

Berne, le [Date]

Introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration

Rapport du Conseil fédéral
en réponse au postulat 20.4265 de la
Commission des affaires juridiques du Conseil
des États du 19 octobre 2020

Résumé

Le postulat 20.4265 « Introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration », déposé par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États le 19 octobre 2020, a chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport, après consultation des cantons, sur la nécessité et l'opportunité d'ajouter la surveillance électronique aux mesures de contrainte prévues par la législation sur les étrangers, en tenant notamment compte des expériences faites par les autres pays européens et en examinant d'autres solutions alternatives à la détention administrative.

Suivant la proposition du Conseil fédéral, le Conseil des États a accepté le postulat le 17 décembre 2020.

Le recours à la détention administrative et aux solutions alternatives à cette mesure étant du ressort des cantons, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a créé un groupe de travail nommé Electronic Monitoring pour procéder aux clarifications nécessaires ; placé sous sa direction, ce groupe était composé de représentants des autorités cantonales de migration et des autorités cantonales de police ainsi que de représentants de l'association Electronic Monitoring du Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (CSCSP). Les résultats de ces travaux ont ensuite fait l'objet d'une analyse au sein du Comité d'experts Retour et exécution des renvois. Eu égard aux compétences cantonales, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) et l'Association des services cantonaux de migration (ASM) ont également été consultées.

En conclusion, le groupe de travail et le comité d'experts estiment qu'il n'y a pas lieu d'instaurer la surveillance électronique dans le droit des étrangers. Cette mesure ne leur paraît pas opportune dans ce domaine. Le groupe de travail et le comité d'experts considèrent que la législation suisse en vigueur prévoit déjà suffisamment de solutions alternatives à la détention administrative. Ils recommandent néanmoins que soit créée dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) la base légale d'une mesure supplémentaire : l'obligation de présence, qui irait de pair avec l'assignation d'un lieu de résidence. La CCDJP et l'ASM adhèrent aux conclusions du groupe de travail et du comité d'experts.

En conséquence, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas opportun d'instaurer la surveillance électronique dans le droit des étrangers et qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire dans la loi une disposition en ce sens. Il considère en outre que les solutions alternatives à la détention administrative qui sont déjà prévues par la LEI – obligation de se présenter, assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée, notamment – sont mieux adaptées et plus opportunes. Toutefois, afin de donner aux autorités cantonales compétentes une plus grande marge de manœuvre dans les cas d'exécution du renvoi, le Conseil fédéral a l'intention de créer dans la LEI – suivant la recommandation du groupe de travail et du comité d'experts – la base légale d'une mesure supplémentaire : l'obligation de présence. Il soumettra donc à l'Assemblée fédérale, en temps voulu, un projet de loi à cet effet.

Sommaire

1	Postulat et procédure	6
1.1	Texte déposé	6
1.2	Procédure et consultation des cantons	6
2	Contexte	6
2.1	Déroulement de la procédure de retour	6
2.2	Détention administrative prévue par le droit des étrangers.....	7
2.3	Solutions alternatives à la détention administrative.....	8
3	Surveillance électronique	8
3.1	Objet et mode de fonctionnement.....	8
3.2	Champs d'application actuels	9
3.3	Cas de figure théoriques relevant du droit des étrangers dans lesquels envisager la surveillance électronique.....	9
3.4	Avantages et inconvénients d'une application au domaine du droit des étrangers	10
3.5	Comparaison à l'échelle de l'Europe	11
3.6	Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts	12
3.7	Positions de la CCDJP et de l'ASM.....	12
3.8	Position du Conseil fédéral et conclusion	13
4	Autres solutions alternatives à la détention administrative	13
4.1	Solutions alternatives existantes et pistes à explorer	13
4.2	Obligation de présence	13
4.3	Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts	14
4.4	Positions de la CCDJP et de l'ASM.....	14
4.5	Position du Conseil fédéral et conclusion	15
5	Appréciation générale et conclusion	15
1	Postulat et procédure	6
1.1	Texte déposé	6
1.2	Procédure et consultation des cantons	6
2	Contexte	6
2.1	Déroulement de la procédure de retour	6
2.2	Détention administrative prévue par le droit des étrangers.....	7
2.3	Solutions alternatives à la détention administrative.....	8
3	Surveillance électronique	8
3.1	Objet et mode de fonctionnement.....	8
3.2	Champs d'application actuels	9
3.3	Cas de figure théoriques relevant du droit des étrangers dans lesquels envisager la surveillance électronique.....	9
3.4	Avantages et inconvénients d'une application au domaine du droit des étrangers	10
3.5	Comparaison à l'échelle de l'Europe	11
3.6	Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts	12
3.7	Positions de la CCDJP et de l'ASM.....	12
3.8	Position du Conseil fédéral et conclusion	13
4	Autres solutions alternatives à la détention administrative	13
4.1	Solutions alternatives existantes et pistes à explorer	13
4.2	Obligation de présence	13

4.3	Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts	14
4.4	Positions de la CCDJP et de l'ASM	14
4.5	Position du Conseil fédéral et conclusion	15
5	Appréciation générale et conclusion	15

Liste des abréviations

ASM	Association des services cantonaux de migration
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
CFA	Centre fédéral pour requérants d'asile
CSCSP	Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales
CVR	Services-conseils en vue du retour
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
FRA	<i>European Union Agency for Fundamental Rights</i> (Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne)
HCR	Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
REM	Réseau européen des migrations
SEM	Secrétariat d'État aux migrations

1 Postulat et procédure

1.1 Texte déposé

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a déposé le postulat 20.4265 « Introduction du bracelet électronique dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration » le 19 octobre 2020. Le Conseil des États l'a accepté le 17 décembre 2020, suivant en cela la proposition du Conseil fédéral. Le texte de ce postulat est le suivant.

« Le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport, après consultation des cantons, sur la nécessité et l'opportunité d'ajouter la surveillance électronique aux mesures de contrainte prévues par la législation sur les étrangers. Il tiendra notamment compte des expériences faites par les pays européens et examinera d'autres solutions de substitution à la détention administrative en matière de mesures de contrainte applicables aux étrangers.

Il étudiera en outre si d'autres solutions alternatives à la détention administrative seraient plus pertinentes que le bracelet électronique et dans quelle mesure elles pourraient être mises en œuvre. »

1.2 Procédure et consultation des cantons

L'application des mesures de contrainte prévues par le droit des étrangers, c'est-à-dire notamment la détention administrative, est du ressort des cantons (voir le pt 2.2). Le postulat charge en outre le Conseil fédéral d'élaborer le présent rapport « après consultation des cantons ». Aussi le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a-t-il confié le traitement des questions à résoudre à un groupe de travail nommé Electronic Monitoring, placé sous sa direction et composé de représentants des autorités cantonales de migration et des autorités cantonales de police siégeant au Comité d'experts Retour et exécution des renvois (ci-après : comité d'experts), et de représentants de l'association Electronic Monitoring du Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales. Ce groupe de travail a procédé aux vérifications techniques nécessaires, à l'analyse des atouts et des risques que présente la surveillance électronique dans le domaine du droit des étrangers, et à l'appréciation de l'opportunité de son utilisation dans différents cas de figure. Les résultats de ces travaux ont aussi fait l'objet d'une analyse et d'une discussion approfondies au sein du comité d'experts.

Le présent projet de rapport a été envoyé en consultation et au groupe de travail et au comité d'experts, dont les avis et les réflexions sont exposés aux points 3.6 et 4.3. Eu égard aux compétences cantonales relatives aux mesures de contrainte relevant du droit des étrangers, il a aussi été présenté à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) et à l'Association des services cantonaux de migration (ASM), dont les positions sont exposées aux points 3.7 et 4.4.

2 Contexte

2.1 Déroulement de la procédure de retour

La politique de la Confédération en matière de retour vise avant tout à encourager le retour volontaire. Les personnes tenues de quitter la Suisse ont la possibilité de partir librement, dans les délais prescrits, en bénéficiant, si la loi le permet, de l'aide au retour, un ensemble de mesures destinées à faciliter le retour et la réintégration des intéressés dans leur pays d'origine ou de provenance. Ces mesures très diversifiées ont fait leurs preuves. Dans le domaine de l'asile, les services-conseils en vue du retour informent régulièrement les personnes concernées des prestations existantes, dès le début de leur séjour en centre fédéral pour requérants d'asile, et se tiennent à leur disposition à tout moment.

Ce n'est qu'une fois que la décision d'asile ou de renvoi est entrée en force que, si l'intéressé n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire, le renvoi est exécuté sous contrainte, pour autant que les rapatriements soient possibles dans le pays de provenance de la personne. L'exécution des renvois (comme celle des expulsions) relève, conformément à l'art. 46 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31) et à l'art. 69 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20), de la compétence des cantons. Conformément à l'art. 71 LEI, le Département fédéral de justice et police, en l'occurrence le SEM, assiste les cantons chargés de l'exécution, notamment par la collaboration à l'obtention des documents de voyage, l'organisation du voyage de retour et la coordination entre les cantons concernés et avec le Département fédéral des affaires étrangères.

L'art. 2a de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE ; RS 142.281) dispose que l'autorité compétente du canton ou le SEM « mène un entretien de départ avec l'intéressé, en règle générale après la notification de la décision de renvoi (...), mais au plus tard immédiatement après l'entrée en force de cette décision ». Cet entretien sert notamment à expliquer à la personne concernée la décision de renvoi, à clarifier et à documenter la disposition de cette personne à quitter la Suisse, à évaluer son état de santé sous l'angle de son aptitude au transport et à l'informer sur l'aide au retour. La personne concernée est par ailleurs tenue de se procurer des documents de voyage valables dans son pays d'origine. L'entretien de départ peut aussi servir, si nécessaire, à avertir l'intéressé de l'existence de mesures de contrainte au sens des art. 73 à 78 LEI (voir les pts 2.2 et 2.3).

Conformément à l'art 8, al. 4, LAsi et à l'art. 90, let. c, LEI, les personnes qui font l'objet d'une décision de renvoi exécutoire sont tenues de collaborer à l'obtention de documents de voyage valables. Si elles ne satisfont pas ou pas suffisamment à cette obligation légale, le SEM vérifie leur identité et leur nationalité en vertu de l'art. 3 OERE, qui lui permet de prendre contact à cet effet avec les représentations étrangères.

Si la personne concernée refuse de partir de son propre chef, son renvoi est exécuté sous contrainte. L'art. 28 de l'ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'usage de la contrainte (RS 364.3) prévoit à cet égard plusieurs niveaux d'exécution, qui vont de la simple escorte policière jusqu'à l'embarquement (niveau 1) au rapatriement par vol spécial (niveau 4) en passant par l'accompagnement policier sur un vol de ligne (niveaux 2 et 3). Le niveau 4 est ordonné lorsque la personne à rapatrier est susceptible d'opposer une forte résistance physique, notamment parce qu'elle a fait échouer une tentative de rapatriement antérieure par vol de ligne.

2.2 Détention administrative prévue par le droit des étrangers

Afin d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi, les cantons peuvent ordonner la détention administrative prévue par les art. 75 à 78 LEI si les conditions requises sont remplies. Conformément à l'art. 79 LEI, cette détention ne peut excéder 18 mois (12 pour les mineurs de 15 à 18 ans), mais il est extrêmement rare qu'elle atteigne cette durée : de 2019 à 2021, elle a duré en moyenne 27 jours¹. Il s'agit donc d'une détention très courte par rapport à une détention pénale.

Le tribunal cantonal des mesures de contrainte compétent vérifie la légalité et l'adéquation de la détention conformément aux art. 80 et 80a LEI. Conformément aux art. 80, al. 4, et 80a, al. 5, LEI, la détention administrative relevant du droit des étrangers est exclue pour les mineurs de moins de 15 ans.

La détention administrative prévue par le droit des étrangers est la seule mesure qui permette de garantir la présence des personnes à rapatrier le jour du départ. Selon l'État cible, les rapatriements par vol spécial peuvent être particulièrement coûteux et complexes à organiser pour les autorités

concernées, et ils ne peuvent en outre avoir lieu qu'à plusieurs mois d'intervalle. S'agissant des personnes à rapatrier par vol spécial, les conditions légales d'une détention administrative sont généralement remplies car ces personnes ont déjà par le passé choisi le passage à la clandestinité ou empêché, par leur comportement, leur rapatriement par un vol de ligne.

Au cours des trois dernières années, le taux de rapatriement des étrangers en détention administrative a atteint 79 %. Les 21 % restants ont été libérés de la détention. Avant la pandémie de COVID-19, qui a entraîné en 2020 de nombreuses libérations faute de perspectives d'exécution du renvoi ou de possibilités de départ, le taux de rapatriement était de 86 %. La détention administrative est donc une mesure efficace pour l'exécution des renvois : elle atteint le but que lui fixe la loi.

2.3 Solutions alternatives à la détention administrative

La LEI prévoit déjà de nombreuses solutions alternatives à la détention administrative. En vertu de son art. 64e, l'autorité compétente peut obliger les personnes frappées d'une décision de renvoi à :

- se présenter régulièrement à une autorité ;
- fournir des sûretés financières appropriées ;
- déposer des documents de voyage.

Ces obligations ne sont pas considérées comme des mesures de contrainte. Elles servent cependant à réduire le risque de passage à la clandestinité et peuvent être ordonnées à titre préventif alors que le délai imparti pour quitter le territoire n'a pas expiré. Comme elles constituent des mesures plus clémentes que la détention administrative prévue par le droit des étrangers, il faut les ordonner lorsqu'elles sont appropriées.

Par ailleurs, une personne tenue de quitter la Suisse peut, conformément à l'art. 74 LEI, se voir enjoindre de ne pas quitter le territoire qui lui est assigné (*assignation d'un lieu de résidence*) ou de ne pas pénétrer dans une région déterminée (*interdiction*). L'autorité compétente peut prononcer une assignation ou une interdiction au sens de l'art. 74, al. 1, let. b, LEI si l'étranger frappé d'une décision définitive de renvoi ou d'expulsion n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire, ou lorsque des éléments concrets font craindre qu'il ne quittera pas la Suisse dans le délai prescrit. L'assignation et l'interdiction sont des mesures de contrainte.

On trouvera au point 4 des réflexions sur un certain nombre d'autres solutions alternatives à la détention administrative.

3 Surveillance électronique

3.1 Objet et mode de fonctionnement

La surveillance électronique consiste à équiper la personne concernée d'un émetteur électronique (généralement à la cheville) qui permet, selon le profil de surveillance et la technique retenus, de vérifier dans quel lieu se trouve la personne : soit à son domicile à des heures déterminées (géolocalisation par radiofréquence), soit 24 heures sur 24 en tout lieu (géolocalisation par GPS).

La personne à surveiller est soumise à des règles claires, qu'elle s'engage à respecter. Elle s'engage aussi à coopérer avec les autorités. L'autorité qui a ordonné la mesure définit préalablement dans un plan d'exécution les actions à mener en cas de violation des règles ou de manipulation du dispositif. La surveillance électronique n'est donc pas une mesure isolée : elle est toujours ordonnée en relation avec d'autres mesures ou obligations.

Le système signale immédiatement toute violation des règles et toute manipulation des dispositifs techniques (émetteur, récepteur). Les organes impliqués interviennent alors selon les procédures préalablement définies. Le bracelet électronique est donc non pas un dispositif de sécurité, mais un instrument de surveillance.

Le type de surveillance diffère par le temps de réaction prévu pour traiter les avis générés par le système. Il peut prendre les formes suivantes : surveillance passive (gestion différée), surveillance active (gestion 24h /24, 7 jours /7) assurée par une centrale de surveillance, et surveillance active PLUS (gestion 24h /24, 7 jours /7 avec intervention policière automatique). La surveillance active nécessite une planification importante, qui implique un délai de mise en route relativement long. Le non-respect des règles par la personne surveillée génère de nombreux avis, avec à la clé une charge de travail alourdie et des frais supplémentaires. Quant au mode « active PLUS », qui représente une charge de travail encore plus lourde en raison des interventions policières prévues, il est réservé en Suisse à des cas exceptionnels.

3.2 Champs d'application actuels

Depuis la réforme du droit des sanctions, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, tous les cantons sont tenus de proposer la surveillance électronique au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté courte (de 20 jours à 12 mois) ou à la fin d'une peine privative de liberté longue². La loi prévoyait déjà le recours à la surveillance électronique pour les mesures de substitution³ depuis 2011, et pour l'interdiction de contact et l'interdiction géographique⁴ depuis 2015. Depuis le 1^{er} janvier 2022, les mesures de protection de droit civil contre la violence, les menaces et le harcèlement peuvent aussi, si le demandeur le requiert, faire l'objet d'une surveillance électronique, sur ordre du tribunal⁵.

La surveillance électronique porte sur les prescriptions suivantes :

- **Arrêts domiciliaires** : la personne surveillée doit se trouver à son domicile à certaines heures. Elle a le droit de le quitter à d'autres heures bien définies pour se rendre à son travail, chez le médecin, etc. Le non-respect des temps de présence et d'absence convenus est signalé par le système.
- **Interdiction de périmètre et assignation à périmètre** : la personne surveillée a l'interdiction de pénétrer dans des zones bien définies (interdiction de périmètre) ou d'en quitter d'autres (assignation à périmètre). Le système la prévient dès qu'elle s'approche des limites à ne pas franchir. Si elle les franchit, il émet un avis.
- **Interdiction de contact** : la personne surveillée a l'interdiction d'entrer en contact avec une certaine personne (victime), étant entendu que le système ne peut contrôler que les contacts physiques. Cette interdiction est généralement associée à une interdiction de périmètre. La victime peut elle aussi recevoir un dispositif de localisation à porter sur elle. Si la personne surveillée et la victime se rapprochent trop l'une de l'autre, le système génère un avis.

3.3 Cas de figure théoriques relevant du droit des étrangers dans lesquels envisager la surveillance électronique

Le bon fonctionnement de la surveillance électronique suppose la coopération de la personne concernée puisque celle-ci doit respecter les règles définies. Il convient donc de s'interroger sur le groupe des personnes auxquelles la surveillance électronique pourrait être appliquée dans le domaine du droit des étrangers.

⁵ Voir l'art. 28c du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210)

Les personnes coopératives, qui acceptent la décision de renvoi les concernant, quittent généralement la Suisse volontairement, dans les délais prescrits (voir le pt 2.1). Pour celles qui refusent un départ volontaire dans les délais, mais qui respectent en partie leur obligation de coopérer avec les autorités dans le cadre de la procédure de retour, il existe déjà des mesures plus légères que la détention administrative, notamment l'obligation de se présenter et l'assignation d'un lieu de résidence (voir le pt 2.2). La détention administrative prévue par le droit des étrangers est généralement ordonnée contre des personnes qui n'ont pas respecté les instructions des autorités, qui tentent d'empêcher l'exécution de leur renvoi en passant à la clandestinité ou en dissimulant leur identité, ou qui se montrent récalcitrantes, ce qui exclut d'emblée le recours à la surveillance électronique dans leur cas. L'expérience montre que ces personnes tenues de quitter le territoire sont nettement moins disposées à coopérer que celles qui exécutent une peine, par exemple. Rien ne permet de supposer qu'il en irait autrement si elles étaient placées sous surveillance électronique.

L'examen de différents cas de figure a montré que, dans le domaine du retour, la mesure ne pourrait être appliquée qu'à un groupe de personnes très restreint, et que, même chez ces personnes, sa valeur ajoutée serait relativement limitée (voir le pt 3.4). En pratique, la surveillance électronique pourrait être opportune dans les situations où la détention administrative est impossible parce que les conditions ne sont pas remplies, ou lorsqu'il a fallu mettre fin à la détention⁶. Cela concerne en particulier un petit nombre de cas dans lesquels la personne concernée fait l'objet d'une décision définitive d'expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} CP. La surveillance électronique aurait alors un effet renforçateur. Mais là aussi, il faudrait définir préalablement quelle mesure doit faire l'objet de la surveillance électronique (une assignation d'un lieu de résidence, une interdiction de pénétrer dans une région déterminée ou – pour autant que la LEI vienne à le prévoir – une autre prescription restreignant la liberté de mouvement telle que les arrêts domiciliaires). La surveillance électronique n'est pas une mesure isolée ; elle n'est pas en soi une solution alternative à la détention administrative (voir le pt 3.1).

3.4 Avantages et inconvénients d'une application au domaine du droit des étrangers

Le premier avantage de la surveillance électronique, c'est qu'elle permettrait de mieux surveiller le respect des prescriptions d'assignation ou d'interdiction, et aussi de constater plus vite l'éventuel passage à la clandestinité de la personne concernée. Dans ce dernier cas de figure, l'avis émis par le système pourrait, selon le type de surveillance, indiquer aux autorités le dernier endroit où a séjourné la personne avant de retirer ou de détruire l'émetteur.

Tant que la personne concernée respecte les règles, la surveillance électronique coûte moins cher que la détention administrative. C'est aussi, pour l'intéressé, une mesure plus légère et moins radicale.

Compte tenu du faible nombre de situations dans lesquelles le recours à la surveillance électronique pourrait être opportun dans le domaine du droit des étrangers, il y a lieu de se demander si cette nouvelle mesure apporterait une réelle valeur ajoutée en pratique ou si l'effort nécessaire pour l'instaurer ne serait pas disproportionné par rapport à son intérêt escompté. Il faut notamment prendre en considération le fait que, contrairement à la détention administrative, la surveillance électronique n'empêche pas le passage à la clandestinité car il est possible de se débarrasser du bracelet en le coupant ou en détruisant son fermoir de sécurité. Dans le domaine du retour, comme dans les autres domaines d'application, la surveillance électronique serait un instrument de surveillance et non un dispositif de sécurité.

La question se pose en outre de savoir comment traiter les avis générés par le système en cas de non-respect des prescriptions. L'intervention systématique des autorités policières serait impossible dans la

plupart des cantons, par manque de personnel. C'est la raison pour laquelle le mode de surveillance « active PLUS » n'est activé en Suisse que dans des cas exceptionnels, même dans les autres champs d'application (voir le pt 3.1). Or, les personnes tenues de quitter le territoire étant moins inclinées à coopérer, il est probable qu'elles généreraient nettement plus d'avis que celles qui exécutent une peine, par exemple.

L'intervention systématique de la police serait en outre disproportionnée s'agissant, d'une part, de la personne concernée et, de l'autre, des autorités chargées de l'exécution du renvoi. Aux yeux des autorités, l'intervention immédiate ne se justifierait en principe qu'en cas de rapatriement imminent (surtout si un vol spécial est prévu).

En principe également, les autorités considèrent les avis générés en cas de non-respect des règles comme relativement peu utiles. Les personnes concernées restant tenues de quitter le territoire tout en refusant de partir, elles ne seraient pas plus incitées à mieux coopérer. Les avis permettraient simplement d'ordonner une détention administrative en raison du risque avéré de passage à la clandestinité. Cela dit, en pratique, le non-respect de l'assignation d'un lieu de résidence (surtout si celui-ci se limite au territoire de la commune) se remarque généralement tôt ou tard dans le cadre d'un contrôle de police. La surveillance électronique n'apporterait qu'une plus-value limitée à cet égard ; tout au plus permettrait-elle de constater l'infraction plus tôt et donc d'ordonner plus rapidement une détention administrative.

Le coût de la surveillance électronique, de 50 à 65 francs par jour, est inférieur à celui de la détention administrative prévue par le droit des étrangers, que la Confédération subventionne à hauteur de 200 francs par jour pour les personnes relevant du domaine de l'asile, conformément à l'art. 15 OERE⁷. Les calculs de ce coût se basent toutefois sur l'hypothèse que les personnes concernées coopèrent avec les autorités et respectent les règles. Si tel n'est pas le cas, le système génère des avis, qui entraînent pour les services concernés (autorités migratoires, autorités d'encadrement et organes d'exécution de la surveillance électronique, notamment) une charge de travail et des frais supplémentaires. Ces effets seraient encore accrus sous le mode de surveillance « active PLUS », qui prévoit des interventions policières systématiques. Par ailleurs, les personnes contraintes de quitter la Suisse sont plus susceptibles de détruire leur bracelet électronique, ce qui générerait là aussi des frais supplémentaires importants : le coût de remplacement d'un appareil détruit varie entre 1000 et 4000 francs, selon le modèle.

Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)⁸, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA)⁹ et diverses ONG déconseillent le recours à la surveillance électronique dans le domaine du retour car ils considèrent que la mesure est particulièrement sévère et que son utilisation pénale peut provoquer une stigmatisation. Il convient toutefois de noter que la majorité des ONG, en particulier, se montrent également critiques à l'égard de la détention administrative, voire s'y opposent.

3.5 Comparaison à l'échelle de l'Europe

Un sondage réalisé à travers le *Réseau européen des migrations (REM)* a révélé que, actuellement, aucun autre pays européen ne recourt à la surveillance électronique comme solution alternative à la détention administrative dans le domaine du retour. Le *Luxembourg* est le seul à prévoir cette possibilité (à l'art. 22, par. 3, de sa loi du 18 décembre 2015 relative à la protection internationale et à la protection temporaire et à l'art. 125, par. 1, de sa loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration), mais elle n'a jamais été mise en pratique. La *France* avait créé en 2011 une disposition

permettant d'associer les arrêts domiciliaires à la surveillance électronique pour les parents tenus de quitter le territoire d'enfants mineurs, mais, cette possibilité n'ayant jamais servi, la disposition¹⁰ fut abrogée en 2016. En *Allemagne*, l'art. 56a de la loi sur le séjour des étrangers¹¹ permet d'imposer la surveillance électronique du lieu de séjour afin de prévenir les risques importants pour la sécurité intérieure ou pour la vie et l'intégrité de tiers, mais il s'agit là d'une mesure de sécurité publique et non d'une solution alternative à la détention administrative en prévision du retour.

3.6 Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts

Le groupe de travail et le comité d'experts estiment qu'il n'y a pas lieu d'instaurer la surveillance électronique dans le droit des étrangers. Cette mesure leur paraît inappropriée pour la plupart des situations impliquant des personnes contraintes de quitter la Suisse et, dans les rares cas de figure où elle pourrait être opportune, ils jugent qu'elle ne générerait qu'une valeur ajoutée faible ou tout au plus moyenne (en l'occurrence, la détection anticipée du non-respect de l'assignation d'un lieu de résidence ou de l'interdiction de pénétrer dans une région déterminée). Le coût de son instauration dans le domaine du retour est considéré comme nettement plus élevé que le bénéfice escompté.

Le groupe de travail et le comité d'experts font en outre remarquer que les rares cas de figure dans lesquels le recours à la surveillance électronique pourrait être opportun sont avant tout des cas dans lesquels il est impossible, en l'état actuel des choses, d'ordonner une détention administrative, ou dans lesquels il a fallu mettre fin à la détention. L'instauration de cette mesure ne libérerait par conséquent aucune place de détention et ne produirait aucune économie. Au contraire, la détection anticipée du non-respect d'une assignation ou d'une interdiction risque d'entraîner dans certains cas une mise en détention administrative plus précoce – ou une peine privative de liberté, conformément à l'art. 119, al. 1, LEI –, ce qui pourrait se traduire par une augmentation du taux d'occupation des places de détention et une hausse des coûts de détention. Les avis que déclencherait le non-respect des règles alourdiraient la charge de travail des autorités migratoires, des autorités d'encadrement et des autorités de police et, partant, le coût de la mesure, dans des proportions non prises en considération jusqu'ici dans les calculs des coûts des autres champs d'application. Néanmoins, le groupe de travail et le comité d'experts soulignent que les coûts de la surveillance électronique ne constituent pas une raison déterminante pour récuser la nécessité et l'opportunité de cette mesure dans le domaine des mesures de contrainte en matière de droit des étrangers.

Du point de vue du groupe de travail et du comité d'experts, le fait qu'aucun autre pays européen n'utilise la surveillance électronique comme solution alternative à la détention administrative dans le domaine du retour confirme notamment que cette mesure n'est pas appropriée et n'atteint pas son objectif dans ce domaine.

3.7 Positions de la CCDJP et de l'ASM

La CCDJP adhère aux conclusions du groupe de travail et du comité d'experts. À l'exception d'un canton, tous ses membres considèrent que l'introduction de la surveillance électronique dans le domaine du droit des étrangers n'est ni adaptée ni opportune. Ils soulignent notamment qu'il existe déjà suffisamment de solutions alternatives à la détention administrative en droit des étrangers et que l'introduction de la surveillance électronique impliquerait beaucoup de travail pour peu de résultats.

L'ASM partage l'avis selon lequel l'introduction de la surveillance électronique dans le domaine du droit des étrangers n'est ni adaptée ni opportune. Elle estime, au contraire, que cette mesure créerait de nouvelles difficultés et de nouvelles charges pour les autorités d'exécution. Tous les membres de l'ASM,

¹⁰ Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L562-1 (abrogé)

¹¹ *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz, AufenthG)*¹² Voir également l'étude du REM *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*, mai 2022, p. 18

un canton mis à part, considèrent que les conclusions du groupe de travail et du comité d'experts sont pertinentes.

3.8 Position du Conseil fédéral et conclusion

Au vu des conclusions du groupe de travail et du comité d'experts, le Conseil fédéral estime que la surveillance électronique n'est pas une mesure opportune dans le domaine du droit des étrangers et qu'il n'est donc pas nécessaire d'introduire dans la LEI une disposition légale en ce sens. Qui plus est, les autorités cantonales, qui seraient en fin de compte chargées d'appliquer la mesure, s'y opposent à une très large majorité.

4 Autres solutions alternatives à la détention administrative

4.1 Solutions alternatives existantes et pistes à explorer

La LEI prévoit déjà de nombreuses solutions alternatives à la détention administrative (voir le pt 2.3). En pratique, les cantons ordonnent fréquemment l'obligation de se présenter ou l'assignation d'un lieu de résidence comme mesures plus légères lorsque la détention administrative n'est ni appropriée ni proportionnée au but visé.

Le sondage réalisé par le REM (voir le pt 3.5) a révélé que la grande majorité des autres pays européens prévoient les mêmes solutions alternatives à la détention administrative que la Suisse, notamment l'obligation de se présenter, la fourniture de sûretés financières, le dépôt des documents de voyage, l'assignation d'un lieu de résidence ou des restrictions analogues de la liberté de mouvement. Certains (en particulier la France et le Luxembourg¹²) prévoient en outre les *arrêts domiciliaires*, soit à la place soit en plus de l'assignation d'un lieu de résidence, qu'ils surpassent en radicalité.

Étant donné qu'il n'existe pas au niveau européen (hormis les arrêts domiciliaires) de solutions alternatives à la détention administrative non encore employées par la Suisse, la marge de manœuvre relative à l'instauration de mesures supplémentaires est relativement étroite.

4.2 Obligation de présence

Inspirée des arrêts domiciliaires pratiqués par certains États européens (voir le pt 4.1), l'*obligation de présence* pourrait constituer une autre solution alternative à la détention administrative.

Elle pourrait être conçue de telle sorte que les personnes concernées soient obligées de séjourner dans l'hébergement qui leur a été assigné pendant des périodes définies (par ex., pendant six heures la nuit) afin qu'il soit possible de les localiser en vue de l'éventuelle exécution de leur renvoi. Cette mesure pourrait être appliquée dans toutes les structures d'hébergement (appartement, centre d'aide d'urgence, etc.) et n'impliquerait donc pas de déménagement pour la personne concernée, qui serait ainsi maintenue dans son environnement. Elle serait en outre plus légère et moins radicale pour l'intéressé que les arrêts domiciliaires, qui restreignent presque complètement sa liberté de mouvement pendant toute leur durée. Ce serait aussi un moyen de prendre en considération les grandes différences qui existent d'un canton à l'autre entre les structures d'hébergement qui accueillent les personnes attendant l'exécution de leur renvoi. Cette solution alternative à la détention administrative ne nécessitant en

¹² Voir également l'étude du REM *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*, mai 2022, p. 18

principe aucune infrastructure particulière, contrairement à la surveillance électronique, elle pourrait être mise en œuvre à peu de frais.

4.3 Conclusions du groupe de travail et du comité d'experts

Le groupe de travail et le comité d'experts considèrent que la législation suisse en vigueur prévoit déjà suffisamment de solutions alternatives à la détention administrative, les plus pratiques étant, dans les situations qui s'y prêtent, l'obligation de se présenter et l'assignation d'un lieu de résidence.

La première oblige la personne concernée à se présenter périodiquement au service cantonal des migrations afin d'entretenir des contacts réguliers avec les autorités. Le but est notamment d'informer en toute transparence la personne sur la procédure de retour, par exemple dans le cadre de nouveaux entretiens de départ, et de l'inciter à partir volontairement.

L'assignation d'un lieu de résidence est elle aussi plus légère que la détention administrative. Elle permet dans un premier temps d'assigner le canton tout entier, et de réduire le périmètre (au territoire de la commune, par ex.) en cas de manquement de la personne concernée à ses obligations. Cette approche progressive laisse à l'autorité compétente une possibilité de sévir sans avoir à ordonner directement la détention administrative.

Le groupe de travail et le comité d'experts recommandent néanmoins que soit créée dans la LEI la base légale d'une mesure alternative supplémentaire : l'obligation de présence, qui irait de pair avec l'assignation d'un lieu de résidence. Cette mesure contraindrait la personne concernée de demeurer chaque jour pendant certaines heures dans la structure d'hébergement qui lui a été assignée, quelle qu'elle soit. Ils estiment que cette mesure serait particulièrement adaptée aux mineurs et aux familles.

Le groupe de travail et le comité d'experts soulignent toutefois qu'aucune des solutions alternatives à la détention administrative ne permet d'exclure le passage de l'intéressé à la clandestinité, et que, dans la perspective de l'exécution du renvoi, toutes sont moins efficaces que la détention administrative. Cela dit, l'obligation de se présenter, l'assignation d'un lieu de résidence et la solution alternative supplémentaire proposée à la détention administrative (l'obligation de présence) visent à réduire le risque de passage à la clandestinité.

4.4 Positions de la CCDJP et de l'ASM

La grande majorité des membres de la CCDJP adhèrent aux conclusions du groupe de travail et du comité d'experts. L'instauration de l'obligation de présence à titre de mesure supplémentaire recueille le soutien de la plupart des membres. Toutefois, deux cantons y sont explicitement opposés.

L'ASM considère la mesure supplémentaire recommandée comme une solution alternative, voire une étape préliminaire, à la détention administrative, en particulier pour les mineurs, les femmes ou les familles. Elle souligne néanmoins que cette mesure ne permet pas non plus, en fin de compte, d'empêcher un départ non contrôlé ni un passage à la clandestinité. Cela dit, elle estime que la mesure élargirait les possibilités des autorités migratoires et pourrait contribuer à réduire le nombre de jours de détention et les coûts qui y sont liés. Deux membres de l'ASM sont toutefois opposés à l'instauration de cette mesure supplémentaire.

4.5 Position du Conseil fédéral et conclusion

Le Conseil fédéral a déjà rappelé plusieurs fois par le passé que la LEI prévoyait des solutions alternatives à la détention administrative¹³. Ces solutions correspondent pour l'essentiel à celles appliquées par les autres États européens. Afin d'élargir les solutions alternatives à la détention administrative et de donner aux autorités cantonales compétentes une plus grande marge de manœuvre, le Conseil fédéral a l'intention de créer dans la LEI la base légale d'une obligation de présence, mesure qui irait de pair avec l'assignation d'un lieu de résidence. Il a donc chargé le DFJP de lui présenter, d'ici fin décembre 2023, un projet de modification de la LEI destiné à être mis en consultation.

5 Appréciation générale et conclusion

Au vu des conclusions du groupe de travail et du comité d'experts qui ont examiné de manière approfondie la possibilité de recourir à la surveillance électronique dans le domaine du droit des étrangers, le Conseil fédéral arrive à la conclusion que l'opportunité et la nécessité de cette mesure ne sont pas avérées. Il constate que toutes les autorités fédérales et cantonales impliquées dans le domaine du retour considèrent que le coût de l'instauration de cette nouvelle mesure sera nettement plus élevé que le bénéfice escompté. Du point de vue du Conseil fédéral, ces conclusions sont confirmées par le fait qu'aucun autre pays européen n'utilise la surveillance électronique comme solution alternative à la détention administrative dans le domaine du retour.

Par conséquent, le Conseil fédéral considère en outre que les solutions alternatives à la détention administrative qui sont déjà prévues par la LEI – obligation de se présenter, assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée, notamment – sont mieux adaptées et plus opportunes. Ces solutions correspondent pour l'essentiel à celles appliquées par les autres États européens. Toutefois, afin de donner aux autorités cantonales compétentes une plus grande marge de manœuvre dans les cas d'exécution, le Conseil fédéral a l'intention de créer dans la LEI la base légale d'une obligation de présence, mesure qui irait de pair avec l'assignation d'un lieu de résidence. Cette mesure obligerait la personne concernée à demeurer chaque jour pendant certaines heures dans la structure d'hébergement qui lui a été assignée. Elle pourrait être notamment appliquée aux mineurs ou aux familles pour remplacer la détention administrative. Le Conseil fédéral soumettra donc à l'Assemblée fédérale un projet de loi à cet effet.

Par ailleurs, le Conseil fédéral continuera à suivre de près les développements relatifs aux nouvelles solutions alternatives à la détention administrative au niveau européen et réexaminera la situation si nécessaire.

¹³ Voir par ex. l'avis du Conseil fédéral du 28 août 2019 sur la motion 19.3722 ; voir également Détention administrative de requérants d'asile. Rapport de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) du 26 juin 2018. Avis du Conseil fédéral du 28 septembre 2018 (FF 2018 7583)