure fédérale et que l'État fédéré compétent pour décider et exécuter un tel placement en vertu du droit national n'a pas de tel centre de rétention ». Ce principe n'implique pas que chaque État fédéré doive entretenir des centres de rétention spécialisés, mais la détention administrative doit toujours être organisée sur le plan fédéral de l'État membre de manière à faire exécuter la détention dans un tel centre.

428 CJUE, affaire C-474/13, *Thi Ly Pham c. Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik*, 17 juillet 2014.

429 CJUE, affaire jointes C-473/13, *Adala Bero c. Regierungspräsidium Kassel*, et affaire C-514/13, *Ettayebi Bouzalmate c. Kreisverwaltung Kleve*, 17 juillet 2014.

Plusieurs sources juridiques non contraignantes sont pertinentes à cet égard, notamment les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe, les Règles pénitentiaires européennes et les principes directeurs de l'UE sur le traitement des migrants placés en rétention (*EU Guidelines on the treatment of immigration detainees*, 2005).<sup>430</sup>

En **droit suisse**, les conditions de détention relevant du droit des étrangers sont réglées à l'art. 81 LETr. La réglementation se base sur la directive « retour ». Selon l'art. 81, al. 3, LETr, la forme de la détention est régie « au surplus » par les art. 16, para. 3, et 17 de la directive « retour ». Le renvoi précise clairement que les prescriptions de la directive doivent être pleinement mises en œuvre dans la pratique. Mais le respect du principe de séparation précisé dans la décision *Bero et Bouzalmate* et dans l'affaire *Pham* du 17 juillet 2014, laisse souvent à désirer dans la pratique cantonale.

Par conséquent, suite à ces décisions – la Suisse disposant de centres spécialisés de détention administrative – tout hébergement commun, en Suisse, de détenus administratifs avec des personnes qui se trouvent en détention préventive ou en exécution d'une peine constitue une atteinte à la directive « retour ».

Dans la procédure Dublin, les conditions de détention sont réglées aux art. 9 à 11 de la refonte de la directive sur les conditions d'accueil, et reprises à l'art. 81, al. 4, let. b, P-LETr (non encore en vigueur en 2014) via l'art. 28, para. 4, règlement de Dublin III.

## 6.10. La réparation à la suite d'une rétention illégale

Les personnes qui ont été illégalement détenues peuvent avoir droit à une réparation, en vertu du droit de l'Union européenne comme de celui issu de la CEDH.

**Droit de l'UE** : dans l'affaire *Francovich*<sup>431</sup>, la CJCE a estimé qu'il incombait aux juridictions nationales de réparer les dommages découlant du non-respect d'une législation européenne par un État membre de l'UE. Ce principe n'a pas encore été appliqué aux

430 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2003), Recommandation Rec(2003)5 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures de détention des demandeurs d'asile ; Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2005) ; Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2006) Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes, 11 janvier 2006.

431 Arrêt de la CJCE du 19 novembre 1991 dans les affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci et autres c. République italienne*, Recueil 1991, p. I-05357.

dommages causés par la non-transposition d'une directive par un État membre dans le cadre d'une rétention de migrants.

**CEDH** : aux termes de l'article 5, paragraphe 5, « toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation ». Par conséquent, une réparation présuppose une violation de l'un ou de plusieurs paragraphe(s) de l'article 5 de la CEDH.

**En Suisse**, ni la Cst., ni la LEtr ne contiennent de règle sur l'indemnisation pour détention illégale. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'indemnisation pour détention en vue du renvoi ou de l'expulsion contraire au droit se réfère donc toujours directement à l'art. 5, para. 5, CEDH<sup>432</sup>.

---

432 Cf. p. ex. ATF 129 I 139.

## Points clés

- Au regard du droit de l'Union européenne et de la CEDH, la privation de liberté doit être une mesure prise en dernier recours, après que toutes les autres mesures moins coercitives ont été envisagées (voir la section 6.2).
- La situation concrète d'une personne peut constituer une privation de liberté au sens de l'article 5 de la CEDH ou une restriction de sa libre circulation au sens de l'article 2 du Protocole n° 4 à celle-ci (voir la section 6.1).
- Une privation de liberté doit être justifiée par un but spécifique tel que défini à l'article 5, paragraphe 1, alinéas a) à f), de la CEDH, doit être ordonnée suivant une procédure prescrite par la loi, et ne peut être arbitraire (voir la section 6.3).
- Le droit de l'UE dispose qu'une privation de liberté doit être légale (voir la section 6.3), nécessaire et proportionnée (voir la section 6.5).
- En vertu du droit de l'Union européenne, la durée maximale de la rétention en vue d'un éloignement est fixée à six mois et peut être prolongée de 12 mois maximum dans des cas exceptionnels (voir la section 6.6.4).
- Le droit de l'Union européenne et la CEDH exigent qu'il existe une perspective raisonnable d'éloignement de la personne placée en rétention en vue d'un éloignement (voir la section 6.6.3), et que les modalités de l'éloignement soient exécutées avec la diligence requise (voir la section 6.6.2).
- Une privation de liberté doit respecter les garanties procédurales visées à l'article 5, paragraphe 2, de la CEDH sur le droit d'être informé des motifs de la détention, et à l'article 5, paragraphe 4 de la CEDH sur le droit à un contrôle juridictionnel à bref délai de la décision de mise en détention (voir la section 6.8).
- En vertu du droit de l'Union européenne et de la CEDH, la privation de liberté ou la restriction de la libre circulation doivent respecter d'autres garanties en matière de droits de l'homme : les conditions de détention doivent respecter la dignité humaine, ne jamais mettre en danger la santé des personnes, et une attention spéciale doit être portée aux membres de groupes vulnérables (voir les sections 6.7 et 6.9).
- Une personne qui a été victime d'une rétention arbitraire ou illégale a droit à réparation en vertu du droit de l'Union européenne et de la CEDH (voir la section 6.10).
- La **législation suisse** se base pour l'essentiel sur l'art. 5 CEDH et, partant, sur la jurisprudence de la CourEDH.
- Les motifs de détention prévus dans la LEtr (outre l'arrestation de courte durée) comprennent la détention en phase préparatoire (avant la décision), la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et la détention pour insoumission.

- La détention pour insoumission ne peut que difficilement s'harmoniser avec les prescriptions de la directive « retour », puisque celle-ci prescrit que la personne concernée, indépendamment de son comportement, doit être libérée sans délai de la détention administrative lors de l'échec de la procédure de renvoi. Une détention régulière en vue du renvoi ou de l'expulsion reste possible dans ces cas, aussi longtemps qu'il existe une perspective de transfert.
- En ce qui concerne le statut des requérants d'asile, les modifications du P-LEtr (non encore en vigueur en 2014) constituent un progrès dans le sens où elles introduisent explicitement le principe de la proportionnalité. Mais les dispositions qui résultent de la prescription sur la détention du règlement de Dublin III (art. 28) ne sont pas complètement mises en œuvre. En particulier la durée possible de la détention est trop longue.
- À travers la mise en œuvre de la directive « retour », la conception de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion s'est fortement rapprochée des prescriptions européennes. Malgré tout, il reste encore beaucoup à faire sur le plan pratique et juridique, par exemple, pour exécuter le principe de séparation et réglementer et mettre en œuvre des alternatives possibles à la mise en détention.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.



# 7

## Les retours forcés et les modalités d'exécution de l'éloignement



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Exécuter l'éloignement: de manière sûre, digne et humaine</b>		
<p>Directive « retour », 2008/115/CE</p> <p>Règlement Frontex (amendements) (règlement) (UE) n° 1168/2011)*</p> <p>Décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, 2004/573/CE*</p>	<p>Comité des Ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, 2005, n° 19</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 69 ss.</p> <p>Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE), RS 142.81</p> <p>Loi sur l'usage de la contrainte (LUsc), RS 364</p> <p>Ordonnance sur l'usage de la contrainte (OLUsC), RS 364.3</p>
<b>Confidentialité</b>		
<p>Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, article 48*</p>	<p>Comité des Ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, 2005, n° 12</p>	<p>Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20, art. 105</p> <p>Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 97</p>
<b>Dommages graves causés par des mesures de contrainte</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 2 (droit à la vie) *</p> <p>Directive « retour », 2008/115/CE, art. 8, para. 4</p>	<p>CEDH, art. 2 (droit à la vie)</p> <p>Comité des Ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé, 2005, n° 19</p>	<p>Loi sur la responsabilité de la Confédération (LRCF), RS 170.32</p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
Enquêtes		
	CourEDH, <i>Ramsahai c. Pays-Bas</i> , 2007 (système efficace) CourEDH, <i>Tarariyeva c. Russie</i> , 2006 (soins médicaux en prison) CourEDH, <i>Tais c. France</i> , 2006 (examen de l'état de santé pendant une garde à vue)	

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Le présent chapitre porte sur les modalités d'exécution de l'éloignement d'un étranger. Les obstacles juridiques à l'éloignement, tels que les obstacles à l'éloignement de demandeurs d'asile, sont abordés aux chapitres 1, 3 et 4.

Que ce soit par voie aérienne, terrestre ou maritime, la procédure d'éloignement doit se faire de manière sûre, digne et humaine. Il est arrivé que des personnes faisant l'objet d'un éloignement décèdent au cours de la procédure des suites d'une asphyxie ou de blessures graves. Certains individus sont également décédés dans des centres de rétention avant que la procédure d'éloignement puisse avoir lieu. Par ailleurs, cette procédure est susceptible d'augmenter le risque d'automutilation ou de suicide, soit pendant la rétention avant l'éloignement, soit au cours de l'éloignement lui-même.

En vertu du droit de l'Union européenne, les retours forcés sont réglementés par la directive « retour » (2008/115/CE). Les opérations de retour conjointes coordonnées par Frontex sont, quant à elles, régies par le règlement Frontex révisé (règlement (UE) n° 1168/2011).

La CourEDH a rarement été saisie pour se prononcer sur les modalités d'exécution d'un éloignement. Néanmoins, la jurisprudence au titre des articles 2, 3 et 8 de la CEDH ne manque pas. Cette jurisprudence porte sur l'usage de la force par les autorités en général, la nécessité de protéger les personnes contre toute forme de violence, ainsi que l'obligation procédurale des autorités d'enquêter sur les méthodes qui auraient entraîné un préjudice grave pour la personne concernée. Ces principes généraux peuvent aussi

s'appliquer à certaines situations particulières, telles que les retours forcés. Le présent chapitre examinera cet aspect en détail.

Outre les dispositions normatives, il existe d'importants instruments juridiques non contraignants portant sur cette question. Les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe fournissent des orientations utiles et c'est pourquoi le présent chapitre y fera référence à plusieurs reprises<sup>433</sup>. Les normes du CPT comportent également une section spécifique relative aux retours par voie aérienne<sup>434</sup>.

La plupart du temps, les retours sont mis en œuvre à la suite de la conclusion d'accords de réadmission au niveau politique ou opérationnel. Au sein de l'UE, les accords de réadmission peuvent être conclus par les États membres à titre individuel ou par l'Union. Au cours de la période 2005-2013, l'UE a conclu 15 accords de réadmission, qui sont entrés en vigueur<sup>435</sup>.

**En Suisse**, les éloignements (la terminologie utilisée dans les textes légaux suisses est « renvois ou expulsions » ou « exécution du renvoi ou de l'expulsion ») se fondent sur une série de bases légales. Le domaine est réglé d'une part par la LEtr, d'autre part par la directive « retour » de l'UE. Du fait du renvoi à l'art. 8, para. 5, de la directive « retour », les prescriptions découlant de la décision du Conseil 2004/573/CE concernant les vols communs doivent être prises en considération pour tous les retours par avion. En cas de retours communs coordonnés par l'agence Frontex, le règlement Frontex est également applicable. Le droit de l'UE est applicable en Suisse du fait de son appartenance à l'acquis de Schengen, que la Suisse est tenue de reprendre.

En Suisse, l'autorité chargée des renvois ou des expulsions est en principe celle du canton dans lequel la personne concernée séjourne (art. 69, al. 1, LEtr). La même règle vaut pour les retours appelés « Dublin-out », par lesquels les requérants d'asile sont transférés à l'État qui est compétent pour le traitement de leur demande d'asile (art. 64a, al. 3, LEtr).

433 Conseil de l'Europe, Comité des Ministres (2005).

434 Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CAT) (2002-2011), chapitre IV, p. 69ff.

435 Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albanie, Russie, Ukraine, Ancienne République yougoslave de Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Monténégro, Serbie, Moldavie, Pakistan, Géorgie, Cap Vert (pas encore en vigueur), Arménie (pas encore en vigueur) (ordre chronologique). Voir aussi : Document de travail des services de la Commission, SEC (2011) 209, 23 février 2011, tableau 1.

La Confédération assiste les cantons chargés de l'exécution des retours, en particulier en collaborant à l'obtention des documents de voyage lorsque celle-ci pose problème, à l'organisation du voyage et en assurant la coordination des cantons avec le DFAE (art. 71 LEtr). C'est l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE) qui concrétise l'assistance que la Confédération fournit aux cantons. Cette ordonnance constitue aussi la base légale pour l'établissement du swissREPAT, le service aéroportuaire de l'ODM compétent pour la coordination de l'escorte de sécurité, la réservation des billets d'avion et l'établissement des itinéraires (art. 11, al. 1, OERE). L'ODM assure également l'accompagnement médical pour les vols spéciaux (art. 11, al. 4, OERE).

La conclusion d'accords de réadmission avec les États de transit ou d'origine (art. 100, al. 1 et al. 2, let. b et c, LEtr) relève de la compétence du Conseil fédéral. La Suisse a conclu des accords de réadmission avec presque tous les États de l'UE/AELE et avec environ 20 autres États<sup>436</sup>. Récemment, les accords que la Suisse a été amenée à conclure dans le domaine de la migration contiennent davantage que la simple obligation de réadmission et lient celle-ci à des mesures d'assistances ou à certaines conditions (art. 100, al. 3, LEtr). La collaboration inscrite dans ces partenariats migratoires (sur la base de l'art. 100, al. 1, LEtr), que la Suisse a conclu par cinq fois jusqu'à aujourd'hui, est encore plus complète. Ces partenariats peuvent certes avoir pour objet la réadmission des personnes ou préparer les conditions pour conclure un accord de réadmission, mais ils sont fondés sur une coopération plus étroite dans le domaine de la migration.

## 7.1. Exécuter l'éloignement : de manière sûre, digne et humaine

**Droit de l'UE :** la directive « retour » prévoit que les retours forcés doivent être mis en œuvre dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique de la personne concernée (article 8, paragraphe 4). En outre, il convient de donner la priorité aux départs volontaires (article 7) et de mettre en place un système efficace de contrôle du retour forcé (article 8, paragraphe 6)<sup>437</sup>. Dans l'annexe à une décision prise par le Conseil en 2004, les orientations communes sur les mesures de sécurité à prendre pour les opérations conjointes d'éloignement par voie aérienne fournissent également des indications sur,

436 Un aperçu des divers types d'accords et des États avec lesquels la Suisse les a conclus se trouve sous <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/internationales/internat-zusarbeit/bilateral.html>

437 Pour de plus amples informations sur les pratiques des États membres, voir FRA (2012) p. 51-54.

entre autres, les questions d'ordre médical, la formation des agents d'escorte et un code de conduite à leur intention, et le recours à des mesures de coercition<sup>438</sup>.

La directive « retour » exige de tenir compte de l'état de santé de l'individu lors de la procédure d'éloignement (article 5). En cas de retour par voie aérienne, un membre du corps médical doit attester que la personne est apte à voyager. L'état physique ou mental de la personne peut donner lieu à un éventuel report de l'éloignement (article 9). Les États membres tiennent dûment compte de la vie de famille lorsqu'ils mettent en œuvre l'éloignement (article 5). La législation et la politique nationales peuvent également aborder des questions de santé particulières, telles que les femmes en fin de grossesse.

La directive « retour » exige que les mineurs non accompagnés soient uniquement remis à des membres de la famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates (article 10).

**CEDH** : il convient d'apprécier si les atteintes à l'intégrité physique ou le préjudice qu'auraient causés les agents de l'État aux personnes placées sous leur garde et surveillance sont suffisamment graves pour que leur responsabilité soit engagée au titre de l'article 3 de la CEDH. La vulnérabilité spécifique d'une personne, en raison de son âge ou de troubles mentaux par exemple, doit être prise en considération<sup>439</sup>.

Selon les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe, afin de limiter le recours à la force, les États d'accueil devraient encourager la coopération des personnes à éloigner à chaque étape du processus d'éloignement et ces dernières devraient avoir la possibilité de préparer leur retour (principe 15). Les personnes à éloigner doivent également être aptes à voyager (principe 16).

**En Suisse**, les conditions pour un renvoi ou une expulsion résultent de la combinaison des garanties relevant des droits humains (surtout de la CEDH et de la Cst.), de la directive « retour », en partie de la loi fédérale sur les étrangers et surtout de la loi sur l'usage de la contrainte (LUSC) et de l'ordonnance sur l'usage de la contrainte (OLUSC). Le principe de la priorité du retour volontaire résulte directement de l'art. 7 de la directive « retour ». Dans le domaine du droit de l'asile et des étrangers, la LUSC ne s'applique pas

438 Décision du Conseil 2004/573/CE, Décision du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO 2004 L 261/28.

439 CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011 ; CourEDH, *Darraj c. France*, n° 34588/07, 4 novembre 2010.

seulement aux autorités fédérales mais aussi aux autorités cantonales (art. 2, al. 2, LUSC). Concrétisant tout d'abord le principe de la proportionnalité pour l'utilisation de la contrainte par les autorités policières (art. 9 LUSC), elle prévoit que les personnes qui sont rapatriées par voie aérienne doivent en principe être informées préalablement, sauf si cela compromet l'exécution (art. 27, al. 2, LUSC). Les personnes doivent par ailleurs subir un examen médical lorsqu'elles le demandent ou que leur état laisse supposer des problèmes de santé (art. 27, al. 3, LUSC). Les techniques d'utilisation de la force physique pouvant entraver les voies respiratoires sont par principe interdites (art. 13 LUSC).

L'OLUSC concrétise le principe de l'information préalable des personnes concernées dans la mesure où il doit généralement toujours y avoir un entretien préparatoire (art. 29 OLUSC). Pour les rapatriements par voie aérienne, elle fixe quatre niveaux d'exécution (art. 28 OLUSC) :

- escorte de la personne par la police jusqu'à l'embarquement (vol de ligne), la personne poursuivant son voyage seule (niveau 1) ;
- escorte de la personne par deux agents de police en civil (vol de ligne), la personne est éventuellement menottée (niveau 2) ;
- retour avec escorte dans un vol de ligne, avec utilisation éventuelle d'autres liens et recours à la force physique (niveau 3) ; et
- retour à bord d'un vol spécial avec escorte de deux agents de police au moins par personne et possibilité d'utiliser d'autres liens et de recourir à la force physique (niveau 4).

Du fait de l'application en Suisse de la directive « retour », les renvois ou expulsions doivent être contrôlés par des tiers indépendants (art. 71a LEtr, basé sur l'art. 8 de la directive « retour »). Précisé aux art. 15f à 15h OERE, ce contrôle indépendant comprend les renvois ou expulsions par voie aérienne et ce, depuis la conduite de la personne concernée à l'aéroport jusqu'à la remise aux autorités de l'État de destination ou, en cas d'échec de la procédure, jusqu'au vol de retour. Actuellement, le contrôle des retours est exécuté par la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT). La Commission envisage sa tâche non pas comme « tiers mandaté » au sens de l'art. 15h OERE mais en toute indépendance selon les compétences que lui attribue la loi fédérale sur la Commission de prévention de la torture (RS 150.1). Elle contrôle en principe tous les vols du

niveau 4 et publie au moins un rapport par année sur son activité de contrôle<sup>440</sup>. Examinant par le passé la question de l'administration de médicaments (en particulier les calmants), la Commission a par exemple conclu qu'on ne devait les prescrire que sur indication médicale (cf. les prescriptions à l'art. 25, al. 2, LUSC)<sup>441</sup>.

## 7.2. La confidentialité

Il est important de veiller à ce que seules les informations nécessaires à l'exécution de l'éloignement soient communiquées au pays de renvoi afin de préserver le caractère confidentiel des informations obtenues au cours de la procédure d'asile. Les agents d'escorte qui accompagnent une personne à éloigner depuis le centre de rétention jusqu'au lieu de retour sont également tenus de respecter cette confidentialité.

**Droit de l'UE** : les informations obtenues au cours de la procédure d'asile sont régies par l'article 48 de la directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE), qui exige des États membres qu'ils respectent la confidentialité de toute information obtenue. L'article 30 de la directive prévoit que les États membres ne divulguent pas directement à l'auteur (ou aux auteurs) présumé(s) de persécutions à l'encontre du demandeur d'asile les informations concernant une demande d'asile.

**CEDH** : une violation de la confidentialité peut soulever des questions sous l'angle de l'article 8 de la CEDH et, si une telle violation entraîne des mauvais traitements au retour de la personne concernée, l'article 3 peut alors entrer en jeu. Néanmoins, dans un autre contexte, la CourEDH a estimé que toute mesure impliquant une ingérence dans la vie privée doit être soumise à des règles claires et détaillées et à un minimum d'exigences de manière à ce que les personnes concernées disposent de garanties suffisantes contre les risques d'abus et d'arbitraire, notamment en ce qui concerne la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction de celles-ci<sup>442</sup>.

Les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe évoquent également le respect des données personnelles et les restrictions imposées au traitement de celles-ci, ainsi que l'interdiction de communiquer des informations relatives à la demande d'asile (principe 12).

440 <http://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publiservice/berichte.html>

441 Sur les progrès dans ce domaine, voir le rapport de la CNPT 5/2014 relatif au contrôle des renvois en application du droit des étrangers, ch. 18.

442 CourEDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni* [GC], n° 30562/04, 4 décembre 2008, para. 99.

En matière de confidentialité, **la Suisse** est relativement indépendante de l'UE. En effet, le droit européen applicable en priorité dans ce domaine n'est pas la directive « retour » mais la directive sur les procédures d'asile, que la Suisse n'a pas reprise. En Suisse, la transmission de données personnelles d'étrangers à d'autres États se divise en quatre types de cas :

- la transmission de données personnelles par les autorités compétentes « afin d'accomplir leurs tâches », en vue notamment de lutter contre la criminalité selon la LETr (art. 105 LETr) ;
- la transmission de données personnelles à l'État d'origine ou de provenance pour l'exécution du renvoi ou de l'expulsion (art. 106 LETr) ;
- la transmission de données personnelles, dans un but de réadmission ou de transit, aux États avec lesquels il existe un accord de réadmission ou de transit (art. 107 LETr) ;
- la transmission des données personnelles relatives à des réfugiés, requérants d'asile ou personnes à protéger (art. 97 et 98 LAsi).

À la différence du contexte général de l'art. 105 LETr, l'art. 106 LETr n'exige pas que les États qui reçoivent les données disposent d'un standard de protection aussi élevé que la Suisse.

Pour le domaine de l'asile, les art. 97 et 98 LAsi fixent des règles semblables pour la gestion des données personnelles vis-à-vis des États d'origine ou de provenance. Cependant, en général, les informations sur une demande d'asile ne peuvent pas être transmises (art. 97, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, LAsi).

La confidentialité lors de la transmission de données dans les cas Dublin - qui ne sera pas traitée ici - représente un cas particulier. Les art. 30 à 32 du règlement de Dublin III établissent des règles précises pour la transmission de données à d'autres États Dublin. Les transferts Dublin à d'autres États membres ne sont pas des « éloignements » au sens du droit de l'UE.

Pour tous les groupes de cas, la transmission de données *ne doit pas mettre en danger* la personne concernée et ses proches. Les données concernant les lieux de séjour, les itinéraires, la réglementation du séjour et les visas accordés ne doivent pas être transmises. En outre, il existe une obligation de diligence générale couvrant la transmission de

données à caractère personnel. Chaque accord précise l'étendue des données qui peuvent être communiquées et le but de cette communication.

Concernant les données relatives à des procédures pénales, l'art. 107, al. 2, let. g, LETr renvoie à l'art. 2 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP). Selon cet article, il est interdit de transmettre ce type d'information s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la CEDH ou du ICCPR ou qu'une procédure pénale serait utilisée pour poursuivre ou punir une personne en raison d'une caractéristique relevant de la qualité de réfugié, ou qu'elle risque d'aggraver sa situation ou encore qu'une procédure présenterait des vices graves.

Afin de se procurer les documents de voyage, l'autorité compétente peut prendre contact avec l'État de provenance de la personne concernée lorsqu'une demande d'asile a été rejetée en première instance (art. 97, al. 2, LAsi).

### 7.3. Les dommages graves causés par des mesures de contrainte

En vertu du droit national, les agents de l'État, tels que les agents de surveillance ou les agents d'escorte, peuvent être habilités à faire usage de la force dans l'exercice de leurs fonctions. Le droit de l'Union européenne et celui issu de la CEDH précisent que ce recours à la force doit être raisonnable, nécessaire et proportionné.

Le droit de l'Union européenne et la CEDH établissent des normes communes en cas de décès lors de la garde à vue. Le droit à la vie est garanti par l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et de la CEDH. L'article 2 constitue l'un des droits les plus importants, auquel aucune dérogation n'est autorisée au titre de l'article 15 de la CEDH. Cependant, le recours à la force, en particulier à la force meurtrière, n'est pas considéré comme contraire à l'article 2 de la CEDH dans les cas où la mort résulterait d'un usage de la force « absolument nécessaire » et strictement proportionné<sup>443</sup>.

**Droit de l'UE :** la directive « retour » fixe des règles relatives aux mesures coercitives. Ces mesures doivent être utilisées en dernier ressort, être proportionnées et ne pas comporter un usage de la force allant au-delà du raisonnable. Ces mesures sont mises en

443 Commission européenne des droits de l'homme, *Stewart c. Royaume-Uni* (déc.), n° 10044/82, 10 juillet 1984 ; CourEDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, 27 septembre 1995, paras. 148-149.

œuvre dans le respect de la dignité et de l'intégrité physique de la personne concernée (article 8, paragraphe 4).

**CEDH** : la jurisprudence relative à l'article 2 de la CEDH souligne la nécessité d'un cadre législatif, réglementaire et administratif régissant l'usage de la force par les agents de l'État afin de protéger les personnes concernées contre l'arbitraire, les abus et la mort, notamment les accidents évitables. Des structures de ressources humaines, des canaux de communication et des orientations sur l'usage de la force doivent être établis de manière claire et adéquate dans ce cadre.<sup>444</sup> Lorsque les agents de l'État vont au-delà du raisonnable dans leur usage de la force et provoquent des blessures, voire entraînent mort d'homme, l'État membre peut être tenu responsable. Le cas échéant, il est nécessaire de mener une enquête effective sur les faits, propre à donner lieu à des poursuites<sup>445</sup>.

La CourEDH a estimé que les États membres ont non seulement l'obligation négative de ne pas porter préjudice aux personnes, mais aussi des obligations positives, consistant à protéger les individus contre la mort ou les blessures graves infligées par des tiers ou par eux-mêmes, ainsi qu'à leur donner accès à des services de soins. Parmi les obligations des États membres figure également celle de prévoir des dispositions juridiques et des procédures adéquates, y compris des dispositions pénales en vue d'empêcher toute infraction commise à l'encontre de personnes, ainsi que des sanctions ayant un effet dissuasif sur la commission de telles infractions<sup>446</sup>. Il s'agit d'examiner si les autorités ont fait tout ce qui pouvait raisonnablement être attendu d'elles pour éviter un risque réel et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance<sup>447</sup>.

En examinant la légalité de l'usage de la force, la CourEDH tient compte de plusieurs facteurs, notamment la nature du but poursuivi ainsi que le risque d'atteinte à l'intégrité physique et le risque pour la vie inhérents à la situation. Elle analyse les circonstances entourant l'usage de la force, y compris le fait que celui-ci ait été délibéré ou non et le fait qu'il y ait eu ou non une planification et un contrôle adéquats de l'opération.

444 CourEDH, *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, 20 décembre 2004, para. 58 ; CourEDH, *Nachova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005, para. 96.

445 CourEDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, 27 septembre 1995, point 161 ; CourEDH, *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, 18 mai 2000, para. 80.

446 CourEDH, *Osman c. Royaume-Uni* [GC], n° 23452/94, 28 octobre 1998 ; CourEDH, *Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, 24 octobre 2002, paras. 72-73 ; CourEDH, *Finogenov et autres c. Russie*, nos 18299/03 et 27311/03, 20 décembre 2011, para. 209.

447 CourEDH, *Branko Tomašić et autres c. Croatie*, n° 46598/06, 15 janvier 2009, para. 51.

Exemple : dans l'affaire *Kaya c. Turquie*<sup>448</sup>, la CourEDH a réaffirmé que l'État membre doit apprécier le degré de la force employée et le risque que celle-ci entraîne mort d'homme.

Le recours à des mesures de contrainte peut soulever des questions non seulement au regard de l'article 2, en cas de mort d'homme ou de situations où la personne concernée a frôlé la mort, telles qu'une tentative de suicide entraînant des séquelles durables, mais aussi au regard des articles 3 et 8 lorsque l'individu a été blessé ou a subi tout autre type de préjudice à la suite d'un recours à des mesures de contrainte n'ayant toutefois pas été jusqu'à l'homicide.

Exemple : dans l'affaire *Ilhan c. Turquie*<sup>449</sup>, où le requérant avait subi un dommage au cerveau à la suite d'un usage excessif de la force lors de son arrestation, la CourEDH a estimé qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la CEDH, et non de l'article 2.

La CourEDH a exprimé sa préoccupation à propos de situations où des officiers de police ou d'autres agents de l'État avaient commis une ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH dans l'exercice de leurs fonctions<sup>450</sup>.

La mort ou les blessures peuvent être causées par des techniques de contrainte coercitive ou par le fait que l'État membre n'ait pas empêché la mort, notamment en cas de suicide ou de décès pour des raisons médicales<sup>451</sup>. À cet égard, les Vingt principes directeurs sur le retour forcé du Conseil de l'Europe interdisent les techniques de contrainte et les procédés coercitifs risquant d'obstruer les voies respiratoires partiellement ou totalement, de même que le maintien de la personne éloignée dans une position risquant de provoquer l'asphyxie (principe 19).

**En Suisse**, l'art. 31 LUSC renvoie à la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération (LRFC) pour le cas de dommages causés par l'utilisation de la contrainte. Ainsi, seule la Confédération répond du dommage même s'il a été causé par le personnel du canton d'exécution ou par des privés. La Confédération a cependant la possibilité de se retourner contre le canton sous la responsabilité duquel le dommage s'est produit. Pour le lésé,

448 CourEDH, *Kaya c. Turquie*, n° 22729/93, 19 février 1998.

449 CourEDH, *Ilhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, 27 juin 2000, paras. 77 et 87.

450 CourEDH, *Kučera c. Slovaquie*, n° 48666/99, 17 juillet 2007, paras. 122-124 ; CourEDH, *Rachwalski et Ferenc c. Pologne*, n° 47709/99, 28 juillet 2009, paras. 58-63.

451 À titre d'exemple, voir Royaume-Uni, affaire *FGP c. Serco Plc & Anor* [2012] EWHC 1804 (Admin), 5 juillet 2012.

cela signifie qu'il est déchargé de l'obligation d'établir à quel canton appartient le personnel qui a causé le dommage. Si le dommage est dû à une faute, la loi sur la responsabilité n'ouvre pas seulement la possibilité de faire valoir le dommage pécuniaire mais le lésé peut également demander la réparation du tort moral subi en relation avec une mort d'homme, des lésions corporelles ou une atteinte à la personnalité (art. 6 LRFC).

Les dommages causés au cours d'un renvoi ou d'une expulsion peuvent également entraîner des conséquences pénales pour la personne en charge de l'exécution. Ainsi, un médecin qui en 1999 avait causé la mort par arrêt respiratoire d'une personne qui devait être expulsée en lui bâillant la bouche avec du ruban adhésif, a été condamné pour homicide par négligence. En revanche, le Tribunal fédéral a refusé de mettre à sa charge une responsabilité civile puisqu'il avait agi dans l'accomplissement d'une tâche publique<sup>452</sup>. Un autre cas de décès intervenu durant un refoulement de niveau 4 en mars 2010 a eu pour conséquence qu'aujourd'hui les vols spéciaux bénéficient par principe d'un accompagnement médical.

## 7.4. Les enquêtes

**CEDH** : les principes généraux visés aux articles 2, 3 et 8 de la CEDH peuvent, dans certaines circonstances, également s'appliquer aux retours forcés. Une forme d'enquête officielle effective doit être menée lorsqu'il y a mort d'homme ou blessures graves à cause de l'État membre ou dans des circonstances où l'État membre peut être tenu responsable, par exemple lorsque l'individu est placé en garde à vue. L'État membre peut demeurer responsable même s'il externalise une partie de son travail à des sociétés privées dans le cadre d'une procédure d'éloignement. L'enquête doit remplir un critère minimum d'effectivité qui dépend des circonstances de l'espèce<sup>453</sup>. Une responsabilité et une transparence effectives sont nécessaires pour garantir le respect de l'État de droit et préserver la confiance de l'opinion publique<sup>454</sup>.

Lorsqu'un individu est retrouvé mort ou blessé pendant ou après sa garde à vue ou sous la surveillance d'un État membre, il incombe à l'État membre de fournir une explication plausible sur les événements en question. Par exemple, la CourEDH a estimé qu'il y avait eu manquement à l'article 2 dans une affaire où le gouvernement avait affirmé que le

452 ATF 130 IV 27, consid. 2.3.3. Les considérants sur la faute pénale ne sont pas publiés. On peut les trouver dans la version non-publiée de l'arrêt du TF 6S.365/2002 du 22 janvier 2004, consid. 1.

453 CourEDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 18984/91, 27 septembre 1995, para. 161 ; CourEDH, *Velikova c. Bulgarie*, n° 41488/98, 18 mai 2000, para. 80.

454 CourEDH, *Ramsahai et autres c. Pays-Bas* [GC], n° 52391-99, 15 mai 2007, para. 325.

décès était dû à des causes naturelles sans fournir d'explications plausibles pour le décès ni pour les lacunes de la procédure *post mortem*<sup>455</sup>. Par ailleurs, elle a conclu à une violation de l'article 2 dans des cas où les soins médicaux fournis par un hôpital pénitentiaire<sup>456</sup> et l'examen médical du requérant lors de sa détention avaient été insuffisants<sup>457</sup>.

Pour qu'une enquête soit conforme à l'article 2, elle doit répondre à une série de critères essentiels : être indépendante, rapide, impliquer la famille, être adéquate et effective. L'enquête et ses résultats doivent également être publics. Il incombe aux autorités d'entamer l'enquête de leur propre initiative et sans attendre le dépôt d'une plainte. Les personnes chargées d'une enquête doivent être indépendantes des personnes impliquées. Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète<sup>458</sup>.

---

455 CourEDH, *Tanli c. Turquie*, n° 26129/95, 10 avril 2001, paras. 143-147.

456 CourEDH, *Tariyeva c. Russie*, n° 4353/03, 14 décembre 2006, para. 88.

457 CourEDH, *Tais c. France*, n° 39922/03, 1 juin 2006.

458 CourEDH, *Finucane c. Royaume-Uni*, n° 29178/95, 1 juillet 2003, para. 68.

## Points clés

- L'éloignement doit être exécuté de manière sûre, humaine et dans le respect de la dignité de la personne (voir la section 7.1).
- Les personnes concernées doivent être aptes à voyager, compte tenu de leur santé physique et mentale (voir la section 7.1).
- Une attention particulière doit être accordée aux personnes vulnérables, entre autres les enfants, ainsi qu'au risque de suicide ou d'automutilation (voir la section 7.1).
- Le droit de l'Union européenne oblige les États membres à mettre en place des systèmes efficaces de contrôle du retour forcé (voir la section 7.1).
- La directive « retour » exige que les mineurs non accompagnés soient uniquement remis à des membres de la famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates (voir la section 7.1).
- Il est nécessaire de veiller à la confidentialité des informations obtenues au cours de la procédure d'asile (voir la section 7.2).
- Le droit de l'Union européenne et la CEDH exigent que tout recours à des mesures coercitives soit raisonnable, nécessaire et proportionné (voir la section 7.3).
- Au titre de la CEDH, les autorités sont tenues d'enquêter sur toute allégation plausible d'usage excessif de la force (voir la section 7.4).
- **En Suisse**, en raison de la reprise de la directive « retour », le principe de la priorité du retour volontaire est applicable et les retours sont contrôlés par une instance indépendante. Exercée par la CNPT qui a été créée sur la base d'une loi fédérale, cette surveillance a permis d'inscrire le processus dans la pratique et d'accroître la transparence dans ce domaine.
- La LUSc concrétise le principe de proportionnalité lors de l'utilisation de la contrainte policière.
- Sur la question de savoir quelles sont les données personnelles transmissibles à d'autres États dans le contexte d'un retour, la Suisse distingue entre les États avec qui elle a conclu un accord de réadmission ou de transit et ceux avec qui elle ne l'a pas fait. Dans tous les cas cependant, la transmission de données doit éviter une mise en danger de la personne concernée et de ses proches et respecter le droit international. En outre, il est en principe interdit de transmettre en cours de procédure des informations sur la procédure d'asile à l'État de provenance.
- Lorsque les personnes subissent un dommage durant un retour, la loi sur la responsabilité de la Confédération est applicable indépendamment de l'autorité à qui est imputable l'acte dommageable.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.



# 8

## Les droits économiques et sociaux



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Droits économiques</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 12 (liberté de réunion et d'association), art. 15, para. 1 (droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée), art. 16 (liberté d'entreprise), art. 28 (droit de négociation et d'actions collectives), art. 29 (droit d'accès aux services de placement), art. 30 (protection en cas de licenciement injustifié), art. 31 (conditions de travail justes et équitables) et art. 32 (interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail)*</p> <p>L'accès au marché du travail en UE est réglementé par du droit secondaire européen respectivement pour chaque groupe de personne.</p>	<p>CEDH, art. 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé)</p> <p>CEDH, art. 11 (liberté d'association)</p> <p>CourEDH, <i>Bigaeva c. Grèce</i>, 2009 (étrangère autorisée à suivre une formation professionnelle mais pas à se présenter à l'examen s'y rapportant)</p>	<p>Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 27 (liberté économique ; seuls les citoyens suisses ou personnes ayant droit à une autorisation de séjour sont détentrices de ce droit fondamental)</p> <p>L'accès au marché du travail découle de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681, pour les personnes qui en bénéficient ou sinon de la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20</p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Education</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 14 (droit à l'éducation pour tous)*</p> <p>Directive « retour », 2008/115/CE, art. 14, para. 1 (migrants en situation irrégulière)</p> <p>Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 14 (demandeurs d'asile)*</p>	<p>CEDH, Protocole n° 1, art. 2 (droit à l'éducation)*</p> <p>CSE, art. 17 (droits des enfants à une protection sociale, juridique et économique), art. 18 (droit à l'exercice d'une activité lucrative) et art. 19 (droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance)*</p> <p>CourEDH, <i>Ponomaryovi c. Bulgarie</i>, 2011 (frais de scolarité plus élevés pour les migrants en situation irrégulière dans l'enseignement secondaire)</p> <p>Commission européenne des droits de l'homme, <i>Karus c. Italie</i>, 1998 (frais d'inscription plus élevés pour les étrangers dans l'enseignement supérieur)</p>	<p>Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 19</p> <p>Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201, art. 30a (possibilité de faire une formation professionnelle malgré le fait d'être en situation irrégulière)</p> <p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681 (règle l'accès à la formation pour les personnes sous le régime ALCP)</p>
<b>Logement</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 34, para. 3 (sécurité sociale et aide sociale)*</p> <p>Le droit dérivé de l'UE comprend des dispositions relatives au logement des ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE, des résidents de longue durée, des demandeurs d'asile, des réfugiés, des bénéficiaires d'une protection subsidiaire et des victimes de la traite des êtres humains.</p>	<p>CourEDH, <i>Gillow c. Royaume-Uni</i>, 1986 (droit au respect du domicile)</p> <p>CourEDH, <i>M.S.S. c. Belgique</i>, 2011 (l'absence de mise à disposition d'un logement peut constituer une violation de l'art. 3 CEDH)</p> <p>CSE, art. 31 (droit au logement)*</p> <p>CEDS, <i>DEI c. Pays-Bas</i>, 2009 (logement pour les enfants en situation irrégulière)*</p>	<p>Constitution fédérale (Cst.), RS 101, art. 8, al. 2 (interdiction de discrimination), art. 12 (droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse), art. 13, al. 1 (protection de la sphère privée)</p> <p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681</p>

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Protection de la santé</b>		
<p>Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 35 (protection de la santé)*</p> <p>Le droit dérivé de l'UE comprend des dispositions relatives à la protection de la santé pour chaque catégorie.</p>	<p>CSE, art. 13 (droit à l'assistance sociale et médicale)*</p> <p>CEDS, <i>FIDH c. France</i>, 2004*</p>	<p>Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10, en particulier art. 3 (obligation de s'assurer pour toutes les personnes domiciliées en Suisse)</p>
<b>Sécurité sociale et assistance sociale</b>		
<p><b>Pour les ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE:</b></p> <p>Directive relative à la liberté de circulation, 2004/38/CE, art. 24 et 14*</p> <p>Règlement (CE) n° 883/2004 relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale, modifié par le règlement (UE) n° 465/2012*</p> <p><b>Pour les ressortissants de pays tiers se déplaçant dans l'UE :</b></p> <p>Règlements (CE) no 859/2003 et (UE) n° 1231/2010*</p> <p><b>Autres catégories :</b></p> <p>Le droit dérivé de l'UE prévoit des droits spécifiques pour les demandeurs d'asile, les réfugiés, les bénéficiaires d'une protection subsidiaire, les victimes de la traite et les résidents de longue durée.</p>	<p>CourEDH, <i>Wasilewski c. Pologne</i>, 1999 (absence de droit à une aide financière)</p> <p>CourEDH, <i>Gaygusuz c. Autriche</i>, 1996 (discrimination envers les ressortissants étrangers quant aux prestations de chômage)</p> <p>CourEDH, <i>Koua Poirrez c. France</i>, 2003 (discrimination envers les ressortissants étrangers quant aux prestations d'invalidité)</p> <p>CourEDH, <i>Andrejeva c. Lettonie</i>, 2009 (discrimination envers les ressortissants étrangers quant aux allocations de retraite)</p> <p>CSE, art. 12 (droit à la sécurité sociale), art. 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), art. 14 (droit au bénéfice des services sociaux), art. 15 (droits des personnes handicapées), art. 17 (droit des enfants à une protection sociale, juridique et économique), art. 23 (communication de copies) et art. 30 (protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale)*</p>	<p>Liste des conventions de sécurité sociale</p> <p>Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), RS 0.142.112.681 en particulier annexe II</p> <p>En vue de l'accès à l'aide sociale pour les personnes sous le régime de l'ALCP, réformes en cours de la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), RS 142.20 et de l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP), RS 142.203</p>

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Pour la plupart des migrants, l'autorisation d'entrer ou de rester sur le territoire d'un État ne constitue qu'une première étape vers l'obtention de droits de résidence pleins et entiers. L'accès à l'emploi, à l'éducation, au logement, aux soins de santé, à la sécurité sociale, ainsi qu'à l'assistance et à d'autres prestations sociales peut être difficile. L'accès à l'ensemble de la palette des droits sociaux offerts par un État exige normalement un droit reconnu à entrer ou demeurer dans le pays.

Les États sont généralement autorisés à différencier les nationalités dans l'exercice de leur droit souverain d'octroyer ou de refuser l'accès à leur territoire. En principe, il n'est pas illicite de conclure des conventions ou d'adopter des lois nationales accordant à certaines nationalités des droits privilégiés d'entrée ou de séjour sur le territoire du pays. En règle générale, les États ont donc aussi le droit d'imposer des conditions différenciées pour l'entrée ou le séjour sur leur territoire, parmi lesquelles l'interdiction d'occuper un emploi ou de recourir aux deniers publics. Les États ne doivent cependant pas oublier que les instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme, dans le cadre de leurs champs d'application respectifs, interdisent la discrimination, y compris fondée sur la nationalité.<sup>459</sup>

Plus une situation relève du droit souverain d'un État d'accueillir ou de refuser des ressortissants étrangers, plus cet État a latitude pour imposer des conditions différenciées<sup>460</sup>. Ce traitement différencié devient moins acceptable à mesure que la situation d'immigration d'un étranger se rapproche de la situation des citoyens de l'État d'accueil<sup>461</sup>. Lorsque des droits fondamentaux élémentaires sont concernés, comme le droit à la vie ou l'interdiction des traitements dégradants, le traitement différencié est assimilable à une discrimination proscrite<sup>462</sup>. Ces principes sont particulièrement importants en ce qui concerne l'accès aux droits sociaux.

Le présent chapitre dresse un bref aperçu des normes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe concernant l'accès aux droits sociaux et économiques, à savoir le droit au travail, à l'éducation, au logement, aux soins de santé et à la protection sociale.

459 Article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ; article 14 et Protocole n° 12, article 1, de la CEDH ; et partie V, article E, de la CSE.

460 *Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, CourEDH, 27 septembre 2011.

461 *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CourEDH, 16 septembre 1996.

462 *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, n° 47/2008, CEDS, 20 octobre 2009.

**En Suisse**, comme dans tous les autres États de la zone UE/AELE, l'étendue des droits économiques et sociaux accordés aux étrangers dépend de leur statut et des privilèges octroyés par les accords internationaux, en particulier l'ALCP et la Convention relative au statut des réfugiés (Convention de Genève de 1951). Les étrangers établis et les étrangers au bénéfice d'une autorisation de séjour qui profitent de la libre circulation des personnes ont un accès plus facile aux droits économiques et sociaux que le reste des personnes qui ont une autorisation de séjour. De même, ces dernières ont un accès plus aisé que les personnes qui ne séjournent que temporairement en Suisse ou qui se trouvent encore dans une procédure d'admission, comme les requérants d'asile. Les personnes qui sont admises à titre provisoire en Suisse ont un accès limité aux droits économiques et sociaux ; dans ce groupe, les réfugiés admis à titre provisoire ont une meilleure position que les autres personnes puisqu'ils peuvent déduire des droits directement de la Convention de Genève de 1951. Les personnes dont la demande d'asile a été rejetée, ou qui n'ont jamais entamé de procédure visant à régulariser leur séjour (les sans-papiers), n'ont un accès que très limité aux droits économiques et sociaux sans toutefois en être complètement dépourvues. À la différence de l'UE, la Suisse ne connaît pas d'autorisation privilégiée pour les travailleurs hautement qualifiés (carte bleue européenne) ni de privilège particulier pour les ressortissants turcs.

## 8.1. Les principales sources de droit

**Droit de l'UE** : les dispositions relatives à la libre circulation ont une incidence significative sur la situation des ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'UE exerçant leur droit à la libre circulation en Europe. La situation des membres de la famille de ces citoyens, quelle que soit leur nationalité, est régie par la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE). L'article 2, paragraphe 2, de cette directive précise quels sont les membres de la famille qu'elle vise. Cette directive s'applique également aux ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille de citoyens de l'Islande, du Liechtenstein et de la Norvège<sup>463</sup>. Quant aux membres de la famille de citoyens suisses, ils jouissent d'un statut similaire<sup>464</sup>. Les membres de la famille couverts par ces dispositions ont non seulement le droit d'accéder au marché du travail, mais également celui de bénéficier de prestations sociales.

463 Accord sur l'espace économique européen du 2 mai 1992, troisième partie relative à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, JO L 1 du 3 mars 1994.

464 Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, article 7, JO L 114/7 du 30 avril 2002 (élargi par après aux autres États membres de l'UE).

Bien qu'ils ne soient pas ressortissants d'un pays de l'EEE, les citoyens turcs jouissent, en vertu du droit de l'UE, d'un statut privilégié dans les États membres. Cette situation découle de l'Accord d'Ankara de 1963 et de son Protocole additionnel, qui portaient du principe que la Turquie adhérerait à l'UE en 1985 au plus tard. En 2010, près de 2,5 millions de ressortissants turcs résidaient dans l'UE. Ceux-ci constituaient ainsi le plus grand groupe de ressortissants étrangers résidant dans l'UE<sup>465</sup>.

Les conditions d'accès au marché du travail d'autres catégories de ressortissants de pays tiers, comme les demandeurs d'asile, les réfugiés et les résidents de longue durée, sont encadrées par des directives spécialisées. En décembre 2011, l'UE s'est dotée d'une directive relative à un permis unique (2011/98/UE), qui doit être transposée avant fin 2013. Elle introduit une procédure de demande unique pour les ressortissants de pays tiers désireux de résider et de travailler sur le territoire d'un État membre de l'UE et un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre.

En outre, la directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE) interdit les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique en matière d'emploi, d'accès aux biens et services et d'accès au système de sécurité sociale<sup>466</sup>. Elle s'applique également aux ressortissants de pays tiers, mais, conformément à son article 3, paragraphe 2, « *ne vise pas les différences de traitement fondées sur la nationalité et s'entend sans préjudice [...] de tout traitement lié au statut juridique des ressortissants de pays tiers et personnes apatrides concernés* ».

La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs a été adoptée le 9 décembre 1989 sous la forme d'une déclaration de tous les États membres, à l'exception du Royaume-Uni. Cette charte énonce les grands principes fondateurs du modèle européen de droit du travail et a donné forme au développement du modèle social européen au cours de la décennie suivante. Les droits sociaux fondamentaux proclamés dans la Charte ont été davantage approfondis et enrichis avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dont le champ d'application se limite aux matières relevant du droit de l'UE et dont les dispositions ne peuvent étendre le champ d'application de ce dernier. La Charte des droits fondamentaux de l'UE garantit quelques rares droits sociaux à tous les individus, comme le droit à l'éducation visé à l'article 14, paragraphes 1 et 2.

465 Commission européenne, Eurostat, « *Main countries of origin of non-nationals, EU-27, 2010* », 2010, [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php?title=File:Main\\_countries\\_of\\_origin\\_of\\_non-nationals,\\_EU-27,\\_2010\\_\(million\).png&filetimestamp=20111125175250#file](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Main_countries_of_origin_of_non-nationals,_EU-27,_2010_(million).png&filetimestamp=20111125175250#file).

466 Directive 2000/43/CE, JO L 180, p. 22.

Toutefois, la grande majorité des droits est réservée aux citoyens et/ou aux personnes en séjour régulier.

**Système du Conseil de l'Europe :** la CEDH garantit principalement les droits civils et politiques et offre par conséquent peu d'orientations en ce qui concerne les droits économiques et sociaux.

Elle est toutefois complétée par la CSE (adoptée en 1961 et révisée en 1996), laquelle constitue une référence essentielle du droit européen relatif aux droits de l'homme dans le domaine des droits économiques et sociaux. La CSE établit des droits et libertés fondamentaux, de même qu'un mécanisme de contrôle fondé sur une procédure de rapport et une procédure de réclamations collectives, censées garantir son respect par les États parties. La CSE définit un socle de droits relatifs au logement, à la santé, à l'éducation, à l'emploi, à la protection sociale, à la libre circulation des personnes et à la protection contre les discriminations.

Bien que la protection accordée par la CSE aux migrants ne soit pas fondée sur le principe de réciprocité, ses dispositions ne s'appliquent normalement qu'aux ressortissants d'États membres ayant ratifié la CSE lorsqu'ils migrent dans un autre État membre ayant lui aussi ratifié la CSE. L'annexe de la CSE, de même que ses articles 1 à 17 et 20 à 31 s'appliquent implicitement aux étrangers ressortissants d'États parties à la CSE en séjour régulier ou travaillant régulièrement sur le territoire d'un autre État partie à la CSE. Il convient en effet de les interpréter à l'aune des articles 18 et 19 relatifs aux travailleurs migrants et à leurs familles. L'article 18 garantit le droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres parties contractantes ; l'article 19, quant à lui, garantit le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance.

La CSE possède donc un champ d'application relativement limité. Le CEDS a néanmoins développé une jurisprudence importante. En ce qui concerne certains droits fondamentaux, il a élargi le champ d'application de la CSE à l'ensemble des personnes se trouvant sur le territoire d'un État, y compris aux migrants en situation irrégulière<sup>467</sup>.

La CSE est étroitement liée à la CEDH, ce qui procure à la jurisprudence du CEDS une valeur considérable. Bien que tous les États membres de l'UE et du CdE n'aient pas ratifié la CSE ou n'en acceptent pas toutes les dispositions, la CourEDH estime que la ratification

<sup>467</sup> Décision sur le bien-fondé : *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, réclamation collective n° 14/2003, CEDS, 8 septembre 2004.

n'est pas essentielle pour son interprétation de certaines questions soulevées en vertu de la CEDH qui sont également régies par la CSE<sup>468</sup>.

Traditionnellement, la **Constitution suisse** octroie les droits sociaux avec beaucoup de retenue. La Suisse n'a pas ratifié la Charte sociale européenne et n'a aménagé l'applicabilité directe du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR)<sup>469</sup> que sur certains points. Toutefois, deux des droits sociaux inscrits dans la Constitution fédérale revêtent une grande importance pratique dans le contexte du droit des migrations : le droit à l'aide d'urgence (art. 12 Cst.) et le droit à un enseignement de base gratuit et suffisant (art. 19 Cst.). Tels qu'ils sont inscrits à l'art. 41 Cst. (art. 41, al. 4, Cst.), il est explicitement impossible de déduire des buts sociaux de la Constitution fédérale un droit à des prestations de l'État.

Bien qu'étant des sources du droit prépondérantes dans l'UE en ce qui concerne les droits sociaux et économiques, la directive sur les conditions d'accueil et la directive « qualification » ne sont pas applicables en matière de droit d'asile en Suisse puisqu'elles ne font pas partie de l'acquis de Schengen. La loi sur l'asile offre néanmoins quelques garanties en matière sociale et économique.

Droit fondamental primordial pour la vie économique de l'individu, la liberté économique (art. 27 Cst.) n'est pas octroyée à tous les étrangers en Suisse. Seuls en sont titulaires ceux qui sont admis sans restriction sur le marché intérieur en Suisse ou qui ont un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour.

## 8.2. Les droits économiques

Cette section porte sur les droits économiques, parmi lesquels l'accès au marché du travail et le droit à l'égalité de traitement au travail. L'accès au marché du travail dépend généralement du statut juridique de la personne. Toutefois, toute personne au travail, que ce travail soit ou non légal, bénéficie de droits élémentaires. De même, quel que soit leur statut juridique, tous les travailleurs ont droit à une rémunération pour le travail effectué.

468 *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CourEDH, 12 novembre 2008, paras. 85 et 86. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ICESCR), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et la Convention n° 143 de l'OIT sont d'autres exemples d'instruments internationaux applicables dans ce domaine.

469 ATF 136 I 290, consid. 2.3, avec renvois.

La **CEDH** ne garantit pas expressément les droits économiques et sociaux, se bornant à interdire l'esclavage et le travail forcé (article 4) et à consacrer le droit de fonder des syndicats (article 11).

La jurisprudence de la CourEDH aborde, entre autres sujets liés aux droits économiques, la situation d'un étranger autorisé à entreprendre une formation en vue de l'exercice d'une profession donnée mais privé ensuite du droit d'exercer ladite profession.

Exemple : dans l'affaire *Bigaeva c. Grèce*<sup>470</sup>, une ressortissante russe avait été autorisée à entamer un stage de 18 mois en vue de son admission au barreau grec. Au terme de ce stage, l'ordre des avocats lui avait toutefois refusé l'accès aux examens du barreau au motif qu'elle n'avait pas la nationalité grecque. La CourEDH a noté que l'ordre des avocats avait autorisé la requérante à entamer son stage alors même qu'il était clair que l'intéressée ne serait pas autorisée à présenter les examens du barreau à l'issue de celui-ci. Elle a constaté que les autorités avaient manqué de cohérence et de respect à l'égard de la requérante, tant du point de vue personnel que professionnel, et a conclu à l'existence d'une ingérence illégale dans la vie privée de cette dernière au sens de l'article 8 de la CEDH. Elle a cependant précisé que le fait d'exclure les étrangers de la profession d'avocat n'était pas, en soi, discriminatoire.

L'article 18 de la **CSE** confère le droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres États parties à la CSE. Cette disposition ne couvre toutefois pas l'entrée sur le territoire pour des raisons professionnelles et revêt, à certains égards, une nature plus incitative que contraignante. Elle implique toutefois que les taux de refus de permis de travail ne soient pas excessivement élevés<sup>471</sup>, que les permis de séjour et de travail puissent être obtenus au moyen d'une demande unique n'entraînant pas de frais et charges excessifs<sup>472</sup>, que les permis de travail octroyés ne soient pas trop restrictifs en termes géographiques et/ou professionnels<sup>473</sup> et que la perte d'un emploi n'entraîne pas automatiquement et dans l'immédiat le retrait du permis de séjour, la personne devant disposer de suffisamment de temps pour chercher un nouvel emploi<sup>474</sup>.

470 *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, CourEDH, 28 mai 2009.

471 CEDS, conclusions XVII-2, Espagne, concernant l'article 18, paragraphe 1.

472 CEDS, conclusions XVII-2, Allemagne, concernant l'article 18, paragraphe 2.

473 CEDS, conclusions V, Allemagne, concernant l'article 18, paragraphe 3.

474 CEDS, conclusions XVII-2, Finlande, concernant l'article 18, paragraphe 3.

L'article 19 de la CSE comporte un large catalogue de dispositions favorables au travailleur migrant se trouvant sur le territoire d'un État partie différent de celui dont il est issu. Il précise toutefois que ledit migrant doit résider régulièrement sur le territoire de l'État d'accueil (voir néanmoins le chapitre 3 pour plus de détails sur l'article 19, paragraphe 8).

La CSE comprend également des dispositions relatives aux conditions de travail, concernant, par exemple, le droit à des horaires de travail raisonnables, à des congés payés annuels, à la santé et à la sécurité sur le lieu de travail et à une rémunération équitable<sup>475</sup>.

**Droit de l'UE :** la Charte des droits fondamentaux garantit, entre autres libertés, le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée (article 15, paragraphe 1, de la Charte). Ce droit s'entend toutefois sans préjudice des droits nationaux, notamment des lois nationales réglementant le droit des ressortissants étrangers d'accéder au marché du travail. La Charte reconnaît le droit de négociation collective (article 28) et le droit de fonder des syndicats (article 12). Elle dispose également que toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement (article 29). Tous les travailleurs, y compris les ressortissants de pays tiers, ont droit à une protection contre les licenciements injustifiés (article 30), à des conditions de travail justes et équitables, à des périodes de repos et à des congés payés annuels (article 31). L'article 16 de la Charte garantit la liberté d'entreprise. La Charte prévoit également la protection de la santé et de la sécurité au travail (article 31) et interdit le travail des enfants (article 32).

Le droit dérivé de l'UE concernant certaines catégories précises d'individus comprend généralement des dispositions relatives à l'accès au marché du travail. Les ressortissants de pays tiers n'ont pas accès dans la même mesure au marché du travail selon qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre catégorie. Les sections 8.2.1 à 8.2.8 livrent un bref aperçu de la situation des principales catégories de ressortissants de pays tiers.

La situation juridique de groupes importants de ressortissants étrangers **en Suisse** est décrite sous la section 8.2.9.

## 8.2.1. Les membres de la famille de ressortissants de l'EEE ou de la Confédération suisse

**Droit de l'UE :** les membres d'une famille désignés – quelle que soit leur nationalité – d'un citoyen de l'UE, de l'EEE ou de la Confédération suisse ont le droit de se déplacer

<sup>475</sup> Décision sur le bien-fondé : *Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grèce*, réclamation collective n° 30/2005, CEDS, 6 décembre 2006, concernant les travailleurs des industries extractives.

librement en Europe aux fins de l'exercice d'un emploi ou d'une activité de travailleur indépendant, et bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil (article 24 de la directive relative à la liberté de circulation des citoyens de l'UE).

Les membres de la famille de ressortissants suisses ne bénéficient pas d'une égalité complète de traitement à cet égard<sup>476</sup>. En outre, l'accès au marché du travail, dans certains États membres, des ressortissants croates fait l'objet de restrictions temporaires jusqu'en juin 2015, avec une possibilité d'extension jusqu'en juin 2020 dans certaines circonstances.

Dans le contexte de la libre circulation des citoyens et des membres de leur famille quelle que soit leur nationalité, l'article 45, paragraphe 4, du TFUE autorise les États membres à réserver les emplois dans l'administration publique à leurs propres ressortissants. La CJCE a opté pour une interprétation stricte de cette disposition. D'après sa jurisprudence, les États membres n'ont pas le droit de fermer certains postes aux étrangers, parmi lesquels les postes de professeurs stagiaires<sup>477</sup> ou d'assistants d'université de langue étrangère<sup>478</sup>.

Afin d'encourager une véritable liberté de circulation des travailleurs, l'UE s'est également dotée d'une législation complexe relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications, de manière générale ainsi que par secteur, s'appliquant tant aux ressortissants de l'EEE qu'aux membres de leur famille ressortissants de pays tiers. La dernière version consolidée (tenant compte des dernières modifications) de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles date du mois de mars 2011. Elle comprend des dispositions complexes concernant celles et ceux qui ont obtenu l'ensemble ou une partie de leurs qualifications à l'extérieur de l'UE, même si ces qualifications sont déjà reconnues par un État membre de l'UE. La CJCE/CJUE a rendu plus de 100 arrêts dans ce domaine<sup>479</sup>.

476 Arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 dans l'affaire C-70/09, *Alexander Hengartner et Rudolf Gasser c. Landesregierung Vorarlberg*, Recueil 2010, p. I-07233, points 39-43.

477 Arrêt de la CJCE du 3 juillet 1986 dans l'affaire *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, Recueil 1986, p. I-02121, points 26 et 27.

478 Arrêt de la CJCE du 2 août 1993 dans les affaires jointes 259/91, C-331/91 et C-332/91, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan et autres c. Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma*, Recueil 1993, p. I04309, points 15-21.

479 Pour une liste complète des arrêts accompagnés de résumés, voir Commission européenne, *Liste des arrêts de la Cour de Justice relatifs à la reconnaissance professionnelle*, 22 décembre 2010, MARKT/D4/JMV/1091649/5/2010-FR.

## 8.2.2. Les travailleurs détachés

Les ressortissants de pays tiers qui ne jouissent pas des droits de libre circulation mais exercent légalement une activité professionnelle dans un État membre et sont temporairement détachés par leur employeur pour exécuter, pour le compte de cet employeur, un travail dans un autre État membre relèvent de la directive sur le détachement de travailleurs (96/71/CE). Cette directive a pour but d'assurer la protection des droits et conditions de travail des travailleurs détachés dans toute l'Union européenne afin de lutter contre le « *dumping social* ». Elle vise plus précisément à concilier, d'une part, la libre prestation de services transfrontaliers visée à l'article 56 du TFUE et, d'autre part, une protection suffisante des droits des travailleurs temporairement détachés à l'étranger dans ce cadre<sup>480</sup>. Comme l'a souligné la CJCE, un employeur ne peut toutefois pas être mis par la directive en situation de devoir respecter tant le droit du travail de l'État dans lequel il a son siège que celui de l'État dans lequel le travailleur est détaché. À cet égard, les normes de protection conférées par les deux États membres peuvent être considérées comme équivalentes<sup>481</sup>.

La directive fixe pour ce faire des normes minimales applicables à tout travailleur salarié d'un État membre détaché dans un autre État membre. Plus précisément, l'article 3 de la directive dispose que les travailleurs détachés doivent bénéficier des conditions d'emploi et de travail fixées par la législation de l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté ou des conventions collectives d'application générale, notamment en ce qui concerne les périodes minimales de travail, les périodes de repos, les congés annuels et les taux de salaire.

En mars 2012, la Commission européenne a présenté un nouveau projet de directive<sup>482</sup> visant à améliorer la mise en œuvre et le contrôle du respect de la directive sur le détachement de travailleurs.

---

480 Arrêt de la CJCE du 3 avril 2008 dans l'affaire C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*, Recueil 2008, p. I-01989.

481 Arrêt de la CJCE du 18 décembre 2007 dans l'affaire C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1 Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, Rec. 2007, p. I-11767.

482 Commission européenne, proposition de directive relative à l'exécution de la Directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131 final.

### 8.2.3. Les titulaires de cartes bleues, chercheurs et étudiants

Après avoir travaillé légalement pendant deux ans, les ressortissants de pays tiers titulaires d'une carte bleue de l'UE ont droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État dans lequel ils séjournent en ce qui concerne l'accès à tout emploi hautement qualifié dans ledit État membre. Après avoir séjourné légalement pendant 18 mois dans un État membre, tout titulaire d'une carte bleue de l'UE peut s'établir dans un autre État membre pour y exercer un emploi hautement qualifié, moyennant le respect des limites fixées par l'État membre concernant le nombre de ressortissants étrangers acceptés sur son territoire.

En vertu de l'article 15, paragraphe 6, de la directive carte bleue (2009/50/CE), les membres de la famille du titulaire d'une carte bleue, quelle que soit leur nationalité, ont automatiquement un droit général d'accès au marché du travail. Au contraire de la directive sur le regroupement familial (2003/86/CE), la directive carte bleue n'impose pas de délai pour l'acquisition de ce droit.

Les chercheurs relèvent de la directive relative à la recherche scientifique (2005/71/CE, notamment son annexe 1 pour la liste des États membres participants). Les candidats doivent présenter un document de voyage en cours de validité, une convention d'accueil signée avec un organisme de recherche et une attestation de prise en charge. En outre, les candidats doivent ne pas être considérés comme une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique. L'octroi de permis de séjour aux membres de la famille des chercheurs est à la discrétion des États membres. Cette directive, qui se rapproche à cet égard de la directive relative au permis unique, n'octroie pas de droit au regroupement familial aux membres de la famille vivant dans des pays tiers.

La directive relative aux étudiants (2004/114/CE) définit les conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de bénévolat. Les États membres sont tenus d'autoriser les étudiants à travailler en dehors du temps dévolu aux études en dessous d'un plafond d'heures hebdomadaire défini par chaque État membre. Toutefois, les États membres peuvent également exiger le respect d'autres conditions (article 17).

En mars 2013, la Commission européenne a proposé de modifier la directive relative à la recherche scientifique et la directive relative aux étudiants en vue d'améliorer les

conditions d'admission et étendre les droits des personnes concernées.<sup>483</sup> La proposition inclut également des dispositions concernant les stagiaires rémunérés et les travailleurs au pair.

## 8.2.4. Les citoyens turcs

Les ressortissants turcs bénéficient d'un statut particulièrement privilégié en vertu de l'Accord d'Ankara de 1963 et de son Protocole additionnel de 1970, ainsi que des décisions du Conseil d'association CEE-Turquie mis en place au titre de ces instruments. Ils ne disposent pas d'un droit direct d'entrée dans un État membre de l'UE pour y occuper un emploi. Néanmoins, s'ils sont autorisés par le droit national d'un État membre à occuper un emploi, ils obtiennent le droit de continuer à occuper cet emploi après un an<sup>484</sup>. Après trois ans, dans certaines conditions, ils peuvent également être autorisés à chercher un autre emploi en vertu de l'article 6, paragraphe 1, de la décision n° 1/80 du Conseil d'association CEE-Turquie. Comme les travailleurs de l'EEE, les travailleurs turcs sont définis de manière large.

Exemple: dans l'affaire *Tetik*<sup>485</sup>, les autorités allemandes refusaient d'octroyer à M. Tetik un permis de séjour à l'expiration de la période de trois ans et alors qu'il était à la recherche d'un nouvel emploi. La CJCE a conclu que le requérant devait disposer d'un droit de séjour afin de pouvoir rechercher, pendant un délai raisonnable, le nouvel emploi auquel il aurait droit le cas échéant.

Exemple : dans l'affaire *Genc*<sup>486</sup>, la CJUE a conclu qu'une ressortissante turque qui ne travaillait pour un employeur que pendant un nombre particulièrement réduit d'heures, en l'espèce 5 h 30 par semaine, en échange d'une rémunération ne couvrant que partiellement le minimum nécessaire pour sa subsistance, devait être considérée comme un travailleur au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la décision n° 1/80 du Conseil d'association, pour autant que l'activité salariée en cause présentait un caractère réel et effectif.

483 Commission européenne, COM(2013)151 final, Bruxelles, 25 mars 2013.

484 Arrêt de la CJCE du 29 mai 1997 dans l'affaire C-386/95, *Eker c. Land Baden-Württemberg*, Recueil 1997, p. I-02697, points 20-22.

485 Arrêt de la CJCE du 23 janvier 1997 dans l'affaire C-171/95, *Recep Tetik c. Land Berlin*, point 30.

486 Arrêt de la CJUE du 4 février 2010 dans l'affaire C-14/09, *Hava Genc c. Land Berlin*, Recueil 2010, p. I00931, points 27-28.

L'article<sup>97</sup> de la Décision n° 1/80 dispose que les membres de famille d'un travailleur turc, même s'ils ne sont pas eux-mêmes des ressortissants turcs, peuvent avoir accès au marché du travail après avoir séjourné pendant trois ans de façon régulière dans l'État membre. Des raisons objectives peuvent justifier que le membre de la famille concerné vit séparément du travailleur migrant turc<sup>487</sup>. Un enfant d'un ressortissant turc, qui a achevé une formation professionnelle dans le pays d'accueil peut répondre à des offres d'emploi, à condition qu'un des parents ait légalement exercé un emploi dans l'État membre d'accueil depuis trois ans au moins.

Exemple : dans l'affaire *Derin*<sup>488</sup>, la CJCE a conclu qu'un ressortissant turc autorisé lorsqu'il était enfant à rejoindre ses parents qui travaillaient légalement en Allemagne ne pouvait être déchu de son droit de séjour en Allemagne, corollaire du droit de libre accès à toute activité salariée, que pour des raisons d'ordre public, de sécurité ou de santé publique, où s'il venait à quitter le territoire de l'État membre pour une période importante et en l'absence de tout motif légitime.

Concernant le droit d'établissement et la libre prestation de services, les citoyens turcs bénéficient de la clause de *standstill* visée à l'article 41 du Protocole additionnel à l'Accord d'Ankara. Si aucune obligation de visa ou de permis de séjour n'était imposée aux citoyens turcs au moment de l'entrée en vigueur de l'article 41 du Protocole dans un État membre donné, ledit État membre ne peut plus imposer par la suite de telles obligations (voir également la section 2.8).

## 8.2.5. Les résidents de longue durée et bénéficiaires de la directive sur le regroupement familial

Les titulaires du statut de résident de longue durée bénéficient, au titre de l'article 11, paragraphe 1, de la directive relative aux résidents de longue durée (2003/109/CE), de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne les conditions d'accès à un emploi salarié et à une activité non salariée, les conditions d'emploi et de travail (dont les horaires de travail, les normes de santé et de sécurité, les congés, la rémunération et le licenciement), la liberté d'association et d'affiliation à un syndicat et la liberté de représenter un tel syndicat ou toute autre organisation professionnelle.

487 Arrêt de la CJUE du 17 avril 1997 dans l'affaire C-351/95, *Kadiman c. Freistaat Bayern*, p. I-02133.

488 Arrêt de la CJCE du 18 juillet 2007 dans l'affaire C-325/05, *Ismail Derin c. Landkreis Darmstadt-Dieburg*, Recueil 2007, p. I-00329, points 74 et 75.

Conformément à la directive sur le regroupement familial (voir également le chapitre 5), les membres de la famille d'un regroupant ressortissant d'un pays tiers en séjour régulier ont le droit d'accéder à un emploi salarié ou à une activité indépendante (article 14). Les États membres peuvent imposer un délai ne pouvant excéder douze mois entre le moment de l'arrivée dans l'État d'accueil et l'acquisition du droit d'accès au marché du travail. Pendant ce temps, l'État d'accueil peut étudier si son marché du travail est ou non en mesure d'accepter le bénéficiaire du regroupement.

## 8.2.6. Les ressortissants d'autres pays bénéficiant d'accords d'association ou de coopération

L'article 216 du TFUE autorise l'Union européenne à conclure des accords avec des pays tiers. L'article 217 prévoit quant à lui spécifiquement la possibilité de conclure des accords d'association. Les citoyens de certains États avec lesquels l'UE a conclu des accords d'association, de stabilisation, de coopération et/ou d'autres types d'accords<sup>489</sup> bénéficient d'une égalité de traitement à de nombreux égards. Ils n'ont toutefois pas droit à une égalité complète de traitement comme les citoyens de l'UE. À la fin de l'année 2012, l'UE avait passé des accords couvrant plus de 100 États<sup>490</sup>.

Ces accords d'association et de coopération n'ouvrent pas aux ressortissants des pays associés un droit direct de pénétrer et de travailler dans l'UE. Les ressortissants de ces pays qui travaillent légalement dans un État membre de l'UE ont toutefois droit à l'égalité de traitement et de conditions de travail par rapport aux travailleurs de l'État en question. Ainsi, l'article 64, paragraphe 1, des accords euro-méditerranéens d'association signés avec le Maroc et la Tunisie se lit ainsi : « *Chaque État membre accorde aux travailleurs de nationalité marocaine [ou tunisienne] occupés sur son territoire un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport à ses propres ressortissants, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération et*

489 Des accords de stabilisation et d'association existent avec l'Albanie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro et la Serbie ; des accords de partenariat et de coopération existent avec 13 pays d'Europe de l'Est et d'Asie centrale ; les anciens accords signés avec le Maroc, la Tunisie et l'Algérie ont à présent été remplacés par des « *accords euro-méditerranéens* » (qui concernent sept États) ; des accords existent également avec 79 États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (accords de Cotonou), ainsi qu'avec le Chili.

490 Pour une lecture actualisée et complète de l'incidence de ces accords sur les ressortissants de ces États et les membres de leur famille, voir Rogers, N. *et al.* (2012), chapitres 14 à 21.

de licenciement. »<sup>491</sup> Dans le cadre d'un emploi temporaire, l'obligation de non-discrimination se limite aux conditions de travail et à la rémunération (article 64, paragraphe 2). L'article 65, paragraphe 1, de ces accords introduit également une obligation de non-discrimination dans le domaine de la sécurité sociale<sup>492</sup>.

La CJCE/CJUE a eu l'occasion de connaître de plusieurs affaires en rapport avec ces accords<sup>493</sup>, dont certaines concernaient la possibilité de renouveler, à des fins professionnelles, le permis de séjour d'un ressortissant de pays tiers ayant perdu le bénéfice de son droit de séjour, qu'il avait acquis en tant que « personne dépendante », en raison de la rupture de la relation avec la personne dont il dépendait.

Exemple : l'affaire *El Yassini*<sup>494</sup> concernait un ressortissant marocain qui s'était vu refuser la prorogation de son titre de séjour en raison de la disparition du motif initial de l'octroi de ce dernier, en dépit du fait qu'il exerçait toujours une activité salariée. En l'espèce, il s'agissait pour la CJUE de déterminer si l'approche suivie dans sa jurisprudence relative aux ressortissants turcs<sup>495</sup> pouvait s'appliquer par analogie aux ressortissants marocains et, par conséquent, si l'article 40 de l'Accord de coopération CEE-Maroc (remplacé plus tard par l'Accord euro-méditerranéen) octroyait le bénéfice de la sécurité d'emploi pour toute la durée de la relation de travail convenue contractuellement entre l'employeur et le salarié. La CJCE a conclu à l'applicabilité directe de l'Accord de coopération CEE-Maroc, dans la mesure où celui-ci établissait, dans le domaine des conditions de travail et de rémunération, des principes précis, inconditionnels et suffisamment opérationnels. Elle a toutefois

491 Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc, d'autre part (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2000, JO L 70 du 18 mars 2000, p. 2) et Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1998, JO L 97 du 30 mars 1998, p. 2).

492 Arrêt de la CJCE du 31 janvier 1991 dans l'affaire C-18/90, *Office National de l'emploi c. Bahia Kziber*, Recueil 1991, p. I-00199.

493 Entre autres affaires en rapport avec ces accords : arrêt de la CJCE du 31 janvier 1991 dans l'affaire C-18/90, *Office National de l'emploi c. Bahia Kziber* (article 41, paragraphe 1 de l'Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et le Royaume du Maroc relatif aux allocation d'attente, JO 1978 L 264, p. 2-118, remplacé par l'accord euro-méditerranéen d'association UE-Maroc) ; arrêt de la CJCE du 2 mars 1999 dans l'affaire C-416/96, *El Yassini c. Secretary of State for the Home Department*, Recueil 2009, p. I-01209 (Accord de coopération entre la Communauté économique européenne et le Royaume du Maroc) ; et arrêt de la CJCE du 8 mai 2003 dans l'affaire C-438/00, *Deutscher Handballbund c. Kolpak*, Recueil 2003, p. I-04135.

494 Arrêt de la CJCE du 2 mars 1999 dans l'affaire C-416/96, *El Yassini c. Secretary of State for the Home Department*, Recueil 1999, p. I-01209, points 64, 65 et 67.

495 Arrêt de la CJCE du 16 décembre 1992 dans l'affaire C-237/91, *Kazim Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, Recueil 1992, p. I-6781, points 21 à 23 et 29.

estimé que sa jurisprudence concernant les règles de l'association CEE-Turquie ne pouvait s'appliquer par analogie à l'Accord CEE-Maroc, en raison des différences substantielles existant entre les deux accords et dans la mesure où l'Accord CEE-Maroc n'avait pas pour objectif de permettre une éventuelle adhésion future du pays à la Communauté ou de garantir la libre circulation des travailleurs. Par conséquent, la CJCE a jugé que rien n'empêchait le Royaume-Uni de refuser de proroger le titre de séjour du requérant, même si cela devait impliquer de mettre fin à sa relation de travail avant la fin de la période visée par le contrat signé avec l'employeur. Elle a même été jusqu'à préciser qu'il en irait différemment si l'État membre avait octroyé au ressortissant marocain « *des droits précis sur le plan de l'exercice d'un emploi plus étendus que ceux qui lui avaient été conférés par ce même État sur le plan du séjour* ».

Exemple : dans l'affaire *Gattoussi*<sup>496</sup>, la CJCE a été amenée à se prononcer sur un cas semblable, mais au regard de l'obligation de non-discrimination visée à l'article 64, paragraphe 1, de l'Accord euro-méditerranéen d'association entre l'UE et la Tunisie. Cependant, en l'espèce, le requérant s'était vu expressément octroyer un permis de travail à durée indéterminée. Par conséquent, la CJCE a conclu que l'article 64, paragraphe 1, de l'Accord d'association UE-Tunisie était « *susceptible d'exercer des effets sur le droit de séjour d'un ressortissant tunisien sur le territoire d'un État membre dès lors que ce ressortissant a été dûment autorisé par cet État membre à exercer sur ledit territoire une activité professionnelle pour une période excédant la durée de son autorisation de séjour* ». La CJCE a essentiellement fait remarquer que l'Accord d'association UE-Tunisie n'empêchait pas, en principe, un État membre de prendre des mesures concernant le droit de séjour d'un ressortissant tunisien qu'il avait initialement autorisé à entrer sur son territoire et à y exercer une activité professionnelle, mais que si l'État membre d'accueil avait initialement accordé au ressortissant tunisien des droits spécifiques liés à l'emploi plus étendus que les droits de séjour dont il jouissait, il devait justifier son refus de prorogation du titre de séjour sur la base de motifs relevant de la protection d'un intérêt légitime de l'État, tel que des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Dans le même esprit, l'article 80 de l'Accord de stabilisation et d'association entre l'UE, ses États membres et l'Albanie<sup>497</sup> est ainsi libellé : « *En matière d'immigration, les par-*

496 Arrêt de la CJCE du 14 décembre 2006 dans l'affaire C-97/05, *Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, Recueil 2006, p. I-11917, point 39.

497 Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République d'Albanie, d'autre part (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2009), JO 2009 L 107, p. 166.

*ties conviennent d'accorder un traitement équitable aux ressortissants d'autres pays qui résident légalement sur leur territoire et de favoriser une politique de l'intégration visant à leur garantir des droits et des obligations comparables à ceux de leurs propres citoyens. »*

De manière plus restrictive, l'article 23 de l'Accord de partenariat et de coopération entre l'UE, ses États membres et la Russie<sup>498</sup> prévoit, en matière d'emploi, que : « *Sous réserve des lois, des conditions et des procédures applicables dans chaque État membre, la Communauté et ses États membres assurent que les ressortissants russes légalement employés sur le territoire d'un État membre ne font l'objet d'aucune discrimination fondée sur la nationalité, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement, par rapport aux ressortissants dudit État membre. »*

Exemple : l'affaire *Simutenkov*<sup>499</sup> concernait un ressortissant russe employé comme joueur de football professionnel par un club espagnol en Espagne, dont la participation aux compétitions était, en vertu des règles espagnoles, limitée en raison de sa nationalité. La CJCE a interprété l'interdiction de discrimination visée à l'article 23, paragraphe 1, de l'Accord comme s'opposant à l'application d'une règle édictée par la fédération sportive d'un État membre selon laquelle les clubs ne sont autorisés à aligner, dans les compétitions organisées à l'échelle nationale, qu'un nombre limité de joueurs originaires d'États tiers qui ne sont pas parties à l'Accord sur l'EEE.

## 8.2.7. Les demandeurs d'asile et réfugiés

L'article 11 de la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) oblige les États membres à donner aux **demandeurs d'asile** l'accès à leur marché du travail si aucune décision n'a été prise en première instance neuf mois après la présentation de la demande d'asile (ce délai est d'un an pour l'Irlande et le Royaume-Uni, pour lesquels l'article 11 de la version de 2003 de la directive (2003/9/CE) est toujours applicable). Les modalités d'accès au marché du travail doivent être fixées conformément au droit national, mais elles doivent permettre aux demandeurs d'asile d'avoir un accès effectif à ce marché. Les États membres peuvent accorder la priorité aux citoyens de l'EEE, ainsi qu'aux ressortissants de pays tiers en séjour régulier.

498 Accord de partenariat et de coopération établissant un partenariat entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Fédération de Russie, d'autre part (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1997, JO 1997 L 327, p. 3).

499 Arrêt de la CJCE du 12 avril 2005 dans l'affaire C-265/03, *Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura and Real Federación Española de Fútbol*, Recueil 2005, p. I-02579; point 41.

L'article 26, paragraphes 1 et 3, de la directive concernant les normes relatives aux conditions à remplir pour bénéficier d'une protection internationale (directive 2011/95/CE, dite directive « qualification ») reconnaît le droit des **réfugiés** et des **bénéficiaires de la protection subsidiaire** à exercer une activité salariée ou en tant qu'indépendants. Ceux-ci doivent avoir le même accès que les ressortissants de l'État d'accueil aux procédures de reconnaissance des qualifications. L'article 28 de la directive « qualification » dispose également qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'une protection internationale qui ne sont pas en mesure de fournir des preuves documentaires de leurs qualifications l'accès aux systèmes appropriés d'évaluation de leur formation antérieure. Ces dispositions font écho aux articles 17, 18, 19 et à l'article 22, paragraphe 2, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Les États membres sont aussi tenus, au titre de cette directive, de garantir l'accès à la formation professionnelle dans les mêmes conditions que leurs ressortissants.

## 8.2.8. Les migrants en situation irrégulière

L'accès à de nombreux droits sociaux dépend du caractère régulier de la présence ou du séjour du migrant dans l'État d'accueil. L'UE entend mettre un terme à l'arrivée et à la présence de migrants économiques en situation irrégulière. À cette fin, la directive relative aux sanctions et mesures à l'encontre des employeurs (2009/52/CE) constitue sa mesure phare : elle interdit aux employeurs de recourir au travail des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière sous peine d'amendes, voire de poursuites pénales dans les cas les plus graves. Cette directive lie tous les États membres de l'UE, à l'exception du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni. Elle vise également à offrir aux travailleurs migrants en situation irrégulière un certain degré de protection contre les employeurs peu scrupuleux.

Conformément à cette directive, les employeurs doivent, avant de recruter un ressortissant de pays tiers, vérifier que celui-ci dispose d'une autorisation de séjour valable et avertir les autorités nationales compétentes dans le cas contraire. Les employeurs capables de démontrer qu'ils respectent ces obligations et agissent de bonne foi ne sont pas passibles de sanctions. Dans la mesure où de nombreux migrants en situation irrégulière travaillent dans des familles, la directive s'applique également aux particuliers en tant qu'employeurs.

Les employeurs qui ne procèdent pas aux contrôles nécessaires et dont il est constaté qu'ils emploient des travailleurs migrants en situation irrégulière encourent des sanctions financières, parmi lesquelles le paiement des frais de retour des travailleurs illégaux dans leur pays d'origine. Ils sont également tenus au paiement des arriérés de

salaires, d'impôts et de cotisations sociales. Dans les cas les plus graves, les employeurs encourent des sanctions pénales, en cas, par exemple, d'infraction répétée, d'emploi illégal de mineurs ou d'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière.

La directive protège les migrants en faisant en sorte qu'ils récupèrent tout arriéré de rémunération de la part de leur employeur et en leur donnant accès à l'aide de tiers, tels que des syndicats ou des ONG. Elle insiste particulièrement sur les mesures visant à faire respecter les règles (voir la section 2.4 relative à l'octroi de permis de séjour aux victimes de conditions de travail particulièrement abusives qui coopèrent avec le système judiciaire).

## 8.2.9. Aperçu des droits économiques de groupes d'étrangers en Suisse

Dans ce qui suit un aperçu de l'étendue des droits économiques de divers groupes d'étrangers est présenté. Une distinction entre le genre d'autorisation de séjour, d'une part, et la question de l'application de l'ALCP, d'autre part, est faite. Concernant les conditions pour la révocation ou la non prolongation des autorisations relatives au droit des étrangers (art. 62 et 63 LEtr), voir également les sections 3.4 et 5.4.

### **Personnes au bénéfice de l'autorisation d'établissement (« C »)**

L'autorisation d'établissement crée une situation proche de l'égalité avec les citoyens suisses. Dans la règle, elle est octroyée après un séjour régulier de dix ans en Suisse s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr (art. 34, al. 2, LEtr). Lorsque l'intégration est réussie, l'autorisation d'établissement peut être accordée après un séjour ininterrompu de cinq ans à une personne déjà au bénéfice d'une autorisation de séjour (art. 34, al. 4, LEtr ; art. 62 OASA). Les étrangers établis peuvent exercer une activité lucrative salariée ou indépendante sur tout le territoire suisse (art. 38, al.4, LEtr). Ils sont considérés comme nationaux au sens de la préférence nationale selon l'art. 21 LEtr et, partant, ont le même accès aux places de travail vacantes que les Suisses (art. 21, al. 2, litt. b, LEtr). S'il n'existe aucun motif de révocation de leur autorisation, ils ont en outre le droit de changer de canton (art. 37, al. 3, LEtr).

### **Personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour (« B ») qui entrent dans le champ d'application de l'ALCP**

Les personnes qui entrent dans le champ d'application de l'ALCP sont protégées par le principe de la non-discrimination inscrit à l'art. 2 ALCP, qui revient à établir une égalité de traitement avec les nationaux. Cette interdiction générale de discrimination est importante surtout pour les personnes sans activité lucrative, comme les demandeurs d'emploi, les étudiants et les rentiers. Pour les divers groupes de personnes actives, l'ALCP contient des interdictions spécifiques de discrimination, comme à l'art. 9, annexe I, ALCP pour les travailleurs, aux art. 14 et 15, annexe I, ALCP pour les indépendants et à l'art. 19, annexe I, ALCP pour les fournisseurs de services.

Les autorisations de séjour UE/AELE sont valables dans toute la Suisse (art. 6, al. 4, annexe I, ALCP ; art. 4, al. 2, OLCP) et octroient ainsi la mobilité géographique et professionnelle, c'est-à-dire qu'elles permettent le changement de canton, le changement de place de travail et le passage de l'activité lucrative dépendante à l'activité indépendante (art. 8, annexe I, ALCP). Lorsqu'une personne n'a plus d'activité lucrative en raison de la perte involontaire de son emploi suite à une incapacité de travail due à la maladie ou à un accident, elle ne perd pas tout de suite sa qualité de travailleur (art. 6, al. 6, annexe I, ALCP). Les motifs de révocation au sens de l'art. 62 LEtr s'appliquent seulement si elle renonce volontairement à sa qualité de personne active ou qu'elle n'est plus en état durant un certain temps de reprendre un nouvel emploi. Jusqu'à aujourd'hui, le Tribunal fédéral n'a pas définitivement tranché à partir de quand on peut perdre sa qualité de travailleur. Il a cependant défini qu'une durée de 18 mois sans emploi dépasse dans tous les cas cette limite et, s'appuyant sur la jurisprudence allemande, il a déterminé comme mettant fin à la qualité de travailleur le moment où la personne a épuisé ses droits à l'égard de l'assurance-chômage<sup>500</sup>.

### **Personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour (« B ») qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'ALCP**

Les autorisations de séjour pour personnes émanant d'États tiers sont accordées dans un but déterminé (activité lucrative, formation, regroupement familial, etc. ; art. 33, al. 2, LEtr). Si ces personnes sont admises pour un séjour dont le but n'est pas d'exercer une activité lucrative, elles ne peuvent par conséquent pas travailler (admission comme rentier art. 28 LEtr et art. 25 OASA ou admission en vue d'un traitement médical, art. 29 LEtr) ou seulement dans une mesure limitée (admission en vue d'une formation ou d'un perfectionnement, art. 27 LEtr et art. 38 à 40 OASA). En revanche, les personnes au

500 Arrêt TF 2C\_390/2013, du 10 avril 2014, consid. 4.3.

bénéfice d'une autorisation de séjour en vue d'une activité lucrative ainsi que celles qui ont obtenu une autorisation de séjour afin de rejoindre un membre de la famille qui est titulaire au moins d'une autorisation de séjour (art. 46 LEtr) sont admises sur le marché du travail sans restriction à la condition que leur place de travail respecte les conditions de travail et de salaire. Ces personnes peuvent changer d'emploi sans autre autorisation (art. 38, al. 2, LEtr). Elles peuvent changer de canton si elles ne sont pas au chômage et s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 63 LEtr (art. 37, al. 2, LEtr). Elles entrent dans la notion de nationaux qui ont la préférence dans l'octroi d'une place de travail (art. 21, al. 2, litt. c, LEtr).

### **Personnes au bénéfice d'une autorisation de courte durée (« L ») qui entrent dans le champ d'application de l'ALCP**

L'autorisation de courte durée revêt également une certaine importance dans le contexte de l'ALCP. D'une part les personnes à la recherche d'un emploi peuvent être admises comme résidents de courte durée, d'autre part les autorités compétentes sont tenues d'accorder des autorisations de courte durée chaque fois que c'est possible dans le contexte de la libre circulation des personnes (voir la directive OLC, ch. 4.2.1). Pour l'administration, ces autorisations ont l'avantage de ne pas devoir être révoquées en cas de perte de la qualité de travailleur car il suffit de ne pas les renouveler à leur échéance. Les autorisations de courte durée sont donc octroyées dans le champ d'application de l'ALCP surtout à des personnes qui se trouvent en recherche d'emploi en Suisse ou qui occupent un emploi d'une durée supérieure à trois mois et inférieure à un an (art. 6, al. 2, annexe I, ALCP). Le séjour ne dépassant pas trois mois n'est soumis à aucune autorisation.

Les personnes à la recherche d'un emploi peuvent séjourner jusqu'à six mois en Suisse (art. 2, annexe I, ALCP). L'autorisation n'est pas nécessaire pour les trois premiers mois. Pour la durée restante en revanche, on accorde en pratique une autorisation de courte durée de trois mois qui peut éventuellement être prolongée pour autant que les intéressés soient en mesure de prouver les efforts déployés et qu'il existe une réelle perspective d'engagement (art. 18 OLC). Les personnes à la recherche d'un emploi ont le même droit que les Suisses à se faire aider par les offices du travail. Par contre, des interventions législatives sont en cours pour exclure ces personnes de l'aide sociale (voir la section 8.6).

Dans le contexte de la libre circulation, les droits économiques des titulaires d'une autorisation de courte durée exerçant une activité lucrative ne se basent pas sur la LEtr mais sur l'ALCP, en particulier sur son annexe I. Par conséquent, les autorisations de courte

durée accordées dans le but d'exercer une activité lucrative confèrent la qualité de travailleur, avec tous les droits qui en dépendent, notamment un droit à la mobilité professionnelle et géographique (art. 6, al. 4 et art. 8, annexe I, ALCP) et à la non-discrimination (art. 9, annexe I, ALCP).

### **Personnes au bénéfice d'une autorisation de courte durée (« L ») en provenance d'États tiers**

En comparaison avec les personnes qui disposent d'une autorisation de séjour, les droits économiques de personnes en provenance d'États tiers au bénéfice d'une autorisation de courte durée sont fortement restreints. L'autorisation de courte durée est liée à un but de séjour déterminé qui ne peut pas être modifié. Si la personne souhaite séjourner dans le pays dans un nouveau but, une nouvelle autorisation est nécessaire. L'autorisation de courte durée peut être délivrée pour des séjours de durée limitée d'une année au plus et prolongée par la suite d'une année au plus (art. 32 LEtr). Si la personne désire rester travailler plus longtemps en Suisse, elle doit remplir les conditions pour l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative.

Si les titulaires d'une autorisation de courte durée veulent changer de canton, ils doivent demander préalablement une nouvelle autorisation de courte durée au nouveau canton, à laquelle toutefois ils n'ont aucun droit (art. 37, al. 2, LEtr *a contrario*).

Les personnes qui séjournent en vue de l'exercice d'une activité lucrative peuvent exercer leur activité certes dans toute la Suisse mais ne peuvent changer d'emploi que pour des raisons majeures (art. 38, al. 1, LEtr) et seulement au sein de la même branche et de la même profession. Et cela uniquement à la condition qu'elles ne puissent pas poursuivre leur activité auprès de leur employeur ou que l'on ne puisse pas raisonnablement l'exiger d'elles, pour autant que le changement d'emploi ne soit pas dû à leur propre comportement (art. 55 OASA).

### **Travailleurs détachés**

Le domaine de la prestation de services par des travailleurs détachés d'entreprises ayant leur siège à l'étranger n'a pas été complètement libéralisé par l'ALCP. Seule la prestation de services jusqu'à 90 jours entre dans le champ d'application de l'accord. Par conséquent, la différence entre les ressortissants de l'UE/AELE et ceux d'États tiers est moins grande dans ce domaine qu'en matière d'accès au marché du travail. En revanche, sur la base d'autres accords (transport aérien et terrestre), qui concernent notamment la libre circulation des services, certains prestataires de services de l'UE sont privilégiés en

raison de la branche à laquelle ils appartiennent. Ainsi, les travailleurs détachés se divisent en trois groupes principaux :

- ressortissants de l'UE/AELE qui fournissent des prestations durant 90 jours au plus par année civile et auxquels l'ALCP est par conséquent applicable ;
- ressortissants de l'UE/AELE qui fournissent des prestations sur la base d'un accord sur la libre circulation des services ; et
- ressortissants de l'UE/AELE qui fournissent des services pendant plus de 90 jours et qui n'entrent dans le champ d'application d'aucun accord de libre circulation des services, ainsi que les ressortissants d'États tiers (indépendamment de la durée de la fourniture des prestations), à qui s'applique la même règle.

Pour ce dernier groupe, le statut de prestataire de services s'appuie sur la LEtr. Pour les prestataires de services qui séjournent en Suisse plus de 90 jours, les art. 19a et 20a OASA prévoient un nombre maximum d'autorisations. La loi sur les travailleurs détachés (LDét), qui est déterminante pour l'étendue des droits économiques de ces personnes, a été créée à l'origine comme mesure d'accompagnement à l'introduction partielle de la libre circulation des services à l'égard de l'UE. Elle n'est cependant pas limitée dans son application aux personnes de la zone UE/AELE. La LDét est censée assurer que les travailleurs détachés jouissent des mêmes conditions de rémunération et de travail que celles qui sont applicables aux travailleurs en Suisse. La loi sur les travailleurs détachés est applicable à tous les services transfrontaliers, qu'ils soient fournis à un partenaire contractuel en Suisse ou qu'il s'agisse d'un transfert de travailleurs au sein d'une entreprise (art. 1, al. 1, LDét). Pour autant que la LDét protège les conditions de travail des travailleurs détachés, elle règle les domaines de la rémunération et des suppléments, la durée du travail et du repos, la durée minimale des vacances, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, la protection des femmes enceintes et des accouchées, des enfants et des jeunes ainsi que la protection contre la discrimination et l'égalité entre hommes et femmes. Les exigences quant aux conditions de travail peuvent résulter soit directement des lois ou des ordonnances, soit des conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ou des contrats-types de travail qui contiennent des salaires minimaux (art. 2, al. 1, LDét). L'employeur doit également offrir des conditions d'hébergement appropriées qui répondent aux normes d'hygiène et de confort habituelles sur le lieu de la mission. Les déductions sur le salaire qu'il fait à ce titre ne doivent pas dépasser les montants locaux usuels (art. 3 LDét). Certaines dérogations concernant le salaire et les vacances sont applicables aux travaux de faible ampleur et au montage et à l'installation initiale, si les travaux durent moins de huit jours et font partie intégrante d'un contrat de

fourniture de biens (art. 4, al. 1, LDét). Dans le cadre des mesures d'accompagnement à l'introduction de la libre circulation des personnes, on a introduit des allègements pour faciliter l'extension des conventions collectives de travail (art. 1a loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, LECCT) et pour introduire dans les contrats-types de travail des salaires minimaux usuels dans la localité ou la branche (art. 360a code des obligations, CO).

Les personnes en provenance de la zone UE/AELE qui fournissent des services en Suisse pour des séjours inférieurs ou égaux à 90 jours par année civile sont privilégiées par l'ALCP dans ce sens qu'elles n'ont pas besoin de titre de séjour (art. 20, al. 1, annexe I, ALCP). Elles doivent simplement s'annoncer auprès des autorités. Cette annonce doit être effectuée huit jours avant le début de la fourniture de services en Suisse (art. 6 LDét).

Lorsque la prestation de services transfrontalière se base sur la LEtr, l'art. 26 LEtr revêt une importance déterminante en exigeant, en sus d'autres conditions, le respect des conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. La prestation de services ne peut être exercée en Suisse sans autorisation selon la LEtr que si sa durée n'excède pas huit jours ouvrables par année civile. Pour les ressortissants de la Bulgarie et de la Roumanie et les personnes qui sont détachées par des entreprises ayant leur siège dans ces États, des dispositions spéciales sont applicables (art. 14, al. 2, OLCP), afin de pouvoir garantir les conditions de salaire et de travail.

## **Frontaliers**

Domiciliés dans un État voisin, les frontaliers travaillent en Suisse mais retournent au moins une fois par semaine à leur domicile. L'ALCP, qui touche tous les États voisins, les privilégie et affaiblit, par conséquent, l'importance de l'autorisation pour frontaliers au sens de la LEtr (art. 25 LEtr), qui ne concerne alors plus que les ressortissants d'États tiers ayant leur domicile dans un État voisin.

Les frontaliers qui bénéficient de l'ALCP obtiennent une autorisation pour frontalier pour la durée de leur rapport de travail comprise entre trois mois et un an. Lorsque leur rapport de travail excède un an, ils obtiennent une autorisation pour cinq ans (art. 7, al. 2, annexe I, ALCP). Les frontaliers indépendants ont également un droit d'accès au marché du travail sans qu'un titre de séjour soit nécessaire. Ils peuvent exercer leur activité sur tout le territoire de la Suisse (art. 13, al. 2 et 3, annexe I, ALCP ; art. 32, annexe I, ALCP).

En tant que frontaliers, les ressortissants d'États tiers n'ont accès au marché du travail suisse que s'ils résident depuis au moins six mois dans une zone frontalière voisine et qu'ils possèdent un droit de séjour durable dans un État voisin (art. 25 LEtr). Ils ne sont

pas soumis aux nombres maximaux d'admissions mais assujettis à la préférence nationale (art. 21 LEtr) et au contrôle des conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEtr). Le changement d'emploi et le passage à une activité indépendante sont réglementés : le droit de changer d'emploi est accordé uniquement après une activité lucrative ininterrompue de cinq ans (art. 39, al. 2, LEtr). Ils ne bénéficient d'aucun droit de passer à une activité lucrative indépendante. Ce droit n'est accordé que si l'admission sert les intérêts économiques du pays et que les moyens financiers nécessaires sont à disposition (art. 39, al. 3, en relation avec l'art. 19, let. a et b, LEtr).

### **Autres groupes de personnes : stagiaires, étudiants, personnes au pair, artistes de cabaret, etc.**

Au regard de leur activité, certains groupes d'étrangers bénéficient d'une réglementation spéciale pour accéder au marché du travail. L'art. 30 LEtr précise les groupes de personnes en faveur desquelles on peut déroger aux conditions d'admission. Ainsi, la Suisse a conclu des accords avec une série d'États qui donnent aux stagiaires un accès restreint au marché du travail afin de pouvoir acquérir une expérience professionnelle (perfectionnement professionnel selon l'art. 30, al. 1, let. g, LEtr). Chaque accord précise les conditions exactes déterminant l'accès au marché du travail. En général, la personne intéressée doit préalablement avoir fait une formation d'une certaine durée, le travail doit être temporaire et correspondre à la formation (18 mois au plus, art. 42, al. 3, OASA). Le nombre annuel de stagiaires fixé par l'accord ne doit pas être dépassé.

Les personnes au pair peuvent déroger aux conditions d'admission de l'art. 30, al. 1, let. j, LEtr. Indépendamment de leur nationalité, elles sont admises pour une durée maximale de 12 mois pour autant qu'elles remplissent les conditions détaillées de l'art. 48 OASA, à savoir fréquenter un cours de la langue nationale parlée dans leur lieu de séjour, ne pas travailler plus de 30 heures par semaine, être âgées entre 18 et 25 ans, effectuer des travaux ménagers simples ou aider à garder des enfants et être placées par une organisation reconnue. À la différence des autorisations pour stagiaires, celles pour les personnes au pair sont pris en compte dans les nombres maximums d'admissions (art. 48, let. b, OASA).

Pour les étudiants étrangers qui veulent prendre une activité lucrative accessoire (art. 30, al. 1, let. g, LEtr), l'accès au marché du travail est possible au plus tôt après six mois de séjour en Suisse et ce seulement si la direction de l'école certifie que cette activité est compatible avec la formation et n'en retarde pas la fin. La durée de travail ne doit pas excéder 15 heures par semaine en dehors des vacances et les conditions de rémunération et de travail doivent être respectées (art. 38 OASA). À l'inverse, une extension du temps de travail durant les vacances est admise.

Des conditions détaillées pour l'octroi d'autorisations pour les artistes de cabaret sont prévues à l'art. 34 OASA. Ces personnes sont couvertes par l'art. 30, al. 1, let. d, LEtr qui autorise des dérogations aux conditions d'admission afin de protéger les personnes particulièrement menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative. La loi fixe un nombre maximum d'artistes de cabaret par établissement (art. 34, al. 5, OASA). L'autorisation est donnée pour une période supérieure à quatre mois et inférieure à huit mois par année civile. Comme il ne remplit pas sa fonction de protection aux yeux des autorités, le statut d'artiste de cabaret sera supprimé le 1<sup>er</sup> janvier 2016. L'abandon de cette disposition sera accompagnée d'une ordonnance sur des mesures de prévention des infractions dans le milieu de la prostitution et d'une modification de la LEtr qui donnera aux victimes d'infraction la possibilité de solliciter l'aide au retour ou une réglementation de leur séjour (sur les artistes de cabaret voir également la section 2.3).

Certains autres groupes de personnes profitent également cas échéant d'un accès facilité au marché du travail. Ainsi, l'accès au marché du travail peut être accordé à des artistes pour préserver des intérêts culturels majeurs du pays sans devoir respecter les nombres maximums (art. 30, al. 1, let. B, LEtr en relation avec art. 32 OASA). Pour une durée allant jusqu'à huit mois, les artistes sont de toute façon exceptés des nombres maximums (art. 19, al. 4, let. b, OASA). Les sportifs d'élite ainsi que les personnes exerçant une activité d'encadrement religieux (dont l'activité est considérée comme dépendant d'un accès au marché du travail, art. 1a, al. 2, OASA) profitent de certaines facilitations en matière d'accès au marché du travail (voir à ce sujet les directives sur la LEtr, ch. 4.71).

### **Personnes admises provisoirement**

En principe, les personnes au bénéfice d'une admission provisoire n'ont aucun droit d'accès au marché du travail. Elles peuvent cependant obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative indépendamment de la situation sur le marché de l'emploi et sans tenir compte de la préférence nationale (art. 85, al. 6, LEtr). L'accès des personnes admises provisoirement est de ce fait bien meilleur que par le passé, même si la pratique diverge toujours d'un canton à l'autre. Comme la majorité de ces personnes réside durablement en Suisse, il est recommandé de leur permettre une rapide intégration au marché du travail. À l'exception des réfugiés admis provisoirement (art. 10, al. 2, let. d, OA 2), les personnes admises à titre provisoire qui exercent une activité lucrative sont soumises à l'obligation de s'acquitter d'une taxe spéciale, c'est-à-dire que l'employeur déduit de leur salaire un certain montant, fixé pour le moment à 10 %, pour le déposer sur un compte individuel de l'ODM (art. 88 LEtr en relation avec l'art. 86 LAsi). Le but de cette taxe est de couvrir les frais que la personne ou ses proches occasionnent à la Suisse, comme par exemple les coûts du renvoi ou de l'expulsion. L'obligation de s'acquitter de la taxe

spéciale prend fin après trois années d'admission provisoire ou sept ans après l'entrée en Suisse ou lorsque la taxe payée atteint 15'000 francs (art. 10, al. 2, let. a et e, OA 2). Les réfugiés admis provisoirement se distinguent des autres personnes admises provisoirement en ce sens qu'ils ont un droit à l'accès au marché du travail (art. 17 et 18 de la Convention de Genève de 1951), et ce aux mêmes conditions que les personnes qui ont obtenu l'asile, c'est-à-dire pour autant qu'ils respectent les conditions de rémunération et de travail de l'art. 22 LEtr (art. 65 OASA).

### **Requérants d'asile et réfugiés reconnus**

Le statut des requérants d'asile et les droits sociaux et économiques qui y sont liés sont fixés aux art. 42 et 43 LAsi. Ils sont frappés d'une interdiction absolue d'exercer une activité lucrative pendant trois mois. Ils ont ensuite un accès au marché du travail soumis à autorisation avec l'obligation de respecter la préférence nationale. La durée de l'accès dépend de l'issue de la procédure d'asile, puisqu'en cas de décision négative exécutoire, l'autorisation d'exercer une activité lucrative s'éteint à l'échéance du délai de départ. Une activité lucrative ultérieure peut entrer en considération seulement si ce délai est prolongé lors de la procédure ordinaire (art. 43, al. 2, LAsi).

Lorsqu'une personne obtient une protection, son accès au marché du travail dépend de si elle a obtenu l'asile ou si elle a été admise provisoirement. Dans ce dernier cas de figure, il faut distinguer entre l'admission provisoire en tant que réfugié et l'admission provisoire sans reconnaissance de cette qualité.

Les dispositions du droit des étrangers s'appliquent aux personnes qui sont des réfugiés au sens du droit international public ou qui ont obtenu une admission provisoire en tant que réfugiées. Lorsque la personne a obtenu l'asile, elle jouit d'une autorisation de séjour avec les droits qui lui sont liés. Si elle est au bénéfice d'une admission provisoire en tant que réfugiée, elle jouit des droits accordés à toute personne admise à titre provisoire. Ces droits sont complétés par ceux qui découlent directement des dispositions de la Convention relative au statut des réfugiés. Ceux-ci sont plus favorables que le droit des étrangers à plus d'un titre. Dès lors, les réfugiés admis provisoirement sont avantagés par rapport à d'autres personnes admises provisoirement.

### **Sans-papiers (requérants d'asile déboutés et autres résidents en situation irrégulière)**

Les personnes qui, indépendamment de la question de savoir si elles se sont soumises à la procédure d'asile ou non, séjournent dans le pays sans autorisation mais avec l'intention d'y rester (les sans-papiers), exercent en général une activité lucrative bien qu'elles n'en aient pas l'autorisation. Elles travaillent donc dans la règle « au noir », c'est-à-dire

sans payer d'impôt ni cotiser aux assurances sociales, ou « au gris », à savoir qu'elles s'acquittent de tout ou partie des impôts et redevances mais travaillent sans autorisation. Le fait que les sans-papiers n'aient légalement pas de droit d'accès au marché du travail ne signifie toutefois pas qu'ils soient dépourvus de tout droit économique. Une telle situation ne ferait qu'encourager l'exploitation des sans-papiers. Les contrats de travail avec les sans-papiers, même ceux qui sont conclus oralement, ne sont pas nuls et lient les parties. Les sans-papiers peuvent donc faire valoir un droit au salaire et aux conditions de travail usuels du lieu et de la branche, aux vacances et aux temps de repos ainsi qu'au paiement du salaire en cas de maladie et d'accident, tout comme les travailleurs déclarés. Dans le cadre de la procédure de renvoi ou d'expulsion, les autorités des migrations doivent signaler aux sans-papiers qu'ils peuvent éventuellement faire valoir des droits à l'égard de leur employeur et qu'ils peuvent désigner un mandataire à cet effet (art. 14 loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir, LTN). Lorsqu'un sans-papiers doit quitter la Suisse après avoir été découvert, un syndicat peut faire valoir ses droits à sa place à l'égard de l'employeur (art. 15 LTN). En pratique, les sans-papiers renoncent souvent à faire valoir leurs prétentions avec l'aide des autorités car ils craignent d'être expulsés.

Les sans-papiers ont certes en principe l'obligation de payer des cotisations à l'assurance-chômage (art. 2 loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, LACI) mais, s'ils travaillent au noir, ils s'en abstiennent. Ils n'ont en revanche aucun droit vis-à-vis de l'assurance-chômage puisque l'aptitude au placement – et donc un accès légal au marché du travail – en constitue une condition (art. 8, al. 1, let. f, en relation avec l'art. 15, al. 1, LACI).

Pour les explications sur la situation juridique des jeunes sans-papiers qui ont fréquenté l'école en Suisse et qui aimeraient y suivre une formation professionnelle (art. 30a OASA), voir la fin de la section 8.3.

## 8.3. L'éducation

Le droit à l'éducation des enfants est protégé par plusieurs instruments internationaux en matière de droits de l'homme et par les comités chargés de surveiller le respect de la Convention relative aux droits de l'enfant, du Pacte international relatif aux droits sociaux et économiques et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Ces comités ont toujours considéré que les obligations de non-discrimination des instruments sous leur surveillance s'appliquaient

également aux réfugiés, demandeurs d'asile et migrants, tant en situation régulière qu'en situation irrégulière.

**CEDH** : l'article 2 du Protocole n° 1 garantit le droit à l'instruction, tandis que son article 14 et son Protocole n° 12 interdisent la discrimination fondée sur l'« *origine nationale* ». L'article 2 du Protocole n° 1 garantit en principe le droit à l'enseignement primaire et secondaire. En revanche, des différences de traitement concernant l'enseignement supérieur pourraient être beaucoup plus facilement justifiables.

Exemple : l'affaire *Timishev c. Russie*<sup>501</sup> concernait des migrants tchéchènes qui, bien qu'ils ne fussent pas techniquement des ressortissants étrangers, n'étaient pas inscrits auprès du bureau local de l'immigration, ce qui constituait une formalité obligatoire pour permettre à leurs enfants de se rendre à l'école. La CourEDH a rappelé que le droit des enfants à l'instruction était l'une des « *valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques qui composent le Conseil de l'Europe* » et a conclu que la Russie avait manqué à l'article 2 du Protocole n° 1.

Exemple : dans l'affaire *Ponomyovi c. Bulgarie*<sup>502</sup>, la CourEDH a jugé non justifiée l'obligation de payer des frais de scolarité dans l'enseignement secondaire en fonction de la nationalité et du statut en matière d'immigration des requérants. Constatant que les intéressés ne se trouvaient pas dans la situation d'individus arrivés dans le pays de manière irrégulière et souhaitant ensuite bénéficier de ses services publics, parmi lesquels la scolarité gratuite, elle a relevé que, même si les intéressés s'étaient retrouvés, par négligence, sans permis de séjour permanent, les autorités n'avaient aucune objection de fond, à leur maintien sur le territoire bulgare et ne semblaient pas avoir jamais envisagé sérieusement de les reconduire à la frontière. Ainsi, selon la CourEDH, leur cas ne relevait clairement pas de considérations relatives à la nécessité de bloquer ou de renverser le flux d'immigration illégale.

Exemple : dans l'affaire *Karus c. Italie*<sup>503</sup>, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a estimé que la facturation de frais plus élevés aux étudiants étrangers à l'université n'était pas contraire à leur droit à l'éducation et qu'un traitement différencié était raisonnablement justifié, compte tenu du souhait des

501 *Timishev c. Russie*, n°s 55762/00 et 55974/00, CourEDH, 13 décembre 2005, para. 64.

502 *Ponomyovi c. Bulgarie*, n° 5335/05, CourEDH, 21 juin 2011, para. 59-63.

503 *Karus c. Italie* (décision), n° 29043/95, Commission européenne des droits de l'homme, 20 mai 1998.

pouvoirs publics italiens de permettre à l'économie nationale de bénéficier des effets positifs de son enseignement supérieur.

**CSE** : le droit à l'éducation relève de l'article 17 de la Charte et dépend des dispositions des articles 18 et 19 relatifs aux migrants. Le CEDS a formulé l'observation interprétative suivante concernant l'article 17, paragraphe 2 :

*« Pour ce qui est de la question de savoir si les enfants en situation irrégulière sur le territoire de l'État partie entrent dans le champ d'application de la Charte au sens de son Annexe, le Comité renvoie à l'argumentation qu'il a suivie dans sa décision en date du 20 octobre 2009 sur le bien-fondé de la réclamation n° 47/2008 Defence for Child International ( DCI ) contre les Pays-Bas (voir notamment les paragraphes 47 et 48), et estime que l'accès à l'éducation revêt une importance cruciale pour la vie et le développement de tout enfant. Refuser l'accès à l'éducation à un enfant en situation irrégulière, c'est le rendre plus vulnérable encore. Par conséquent, qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière, les enfants entrent dans le champ d'application personnel de l'article 17§2. En outre, le Comité considère que l'enfant auquel est refusé l'accès à l'éducation en subira les conséquences dans sa vie. Le Comité estime par conséquent que les États parties sont tenus, en vertu de l'article 17§2 de la Charte, de veiller à ce que les enfants en situation irrégulière sur leur territoire aient effectivement accès à l'éducation comme tout autre enfant. »<sup>504</sup>*

**Droit de l'UE** : la Charte des droits fondamentaux de l'UE dispose en son article 14 que toute personne a droit à l'éducation et que ce droit comporte la « faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire ». En vertu du droit dérivé de l'UE, tous les enfants de ressortissants de pays tiers présents dans l'UE, sauf ceux présents uniquement pour une courte durée, doivent avoir accès à une éducation de base. Cela vaut également pour les enfants de migrants en situation irrégulière dont l'éloignement a été reporté<sup>505</sup>. D'autres catégories de migrants, comme les membres de la famille de ressortissants de l'EEE, les réfugiés et les résidents de longue durée, disposent de droits légaux plus importants encore.

Moyennant certaines conditions, les enfants, quelle que soit leur nationalité, de ressortissants de l'EEE ont le droit de rester sur le territoire pour y poursuivre et, le cas échéant, y terminer leur scolarité, même après le décès ou le départ du ressortissant concerné

<sup>504</sup> Conclusions 2011, introduction générale, CEDS, janvier 2012.

<sup>505</sup> Article 14, paragraphe 1 de la directive 2008/115/CE, JO L 348, p. 98.

(article 12, paragraphe 3, de la directive relative à la libre circulation). Ces enfants ont également le droit de rester accompagnés du parent qui en a la garde (article 12, paragraphe 3)<sup>506</sup>. Par ailleurs, les enfants de travailleurs de l'EEE qui sont ou ont été employés dans un État membre autre que leur État membre d'origine bénéficient des dispositions de l'article 10 du règlement (UE) n° 492/2011 (ancien règlement (CEE) n° 1612/68), qui reste applicable indépendamment des dispositions de la directive relative à la libre circulation)<sup>507</sup>.

L'article 22, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés et les règles établies de l'UE en matière d'asile reconnaissent le droit à l'éducation aux enfants de demandeurs d'asile et de bénéficiaires du statut de réfugié ou d'une protection subsidiaire<sup>508</sup>.

Les ressortissants de pays tiers considérés comme résidents de longue durée aux termes de la directive relative aux résidents de longue durée (voir la section 2.7) bénéficient de l'égalité de traitement avec les citoyens des États membres de l'UE en ce qui concerne l'accès à l'éducation et à la formation professionnelle, y compris les allocations et bourses d'études, et la reconnaissance des qualifications (article 11). Ils ont également le droit de séjourner dans d'autres États membres de l'UE pour y poursuivre des études ou une formation professionnelle (article 14).

🔄 Exemple : dans l'affaire *Mohamed Ali Ben Alaya c. Bundesrepublik Deutschland*<sup>509</sup>, un ressortissant tunisien avait demandé à plusieurs reprises un visa à des fins d'études pour plus de trois mois. Il remplissait les conditions d'admission prescrites aux art. 6 et 7 de la directive sur les étudiants. La délivrance d'un visa a été néanmoins refusée par l'autorité compétente en Allemagne qui se fondait sur des doutes quant à sa motivation pour suivre des études, compte tenu notamment de

506 Voir l'article 12, paragraphe 3, de la directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE, JO L 158, p. 77), basé sur la jurisprudence de la CJCE concernant l'article 12 du règlement (CE) n° 1612/68, JO 1968 L 257/2 (aujourd'hui l'article 10 du règlement (UE) n° 492/2011, JO L 141/1, 5 avril 2011), notamment les arrêts de la CJCE du 15 mars 1989 dans les affaires jointes C389/87 et C-390/87, *G. B. C. Echternach et A. Moritz c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, Recueil 1989, p. I-00723, et du 17 septembre 2002 dans l'affaire C-413/99, *Baumbast et R. c. Secretary of State for the Home Department*, Recueil 2002, p. I-07091, 17 septembre 2002.

507 Arrêt de la CJCE dans l'affaire C-480/08, *Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department*, Recueil 2010, p. I-01107,

508 Concernant les demandeurs d'asile, voir l'article 14 de la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE), JO 2013 L 180/96 ; concernant les réfugiés et les bénéficiaires de la protection subsidiaire, voir l'article 27 de la directive « qualification » (2011/95/UE), JO 2011 L 337/9, article 27.

509 CJUE, affaire C-491/13, *Mohamed Ali Ben Alaya c. République fédérale d'Allemagne*, 10 septembre 2014.

l'insuffisance des notes obtenues précédemment, de sa faible connaissance de la langue allemande et de l'absence de lien entre la formation envisagée et son projet professionnel. La CJUE constate que les conditions d'admission inscrites aux art. 6 et 7 de la directive sur les étudiants sont exhaustives et, lorsqu'elles sont remplies, elles ne laissent aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales pour l'octroi d'un visa. Dans le cas de Monsieur Ben Alaya, il aurait donc fallu accorder un visa.

Concernant l'accès des étrangers à la formation **en Suisse**, il faut distinguer également entre la formation de base, la formation secondaire et la formation tertiaire. Le Protocole n°1 à la CEDH, qui est déterminant dans ce contexte, n'a pas été ratifié par la Suisse mais certains privilèges en la matière peuvent être déduits de l'ALCP.

Le droit à l'enseignement élémentaire gratuit et suffisant est en Suisse un droit social justiciable<sup>510</sup>. La notion d'école primaire comprend tous les types d'écoles de l'enseignement scolaire obligatoire (les écoles spécialisées, etc.) et deux ans de jardin d'enfant préalables. Ne sont pas compris l'éducation de la petite enfance avant le jardin d'enfant et l'enseignement gymnasial, même s'il fait encore partie de l'enseignement obligatoire<sup>511</sup>.

Ont donc accès à l'enseignement élémentaire toutes les personnes qui séjournent en Suisse au-delà d'une courte durée et qui ont l'âge correspondant, c'est-à-dire également les enfants des requérants d'asile. L'accès à une formation ultérieure et à l'apprentissage d'une profession est soumis en revanche aux mêmes conditions que l'accès à une activité lucrative. Des restrictions pour les jeunes requérants d'asile et jeunes en admission provisoire en découlent. Ainsi, les autorités compétentes n'approuvent la formation et l'apprentissage que si, selon toute prévision, le jeune en question peut rester en Suisse et y terminer sa formation. La condition est dans la règle considérée comme réalisée pour les jeunes admis provisoirement mais ne va pas de soi pour les jeunes requérants d'asile. Les stages d'observation sont exemptés d'autorisation si le jeune se trouve encore en phase de scolarité obligatoire ou durant sa dixième année d'école. Les stages pratiques de durée limitée sont plus souvent autorisés que les apprentissages (cf. directives LEtr, ch. 4.8.5.3.3 et 4.8.5.5.7).

La question de savoir si les *enfants de sans-papiers* ont accès à l'enseignement élémentaire est particulièrement importante. Il s'agit un droit théoriquement incontesté. En 1991 déjà, la Conférence suisse des directeurs de l'instruction publique (CDIP) avait édicté une recommandation visant à intégrer à l'école tous les enfants vivant en Suisse

510 ATF 129 I 12, consid. 5.4.

511 ATF 133 I 156, consid. 3.3.

et d'éviter toute discrimination à cet égard. En pratique, les difficultés sont toujours plus grandes car, en prenant contact avec les autorités scolaires, les parents courent le risque d'être découverts par les autorités de droit des étrangers. Le droit à l'enseignement élémentaire ne produit donc d'effet concret pour les enfants en séjour irrégulier que si les autorités scolaires évitent réellement de transmettre des informations aux polices des habitants et des étrangers. La Commission fédérale pour les questions de migration (CFM) est arrivée en 2010 à la conclusion que l'intégration scolaire des enfants sans-papiers fonctionne plutôt bien, bien que ce ne soit toujours pas le cas dans tous les cantons. Les enfants de requérants d'asile déboutés constituent une exception au principe de la garantie d'accès à l'enseignement élémentaire. Comme leur expulsion ou leur renvoi doit être rapidement exécuté, les cantons renoncent souvent à une intégration scolaire. La CFM a donc exigé en 2011 que les enfants soient scolarisés indépendamment de la planification de leur départ.

À la fin de l'enseignement obligatoire, les *enfants de sans-papiers* ont dans certains cantons la possibilité de fréquenter le gymnase. Jusque récemment, il ne leur était pas possible d'entrer en apprentissage. Depuis 2013, une telle possibilité existe sur la base de l'art. 30a OASA. Par conséquent, un jeune peut obtenir une autorisation de séjour pour la durée de sa formation professionnelle lorsqu'il a effectué au moins cinq ans de sa scolarité en Suisse, que l'employeur en fait la demande, que les conditions de travail et de salaire sont respectées, que le jeune est bien intégré, qu'il respecte l'ordre juridique et qu'il justifie de son identité. En raison de la sévérité de ces exigences et des risques qu'elles comportent pour les autres membres de la famille, cette possibilité n'a été utilisée que dans des cas isolés. Selon la CFM, « cette divergence entre le potentiel et le nombre de demandes effectivement déposées montre que les obstacles posés par les dispositions de l'ordonnance sont trop importants et qu'une autre solution doit être trouvée »<sup>512</sup>.

Dans le *domaine de l'ALCP*, l'égalité de traitement des travailleurs se concrétise en ce qu'ils bénéficient du même accès que les Suisses aux écoles professionnelles (art. 9, al. 3, annexe I, ALCP).

En dehors de la formation professionnelle spécifique, il existe deux situations dans lesquelles se posent des questions relatives à l'accès à la formation :

- pour les membres de la famille de personnes qui séjournent en Suisse sur la base de l'ALCP, surtout lorsque ces personnes n'exercent pas ou plus d'activité lucrative ;

512 <https://www.ekm.admin.ch/ekm/fr/home/zuwanderung---aufenthalt/sanspapiers/aktuell.html>

- pour les personnes qui séjournent en Suisse justement pour acquérir une formation, en particulier lorsqu'elles sont mineures et doivent être accompagnées par un parent ou les deux.

Pour la première des deux situations, l'art. 3, al. 6, annexe I, ALCP, est applicable. Il garantit à tous les enfants de ressortissants d'un État contractant, indépendamment de la question de savoir si les enfants sont eux-mêmes ressortissants d'un État contractant, l'accès à l'enseignement général, l'apprentissage et la formation professionnelle. Il leur suffit d'habiter en Suisse. Cette disposition confère à ces enfants un *droit de séjour indépendant* dont le sens et le but est d'encourager l'intégration par la participation à l'enseignement ou à la formation professionnelle. On n'exige pas que le parent qui possède la nationalité d'un État contractant exerce une activité lucrative ou soit domicilié en Suisse. Les enfants du conjoint d'un ressortissant d'une partie contractante peuvent tout autant se prévaloir de ce droit de séjour pour autant que le retour dans leur pays d'origine ne puisse pas être raisonnablement exigé d'eux durant une formation en cours<sup>513</sup>. La Suisse soutient en outre les efforts visant à faciliter la participation à l'enseignement et à la formation professionnelle des enfants qui bénéficient de l'ALCP (art. 3, al. 6, annexe I, ALCP), ce qui vaut aussi pour l'accès à l'enseignement spécialisé en raison d'un handicap ou d'une atteinte à la santé de l'enfant<sup>514</sup>.

Selon le Tribunal fédéral, le droit de séjour indépendant des enfants à des fins de formations implique que l'enfant ait effectivement commencé de suivre l'enseignement ou la formation, tant que durait une communauté familiale intacte avec le ressortissant de l'UE qui avait initialement transmis le droit de séjour. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque la communauté familiale se dissout déjà au cours de la petite enfance de l'intéressé et que le droit de garde est attribué à une personne issue d'un État tiers, qui elle-même ne possède aucun titre de séjour indépendant. La fréquentation d'une crèche ou d'un jardin d'enfant ne vaut pas encore comme commencement concret d'une formation apte à conférer un droit de séjour<sup>515</sup>.

On exige des *personnes légitimées au titre de la libre circulation des personnes* qui séjournent en Suisse *en vue de l'acquisition d'une formation* qu'elles pourvoient elles-mêmes à leur entretien (art. 24, al. 4, annexe I, ALCP). Elles ont droit à une autorisation pour un an mais doivent faire la preuve d'une couverture d'assurance et rendre

513 Cf. ATF 139 II 393, consid. 4.2.4.

514 BGE 132 V 184, consid. 7.

515 ATF 139 II 393, consid. 4.2.2 par référence à CJUE, affaire C-413/99, Slg. 2002, I-07091, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, 17 septembre 2002. Cf. aussi arrêt TF 2C\_757/2013 du 23 février 2014, consid. 3.2.

vraisemblable qu'elles disposent de ressources suffisantes pour assurer leur indépendance financière.

Lorsqu'une personne en formation est encore mineure, la question se pose de savoir si la preuve des ressources suffisantes ne pourrait pas être aussi apportée par l'entretien d'un des parents et s'il n'en découle pas également un droit de séjour pour ce parent, même s'il provient d'un État tiers. Le Tribunal fédéral paraît entretemps reconnaître la déduction de ce droit<sup>516</sup>.

L'admission en vue d'une formation ou d'un perfectionnement au sens de la LEtr se base sur l'art. 27 LEtr. Cet article ne donne aucun droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et ne donne l'accès qu'à des études à temps complet et non par exemple à un apprentissage. La pratique est plutôt restrictive afin d'empêcher un détournement de la politique d'admission. L'octroi d'autorisations porte d'abord sur les formations initiales et pose comme conditions la confirmation de l'admission par un établissement d'enseignement reconnu, un logement approprié, des moyens financiers suffisants et la garantie que l'intéressé quittera la Suisse. L'autorisation est accordée pour huit ans au plus sauf exceptions.

Après l'obtention d'un diplôme d'une haute école en Suisse, les étrangers peuvent être admis sur le marché du travail suisse sans tenir compte de la préférence nationale lorsque leur activité « revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant » (art. 21, al. 3, LEtr). Ils jouissent d'une période de six mois dès la fin de la formation pour trouver une telle activité.

## 8.4. Le logement

Le droit à un logement suffisant fait partie du droit de toute personne à un niveau de vie suffisant, conformément à l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

**CEDH** : le droit à l'acquisition d'un logement n'est pas garanti, contrairement à celui de la protection du domicile existant<sup>517</sup>. La CourEDH a eu à connaître de plusieurs affaires concernant des contrôles d'immigration limitant l'accès d'une personne à son propre domicile.

516 Arrêt TF 2C\_190/2011 du 23 novembre 2011, consid. 4.2.1; arrêt TF 2C\_574/2010 du 15 novembre 2010, consid. 2.2.2 in fine.

517 *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, CourEDH, 18 janvier 2001.

Exemple : dans l'affaire *Gillow c. Royaume-Uni*<sup>518</sup>, la CourEDH a conclu à la violation de l'article 8 de la CEDH du fait qu'un couple britannique ayant travaillé de nombreuses années à l'étranger s'était vu refuser un titre de séjour qui lui aurait permis de retourner vivre dans sa propriété de Guernesey, construite par lui 20 ans auparavant.

Même si la CEDH ne reconnaît aucun droit au logement *stricto sensu*, la CourEDH a déjà été amenée à se pencher sur l'absence de mise à disposition d'un abri par les États membres dans des situations où la loi les y oblige. Dans des situations extrêmes, la CourEDH a estimé que cette absence de mise à disposition était tellement grave qu'elle constituait une violation de l'article 3 de la CEDH interdisant les traitements inhumains et dégradants.

Exemple : dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>519</sup>, la CourEDH a estimé que la Grèce avait méconnu l'article 3 de la CEDH en ce qu'elle ne n'avait pas respecté les normes minimales d'accueil pour les demandeurs d'asile imposées par le droit de l'UE, au point que le requérant s'était retrouvé dans une situation de dénuement et que le seuil de gravité requis par l'article 3 avait été atteint en l'espèce.

La CourEDH prend garde de ne pas empiéter sur le droit des États membres d'imposer des conditions d'accès à leur territoire, y compris dans le cas où les nouveaux migrants sont exclus de l'aide publique au logement.

Exemple : l'affaire *Bah c. Royaume-Uni*<sup>520</sup> portait sur le refus de reconnaître à une mère et à son fils de 14 ans un « *besoin prioritaire* » de logement au motif que le fils venait à peine de recevoir un permis de séjour dans le cadre d'un regroupement familial, assorti de la condition expresse de ne pas recourir aux deniers publics. La requérante avait fait valoir que le refus, intervenu par la suite, de lui accorder l'accès à un logement dans le cadre d'un « *besoin prioritaire* » constituait un cas de discrimination. Dans cette affaire, la CourEDH a débouté la requérante. Elle a conclu qu'il n'y avait rien d'arbitraire à lui refuser un besoin prioritaire au seul motif de la présence dans son foyer de son fils, une personne dont le permis de séjour au Royaume-Uni était assorti de la condition expresse qu'elle ne recoure pas aux deniers publics. Elle a estimé qu'en ayant fait venir son fils au Royaume-Uni tout

518 *Gillow c. Royaume-Uni*, n° 9063/80, CourEDH, 24 novembre 1986, para. 55-58.

519 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CourEDH, 21 janvier 2011.

520 *Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, CourEDH, 27 septembre 2011.

en étant parfaitement consciente des conditions attachées au permis de séjour de celui-ci, la requérante avait accepté cette condition et avait bel et bien consenti à ne pas recourir aux deniers publics pour subvenir aux besoins de son enfant. Pour la CourEDH, la législation dénoncée en l'espèce poursuivait un but légitime, en l'occurrence l'attribution équitable de ressources limitées entre différentes catégories de demandeurs. La CourEDH a précisé que la requérante en l'espèce n'était pas en situation de dénuement et possédait d'autres options de logement.

Il convient de préciser que la CourEDH a déjà, dans des cas exceptionnels, ordonné des mesures provisoires au titre de l'article 39 de son règlement, afin de s'assurer que les familles de demandeurs d'asile bénéficient d'un toit en attendant qu'elle se penche sur leur requête (voir également la section 2.4)<sup>521</sup>.

**CSE** : l'article 19, paragraphe 4, alinéa c), de la Charte dispose que les États doivent garantir aux travailleurs migrants un logement suffisant. Cela ne vaut toutefois que pour les personnes se déplaçant entre deux États parties à la CSE.

Le droit au logement (article 31 de la CSE) est étroitement lié à une série d'autres droits garantis par la CSE (révisée) : le droit à la protection de la santé (article 11), le droit à l'assistance sociale et médicale (article 13), le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique (article 16), le droit des enfants et des adolescents à une protection, sociale, juridique et économique à (article 17) et le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale (article 30), lequel peut être considéré seul ou en combinaison avec l'article E relatif à la non-discrimination.

Exemple : dans l'affaire *COHRE c. Croatie*, le CEDS a souligné : « *Les États parties doivent [...] être particulièrement attentifs à l'impact des choix opérés par eux sur les groupes dont la vulnérabilité est la plus grande.* »<sup>522</sup>

Exemple : dans l'affaire *COHRE c. France*, le CEDS a conclu que l'expulsion de Roms de leurs logement et du territoire français emportait violation de l'article E combiné avec l'article 19, paragraphe 8, de la CES<sup>523</sup>. De même, dans *COHRE c. Italie*, le CEDS

521 *Afif c. Pays-Bas* (décision), n° 60915/09, CourEDH, 24 mai 2011, et *Abdilahi Abdulwahidi c. Pays-Bas*, n° 21741/07, CourEDH, en instance.

522 Décision sur le bien-fondé : *COHRE c. Croatie*, réclamation collective n° 52/2008, CEDS, 22 juin 2010.

523 Décision sur le bien-fondé : *COHRE c. France*, réclamation collective n° 63/2010, CEDS, 28 juin 2011.

a conclu que le traitement des Roms par les autorités italiennes était contraire à l'article E, lu en combinaison avec d'autres articles de la CSE<sup>524</sup>.

Bien que l'annexe à la CSE en limite l'applicabilité aux seuls ressortissants d'États parties en séjour régulier, le CEDS considère certaines des dispositions de la Charte révisée comme s'appliquant aussi aux enfants en séjour irrégulier, et souligne la nécessité d'interpréter la CSE à l'aune du droit international en matière de droits de l'homme.

Exemple : dans la réclamation présentée dans l'affaire *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*<sup>525</sup>, il était allégué que la législation néerlandaise privait les enfants en situation irrégulière aux Pays-Bas du droit au logement et, par conséquent, d'autres droits garantis par la Charte. Le CEDS a conclu que la CSE ne pouvait être interprétée en vase clos, mais devait, dans la mesure du possible, être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international dont elle fait partie, notamment en l'espèce celles qui concernent la mise à disposition d'un abri approprié à toute personne dans le besoin, qu'elle soit ou non en situation régulière dans l'État en question. Le CEDS a ajouté qu'en vertu de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les États parties sont tenus de prendre des mesures pour éviter l'état de sans-abri. Selon le CEDS, ils doivent à cette fin fournir un abri aussi longtemps que les enfants relèvent de leur juridiction, quelles que soient leurs conditions de séjour. En outre, l'expulsion de personnes en situation irrégulière d'un abri doit être interdite car elle place les intéressés, en particulier les enfants, dans une situation d'extrême détresse, qui est contraire au respect de la dignité humaine. Le CEDS a également conclu à la violation de l'article 17, paragraphe 1, alinéa c), qui accorde une protection aux enfants privés de soutien familial.

**Droit de l'UE :** L'article premier de la Charte des droits fondamentaux garantit le droit à la dignité et son article 34 le droit à une aide sociale en matière de logement. Le droit dérivé de l'UE comprend également des dispositions relatives au logement en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE et de la Confédération suisse, les résidents de longue durée, les personnes nécessitant une protection internationale et les victimes de la traite. Pour les ressortissants étrangers relevant d'autres catégories, le droit de l'UE tente de garantir qu'ils ne constituent pas une charge pour les régimes d'aide sociale des États membres. Par conséquent, avant

524 Décision sur le bien-fondé : *COHRE c. Italie*, réclamation collective n° 58/2009, CEDS, 25 juin 2010.

525 Décision sur le bien-fondé : *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, requête n° 47/2008, CEDS, 20 octobre 2009.

d'être autorisés à entrer dans l'UE, les chercheurs [directive relative à la recherche scientifique, article 6, paragraphe 2, point b)] et étudiants [directive relative aux étudiants, article 7, paragraphe 1, point b)] doivent apporter la preuve que leurs besoins de logement seront pris en charge. Les États membres peuvent imposer des exigences semblables aux membres de la famille d'un ressortissant de pays tiers faisant l'objet d'une demande de regroupement familial (Article 7, paragraphe 1, point a), de la directive sur le regroupement familial).

Exemple : dans l'affaire *Kamberaj*<sup>526</sup>, la CJUE a conclu qu'une règle de droit national réservant aux ressortissants de pays tiers un traitement différent du traitement réservé aux citoyens de l'UE en matière d'aide au logement était contraire à l'article 11, paragraphe 1, point d), de la directive relative aux résidents de longue durée. La CJUE a notamment retenu que l'article 11, paragraphe 4, permettait aux États membres de limiter l'accès à l'aide sociale et à la protection sociale, mais que la liste des prestations essentielles minimales énoncée au treizième considérant de la directive n'était pas exhaustive. Par conséquent, la CJUE a étendu cette liste à l'aide au logement, en se fondant sur l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui, afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, « reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes ».

En son article 24, la directive relative à la liberté de circulation dispose que les ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'EEE doivent bénéficier de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État d'accueil en matière d'accès aux avantages sociaux et fiscaux. Les membres de la famille de ressortissants de l'EEE ou de la Confédération suisse ne peuvent se voir imposer de restrictions en matière d'accès au logement, y compris au logement social<sup>527</sup>. Cela ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens de l'UE n'ayant pas exercé leurs droits en matière de libre circulation, car leur situation ne relève alors pas du droit de l'UE, mais des règles de droit national. Les ressortissants de l'EEE inactifs sur le plan économique et les membres de leurs familles, qui doivent apporter la preuve qu'ils disposent de ressources suffisantes pour assurer eux-mêmes leur subsistance, peuvent être exclus de

526 Arrêt de la CJUE du 24 avril 2012 dans l'affaire C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et autres*.

527 Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999 et entré en vigueur le juin 2002, JO 2002 L 114, p. 6.

l'aide financière au logement (article 7, paragraphe 1, point b), de la directive relative à la libre circulation).

Les résidents de longue durée bénéficient de l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès aux procédures d'attribution d'un logement (article 11, paragraphe 1, point f), de la directive relative aux résidents de longue durée). Les victimes de la traite ont droit à des mesures d'assistance et d'aide spéciales assurant « *au moins un niveau de vie leur permettant de subvenir à leurs besoins en leur fournissant notamment un hébergement adapté et sûr* » (article 11, paragraphe 5, de la directive sur la prévention de la traite des êtres humains).

La directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) reconnaît aux demandeurs d'asile un droit à l'assistance lorsqu'ils présentent leur demande de protection internationale. En vertu de l'article 17 de la directive, les États membres sont tenus de fournir aux personnes demandant à bénéficier de la protection internationale des conditions matérielles d'accueil qui assurent aux demandeurs un niveau de vie adéquat qui garantisse leur subsistance et protège leur santé physique et mentale. Selon l'article 18, les États doivent prendre des mesures appropriées pour prévenir la violence et les actes d'agression fondés sur le genre dans les hébergements qu'ils offrent. Le devoir d'assistance s'étend aux personnes relevant du règlement de Dublin (règlement (UE) n° 604/2013).

Exemple : dans l'affaire *CIMADE*<sup>528</sup>, la CJUE a précisé les modalités d'application de la directive sur les conditions d'accueil dans le cas de transferts demandés en vertu du règlement Dublin II. Elle a conclu que la responsabilité, y compris financière, de s'assurer qu'un demandeur d'asile bénéficie de l'ensemble des droits visés par la directive sur les conditions d'accueil incombait à l'État membre à l'origine de la demande de transfert de ce demandeur d'asile au titre du règlement Dublin II jusqu'au transfert physique du demandeur. La directive vise à garantir le respect complet de la dignité humaine et à promouvoir l'application des articles 1 et 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Par conséquent, les demandeurs d'asile en attente d'une décision au titre du règlement Dublin II doivent également bénéficier des normes minimales d'accueil.

528 CJUE, l'affaire C-179/11, *Cimade, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*, Recueil 2012, 27 septembre 2012, et CJUE, affaires jointes C-411/10 et C493/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 décembre 2011.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri und andere*<sup>529</sup>, la Belgique avait fait valoir qu'en raison de la saturation des structures d'accueil on ne pouvait mettre à disposition d'une famille de 5 personnes aucun hébergement correspondant aux prescriptions minimales de la directive sur les conditions d'accueil. La CJUE a constaté que les conditions minimales d'accueil (en l'espèce l'hébergement) doivent être respectées dans tous les cas. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que, « en cas de saturation des structures d'hébergement dédiées aux demandeurs d'asile, les États membres puissent renvoyer ces derniers vers des organismes relevant du système d'assistance publique générale, pour autant que ce système assure aux demandeurs d'asile le respect des normes minimales prévues par cette directive ».

L'article 32 de la directive « qualification » (ou l'article 31 de cette directive dans sa version 2004/83/EC en ce qui concerne l'Irlande et le Royaume-Uni) oblige les États membres à veiller à ce que les réfugiés et bénéficiaires d'une protection subsidiaire aient accès à un logement dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les ressortissants d'autres pays tiers résidant légalement sur leur territoire.

**En Suisse**, il n'existe ni en droit national ni en droit international public un droit fondamental exprès à un logement ou hébergement approprié protégé comme tel. Le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine (art. 12 Cst.) protège en revanche du sans-abrisme. La protection de la sphère privée (art. 13, al. 2, Cst.; art. 8, para. 1, CEDH) et le droit de ne pas être discriminé (art. 8, al. 2, Cst.) peuvent s'avérer pertinents, ce dernier ne s'appliquant pas dans les relations entre privés et ne protégeant pas de la discrimination sur le marché privé du logement.

En rapport avec l'accès à l'hébergement, le principe de la non-discrimination de l'ALCP présente deux mises en œuvre pertinentes : l'interdiction de la discrimination des travailleurs salariés dans le droit aux avantages fiscaux et sociaux (art. 9, al. 2, annexe I, ALCP) et l'interdiction de discriminer les travailleurs en matière de logement, y compris l'accès à la propriété du logement (art. 9, al. 6, annexe I, ALCP). Or il faut noter que ces règles ne sont applicables qu'aux travailleurs et, par analogie, aux indépendants (art. 15, al. 2, annexe I, ALCP) et aux frontaliers<sup>530</sup>. L'art. 25, annexe I, ALCP, étend l'accès non-discriminatoire à la *propriété* immobilière à tous les ressortissants des États contractants

529 CJUE, affaire C-79/13, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers/Selver Saciri, Danijela Dordevic, Danjel Saciri, Sanela Saciri, Denis Saciri, tous représentés par Selver Saciri et Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest*, 27 février 2014.

530 ATF 135 II 128, consid. 2.2.

qui sont titulaires d'un droit de séjour ou d'une autorisation de frontalier dans l'État concerné (art. 25, annexe I, ALCP). Selon la jurisprudence de la CJUE, la notion d'« avantage social » couvre tous les avantages, inscrits ou non dans un contrat de travail, qui sont accordés aux travailleurs indigènes essentiellement en raison de leur qualité objective de travailleur ou simplement à cause de leur domicile habituel sur le territoire et dont l'extension aux travailleurs d'autres États contractants apparaît appropriée pour faciliter leur mobilité au sein de la communauté<sup>531</sup>. La notion d'avantages sociaux doit donc être interprétée au sens large. Elle comprend par exemple également les prestations de la loi sur l'aide aux victimes<sup>532</sup> et, partant, toutes les prestations éventuelles qui permettent ou soutiennent l'accès à l'hébergement.

Pour autant que les étrangers ne bénéficient pas de l'ALCP, la présence d'un « logement approprié aux besoins » ou d'un « logement convenable » est une condition d'admission qui, comme un droit fondamental, se fonde sur l'idée de la protection de situations d'hébergement indécentes. Dans les années 1960, notamment, après l'expérience de la politique des saisonniers sous laquelle les travailleurs étrangers étaient logés dans des hébergements bondés et délabrés, le législateur a été amené à exiger des migrants la preuve d'un logement qui soit « approprié aux besoins » (art. 24 LEtr sur l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ; art. 27 LEtr pour les personnes en formation ou en perfectionnement ; art. 44, let. b, LEtr pour les personnes ayant une autorisation de séjour qui veulent bénéficier du regroupement familial ; art. 45, let. b, LEtr pour les personnes ayant une autorisation de courte durée ; art. 85, al. 7, let. b, LEtr pour les personnes admises provisoirement). Même en cas d'échange de cadres au sein d'une entreprise l'existence d'un logement approprié doit être prouvée (art. 46, let. e, OASA). La LDét exige pour les travailleurs détachés la preuve de « conditions d'hébergement répondant aux normes d'hygiène et de confort qui sont habituelles sur le lieu de la mission », obligation étant à la charge de l'employeur (art. 3 LDét).

Dans la mesure où la condition du logement est également utilisée dans le contexte de l'ALCP (art. 3, al. 1, annexe I, ALCP, comme condition pour le regroupement familial), elle n'a pas de grande importance pratique. On applique le principe de non-discrimination et dans cette mesure un logement peut être refusé comme logement familial aux personnes bénéficiant de l'ALCP uniquement si on peut aussi le refuser à un Suisse.

531 CJCE, affaire C-85/96, Slg. 1998, I-2691, *Martinez Sala*, 12 mai 1998, ch. 25; affaire C-57/96, Slg. 1997, I-6689, *Meints*, 27 novembre 1997, ch. 39; affaire C-315/94, Slg. 1996, I-1417, *De Vos*, 14 mars 1996, ch. 20 ; cf. aussi arrêt TF 2P.142/2003 du 7 novembre 2003, consid. 3.4.

532 ATF 137 II 242, consid. 3.2.1.

L'aide à l'hébergement pour les personnes qui ne peuvent pas l'assumer se fait en Suisse par l'aide sociale, réglée au plan cantonal. Les lignes directrices de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) donnent un aperçu du niveau recommandé auquel les bénéficiaires peuvent prétendre. Les personnes qui doivent recourir à l'aide sociale pour leur hébergement n'ont pas un droit à conserver le logement, éventuellement cher, occupé jusqu'ici, ou leur logement en propriété. En outre, l'aide à l'hébergement pour les étrangers entraîne les conséquences de droit des étrangers liées au droit à l'aide sociale, notamment la non-prolongation ou la révocation d'une autorisation de droit des étrangers (art. 62, let. e et art. 63, al. 1, let. c, LEtr ; voir à ce sujet la section 5.4)

Les normes de la CSIAS s'appliquent aux réfugiés reconnus, mais pas aux requérants d'asile ni aux personnes admises provisoirement. Le standard de l'aide sociale accordée à ces derniers peut être réduit par rapport à celui des résidents (art. 82, al. 3, LAsi, respectivement art. 86, al. 1, LEtr). L'aide sociale doit leur être accordée « dans la mesure du possible, sous la forme de prestations en nature » (art. 82, al. 3, LAsi), le logement représentant régulièrement le poste le plus important à cet égard. Les requérants d'asile ne sont pas libres dans le choix de leur logement. La Confédération ou le canton auquel ils ont été attribués peuvent leur assigner un logement, qui sera dans la règle un logement collectif (art. 28 LAsi). Les personnes admises provisoirement qui ne sont pas reconnues comme réfugiés, ne peuvent pas non plus choisir librement leur logement (à l'intérieur du canton auquel elles ont été attribuées), aussi longtemps qu'elles dépendent de l'aide sociale (art. 85, al. 5, LEtr).

L'aide d'urgence à laquelle ont droit les personnes tenues de quitter la Suisse est fournie en principe sous forme de prestation en nature, ce qui comprend entre autres l'assignation à un logement, généralement collectif. La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) a édicté en 2012 des recommandations relatives à l'aide d'urgence qui donnent des informations notamment sur le genre et l'étendue de l'aide d'urgence et sur la manière de traiter les groupes particulièrement vulnérables comme les enfants, les jeunes et les bénéficiaires de longue durée.

## 8.5. Les soins de santé

**CEDH** : elle ne prévoit pas expressément un droit aux soins de santé, même si ces derniers pourraient être considérés comme un aspect de l'« *intégrité morale et physique* » susceptible de relever de l'article 8 de la Convention, qui garantit le droit au respect de la

vie privée<sup>533</sup>. Par ailleurs, la CEDH ne garantit aucun droit à un certain niveau de service médical ni aucun droit d'accès à un traitement médical<sup>534</sup>. Dans certaines circonstances, toutefois, la responsabilité d'un État membre au titre de la CEDH peut être engagée lorsqu'il est prouvé que ses autorités mettent en danger la vie d'une personne par des actes ou l'absence d'actes refusant à cette personne les soins de santé autrement disponibles pour le reste de la population<sup>535</sup>. Les questions de soins de santé en lien avec les situations de migration soulevées dans le cadre de la CEDH le sont généralement dans le contexte de l'invocation de besoins médicaux aux fins de protection contre l'expulsion. Dans des cas extrêmes, l'article 3 de la CEDH peut être invoqué (voir le chapitre 3).

Le droit à l'assistance médicale<sup>536</sup> est prévu à l'article 13 de la CSE. Le CEDS reconnaît ce droit aux migrants en situation irrégulière.

Exemple : dans la réclamation collective *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*,<sup>537</sup> la FIDH alléguait que la France avait violé le droit à l'assistance médicale (article 13 de la CSE révisée) en mettant fin à la dispense totale d'avance de frais médicaux et hospitaliers pour les étrangers en situation irrégulière disposant de revenus très faibles. Le requérant estimait en outre qu'une réforme législative de 2002 restreignant l'accès aux services médicaux pour les enfants de migrants en situation irrégulière contrevenait au droit des enfants à la protection (article 17). Les droits conférés par la CSE ne sont reconnus en principe qu'aux étrangers qui sont ressortissants d'autres États parties à la CSE résidant ou travaillant en situation régulière sur le territoire de l'État d'accueil. Le CEDS a toutefois insisté sur le fait que la CSE devait être interprétée d'une manière qui donne vie aux principes de la dignité humaine des personnes et que, par conséquent, toute restriction devait être interprétée strictement. Le CEDS a estimé qu'une législation ou une pratique qui niait le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, était contraire à la Charte, même si tous les droits de la CSE ne pouvaient être étendus aux migrants

533 *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, CourEDH, 6 février 2001.

534 *Wasilewski c. Pologne* (décision), n° 32734/96, CourEDH, 20 avril 1999.

535 *Powell c. Royaume-Uni* (décision), n° 45305/99, CourEDH, 4 mai 2000.

536 Voir également la Convention européenne d'assistance sociale et médicale (STCE n° 014), qui prévoit la mise à disposition mutuelle entre les États parties d'une assistance sociale et médicale à leurs ressortissants lorsque ceux-ci se trouvent sur le territoire d'un autre État partie. Cette convention ne compte que 18 parties, toutes membres de l'Union européenne, à l'exception de la Turquie. Elle est ouverte à la signature depuis le 11 décembre 1953 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1954.

537 Décision sur le bien-fondé : *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France*, réclamation collective n° 14/2003, CEDS, 8 septembre 2004.

en situation irrégulière. À une majorité de 9 contre 4, le CEDS a conclu à l'absence de violation de l'article 13 relatif au droit à l'assistance médicale dans la mesure où les adultes en situation irrégulière avaient accès à une forme d'aide médicale après trois mois de séjour et où tous les ressortissants étrangers pouvaient bénéficier, à tout moment, de « *soins urgents et vitaux* ». Même si les enfants concernés bénéficiaient du même accès aux soins de santé que les adultes, le CEDS a toutefois conclu à la violation de l'article 17 relatif aux droits des enfants à la protection, cet article ayant une portée plus générale que l'article 13 relatif au droit à l'assistance médicale. La même approche a été suivie par la suite à l'égard des enfants dans le cadre de la réclamation collective *Défense des Enfants International* (voir la section 8.4).

**Droit de l'UE :** la Charte des droits fondamentaux ne garantit aucun droit à la santé. Elle reconnaît cependant des droits connexes, comme la protection de la dignité humaine (article 1<sup>er</sup>) et le droit à l'intégrité physique (article 3). La Charte énonce par ailleurs, en son article 35, un droit aux *soins de santé* en ces termes : « *Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales.* » Le champ d'application de la Charte se limite aux matières relevant du droit de l'UE. Elle n'opère aucune distinction fondée sur la nationalité ; toutefois, elle soumet l'exercice du droit aux soins de santé aux lois et pratiques nationales.

Le droit dérivé de l'UE comprend des dispositions relatives à l'accès aux soins de santé pour diverses catégories de ressortissants de pays tiers. Certains d'entre eux sont tenus de disposer d'une couverture médicale avant de se voir octroyer un statut donné ou l'entrée sur le territoire d'un État membre. Les paragraphes suivants passent brièvement en revue la situation des catégories les plus courantes de ressortissants de pays tiers.

Les travailleurs salariés ou indépendants membres de la famille de citoyens de l'EEE ou de la Confédération suisse exerçant leurs droits à la libre circulation ont droit, quelle que soit leur nationalité, à l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre dans lequel ils se trouvent (article 24 de la directive relative à la liberté de circulation des citoyens de l'UE)<sup>538</sup>. Ceux qui désirent séjourner sur le territoire d'un autre État membre tout en disposant de ressources suffisantes pour se prendre en charge doivent apporter la preuve qu'ils bénéficient d'une assurance maladie offrant une couverture complète,

538 Accord sur l'espace économique européen du 2 mai 1992, partie III relative à la libre circulation des personnes, services et capitaux, et accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, JO 2002 L 114, p. 6.

tant pour eux-mêmes que pour les membres de leur famille [article 7, paragraphe 1, point b)].

Qu'elle soit ressortissante de l'EEE ou d'un pays tiers, toute personne affiliée à un système national de sécurité sociale qui séjourne dans un État membre de l'EEE autre que l'État membre dans lequel il réside ou en Suisse<sup>539</sup> peuvent bénéficier des prestations en nature qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical au cours de son séjour<sup>540</sup>. Le fait de se rendre expressément dans un autre État membre pour y recevoir des soins médicaux fournis par le système public est soumis à des règles complexes<sup>541</sup>.

D'après la directive relative au regroupement familial, le regroupant peut être tenu de prouver qu'il dispose, notamment, « d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques normalement couverts pour ses propres ressortissants dans l'État membre concerné, pour lui-même et les membres de sa famille » et « de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné » [article 7, paragraphe 1, points b) et c)].

De même, pour pouvoir acquérir le statut de résident de longue durée, les ressortissants de pays tiers et les membres de leur famille doivent fournir la preuve qu'ils disposent d'une assurance maladie pour tous les risques normalement couverts par l'État membre concerné pour ses propres ressortissants (article 5, paragraphe 1, point b), de la directive relative aux résidents de longue durée. Ils doivent également démontrer qu'ils disposent de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des membres de leur famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné [article 5, paragraphe 1, point a)]. Le résident de longue durée bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre d'accueil en ce qui concerne « la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale » [article 11, paragraphe 1, point d)]. Le treizième

539 Décision 2012/195 du comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 31 mars 2012 remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO 2012 L 103/51.

540 Article 19, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004, JO 2004 L 166/1 et CJUE, affaire C-211/08, *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*, Recueil 2010, p. 105267, points 58 et 61, 15 juin 2010.

541 Voir l'article 22, para. 1, point c), du règlement (CEE) n° 1408/71 et, concernant cette disposition, les arrêts de la CJUE du 12 juillet 2011 dans l'affaire C-368/98, *Abdon Vanbraekel et autres c. Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, Recueil 2011, p. I-0536312, et du 16 mai 2006 dans l'affaire C-372/04, *The Queen, à la demande de Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*, Recueil 2010, p. I-04325.

considérant de la directive énonce, en ce qui concerne l'assistance sociale, que « *la possibilité de limiter les bénéficiaires des résidents de longue durée aux bénéficiaires essentiels est à comprendre dans le sens que cette notion couvre au moins le revenu minimal de subsistance, l'aide en cas de maladie ou de grossesse, l'aide parentale et les soins de longue durée. Les modalités d'attribution de ces prestations devraient être déterminées par la législation nationale* ».

La directive sur les conditions d'accueil dispose, en son article 19, que les demandeurs d'asile ont le droit de bénéficier des soins nécessaires, qui comportent, au minimum, les soins urgents et le traitement essentiel des maladies, ainsi que d'une assistance médicale ou autre nécessaire pour les demandeurs ayant des besoins particuliers. La directive « retour » (2008/115/CE) précise, elle aussi, qu'« *[u]ne attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables* ». « *Les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies sont assurés* » pour les personnes dont l'éloignement fait l'objet d'une suspension ou qui bénéficient d'un délai de départ volontaire.

Conformément à l'article 30 de la directive « qualification », les réfugiés et bénéficiaires d'une protection subsidiaire ont le droit d'accéder aux soins de santé dans les mêmes conditions que les ressortissants de l'État membre concerné. Les personnes ayant des besoins particuliers bénéficient aussi de dispositions spéciales. L'article 11, paragraphe 5, de la directive sur la prévention de la traite des êtres humains précise que les victimes de la traite doivent bénéficier de mesures d'aide et d'assistance comprenant les soins médicaux nécessaires, y compris une assistance psychologique, des conseils et des informations.

**La Suisse** connaît un régime d'assurance maladie obligatoire, qui se rattache non pas au statut de séjour mais au domicile civil (art. 3 loi fédérale sur l'assurance-maladie, LAMal). Il concerne toute personne domiciliée en Suisse indépendamment de la durée du séjour et de la légalité du domicile<sup>542</sup>. L'assurance maladie obligatoire, et parallèlement les droits à l'assistance lorsque le revenu n'y suffit pas, concerne tous les étrangers ayant un domicile en Suisse au sens de l'art. 23, al. 1, CC et 20, al. 1, let. a, de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Il s'agit donc de toute personne qui réside sur le territoire avec l'intention de s'y établir (et non pas seulement sur la base de l'exécution d'une peine en Suisse, cf. art. 23, al. 1, CC), notion qui inclut en particulier les sans-papiers, comme l'a précisé en 2002 l'Office fédéral des assurances sociales dans une circulaire aux assurances.

542 ATF 125 V 76, consid. 2a.

Contrairement au principe du domicile, qui se base sur l'obligation d'assurance selon le principe de l'État de dernier emploi, l'ALCP prévoit une exception importante dans le sens qu'on applique théoriquement le droit de l'État dans lequel une personne exerce une activité dépendante, qui n'est pas celui dans lequel elle a son domicile (art. 11, al. 3, let. a, règlement (CE) n° 883/2004). Les frontaliers, c'est-à-dire le groupe le plus important des personnes qui sont concernées par cette règle, ont toutefois le droit de choisir dans quel État ils veulent se faire assurer<sup>543</sup>. À cela s'ajoute le principe de base de l'assurance familiale, selon lequel les membres de la famille qui n'exercent pas d'activité lucrative doivent être assurés dans le même État que le membre actif. Cette exception ainsi que d'autres au régime d'assurance maladie obligatoire qui résultent de l'ALCP sont énumérées à l'art. 2, al. 1, let. c à g, de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal).

La fondation « Institution commune LAMal » établie sur la base de l'art. 18 LAMal gère un site internet qui contient de nombreuses informations sur les questions de l'assurance maladie en rapport avec la libre circulation des personnes ([www.kvg.org](http://www.kvg.org)).

Les personnes dans une situation économique modeste sont soutenues en Suisse par le biais d'une réduction des primes. Celle-ci est directement versée par le canton à l'assureur de la personne qui en bénéficie (art. 65 LAMal). La réduction de primes n'est pas une aide basée sur la cotisation mais elle se fonde sur le besoin de la personne soutenue. Bien qu'elle présente une certaine ressemblance avec l'aide sociale, elle n'est pas considérée comme telle et ne déclenche pas non plus les conséquences de droit des étrangers liées au fait de bénéficier de l'aide sociale (en particulier la révocation ou la non-prolongation des autorisations de séjour, art. 62, let. e et 63, al. 1, let. c, LEtr ; voir aussi la section 5.4). Ont dès lors accès à la réduction des primes les personnes qui sont assurées en Suisse, qui résident dans un État de l'UE/AELE et sont frontalières, ou les membres de la famille des personnes qui ont au moins une autorisation de courte durée en Suisse ainsi que les personnes qui perçoivent une prestation de l'assurance-chômage suisse (art. 65a LAMal).

Comme l'obligation d'assurance et le droit à la réduction des primes qui en découle dépendent du seul domicile et non pas du statut de police des étrangers, les sans-papiers sont également soumis à l'obligation d'assurance et, corollairement, les assureurs ont l'obligation de les accepter. Les cantons sont en principe tenus d'accorder la réduction des primes pour les assurances conclues par les sans-papiers lorsqu'ils ne disposent que d'un faible revenu, ce qui est en général le cas. Afin de pouvoir concrètement bénéficier de

543 Décision n° 2/2003 du Comité mixte UE-Suisse du 15 juillet 2003 portant modification de l'annexe II (sécurité sociale) de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres et la Confédération suisse sur la libre circulation des personnes.

cette protection, les sans-papiers doivent compter sur le fait que les assureurs et l'autorité qui élucide le droit à la réduction des primes s'abstiennent d'échanger des informations avec l'autorité de migration, sinon ils risquent le renvoi ou l'expulsion. Selon une enquête effectuée en 2011, la conclusion d'une assurance provoque systématiquement l'intervention des autorités de migration dans quelques cantons et l'accès à la réduction des primes fonctionne seulement dans une minorité d'entre eux.

## 8.6. Les questions de sécurité sociale et d'assistance sociale

La sécurité sociale et l'assistance sociale comprennent, d'une part, des prestations basées sur une contribution antérieure du bénéficiaire à un système national de sécurité sociale, comme les retraites et, d'autre part, des prestations fournies par l'État aux personnes ayant des besoins particuliers, comme les personnes handicapées. Ces prestations sont très diverses et prennent généralement une forme financière.

**CEDH** : celle-ci ne reconnaît aucun droit exprès à la sécurité sociale ou à l'assistance sociale.

Exemple : dans l'affaire *Wasilewski c. Pologne*<sup>544</sup>, la CourEDH a noté que « *dans la mesure où les réclamations du requérant sont liées à sa situation financière difficile, la Cour rappelle que ni l'article 2, ni une quelconque autre disposition de la Convention ne saurait être interprété comme conférant à une personne le droit de jouir d'un niveau de vie donné ou le droit d'obtenir une aide financière de l'État* ».

Dans certaines circonstances, il peut toutefois exister des cas de discrimination en matière de sécurité sociale et d'assistance sociale, que la personne concernée ait ou non cotisé dans le régime incriminé. La CourEDH se montre critique envers les États qui refusent aux personnes en séjour régulier sur leur territoire l'accès à certaines prestations au motif discriminatoire qu'elles ne remplissent pas une obligation de nationalité<sup>545</sup>.

544 *Wasilewski c. Pologne* (décision), n° 32734/96, CourEDH, 20 avril 1999.

545 *Luczak c. Pologne*, n° 77782/01, CourEDH, 27 novembre 2007, et *Fawsie c. Grèce* n° 40080/07, CourEDH, 28 octobre 2010.

Exemples : dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*<sup>546</sup> concernant le refus de l'accès aux prestations de chômage à un citoyen turc au motif qu'il n'avait pas la nationalité autrichienne, ainsi que dans l'affaire *Koua Poirrez c. France*<sup>547</sup> concernant le refus d'accès à des prestations d'invalidité à un migrant en séjour régulier au motif qu'il n'était ni Français ni ressortissant d'un pays possédant un accord de réciprocité avec la France, la CourEDH a retenu une discrimination à l'encontre des requérants, en violation de l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 1 de son Protocole n° 1, qui établit le droit de libre jouissance de la propriété.

Exemple : dans l'affaire *Andrejeva c. Lettonie*<sup>548</sup> concernant des prestations contributives, la requérante, qui avait travaillé la majeure partie de sa vie sur le territoire letton lorsque la Lettonie faisait partie de l'Union soviétique, s'était vu refuser une partie de son allocation de retraite au motif qu'elle avait travaillé en dehors du territoire letton et n'avait pas la nationalité lettone. La CourEDH a rejeté la thèse du gouvernement selon laquelle il suffirait à la requérante de se faire naturaliser lettone pour obtenir l'intégralité de la pension réclamée. En effet, selon la CourEDH, l'interdiction de discrimination consacrée par l'article 14 de la CEDH n'avait de sens que si, dans chaque cas particulier, la situation personnelle du requérant par rapport aux critères énumérés dans cette disposition était prise en compte telle quelle. D'après la CourEDH, une approche contraire, consistant à débouter la victime au motif qu'elle aurait pu échapper à la discrimination en modifiant l'un des éléments litigieux – par exemple, en acquérant une nationalité – viderait l'article 14 de sa substance. La CourEDH a conclu à une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1.

Dans ces exemples, les requérants se trouvaient dans une situation à tous autres égards comparable à celle des ressortissants des États concernés : aucun n'était dans une situation précaire d'immigration ou ne faisait l'objet de restrictions concernant le recours aux deniers publics.

Exemple : l'affaire *Weller c. Hongrie*<sup>549</sup> concernait un père hongrois et une mère roumaine. Au moment de sa demande de prestations de maternité, présentée avant l'adhésion de la Roumanie à l'UE, la mère possédait un titre de séjour qui ne lui

546 *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, CourEDH, 16 septembre 1996, para. 46-50.

547 *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, CourEDH, 30 septembre 2003, para. 41.

548 *Andrejeva c. Lettonie* [GC], n° 55707/00, CourEDH, 18 février 2009, para. 91.

549 *Weller c. Hongrie*, n° 44399/05, CourEDH, 31 mars 2009, para. 36-39.

permettait pas de s'établir en Hongrie. Or en droit hongrois, seules les mères possédant la citoyenneté hongroise ou disposant d'un titre d'établissement avaient droit à de telles prestations. Le requérant a fait valoir que les hommes dont les épouses étaient étrangères subissaient un traitement défavorable concernant l'accès à ces prestations par rapport aux hommes dont les épouses étaient hongroises. La Cour EDH a conclu à une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la CEDH.

**CSE** : elle énonce un droit à la sécurité sociale (article 12), un droit à l'assistance sociale et médicale (article 13) et un droit au bénéfice des services sociaux (article 14). Elle comprend en outre des dispositions particulières concernant les personnes handicapées (article 15), les enfants et les adolescents (article 17) et les personnes âgées (article 23). L'article 30 garantit le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale. En matière d'assistance sociale, l'article 13 de la CSE s'applique aux migrants en situation irrégulière.

**Droit de l'UE** : il convient de distinguer deux situations en ce qui concerne les ressortissants de pays tiers. D'une part, il existe un système de coordination des prestations entre les États membres pour les ressortissants de pays tiers circulant dans l'UE. D'autre part, le droit dérivé de l'UE garantit certaines prestations à certaines catégories précises de ressortissants de pays tiers, où qu'ils se déplacent dans l'UE.

### a) Coordination des prestations dans l'UE

**Les ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE** qui se déplacent dans un État membre de l'UE doivent bénéficier, au titre de l'article 24 de la directive relative à la liberté de circulation (et de l'accord UE-EEE pour les ressortissants d'États n'appartenant pas à l'UE) des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les ressortissants de cet État membre. L'article 14, paragraphe 1, de cette directive précise toutefois que les citoyens exerçant leurs droits en matière de libre circulation qui ne travaillent pas ne doivent pas devenir une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil. Un corpus normatif s'est développé au fil des années aux fins de la coordination des prestations de sécurité sociale et d'assistance sociale pour les personnes exerçant leurs droits en matière de libre circulation. Ces règles ont été consolidées au sein du règlement (CE) n° 883/2004 (dans sa version modifiée)<sup>550</sup>, qui consacre le principe de base selon lequel les systèmes de sécu-

<sup>550</sup> Règlement modifié par le règlement (CE) n° 988/2009, (JO 2009 L 284/43), le règlement (UE) n° 1231/2010 (JO 2010 L 344/1) et, en dernier lieu, en 2012 par le règlement (UE) n° 465/2012 (JO 2010 L 149/4).

rité sociale sont coordonnés et non harmonisés au niveau de l'UE<sup>551</sup>. Le règlement entend réduire autant que possible les conséquences négatives de la migration entre les États membres en simplifiant les procédures administratives et en s'assurant que les personnes exerçant leurs droits en matière de libre circulation sont traitées sur un pied d'égalité avec les citoyens de l'État membre d'accueil. Certains droits sont exportables, d'autres non. Le règlement (CE) n° 987/2009 (modifié par le règlement (UE) n° 465/2012) fixe les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004.

**Les ressortissants de pays tiers salariés quittant un État membre de l'UE pour un autre,** ainsi que les membres de leur famille et leurs héritiers, peuvent bénéficier de la législation relative à l'accumulation et à la coordination des prestations de sécurité sociale (règlements (CE) n° 859/2003 et (UE) n° 1231/2010). Pour cela, ils doivent toutefois être en séjour régulier sur le territoire d'un État membre et entretenir des liens au-delà de son seul pays tiers d'origine et d'un seul État membre. Ces règlements ne concernent pas les ressortissants de pays tiers salariés qui n'ont de liens qu'avec un pays tiers et un seul État membre.

#### **b) Droits reconnus à certaines catégories de ressortissants de pays tiers**

La directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) n'octroie aux demandeurs d'asile aucun droit spécifique d'accès à l'assistance sociale. Elle fixe toutefois, en son article 17, des règles générales concernant l'accès aux conditions d'accueil matérielles. En outre, son article 17, paragraphe 5 (qui n'est pas applicable à l'Irlande et au Royaume-Uni) précise le mode de calcul des allocations financières ou des bons à octroyer.

Exemple : le 18 juillet 2012 la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a rendu un arrêt obligeant l'Allemagne à accroître l'aide octroyée aux demandeurs d'asile, laquelle était gelée depuis 19 ans et ne couvrait pas le minimum requis pour permettre aux demandeurs d'asile de vivre dans des conditions de dignité au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution allemande<sup>552</sup>.

551 Voir : CJCE, affaire C-21/87, *Borowitz c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Recueil 1988, p. I-03715, point 23, 5 juillet 1988, et CJCE, affaire C-331/06, *Chuck c. Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, Recueil 2008, p. I-01957, point 27, 3 avril 2008.

552 Allemagne, *Bundesverfassungsgericht*, arrêt du 18 juillet 2012 dans l'affaire n° 56/2012.

🔄 Exemple : dans l'affaire *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri et autres*<sup>553</sup>, qui concernait une famille de requérants d'asile de cinq personnes qui n'était pas acceptée dans les structures d'accueil étatiques pour requérants d'asile en Belgique, la CJUE a constaté que les prestations minimales prévues dans la directive sur les conditions d'accueil doivent être accordées dès le dépôt de la demande d'asile. Les prestations en espèces éventuellement accordées doivent suffire « pour garantir un niveau de vie digne et adéquat pour la santé ainsi que pour assurer la subsistance des demandeurs d'asile, en leur permettant notamment de disposer d'un hébergement, en tenant compte, le cas échéant, de la préservation de l'intérêt des personnes ayant des besoins particuliers, en vertu des dispositions de l'article 17 de la même directive ». En outre, ces allocations doivent permettre, le cas échéant, « aux enfants mineurs d'être logés avec leurs parents, de sorte que l'unité familiale des demandeurs d'asile puisse être maintenue ». En fait, la Belgique avait fait valoir que la norme correspondante de la directive sur les conditions d'accueil (2003/9/CE)<sup>554</sup> n'était applicable que si les prestations sont accordées en nature.

En vertu de l'article 29 de la directive « qualification » révisée, les États membres sont tenus de veiller à ce que les réfugiés et les bénéficiaires d'une protection subsidiaire reçoivent la même « *assistance sociale nécessaire* » que celle prévue pour les ressortissants de l'État membre concerné. Cela peut toutefois se limiter aux « *prestations élémentaires* » pour les bénéficiaires d'une protection subsidiaire. L'article 23, paragraphe 2, de la directive étend cette disposition aux membres de la famille des bénéficiaires d'une protection subsidiaire. Les États membres peuvent continuer d'imposer des restrictions aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire jusqu'en décembre 2013. D'après l'article 11, paragraphe 7, de la directive sur la prévention de la traite des êtres humains, les États membres doivent tenir compte des besoins spécifiques éventuels des victimes. En outre, des obligations particulières existent en ce qui concerne les enfants victimes de la traite (article 13).

Aux termes de la directive relative aux résidents de longue durée, les résidents de longue durée bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre concerné en ce qui concerne la sécurité sociale, l'assistance sociale et la protection sociale

553 CJUE, affaire C-79/13, *Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers c. Selver Saciri, Danijela Dordevic, Danjel Saciri, Sanela Saciri, Denis Saciri, tous représentés par Selver Saciri et Danijela Dordevic, Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Diest*, 27 février 2014.

554 L'art. 14, para. 3, de la directive sur l'accueil (2003/9/CE) prévoit que les enfants mineurs soient logés avec leurs parents ou avec le membre adulte de la famille qui en est responsable.

[article 11, paragraphe 1, point d)]. Les droits en matière d'assistance sociale et de protection sociale peuvent toutefois être limités aux prestations essentielles.

La directive sur le regroupement familial ne prévoit pas d'accès à l'assistance sociale pour les membres de la famille des regroupants possédant la nationalité de pays tiers. Ceux-ci doivent en outre démontrer qu'ils disposent de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à leurs propres besoins et à ceux des membres de leur famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné (article 7, paragraphe 1, point c), de la directive).

L'accès des étrangers à la sécurité sociale est une des questions essentielles de la **politique migratoire suisse**. En principe, l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst. déploie aussi ses effets sur l'accès à la sécurité sociale, et l'inégalité de traitement à l'égard des étrangers n'est admissible que si la nationalité représente un critère de différenciation concret, ce qui n'est en général pas le cas.

Le droit suisse fait une différence de principe entre les systèmes d'assurances sociales qui se basent sur le paiement de cotisations et l'aide sociale qui est une assistance. Plus simplement, on peut dire qu'en principe toute personne qui réside légalement en Suisse a droit à l'aide sociale mais que bénéficiaire de l'aide sociale peut se répercuter négativement sur le renouvellement ou la prolongation d'une autorisation de droit des étrangers (art. 62, let. e et 63, al. 1, let. c, LEtr ; voir aussi la section 5.4). En revanche, les prestations d'assurances sociales dépendent surtout du paiement des cotisations antérieures et de la conclusion d'un accord de coordination des systèmes de sécurité sociale entre la Suisse et l'État d'origine de l'assuré étranger. Dans le contexte des assurances sociales, la question de la régularité du statut de séjour est moins importante.

Lorsque la personne ne bénéficie ni des prestations de l'assurance sociale ni de l'aide sociale ordinaire, elle a droit à l'aide d'urgence (art. 12 Cst.). Cette aide minimale est un droit fondamental visant à préserver d'une existence indigne basée sur la mendicité. Limitée à l'aide à la survie, elle ne peut pas être restreinte, pas même à l'égard des personnes qui séjournent irrégulièrement sur le territoire, ni à l'égard des personnes qui empêchent intentionnellement leur expulsion ou leur renvoi<sup>555</sup>.

*Prestations des assurances sociales* : la période de cotisation est d'une importance primordiale pour connaître le droit et l'étendue des prestations de systèmes de la sécurité sociale. Dans de nombreux cas, les étrangers se sont préalablement acquittés de

555 ATF 131 I 166, consid. 4.5.

cotisations auprès d'un système étranger de sécurité sociale. C'est pourquoi, les accords internationaux jouent un rôle important dans ce domaine. Un aperçu des accords applicables, de leurs annexes, des formulaires correspondants et des directives se trouve dans la rubrique «International» du site internet sur l'application des assurances sociales de l'Office fédéral des assurances sociales<sup>556</sup>.

En pratique, le plus important de ces accords est l'ALCP. Son annexe II prévoit la coordination des assurances sociales et non pas leur harmonisation. Le principe de l'égalité de traitement et le principe du cumul des périodes de cotisation dans un seul État (art. 8, let. c, ALCP) visent à empêcher que la perte potentielle de droits à l'égard des assurances sociales entrave la libre circulation des personnes. En vigueur jusqu'au 31 mai 2016, un protocole à l'annexe II établit des dispositions transitoires en défaveur des ressortissants roumains et bulgares et pose certaines conditions à l'octroi aux étrangers européens de l'allocation pour impotent de l'AI et des prestations de sortie de l'AVS.

La loi fédérale sur l'Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté Européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (FF 1999 7841) donne un aperçu des innombrables adaptations des lois fédérales qu'elle a opérées en matière de droit des assurances sociales en Suisse du fait de l'introduction de la libre circulation des personnes (LAVS, LAMal, LACI, etc.). Ces dernières contiennent toutes un paragraphe séparé intitulé « Relation avec le droit européen » (art. 153a loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), art. 80a loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), art. 16a loi fédérale sur les prestations complémentaires (LPC), art. 89a loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), art. 25a loi fédérale sur le libre passage (LFLP), art. 95a LAMal, art. 121 LACI) qui les soumettent à l'ALCP dans la mesure où elles concernent des personnes et des prestations comprises dans le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (dans sa version modifiée qui renvoie également à l'annexe II de l'ALCP). Enfin, selon l'art. 20 ALCP, l'entrée en vigueur de l'ALCP entraîne la suspension des accords avec les États membres de l'UE qui régissent « la même matière ». Mais, dans la mesure où ces derniers prévoient une règle plus favorable, ils restent applicables car on considère que la matière n'est pas la même.

Dans le domaine des assurances sociales, la Suisse a conclu des accords avec environ 20 États en sus de l'ALCP et se trouve en négociation avec huit autres États. Ces accords

556 Site internet de l'OFAS : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/index/category:112/lang:fre>

doivent notamment faciliter le cumul des périodes de cotisation et le versement des avoirs à l'étranger. On trouve un aperçu de ces accords et un lien vers leur contenu sur le site internet de l'Office fédéral des assurances sociales<sup>557</sup>. Parmi les États en question se trouvent aussi des États tiers qui sont d'importants États de provenance comme la Bosnie-Herzégovine, la Serbie, les Philippines et la Turquie.

*Prestations de l'aide sociale* : la compétence en matière de versement de l'aide sociale ressortit aux cantons. La compétence la Confédération se limite à la réglementation de la compétence pour la prestation d'aide. Pour ce faire, elle a promulgué la loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (loi fédérale en matière d'assistance, LAS). Selon cette dernière, la compétence pour le versement de l'aide sociale aux étrangers ayant leur domicile en Suisse ressortit à leur canton de domicile (art. 20, al. 1, LAS). L'aide immédiate éventuellement nécessaire aux étrangers sans domicile dépend du canton de séjour (art. 21, al. 1, LAS). Les montants de l'aide sociale pour les requérants d'asile et les personnes admises provisoirement sont inférieurs aux montants alloués aux personnes résidant en Suisse (art. 82, al. 3, LAsi, respectivement art. 86, al. 1, LEtr). Une longue liste de motifs sous l'art. 83 LAsi permettant de réduire ou de supprimer l'aide sociale pour les requérants d'asile vise à pouvoir influencer positivement le comportement de ces derniers par la menace du retrait de l'aide. Ces sanctions ne s'appliquent aux réfugiés dont le statut découle de la Convention relative au statut des réfugiés que dans la mesure où elles s'appliqueraient également aux personnes résidant en Suisse (art. 83, al. 1<sup>bis</sup>, LAsi). L'art. 82, al. 1, LAsi exclut du régime d'aide sociale les personnes dont la demande d'asile a fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière ou d'une décision négative ou qui sont frappées d'une décision de renvoi exécutoire assortie d'un délai de départ. Ces personnes ont néanmoins droit à l'aide d'urgence au sens de l'art. 12 Cst., aide qui ne peut pas être réduite<sup>558</sup>.

L'ALCP ne prévoit pas de droit général à l'aide sociale. C'est pourquoi, les effets en droit des étrangers de l'octroi de l'aide sociale à des personnes soumises à l'ALCP ne sont pas claires et manquent d'uniformité. Le Conseil fédéral travaille en ce moment (2014) sur une révision de la LEtr et de l'OLCP : les personnes qui se trouvent en Suisse uniquement pour rechercher un emploi ainsi que leurs proches n'auront plus droit à l'aide sociale ; l'autorisation pourra être retirée aux résidents se trouvant en Suisse depuis peu et qui deviennent chômeurs ; l'autorisation de séjour pourra également être retirée aux rentiers qui bénéficient des prestations complémentaires.

557 Site internet de l'OFAS : <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/02094/index.html?lang=fr>

558 ATF 131 I 166, consid. 3.1.

## Points clés

### Grands axes du droit de l'UE et de la CSE

- L'accès aux droits économiques et sociaux dépend normalement de la reconnaissance d'un droit à entrer ou à séjourner sur le territoire du pays d'accueil (voir l'Introduction au chapitre 8).
- Des éléments fondamentaux des droits sociaux doivent être accordés à tout individu présent sur le territoire (voir les références aux migrants en situation irrégulière aux sections 8.2 à 8.6).
- Plus la situation d'un migrant est proche de celle d'un ressortissant de l'État d'accueil, plus il conviendra de justifier toute discrimination fondée sur sa nationalité (voir l'Introduction au chapitre 8).
- De nombreux droits visés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE sont réservés uniquement aux ressortissants et résidents en situation régulière des États membres de l'UE (voir la section 8.1).
- La CSE établit un ensemble de droits économiques et sociaux, dont la jouissance est normalement réservée aux ressortissants d'États parties à la Charte séjournant sur le territoire d'un autre de ses États parties. Le CEDS a toutefois aménagé des exceptions dans des cas concernant l'accès des enfants au logement (voir la section 8.4) et aux soins de santé (voir la section 8.5).

### Droits économiques en vertu du droit de l'UE

- L'accès au marché du travail peut faire l'objet de restrictions. Toutefois, toute personne au travail, que ce travail soit ou non légal, bénéficie de droits élémentaires en la matière (voir la section 8.2).
- Le degré d'accès des ressortissants de pays tiers au marché du travail varie en fonction de la catégorie à laquelle ceux-ci appartiennent (voir la section 8.1).
- Les membres de la famille des ressortissants de l'EEE, pour autant qu'ils répondent aux conditions nécessaires, bénéficient du même accès au marché du travail que les citoyens d'un État membre de l'UE (voir la section 8.2.1).
- Les citoyens turcs bénéficient de la clause de *standstill* visée à l'article 41 du Protocole additionnel à l'Accord d'Ankara, qui empêche les États de leur imposer de nouvelles restrictions (voir la section 8.2.4).
- Les demandeurs d'asile dont les demandes n'ont pas encore été examinées en première instance doivent bénéficier d'un accès au marché du travail au plus tard neuf mois (un an en Irlande et au Royaume-Uni) après le dépôt de leur demande de protection internationale (voir la section 8.2.7).

- La directive relative aux sanctions et mesures à l'encontre des employeurs prévoit l'imposition de sanctions à l'encontre des employeurs de migrants en situation irrégulière et octroie à ces derniers le droit de réclamer les éventuels impayés de salaire, ainsi que d'autres protections face à une situation d'exploitation (voir la section 8.2.8).

#### Éducation (voir la section 8.3)

- L'article 2 du Protocole n° 1 à la CEDH dispose que nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. Les États membres disposent toutefois d'une marge de discrétion plus large concernant l'imposition de restrictions dans les niveaux supérieurs du système éducatif.
- Tous les enfants ressortissants de pays tiers séjournant dans l'UE, y compris les migrants en situation irrégulière dont l'éloignement a été reporté, doivent, en vertu du droit dérivé de l'UE, bénéficier d'un accès à un enseignement de base.

#### Logement (voir la section 8.4)

- Au niveau de l'UE, la question du logement est couverte par la Charte des droits fondamentaux. Le droit dérivé de l'UE comprend en outre des dispositions particulières concernant les ressortissants de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE, les résidents de longue durée, les demandeurs d'une protection internationale et les victimes de la traite
- Les États membres de l'UE sont tenus de fournir aux demandeurs d'asile un niveau de vie suffisant leur permettant de vivre en bonne santé et d'assurer leur subsistance.
- Le non-respect du domicile par les autorités peut constituer une violation de l'article 8 de la CEDH. Dans les cas extrêmes, l'absence de mise à disposition d'un abri peut constituer une violation de l'article 3 de la CEDH.
- La CSE accorde un droit au logement donnant accès à une série d'autres droits.

#### Soins de santé (voir la section 8.5)

- Les personnes affiliées à un régime national de santé dans l'État de l'EEE dans lequel elles ont leur domicile peuvent bénéficier d'un accès aux soins de santé locaux lorsqu'elles séjournent temporairement dans un autre État membre de l'EEE ou en Suisse.
- Le droit de l'UE reconnaît aux réfugiés le droit de recevoir le même accès aux soins de santé que les ressortissants de leur pays d'accueil. Les demandeurs d'asile et les migrants en situation irrégulière dont l'éloignement a été reporté ont, quant à eux, droit à des soins d'urgence et au traitement essentiel des maladies.
- La CEDH ne vise pas expressément les soins de santé, mais la CourEDH peut connaître de requêtes en la matière sous l'angle des articles 2, 3 et 8 de la CEDH.
- La CSE garantit une assistance médicale aux migrants en situation irrégulière.

### Sécurité sociale et assistance sociale (voir la section 8.6)

- L'UE s'est dotée, au fil des ans, d'un corpus normatif complexe concernant les droits en matière de sécurité sociale et d'assistance sociale des ressortissants des pays tiers exerçant leurs droits en matière de libre circulation entre les États membres de l'UE.
- En vertu de la CEDH, le refus d'accorder une assistance sociale ou d'autres prestations à un étranger peut constituer un cas de discrimination, que cet étranger ait ou non contribué au régime censé procéder au paiement de l'allocation.
- La CSE exige de garantir une assistance sociale aux personnes dans le besoin, y compris aux personnes en situation irrégulière.

### Droits économiques et sociaux des étrangers en Suisse

- **En Suisse**, le droit fondamental de la liberté économique protège uniquement les étrangers qui jouissent d'un accès sans restriction au marché intérieur ou qui ont un droit à recevoir une autorisation de séjour.
- La Suisse ne connaît que peu de droits sociaux et n'a pas ratifié la CSE. Mais le droit à l'aide d'urgence et le droit à l'enseignement élémentaire suffisant et gratuit ont une grande importance pratique surtout pour les étrangers ayant un statut précaire et ceux qui se trouvent irrégulièrement sur le territoire.
- En Suisse, l'accès aux droits économiques et sociaux est soumis au principe constitutionnel de l'égalité de traitement. L'inégalité de traitement des étrangers n'est admise que lorsque la nationalité ou le statut de droit des étrangers est un critère objectif de différenciation, ce qui ne doit pas être accepté sans autre. Dans le domaine d'application de l'ALCP, les personnes soumises à l'accord profitent en outre de l'interdiction de l'inégalité de traitement par rapport aux nationaux.
- Le système de la sécurité sociale en Suisse se divise en un système des assurances sociales, basé sur le principe des cotisations, et l'aide sociale, assistance à caractère non contributif.
- En concluant l'ALCP, la Suisse s'est associée au Règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (dans sa version modifiée en 2009), dont l'effet s'étend aussi en Suisse aux personnes soumises à l'ALCP. La Suisse a également conclu des accords de coordination avec d'importants États tiers, qui facilitent notamment le cumul des périodes de cotisation et le versement des avoirs à l'étranger.
- Lorsque l'aide sociale accordée à des étrangers atteint certaines proportions, elle peut avoir des conséquences en matière de droit des étrangers, y compris, dans certains cas, la non-prolongation ou la révocation de l'autorisation de séjour.
- La mesure de l'aide sociale octroyée aux personnes soumises à l'ALCP varie d'un canton à l'autre. C'est pourquoi, la Confédération entreprend actuellement des efforts tendant à

l'uniformité pour refuser l'accès à l'aide sociale en particulier aux Européens qui ne sont en Suisse que pour rechercher un emploi ainsi qu'aux membres de leur famille.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.

# 9

## Les personnes ayant des besoins particuliers



Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<b>Mineurs non accompagnés</b>		
Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 24 (droits de l'enfant)*	CSE, art. 17 (droit des enfants à une protection sociale, juridique et économique)*  CourEDH, <i>Rahimi c. Grèce</i> , 2011 (détention d'un demandeur d'asile mineur non accompagné dans un centre de détention pour adultes)	Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), RS 0.107  Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 17
<b>Accueil et traitement</b>		
Règlement de Dublin (règlement (UE) 604/2013), art. 6 et 8  CJUE, <i>C-648/11, MA et autres</i> , 2013 (transferts Dublin)  Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 24*  Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 25*  Directive « qualification », 2011/95/CE, art. 31*  Directive « retour », 2008/115/CE, art. 10		ATAF 2011/23, indique que les dispositions spéciales de procédure sont aussi valables dans la procédure Dublin

Union européenne	Conseil de l'Europe	Suisse
<i>Détermination de l'âge</i>		
Directive sur les procédures d'asile, 2013/33/UE, art. 25*	Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, art. 10, para. 3	Loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31, art. 26, al. 2 <sup>bis</sup>
<b>Victimes de la traite des êtres humains</b>		
Directive sur la traite des êtres humains, 2012/36/UE*	CEDH, art. 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) CourEDH, <i>Rantsev c. Chypre et Russie</i> , 2010 (obligation des autorités d'enquêter de leur propre initiative) Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains	Code pénal suisse (CP), RS 311.0 Loi sur l'aide aux victimes (LAVI), RS 312.5
<b>Personnes handicapées</b>		
Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (ratifiée par l'UE) Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/EU, art. 19, 21 et 22* Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 14*		Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, RS 0.109
<b>Victimes de torture et d'autres formes graves de violence</b>		
Directive sur les conditions d'accueil, 2013/33/UE, art. 25* Directive sur les procédures d'asile, 2013/32/UE, art. 24*	CourEDH, <i>Opuz c. Turquie</i> , 2009 (violence domestique)	Convention relative aux statuts des réfugiés (Convention de Genève de 1951), RS 0.142.30, art. 1C, para. 5

\* Pas (directement) applicable pour la Suisse

## Introduction

Ce chapitre aborde la situation de différentes catégories de personnes pouvant être considérées comme particulièrement vulnérables et méritant une attention particulière. Outre le cadre général abordé aux chapitres précédents, tant le régime de l'UE que celui de la CEDH peuvent accorder des protections supplémentaires aux personnes ayant des besoins particuliers.

En **droit de l'UE**, la situation particulière des personnes vulnérables doit être prise en compte, par exemple en matière d'accueil ou en cas de privation de liberté. Les personnes vulnérables sont énumérées à l'article 21 de la directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE) et à l'article 3, paragraphe 9, de la directive « retour » (2008/115/CE). Dans les deux cas, la catégorie des personnes vulnérables comprend « *les mineurs, les mineurs non accompagnés, les handicapés, les personnes âgées, les femmes enceintes, les parents isolés accompagnés de mineurs et les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle* », mais la liste figurant dans la directive sur les conditions d'accueil est plus longue et non-exhaustive. Aux termes de l'article 22 de la directive sur les conditions d'accueil, les États membres doivent évaluer si les personnes vulnérables ont des besoins particuliers en matière d'accueil. La directive sur les procédures d'asile (2013/32/UE) dispose que les États doivent examiner si les demandeurs d'asile nécessitent des garanties procédurales spéciales et, dans l'affirmative, veillent à ce qu'un soutien adéquat leur soit accordé tout au long de la procédure d'asile (article 24).

## 9.1. Les mineurs non accompagnés

Par « *mineur non accompagné* », on entend une personne âgée de moins de 18 ans entrant sur le territoire européen sans être placée sous la responsabilité d'un adulte dans l'État d'accueil (voir la directive « qualification », article 2, paragraphe 1). Le droit de l'UE en matière d'asile et d'immigration comprend une série de dispositions essentielles pour répondre à la situation de ces mineurs. Ces dispositions seront passées en revue aux paragraphes suivants.

La CEDH ne fait pas expressément référence aux mineurs non accompagnés, mais le traitement qui leur est réservé peut être examiné à l'aune de diverses dispositions, comme l'article 5 sur le droit à la liberté et à la sûreté, l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale et l'article 2 du Protocole n° 1 sur le droit à l'instruction. En vertu de la jurisprudence de la CourEDH, les États sont tenus d'apporter une assistance aux mineurs non accompagnés et de ne pas les laisser livrés à eux-mêmes à leur sortie de rétention<sup>559</sup>.

Toute décision relative à un enfant doit respecter les droits conférés à ce dernier en vertu de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), ratifiée par tous les États à l'exception de la Somalie et des États-Unis d'Amérique. La CDE reconnaît aux

<sup>559</sup> *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, CourEDH, 5 avril 2011.

enfants des droits humains inaliénables, quel que soit leur statut en matière d'immigration<sup>560</sup>. Le principe de l'« *intérêt supérieur de l'enfant* » revêt une importance fondamentale et doit être considéré en priorité par les pouvoirs publics lorsqu'ils prennent des mesures concernant des enfants. Au contraire de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la CEDH ne mentionne pas explicitement ce principe. Toutefois, la jurisprudence de la CourEDH y fait de nombreuses références. Ce principe sous-tend également les dispositions normatives de l'UE visant spécifiquement les mineurs non accompagnés.

La CSE fait mention des enfants privés de leur soutien familial en son article 17, paragraphe 1, alinéa c). Le CEDS, comme la CourEDH, met en évidence le fait que les États, dans leurs efforts visant à lutter contre les tentatives de contournement des règles en matière d'immigration, ne peuvent pas priver les mineurs étrangers, surtout non accompagnés, de la protection que leur confère leur statut. Il est donc nécessaire de concilier la protection des droits fondamentaux et les contraintes imposées par la politique d'immigration d'un État donné<sup>561</sup>.

La Convention relative aux droits de l'enfant de l'ONU (CDE) est entrée en vigueur **en Suisse** le 26 mars 1997. En revanche, la Suisse n'a pas ratifié la Charte sociale européenne. Dans le cadre juridique suisse, la protection des enfants et des jeunes est essentiellement inscrite à l'art. 11 Cst. Est considérée comme mineure dans le domaine de l'asile en Suisse toute personne au-dessous de 18 ans (art. 1a, let. d, OA 1).

## 9.1.1. L'accueil et le traitement

**Droit de l'UE** : Des dispositions concernant spécifiquement les mineurs figurent dans les instruments en matière d'asile ainsi que dans la directive « retour ».

Avant de s'intéresser au traitement de ces mineurs au cours de la procédure de demande, il convient de déterminer l'État membre responsable du traitement de ladite demande. Le règlement de Dublin (règlement 604/2013(UE)) dispose en la matière que si le demandeur d'asile est un mineur non accompagné, l'État membre responsable est celui dans lequel un membre de la famille ou les frères ou soeurs du mineur non accompagné se trouvent légalement (article 8). Tout mineur non accompagné doit

560 Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies fournit, dans ses observations générales n° 6 (2005), des instructions complémentaires concernant la protection, l'accueil et le traitement des enfants non accompagnés, voir : [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm).

561 Décision sur le bien-fondé : *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, réclamation collective n° 47/2008, CEDS, 20 octobre 2009. Le Comité y considère, entre autres, que les mineurs accompagnés jouissent d'un droit d'abri au titre de l'article 31, point 2, de la CSE.

être assisté par un représentant (article 6). L'article 6, paragraphe 3, fixe les principes à suivre pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant, l'article 11 expose des règles en vue d'éviter la séparation des familles en raison de l'application du règlement de Dublin dans le cas où des membres de la même famille présentent des demandes distinctes dans un État membre. Enfin, l'article 16 évoque le cas des personnes dépendantes (voir la section 4.2).

En l'absence de membres de la famille, de frères ou sœurs ou de proches, l'État membre responsable est celui dans lequel le mineur non accompagné a introduit sa demande de protection internationale, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur du mineur (article 8).

Exemple : Dans l'affaire *MA, BT et DA c. Secretary of State for the Home Department*<sup>562</sup>, la CJUE était appelée à déterminer quel était l'État responsable dans le cas d'un mineur non accompagné qui avait présenté des demandes d'asile dans différents États membres de l'UE. La CJUE a précisé qu'en l'absence d'un membre de la famille se trouvant légalement dans un État membre, l'État dans lequel le mineur se trouvait physiquement était responsable de l'examen de la demande. Ce faisant, elle s'est appuyée sur l'article 24, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux, selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale pour décider de toute question concernant un enfant

↻ Vu la jurisprudence décrite dans le cas *MA, BT et DA*, le Conseil et le Parlement européens ont mandaté la Commission pour élaborer une proposition de modification de l'art. 8, para. 4, règlement de Dublin III, à propos de la compétence en matière de procédure d'asile des mineurs non accompagnés qui n'ont aucun membre de leur famille, frère ou sœur ou autre parent avec un droit de séjour légal dans un État contractant<sup>563</sup>. La Commission a présenté en juin 2014 une proposition<sup>564</sup> qui vise à régler cette compétence de manière à ce qu'elle corresponde à l'intérêt supérieur de l'enfant. En général, lorsque la recherche de membres de la famille, frères et sœurs ou autres parents dans les États membres reste vaine et si

562 CJUE, C-648/11, *The Queen MA et autres c. Secretary of State for the Home Department*, 6 juin 2013.

563 Cf. déclaration du Conseil, du Parlement européen et de la Commission, publiée comme partie de l'ordonnance Dublin III, JO L 180/59, du 29 juin 2013.

564 Commission UE, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) n° 604/2013 en ce qui concerne la détermination de l'État membre responsable de l'examen de la demande de protection internationale d'un mineur non accompagné dont aucun membre de la famille, frère ou sœur ou proche ne se trouve en séjour régulier dans un État membre, COM(2014) 382 final, 26 juin 2014.

la proposition est mise en œuvre, ce principe désigne comme compétent l'État de résidence actuel du requérant d'asile mineur non accompagné.

Les mineurs non accompagnés demandeurs d'asile doivent se voir fournir la représentation nécessaire dès le dépôt de leur demande (article 24 de la directive sur les conditions d'accueil et article 25 de la directive sur les procédures d'asile. Le droit de l'UE ne prévoit toutefois pas la désignation d'un représentant dès l'identification par les autorités d'un mineur non accompagné. Les États peuvent décider de désigner le même représentant ou différents représentants pour assister le demandeur d'asile dans le cadre de la procédure d'asile et veiller au bien-être du mineur pendant le traitement de la demande. En vertu de la directive sur les procédures d'asile, le représentant doit avoir la possibilité de discuter de la demande avec le mineur avant l'entretien, et accompagner le mineur lors de celui-ci.

Tout entretien avec un mineur non accompagné doit être mené par une personne possédant les connaissances nécessaires sur les besoins particuliers de cette catégorie (directive sur les procédures d'asile, article 25). Des restrictions sont appliquées au traitement des demandes présentées par des mineurs non accompagnés aux frontières, dans les zones de transit ou par des procédures accélérées, qui ne sont possibles que dans les cas énumérés à l'article 25, paragraphe 6. En pareil cas, la directive autorise les États à ne pas accorder un droit de séjour automatique sur leur territoire aux mineurs non accompagnés pendant l'examen d'un recours relatif à une décision négative, mais uniquement lorsque les conditions énumérées à l'article 46, paragraphe 7, de la directive sont remplies. Celles-ci comprennent, par exemple, la condition de langue, l'obligation de fournir une assistance juridique ou le respect d'un délai d'une semaine pour que l'intéressé puisse demander à un organe juridictionnel le droit de se maintenir sur le territoire jusqu'à l'issue du recours.

La directive sur les conditions d'accueil (article 24) précise le type d'hébergement qui doit être fourni aux mineurs non accompagnés : auprès de membres adultes de leur famille, au sein d'une famille d'accueil, dans des centres d'hébergement spécialisés dans l'accueil des mineurs ou dans d'autres lieux d'hébergement convenant pour les mineurs. La détention de mineurs non accompagnés n'est pas formellement interdite, mais n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles, et jamais dans des établissements pénitentiaires (article 11, paragraphe 3, de la directive révisée). La directive précise aussi que les mineurs âgés de 16 ans ou plus peuvent être placés dans des centres d'hébergement pour demandeurs d'asile adultes, mais seulement si cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant (cette condition, nouvellement introduite dans la directive révisée, n'est pas applicable à l'Irlande et au Royaume-Uni)

L'article 24 de la directive sur les conditions d'accueil stipule en outre que, dans la mesure du possible, les fratries ne doivent pas être séparées, eu égard à l'intérêt supérieur du mineur concerné, et notamment à son âge et à sa maturité. Dans le cas de mineurs non accompagnés, les changements de lieux de résidence doivent être limités au minimum. Par ailleurs, la directive précise que les États membres doivent rechercher dès que possible les membres de la famille des mineurs non accompagnés, en prenant garde à ne pas mettre en danger leur sécurité. Elle dispose enfin que le personnel chargé des mineurs non accompagnés doit recevoir une formation adaptée.

La directive « qualification » révisée (2011/95/UE) comprend des dispositions particulières relatives aux mineurs non accompagnés bénéficiant du statut de réfugié ou d'une protection subsidiaire. Les États membres de l'UE sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer la représentation du mineur non accompagné et veiller à ce que les autorités compétentes évaluent régulièrement la situation. Le représentant désigné peut être un tuteur légal ou, si nécessaire, une personne appartenant à un organisme chargé de prendre soin des mineurs et d'assurer leur bien-être. Il peut également s'agir de toute autre forme appropriée de représentation (article 31).

En vertu de l'article 31 de la directive « qualification », les États membres sont également tenus de veiller à ce que les mineurs non accompagnés dont la demande d'asile est acceptée soient placés auprès de parents adultes, dans une famille d'accueil, dans des centres spécialisés dans l'hébergement de mineurs ou dans d'autres lieux d'hébergement adaptés aux mineurs. Il y a lieu de tenir compte de l'avis de l'enfant quant au choix de l'hébergement, en fonction de son âge et de sa maturité. Concernant le maintien des fratries, la recherche des membres de la famille et la formation du personnel chargé des mineurs, cette directive contient les mêmes dispositions que la directive sur les conditions d'accueil.

Aux termes de l'article 10 de la directive « retour » (2008/115/CE), avant d'éloigner un mineur non accompagné du territoire d'un État membre, les autorités de cet État membre doivent s'assurer qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur désigné ou à des structures d'accueil adéquates dans l'État de retour. Il n'existe pas d'interdiction absolue de l'éloignement des mineurs non accompagnés, mais la décision de procéder à cet éloignement doit être soigneusement pesée en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. En cas de report de l'éloignement ou de l'octroi d'un délai de départ volontaire, il convient de tenir compte des besoins particuliers de l'enfant (article 14).

**CEDH** : la jurisprudence de la CourEDH confirme que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant exige la prise en considération d'autres options de placement des mineurs accompagnés outre la rétention.

Exemple : l'affaire *Rahimi c. Grèce*<sup>565</sup> concernait un mineur afghan non accompagné placé dans un centre de rétention pour adultes, puis libéré sans recevoir la moindre aide des autorités en matière d'hébergement. La CourEDH a conclu que les conditions de rétention du requérant et l'absence de prise en charge des autorités après sa libération constituaient un traitement dégradant contraire à l'article 3.

**En Suisse**, les directives du régime d'asile européen commun (directive sur les conditions d'accueil, directive sur les procédures d'asile et directive « qualification ») ne sont pas directement applicables. Mais l'association à Schengen et Dublin met en vigueur en Suisse les prescriptions du droit de Schengen (en particulier la directive « retour ») et du système de Dublin (surtout le règlement de Dublin III).

Selon l'art. 17, al. 2, LAsi, le Conseil fédéral doit édicter des dispositions complémentaires pour tenir compte de la situation particulière des mineurs dans la procédure d'asile. S'agissant des requérants mineurs non accompagnés, l'art. 17, al. 3, LAsi prévoit la désignation d'une personne de confiance chargée de représenter leurs intérêts pour la durée de la procédure à l'aéroport et dans un centre d'enregistrement ainsi que durant la procédure après l'attribution à un canton. La désignation doit se faire sans retard si on ne peut pas instituer tout de suite un curateur ou un tuteur et doit être communiquée sans tarder aux parties à la procédure. La personne de confiance guide et soutient le requérant d'asile mineur non accompagné tout au long de la procédure d'asile (art. 7, al. 2 et 3, OA 1). Dans le cadre de la phase test à Zurich, la représentation juridique attribuée au mineur fonctionne comme personne de confiance (art. 5 OTest).

Avec l'arrêt de principe ATAF 2011/23, le Tribunal administratif fédéral a clairement précisé que les dispositions de procédure spéciales visant la protection des mineurs non accompagnés s'appliquent également à la procédure Dublin. Les personnes de confiance doivent être désignées avant l'audition sommaire car ces procédures ne prévoient pas d'audition. Comme l'a en outre fait observer l'arrêt, la présence d'un mineur non accompagné engendre pour l'OFM une obligation d'informer à l'égard des autorités cantonales compétentes, afin que celles-ci puissent prendre les mesures adéquates.

<sup>565</sup> *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, CourEDH, 5 avril 2011.

Selon l'art. 7, al. 5, OA 1, les personnes chargées de l'audition tiennent compte des aspects particuliers de la minorité d'un enfant. Dans un arrêt de juillet 2014, le Tribunal administratif fédéral a décrit dans le détail les exigences posées à l'audition d'un enfant<sup>566</sup> en insistant encore une fois sur l'obligation en question. Pour garantir les droits de procédure, l'art. 53a OA 1 prescrit qu'une décision rendue à l'égard d'un mineur non accompagné qui ne dispose ni d'un tuteur ni d'un curateur ni même d'un représentant légal doit être notifiée à l'intéressé et à la personne de confiance. Le début du délai de recours est fixé au jour suivant la notification la plus tardive de la décision.

Sous l'aspect de l'encouragement à l'intégration, l'art. 53, al. 4, LEtr contient une disposition visant à tenir compte « des besoins particuliers des femmes, des enfants et des adolescents ».

Les prescriptions susmentionnées de l'art. 10 de la directive « retour » sont également applicables en Suisse. Selon le droit suisse, la mise en détention de mineurs non accompagnés est en principe possible ; seuls les enfants de moins de 15 ans en sont exceptés de par la loi (art. 80, al. 4, LEtr).

## 9.1.2. La détermination de l'âge

**Droit de l'UE :** la directive sur les procédures d'asile autorise les États membres à procéder, dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile, à des examens médicaux afin de déterminer l'âge d'un mineur non accompagné, lorsqu'il y a un doute sur l'âge de celui-ci (article 25). Lorsqu'ils font procéder à des examens médicaux, les États membres doivent veiller à ce que le mineur non accompagné en soit informé préalablement et qu'il y consente. La question de la détermination de l'âge est de plus en plus controversée en Europe. Etant donné que les mineurs bénéficient d'une protection accrue dans le cadre de la procédure d'asile et que les États membres ont un « *devoir de diligence* » supplémentaire à leur égard dans d'autres domaines, tels que l'hébergement et l'éducation, certaines personnes pénètrent sur le territoire d'un État membre de l'UE, souvent sans papiers, en affirmant avoir moins de 18 ans. Ces personnes peuvent dès lors être soumises à un examen visant à déterminer si elles sont effectivement âgées de moins de 18 ans. Les résultats de cet examen auront souvent de lourdes conséquences sur leur demande d'asile et leur accès à la sécurité sociale. L'examen médical doit être le moins invasif possible, être effectué par un personnel médical qualifié et respecter la dignité du demandeur. La directive n'en dit pas plus quant au type d'examens médicaux appropriés ou adéquats, et les techniques employées varient considérablement en Europe.

<sup>566</sup> TAF, arrêt du 24 juillet 2014, E-1928/2014, notamment consid. 2.3.3.4.

**Dans le régime du Conseil de l'Europe**, la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains prévoit également la possibilité d'une détermination de l'âge de la victime lorsque celui-ci est incertain, mais ne fournit aucune orientation quant à la nature des examens adaptés (article 10, paragraphe 3)<sup>567</sup>.

En **droit suisse**, selon la règle expresse de l'art. 26, al. 2, LAsi, le centre d'enregistrement et de procédure ordonne une expertise visant à déterminer l'âge de la personne lorsque, dans le cadre d'une procédure de droit des étrangers ou d'une procédure pénale, des indices font penser qu'elle a atteint l'âge de la majorité. Mais le Tribunal administratif fédéral<sup>568</sup>, suivant la jurisprudence de la Commission de recours en matière d'asile<sup>569</sup>, n'accorde qu'une faible force probante aux méthodes scientifiques existantes (analyse de l'âge osseux). Les sources déterminantes pour estimer la vraisemblance des données sur l'âge restent donc l'apparence et les déclarations de la personne requérante.

## 9.2. Les victimes de la traite des êtres humains

Il convient de distinguer le « *trafic illicite de migrants* » et la « *traite* ». L'expression « *trafic illicite de migrants* » désigne le fait d'assurer, afin d'en tirer un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un État d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet État<sup>570</sup>.

**Dans le système du Conseil de l'Europe comme dans le droit de l'UE**, la traite des êtres humains est définie comme « *[le] recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des*

567 Programme SCEP (*Separated Children in Europe*), 2012. Conformément au plan d'action pour les mineurs non accompagnés présenté par la Commission (COM(2010) 213 final du 6 mai 2010), le BEAA a entamé l'élaboration de documents techniques, y compris une formation ciblée et un manuel sur la détermination de l'âge.

568 TAF, arrêt du 7 décembre 2007, E-5088/2007.

569 JICRA 2001 n° 19.

570 Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, article 3.

*fins d'exploitation* »<sup>571</sup>. La traite des êtres humains se distingue donc du trafic illicite de migrants en ce qu'elle revêt un aspect de contrainte et d'intimidation.

**CEDH** : la CourEDH a conclu, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>572</sup>, que la traite des êtres humains tombait sous le coup de l'article 4 de la CEDH interdisant l'esclavage et le travail forcé. Les États membres ont donc l'obligation positive de prendre des mesures concrètes afin de protéger les victimes et victimes potentielles de la traite, indépendamment de l'adoption de mesures pénales destinées à sanctionner les auteurs de tels actes.

Exemple : dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>573</sup>, la CourEDH a estimé que les autorités étaient tenues d'ouvrir une enquête de leur propre initiative en présence d'un cas soupçonné de traite des êtres humains, sans qu'une plainte de la victime soit nécessaire.

La Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains est le premier traité européen à comprendre des dispositions détaillées concernant l'assistance, la protection et l'aide à accorder aux victimes de la traite, outre l'obligation faite aux États membres de mener des enquêtes judiciaires concrètes et de prendre des mesures pour lutter contre la traite. La Convention exige des États parties qu'ils adoptent les mesures législatives ou autres nécessaires pour identifier les victimes de la traite et qu'ils s'assurent que leurs autorités compétentes disposent de personnes formées et qualifiées dans la prévention et la lutte contre la traite des êtres humains, l'identification des victimes et le soutien à ces dernières (article 10). Les États parties doivent également prendre les mesures nécessaires pour assister les victimes dans leur rétablissement (article 12).

**Droit de l'UE** : la directive sur la prévention de la traite des êtres humains (2011/36/UE) définit la traite dans les mêmes termes que la Convention du Conseil de l'Europe. Elle dispose que les États membres doivent veiller à ce que les victimes de la traite des êtres humains aient accès, sans retard, à des conseils juridiques. Les conseils et la représentation juridiques doivent être gratuits lorsque la victime est dépourvue de ressources financières suffisantes (article 12). La directive introduit également la notion de responsabilité civile et pénale des personnes morales et physiques. Elle accorde en outre une attention particulière aux enfants victimes de la traite, notamment en matière d'assistance et d'aide

571 Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n° 197, 2005, article 4, et Directive 2011/36/UE, article 2, point 1, JO L 337, p. 9.

572 *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, CourEDH, 7 janvier 2010, para. 282-286.

573 *Ibid.*, para. 288.

(articles 13 à 16). Ces mesures d'assistance et d'aide comprennent : la désignation d'un tuteur ou d'un représentant pour l'enfant victime dès que l'enfant est identifié comme tel par les autorités (article 14) ; l'organisation sans retard des auditions de l'enfant victime, dans la mesure du possible par les mêmes personnes (article 15) ; et la mise à disposition d'une solution durable fondée sur une appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas d'enfants victimes de la traite qui ne sont pas accompagnés (article 16).

La directive sur la traite des êtres humains protège les victimes contre toute poursuite concernant des activités criminelles auxquelles elles auraient été contraintes de se livrer, parmi lesquelles l'utilisation de faux documents ou des infractions visées par les législations nationales sur la prostitution ou le travail illégal. L'assistance et l'aide aux victimes ne sauraient être subordonnées à leur coopération avec les autorités dans le cadre d'une enquête judiciaire (article 11). La directive prévoit également des garanties procédurales pour les victimes impliquées dans des poursuites pénales (article 12), notamment l'accès à une représentation gratuite lorsque la victime est dépourvue de ressources financières suffisantes. Au cours de la procédure, les victimes doivent être traitées de manière à éviter tout (nouveau) traumatisme (articles 12 et 15). Les enfants victimes de la traite bénéficient de garanties particulières (article 13 à 16). Lorsque des victimes de la traite des êtres humains qui demandent l'asile, les États doivent évaluer leurs besoins particuliers en matière d'accueil et leur fournir une assistance adéquate (directive sur les conditions d'accueil, articles 21 et 22).

L'UE et la CEDH prévoient des dispositions concernant le statut des victimes de la traite une fois le cas de traite décelé. Cette question a été abordée à la section 2.4.

**La Suisse** ne prévoit pas de pénalisation explicite de l'esclavage et du servage mais la traite des êtres humains est punissable selon l'art 182 CP. En cas de crimes contre l'humanité, la réduction en esclavage d'êtres humains « dans le contexte de la traite d'êtres humains, de l'exploitation sexuelle ou du travail forcé » est une circonstance aggravante (art. 264a, al.1, let. c, CP).

L'obligation d'identification n'est pas explicite en droit suisse. Elle résulte de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, que la Suisse a également ratifiée. Or, de l'avis du Conseil fédéral, les dispositions de la Convention ne sont pas directement applicables (self-executing) et n'ont pas été pleinement mises en œuvre en droit national non plus.

Quant aux victimes de la traite des êtres humains, les mesures de protection de la loi sur l'aide aux victimes (LAVI) sont certes applicables mais seulement aux personnes qui ont

été victimes d'une infraction en Suisse (ou à l'étranger à la condition toutefois d'être domiciliées en Suisse au moment de l'infraction). Au sens de l'art. 2 LAVI, l'aide aux victimes comprend les conseils et l'aide immédiate, l'aide à plus long terme fournie par les centres de consultation, la contribution aux frais pour l'aide à plus long terme fournie par des tiers, l'indemnisation, la réparation morale et/ou l'exemption des frais de procédure.

Le droit suisse ne prévoit pas de protection particulière contre la répression (par exemple pour les délits LEtr) pour les victimes de la traite des êtres humains. Les autorités peuvent cependant exclure une pénalisation éventuelle dans le cadre des motifs d'exclusion de la culpabilité (notamment l'état de nécessité excusable, art. 18 CP).

Pour les victimes mineures, on applique le système général de protection de l'enfant qui, en Suisse, est exécuté par les cantons et qui, par conséquent, ne jouit pas d'une application uniforme.

### 9.3. Les personnes handicapées

Les demandeurs d'asile souffrant d'handicaps physiques, mentaux, intellectuels ou sensoriels peuvent être confrontés à des obstacles particuliers en matière d'accès à la protection et à l'assistance. Ils peuvent avoir besoin d'une assistance complémentaire qui n'est pas forcément toujours mise à disposition par les autorités compétentes.

La CRPD fixe des normes internationales concernant les personnes handicapées. En son article 5, elle établit les principes d'égalité et de non-discrimination et, en son article 18, dispose que « *les États Parties reconnaissent aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit de circuler librement, le droit de choisir librement leur résidence et le droit à une nationalité* ».

**CEDH** : le handicap n'est pas défini. Toutefois la CourEDH reconnaît une protection contre la discrimination fondée sur le handicap au titre de l'article 14 de la Convention<sup>574</sup>.

**Droit de l'UE** : l'UE a ratifié la CRPD et est donc liée par cette convention. L'article 21 de la directive sur les conditions d'accueil précise que les États membres de l'UE doivent tenir compte de la situation particulière des personnes vulnérables, dont les personnes handicapées, dans la transposition des dispositions relatives aux conditions d'accueil dans leur législation nationale. Les États doivent évaluer leurs besoins particuliers en

<sup>574</sup> *Glor c. Suisse*, n° 13444/04, CourEDH, 30 avril 2009, et *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CourEDH, 29 avril 2002.

matière d'accueil et leur fournir une assistance adéquate (directive sur les conditions d'accueil, articles 21 et 22), y compris, s'il y a lieu des soins de santé mentale appropriés (article 19). La directive « retour » inclut également les personnes handicapées dans la définition des personnes vulnérables, mais ne prévoit aucune disposition particulière à leur égard. Il n'y a pas d'interdiction absolue de placer en rétention les demandeurs d'asile et les personnes faisant l'objet d'une procédure de retour en situation de handicap, mais dans ce cas, une attention particulière doit être accordée à leur situation (directive « retour », article 16, paragraphe 3). Dans le cas des demandeurs d'asile, la directive sur les conditions d'accueil (article 11) commande que l'état de santé, y compris l'état de santé mentale, des demandeurs placés en rétention qui sont des personnes vulnérables soit pour les autorités nationales une préoccupation primordiale

L'article 14, paragraphe 2, alinéa b, de la directive sur les procédures d'asile précise que l'entretien personnel peut « *ne pas avoir lieu lorsque l'autorité compétente estime que le demandeur n'est pas en état ou en mesure d'être interrogé en raison de circonstances durables indépendantes de sa volonté* ». Cela vaut particulièrement pour les personnes souffrant de handicap mental, qui pourraient ne pas être à même de participer utilement à l'entretien.

En 2014, **la Suisse** a ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées qui peut, cas échéant, octroyer aux étrangers en Suisse, notamment aux requérants d'asile, une protection supplémentaire comme le mentionnent pour l'UE les lignes ci-dessus.

Comme toute procédure de droit administratif, la procédure d'asile présuppose en principe la capacité de discernement. Une décision d'asile se fondant sur une audition exécutée malgré des doutes sérieux sur la capacité de discernement de la personne<sup>575</sup> peut représenter une violation du droit d'être entendu. Dans de tels cas, la capacité de discernement de la personne doit être élucidée de manière approfondie. Le dépôt d'une demande d'asile est un droit strictement personnel au sens relatif, ce qui signifie que même une personne incapable de discernement peut l'exercer. Dans ces cas, en collaboration avec les autorités de protection de l'adulte (APEA), les autorités compétentes en matière d'asile doivent déterminer une solution appropriée pour la représentation et trouver un moyen d'établir les faits sans se baser sur les déclarations du requérant d'asile incapable de discernement. Dans la plupart des cas, il sera nécessaire malgré tout de mener un entretien avec la personne en vue d'établir les faits.

575 JICRA 1993 n°15.

## 9.4. Les victimes de torture et d'autres formes graves de violence

Comme mentionné dans l'introduction de ce chapitre, les victimes de torture, de viol ou d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle constituent un groupe de personnes vulnérables qui bénéficient de garanties particulières concernant leur traitement.

**Droit de l'UE**, la directive sur les conditions d'accueil dispose, en son article 25, que les États membres « *font en sorte que les personnes qui ont subi des tortures, des viols ou d'autres violences graves, reçoivent le traitement que nécessitent les dommages causés par de tels actes et, en particulier, qu'elles aient accès à des traitements ou des soins médicaux et psychologiques adéquats* ». Le personnel chargé de travailler avec ces personnes doit recevoir une formation appropriée.

La difficulté d'évoquer le traumatisme subi est susceptible de compliquer l'entretien personnel dans le cadre de la procédure d'asile. Les personnes interrogeant les demandeurs en vertu de la présente directive doivent également avoir acquis une connaissance générale des problèmes qui pourraient nuire à la capacité des demandeurs d'être interrogés, par exemple des éléments selon lesquels le demandeur peut avoir été soumis à la torture dans le passé (articles 4, paragraphe 3, et 14 de la directive sur les procédures d'asile). La directive exige également des États membres qu'ils fournissent un soutien adéquat aux demandeurs ayant été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence, si cela est requis pour que la procédure d'asile se déroule de manière équitable et efficace. Cette catégorie de demandeurs échappe en outre aux procédures accélérées et aux modalités caractérisant les demandes présentées aux frontières, dans le cadre desquelles un soutien adéquat ne peut être fourni (article 24). Des garanties additionnelles s'appliquent dans les cas où les recours contre une décision de première instance négative n'ont pas un effet suspensif automatique. Elles comprennent, par exemple la condition de langue et l'obligation de fournir une assistance juridique à la personne concernée. De plus, le demandeur ayant fait l'objet d'une décision de première instance négative doit se voir accorder au moins une semaine pour demander à une instance judiciaire de statuer sur son droit de rester sur le territoire dans l'attente de l'issue du recours (article 24 lu conjointement avec l'article 46, paragraphe 7). Les dispositions concernant les demandeurs nécessitant des garanties procédurales spéciales ont été introduites dans la version révisée en 2013 de la directive et ne sont donc pas applicables à l'Irlande et au Royaume-Uni.

En ce qui concerne les modalités de l'éloignement, les besoins particuliers des victimes de torture et d'autres formes graves de violence doivent être pris en considération en cas de report de l'éloignement ou de l'octroi d'une période de départ volontaire (article 14).

Parmi les victimes de crimes graves, les victimes de violence domestique constituent une catégorie à part. Les cas de violence domestique comprennent les cas de violence dans le cadre d'un travail domestique<sup>576</sup>.

**CEDH** : il ressort de la jurisprudence de la CourEDH que les victimes de violence domestique peuvent être considérées comme faisant partie de la catégorie des « *personnes vulnérables* », aux côtés des enfants, et peuvent donc avoir droit à une protection des États membres sous la forme d'une prévention effective mettant la victime à l'abri de telles atteintes graves à l'intégrité de sa personne<sup>577</sup>.

La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée en 2011, est le premier instrument juridiquement contraignant dans le monde qui établit un cadre juridique complet pour la prévention de la violence, la protection des victimes et la lutte contre l'impunité des auteurs. Elle n'est toutefois pas encore en vigueur.

**Droit de l'UE** : les victimes de violence domestique ressortissantes de pays tiers membres de la famille de ressortissants de l'EEE ont, aux termes de la directive relative à la libre circulation, le droit de conserver un titre de séjour de plein droit en cas de divorce ou d'annulation d'un partenariat enregistré [article 13, paragraphe 2, point c)]. En ce qui concerne les membres de la famille de regroupants ressortissants de pays tiers, l'article 15, paragraphe 3, de la directive relative au regroupement familial (2003/86/CE) dispose que « *les États membres arrêtent des dispositions garantissant l'octroi d'un titre de séjour autonome en cas de situation particulièrement difficile* » après un divorce ou une séparation.

**En Suisse**, pour les victimes de torture et autres formes graves de violence, le statut qui relève du droit des étrangers est déterminant pour leur protection.

576 La FRA a dressé un bilan des risques communément encourus par les migrants en situation irrégulière employés dans le secteur du travail domestique (voir FRA, 2011a).

577 *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02, CourEDH, 9 juin 2009, para. 160.

Dans la *procédure d'asile*, il faut tenir compte du fait que la violence subie peut rendre extrêmement difficile au requérant sa déposition en audition. Lors de l'appréciation de l'obligation de collaborer et de la vraisemblance des déclarations, en particulier celles qui sont en contradiction avec d'autres déclarations faites ultérieurement, les autorités doivent examiner si une expérience personnelle de violence a empêché la personne de faire preuve de coopération et de cohérence dans sa déposition. Les dépositions qui sont faites après l'audition durant la procédure doivent être évaluées en tenant compte de la possibilité d'un stress traumatique<sup>578</sup>.

Une expérience de violence particulièrement grave, comme un viol ou le fait d'avoir assisté à un massacre, peut représenter une « raison impérieuse » au sens de l'art. 1C, para. 5, al. 2, de la Convention relative au statut des réfugiés. Par conséquent, en raison du grave traumatisme qu'elle a subi, il sera impossible d'exiger raisonnablement de la personne qu'elle retourne dans son pays d'origine, même s'il n'est plus possible de se fonder sur une persécution actuelle<sup>579</sup>.

Des questions particulières se posent concernant les ressortissants d'États tiers qui ont le droit de séjourner en Suisse sur la base du mariage ou d'un partenariat enregistré avec un Suisse ou un étranger établi, et qui se séparent de leur partenaire en raison de violences dans le couple avant d'avoir passé trois ans dans le pays. Dans de tels cas, la violence domestique peut constituer une raison importante pour fonder un droit à la prolongation de l'autorisation de séjour (art. 50, al. 1, let. b, en relation avec l'art. 50, al. 2, LEtr ; voir aussi la section 5.4.1).

578 JICRA 2004 n° 1, consid. 5b; JICRA 1996 n° 16, consid. 3a-c.

579 ATAF 2007/31, consid. 5.4; TAF, arrêt du 4 février 2010, D-5906/2006, consid. 5.6; voir aussi la section 3.1.8 ci-dessus.

## Points clés

- L'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les actions concernant des enfants (voir la section 9.1).
  - En vertu du droit de l'Union européenne, les mineurs non accompagnés qui demandent l'asile ont le droit d'être assistés par un représentant (voir la section 9.1.1).
  - En vertu du droit de l'Union européenne, la directive sur les procédures d'asile autorise les États membres à procéder, dans le cadre de l'examen d'une demande d'asile, à des examens médicaux afin de déterminer l'âge d'un mineur non accompagné, s'il y a un doute sur le point de savoir si la personne est ou non mineure, moyennant le respect de certaines garanties (voir la section 9.1.2).
  - Tant en vertu du droit de l'UE que de la CEDH, il existe une obligation positive de prendre des mesures concrètes afin de protéger les victimes et victimes potentielles de la traite, indépendamment de l'adoption de mesures pénales destinées à sanctionner les auteurs de tels actes (voir la section 9.2).
  - En vertu du droit de l'Union européenne, les demandeurs ayant été victimes de torture, de viol ou d'une autre forme grave de violence ont droit à des garanties procédurales spéciales, si cela est nécessaire pour que la procédure d'asile se déroule de manière équitable et efficace (section 9.4).
  - Dans le régime de la CEDH, les enfants et les victimes de violence domestique peuvent être considérés comme des « *personnes vulnérables* » et, par conséquent, avoir droit à une protection effective de l'État (voir les sections 9.1.1 et 9.4).
- **En Suisse**, les requérants d'asile mineurs non accompagnés ont une position juridique particulière dans la procédure. Lorsque le curateur ou le tuteur ne peut pas être nommé à temps, il faut désigner une personne de confiance pour assister la personne mineure durant sa procédure. Une expertise déterminera son âge si nécessaire.
  - Les victimes de la traite des êtres humains peuvent obtenir une autorisation de séjour dans le contexte d'une procédure pénale et de la protection des témoins. Afin de leur ménager le délai de rétablissement et de réflexion prévu dans la Convention du Conseil de l'Europe, les victimes de la traite des êtres humains peuvent se voir délivrer une autorisation de séjour de courte durée.
  - En Suisse, les mineurs non accompagnés peuvent subir la détention du droit des étrangers à partir de l'âge de 15 ans.
  - Les victimes d'infraction ne bénéficient de la protection de la loi suisse sur l'aide aux victimes que si l'infraction a été commise en Suisse ou que la victime avait un domicile en Suisse au moment de l'infraction.

- Durant la procédure d'asile, les personnes qui sont traumatisées ou incapables de discerner en raison d'une maladie ou d'un handicap doivent être traitées avec des égards particuliers.
- Des expériences personnelles de violence particulièrement graves dans l'État d'origine peuvent faire apparaître un retour comme non raisonnablement exigible, même si l'on ne peut se baser sur un risque de persécution actuel.

## Jurisprudence supplémentaire et lectures complémentaires :

Pour consulter d'autres cas de jurisprudence, veuillez consulter les instructions « Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ? » à la page 389 de ce manuel. Vous trouverez des documents supplémentaires liés aux questions abordées dans ce chapitre à la section « Lectures complémentaires » à la page 361.





## Lectures complémentaires

Ce chapitre comprend une sélection de publications de référence issues d'organisations internationales, du monde académique, d'ONG ainsi que de la CourEDH et de la FRA. Ces références sont regroupées en sept grande catégories (références générales, législation en matière d'asile et de réfugiés, rétention, migrants en situation irrégulière et retours, enfants, personnes handicapées et apatrides). Certaines références peuvent, comme leur titre l'indique, se rapporter à plusieurs domaines. Par ailleurs, des articles en lien avec les sujets abordés dans ce manuel peuvent être consultés dans différentes revues, parmi lesquelles *l'European Journal of Migration and Law*, *l'International Journal of Refugee Law* et *Refugee Survey Quarterly*.

### Références générales

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2011, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) → Requérants → Guide pratique sur la recevabilité.

FRA (Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne), *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne 2011c.

FRA, *Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2011*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2012.

FRA et Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne 2011.

Frigo, M. et al., *Migration and international human rights law : practitioners guide no. 6*, Genève, Commission internationale de juristes, 2011.

HCR, *Toolkit on how to request interim measures under Rule 39 of the Rules of the European Court of Human Rights for persons in need of international protection*, Strasbourg, représentation du HCR auprès des institutions européennes.

Ktistakis, Y. (2013), *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasbourg, Publications du Conseil de l'Europe.

Peers, S., *EU justice and home affairs law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

## **Droit en matière d'asile et de réfugiés**

Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE) et Réseau juridique européen sur l'asile (ELENA), *Survey on legal aid for asylum seekers in Europe*, octobre 2010.

FRA, *L'obligation d'informer les demandeurs concernant la procédure d'asile : la perspective des demandeurs d'asile*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne 2010.

FRA, *Accès à des recours efficaces : la perspective des demandeurs d'asile*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne 2010b.

Gammelthoft-Hansen, T., *Access to asylum : international refugee law and the globalisation of migration control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Goodwin-Gill, G. S. et McAdam, J., *The refugee in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Hailbronner, K., *EU Immigration and Asylum Law*, Munich, C.H. Beck, 2010.

Hathaway, J. C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

HCR, *Guides et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/FRE/REV. 3, Luxembourg, HCR, 2011.

HCR, *Improving asylum procedures : comparative analysis and recommendations for law and practice – key findings and recommendations*, 2010, [www.unhcr.org/4ba9d99d9.html](http://www.unhcr.org/4ba9d99d9.html).

HCR et Conseil de l'Europe, *Protecting refugees*, 2010, <http://book.coe.int/ftp/3582.pdf>.

Mole, N. et Meredith, C., *Human rights files no. 9 : asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2010, 5<sup>e</sup> édition.

Wagner, M. et Bonjour, S., *Flughafenverfahrensstudie : Vergleichende Studie des rechtlichen Rahmens und administrativer Praktiken hinsichtlich der Behandlung von Asylgesuchen und der Rückführung von unzureichend dokumentierten Personen an Flughäfen in sieben Europäischen Staaten* (étude comparative sur les procédures d'asile aux aéroports), Vienne, International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), 2009.

## Migrants en situation irrégulière et retours

Cholewinski, R., *Migrants irréguliers : l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2005.

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *Twenty guidelines on forced return*, 2005, [www.unhcr.org/refworld/publisher/COEMINISTERS,THEMGUIDE,,42e f32984,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher/COEMINISTERS,THEMGUIDE,,42e f32984,0.html).

Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, recommandation relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH(2001)19, 19 septembre 2001.

FRA, *Migrants en situation irrégulière employés dans le secteur du travail domestique : les défis en matière de droits fondamentaux pour l'Union européenne et ses États membres*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011a.

FRA, *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011b.

FRA, *L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011.

Lutz, F., *The negotiations on the Return Directive*, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2010.

## Rétention

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe », rapport Doc.12105 (2010)/résolution 1707 (2010)/Recommandation 1900 (2010).

Conseil de l'Europe, Normes du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), (2002) 1 – rév. 2011, [www.cpt.coe.int/fr/docsnormes.htm](http://www.cpt.coe.int/fr/docsnormes.htm).

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes, 11 janvier 2006.

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Guide sur l'article 5. Droit à la liberté et à la sûreté. Article 5 de la Convention*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) → Jurisprudence → Guides sur la jurisprudence.

Edwards, A., *Back to basics : the right to liberty and security of person and 'alternatives to detention' of refugees, asylum-seekers, stateless persons and other migrants*, document rédigé pour la collection de recherche en politiques de protection juridique des réfugiés du Haut-Commissaire aux réfugiés des Nations Unies, avril 2011.

FRA, *Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010a.

FRA, *Coping with a fundamental rights emergency : The situation of persons crossing the Greek land border in an irregular manner*, 2011, <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/coping-fundamental-rights-emergency-situation-persons-crossing-greek-land-border>.

International Detention Coalition, *There are alternatives : A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, Melbourne, International Detention Coalition, 2011, <http://idcoalition.org/cap/handbook>.

## Libre circulation dans l'UE

Rogers, N., Scannell, R. et Walsh, J., *Free movement of persons in the enlarged European Union*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, 2<sup>e</sup> édition.

## Personnes handicapées

FRA, *La protection juridique des personnes souffrant de troubles mentaux en vertu de la législation en matière de non-discrimination*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2011.

Nations Unies, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, guidance for human rights monitors*, HR/P/PT/17, 2010, [www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities\\_training\\_17EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf).

## Enfants

Conseil de l'Europe, recommandation 1969 (2011) de l'Assemblée parlementaire, « Problèmes liés à l'arrivée, au séjour et au retour d'enfants non accompagnés en Europe », 15 avril 2011.

FRA, *Les enfants séparés demandeurs d'asile dans les États membres de l'Union européenne*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2010.

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), *Principes directeurs du HCR relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant*, 2006, [www.unhcr.org/4566b16b2.pdf](http://www.unhcr.org/4566b16b2.pdf).

Separated Children in Europe Programme (SCEP), *Position paper on age assessment in the context of separated children in Europe*, 2012, [www.refworld.org/docid/4ff535f52.html](http://www.refworld.org/docid/4ff535f52.html).

## Apatrides

HCR, *Principes directeurs relatifs à l'apatridie n° 2 : principes directeurs relatifs aux procédures permettant de déterminer si une personne est un apatride*, HCR/GS/12/02, 2012, [www.unhcr.org/refworld/docid/5087a00d2.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/5087a00d2.html).

## Lectures complémentaires sur le droit suisse des migrations

(Les lectures générales relatives au droit des migrations comprennent, habituellement, des explications sur la libre circulation des personnes, le droit des étrangers, le droit de cité et le droit d'asile).

### Littérature :

Achermann, A. ; Amarelle, C. ; Caroni, M. ; Epiney, A. ; Kälin, W. ; Uebersax, P. (édit.) ; Jahrbuch für Migrationsrecht, Berne (Stämpfli) (paraît annuellement depuis 2004).

Amarelle, C. ; Nguyen M. S. (édit.) ; Code annoté de droit des migrations, (Volume I, III et V), Berne (Stämpfli) 2014.

Amarelle, C. ; Nguyen, M.S. (édit.) ; Les renvois et leur exécution, Perspectives internationale, européenne et suisse, Berne (Stämpfli) 2011.

Campisi, L. ; Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht, zwischen rechtlichen Vorgaben und innenpolitischen Realitäten, thèse Zurich/Saint-Gall (Dike) 2014.

Caroni, M. ; Grasdorf-Meyer, T. ; Ott, L. ; Scheiber, N. ; Migrationsrecht, 3., stark überarbeitete Auflage, Berne (Stämpfli) 2014.

Caroni, M. ; Gächter, T. ; Thurnherr, D. (édit.) ; Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Stämpflis Handkommentar, Berne (Stämpfli) 2010.

Gutzwiller, C. ; *Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse*, thèse Genève (Schulthess) 2008.

Hausammann, C. ; Kälin, W. (édit.) ; Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext : Bevormundung oder Emanzipation, Collection CSDH, Berne (Edition Weblaw) 2014.

Petermann Loewe, P. ; Materiell-rechtliche Aspekte der vorläufigen Aufnahme unter Einbezug des subsidiären Schutzes der EU, thèse Zurich (Schulthess) 2010.

Petry R. ; La situation juridique des migrants sans statut légal : entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, thèse Genève/Zurich (Schulthess) 2013.

Spescha, M. ; Thür, H. ; Zünd, A. ; Bolzli, P. ; Migrationsrecht, 3. aktualisierte Auflage, Zurich (Orell Füssli Verlag) 2012.

Spescha, M. ; Kerland, A. ; Bolzli, P. ; Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich (Orell Füssli Verlag) 2010.

Tappenbeck, C. ; Das Bürgerrecht in der Schweiz und seine persönlichkeitsrechtliche Dimension, thèse Zurich (Schulthess) 2011.

Uebersax, P. ; Rudin, B. ; Hugli Yar, T. ; Geiser, T. (édit.) ; Ausländerrecht, eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. aktualisierte und erweiterte Auflage, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2009.

### **Matériel :**

Office fédéral des migrations (2014), directives relatives au droit des étrangers, disponibles sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich.html>

Office fédéral des migrations (2014), directives et circulaires relatives à l'accord sur la libre circulation des personnes, disponibles sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/fza.html>

Office fédéral des migrations (2014), directives et circulaires relatives à l'intégration, disponibles sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/integration.html>

Office fédéral des migrations (2013), manuel sur la nationalité, disponible sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/buergerrecht.html>

Office fédéral des migrations (2012), prescriptions en matière de visa, disponibles sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/visa.html>

Office fédéral des migrations, directives relatives à la loi sur l'asile, disponibles sous : <https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/asylgesetz.html>

Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés HCR (édit.) ; Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés, réédité, Genève 2011, disponible sous : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fc5ce2c2>

Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR ; Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés HCR (édit.) ; Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés, une étude comparative, Berne (Stämpfli) 2009.

Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR (édit.) ; Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, Berne (Haupt) 2009.

# Références en ligne



Références	Adresse web
<b>Nations Unies</b>	
Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	<a href="http://www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx">www.ohchr.org/EN/Issues/Torture/SRTorture/Pages/SRTortureIndex.aspx</a>
Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture	<a href="http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm">www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/index.htm</a>
Jurisprudence des organes de traité des Nations Unies	<a href="http://tb.ohchr.org/default.aspx">http://tb.ohchr.org/default.aspx</a>
Refworld (base de données du HCR sur le droit des réfugiés)	<a href="http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain">www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain</a>
<b>Conseil de l'Europe</b>	
Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (CPT)	<a href="http://www.cpt.coe.int/fr/apropos.htm">www.cpt.coe.int/fr/apropos.htm</a>
Cour européenne des droits de l'homme	<a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a>
Base de données de jurisprudence HUDOC de la CourEDH	<a href="http://hudoc.echr.coe.int">http://hudoc.echr.coe.int</a>
Bibliothèque de la CourEDH	<a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a> → Library
Collection de fiches thématiques de la CourEDH	<a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a> → Press
Notes d'information sur la jurisprudence de la CourEDH	<a href="http://www.echr.coe.int">www.echr.coe.int</a> → Case-Law
Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe	<a href="http://www.coe.int/fr/web/commissioner">http://www.coe.int/fr/web/commissioner</a>
Charte sociale européenne	<a href="http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_FR.asp?">www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_FR.asp?</a>
Service de coordination en matière de migrations du Conseil de l'Europe	<a href="http://www.coe.int/t/democracy/migration/default_fr.asp">www.coe.int/t/democracy/migration/default_fr.asp</a>

Groupe d'experts sur la lutte contre la traite des êtres humains (GRETA)	<a href="http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/greta_FR.asp">www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/greta_FR.asp</a>
<b>Union européenne</b>	
Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO)	<a href="http://www.easo.europa.eu/">www.easo.europa.eu/</a>
Programme européen de formation en matière d'asile du EASO	<a href="http://easo.europa.eu/about-us/tasks-of-easo/training-quality/">http://easo.europa.eu/about-us/tasks-of-easo/training-quality/</a>
Direction générale des affaires intérieures de la Commission européenne	<a href="http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs">http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs</a>
Réseau européen des migrations (REM)	<a href="http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/index_en.htm">http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/index_en.htm</a>
Portail de l'UE sur l'immigration	<a href="http://ec.europa.eu/immigration">http://ec.europa.eu/immigration</a>
Agence européenne des droits fondamentaux (FRA)	<a href="http://fra.europa.eu/fr">http://fra.europa.eu/fr</a>
Frontex	<a href="http://frontex.europa.eu">http://frontex.europa.eu</a>
Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE)	<a href="http://www.ecre.org">www.ecre.org</a>

# Liste de la jurisprudence



## Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

<i>Abdon Vanbraekel et autres c. Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)</i> , C-368/98, 12 juillet 2001 .....	326
<i>Abed El Karem El Kott et autres c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal</i> , C-364/11, 19 décembre 2012 .....	112
<i>Aoubacar Diakité c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides</i> , C-285/12, 7 mars 2012 .....	99, 100
<i>Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne</i> , C-329/11, 6 décembre 2011 .....	216, 234, 240
<i>Aissatou Diatta c. Land Berlin</i> , C-267/83, 13 février 1985 .....	204
<i>Alexander Hengartner et Rudolf Gasser c. Landesregierung Vorarlberg</i> , C-70/09, 15 juillet 2010 .....	289
<i>Altun c. Stadt Böblingen</i> , C-337/07, 18 décembre 2008 .....	82, 82
<i>Atiqullah Adil c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel</i> , C-278/12 PPU, 19 juillet 2012 .....	42
<i>Aydin Salahadin Abdulla et autres c. Bundesrepublik Deutschland</i> , affaires jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08, 2 mars 2010 .....	95, 111, 123
<i>Aziz Melki et Selim Abdeli</i> [GC], affaires jointes C-188/10 et C-189/10, 22 juin 2010 .....	42
<i>Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department</i> , C-413/99, 17 septembre 2002 .....	311
<i>Borowitz c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte</i> , C-21/87, 5 juillet 1988 .....	332
<i>Bundesrepublik Deutschland c. B et D</i> , affaires jointes C-57/09 et C-101/09, 9 novembre 2010 .....	121

<i>Bundesrepublik Deutschland c. Kaveh Puid, C-4/11,</i> 14 novembre 2013.....	156
<i>Bundesrepublik Deutschland c. Y et Z, affaires jointes C-71/11 et C-99/11,</i> 5 septembre 2012.....	98
<i>Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken, C-578/08, 4 mars 2010.....</i>	77, 190
<i>Chuck c. Raad van Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, C-331/06,</i> 3 avril 2008.....	332
<i>Cimade et Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration,</i> C-179/11, 27 septembre 2012.....	320
<i>Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne, C-503/03,</i> 31 janvier 2006.....	185
<i>Commission européenne c. Royaume d'Espagne, C-211/08, 15 juin 2010.....</i>	326
<i>Commission européenne c. Royaume des Pays-Bas, C-508/10, 26 avril 2012.....</i>	77
<i>Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg, C-66/85,</i> 3 juillet 1986.....	289
<i>Deutscher Handballbund c. Kolpak, C-438/00, 8 mai 2003.....</i>	295
<i>Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen, C-346/06, 3 avril 2008.....</i>	290
<i>El Dridi, alias Soufi Karim, C-61/11, 28 avril 2011.....</i>	216, 234, 239
<i>El Yassini c. Secretary of State for the Home Department, C-416/96,</i> 2 mars 1999.....	295, 295
<i>Eran Abatay et autres et Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit, affaires jointes C-317/01 et C-369/01, 21 octobre 2003.....</i>	81
<i>État néerlandais c. Ann Florence Reed, C-59/85, 17 avril 1986.....</i>	170, 185
<i>Fatma Pehlivan c. Staatssecretaris van Justitie, C-484/07, 16 juin 2011.....</i>	202
<i>Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, C-314/85, 22 octobre 1987.....</i>	26
<i>Francovich c. République italienne, C-479/93, 9 novembre 1995.....</i>	26
<i>Francovich et Bonifaci et autres c. République italienne, affaires jointes C-6/90 et C-9/90, 19 novembre 1991.....</i>	26, 258
<i>G. B. C. Echternach et A. Moritz c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen,</i> affaires jointes C-389/87 et 390/87, 15 mars 1989.....	311
<i>Georgios Orfanopoulos et autres et Raffaele Oliveri c. Land Baden-Württemberg,</i> affaires jointes C-482/01 et C-493/01, 29 avril 2004.....	132, 134

<i>Hava Genc c. Land Berlin</i> , C-14/09, 4 février 2010.....	292
<i>Hristo Gaydarov c. Director na Glavna direktsia "Ohranitelna politsia" pri Ministerstvo na vatrehnite raboti</i> , C-430/10, 17 novembre 2011 .....	132
<i>Igor Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol</i> , C-265/03, 12 avril 2005.....	297
<i>lida c. Stadt Ulm</i> , C-40/11, 8 novembre 2012.....	133, 184
<i>Ismail Derin c. Landkreis Darmstadt-Dieburg</i> , C-325/05, 18 juillet 2007.....	293
<i>K c. Bundesasylamt</i> , C-245/11, 6 novembre 2012.....	156
<i>Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes</i> , affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, 3 septembre 2008.....	26
<i>Kadiman c. Freistaat Bayern</i> , C-351/95, 17 avril 1997 .....	293
<i>Kadzoev (Huchbarov)</i> , C-357/09, 30 novembre 2009.....	62, 74, 217, 226, 244, 246
<i>Kazim Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden</i> , C-237/91, 16 décembre 1992.....	295
<i>Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department</i> , C-200/02, 19 octobre 2004 .....	182
<i>Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis</i> , C-145/09, 23 novembre 2010.....	132
<i>Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1 Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet</i> , C-341/05, 18 décembre 2007 .....	290
<i>Leyla Ecem Demirkan c. Bundesrepublik Deutschland</i> , C-221/11, 24 septembre 2013 .....	80
<i>Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz</i> , C-44/79, 13 décembre 1979 .....	27
<i>M. G. et N. R. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie</i> , C-383/13, 10 septembre 2013 .....	253
<i>M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland and Attorney General</i> , C- 277/11, 22 novembre 2012 .....	143
<i>Maria Teixeira c. London Borough of Lambeth et Secretary of State for the Home Department</i> , C-480/08, 23 février 2010 .....	311
<i>Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department</i> , C-60/00, 11 juillet 2002 .....	170, 181
<i>Mehmet Arslan c. Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie</i> , C-534/11, 30 mai 2013 .....	226, 227

<i>Mehmet Soysal et Ibrahim Savatli c. Bundesrepublik Deutschland, C-228/06,</i> 19 février 2009.....	81
<i>Meki Elgafaji et Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie, C-465/07,</i> 17 février 2009.....	99
<i>Metock et autres c. Minister for Equality, Justice and Law Reform, C-127/08,</i> 25 juillet 2008.....	169, 170, 181, 190
<i>Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria, C-369/90,</i> 7 juillet 1992.....	84
<i>Migrationsverket c. Nurije Kastrati et autres, C-620/10, 3 mai 2012 .....</i>	155
<i>Minister voor Immigratie en Asiel c. X, et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel,</i> affaires jointes C-199/12, C-200/12 et C-201/12, 7 novembre 2013.....	98
<i>Mohamad Zakaria, C-23/12, 17 janvier 2013 .....</i>	50
<i>Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim, C-97/05, 14 décembre 2006.....</i>	296
<i>Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c.</i> <i>État belge, C-459/99, 25 juillet 2002.....</i>	181, 185
<i>Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres, C-256/11,</i> 15 novembre 2011 .....	133, 170, 183
<i>Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim, C-349/06, 4 octobre 2007.....</i>	134
<i>N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee</i> <i>Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform,</i> affaires jointes C-411/10 et C-493/10, 21 décembre 2011.....	28, 118, 156, 159, 320
<i>Natthaya Dülger c. Wetteraukreis, C-451/11, 19 juillet 2012.....</i>	82, 207
<i>Nawras Bolbol c. Bevándorlási és Állampolgársági Hivata, C-31/09,</i> 17 juin 2010.....	95, 112
<i>O. et S. c. Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto c. L., affaires jointes</i> C-356/11 et C-357/11, 6 décembre 2012.....	182
<i>Office national de l'emploi c. Bahia Kziber, C-18/90, 31 janvier 1991.....</i>	295
<i>Ömer Nazli, Caglar Nazli et Melike Nazli c. Stadt Nürnberg, C-340/97,</i> 10 février 2000.....	134
<i>P.I. c. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, C-348/09, 22 mai 2012.....</i>	132
<i>Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne, C-355/10,</i> 5 septembre 2012.....	55
<i>Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne, C-540/03, 27 juin 2006.....</i>	189
<i>Petar Aladzhev c. Zamestnik director na Stolichna direksia na vatreshnite raboti</i> <i>kam Ministerstvo na vatreshnite raboti, C-434/10, 17 novembre 2011.....</i>	132

<i>Pilar Allué et Carmel Mary Coonan et autres c. Università degli studi di Venezia et Università degli studi di Parma, affaires jointes C-259/91, C-331/91 et C-332/91, 2 août 1993</i> .....	289
<i>Procédure pénales c. Artur Leymann et Pustovarov, C-388/08, 1 décembre 2008</i> .....	142
<i>Procédures pénales c. Gjoko Filev et Adnan Osmani, C-297/12, 19 septembre 2013</i> .....	45, 234
<i>Procédures pénales c. Md Sagor, C-430/11, 6 décembre 2012</i> .....	234
<i>Rahmanian Koushaki c. Bundesrepublik Deutschland, C-84/12, 19 décembre 2013</i> .....	41
<i>Recep Tetik c. Land Berlin, C-171/95, 23 janvier 1997</i> .....	82, 292
<i>Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur, C-36/75, 28 octobre 1985</i> .....	134
<i>Rottmann c. Freistaat Bayern, C-135/08, 2 mars 2010</i> .....	62, 85
<i>Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm), C-34/09, 8 mars 2011</i> .....	62, 133, 170, 182, 183
<i>Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, C-69/10, 28 juillet 2011</i> .....	148
<i>Secretary of State for the Home Department c. Rahman et autres, C-83/11, 5 septembre 2012</i> .....	180, 189
<i>Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et autres, C-571/10, 24 avril 2012</i> .....	319
<i>Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department, C-434/09, 5 mai 2011</i> .....	183
<i>Staatssecretaris van Justitie c. Mangat Singh, C-502/10, 18 octobre 2012</i> .....	77
<i>Staatssecretaris van Justitie c. Tayfun Kahveci et Osman Inan, affaires jointes C-7/10 et C-9/10, 29 mars 2012</i> .....	82
<i>Süleyman Eker c. Land Baden-Württemberg, C-386/95, 29 mai 1997</i> .....	292
<i>The Queen MA et autres c. Secretary of State for the Home Department, C-648/11, 6 juin 2013</i> .....	345
<i>The Queen, Veli Tum et Mehmet Dari c. Secretary of State for the Home Department, C-16/05, 20 septembre 2007</i> .....	80, 81
<i>The Queen, Yvonne Watts c. Bedford Primary Care Trust et Secretary of State for Health, C-372/04, 16 mai 2006</i> .....	326
<i>The Queen c. Immigration Appeal tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department, C-370/90, 7 juillet 1992</i> .....	181
<i>The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas, C-37/98, 11 mai 2000</i> .....	80

<i>The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur, C-192/99, 20 février 2001</i> .....	84
<i>Tural Oguz c. Secretary of State for the Home Department, C-186/10, 21 juillet 2011</i> .....	80, 81
<i>Ymeraga et autres c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, C-87/12, 8 mars 2013</i> .....	133
<i>Zuheyr Frayeh Halaf c. Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet, C-528/11, 30 mai 2013</i> .....	156
<i 11,="" 2013<="" 4="" c-300="" c.="" department,="" for="" home="" i="" juin="" of="" secretary="" state="" the="" zz="">.....</i>	132

### **Jurisprudence de la Cour AELE (Association européenne de libre-échange)**

<i>Arnulf Clauder, E-4/11, 26 juillet 2011</i> .....	191
--	-----

### **Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme**

<i>A. et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 3455/05, 19 février 2009</i> .....	221, 228, 229, 241, 242, 243
<i>A.A. c. Royaume-Uni, n° 8000/08, 20 septembre 2011</i> .....	109, 173, 208
<i>Abdilahi Abdulwahidi c. Pays-Bas (dec.), n° 21741/07, 12 novembre 2013</i> .....	317
<i>Abdolkhani et Karimnia c. Turquie, n° 30471/08, 22 septembre 2009</i> .....	144, 147, 218, 254
<i>Abdulaziz, Cabales et Balketali c. Royaume-Uni, n°s 9214/80, 9473/81 et 9474/81, 28 mai 1985</i> .....	38, 178
<i>Afif c. Pays-Bas (déc), n° 60915/09, 24 mai 2011</i> .....	317
<i>Ahmed c. Autriche, n° 25964/94, 17 décembre 1996</i> .....	67, 95
<i>Airey c. Irlande, n° 6289/73, 9 octobre 1979</i> .....	162, 163
<i>Al-Jedda c. Royaume-Uni [GC], n° 27021/08, 7 juillet 2011</i> .....	228
<i>Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, n° 61498/08, 2 mars 2010</i> .....	101
<i>Amrollahi c. Danemark, n° 56811/00, 11 juillet 2002</i> .....	209
<i>Amuur c. France, n° 19776/92, 25 juin 1996</i> .....	36, 51, 222, 238
<i>Anakomba Yula c. Belgique, n° 45413/07, 10 mars 2009</i> .....	188
<i>Anayo c. Allemagne, n° 20578/07, 21 décembre 2010</i> .....	161
<i>Andrejeva c. Lettonie [GC], n° 55707/00, 18 février 2009</i> .....	281, 330
<i>Antwi et autres c. Norvège, n° 26940/10, 14 février 2012</i> .....	208
<i>Aristimuño Mendizabal c. France, n° 51431/99, 17 janvier 2006</i> .....	83
<i>Aswat c. Royaume-Uni, n° 17299/12, 16 avril 2013</i> .....	104

<i>Auad c. Bulgarie</i> , n° 46390/10, 11 octobre 2011.....	217, 247
<i>Austin et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n°s 39692/09, 40713/09 et 41008/09, 15 mars 2012.....	221
<i>Azimov c. Russie</i> , n° 67474/11, 18 avril 2013.....	71, 238
<i>Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni</i> , n°s 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09, 10 avril 2012.....	104
<i>Bader et Kanbor c. Suède</i> , n° 13284/04, 8 novembre 2005.....	101
<i>Bah c. Royaume-Uni</i> , n° 56328/07, 27 septembre 2011.....	282, 316
<i>Bajsultanov c. Autriche</i> , n° 54131/10, 12 juin 2012.....	186
<i>Balogun c. Royaume-Uni</i> , n° 60286/09, 10 avril 2012.....	208
<i>Beldjoudi c. France</i> , n° 12083/86, 26 mars 1992.....	209
<i>Bensaid c. Royaume-Uni</i> , n° 44599/98, 6 février 2001.....	324
<i>Berrehab c. Pays-Bas</i> , n° 10730/84, 21 juin 1988.....	171, 205
<i>Bigaeva c. Grèce</i> , n° 26713/05, 28 mai 2009.....	279, 287
<i>Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande</i> [GC], n° 45036/98, 30 juin 2005.....	22, 29
<i>Boultif c. Suisse</i> , n° 54273/00, 2 août 2001.....	172, 208, 209, 211
<i>Branko Tomašić et autres c. Croatie</i> , n° 46598/06, 15 janvier 2009.....	272
<i>C.G. et autres c. Bulgarie</i> , n° 1365/07, 24 avril 2008.....	140, 147, 161
<i>Chahal c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 22414/93, 15 novembre 1996.....	243
<i>Chapman c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 27238/95, 18 janvier 2001.....	315
<i>Collins et Akaziebie c. Suède</i> (déc), n° 23944/05, 8 mars 2007.....	108
<i>Čonka c. Belgique</i> , n° 51564/99, 5 février 2002.....	91, 126, 148
<i>D. c. Royaume-Uni</i> , n° 30240/96, 2 mai 1997.....	103
<i>Dalea c. France</i> (déc), n° 964/07, 2 février 2010.....	46
<i>Darraj c. France</i> , n° 34588/07, 4 novembre 2010.....	267
<i>Darren Omoregie et autres c. Norvège</i> , n° 265/07, 31 juillet 2008.....	169, 186
<i>Dbouba c. Turquie</i> , n° 15916/09, 13 juillet 2010.....	252, 254
<i>De Souza Ribeiro c. France</i> , n° 22689/07, 13 décembre 2012.....	140, 151
<i>Demir et Baykara c. Turquie</i> [GC], n° 34503/97, 12 novembre 2008.....	286
<i>Dougoz c. Grèce</i> , n° 40907/98, 6 mars 2001.....	238, 256
<i>El Morsli c. France</i> (déc), n° 15585/06, 4 mars 2008.....	50
<i>Fawsie c. Grèce</i> , n° 40080/07, 28 octobre 2010.....	329
<i>Finogenov et autres c. Russie</i> , n°s 18299/03 et 27311/03, 20 décembre 2011.....	272

<i>Finucane c. Royaume-Uni</i> , n° 29178/95, 1 juillet 2003.....	275
<i>Foka c. Turquie</i> , n° 28940/95, 24 juin 2008.....	220
<i>G.R. c. Pays-Bas</i> , n° 22251/07, 10 janvier 2012.....	162, 188
<i>Gaygusuz c. Autriche</i> , n° 17371/90, 16 septembre 1996.....	281, 282, 330
<i>Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France</i> , n° 25389/05, 26 avril 2007.....	139, 150
<i>Genovese c. Malte</i> , n° 53124/09, 11 octobre 2011.....	85
<i>Gillow c. Royaume-Uni</i> , n° 9063/80, 24 novembre 1986.....	280, 316
<i>Glor c. Suisse</i> , n° 13444/04, 30 avril 2009.....	353
<i>Gül c. Suisse</i> , n° 23218/94, 19 février 1996.....	171, 192
<i>Guzzardi c. Italie</i> , n° 7367/76, 6 novembre 1980.....	221
<i>H. et B. c. Royaume-Uni</i> , n° 70073/10 et 44539/11, 9 avril 2013.....	101
<i>H.L. c. Royaume-Uni</i> , n° 45508/99, 5 octobre 2004.....	221
<i>H.L.R. c. France</i> [GC], n° 24573/94, 29 avril 1997.....	103
<i>Hasanbasic c. Suisse</i> , n° 52166/09, 11 juin 2013.....	209
<i>Hida c. Danemark</i> , n° 38025/02, 19 février 2004.....	113, 124
<i>Hirsi Jamaa et autres c. Italie</i> [GC], n° 27765/09, 23 février 2012.....	36, 56, 91, 126, 139, 151
<i>Hode et Abdi c. Royaume-Uni</i> , n° 22341/09, 6 novembre 2012.....	192
<i>I. c. Suède</i> , n° 61204/09, 5 septembre 2012.....	102, 108
<i>I.M. c. France</i> , n° 9152/09, 2 février 2012.....	140, 152
<i>Ilhan c. Turquie</i> [GC], n° 22277/93, 27 juin 2000.....	273
<i>Ismoilov et autres c. Russie</i> , n° 2947/06, 24 avril 2008.....	114, 122
<i>K.A.B. c. Suède</i> , n° 886/11, 5 septembre 2013.....	102
<i>Kanagaratnam et autres c. Belgique</i> , n° 15297/09, 13 décembre 2011.....	249
<i>Karassev c. Finland (déc)</i> , n° 31414/96, 12 janvier 1999.....	85
<i>Kaya c. Turquie</i> , n° 22729/93, 19 février 1998.....	273
<i>Kiyutin c. Russie</i> , n° 2700/10, 10 mars 2011.....	74
<i>Koua Poirrez c. France</i> , n° 40892/98, 30 septembre 2003.....	281, 330
<i>Kučera c. Slovaquie</i> , n° 48666/99, 17 juillet 2007.....	273
<i>Kudła c. Pologne</i> [GC], n° 30210/96, 26 octobre 2000.....	147, 149
<i>Kuduzović c. Slovénie (déc)</i> , n° 60723/00, 17 mars 2005.....	85
<i>Kurić et autres c. Slovénie</i> [GC], n° 26828/06, 26 juin 2012.....	62, 78
<i>Liu c. Russie</i> , n° 42086/05, 6 décembre 2007.....	63
<i>Longa Yonkeu c. Lettonie</i> , n° 57229/09, 15 novembre 2011.....	216, 242

<i>Louled Massoud c. Malte</i> , n° 24340/08, 27 juillet 2010.....	246
<i>Luczak c. Pologne</i> , n° 77782/01, 27 novembre 2007 .....	329
<i>M. et autres c. Bulgarie</i> , n° 41416/08, 26 juillet 2011.....	236
<i>M.A. c. Chypre</i> , n° 41872/10, 23 juillet 2013.....	126
<i>M.S. c. Royaume-Uni</i> , n° 24527/08, 3 mai 2012.....	249
<i>M.S.S. c. Belgique et Grèce</i> [GC], n° 30696/09, 21 janvier 2011 .....	90, 119, 140, 144, 147, 151, 157, 158, 163, 249, 256, 267, 316
<i>M.Y.H. c. Suède</i> , n° 50859/10, 27 juin 2013.....	115
<i>Maaouia c. France</i> (déc), n° 39652/98, 12 janvier 1999.....	146
<i>Maaouia c. France</i> , n° 39652/98, 5 octobre 2000 .....	162
<i>Makaratzis c. Grèce</i> [GC], n° 50385/99, 20 décembre 2004.....	272
<i>Mamatkoulou et Askarov c. Turquie</i> [GC], n° 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005 .....	62, 71, 92, 129
<i>Mannai c. Italie</i> , n° 9961/10, 27 mars 2012.....	96
<i>Mastromatteo c. Italie</i> [GC], n° 37703/97, 24 octobre 2002.....	272
<i>Mathloom c. Grèce</i> , n° 48883/07, 24 avril 2012 .....	246
<i>Matsiukhina et Matsiukhin c. Suède</i> (déc), n° 31260/04, 21 juin 2005.....	108
<i>Matthews c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 24833/94, 18 février 1999 .....	22
<i>McCann et autres c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 18984/91, 27 septembre 1995.....	271, 272, 274
<i>Medvedyev et autres c. France</i> [GC], n° 3394/03, 29 mars 2010.....	56
<i>Mikolenko c. Estonie</i> , n° 10664/05, 8 octobre 2009.....	215, 217, 224, 236, 245
<i>Mohamed c. Autriche</i> , n° 2283/12, 6 juin 2013 .....	157
<i>Mohamed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie</i> (déc), n° 27725/10, 2 avril 2013 .....	157
<i>Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique</i> , n° 13178/03, 12 octobre 2006 .....	217, 249, 249, 255
<i>Muminov c. Russie</i> , n° 42502/06, 11 décembre 2008.....	105, 109
<i>Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique</i> , n° 41442/07, 19 janvier 2010.....	217, 249, 249
<i>N. c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 26565/05, 27 mai 2008 .....	90, 103
<i>N. c. Suède</i> , n° 23505/09, 20 juillet 2010 .....	108
<i>NA. c. Royaume-Uni</i> , n° 25904/07, 17 juillet 2008 .....	67, 102, 124
<i>Nachova et autres c. Bulgarie</i> [GC], n°s 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005.....	272
<i>Nada c. Suisse</i> [GC], n° 10593/08, 12 septembre 2012 .....	47
<i>Nolan et K. c. Russie</i> , n° 2512/04, 12 février 2009 .....	51, 220, 222
<i>Nowak c. Ukraine</i> , n° 60846/10, 31 mars 2011.....	216, 251
<i>Nuñez c. Norvège</i> , n° 55597/09, 28 juin 2011.....	170, 187

<i>O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni</i> , n° 34848/07, 14 décembre 2010.....	169, 177
<i>Omojudi c. Royaume-Uni</i> , n° 1820/08, 24 novembre 2009.....	173
<i>Omwenyeki c. Allemagne</i> (déc), n° 44294/04, 20 novembre 2007 .....	65, 224
<i>Onur c. Royaume-Uni</i> , n° 27319/07, 17 février 2009.....	186
<i>Opuz c. Turquie</i> , n° 33401/02, 9 juin 2009.....	342, 356
<i>Osman c. Danemark</i> , n° 38058/09, 14 juin 2011.....	171, 193
<i>Osman c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 23452/94, 28 octobre 1998 .....	272
<i>Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni</i> , n° 8139/09, 17 janvier 2012.....	90, 114, 128, 129
<i>Peers c. Grèce</i> , n° 28524/95, 19 avril 2001 .....	256
<i>Phull c. France</i> (déc), n° 35753/03, 11 janvier 2005.....	50
<i>Ponomaryovi c. Bulgarie</i> , n° 5335/05, 21 juin 2011 .....	280, 309
<i>Popov c. France</i> , n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012 .....	236, 249
<i>Powell c. Royaume-Uni</i> (déc), n° 45305/99, 4 mai 2000 .....	324
<i>Pretty c. Royaume-Uni</i> , n° 2346/02, 29 avril 2002 .....	172, 353
<i>Price c. Royaume-Uni</i> , n° 33394/96, 10 juillet 2001.....	249
<i>R.C. c. Suède</i> , n° 41827/07, 9 mars 2010.....	107, 108
<i>Rachwalski et Ferenc c. Pologne</i> , n° 47709/99, 28 juillet 2009.....	273
<i>Rahimi c. Grèce</i> , n° 8687/08, 5 avril 2011 .....	341, 343, 348
<i>Raimondo c. Italie</i> , n° 12954/87, 22 février 1994.....	221
<i>Ramsahai et autres c. Pays-Bas</i> [GC], n° 52391/99, 15 mai 2007 .....	264, 274
<i>Ramzy c. Pays-Bas</i> , n° 2542/05, 20 juillet 2010 .....	90
<i>Rantsev c. Chypre et Russie</i> , n° 25965/04, 7 janvier 2010.....	61, 69, 217, 222, 249, 255, 342, 351
<i>Riad et Idiab c. Belgique</i> , n°s 29787/03 et 29810/03, 24 janvier 2008.....	51, 222
<i>Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas</i> , n° 50435/99, 31 janvier 2006.....	169, 187, 205
<i>Rusu c. Autriche</i> , n° 34082/02, 2 octobre 2008.....	216, 241
<i>Ryabikin c. Russie</i> , n° 8320/04, 19 juin 2008.....	114, 122
<i>S. et Marper c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 30562/04, 4 décembre 2008.....	269
<i>S.D. c. Grèce</i> , n° 53541/07, 11 juin 2009 .....	218, 249, 254, 256
<i>S.F. et autres c. Suède</i> , n° 52077/10, 15 mai 2012 .....	105, 108
<i>S.H.H. c. Royaume-Uni</i> , n° 60367/10, 29 janvier 2013 .....	103
<i>S.P. c. Belgique</i> (déc), n° 12572/08, 14 juin 2011.....	238
<i>Saadi c. Italie</i> [GC], n° 37201/06, 28 février 2008.....	89, 96, 107, 109, 114, 122

<i>Saadi c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 13229/03, 29 janvier 2008 .....	61, 65, 215, 217, 231, 240, 241, 242, 252
<i>Salah Sheekh c. Pays-Bas</i> , n° 1948/04, 11 janvier 2007 .....	90, 96, 101, 107
<i>Saleck Bardi c. Espagne</i> , n° 66167/09, 24 mai 2011 .....	161
<i>Savridin Dzhurayev c. Russie</i> , n° 71386/10, 25 avril 2013 .....	62, 72
<i>Sen c. Pays-Bas</i> , n° 31465/96, 21 décembre 2001 .....	171, 192
<i>Siatkowska c. Pologne</i> , n° 8932/05, 22 mars 2007 .....	163
<i>Singh c. République tchèque</i> , n° 60538/00, 25 janvier 2005 .....	217, 243
<i>Singh et autres c. Belgique</i> , n° 33210/11, 2 octobre 2012 .....	108
<i>Slivenko c. Lettonie</i> [GC], n° 48321/99, 9 octobre 2003 .....	85
<i>Soering c. Royaume-Uni</i> , n° 14038/88, 7 juillet 1989 .....	89, 96
<i>Stamose c. Bulgarie</i> , n° 29713/05, 27 novembre 2012 .....	47
<i>Sufi et Elmi c. Royaume-Uni</i> , n°s 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011 .....	67, 90, 91, 102, 104, 109, 109, 115
<i>Sultani c. France</i> , n° 45223/05, 20 septembre 2007 .....	127
<i>Suso Musa c. Malte</i> n° 42337/12, 23 juillet 2013 .....	61, 65, 215, 231
<i>Tais c. France</i> , n° 39922/03, 1 juin 2006 .....	264, 275
<i>Tanlı c. Turquie</i> , n° 26129/95, 10 avril 2001 .....	275
<i>Tarariyeva c. Russie</i> , n° 4353/03, 14 décembre 2006 .....	264, 275
<i>Timishev c. Russie</i> , n°s 55762/00 et 55974/00, 13 décembre 2005 .....	309
<i>Tomic c. Royaume-Uni</i> (déc), n° 17837/03, 14 octobre 2003 .....	124
<i>Udeh c. Suisse</i> , n° 12020/09, 16 avril 2013 .....	209
<i>Üner c. Pays-Bas</i> [GC], n° 46410/99, 18 octobre 2006 .....	173, 208
<i>Velikova c. Bulgarie</i> , n° 41488/98, 18 mai 2000 .....	272, 274
<i>Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni</i> , n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, 30 octobre 1991 .....	96, 124
<i>Wasilewski c. Pologne</i> (déc), n° 32734/96, 20 avril 1999 .....	281, 324, 329
<i>Weller c. Hongrie</i> , n° 44399/05, 31 mars 2009 .....	330
<i>Xhavera et autres c. Italie et Albanie</i> , n° 39473/98, 11 janvier 2001 .....	56
<i>Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique</i> , n° 10486/10, 20 décembre 2011 .....	228
<i>Z.N.S. c. Turquie</i> , n° 21896/08, 19 janvier 2010 .....	254

## **Jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme**

<i>Asiatiques d'Afrique orientale (personnes sous protection britannique) c. Royaume-Uni</i> (déc.), n°s 4715/70, 4783/71 et 4827/71, 6 mars 1978.....	53
<i>Famille K. et W. c. Pays-Bas</i> (déc.), n° 11278/84, 1 juillet 1985.....	85
<i>Jaramillo c. Royaume-Uni</i> (déc.), n° 24865/94, 23 octobre 1995.....	187
<i>Karus c. Italie</i> (déc), n° 29043/95, 20 mai 1998.....	280, 309
<i>Sorabjee c. Royaume-Uni</i> (déc), n° 23938/94, 23 octobre 1995.....	171, 187
<i>Stewart c. Royaume-Uni</i> (déc), n° 10044/82, 10 juillet 1984.....	271

## **Jurisprudence du Comité européen des droits sociaux**

<i>COHRE c. Croatie</i> , réclamation n° 52/2008, 22 juin 2010.....	317
<i>COHRE c. France</i> , réclamation n° 63/2010, 28 juin 2011.....	317
<i>COHRE c. Italie</i> , réclamation n° 58/2009, 25 juin 2010.....	318
<i>Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas</i> , réclamation n° 47/2008, 20 octobre 2009.....	75, 310, 318, 344
<i>Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) c. France</i> , réclamation n° 14/2003, 8 septembre 2004.....	75, 285, 324
<i>Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme (FMDH) c. Grèce</i> , réclamation n° 30/2005, 6 décembre 2006.....	288
<i>Forum européen des Roms et des Gens du Voyage c. France</i> , réclamation n° 64/2011, 22 janvier 2012.....	127

## **Jurisprudence du Comité des droits de l'homme**

<i>A c. Australie</i> , communication n° 560/1993, 30 avril 1997.....	240
<i>Ranjit Singh c. France</i> , communications n° 1876/2000 et 1876/2009, 22 juillet 2011.....	51

## **Jurisprudence des tribunaux nationaux**

Allemagne, <i>Bundesverfassungsgericht</i> , n° 56/2012, 18 juillet 2012.....	332
---	-----

Autriche, Cour constitutionnelle, ( <i>Österreichische Verfassungsgerichtshof</i> ), décision G31/98, G79/98, G82/98, G108/98 du 24 juin 1998 .....	148
France, Conseil d'État, <i>M et Mme Forabosco</i> , n° 190384, 9 juin 1999 .....	45
France, Conseil d'État, <i>M Hicham B</i> , n° 344411, 24 novembre 2010 .....	45
France, Conseil d'État, <i>M. A.</i> , n° 334040, 1 juillet 2011 .....	104
France, Conseil d'État, <i>M. Ghevondyan</i> , n° 356505, 4 juin 2012.....	73
Malte, <i>Abdul Hakim Hassan Abdulle Et c. Ministry tal-Gustizzja u Intern Et, Qorti Civili Prim'Awla</i> (Gurisdizzjoni Kostituzzjonali), n° 56/2007, 29 novembre 2011 .....	96
République tchèque, Cour constitutionnelle tchèque ( <i>Ústavní soud České republiky</i> ), décision n° 9/2010, Coll., janvier 2010.....	148
Royaume-Uni, <i>EM (Liban) c. Secretary of State for the Home Department</i> , [2008] UKHL 64, 22 octobre 2008.....	129
Royaume-Uni, Cour suprême, <i>WL (Congo) 1 &amp; 2 c. Secretary of State for the Home Department</i> <i>KM (Jamaica) c. Secretary of State for the Home Department</i> [2011] UKSC 12, 23 mars 2011.....	228
Royaume-Uni, <i>FGP c. Serco Plc &amp; Anor</i> , [2012] EWHC 1804 (Admin), 5 juillet 2012.....	273
Royaume-Uni, Cour suprême, <i>R (Quila and another) c. Secretary of State for the Home Department</i> [2011] UKSC 45, 12 octobre 2011 .....	176
Suisse, Tribunal fédéral suisse, décision <i>BGE 136 II 5</i> , 29 septembre 2009.....	181



# Liste de la jurisprudence pour la Suisse



## Arrêts du Tribunal fédéral publiés dans le Recueil officiel

ATF 139 I 16.....	172, 211, 212
ATF 139 I 145.....	210
ATF 139 I 325.....	211
ATF 139 II 393.....	62, 170, 197, 314
ATF 138 I 246.....	62, 76
ATF 137 I 23.....	252, 255
ATF 137 I 247.....	195
ATF 137 I 351.....	179
ATF 137 II 242.....	322
ATF 136 I 285.....	195
ATF 136 I 290.....	286
ATF 136 II 5.....	197
ATF 136 II 65.....	194, 196
ATF 136 II 78.....	194
ATF 136 II 113.....	205
ATF 135 II 105.....	225
ATF 135 II 128.....	321
ATF 135 II 377.....	210
ATF 134 I 92.....	225, 240
ATF 133 I 156.....	312
ATF 133 II 1.....	240
ATF 133 II 97.....	240
ATF 132 II 65.....	80
ATF 131 I 166.....	334, 336

ATF 130 II 113.....	197
ATF 130 II 377.....	225
ATF 130 IV 27.....	274
ATF 129 I 12.....	312
ATF 129 I 139.....	259
ATF 126 II 439.....	240
ATF 125 II 369.....	245
ATF 125 V 76.....	327
ATF 123 I 145.....	164
ATF 123 II 193.....	36, 52, 223
ATF 122 I 267.....	164
ATF 122 II 148.....	237
ATF 121 I 60.....	164
ATF 119 Ia 264.....	164
ATF 110 Ib 201 (Reneja II).....	200, 210
ATF 109 Ib 183 (Reneja I).....	172, 199, 200

#### **Autres arrêts du Tribunal fédéral**

Arrêt TF 2C_1013/2013 du 17 avril 2014.....	198
Arrêt TF 2C_390/2013 du 10 avril 2014.....	300
Arrêt TF 2C_757/2013 du 23 février 2014.....	314
Arrêt TF 2C_179/2014 du 21 février 2014.....	211
Arrêt TF 2C_546/2013 du 5 décembre 2013.....	201
Arrêt TF 2C_669/2012 du 5 mai 2013.....	206
Arrêt TF 2C_168/2013 du 7 mars 2013.....	237
Arrêt TF 2C_96/2012 du 18 septembre 2012.....	197
Arrêt TF 2C_190/2011 du 23 novembre 2011.....	315
Arrêt TF 2C_562/2011 du 21 novembre 2011.....	211
Arrêt TF 2C_364/2010 du 23 septembre 2010.....	196
Arrêt TF 2C_574/2010 du 15 novembre 2010.....	315
Arrêt TF 2C_216/2009 du 20 août 2009.....	205, 206
Arrêt TF 6S.365/2002 du 22 janvier 2004 (partiellement publié en tant que ATF 130 IV 27).....	274
Arrêt TF 2P.142/2003 du 7 novembre 2003.....	322

#### **Arrêts du Tribunal administratif fédéral publiés dans le Recueil officiel**

ATAF 2013/2.....	106
ATAF 2013/27.....	106, 110

ATAF 2013/36.....	122
ATAF 2012/5 .....	110
ATAF 2011/51 .....	91, 111, 116
ATAF 2011/49 .....	106
ATAF 2011/38.....	106
ATAF 2011/17 .....	106
ATAF 2011/23.....	341, 348
ATAF 2010/9 .....	110
ATAF 2010/17 .....	124
ATAF 2010/43.....	123
ATAF 2010/44.....	123
ATAF 2010/45.....	90, 120
ATAF 2010/57.....	110
ATAF 2009/2.....	106
ATAF 2008/12.....	114
ATAF 2007/31.....	110, 125, 357

#### **Autres arrêts du Tribunal administratif fédéral**

Arrêt TAF D-3622/2011 du 8 octobre 2014 .....	149
Arrêt TAF C-5819/2012 du 26 août 2014 .....	49
Arrêt TAF E-1928/2014 du 24 juillet 2014.....	349
Arrêt TAF E-2981/2012 du 20 mai 2014.....	110
Arrêt TAF C-4801/2012 du 11 juillet 2013.....	205
Arrêt TAF D-5906/2006 du 4 février 2010.....	357
Arrêt TAF E-5088/2007 du 7 décembre 2007 .....	350

#### **Décisions de la Commission suisse de recours en matière d'asile (aujourd'hui le Tribunal administratif fédéral a repris cette fonction)**

JICRA 2004 n°1.....	357
JICRA 2001 n°19.....	350
JICRA 1998 n°7.....	52
JICRA 1997 n°19.....	52
JICRA 1996 n°1.....	116
JICRA 1996 n°16.....	357
JICRA 1993 n°15.....	354

**Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) concernant la Suisse**

CourEDH, <i>M.A. c. Suisse</i> , n° 52589/13, 18 novembre 2014.....	110
CourEDH, <i>Tarakhel c. Suisse [GC]</i> , n° 29217/12, 4 novembre 2014.....	90, 119, 130, 140
CourEDH, <i>M.P.E.V et autres c. Suisse</i> , n° 3910/13, 8 juillet 2014.....	130, 160
CourEDH, <i>Udeh c. Suisse</i> , n° 12020/09, 16 avril 2013.....	209, 211
CourEDH, <i>Nada c. Suisse [GC]</i> , n° 10593/08, 12 septembre 2012.....	47
CourEDH, <i>Agraw c. Suisse</i> , n° 3295/06, 29 juillet 2010.....	76, 200
CourEDH, <i>Glor c. Suisse</i> , n° 13444/04, 30 avril 2009.....	353
CourEDH, <i>Boultif c. Suisse</i> , n° 54273/00, 2 aout 2001.....	172, 208, 209, 211
CourEDH, <i>Gül c. Suisse</i> , n° 23218/94, 19 février 1996.....	171, 192


# Comment consulter la jurisprudence des cours européennes ?



## **Cour européenne des droits de l'homme : base de données de jurisprudence HUDOC**

La **base de données HUDOC** donne accès gratuitement à la jurisprudence de la CourEDH, via l'adresse suivante : <http://HUDOC.echr.coe.int>.

Cette base de données est disponible en anglais et en français et met à disposition un moteur de recherche convivial permettant de retrouver facilement la jurisprudence recherchée.

Des tutoriels vidéo et des manuels d'utilisation sont disponibles sur la page d'**aide** d'HUDOC. Pour des détails et exemples sur l'utilisation des filtres et des champs de recherche, l'utilisateur peut placer sa souris sur les icônes  placées à droite de chaque outil de recherche dans HUDOC.

Les références à la jurisprudence comprises dans ce manuel donnent au lecteur des informations exhaustives lui permettant de retrouver facilement le texte complet des arrêts et décisions cités.

Avant d'entamer une recherche, veuillez noter que l'affichage par défaut reprend les arrêts de Grande chambre et de chambre dans l'ordre chronologique inverse de leur publication. Pour étendre la recherche à d'autres catégories de documents, tels que les décisions, l'utilisateur doit cocher la case correspondante dans le menu « **catégories de documents** » en haut, à gauche de l'écran.

La manière la plus simple d'accéder à des affaires est d'entrer le numéro de requête dans le champ « *numéro de requête* » de l'option « **recherche avancée** », en haut, à droite de l'écran, puis en cliquant sur « *rechercher* ».

Pour accéder à une jurisprudence plus large relative à d'autres sujets, par exemple les questions liées à l'asile, l'utilisateur peut utiliser le **champ de recherche** arborant une loupe, à droite dans le bandeau supérieur de l'écran. Dans ce champ, l'utilisateur peut lancer une recherche dans les textes à partir :

- d'un mot (asile ou réfugiés, par exemple) ;
- d'une expression (« *demandeurs d'asile* », par exemple) ;
- du titre d'une affaire ;
- de l'État ; ou
- d'une chaîne booléenne (étrangers NEAR séjour, par exemple).

Pour aider l'utilisateur à réaliser une recherche texte, la **recherche booléenne simple** est mise à disposition en cliquant sur la flèche apparaissant dans le **champ de recherche**. Cet outil offre six possibilités de recherche : « *ce mot ou cette expression exact(e)* » ; « *tous les mots suivants* » ; « *l'un des mots suivants* » ; « *aucun des mots suivants* » ; « *proche de ces mots* » et « *recherche booléenne* ».

Une fois sur la page de résultats, l'utilisateur peut restreindre facilement ces derniers à l'aide des filtres proposés dans le menu « **filtres** » à gauche de l'écran, en fonction des langues ou de l'État, par exemple. Les filtres peuvent être utilisés seuls ou combinés, pour des résultats encore plus ciblés. Le filtre « *mots-clés* » peut être utile, car il propose souvent des termes issus du texte de la CEDH et est souvent lié directement au raisonnement et aux conclusions de la Cour.

**Exemple :** pour consulter la jurisprudence de la Cour relative aux expulsions de demandeurs d'asile exposant ces derniers à un risque de torture ou de peine ou traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH :

- 1) l'utilisateur entre l'expression « *demandeurs d'asile* » dans le champ de recherche et clique sur le bouton bleu « *rechercher* » ;

- 2) sur la page de résultats, il sélectionne ensuite « 3 » dans le filtre « *violation* » du menu « **filtres** » pour ne plus afficher que les résultats en lien avec une violation de l'article 3 ; et
- 3) enfin, il peut sélectionner des mots-clés pertinents sous le filtre « *mots-clés* » pour n'afficher plus que les résultats pertinents concernant l'article 3, en utilisant par exemple la chaîne de mots-clés « (Art. 3) *Interdiction de la torture* ».

Pour les affaires plus importantes, un résumé juridique est disponible dans HUDOC. Ce résumé comprend un chapeau descriptif, ainsi qu'un bref exposé des faits et du droit, s'attardant particulièrement sur les points représentant un intérêt juridique. Si un résumé existe, un lien « Résumés juridiques » apparaîtra dans les résultats, avec le lien vers le texte de l'arrêt ou de la décision. L'utilisateur peut également rechercher exclusivement les résumés juridiques en cochant la case « *résumés juridiques* » dans le menu « **catégories de documents** ».

Si des traductions non officielles d'une affaire existent, un lien « Versions linguistiques » apparaîtra dans les résultats, avec le lien vers le texte de l'arrêt ou de la décision. HUDOC propose également des liens vers des sites web extérieurs hébergeant d'autres traductions de la jurisprudence de la CourEDH. Pour plus d'informations, le lecteur est prié de se référer à la page d'aide d'HUDOC, sous l'intitulé « *versions linguistiques* ».

### **Cour de justice de l'Union européenne : base de données de jurisprudence CURIA**

La **base de données de jurisprudence CURIA** donne accès gratuitement à la jurisprudence de la CJCE/CJUE, via l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu>.

Le moteur de recherche est disponible dans toutes les langues officielles de l'UE<sup>580</sup>. La langue peut être sélectionnée en haut et à droite de l'écran. Le moteur de recherche permet de rechercher des informations dans tous les documents liés aux anciennes affaires et aux affaires en instance de la Cour, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique.

580 Langues disponibles depuis le 30 avril 2004 : allemand, anglais, danois, espagnol, finnois, français, grec, italien, néerlandais, portugais et suédois ; depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004 : estonien, hongrois letton, lituanien, polonais, slovaque, slovène et tchèque ; depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 : bulgare et roumain ; depuis le 30 avril 2007 : maltais ; et depuis le 31 décembre 2011 : irlandais. Les règlements n° 920/2005 et n° 1257/2010 fixent des dérogations temporaires. Le droit dérivé en vigueur à la date de l'accession de la Croatie est en cours de traduction vers le croate et sera publié progressivement dans l'édition spéciale du Journal officiel de l'Union européenne.

Un document d'aide est disponible à l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu/common/juris/fr/aideGlobale.pdf#>. Chaque champ de recherche possède également une page d'aide accessible en cliquant sur le point d'interrogation situé devant le champ. Ces pages comprennent des informations utiles pour permettre à l'utilisateur d'utiliser au mieux l'outil.

La manière la plus simple de consulter une affaire donnée est d'entrer le numéro complet de l'affaire dans le champ « **numéro d'affaire** », puis de cliquer sur le bouton vert « *rechercher* ». Il est également possible de retrouver une affaire à partir d'une partie seulement de son numéro. En entrant par exemple « 122 » dans le champ « **numéro d'affaire** », l'utilisateur aura accès à toutes les affaires n° 122 de toutes les années devant la Cour, le Tribunal et/ou le Tribunal de la fonction publique.

S'il le désire, l'utilisateur peut également rechercher une affaire à partir de son nom courant en utilisant le champ « **nom des parties** ». Les noms des affaires se composent généralement de la forme simplifiée des noms des parties.

Il existe au total 16 champs de recherche multifonctionnels permettant de restreindre les résultats des recherches. Les différents champs de recherche sont faciles d'utilisation et peuvent être combinés de différentes manières. Ils proposent souvent des listes de recherche accessibles en cliquant sur l'icône et en sélectionnant les termes de recherche disponibles.

Pour des recherches plus générales, le champ « **texte** » permet de lancer une recherche à partir de mots-clés dans tous les documents publiés dans les recueils (Rec.) de la Cour depuis 1954 et dans les recueils de la jurisprudence « *Fonction publique* » (Rec. FP) depuis 1994.

Pour des recherches plus ciblées en fonction de domaines particuliers, l'utilisateur peut employer le champ « **matières** ». Pour cela, il doit cliquer sur l'icône située à droite du champ et sélectionner dans la liste la ou les matière(s) qui l'intéressent. Les résultats de recherche seront alors présentés sous la forme d'une liste alphabétique d'une sélection de documents liés aux questions juridiques abordées dans les décisions de la Cour, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique et dans les conclusions de l'avocat général.

Le site web CURIA propose également les autres outils ci-dessous aux fins de consultation de la jurisprudence.

« **Accès numérique** » : cette section permet de retrouver une information pour chacune des affaires introduites devant la Cour, le Tribunal ou le Tribunal de la fonction publique. Les affaires sont présentées en ordre numérique, en fonction de leur dépôt aux greffes respectifs. Elles peuvent être consultées en cliquant sur leurs numéros respectifs. La section « *accès numérique* » est disponible à l'adresse suivante : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7045/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7045/).

« **Répertoire de jurisprudence** » : cette section regroupe, de manière systématique, les sommaires de la jurisprudence reprenant les points de droit essentiels soulevés dans les décisions. Ces résumés se basent le plus fidèlement possible sur le texte même des décisions. La section « *répertoire* » est disponible à l'adresse suivante : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7046/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/).

« **Notes de doctrine aux arrêts** » : cette rubrique contient les références aux notes de doctrine relatives aux arrêts de la Cour de justice, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique depuis leur création. Les arrêts sont classés, pour chaque juridiction, par ordre de numéro d'affaire, tandis que les références aux notes sont classées par ordre chronologique de parution. Les références sont données dans leur langue originale. La section « *notes de doctrine aux arrêts* » est disponible à l'adresse suivante : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7083/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7083/).

« **Base de données de jurisprudence nationale** » : cette base de données extérieure est accessible à partir du site web CURIA. Elle donne accès aux jurisprudences nationales pertinentes concernant le droit de l'UE. Elle se base sur une collection de jurisprudence des juridictions des États membres de l'UE sur la base d'un dépouillement sélectif de revues juridiques et de contacts directs avec de nombreuses juridictions nationales. La « *base de données de jurisprudence nationale* » est disponible en anglais et en français, à l'adresse suivante : [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7062/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7062/).



# Tableau des instruments de l'UE et accords sélectionnés



## Instruments de l'UE

	Titre
<b>Asile</b>	
<i>Règlement Dublin (UE) n° 604/2013</i>	Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 31-59.
<i>Règlement Dublin (CE) n° 343/2003</i>	Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25 février 2003, p. 1-10.
<i>Règlement Eurodac (UE) n° 603/2013</i>	Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 1-30.

<i>Règlement Eurodac (CE) n° 2725/2000</i>	Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, JO L 316 du 15 décembre 2000, p. 1-10.
<i>Directive sur les conditions d'accueil (2013/33/UE)</i>	Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 96-116.
<i>Directive sur les conditions d'accueil (2003/9/CE)</i>	Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO L 31 du 6 février 2003, p. 18-25.
<i>Directive relative aux procédures d'asile (2013/32/UE)</i>	Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale, JO L 180 du 29 juin 2013, p. 60-95.
<i>Directive relative aux procédures d'asile (2005/85/CE)</i>	Directive 2005/85/CE du Conseil du 1 <sup>er</sup> décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO L 326 du 13 décembre 2005, p. 13-34.
<i>Directive « qualification » (2011/95/UE)</i>	Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JO L 337 du 20 décembre 2011, p. 9-26.
<i>Directive « qualification » (2004/83/CE)</i>	Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304 du 30 septembre 2004, p. 12-23.
<b>Traite des êtres humains</b>	
<i>Directive relative à la prévention de la traite des êtres humains (2011/36/UE)</i>	Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JO L 101 du 15 avril 2011, p. 1-11.
<i>Directive relative au titre de séjour délivré aux victimes de la traite des êtres humains (2004/81/CE)</i>	Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261 du 6 août 2004, p. 19-23.

<b>Frontières</b>	
<i>Règlement (UE) n° 1053/2013</i>	Règlement (UE) n° 1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d'un mécanisme d'évaluation et de contrôle destiné à vérifier l'application de l'acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d'une commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, Journal officiel n° L 295 du 6 novembre 2013 p. 27-37.
<i>Règlement Eurosur (UE) n° 1052/2013</i>	Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières (Eurosur), Journal officiel n° L 295 du 6 novembre 2013 p. 11-26.
<i>Règlement SIS II (CE) n° 1987/2006</i>	Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 381 du 28 décembre 2006, p. 4-23.
<i>Décision SIS II, 2007/533/JAI</i>	Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 205 du 7 août 2007, p. 63-84.
<i>Décision 2013/158/UE du Conseil</i>	Décision du Conseil du 7 mars 2013 fixant la date d'application du règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 87 du 27 mars 2013, p. 10-11.
<i>Décision 2013/157/UE du Conseil</i>	Décision du Conseil du 7 mars 2013 fixant la date d'application de la décision 2007/533/JAI sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JO L 87 du 27 mars 2013, p. 8-9.
<i>Règlement (CE) n° 562/2006 (Code frontières Schengen)</i>	Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JO L 105 du 13 avril 2006, p. 1-32.
<i>Règlement (UE) n° 610/2013</i>	Règlement (UE) n° 610/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), la convention d'application de l'accord de Schengen, les règlements (CE) n° 1683/95 et (CE) n° 539/2001 du Conseil et les règlements (CE) n° 767/2008 et (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil, JO L 182 du 29 juin 2013, p. 1-18.
<i>Règlement (UE) n° 1051/2013</i>	Règlement (UE) n° 1051/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, JO L 295 du 6 novembre 2013, p. 1-10.

<i>Décision n° 2010/252/UE du Conseil annulée par CJUE C355/10</i>	Décision du Conseil du 26 avril 2010 visant à compléter le code frontières Schengen en ce qui concerne la surveillance des frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 111 du 4 mai 2010, p. 20–26.
<i>Règlement Frontex (CE) n° 2007/2004</i>	Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 349, 25 novembre 2004, p. 1–11.
<i>Règlement (UE) n° 1168/2011</i>	Règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JO L 304 du 22 novembre 2011, p. 1–17.
<i>Règlement (CE) n° 863/2007</i>	Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 30–39.
<b>Visa</b>	
<i>Règlement (CE) n° 810/2009 (Code des visas)</i>	Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas), JO L 243 du 15 septembre 2009, p. 1–58.
<i>Règlement VIS (CE) n° 767/2008</i>	Règlement (CE) n° 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS), JO 2008 L 218 du 13 août 2008, p. 60–81.
<i>Règlement (CE) n° 539/2001 relatif aux visas</i>	Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JO L 81 du 21 mars 2001, p. 1–7.
<b>Migration irrégulière et retour</b>	
<i>Directive relative aux sanctions à l'encontre des employeurs (2009/52/CE)</i>	Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 168 du 30 juin 2009, p. 24–32.
<i>Directive retour (2008/115/CE)</i>	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, JO L 348 du 24 décembre 2008, p. 98–107.

<i>Décision du Conseil 2004/573/CE</i>	Décision du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux États membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement sur le territoire de deux États membres ou plus, JO L 261 du 6 août 2004, p. 28-35.
<i>Directive relative à la facilitation (2002/90/CE)</i>	Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JO L 328 du 5 décembre 2002, p. 17-18.
<i>Directive relative aux sanctions à l'encontre des transporteurs (2001/51/CE)</i>	Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JO L 187 du 10 juillet 2001, p. 45-46.
<i>Résolution du Conseil sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance (97/C382/01)</i>	Résolution du Conseil du 4 décembre 1997 sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, JO C 382 du 16 décembre 1997, p. 1-3.
<b>Migration régulière</b>	
<i>Directive relative au permis unique (2011/98/UE)</i>	Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre, JO L 343 du 23 décembre 2011, p. 1-9.
<i>Directive sur la carte bleue européenne (2009/50/CE)</i>	Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, JO L 155 du 18 juin 2009, p. 17-29.
<i>Directive relative à la recherche scientifique (2005/71/CE)</i>	Directive 2005/71/CE du Conseil du 12 octobre 2005 relative à une procédure d'admission spécifique des ressortissants de pays tiers aux fins de recherche scientifique, JO L 289 du 3 novembre 2005, p. 15-22.
<i>Directive relative aux étudiants (2004/114/CE)</i>	Directive 2004/114/CE du Conseil du 13 décembre 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JO L 375 du 23 décembre 2004, p. 12-18.
<i>Directive relative aux résidents de longue durée (2003/109/CE)</i>	Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JO L 16 du 23 janvier 2004, p. 44-53.
<i>Directive 2011/51/UE</i>	Directive 2011/51/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 132 du 19 mai 2011, p. 1-4.

<i>Directive relative au regroupement familial (2003/86/CE)</i>	Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3 octobre 2003, p. 12-18.
<i>Règlement (CE) n° 1030/2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour</i>	Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JO L 157 du 15 juin 2002, p. 1-7.
<i>Règlement (CE) n° 380/2008</i>	Règlement (CE) n° 380/2008 du Conseil du 18 avril 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1030/2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JO L 115 du 29 avril 2008, p. 1-7.
<b>Libre circulation et égalité</b>	
<i>Règlement (UE) n° 492/2011</i>	Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 141 du 27 mai 2011, p. 1-12.
<i>Règlement (UE) n° 1231/2010</i>	Règlement (UE) n° 1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 visant à étendre le règlement (CE) n° 883/2004 et le règlement (CE) n° 987/2009 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces règlements uniquement en raison de leur nationalité, JO L 344 du 29 décembre 2010, p. 1-3.
<i>Règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des régimes de sécurité sociale</i>	Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour la Suisse), JO L 166 du 30 avril 2004, p. 1-123.
<i>Règlement (UE) n° 465/2012</i>	Règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour l'accord UE/Suisse), JO L 149 du 8 juin 2012, p. 4-10.
<i>Directive sur les qualifications professionnelles (2005/36/CE)</i>	Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 255 du 30 septembre 2005, p. 22-142.
<i>Règlement (UE) n° 623/2012</i>	Règlement (UE) n° 623/2012 de la Commission du 11 juillet 2012 modifiant l'annexe II de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 180 du 12 juillet 2012, p. 9-11.

<i>Directive relative à la liberté de circulation (2004/38/CE)</i>	Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77-123.
<i>Règlement (CEE) n° 1612/68</i>	Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO L 257 du 19 octobre 1968, p. 2-12.
<i>Directive relative aux travailleurs détachés (1996/71/CE)</i>	Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21 janvier 1997, p. 1-6.
<i>Directive sur l'égalité raciale (2000/43/CE)</i>	Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 22-26.

## Accords sélectionnés

	<b>Titre</b>
<i>Accord d'Ankara</i>	Protocole additionnel et protocole financier, signés le 23 novembre 1970, annexés à l'accord créant une association entre la Communauté économique européenne et la Turquie et relatif aux mesures à prendre pour leur entrée en vigueur – Acte final – Déclarations, JO L 293 du 29 décembre 1972, p. 3-56.
<i>Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985</i>	Acquis de Schengen – Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62.
<i>Accord sur l'Espace économique européen</i>	Accord sur l'Espace économique européen – Acte final – Déclarations communes – Déclarations des gouvernements des États membres de la Communauté et des états de l'AELE – Arrangements – Procès-verbal agréé – Déclarations de l'une ou de plusieurs des parties contractantes à l'accord sur l'Espace économique européen, JO L 1 du 3 janvier 1994, p. 3-522.
<i>Accord entre les Communautés européennes et la Confédération helvétique</i>	Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes – Acte final – Déclarations communes - Information relative à l'entrée en vigueur des sept accords conclus avec la Confédération suisse dans les secteurs de la libre circulation des personnes, du transport aérien et terrestre, des marchés publics, de la coopération scientifique et technologique, de la reconnaissance mutuelle de l'évaluation de la conformité et des échanges de produits agricoles, JO L 114 du 30 avril 2002, p. 6-72.



# Tableau des instruments de droit de la Suisse et accords sélectionnés



Numéro RS	Acronyme	Désignation abrégée	Titre de la norme
0.101	CEDH	Convention européenne des droits de l'homme	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue le 4 novembre 1950
0.105	CAT	Convention de l'ONU contre la torture	Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
0.107	CDE	Convention des droits de l'enfant	Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant
0.109	CRPD	Convention relative aux droits des personnes handicapées	Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées
0.103.1	ICESCR		Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
0.103.2	ICCPR		Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques
0.142.30		Convention de Genève de 1951	Convention du 28 juillet 1951 relative aux statuts des réfugiés
0.142.305			Accord européen du 16 octobre 1980 sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés
0.142.40			Convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides

Numéro RS	Acronyme	Désignation abrégée	Titre de la norme
0.362.31	AAS	Accord d'association à Schengen	Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen
0.311.543			Convention du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains
0.142.117.632			Convention d'établissement entre la Suisse et la Turquie conclue le 13 décembre 1930
0.142.117.635			Échange de lettres du 11 juin 1954 entre la Suisse et la Turquie concernant la suppression réciproque du visa
0.142.112.681	ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes
0.632.31	AELE	Convention AELE	Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE)
0.747.305.15			Convention des Nations Unies du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer
0.142.392.68	AAD	Accord d'association à Dublin	Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse
0.747.363.32	SOLAS		Convention internationale pour la Sauvegarde de la Vie Humaine en Mer, 1960
0.831.109.763.11			Arrangement administrative du 14 janvier 1970 concernant les modalités d'application de la Convention de sécurité sociale conclue entre la Suisse et la République de Turquie le 1er mai 1969
101	Cst.	Constitution fédérale	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

Numéro RS	Acronyme	Désignation abrégée	Titre de la norme
141.0	LN	Loi sur la nationalité	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse
142.20	LEtr	Lois sur les étrangers	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers
	P-LEtr		Modifications suite à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale (Développement de l'acquis de Dublin/Eurodac), pas encore en vigueur en 2014, FF 2014 2637
142.201	OASA		Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
142.203	OLCP	Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes	Ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne 1 et ses États membres, ainsi qu'entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange
142.204	OEV		Ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi de visas
142.281	OERE		Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers
142.31	LAsi		Loi du 26 juin 1998 sur l'asile
142.311	OA 1	Ordonnance 1 sur l'asile	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure
142.312	OA 2	Ordonnance 2 sur l'asile	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement
142.314	OA 3	Ordonnance 3 sur l'asile	Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile relative au traitement de données personnelles
142.318.1	OTest	Ordonnance sur les phases de test	Ordonnance du 4 septembre 2013 sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile

Numéro RS	Acronyme	Désignation abrégée	Titre de la norme
143.5	ODV		Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers
170.32	LRCF	Loi sur la responsabilité de la Confédération	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires
172.021	PA		Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative
173.110	LTF		Loi 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral
173.32	LTAF		Loi 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral
210	CC	Code civil	Code civil suisse du 10 décembre 1907
211.231	LPart	Loi sur le partenariat	Loi fédérale 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe
220	CO	Code des obligations	Code des obligations suisse du 30 mars 1911
221.215.311	LECC		Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail
291	LDIP		Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé
311.0	CP	Code pénal	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
312.2	Ltém		Loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la protection extraprocédurale des témoins
312.5	LAVI	Loi sur l'aide aux victimes	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions
351.1	EIMP	Loi sur l'entraide pénale internationale	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale
364	LUSC	Loi sur l'usage de la contrainte	Loi du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération
364.3	OLUSC	Ordonnance sur l'usage de la contrainte	Ordonnance du 12 novembre 2008 relative à l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération

Numéro RS	Acronyme	Désignation abrégée	Titre de la norme
822.41	LTN	Loi sur le travail au noir	Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir
823.20	LDét	Loi sur les travailleurs détachés	Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail
831.10	LAVS		Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants
831.20	LAI		Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité
831.30	LPC	Loi sur les prestations complémentaires	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI
831.40	LPP		Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
831.42	LFLP	Loi sur le libre passage	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
832.10	LAMal		Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie
832.102	OAMal		Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie
837.0	LACI	Loi sur l'assurance-chômage	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
851.1	LAS	Loi fédérale en matière d'assistance	Loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin





Notes :

**Acquis de Schengen (y compris les instruments énumérés dans « frontières et visas » et « migration illégale et retour »)**

Pour le **Danemark**, voir le protocole (n° 19) sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, article 3, et le protocole (n° 22) sur la position du Danemark. Pour le **Royaume-Uni**, voir le protocole (n° 21) sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice - le protocole (n° 19) sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, article 4, la décision du Conseil 2000/365/CE approuvant la demande du Royaume-Uni adoptée le 29 mai 2000 (JO L 131 de 2000, p. 43 à 47), et la décision du Conseil 2004/926/CE du 22 décembre 2004 sur l'application de certaines parties de l'acquis de Schengen par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 395 de 2004, p. 70 à 80).

Pour l'**Irlande**, voir le protocole (n° 21) sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; le protocole (n° 19) sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, article 4 ; et la décision du Conseil 2002/192/CE du 28 février 2002 relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen (JO L 64 de 2002, p. 20 à 23).

Pour la **Norvège** et l'**Islande**, voir le protocole (n° 19) sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne, article 6 ; l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, signé le 18 mai 1999 et entré en vigueur le 26 juin 2000 (JO L 176 de 1999, p. 36 à 62), et la décision du Conseil 1999/437/CE du 17 mai 1999 relative à certaines modalités d'application de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces États à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (JO L 176 de 1999, p. 31 à 33).

Pour la **Suisse**, voir l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, signé le 26 octobre 2004 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2008 (JO L 53 de 2008, pp. 52 à 79) et la décision du Conseil 2008/146/CE du 28 janvier 2008 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (JO L 53 de 2008, p. 1 à 2). Pour le **Liechtenstein**, voir le protocole entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en oeuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, signé le 28 février 2008 et entré en vigueur le 19 décembre 2011 (JO L 160 de 2011, p. 21 à 36).

**Application d'instruments spécifiques**

**Règlements Dublin et Eurodac**

Pour le **Danemark**, voir l'accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark concernant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers au Danemark ou dans tout autre État membre de l'Union européenne et le système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, signé le 10 mars 2005 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2006 (JO L 66 de 2006, p. 38 à 43) et la décision du Conseil 2006/188/CE du 21 février 2006 (JO L 66 de 2006, p. 37) ; en application de l'article 3 (2) du protocole susmentionné, le Danemark a notifié à la Commission européenne le 4 juillet 2013 qu'il appliquerait les deux règlements, à l'exception de la partie relative à l'application de la législation contenue dans le règlement Eurodac, qui nécessite des négociations séparées ;

pour l'**Islande** et la Norvège, voir l'accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre, en Islande ou en Norvège - Déclarations, signé le 19 janvier 2001 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001 (JO 2001 L 93, p. 40 à 47) et la décision du Conseil 2006/167/CE du 21 février 2006 (JO 2006 L 57, p. 15 à 18) ; l'Islande (le 23 juillet 2013) et la Norvège (le 12 juillet 2013) ont toutes deux notifié à la Commission européenne qu'elles appliqueraient les deux règlements, à l'exception de la partie relative à l'application de la législation contenue dans le règlement Eurodac, qui nécessite des négociations séparées ;

pour la **Suisse**, voir l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, signé le 26 octobre 2004 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002 (JO 2008 L53, p. 5 à 17) ; et la décision du Conseil 2008/147/CE du 28 janvier 2008 (JO 2008 L 53, p. 3 à 4) ; la Suisse a notifié à la Commission européenne le 14 août 2013 qu'elle appliquerait les deux règlements, à l'exception de la partie relative à l'application de la législation contenue dans le règlement Eurodac, qui nécessite des négociations séparées ;

pour le **Liechtenstein**, voir le protocole entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse, signé le 28 février 2008 et entré en vigueur le 19 décembre 2011 (JO 2011 L 160, p. 39 à 49) ; le Liechtenstein a notifié à la Commission européenne le 11 juillet 2013 qu'il appliquerait les deux règlements, à l'exception de la partie relative à l'application de la législation contenue dans le règlement Eurodac, qui nécessite des négociations séparées.

#### Code Frontières Schengen

Le Code Frontières Schengen s'applique à la Bulgarie, à la Roumanie et à Chypre, à l'exception du Titre III sur les frontières intérieures.

#### Règlements SIS II

Le règlement SIS II est devenu applicable à compter du 9 avril 2013, telle qu'établi par la décision 2013/158/UE du Conseil du 7 mars 2013.

La **Bulgarie** et la **Roumanie** ne pourront utiliser le SIS II à des fins de refus d'entrée qu'une fois que le Conseil aura accepté ces deux États membres dans la zone Schengen, mais elles ont accès au SIS II à des fins de coopération policière et judiciaire, en vertu de la décision relative au SIS II (2007/533/JAI) et décision 2010/365/UE du Conseil de juin 2010 sur l'application à la République de Bulgarie et à la Roumanie des dispositions de l'acquis de Schengen relatives au système d'information Schengen).

L'**Irlande** et le **Royaume-Uni** ne participent pas à l'adoption de la décision 2013/158/UE et ne sont pas liés par celle-ci, ni soumis à son application, seule donc la décision relative au SIS II sera applicable à l'Irlande et au Royaume-Uni (2007/533/JAI du 12 juin 2007).

#### Libre circulation et sécurité sociale

Pour le **Liechtenstein**, l'**Islande** et la **Norvège**, consulter l'annexe VI de l'accord sur l'Espace économique européen, telle que modifiée par les décisions du Comité mixte de l'EEE n° 76/2011 du 1<sup>er</sup> juillet 2011 (JO L 262 de 2011, p. 33 à 43) et n° 18/2012 du 10 février 2012 (JO L 161 de 2012, p. 24) ;

pour la **Suisse**, voir l'annexe II de l'accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, telle que mise à jour par la décision n° 1/2012 du Comité mixte institué par l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 31 mars 2012, remplaçant l'annexe II dudit accord sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (2012/195/UE) (JO L 103 de 2012, p. 51 à 59).

#### Application d'instruments spécifiques

Le **règlement (UE) n° 1231/2010** n'est pas applicable au **Royaume-Uni**, qui reste néanmoins lié par le règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité (JO L 124 de 2003, p. 1 à 3) ;

La **directive « qualification professionnelle »** (2005/36/UE), à l'exception du titre II, s'applique provisoirement à la Suisse conformément à la décision n° 2/2011 du Comité mixte UE-Suisse institué par l'article 14 de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 30 septembre 2011 en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) (2011/702/UE) (JO L 277 de 2011, p. 20 à 35).

La **directive relative aux travailleurs détachés** (96/71/CE) n'est pas applicable à la **Suisse**, qui doit néanmoins prévoir des règles similaires conformément à l'article 22 de l'annexe I de l'accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, signé le 21 juin 1999 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 (JO L 114 de 2002, p. 6 à 72).

## Annexe 2 : Applicabilité des conventions du Conseil de l'Europe

### Applicabilité des conventions du Conseil de l'Europe aux États membres de l'UE

	État membre de l'UE																											Total	
	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK		UK
Nombre total de ratifications/d'adhésions	7	9	7	8	6	8	9	7	7	9	8	8	8	7	9	10	7	10	7	8	9	6	9	9	8	9	8	7	7
CEDH	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 1 (propriété, éducation)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 4 (liberté de circulation, interdiction des expulsions collectives d'étrangers)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 6 (peine de mort)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 12 (discrimination)	s	s	x	✓	s	s	x	s	s	✓	✓	x	✓	s	s	s	x	✓	s	✓	✓	x	s	✓	x	✓	✓	x	✓
CEDH Protocole n° 13 (peine de mort)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Convention européenne d'assistance sociale et médicale (1953)	x	✓	x	x	x	✓	✓	✓	✓	✓	x	x	x	✓	✓	✓	x	✓	x	x	✓	x	x	x	✓	✓	x	x	✓
Convention européenne d'établissement (1955)	s	✓	x	x	x	✓	✓	x	✓	x	x	s	x	x	✓	✓	x	✓	x	x	✓	x	x	x	✓	x	x	x	✓
Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005)	✓	✓	✓	✓	x	✓	✓	s	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011)	s	s	x	x	x	s	x	x	s	s	s	s	s	x	x	✓	x	s	x	s	s	s	s	✓	x	s	s	s	✓

✓ = État partie / applicable

s = signé

x = non signé

## Applicabilité des conventions du Conseil de l'Europe aux autres États membres du Conseil de l'Europe

	Pays:	AD	AL	AM	AZ	BA	CH	GE	IS	LI	MC	MD	ME	MK	NO	RS	RU	SM	TR	UA	Total
	Nombre total de ratifications/d'adhésions	8	9	7	6	8	5	8	8	6	5	7	9	8	9	8	4	8	7	8	19
CEDH		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CEDH Protocole n° 1 (propriété, éducation)		✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	✓	✓	s	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	17
CEDH Protocole n° 4 (liberté de circulation, interdiction des expulsions collectives d'étrangers)		✓	✓	✓	✓	✓	x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	17
CEDH Protocole n° 6 (peine de mort)		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	✓	✓	18
CEDH Protocole n° 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers)		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	18
CEDH Protocole n° 12 (discrimination)		✓	✓	✓	s	✓	x	✓	s	s	x	s	✓	✓	s	✓	✓	✓	✓	✓	10
CEDH Protocole n° 13 (peine de mort)		✓	✓	s	x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	x	✓	✓	✓	16
Convention européenne d'assistance sociale et médicale (1953)		x	x	x	x	x	x	x	✓	x	x	x	x	x	✓	x	x	x	✓	x	3
Convention européenne d'établissement (1955)		x	x	x	x	x	x	x	s	x	x	x	x	x	✓	x	x	x	✓	x	2
Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005)		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	x	x	✓	✓	✓	✓	✓	x	✓	✓	✓	15
Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (2011)		s	✓	x	x	s	x	x	s	x	s	x	✓	s	s	s	x	x	✓	s	3

✓ = État partie / applicable      s = signé      x = non signé



	CSE (1996)														CSE (1961) et Protocole additionnel (1988)																
	ÉTAT	AT	BE	BG	CY	EE	FI	FR	HU	IE	IT	LT	LV	MT	NL	PT	RO	SE	SI	SK	CZ	DE	DK	EL	ES	HR	LU	PL	UK		
État membre de l'UE	14	24	17	15	20	26	31	17	27	30	24	26	20	30	31	17	23	29	25	15	15	15	18	21	22	15	16	10	14		
Nombre total accepté	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Article 17 - Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 18 - Droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres parties	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Article 19 - Droit des travailleurs migrants à la protection et à l'assistance	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Article 20 - Non-discrimination fondée sur le sexe	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 21 - Droit à l'information et à la consultation	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 22 - Droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 23 - Droit des personnes âgées à une protection sociale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 24 - Droit à la protection en cas de licenciement	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 25 - Droit à la protection en cas d'insolvabilité de l'employeur	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Article 26 - Droit à la dignité au travail	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Article 27 - Droit des travailleurs avant des responsabilités familiales	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Article 28 - Droit des représentants des travailleurs à la protection	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 29 - Droit à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 30 - Droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 31 - Droit au logement	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

✓ = accepté      0 = partiellement accepté      x = non accepté

✓ = accepté      0 = partiellement accepté      x = non accepté

Note : Les cellules jaunes indiquent les États qui ont uniquement ratifié la Convention de la CSE de 1996.

Acceptation des dispositions de la CSE par les autres États membres du Conseil de l'Europe qui ont ratifié la CSE

	CSE (1996)													CSE (1961)			
	Pays non membre de l'UE	AD	AL	AM	AZ	BA	GE	MD	ME	MK	NO	RS	RU	TR	UA	IS	
	Nombre total accepté																
Article 1 - Droit au travail	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 2 - Droit à des conditions de travail équitables	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 3 - Droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 4 - Droit à une rémunération équitable	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 5 - Droit syndical	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 6 - Droit de négociation collective	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 7 - Droit des enfants et des adolescents à la protection	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 8 - Droit des travailleuses à la protection en cas de maternité	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 9 - Droit à l'orientation professionnelle	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 10 - Droit à la formation professionnelle	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 11 - Droit à la protection de la santé	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 12 - Droit à la sécurité sociale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 13 - Droit à l'assistance sociale et médicale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 14 - Droit au bénéfice des services sociaux	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 15 - Droits des personnes handicapées	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 16 - Droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 17 - Droit des enfants et des adolescents à une protection sociale, juridique et économique	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 18 - Droit à l'exercice d'une activité lucrative sur le territoire des autres parties	0	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0	✓	✓	✓	✓	0	✓	✓	✓	✓
Article 19 - Droit des travailleurs migrants à la protection et à l'assistance	0	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0	0	0	0	0	0	✓	✓	✓	✓
Article 20 - Non-discrimination fondée sur le sexe	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 21 - Droit à l'information et à la consultation	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 22 - Droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 23 - Droit des personnes âgées à une protection sociale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 24 - Droit à la protection en cas de licenciement	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 25 - Droit à la protection en cas d'insolvabilité de l'employeur	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 26 - Droit à la dignité au travail	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 27 - Droit des travailleurs ayant des responsabilités familiales	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0	0	0	0	0	✓	✓	✓	✓	✓
Article 28 - Droit des représentants des travailleurs à la protection	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 29 - Droit à la consultation dans les procédures de licenciements collectifs	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 30 - Droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Article 31 - Droit au logement	0	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	0

Notes : Les cellules jaunes indiquent les États qui ont uniquement ratifié la Convention de la CSE de 1996. ✓ = accepté, 0 = partiellement accepté, x = non accepté

# Annexe 4 : Acceptation d'une sélection de Conventions des Nations Unies

## Acceptation d'une sélection de Conventions des Nations Unies par les États membres de l'UE

État membre de l'UE	AT	BE	BG	CY	CZ	DE	DK	EE	EL	ES	FI	FR	HR	HU	IE	IT	LT	LU	LV	MT	NL	PL	PT	RO	SE	SI	SK	UK	Total (28 États)	
Nombre total de ratifications/d'adhésions	15	13	15	13	14	15	12	13	14	13	14	13	14	15	12	14	13	14	14	13	14	13	15	15	14	14	15	15	28	
Convention sur les réfugiés apatrides	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	24
Convention relative au statut des cas d'apatridie	✓	✗	✓	✗	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗	✓	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	16	
ICERD	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
ICCPR	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
ICESCR	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
CEDAW	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
CAT	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
CAT - OP	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✗	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	21
CRC	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
CRC - OP1 (conflit armé)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	27
CCTO	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	28
CCTO - OP1 (trafic illicite de migrants)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	27
CCTO - OP2 (traite des personnes)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	27
CRPD	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	25

✓ = État partie / applicable s = signé ✗ = non signé

Acceptation d'une sélection de Conventions de Nations Unies par d'autres États membres du Conseil de l'Europe

	Pays	AD	AL	AM	AZ	BA	CH	GE	IS	LI	MC	MD	ME	MK	NO	RS	RU	SM	TR	UA	Total (19 pays)	
Nombre total de ratifications/d'adhésions	7																					
Convention sur les réfugiés		x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	x	✓	✓	✓	17
Convention relative au statut des apatrides		x	✓	✓	✓	✓	✓	x	x	✓	x	✓	✓	✓	✓	✓	x	x	x	✓	✓	13
Convention sur la réduction des cas d'apatridie		x	✓	✓	✓	x	x	x	x	✓	x	✓	x	x	✓	✓	x	x	x	✓	✓	9
ICERD		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
ICCPR		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
ICESCR		x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	18
CEDAW		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
CAT		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
CAT - OP		x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	x	✓	✓	✓	✓	✓	x	x	✓	✓	✓	14
CRC		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
CRC - OP1 (conflit armé)		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
CCTO		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	19
CCTO - OP1 (trafic illicite de migrants)		x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	s	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	17
CCTO - OP2 (traite des être humains)		x	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	18
CRPD		s	✓	✓	✓	✓	x	s	s	x	s	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	13

✓ = État partie / applicable s = signé x = non signé

- Convention sur les réfugiés - Convention des Nations Unies sur le statut des réfugiés (1951)
- Convention relative au statut des apatrides - Convention des Nations Unies relative au statut des apatrides (1954)
- Convention sur la réduction des cas d'apatridie - Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie (1961)
- ICCPR - Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)
- ICESCR - Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)
- CEDAW - Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)
- CAT - Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984)
- CAT - OP - Protocole facultatif se rapportant à la CAT (2002)
- CRC - Convention relative aux droits de l'enfant (1989)
- CRC - OP1 - Protocole facultatif à la CRC concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (2000)
- CRPD - Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006)
- CCTO - Convention contre la criminalité transnationale organisée (2000)
- CCTO - OP 1 - Protocole facultatif 1 à la CCTO contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air (2000)
- CCTO - OP 2 - Protocole facultatif 2 à la CCTO visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (2000)

## Annexe 5: Codes pays

Code	Pays
AD	Andorre
AL	Albanie
AM	Arménie
AT	Autriche
AZ	Azerbaïdjan
BA	Bosnie-Herzégovine
BE	Belgique
BG	Bulgarie
CH	Suisse
CY	Chypre
CZ	République tchèque
DE	Allemagne
DK	Danemark
EE	Estonie
EL	Grèce
ES	Espagne
FI	Finlande
FR	France
GE	Géorgie
HR	Croatie
HU	Hongrie
IE	Irlande
IS	Islande
IT	Italie

Code	Pays
LI	Liechtenstein
LT	Lituanie
LU	Luxembourg
LV	Lettonie
MC	Monaco
MD	Moldavie
ME	Monténégro
MK	Macédoine
MT	Malte
NL	Pays-Bas
NO	Norvège
PL	Pologne
PT	Portugal
RO	Roumanie
RS	Serbie
RU	Russie
SE	Suède
SI	Slovénie
SK	Slovaquie
SM	Saint-Marin
TR	Turquie
UA	Ukraine
UK	Royaume-Uni

Le droit suisse de l'asile et des étrangers s'est complexifié au cours de ces dernières années. Il est devenu de plus en plus difficile de s'orienter dans ses nombreuses ramifications. L'imbrication multiple du droit suisse avec le droit européen des migrations est une des causes centrales de cette complexité. Bien que la situation juridique en Suisse soit fortement marquée par le cadre juridique européen, il existe des disparités non négligeables entre les deux.

Dans le foisonnement de normes existantes, ce manuel propose une vue d'ensemble des normes principales européennes et suisses dans les domaines de l'asile, des frontières et de l'immigration. Articulé de façon thématique, le manuel présente de manière abordable les bases légales de l'Union européenne ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme dans ce domaine. Des explications sur le droit suisse des étrangers et de l'asile viennent compléter chaque chapitre et des tableaux offrent aux praticiennes et praticiens un accès rapide aux textes juridiques importants. L'application dans la pratique est illustrée grâce à de nombreux exemples de cas actuels.

