



Juillet 2021

Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration : test de dépistage du COVID-19 en cas de renvoi ou d'expulsion

**Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de consultation**

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Le 12 août 2020, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19 ; RS 818.102). Cette loi a créé une base légale permettant au Conseil fédéral de reconduire les mesures qu'il avait déjà prises en vertu du droit de nécessité et qui sont nécessaires pour surmonter l'épidémie de COVID-19. La loi COVID-19 est entrée en vigueur le 26 septembre 2020.

L'ordonnance sur les mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus (ordonnance COVID-19 asile ; RS 142.318), adoptée par le Conseil fédéral le 1^{er} avril 2020, se fonde également sur la loi COVID-19 (art. 5, let. c, loi COVID-19). L'ordonnance COVID-19 asile diverge sur certains points de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31) en vigueur et comprend en particulier des règles sur la réalisation d'auditions (art. 4 à 6), sur l'assurance de capacités suffisantes dans les centres de la Confédération (art. 2 et 3) et sur la prolongation des délais de départ dans la procédure d'asile et de renvoi (art. 9). Elle est entrée en vigueur de manière échelonnée les 2 et 6 avril 2020 et a effet jusqu'au 31 décembre 2021.

Malgré la baisse actuelle du nombre d'infections et les assouplissements décidés par le Conseil fédéral, la situation liée au COVID-19 continue de placer le domaine migratoire devant des défis majeurs. Ce constat s'applique également à l'exécution du renvoi des personnes relevant du domaine des étrangers ou du domaine de l'asile qui sont tenues de quitter la Suisse. Bien que la plupart des frontières qui avaient été fermées au printemps 2020 soient à nouveau ouvertes, l'exécution de certains renvois reste très difficile à mettre en pratique. Ainsi, certains États d'origine ou de provenance et la majorité des États Dublin exigent un test COVID-19 négatif pour réadmettre les personnes renvoyées par la Suisse. De nombreuses compagnies aériennes exigent également un test COVID-19 négatif pour transporter ces personnes. De ce fait, il est de plus en plus fréquent que des personnes tenues de quitter la Suisse refusent de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19, dans le but d'empêcher l'exécution de leur renvoi dans leur État d'origine ou de provenance ou dans l'État Dublin responsable. Durant l'année en cours (état fin mai 2021), les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA) ont enregistré 50 cas de personnes tenues de quitter la Suisse qui ont refusé de se soumettre au test de dépistage du COVID-19 nécessaire à leur départ. À la fin du mois d'avril 2021, il n'y avait encore que 22 cas de ce genre. S'y ajoutent les cas de refus émanant de personnes tenues de quitter la Suisse qui sont hébergées dans les cantons.

Depuis, ce problème a été évoqué dans des interventions parlementaires (p. ex. motion 21.3557¹ et interpellation 21.3438²) et dans les médias. Certains participants de la consultation sur la prolongation de l'ordonnance COVID-19 asile jusqu'au 31 décembre 2021 ont également demandé l'examen d'une nouvelle base légale permettant de soumettre les intéressés à un test de dépistage du COVID-19 contre leur volonté (p. ex. LU, SG, Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police [CCDJP] et Association des services cantonaux de migration [ASM]).

¹ Motion 21.3557 Quadri « Richiedenti l'asilo respinti che rifiutano di sottoporsi al test PCR sventando così il rimpatrio ? Basta ! » du 5 mai 2021

² Interpellation 21.3438 Bircher « Expulsions pendant la pandémie » du 19 mars 2021

À l'heure actuelle, il n'existe pas de base légale suffisante pour réaliser un test forcé de dépistage du COVID-19. Compte tenu de l'aggravation de la situation, le présent projet vise donc à inscrire dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) une nouvelle réglementation, qui oblige toute personne relevant du domaine des étrangers ou du domaine de l'asile à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 si cette mesure est nécessaire pour exécuter son renvoi ou son expulsion (cf. art. 72, al. 1, P-LEI). Si l'intéressé ne respecte pas cette obligation, l'autorité responsable de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion peut lui faire subir contre sa volonté un test de dépistage du COVID-19 si cette exécution ne peut être assurée par des moyens moins coercitifs. Le passage du test est soumis aux dispositions de la 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 (LUsc ; RS 364). Pendant le test de dépistage du COVID-19, l'autorité responsable ne peut en outre exercer aucune contrainte susceptible de mettre en danger la santé de l'intéressé (art. 72, al. 2, P-LEI).

Le test de dépistage du COVID-19 est effectué exclusivement par du personnel spécialement formé à cette fin. La personne concernée n'est pas soumise à un test forcé si ce dernier peut mettre sa santé en danger (art. 72, al. 3, P-LEI). La réglementation proposée étant en rapport direct avec la situation liée au COVID-19, sa période de validité est limitée à fin décembre 2022. Il est probable que, même si l'épidémie de COVID-19 recule, les pays d'accueil et les entreprises de transport exigent encore ces tests pendant un certain temps.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) a analysé différentes solutions permettant de créer une base légale qui autorise la réalisation de tests forcés de dépistage du COVID-19.

Il a notamment étudié la possibilité d'inscrire une réglementation ad hoc dans la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp ; RS 818.101). L'inscription d'une telle réglementation spéciale à l'intention des personnes relevant du domaine des étrangers ou du domaine de l'asile qui sont tenues de quitter la Suisse a toutefois été jugée non pertinente et a donc été rejetée.

Le DFJP a également considéré qu'inscrire cette réglementation dans la LUsc serait inadéquat. Cette dernière constitue une loi transversale pour toutes les autorités dans le domaine de la contrainte policière et ne confère pas de compétence aux autorités d'exécution en matière d'usage de la contrainte et de mesures policières. Les compétences relatives à cet usage doivent être attribuées par la législation spéciale (cf. art. 7 LUsc).

La modification de loi proposée s'inscrira dans la LEI, puisqu'elle vise à garantir l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. La Suisse n'a pas d'influence sur les mesures sanitaires imposées à la frontière par les États d'origine ou de provenance et par les États Dublin, et il n'est pas non plus possible de prévoir combien de temps ces mesures seront maintenues. Une réglementation valable jusqu'au 31 décembre 2022 permet de s'assurer que les éventuelles mesures sanitaires appliquées à la frontière des pays étrangers pourront être respectées lors d'un renvoi ou d'une expulsion.

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

La modification urgente de la LEI qui est ici proposée n'est prévue ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023³, ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁴. L'épidémie de COVID-19 et ses conséquences n'étaient pas prévisibles lorsque le Conseil fédéral a adopté le message sur le programme de la législature.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Depuis le début de l'épidémie de COVID-19, plusieurs États membres de l'UE ont demandé à plusieurs reprises une coordination européenne pour relancer les transferts Dublin, qui sont limités en raison des prescriptions sanitaires imposées par les États à leur frontière. Cette demande est restée lettre morte. Une recommandation relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de COVID-19 a été adoptée le 13 octobre 2020 (recommandation 2020/1475⁵). L'objectif de cette recommandation est de définir des critères communs en matière de restrictions d'entrée. Toutefois, la compétence d'imposer des restrictions fondées sur des prescriptions sanitaires reste entre les mains de chaque État de l'UE.

Au printemps 2021, le Conseil européen a lancé un questionnaire sur les activités menées en matière de rapatriement dans le contexte de l'épidémie de COVID-19. Les réponses des États membres de l'UE ont montré que la plupart des États européens étaient également confrontés au problème du refus des tests. L'Allemagne et le Danemark possèdent une base juridique nationale qui permet d'obliger – voire, pour l'Allemagne, de forcer – les personnes à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19.

3 Présentation du projet

Le projet prévoit d'inscrire à l'art. 72 LEI une nouvelle réglementation, qui oblige tout étranger tenu de quitter la Suisse à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 si cette mesure est nécessaire pour assurer l'exécution de son renvoi ou de son expulsion. C'est le cas si les conditions d'entrée du pays d'origine ou de provenance de l'intéressé ou de l'État Dublin responsable de l'examen de sa demande d'asile ou les prescriptions de la compagnie aérienne chargée de transporter cette personne exigent un tel test. Si l'intéressé ne respecte pas cette obligation, il peut se voir imposer un test de dépistage du COVID-19 contre sa volonté si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ne peut être assurée par des moyens moins coercitifs et que le test ainsi imposé ne met pas sa santé en danger.

4 Commentaire des dispositions

Art. 72

Il est prévu d'inscrire à l'art. 72 LEI une nouvelle réglementation, qui oblige tout étranger à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 si cette mesure est nécessaire pour exécuter son renvoi ou son expulsion. Ce n'est le cas que si les conditions d'entrée du pays d'origine ou de provenance de l'intéressé ou de l'État Dublin responsable de l'examen de sa demande d'asile exigent un tel test ou que les prescriptions de la

³ FF 2020 1709

⁴ FF 2020 8087

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H1475&from=EN>

compagnie aérienne chargée de transporter cette personne le prévoient (al. 1). Actuellement, seuls les tests PCR sont exigés dans ce contexte. Ils sont effectués par frottis nasopharyngé ou pharyngé. D'après les connaissances les plus récentes, le test PCR par prélèvement salivaire s'avère tout aussi fiable⁶. Le test de dépistage du COVID-19 doit toujours être effectué par du personnel spécialement formé à cette fin (al. 3). Lors du choix du test à utiliser, la préférence doit être donnée au plus simple à réaliser.

Si l'intéressé ne respecte pas l'obligation de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19, l'autorité responsable de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion peut lui faire subir ce test contre sa volonté (al. 2). À cet égard, les autorités compétentes sont tenues de respecter les dispositions de la LUSC (art. 98a LEI). Il leur est notamment interdit de recourir à des techniques d'utilisation de la force physique susceptibles de causer une atteinte importante à la santé des personnes concernées (art. 13 LUSC). Le fait de forcer l'intéressé à subir un test de dépistage du COVID-19 présuppose en outre que l'exécution du renvoi ou de l'expulsion ne peut être assurée par des moyens moins coercitifs, telle l'organisation d'un entretien de départ visant à ce que la personne concernée se soumette au test de son plein gré. Pendant le test de dépistage du COVID-19, l'autorité responsable ne peut exercer aucune contrainte susceptible de mettre en danger la santé de l'intéressé (al. 2). Par exemple, l'insertion, sous la contrainte physique, d'un objet dans le nez de ce dernier doit être considérée comme dangereuse pour la santé. En revanche, des formes plus légères de contrainte physique, comme le fait de tenir les mains de la personne pour qu'elle reste calme et permette la réalisation du test, seraient envisageables en fonction du contexte.

Un test forcé de dépistage du COVID-19 ne peut être réalisé que par du personnel spécialement formé à cette fin (al. 3). Il doit si possible avoir lieu là où l'intéressé est hébergé, à savoir dans le logement qui lui a été attribué ou, dans le cas d'une détention administrative relevant du droit des étrangers, au sein de l'établissement de détention. Dans les autres cas, les tests peuvent avoir lieu dans les établissements prévus à cet effet (p. ex. cabinets médicaux, hôpitaux, centres de test). Si le personnel spécialement formé pour réaliser le test estime que ce dernier peut mettre en danger la santé de la personne concernée, il convient de ne pas réaliser le test. Ce peut être le cas si la personne est déjà malade, par exemple.

Dans le cadre des préparatifs du départ, les personnes déboutées doivent être informées dès l'entretien de départ ou l'entretien préparatoire⁷ qu'elles peuvent avoir l'obligation de se soumettre à un test. Elles doivent être informées en même temps que ce test peut leur être imposé contre leur volonté si elles le refusent. Le moment où le test de dépistage du COVID-19 a lieu dépend des prescriptions de l'État d'origine ou de provenance ou de l'État Dublin qui exige un tel test pour l'entrée sur son territoire. En règle générale, le test – négatif – de dépistage du COVID-19 ne doit pas remonter à plus de 72 heures au moment de l'entrée dans l'État de destination.

5 Conséquences pour la Confédération et les cantons

La réglementation proposée permet à la Confédération d'éviter des dépenses supplémentaires.

En effet, les personnes relevant de la procédure Dublin qui sont tenues de quitter la Suisse peuvent échapper à un transfert dans l'État Dublin responsable de l'examen de

⁶ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/testen.html#-1395414004>

⁷ Cf. art. 2a de l'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE ; RS 142.281) et art. 29 de l'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 (OLUSC ; RS 364.3).

leur demande d'asile en refusant de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19. Dans ce cas, une fois que le délai imparti pour le transfert a expiré, il faut mener une procédure d'asile nationale, ce qui engendre des coûts subséquents élevés. Dans les autres procédures, ledit refus empêche l'exécution du renvoi, et les personnes tenues de quitter la Suisse continuent de recevoir l'aide d'urgence. Dans les cantons, les coûts d'aide d'urgence s'élèvent en moyenne à 50 francs par personne et par jour. Par exemple, si une personne tenue de quitter la Suisse reste à l'aide d'urgence pendant trois mois parce que son renvoi ou son expulsion, faisant l'objet d'une décision définitive, ne peut être exécuté du fait qu'elle refuse de se soumettre à un test, elle occasionne 4500 francs de coûts pour le canton. La Confédération verse aux cantons un forfait unique d'aide d'urgence pour chaque demande d'asile rejetée ou chaque décision de non-entrée en matière (art. 28 et 29 de l'ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement, OA 2 ; RS 142.312). La réglementation proposée permettra donc aux cantons d'éviter des dépenses supplémentaires dans le domaine de l'aide d'urgence. Ainsi, la Confédération n'aura pas non plus à augmenter le forfait d'aide d'urgence sur la base du mécanisme automatique de modification (art. 30a OA 2).

La réalisation des tests de dépistage du COVID-19 pour les personnes relevant du domaine de l'asile occasionnera de légers surcoûts pour la Confédération. Cette dernière prend déjà à sa charge les frais de ces personnes (cf. art. 92 LAsi). Le coût du test varie entre 100 et 200 francs par personne, en fonction du fournisseur. La réglementation proposée peut amener un plus grand nombre de personnes à être soumises à un tel test de dépistage du COVID-19 ; ce nombre est toutefois difficile à quantifier à l'heure actuelle. Pour l'instant, il faut compter une cinquantaine de personnes (voir pt 1).

La réglementation proposée permettra également aux cantons d'éviter des dépenses supplémentaires, car la réalisation en temps utile des tests de dépistage du COVID-19 qui seront nécessaires leur permettra d'exécuter effectivement le renvoi ou l'expulsion des personnes concernées. L'aide d'urgence ne coûtera donc pas plus cher (voir plus haut).

Il se peut que la réalisation des tests de dépistage du COVID-19 pour les personnes relevant du domaine des étrangers occasionne de légers surcoûts pour les cantons (entre 100 et 200 francs par personne). Comme pour la Confédération, le nombre de personnes concernées est difficile à quantifier pour l'instant.

Dans le domaine de la détention administrative, tant la Confédération que les cantons peuvent éviter des dépenses supplémentaires. La Confédération verse aux cantons un forfait de 200 francs par jour pour la détention administrative des personnes relevant du domaine de l'asile, conformément à l'art. 15, al. 2, OERE. Par exemple, si une personne tenue de quitter la Suisse reste en détention pour insoumission (art. 78 LEI) pendant trois mois parce que son renvoi ou son expulsion, faisant l'objet d'une décision définitive, ne peut être exécuté du fait qu'elle refuse de se soumettre à un test, elle occasionne 18 000 francs de coûts pour la Confédération. Les frais de détention réels sont plus élevés suivant le canton. Pour les personnes relevant du domaine des étrangers, les frais de détention sont entièrement à la charge des cantons.

Le projet n'a pas de conséquences pour la Confédération et les cantons en termes de personnel.

6 Aspects juridiques / constitutionnalité et compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet est compatible avec les obligations constitutionnelles et internationales de la Suisse.

Il se fonde sur l'art. 121, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst. ; RS 101), en vertu duquel la législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération.

L'obligation de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 constitue une atteinte au droit à la liberté personnelle et, plus précisément, à l'intégrité physique (art. 10 Cst.). Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé (art. 36 Cst.).

Le présent projet vise à créer dans la LEI une base légale suffisante pour obliger une personne à se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 – y compris, à titre exceptionnel, contre sa volonté (art. 72 P-LEI). La création d'une telle obligation est dans l'intérêt de la Suisse. Une politique crédible et cohérente en matière d'étrangers et d'asile suppose que toute décision définitive qui oblige une personne à quitter la Suisse puisse effectivement être appliquée. Or le fait de refuser un test de dépistage du COVID-19 exigé par le pays d'accueil ou par une compagnie aérienne permet de contourner une telle décision. C'est ainsi que les personnes tenues de quitter la Suisse qui ne veulent pas coopérer avec les autorités restent dans notre pays. Il s'agit là d'un abus de droit, qui pèse lourdement sur les finances de la Confédération et des cantons. En effet, les personnes concernées ont toujours droit à l'aide d'urgence pendant leur séjour en Suisse (art. 82 LAsi ; voir aussi pt 5).

La mesure proposée ne doit être ordonnée qu'en dernier recours, si une personne n'a pas voulu auparavant quitter la Suisse de son propre chef et en toute autonomie et qu'elle refuse de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 dans le cadre de l'exécution forcée du renvoi ou de l'expulsion. Dans chaque cas, il convient d'examiner si l'exécution peut aussi être imposée par des moyens moins coercitifs. De plus, les tests de dépistage du COVID-19 utilisés ne constituent pas une atteinte grave à l'intégrité physique. Lors du choix du test de dépistage du COVID-19 à utiliser, la préférence doit être donnée au plus simple à réaliser. Les tests ne doivent toutefois pas être réalisés s'ils peuvent représenter, au cas par cas, un danger pour la santé de la personne concernée.

Les mesures de substitution, comme celle qui consiste à ordonner une mise en quarantaine avant le départ de Suisse, ne sont généralement pas acceptées par les États concernés et encore moins par les compagnies aériennes. Ordonner une détention pour insoumission (art. 78 LEI) ne permet pas non plus, dans de pareils cas, de garantir l'exécution du renvoi, car la personne concernée peut toujours refuser de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19.

La réglementation proposée est donc appropriée et nécessaire pour appliquer de manière cohérente le droit des étrangers et le droit de l'asile. Elle ne constitue pas une atteinte grave aux droits des personnes concernées. La réglementation est donc proportionnée au but visé.

7 Forme de l'acte à adopter

L'art. 164, al. 1, Cst. dispose que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. L'obligation de se soumettre à un test de dépistage du COVID-19 constitue une atteinte au droit à la

liberté personnelle et, plus précisément, à l'intégrité physique (art. 10 Cst.), dont toute restriction doit être fondée sur une base légale. C'est la raison pour laquelle la présente réglementation doit être inscrite dans la LEI.

Compte tenu de la situation actuelle et du fait que le problème des personnes tenues de quitter la Suisse qui refusent le test risque de s'aggraver encore, il faut agir immédiatement. La présente modification de la LEI doit donc être déclarée urgente et entrer immédiatement en vigueur (art. 165, al. 1, Cst.).