

# **Rapport explicatif**

## **Adaptations d'ordonnance relatives au financement des places de détention conformément à l'art. 82 de la loi sur les étrangers**

---

Office fédéral des migrations  
Berne, février 2014

## Table des matières

<b>1.</b>	<b>Partie générale.....</b>	<b>2</b>
<b>1.1</b>	<b>Principaux éléments des modifications d'ordonnances.....</b>	<b>2</b>
1.1.1	Participation de la Confédération aux coûts de construction d'établissements cantonaux pour l'exécution de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers (OERE).....	2
1.1.2	Augmentation du forfait pour les frais de détention administrative .....	3
<b>1.2</b>	<b>Consultation relative aux modifications d'ordonnances .....</b>	<b>3</b>
<b>2.</b>	<b>Partie spéciale .....</b>	<b>5</b>
<b>2.1</b>	<b>Commentaire article par article .....</b>	<b>5</b>
2.1.1	Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE).....	5
<b>3.</b>	<b>Conséquences financières.....</b>	<b>12</b>
3.1	Coûts supplémentaires .....	12
3.2	Economies .....	12
<b>4.</b>	<b>Conséquences pour le personnel .....</b>	<b>13</b>
4.1	Office fédéral de la justice.....	13
4.2	Office fédéral des migrations.....	14

# 1. Partie générale

## 1.1 Principaux éléments des modifications d'ordonnances

### 1.1.1 Participation de la Confédération aux coûts de construction d'établissements cantonaux pour l'exécution de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers (OERE)

L'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) prévoyait, à l'art. 14e, al. 1, que la Confédération pouvait financer partiellement ou entièrement la construction d'établissements de détention cantonaux destinés exclusivement à l'exécution de la détention en phase préparatoire ou en vue du renvoi ou de l'expulsion. Il s'agissait de donner une impulsion de nature financière à la création d'établissements ou de places de détention dans les cantons. En règle générale, la Confédération prenait à sa charge la totalité des frais de construction reconnus. Cette disposition n'a pas été reprise dans la loi fédérale sur les étrangers (LEtr), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. On avait alors estimé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir cette possibilité dans la nouvelle loi.

L'Office fédéral des migrations (ODM) a effectué en août 2011, en collaboration avec la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), un état des lieux auprès des cantons concernant la détention administrative. Il est ressorti de cette analyse que les places existantes ne suffisaient pas à couvrir les nouveaux besoins. Selon les indications des cantons, il manquait environ 250 places de détention à court et moyen termes. La nécessité de créer des places de détention supplémentaires étant avérée et la Confédération ayant tout intérêt à ce que les renvois prononcés en application de la législation sur l'asile et du droit des étrangers puissent effectivement être exécutés, le Conseil fédéral entendait inscrire dans le projet de révision de la LEtr, en cours d'examen par les Chambres fédérales, la base légale nécessaire pour la participation financière de la Confédération à la construction d'établissements cantonaux servant à la détention administrative<sup>1</sup>. Le Parlement a anticipé cette modification dans le cadre de la révision de la LAsi du 14 décembre 2012 (projet 1) (cf. art. 82 LEtr, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2014) : à la différence toutefois de ce que proposait le Conseil fédéral, le Parlement a adopté une disposition qui prévoit la possibilité d'une participation financière de la Confédération, mais aussi la possibilité pour cette dernière de prendre en charge la totalité des coûts.

L'un des objectifs de la restructuration prévue dans le domaine de l'asile est de faire en sorte que les renvois puissent être exécutés, en grande partie, directement à partir des centres fédéraux. Pour y parvenir, il y a lieu de construire de nouvelles places de détention, en plus de celles actuellement nécessaires dans les cantons. Dans la déclaration commune qu'ils ont adoptée lors de la conférence sur l'asile du 21 janvier 2013, les cantons se sont engagés à créer en temps utile les places de détention administrative nécessaires aux mesures de contrainte en matière de droit des étrangers et à mettre en route la planification des 500 à 700 places requises, dont l'emplacement sera déterminé dans le cadre de la restructuration. La Confédération indemniserá les cantons pour la construction et l'exploitation de ces sites conformément aux nouvelles dispositions de la LEtr.

La disposition créant la base légale pour la participation de la Confédération à la construction et à l'aménagement d'établissements de détention cantonaux (art. 82, al. 1, LEtr) prévoit que

<sup>1</sup> Modification de la loi fédérale sur les étrangers (violation du devoir de diligence et de l'obligation de communiquer par les entreprises de transport aérien ; systèmes d'information)  
Message du Conseil fédéral : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2013/2277.pdf>  
Texte de la modification : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2013/2317.pdf>

les sections 2 et 6 de la loi fédérale du 5 octobre 1984 sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures (LPPM) s'appliquent par analogie à la procédure et au calcul des contributions. La future procédure d'autorisation pour de nouvelles places de détention destinées à l'exécution de la détention administrative pourra se fonder sur certaines de ces dispositions de loi et d'ordonnance s'appliquant à toutes les formes de détention aux fins de l'exécution des peines et des mesures.

En revanche, dans les cas où les dispositions relatives à l'exécution des peines et des mesures ne correspondent pas à l'esprit et à la lettre de la base légale figurant dans la LEtr ou ne peuvent être transposées à la procédure fondée sur le droit des étrangers, il y a lieu de prévoir une base spécifique dans l'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE ; RS 142.281).

Le versement de contributions fédérales pour la construction et l'aménagement de places de détention est subordonné à une série de conditions. Les subventions de construction sont toujours allouées à un projet déterminé. Ce cadre garantit la conformité de l'aménagement de l'établissement de détention administrative au droit supérieur, en particulier aux dispositions pertinentes de la Constitution fédérale et du droit international et à la jurisprudence rendue dans ce domaine par le Tribunal fédéral (TF).

La possibilité d'une prise en charge de la totalité des coûts par la Confédération est prévue à l'art. 82, al. 1, LEtr<sup>2</sup>. La Confédération n'assumera toutefois qu'exceptionnellement l'intégralité des coûts, c'est-à-dire lorsque les exigences en matière de construction sont remplies et que l'établissement sert au premier chef à l'exécution de renvois directement à partir des CEP ou des centres fédéraux qui verront le jour dans le cadre de la restructuration du domaine de l'asile.

### **1.1.2 Augmentation du forfait pour les frais de détention administrative**

En réponse à un besoin des cantons, le forfait pour les frais de détention des personnes relevant du domaine de l'asile passera de 140 à 200 francs. Il ressort en effet de l'état des lieux effectué par l'ODM en août 2011 que les frais d'exploitation relatifs à l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission s'élèvent à 200 francs par jour en moyenne. L'augmentation du forfait pour les frais de détention s'inscrit aussi dans la droite ligne d'une motion acceptée par le Conseil national et le Conseil des États le 5 mars 2012 et qui oblige la Confédération à indemniser intégralement les cantons pour les frais de détention qu'ils engagent en matière d'asile<sup>3</sup>.

## **1.2 Consultation relative aux modifications d'ordonnances**

La consultation s'est déroulée du 26 juin 2013 au 17 octobre 2013. En tout, 43 avis (de 26 cantons, deux partis politiques et quinze milieux intéressés) ont été exprimés.

La majorité des participants à la consultation ont compris la proposition du Conseil fédéral d'échelonner la participation financière de la Confédération à la construction d'établissements cantonaux servant à la détention administrative en fonction de la taille de chaque établissement, conformément à la teneur de la base légale (art. 82, al. 1, LEtr) et dans la perspective de la restructuration prévue de la procédure d'asile. Des divergences sont cependant apparues au sujet de l'importance des contributions fédérales. La CCDJP et

---

<sup>2</sup> Cf. concernant les débats parlementaires BO 2012 E, p. 710 ; BO 2012 N, p. 1959 ss

<sup>3</sup> Motion 10.3066 du groupe PDC / PEV / PVL « Lutter contre la criminalité étrangère »

la plupart des cantons ont ainsi demandé une plus forte participation fédérale. Certaines exigences posées par le Conseil fédéral en contrepartie du versement des subventions en faveur de la construction d'établissements cantonaux de détention se sont heurtées aux critiques de plusieurs cantons. Ont notamment été déplorées la stricte distinction faite entre détenus administratifs et prisonniers de droit commun, de même que l'obligation de mettre un établissement de détention à la disposition de plusieurs cantons et de la Confédération.

## 2. Partie spéciale

### 2.1 Commentaire article par article

#### 2.1.1 Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OE-RE)

##### Art. 15 Participation aux frais de détention

###### Al. 1

Durant la consultation d'avril 2012 concernant la dernière adaptation des dispositions relatives au financement dans le domaine de l'asile (OA 2, OERE, OIE), 15 cantons et l'Association des services cantonaux de migration (ASM) ont demandé une augmentation du forfait que la Confédération verse aux cantons pour les frais de détention (art. 15, al. 1, OE-RE)<sup>4</sup>, au motif que le coût effectif de la détention est nettement supérieur au montant actuel de 140 francs. L'état des lieux effectué par l'ODM à l'été 2011 indique que les frais d'exploitation relatifs à l'exécution de la détention en phase préparatoire, de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion et de la détention pour insoumission s'élèvent à 200 francs par jour en moyenne<sup>5</sup>. Le forfait actuel ne couvrant pas les frais effectifs dans la plupart des cantons, il est relevé à 200 francs par jour.

Cette augmentation ne répond pas seulement au souhait de la majorité des cantons, elle s'inscrit aussi dans la droite ligne du mandat donné par le Parlement : conformément à une motion acceptée le 5 mars 2012 par le Conseil national et le Conseil des États, la Confédération est tenue d'indemniser intégralement les cantons pour les frais de détention qu'ils engagent en matière d'asile<sup>6</sup>. Le forfait pour les frais de détention administrative se fonde sur l'art. 82, al. 2, LEtr.

###### Al. 2

La modification proposée concernant les coûts d'amortissement vise à empêcher que la Confédération contribue, avec le forfait destiné à couvrir les coûts d'exploitation, à l'amortissement d'établissements dont elle a préalablement financé une partie des frais de construction. Les cantons ou concordats qui demandent à la Confédération de participer au financement de la construction et de l'aménagement d'un établissement servant à la détention administrative sont tenus d'indiquer le détail des coûts d'exploitation moyens pour chaque détenu hébergé dans l'établissement concerné. Si ces coûts comprennent une part d'amortissement, la Confédération réduit sa subvention en conséquence. La marche à suivre afin de déterminer le montant forfaitaire versé pour un établissement cofinancé par la Confédération est définie dans des directives par le DFJP, en collaboration avec le Département fédéral des finances (DFF).

###### Al. 3

L'ODM va mettre en place à l'échelle de la Suisse un suivi de l'évolution des frais de détention administrative fondée sur le droit des étrangers. Objectif : mieux connaître le détail des coûts d'exploitation et l'évolution des coûts dans ce domaine. Pour ce faire, les cantons de-

---

<sup>4</sup> Cf. rapport sur les résultats de la consultation :

[http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/laufende\\_gesetzgebungsprojekte/teilrev\\_aug\\_cARRIER-sanctions.html](http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/laufende_gesetzgebungsprojekte/teilrev_aug_cARRIER-sanctions.html)

<sup>5</sup> Cf. rapport de l'ODM du 15 septembre 2011 sur les résultats de l'enquête sur la détention administrative

<sup>6</sup> Motion 10.3066 du groupe PDC / PEV / PVL « Lutter contre la criminalité étrangère »

vront lui fournir à tour de rôle (le roulement devant être défini par voie de directive) les informations nécessaires concernant les coûts d'exploitation en matière de détention administrative.

#### *Al. 4*

Formulée de manière plus ouverte que la disposition actuelle, la réglementation prévue à l'al. 2 est en outre entièrement dissociée du forfait journalier visé à l'al. 1 (suppression de la dernière phrase, si bien que les modalités de l'al. 1 ne s'appliquent plus à la détention ordonnée dans les CEP). Cette modification donne une plus grande marge de manœuvre à l'ODM s'agissant du versement d'une indemnité pour les frais d'exploitation lorsqu'il conclut des accords administratifs en vue de garantir un nombre suffisant de places de détention pour exécuter les renvois directement à partir des structures d'hébergement de la Confédération.

### **Section 1c Participation de la Confédération aux coûts de construction et d'aménagement de places cantonales de détention**

#### **Art. 15j Conditions de la participation financière de la Confédération**

##### *Phrase introductive*

Cet article définit les conditions cumulatives qui doivent être remplies pour que la Confédération participe, dans la limite des moyens disponibles, aux coûts de construction d'établissements de détention cantonaux. Ces conditions résultent de la teneur de la base légale (art. 82, al. 1, LEtr) et des travaux préparatoires s'y rapportant<sup>7</sup>, des dispositions pertinentes de la Constitution et du droit international<sup>8</sup>, de la jurisprudence du TF concernant les modalités de la détention administrative dans le domaine des étrangers, ainsi que du renvoi aux dispositions pertinentes de la LPPM et des dispositions d'ordonnance qui s'y réfèrent.

##### *Let. a*

Comme indiqué dans la loi, une participation financière de la Confédération n'est envisageable que pour la construction, l'agrandissement ou l'aménagement d'établissements destinés exclusivement à la détention fondée sur le droit des étrangers. Il devra s'agir, idéalement, de structures spécifiques. Le TF estime que des bâtiments aménagés spécialement pour ce type de détention sont mieux à même de tenir compte de la situation particulière des personnes en détention administrative sur la base du droit des étrangers, car il est possible d'y appliquer un régime de détention plus souple (ATF 123 I 231, consid. b). La directive sur le retour, que la Suisse a reprise dans le cadre de son association à Schengen, pose aussi comme principe, à l'art. 16, par. 1, que la détention à des fins de renvoi doit s'effectuer dans des centres spécialisés. Si l'exécution de la détention fondée sur le droit des étrangers n'est possible que dans un établissement qui sert aussi à l'exécution des peines, les personnes en détention en phase préparatoire, en détention vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission ne doivent pas être regroupées avec les autres détenus

---

<sup>7</sup> BO 2012 E, p. S 710 / BO 2012 N, p. 1959 ss / Recommandation du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes (2006 ; le TF conclut, dans sa jurisprudence, qu'il y a lieu de respecter les règles pénitentiaires européennes, car elles constituent des lignes directrices importantes pour une réglementation moderne de la privation de liberté en matière pénale et ce, quand bien même ces règles n'aient pas une valeur contraignante telle au sens du droit international que leur non-respect pourrait donner lieu à un recours constitutionnel subsidiaire pour violation de droits constitutionnels d'un citoyen ou d'un accord international [ATF 118 Ia 64, consid. 2a])

<sup>8</sup> Art. 3 et 5 de la Convention européenne des droits l'homme (CEDH) ; art. 31 de la Constitution fédérale (Cst.) ; 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 (directive sur le retour, JO L 348 du 24.12.2008, p. 98)

purgeant une peine, mais placées dans des quartiers distincts de l'établissement où elles pourront bénéficier de conditions moins strictes (salles communes, visites, activités de loisir ; cf. message à l'appui d'une loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, FF 2009 8043, 8063). Le respect des droits des intéressés doit en outre être pleinement garanti lorsque des contacts sont inévitables avec les autres groupes de détenus dans des parties communes de l'établissement. Cette séparation nette doit aussi servir à montrer que la détention n'a pas été ordonnée parce que la personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction, mais qu'elle est motivée par des raisons d'ordre administratif (ATF 122 II 53, consid. 5a).

#### *Let. b*

La condition fixée à la let. b, selon laquelle l'établissement doit en principe être mis à la disposition de plusieurs cantons et de la Confédération en vue de garantir l'exécution des renvois, poursuit plusieurs objectifs : le premier est de promouvoir la coopération intercantonale dans le domaine de l'exécution de la détention administrative, de telle sorte que les cantons mettent plus fréquemment des places de détention à la disposition des autres cantons, mais aussi, dans l'idéal, pour qu'ils concluent par exemple des concordats en vue de créer des établissements de détention communs. Un autre objectif est de garantir que les besoins de la Confédération seront pris en compte dans la planification des établissements destinés à la détention administrative fondée sur le droit des étrangers afin que l'exécution des renvois puisse être assurée directement à partir des centres fédéraux. Enfin, il s'agit aussi de veiller à ce que ces établissements aient une certaine taille. Ladite condition pourra ne pas s'appliquer notamment aux établissements de détention situés dans des cantons dont la situation géographique et, partant, les voies de communication ôteraient toute efficacité à une solution supracantonale.

#### *Let. c*

L'art. 81, al. 2, LEtr dispose que les étrangers en détention doivent pouvoir, dans la mesure du possible, s'occuper de manière appropriée. Le TF relève à cet égard que si l'on peut renoncer à offrir des occupations en cas de détention pour une courte durée (séjour d'une semaine), de telles possibilités doivent en revanche être impérativement proposées aux personnes détenues pour un certain temps (ATF 122 I 234, consid. 3). Les personnes en détention administrative n'ont pas l'obligation de travailler (ATF 123 I 238, consid. II/3f/aa).

La détention fondée sur le droit des étrangers ne requiert pas de restreindre les contacts de l'intéressé avec le monde extérieur ou avec d'autres personnes en détention administrative. Au-delà des mesures arrêtées dans un but conservatoire nécessairement lié à la détention, des restrictions ne se justifient que si elles sont prises pour veiller au bon fonctionnement de l'établissement ou pour écarter des risques concrets concernant la sécurité (ATF 122 II 299, consid. 3c).

Les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies doivent être assurés.

Dans un arrêt du 12 juillet 1996, le TF a fixé comme principe que les détenus ont droit à au moins une heure de promenade ou d'activité physique quotidienne en plein air au sens des règles pénitentiaires européennes. Une réglementation de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers qui ne satisferait pas à ces exigences minimales contreviendrait aux dispositions de la Constitution et serait en particulier incompatible, eu égard au but de la détention, avec le droit fondamental à la liberté personnelle (ATF 122 I 230, consid. 4b).

#### *Autres exemples tirés de la jurisprudence du TF :*

Contactes avec d'autres personnes également placées en détention administrative :

- les intéressés doivent pouvoir utiliser régulièrement des pièces communes ou, au



moins, avoir la possibilité de pratiquer ensemble des activités (activités sportives dans la cour de l'établissement ou autres occupations dans les ateliers lorsque ceux-ci sont inoccupés, etc.) en plus de l'heure de promenade obligatoire (ATF 122 II 299, consid. 5a).

Contacts avec le monde extérieur :

- dès lors qu'il n'existe pas d'éléments concrets indiquant une menace pour la sécurité, les personnes en détention administrative doivent avoir la possibilité d'entretenir des contacts étroits avec le monde extérieur (ATF 122 II 299, consid. 6 a). Leur permettre de recevoir des visites dans une cabine munie d'une vitre de séparation ne suffit pas à satisfaire pas aux exigences du TF (ATF 122 II 311, consid. 6a) ;
- le contrôle du courrier entrant et sortant n'est autorisé que si des besoins particuliers en termes de sécurité l'exigent (ATF 122 II 54 s., consid. 5b/bb) ;
- les personnes détenues en application du droit des étrangers ont le droit de passer des appels privés à leur frais, en principe sans surveillance (ATF 122 II 55, consid. 5b/bb).

*Let. d*

La forme de la détention doit tenir compte des besoins des personnes à protéger, des mineurs non accompagnés et des familles accompagnées d'enfants (art. 81, al. 3, LEtr). Celle-ci se fonde sur les art. 16, par. 3, et 17 de la directive sur le retour.

Les mineurs non accompagnés et les familles avec enfants ne sont placés en détention qu'en dernier ressort et pour la durée la plus brève possible. Les familles doivent disposer d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate. Quant aux mineurs, ils doivent avoir la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge. Dans la mesure du possible, les mineurs non accompagnés sont hébergés dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins de personnes de leur âge. En Suisse, les mineurs de moins de quinze ans ne peuvent être placés en détention administrative (cf. art. 80, al. 4, LEtr).

*Let. e*

La restriction des libertés des étrangers en détention ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire aux fins de la détention et pour assurer le bon fonctionnement de l'établissement (ATF 122 I 226, consid. 2a/aa).

*Let. f*

En plus des exigences posées pour la construction d'établissements cantonaux destinés à l'exécution de la détention administrative, les conditions ci-après doivent aussi être remplies, par analogie avec la procédure d'autorisation de la Confédération selon la LPPM :

- une planification cantonale ou intercantonale atteste que l'établissement répond à un besoin ;
- le projet de construction a été approuvé par le concordat concerné ou l'autorité cantonale compétente ;
- l'agrandissement ou la transformation de l'établissement fait partie d'un plan d'ensemble ;
- le projet constitue une amélioration et n'entraîne pas de dépenses disproportionnées ;
- le mode de gestion et l'organe responsable de l'établissement garantissent que le but de ce dernier sera atteint.

## **Art. 15k Montant des subventions**

L'art. 82, al. 1, LEtr adopté par le Parlement prévoit que la Confédération peut financer totalement ou partiellement la construction d'établissements de détention cantonaux. Les sections 2 et 6 de la LPPM s'appliquent par analogie au calcul des contributions et à la procédure.

S'agissant de la participation financière de la Confédération à la construction d'établissements affectés à l'exécution des peines et des mesures, la LPPM arrête que la subvention fédérale est égale à 35 % des frais de construction reconnus (art. 4, al. 1, LPPM).

L'art. 82, al. 1, LEtr va clairement plus loin que cette participation de 35 % puisqu'il permet à la Confédération de financer « partiellement ou totalement » la construction. En d'autres termes, la Confédération peut prendre à sa charge l'intégralité des frais occasionnés par la construction d'établissements cantonaux destinés à l'exécution de la détention administrative. Cette interprétation ressort aussi nettement des travaux préparatoires (cf. BO 2012, p. 710 ; pour les débats au Conseil national, cf. BO 2012 N, p. 1959 ss).

Cette réglementation doit permettre de remédier au problème du manque de places de détention et inciter plus fortement les cantons à s'attaquer rapidement à la planification et à la construction de centres pour la détention administrative.

Le renvoi aux dispositions pertinentes des sections 2 et 6 de la LPPM (qui s'appliquent par analogie) n'a dès lors qu'une portée restreinte. Il ne s'agit aucunement de plafonner la participation financière de la Confédération à 35 %.

L'art. 15k OERE prévoit en conséquence que la Confédération peut prendre en charge jusqu'à 35 % des frais de construction si l'établissement compte au moins 20 places de détention et que les conditions visées à l'art. 15j OERE sont remplies (al. 1). La subvention peut s'élever à 60 % au plus si l'établissement dispose d'au moins 50 places et que les conditions visées à l'art. 15j sont remplies (al. 2).

Une participation financière au-delà de 60 % doit aussi être possible dans la perspective de la restructuration du domaine de l'asile, lorsque l'établissement remplit les critères suivants :

- il dispose de 50 places de détention au moins ;
- il est en premier lieu (plus de 50 % des places de détention) destiné à garantir l'exécution des renvois directement à partir des sites d'hébergement de la Confédération (en particulier des futurs centres fédéraux) ;
- son emplacement correspond à l'un de ceux où la Confédération a prévu d'implanter des centres fédéraux, ce qui rend l'exécution des renvois à partir de ces centres plus efficace.

Les places de détention prévues pour l'exécution des renvois directement à partir des centres de la Confédération peuvent également être utilisées pour assurer l'exécution du renvoi des personnes qui, pour des raisons de procédure ou d'organisation, ont été transférées dans un canton avant la clôture de la procédure d'asile. Le canton où est implanté l'établissement de détention a en outre la possibilité de se servir des places de détention non utilisées à des fins d'exécution des renvois directement à partir des sites d'hébergement de la Confédération pour mettre en détention d'autres personnes qui relèvent du domaine de l'asile et dont l'exécution du renvoi est de son ressort (cf. art. 15n OERE).

La Confédération finance l'intégralité des frais de construction reconnus lorsque les places de détention servent exclusivement à l'exécution des renvois directement à partir d'un site d'hébergement de la Confédération. En d'autres termes, lorsque ces places ne sont pas aussi utilisées pour l'exécution des renvois relevant du domaine des étrangers (cf. art. 15k,

al. 3, OERE). En cas d'utilisation conjointe de l'établissement, la Confédération ne participe pas au financement des places de détention dont dispose le canton pour l'exécution de renvois relevant du domaine des étrangers. Si des places de détention prévues initialement pour l'exécution des renvois relevant du domaine de l'asile, à partir d'un centre fédéral, sont utilisées de manière durable pour l'exécution, par les autorités cantonales, de renvois relevant du domaine des étrangers, un remboursement proportionnel des subventions sera exigé (cf. art. 15n OERE).

Sont aussi pertinents pour une participation financière de la Confédération les travaux d'agrandissement ou de transformation d'un établissement de détention cantonal si, au bout du compte, les conditions selon l'art. 15j OERE sont remplies et que l'établissement atteint alors une certaine taille.

L'échelonnement proposé du montant des subventions fédérales vise plusieurs objectifs :

- construire un plus grand nombre d'établissements de détention spécialisés affectés exclusivement à l'exécution de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers ;
- promouvoir la coopération entre les cantons pour la construction et l'aménagement de ces établissements ;
- tenir compte, lors de la construction de ces établissements, des besoins futurs de la Confédération dans la perspective de la restructuration prévue dans le domaine de l'asile<sup>9</sup>.

#### **Art. 15l      Méthode de calcul**

Les frais de construction reconnus sont calculés en règle générale sur une base forfaitaire, une méthode qui a fait ses preuves dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures. Le forfait tient compte de l'espace nécessaire par détenu. Les besoins en termes de surface et de sécurité permettent de définir les caractéristiques d'un établissement modèle. Une telle définition fait encore défaut pour la détention administrative. Les prescriptions relatives à un établissement modèle et les méthodes de calcul pertinentes devront être définies dans une ordonnance du DFJP, par analogie avec l'ordonnance du DFJP du 19 novembre 2011 sur les subventions de construction de la Confédération aux établissements d'exécution des peines et des mesures<sup>10</sup>. Une audition sera vraisemblablement menée en mars 2014 sur un projet d'ordonnance.

#### **Art. 15m      Subventions de construction**

Cet article prévoit que les dispositions de la LPPM et de son ordonnance d'exécution (ordonnance du 21 novembre 2007 sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, OPPM<sup>11</sup>) s'appliquent par analogie pour la détermination des subventions de construction.

#### **Art. 15n      Annonce de changements d'affectation et restitution de subventions**

Cette disposition vise à tenir compte du fait que le domaine des étrangers mais aussi et surtout celui de l'asile sont soumis à des fluctuations. Les subventions ne devront pas être restituées si le changement d'affectation n'a qu'un caractère temporaire (à la suite, par exemple, de la baisse du nombre des demandes d'asile). Cependant, l'unité Exécution des peines et mesures de l'Office fédéral de la justice (OFJ) devra être informée de tout changement d'affectation prévu d'un établissement financé en partie par la Confédération. En ce qui con-

---

<sup>9</sup> Déclaration commune de la conférence sur l'asile du 21 janvier 2013

<sup>10</sup> RS 341.14

<sup>11</sup> RS 341.1

cerne la restitution de subventions, cette disposition renvoie à l'art. 12, al. 1 et 2, LPPM. Les subventions perçues à tort ou détournées de leur but devront être restituées. Un remboursement proportionnel sera aussi exigé si l'établissement change définitivement d'affectation – pour servir, par exemple, à l'exécution des peines et des mesures – avant l'expiration d'un délai de 20 ans à compter du dernier versement de la Confédération.

#### **Art. 15o Organisation et procédure**

La procédure d'examen et d'autorisation correspond à la procédure définie aux art. 13 à 16a LPPM et dans les dispositions d'ordonnance s'y rapportant. Au DFJP, l'examen des demandes de subvention et la procédure d'autorisation relèvent de la compétence de l'OFJ. L'unité Exécution des peines et mesures de l'office possède le savoir-faire requis à cette fin, puisqu'une grande partie des prescriptions régissant la construction et l'entretien d'établissements destinés à l'exécution des peines et des mesures s'appliquent aussi au domaine de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers. Qui plus est, elle a déjà assumé cette tâche par le passé en vertu de l'art. 14e, al. 1, LSEE. L'OFJ aura besoin de deux postes supplémentaires à plein temps. L'ODM est quant à lui chargé de déterminer les besoins et les emplacements appropriés à l'échelle suisse et d'élaborer, en collaboration avec l'OFJ, les réglementations nécessaires.

#### **Section 2 Admission provisoire**

##### **Art. 26a Fin de l'admission provisoire**

*Let. c*

Aux termes de l'art. 84, al. 4, LEtr, l'admission provisoire prend fin lorsque l'intéressé quitte définitivement la Suisse ou obtient une autorisation de séjour et, désormais aussi, s'il séjourne plus de deux mois à l'étranger sans autorisation. Aussi faut-il abroger l'art. 26a, let. c, OERE, qui prévoit que l'admission provisoire prend déjà fin après un séjour non autorisé d'un mois à l'étranger.

## **3. Conséquences financières**

### **3.1 Coûts supplémentaires**

L'augmentation proposée à l'art. 15, al. 1, OERE du montant forfaitaire versé en cas de détention, qui passera de 140 francs aujourd'hui à 200 francs, entraînera pour la Confédération des coûts supplémentaires de l'ordre de 6 à 7 millions de francs par année. Si des places de détention administrative supplémentaires sont créées, les coûts supplémentaires à la charge de la Confédération au titre de sa participation aux coûts de détention augmenteront également. Les moyens nécessaires pour couvrir la hausse de la participation de la Confédération aux coûts d'exploitation sont prévus dans le budget 2014 et dans le plan financier pour les années 2015 à 2017.

Comme le note le commentaire de l'art. 15/, il n'existe pas encore de définition de l'établissement modèle pour le domaine de la détention administrative fondée sur le droit des étrangers. Afin de déterminer le montant approximatif de la subvention fédérale, il faudra se fonder dans un premier temps sur l'établissement modèle de type « prison » défini dans le forfait par place et y ajouter certains éléments de l'établissement du type « fermé ».

L'adaptation de ces valeurs est indispensable, car les établissements servant à l'exécution de la détention administrative doivent satisfaire à des exigences plus élevées que les prisons (davantage de libertés au sein de l'établissement pour ce qui est des loisirs, des visites, du séjour, etc. ; pas d'obligation de travailler). Compte tenu de ces éléments, les frais de construction reconnus se montent à environ 500 000 francs par place de détention. Vu néanmoins qu'il n'est pas possible de tenir compte de tous les frais de construction lors de la détermination du montant des subventions (par ex. frais accessoires de construction, coût du terrain, travaux préparatoires, etc.), il se pourrait que les frais globaux effectifs par place soient encore supérieurs de 15 %. Si l'on part de l'hypothèse de 500 places de détention et d'un taux de financement moyen de 60 % des frais de construction reconnus, les fonds que la Confédération devra mettre à disposition s'élèvent à au moins 150 millions de francs.

Dans le cas d'une réalisation de ces 500 places d'ici à 2020, la Confédération devra contracter, à l'égard des cantons, des obligations dont la durée s'étendra au-delà de l'année budgétaire. Il y a lieu par conséquent de solliciter un crédit d'engagement (crédit-cadre), qui entrera dans le champ d'application du frein aux dépenses (art. 159, al. 3, de la Constitution fédérale, Cst. ; RS 101). Les moyens qu'il faudra consacrer à ce poste budgétaire seront inscrits dans le budget et le plan financier sur la base d'une analyse des besoins. Le DFJP estime que la création de nouvelles places de détention sera aussi nécessaire après 2020 pour l'exécution de la détention administrative.

### **3.2 Economies**

La création de nouvelles places de détention et l'augmentation du forfait pour les frais de détention permettront, à moyen et long termes, de réaliser des économies dans d'autres domaines. Il n'est toutefois pas possible d'en chiffrer le montant, car on ne peut pas dire avec précision de quelle manière évoluera la pratique en matière de mesures de contrainte. Toutefois, il n'est pas rare que les personnes dont la décision d'asile et de renvoi est entrée en force et qui doivent donc quitter la Suisse soient tributaires de l'aide d'urgence pendant plusieurs mois, voire plusieurs années. Par exemple, les cantons ont dépensé en 2011 plus

de 71 millions de francs d'aide d'urgence. On peut s'attendre à ce qu'avec un plus grand nombre de places de détention disponibles, les cantons ordonnent plus fréquemment et à un stade plus précoce qu'aujourd'hui la mise en détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ou la mise en détention pour insoumission de personnes frappées d'une décision de renvoi exécutoire. Si le nombre des renvois sous contrainte augmente de ce fait, il est aussi vraisemblable que les personnes tenues de quitter la Suisse optent plus souvent et plus tôt pour un départ volontaire. La durée de leur séjour en Suisse s'en trouverait réduite, ce qui permettrait de faire baisser les coûts à la charge des cantons au titre de l'aide d'urgence ou du moins d'éviter que ces charges n'augmentent. Il n'est pas rare en effet que les personnes dont la décision d'asile et de renvoi est entrée en force et qui doivent donc quitter la Suisse soient tributaires de l'aide d'urgence pendant plusieurs mois, voire plusieurs années. En 2011 par exemple, les cantons ont dépensé au total plus de 71 millions de francs pour l'aide d'urgence.

Il faut en outre partir du principe que l'exécution systématique des renvois réduira l'attrait de la Suisse pour des requérants d'asile dont la demande n'a aucune chance d'aboutir et qui n'ont d'autre but que de séjourner longuement ici en bénéficiant des prestations auxquelles ce séjour leur donne droit. Cependant, comme indiqué plus haut, il n'est pas possible là non plus de chiffrer exactement les économies qui en résulteront.

## **4. Conséquences pour le personnel**

### **4.1 Office fédéral de la justice**

Comme indiqué précédemment, l'unité Exécution des peines et mesures de l'OFJ aura besoin de deux postes supplémentaires pour mener à bien les activités liées à la nouvelle procédure d'autorisation. Le profil recherché correspond à celui d'un collaborateur de cette unité, auquel s'ajoutent des tâches de coordination visant à promouvoir la collaboration avec l'ODM et les autorités cantonales compétentes en matière de migration. La fonction consiste, de manière générale, à traiter les demandes de subventions à la construction, l'agrandissement et l'aménagement d'établissements servant à la détention administrative. Elle englobe plus précisément les tâches suivantes :

- Elaboration d'un projet, depuis son annonce jusqu'à la décision officielle susceptible de recours (quatre phases : idée directrice, avant-projet, projet, décompte final) ;
- Collaboration avec l'ODM dans le cadre, notamment, de la planification des besoins et du choix des sites, ainsi qu'avec l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) en vue de la définition des coûts de construction à prendre en compte ;
- Examen du respect du droit fédéral (exigences de Schengen comprises) ; prise en compte des arrêts du Tribunal fédéral ainsi que des recommandations du Conseil de l'Europe (par ex. règles pénitentiaires) et de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- Examen des aspects sécuritaires et des questions médicales et de sécurité au travail ;
- Direction de négociations avec les cantons et les concordats ;
- Suivi de projets (contrôle) ;
- Planification et contrôle financiers : planification des besoins financiers ainsi que de la gestion et du contrôle des crédits annuels concernant la détention administrative ;
- Participation à l'élaboration de la politique en matière de subventions en collaboration

avec l'ODM ;

- Traitement de versements partiels et finaux (décisions susceptibles de recours) ;
- Remboursement de subventions de construction (décisions susceptibles de recours) ;
- Traitement de questions de principe : participation à l'élaboration des programmes des locaux nécessaires à la procédure de subventionnement ainsi qu'à l'élaboration de manuels et de directives sur les subventions pour les différents types d'établissements ;
- Conseils et expertise : conseils lors de l'annonce d'un projet, expertise dans le cadre de projets de construction d'envergure, participation aux commissions de planification et de construction.

Le rattachement de ce nouveau champ d'activité à l'unité Exécution des peines et mesures de l'OFJ est plus avantageux que l'option consistant à créer une nouvelle unité à l'ODM. Comme indiqué plus haut, les processus sont en principe les mêmes que ceux s'appliquant au traitement des demandes de subventionnement de projets de construction cantonaux dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures. Certains concordats s'appliquent en outre à la fois à l'exécution des peines et mesures et à l'exécution de la détention administrative. Il est plus facile de garder une vue d'ensemble lorsqu'un seul et même service de la Confédération est responsable de ces deux exécutions : cette double compétence permet notamment d'éviter un double financement de certains projets (exécution des peines et exécution de la détention administrative).

## **4.2 Office fédéral des migrations**

Pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions régissant la participation de la Confédération aux coûts de construction et d'aménagement de places cantonales de détention, l'ODM aura besoin, quant à lui, d'un nouveau poste. Il devra définir les besoins en termes de places de détention administrative supplémentaires demandées par les cantons mais aussi déterminer, en vertu des dispositions légales, le taux de financement des projets présentés. En plus d'une participation aux coûts de construction et d'aménagement de places cantonales de détention, l'ODM verse aux cantons un forfait pour l'exploitation des établissements de détention administrative. L'ajustement de ces deux versements requiert un contrôle efficace des dépenses. Ce contrôle, qui porte notamment sur l'évolution des coûts du forfait pour les frais de détention, doit tout d'abord être mis sur pied puis mis en œuvre.