

Commentaire
de l'ordonnance
sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale

Office fédéral de la justice
20 décembre 2016

Table des matières

1	Grandes lignes du projet	5
1.1	Contexte	5
1.2	Consultation	5
1.3	Deuxième consultation	6
1.4	Les modifications proposées en bref	7
1.5	Rapport entre l'expulsion et les mesures d'éloignement du droit des étrangers	7
1.6	Coordination des banques de données VOSTRA, SYMIC, RIPOL et SIS	9
2	Modification des ordonnances	11
2.1	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)	11
2.1.1	Art. 52, al. 1, let. e	12
2.1.1	Suppressions intervenues après la consultation	12
2.2	Ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi des visas (OEV)	14
2.2.1	Art. 37, al. 1, let. d	14
2.3	Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)	14
2.3.1	Titre de l'ordonnance	14
2.3.2	Art. 1, 2, 3, 4, 5, al. 3, 6, al. 2, 7, 8, 9, 10, 11, al. 1, let. a, et 13	15
2.3.3	Art. 15a, al. 1	15
2.3.4	Art. 15f à 15i	15
2.3.5	Art. 15j, let. b et e	16
2.3.6	Art. 18 (abrogé)	16
2.3.7	Art. 26a, phrase introductive et let. d	16
2.4	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 1)	16
2.4.1	Art. 32	16
2.4.2	Art. 34, al. 2	18
2.4.3	Art. 34a Communications de l'autorité cantonale	18
2.4.4	Art. 43, al. 2	18
2.5	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 2)	18
2.5.1	Art. 24	18
2.5.2	Art. 58a, al. 2, et 59, al. 1, let. d	19
2.6	Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 3)	19
2.6.1	Art. 1a, let. j	19
2.7	Ordonnance du 4 septembre 2013 sur les phases de test (OTest)	20
2.7.1	Art. 40	20
2.8	Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV)	20

2.8.1	Art. 1, al. 1, let. d	20
2.8.2	Art. 6	20
2.8.3	Art. 19, let. d ^{bis}	20
2.9	Ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire	20
2.9.1	Introduction	20
2.9.2	Art. 1, let. c ^{bis} Objet de l'ordonnance	22
2.9.3	Art. 12a Principes généraux applicables en cas d'expulsions à exécuter simultanément	22
	<i>Art. 12a, 1^{re} phrase, principe d'absorption</i>	22
	<i>Art. 12a, 2^e phrase, report de l'exécution</i>	23
2.9.4	Art. 12b Concours d'une expulsion et d'une peine ou d'une mesure privative de liberté découlant de jugements prononcés dans un même canton	24
2.9.5	Art. 14a Concours, lors de l'exécution, de sanctions prononcées par des autorités de différents cantons	26
2.9.6	Art. 16, al. 1 Prise en charge des frais	28
2.9.7	Art. 17a Calcul de la durée d'expulsion	28
2.10	Ordonnance VOSTRA du 29 septembre 2006	29
2.10.1	Introduction	29
2.10.2	Art. 4, al. 1, let. e ^{bis}	31
2.10.3	Art. 6, al. 4	31
2.10.4	Art. 9, let. b et b ^{bis}	32
2.10.5	Art. 12, al. 6	33
2.10.6	Art. 16, al. 1, let. d, et art. 17, al. 1 et 3	33
2.10.7	Art. 21, al. 1, 2, let. j, et 5, et art. 22, al. 1 ^{quater}	34
2.10.8	Art. 22a	36
2.10.9	Art. 25, al. 2, phrase introductive, ch. 13 ^{bis} et 29	36
2.10.10	Annexe 1, ch. 4.22, 5 et 5.17	37
2.10.11	Annexe 2, ch. 4 et 5	37
2.10.12	Annexe 3, ch. 4 et 5	37
2.11	Ordonnance RIPOL du 15 octobre 2008	38
2.11.1	Introduction	38
2.11.2	Art. 4, al. 1, let. m, et 2, let. d	38
2.11.3	Art. 6, al. 1, let. r	38
2.11.4	Annexe 1 Autorisation de traiter ou visualiser les données enregistrées dans le RIPOL	38
2.12	Ordonnance du 6 décembre 2013 sur le traitement des données signalétiques biométriques	39
2.12.1	Art. 17, al. 4	39
2.13	Ordonnance N-SIS du 8 mars 2013	39
2.13.1	Art. 5, al. 2	39
2.13.2	Art. 6, let. c	39
2.13.3	Art. 7, al. 1, let. d et f, ch. 1	40
2.13.4	Art. 7, al. 1, let. i	40
2.13.5	Art. 11, al. 2, let. f, et 3	40
2.13.6	Art. 16, al. 1 et 2	41

2.13.7 Art. 18, al. 4	41
2.13.8 Art. 18, al. 5	41
2.13.9 Art. 20	41
2.13.10 Art. 21, al. 1, 1 ^{bis} et 3	41
2.13.11 Art. 22, al. 2	42
2.13.12 Art. 22 <i>a</i>	42
2.13.13 Art. 39, al. 3	43
2.13.14 Art. 43, al. 3	43
2.13.15 Art. 51, titre	43
2.13.16 Annexes 2 et 3	43
2.14 Ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'usage de la contrainte (OLUsC)	43
2.14.1 Art. 27, al. 5	43

Commentaire

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

L'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels » a été adoptée le 28 novembre 2010 par le peuple et les cantons. Le contreprojet direct qui lui a été opposé a été rejeté¹.

Le Parlement a adopté le 20 mars 2015 la modification du code pénal (CP)² et du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)³ concernant la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, de la Constitution fédérale (Cst.)⁴ relatif au renvoi des étrangers criminel⁵ (modification du 20 mars 2015). Les nouvelles dispositions légales prévoient une expulsion pénale pour les personnes étrangères qui ont commis un crime ou un délit ; cette sanction remplace les mesures prises au titre du droit des étrangers.

Les nouvelles dispositions légales sont entrées en vigueur 1^{er} octobre 2016. Il est dès lors nécessaire d'adapter ou de compléter de nombreuses ordonnances du Conseil fédéral. Toutes les modifications sont présentées dans une ordonnance unique.

1.2 Consultation

La consultation sur l'ordonnance a duré du 29 juin au 30 septembre 2016.

Vingt-quatre cantons, deux partis politiques, quatre associations faitières et cinq autres participants y ont répondu. Un canton, une association faitière, le Ministère public de la Confédération, le Tribunal pénal fédéral et trois autres organismes ont expressément renoncé à se prononcer. Un canton n'a pas rendu d'avis.

La plupart des participants ont approuvé le projet et n'avaient pas, ou que très peu, d'observations à formuler sur les différentes modifications proposées.

Les principales remarques ont porté sur les points suivants :

- le manque de réglementation au niveau des ordonnances des conflits entre les expulsions pénales et les mesures d'éloignement en droit des étrangers, et des compétences résiduelles des autorités migratoires en relation avec le prononcé d'une expulsion par le juge pénal ;
- la réglementation contradictoire concernant la fin des autorisations de séjour pour les personnes qui sont en train d'exécuter une peine privative de liberté ou une mesure avant d'être expulsées ;
- l'absence de statut de séjour pour les personnes contre qui une expulsion obligatoire a été ordonnée et qui doivent exécuter au préalable une peine ferme ou une mesure privative de liberté ;

1 FF 2011 2593

2 RS 311.0

3 RS 321.0

4 RS 101

5 RO 2016 2329. Le CP et le CPM dans la version du 20 mars 2015 sont indiqués comme respectivement nCP et nCPM.

- la réglementation concernant l'exercice d'activité lucrative pour les réfugiés ;
- le renvoi des requérants d'asile contre qui une expulsion pénale a été ordonnée ;
- la réglementation concernant les forfaits globaux que la Confédération verse aux cantons pour les réfugiés et les apatrides ;
- la réglementation concernant le report de l'exécution ;
- les droits d'accès au casier judiciaire informatique (VOSTRA) des services des migrations chargées des expulsions pénales.

Une partie des critiques ne portaient en outre pas sur l'adaptation des ordonnances mais sur la manière dont l'initiative avait été concrétisée dans la loi.

Pour davantage d'informations, voir la synthèse du 28 octobre 2016 des résultats de la procédure de consultation⁶ et les avis rendus par les participants⁷.

1.3 Deuxième consultation

Au terme de la consultation, on a constaté que la modification de l'ordonnance N-SIS du 8 mars 2013⁸ ne réglait pas qui était responsable de signaler les expulsions pénales dans le système d'information Schengen (SIS). La réglementation proposée concerne directement les cantons (cf. ch. 1.4 et 2.13). Comme elle ne figurait pas dans l'avant-projet, il a été décidé de consulter la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) et l'association des services cantonaux de migration (ASM). Cette dernière ainsi que les cantons de Berne et de Zurich ont émis des réserves, alors que les cantons de Zoug, d'Argovie et de Saint-Gall et le président de la Conférence des commandants des polices cantonales (CCPCS) étaient favorables aux propositions. Les réserves de l'ASM et du canton de Zurich portaient surtout sur la permanence, prévue à l'origine, des autorités d'exécution. Le canton de Berne désapprouvait le principe selon lequel il incomberait aux tribunaux de décider de signaler les expulsions pénales dans le SIS. Il estimait que cette décision devait revenir aux autorités d'exécution.

Finalement le Tribunal fédéral a aussi été consulté sur la compétence de décider des signalements, car il pourrait avoir à s'occuper souvent de cette question, ce qui ne devrait toutefois pas occasionner une charge de travail supplémentaire importante. Plus précisément, il lui a été demandé si la réglementation proposée poserait des problèmes de fond. Le Tribunal fédéral n'a pas contesté l'estimation faite de la charge de travail supplémentaire. Il estime par ailleurs qu'il n'est inenvisageable de confier la tâche de décider des signalements aux tribunaux, mais qu'il ne s'agit pas de la seule option. Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) pourrait très bien remplir cette fonction en tant qu'unité centrale, ce qui garantirait de plus une pratique uniforme.

⁶ <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2016.html#dfjp>

⁷ <https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/ind2016.html#dfjp>

⁸ RS 362.0

1.4 Les modifications proposées en bref

Les ordonnances devant être adaptées concernent le droit des étrangers, le droit de l'asile, le droit pénal et le droit en matière de police.

En ce qui concerne les ordonnances relevant du *droit des étrangers* et du *droit de l'asile* (cf. plus bas, ch. 2.1 à 2.8), il s'agit en premier lieu de concrétiser la situation juridique, régie au niveau de la loi, des personnes étrangères et des personnes relevant du domaine de l'asile contre lesquelles une expulsion pénale a été ordonnée. Une bonne partie des modifications sont purement rédactionnelles. Il faut en outre s'assurer que les services des migrations et le SEM aient connaissance, par le biais du système d'information central sur la migration (SYMIC) des expulsions pénales ordonnées.

Les ordonnances relevant du *droit pénal* (cf. ch. 2.9 et 2.10) doivent en particulier définir de qui relève l'exécution et qui doit supporter les frais lorsque des peines, des mesures institutionnelles et des expulsions pénales sont prononcées dans plusieurs cantons. Elles doivent en outre indiquer quelles données sur l'expulsion et son exécution doivent être saisies dans VOSTRA, quelles autorités entrent ces données, lesquelles y ont accès et quelles données doivent être automatiquement transmises à d'autres autorités.

Dans le domaine du *droit en matière de police*, ce sont surtout des ordonnances relatives aux bases de données qui doivent être adaptées (cf. ch. 2.11 à 2.14). Il faut en particulier garantir que les données sur l'expulsion pénale puissent être intégrées dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le SIS.

La modification du 20 mars 2015 prévoit aussi une base légale pour exécuter la motion du conseiller national Felix Müri « Renvoi des étrangers criminels. Statistique de l'exécution » (13.3455) du 17 juin 2013 (à l'art. 3, al. 4^{bis}, de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile [LDEA]⁹). Les adaptations de l'ordonnance VOSTRA du 29 septembre 2006¹⁰ (cf. ch. 2.10) tiennent compte autant que possible des exigences formulées dans la motion, étant donné que les données de VOSTRA servent de base à l'établissement des statistiques. La mise en œuvre de la motion, dans sa version finale, doit cependant être réalisée dans un projet distinct.

1.5 Rapport entre l'expulsion pénale et les mesures d'éloignement du droit des étrangers

L'ancienne expulsion pénale a existé jusqu'à fin 2006 (art. 55 aCP). À cette époque, lorsqu'un étranger commettait une infraction, il était possible, outre cette sanction, de prononcer une mesure d'éloignement sur la base du droit des étrangers. Ces outils parallèles menaient souvent à des décisions contradictoires difficilement compréhensibles pour les personnes concernées. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'ancienne expulsion pénale a été supprimée¹¹. La modification du 20 mars 2015 prévoit que les étrangers ayant commis un crime ou un délit doivent en

⁹ RS 142.51

¹⁰ RS 331

¹¹ Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, point 213.47

principe être expulsés de Suisse sur la base d'une décision judiciaire. Les art. 62, al. 2, et 63, al. 3, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)¹², contiennent des règles de conflit visant à éviter les cas où la nouvelle expulsion pénale et le droit des étrangers entrent en concours. Conformément à leur teneur, ces règles s'appliquent aux étrangers au bénéfice d'un titre de séjour et valent pour la révocation des autorisations de courte durée, de séjour et d'établissement. Elles s'appliquent aussi en cas de concours avec les cas de prolongation et de non-prolongation de titres de séjour (les art. 32 ss LEtr renvoient aux art. 62 et 63 dans leur ensemble).

Les autorités compétentes en matière d'étrangers ne pourront révoquer ou renoncer à prolonger une autorisation au seul motif que l'étranger a commis une infraction pour laquelle le juge aura choisi d'ordonner une expulsion pénale ou renoncer à le faire. Dès lors que l'expulsion pénale entraîne la perte du titre de séjour en Suisse et l'interdiction d'y revenir, une décision de renvoi ou le prononcé d'une interdiction d'entrée basé sur la même infraction qui a donné lieu au jugement pénal serait superfétatoire. En revanche, en présence d'autres motifs ou d'autres infractions commises avant l'entrée en vigueur de l'expulsion pénale (ex : dépendance à l'aide sociale, séjour illégal, etc.), les autorités migratoires compétentes ont toujours la possibilité d'examiner un refus de prolongation, une révocation de l'autorisation ou le prononcé d'une interdiction d'entrée.

L'infraction commise pourra être considérée comme une raison supplémentaire de prononcer ces mesures. Une infraction commise à l'étranger, qui ne peut être poursuivie en Suisse, peut motiver une révocation de l'autorisation, un renvoi ou une interdiction d'entrée. On renonce à prévoir des règles d'interprétation dans le cadre de l'adaptation des ordonnances, car le SEM a édicté des instructions en la matière¹³. Une règle de conflit n'est pas nécessaire pour les étrangers sans droit de séjour puisqu'ils doivent quitter la Suisse indépendamment du fait qu'ils aient commis une infraction ou non (autrement dit, les mesures d'éloignement du droit des étrangers ne s'appliquent pas uniquement si la personne a commis une infraction). On peut recourir aux interdictions d'entrée de l'art. 67, al. 1, let. a et b, LEtr, applicables lorsqu'une personne se trouve illégalement en Suisse. Fedpol peut aussi recourir à l'interdiction d'entrée de l'art. 67, al. 4, LEtr et à l'expulsion de l'art. 68, LEtr, car ces mesures sont ordonnées en raison d'un risque pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse indépendamment de la présence d'une condamnation pénale.

Bien que cela ait été demandé lors de la consultation, on renonce pour différentes raisons à régler par ordonnance tous les cas possibles de conflits entre l'expulsion pénale et les mesures d'éloignement du droit des étrangers. On appliquera par principe les règles des art. 62, al. 2, et 63, al. 2, LEtr. Prévoir une réglementation plus précise dans l'ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM)¹⁴ nécessiterait une base légale. Il serait en outre impossible de prévoir tous les cas au niveau de l'ordonnance. Rappelons néanmoins

¹² RS 142.20

¹³ <https://www.sem.admin.ch> > Accueil SEM > Publications & service > Directives et circulaires > I. Domaine des étrangers

¹⁴ RS 311.01

que le SEM a défini des règles de coordination dans les directives et commentaires relatifs au domaine des étrangers¹⁵.

1.6 Coordination des banques de données VOSTRA, SYMIC, RIPOL et SIS

VOSTRA

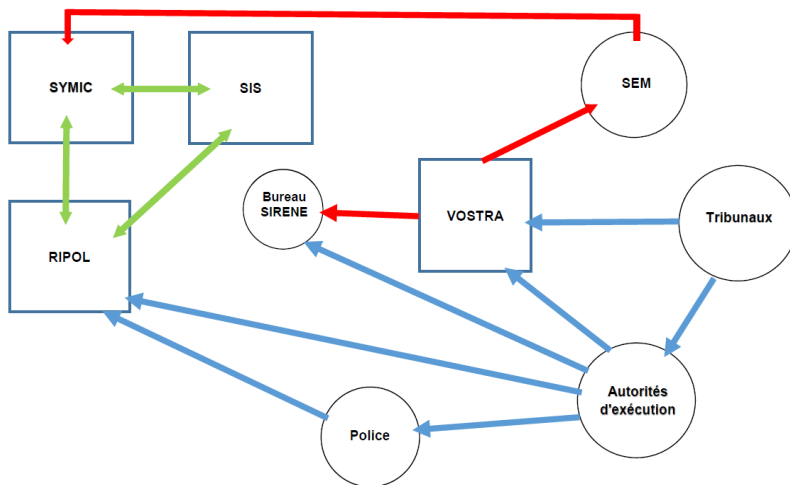
Les jugements dans lesquels une expulsion pénale est prononcée doivent être inscrits dans VOSTRA de la même manière que les autres jugements pénaux. La plupart des expulsions pénales ordonnées contre des étrangers ayant commis une infraction seront prononcées à la place de renvois et interdictions d'entrées du droit des étrangers. Il sera important de les faire figurer, comme les mesures du droit des étrangers, dans les banques de données relevant du domaine policier et du droit des étrangers afin que les restrictions qu'elles entraînent puissent être appliquées et que diverses autorités puissent avoir accès à ces informations.

Les données sur les expulsions pénales devront être saisies non seulement dans VOSTRA mais aussi dans le SYMIC et dans la partie nationale du SIS (N-SIS). Pour mettre en place les conditions techniques nécessaires aux signalements dans le SIS via le SYMIC, on inscrira d'abord, dans une phase de transition, les signalements relatifs aux expulsions exécutées ou exécutoires dans le RIPOL.

RIPOL

Une expulsion pénale est inscrite dans le RIPOL d'une fois qu'elle est exécutée, autrement dit d'une fois que le délai de départ fixé par l'autorité d'exécution est écoulé ou que le départ de la personne a été constaté. Le départ peut avoir lieu avec ou sans contrôle des autorités. L'expulsion peut aussi se faire sous forme de transfèrement dans le pays d'origine en vue d'y exécuter la peine. Les autorités d'exécution peuvent inscrire elles-mêmes ou faire inscrire dans RIPOL les expulsions à exécuter (conformément aux droits d'accès et de traitement prévu dans l'ordonnance RIPOL du 15 octobre 2008¹⁶).

¹⁵ www.sem.admin.ch > Accueil SEM > Publications et service > Directives et circulaires > I. Domaine des étrangers > 0 Bases légales > Directives
¹⁶ RS 361.0



SYMIC

Pendant la phase de transition, le SEM inscrira les expulsions pénales dans le SYMIC au moyen de différents codes (codes de remarque pour le domaine du droit des étrangers et codes d'affaire pour le domaine de l'asile) en fonction des besoins dans le domaine des migrations. À terme, toutes les données relatives aux expulsions pénales devront être saisies dans le SYMIC pour que les restrictions soient prises en compte dans le cadre de l'octroi de visas et d'autorisations de séjour. Les expulsions devront aussi être inscrites dans le SYMIC en raison de l'art. 3, al. 4^{bis}, LDEA. Cette disposition a été créée pour mettre en œuvre la motion Müri 13.3455.

L'Office fédéral de la justice (OFJ) transmettra au SEM toutes les données dont il aura besoin sur les expulsions pénales ordonnées (cf. ch. 2.10.8). Le SEM pourra consulter un document généré par VOSTRA qui contiendra les données voulues. On évite ainsi d'augmenter la charge de travail des cantons en leur imposant une obligation d'annoncer. Comme solution à long terme, on peut imaginer une interface qui permettrait de reporter dans le SYMIC les données relatives aux expulsions pénales figurant dans VOSTRA.

SIS

Les expulsions pénales prononcées contre des étrangers qui ne sont pas citoyens de l'UE ou de l'AELE (donc ne bénéficiant pas de la libre circulation des personnes) doivent être inscrites dans le SIS (cf. ch. 2.13). Une expulsion pénale oblige une personne originaire d'un État tiers à quitter non seulement la Suisse, mais – si les conditions sont réunies – aussi l'espace Schengen (conformément à l'art. 24 du règlement [CE] n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération [SIS II]¹⁷). Le SIS est alimenté par le RIPOL et le SYMIC. L'inscription d'une expulsion pénale exécutoire dans le RIPOL est communiquée au SIS (cf. schéma). L'interface entre le SYMIC et le SIS sera

¹⁷ JOL 381 du 28.12.2006, p. 4 à 23

adaptée ultérieurement. Enfin, un accès en ligne à VOSTRA devra être accordé au bureau SIRENE afin de garantir un échange rapide et continu d'informations supplémentaires sur les expulsions avec les services étrangers (cf. ch. 2.10.7 et 2.10.6). En effet les décisions saisies dans VOSTRA servent de base aux expulsions pénales et à leur signalement dans le SIS.

Un signalement ne peut être inscrit dans le SIS que si les conditions fixées par l'acquis de Schengen sont remplies (art. 21 et 24 du règlement SIS II). Le SEM était et restera responsable du signalement dans le SIS des interdictions d'entrée rendues sur la base du droit des étrangers. Le signalement des nouvelles expulsions pénales incombera en revanche aux cantons. Les tribunaux et les autorités d'exécutions disposent des informations nécessaires pour décider de signaler une expulsion pénale et pour vérifier périodiquement les signalements. En principe, on aurait aussi pu confier ces tâches au SEM. Cela aurait toutefois nécessité une décision de plus (au-delà de la décision d'expulsion pénale rendue par le tribunal et une éventuelle décision de reporter l'exécution). Un recours aurait alors été possible auprès du Tribunal administratif fédéral, voire exceptionnellement auprès du Tribunal fédéral. Les cantons n'auraient toutefois pas entièrement été déchargés puisqu'ils auraient dû fournir au SEM toutes les informations nécessaires (jugement, décision d'exécution, données signalétiques).

Le signalement des expulsions pénales dans le SIS relève dans un certain sens, de l'exécution, de sorte que la décision pourrait être confiée à autorité d'exécution, comme l'a fait remarquer le canton de BE (cf. ch. 1.3). Le signalement représente toutefois une forte modification de la sanction originale. C'est pourquoi il doit incomber à un tribunal de se prononcer sur cette extension du champ d'application. Le tribunal qui ordonne l'expulsion pénale devra aussi régler des aspects relevant du droit des étrangers (par ex. en ce qui concerne la clause de rigueur au sens de l'art. 66a, al. 2, CP). Il disposera donc des informations nécessaires pour se prononcer sur l'opportunité d'un signalement dans le SIS. C'est pourquoi il apparaît pertinent de confier au tribunal pénal les tâches de se prononcer sur l'expulsion pénale et sur son signalement. Les autorités d'exécution, dès qu'elles procèdent à l'exécution d'une expulsion pénale, émettront un signalement dans le RIPOL, transmettront au bureau SIRENE les données prévues à l'art. 22a de l'ordonnance N-SIS, actualiseront si nécessaire les données dans le SIS et vérifieront périodiquement la nécessité de maintenir le signalement. Les remarques de l'ASM et du canton de Zurich ont été en outre prises en compte : les autorités d'exécution ne seront pas tenues d'assurer une permanence hors des heures de bureau.

2 Modification des ordonnances

2.1 Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)¹⁸

Certains participants à la consultation ont souhaité que les relations entre le droit des étrangers et l'expulsion pénale soient définies dans l'OASA, notamment le fait de savoir quelles sont les compétences résiduelles des autorités migratoires en relation

¹⁸ RS 142.201

avec le prononcé d'une expulsion par le juge pénal. Les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) répondent à cette problématique. Elles peuvent être adaptées régulièrement suivant l'évolution de la jurisprudence. Il n'est donc pas nécessaire de codifier ces principes dans une ordonnance. Pour de plus amples détails sur les avis exprimés lors de la consultation qui s'est déroulée du 29 juin 2016 au 30 septembre 2016, nous vous renvoyons au rapport d'évaluation du 28 octobre 2016¹⁹. Les principales remarques ou propositions émises dans le cadre de la consultation sont reproduites ci-dessous en regard des articles concernés.

2.1.1 Art. 52, al. 1, let. e

Les personnes dont la demande d'asile n'a pas encore abouti à une décision exécutoire mais qui sont frappées d'une décision exécutoire d'expulsion pénale sont tenues de quitter la Suisse. C'est pourquoi elles ne doivent pas pouvoir exercer d'activité lucrative avant la clôture de leur procédure d'asile.

La proposition de modification de l'art. 52 OASA a été saluée par les participants et n'a pas fait l'objet de discussions particulières.

2.1.1 Suppressions intervenues après la consultation

Art. 65

La majorité des cantons, la CCDJP et le PS n'ont rien objecté à la modification de l'art. 65. Les cantons des Grisons et de Lucerne se sont montrés critiques et l'UDC l'a rejeté. Le canton des Grisons avance qu'il faudrait modifier l'art. 61 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)²⁰ si l'on devait considérer que, en vertu de l'art. 65 OASA, les réfugiés frappés d'une décision d'expulsion pénale entrée en force mais non exécutable sont autorisés à exercer une activité lucrative. Le Conseil fédéral partage cet avis. Dès lors, comme ni l'art. 69 ni l'art. 61 LAsi n'offre de base suffisante, on renonce à modifier l'art. 65. Toutefois, il est important et pertinent que les réfugiés faisant l'objet d'une décision d'expulsion pénale entrée en force mais non exécutable puissent travailler puisqu'il est probable qu'ils resteront en Suisse pour un certain temps. Cette possibilité permettrait de réduire les frais de la Confédération et des cantons, puisque les réfugiés concernés bénéficient de l'aide sociale (cf. art. 86 LEtr).

Une forte majorité des cantons, ainsi que la CCDJP, n'ont rien objecté à la disposition proposée. On étudiera donc la possibilité de proposer, dans le cadre de la révision en cours de la LEtr (normes procédurales et systèmes d'information), une modification de l'art. 61 LAsi pour préciser que les réfugiés concernés sont autorisés à travailler. L'art. 65 OASA devrait être modifié parallèlement.

Art. 70

L'art. 70, al. 1, OASA prévoit que l'autorisation possédée par l'étranger avant son incarcération ou l'exécution de sa mesure pénale demeure valable au moins jusqu'à sa libération ou la levée de la mesure pénale. C'est à ce moment-là seulement que les conditions de séjour doivent être examinées. L'avant-projet proposait de modifier

¹⁹ Disponible sur le site de l'OFJ: www.ofj.admin.ch

²⁰ RS 142.31

l'art. 70, al. 1, OASA afin qu'il précise qu'en cas d'expulsion pénale obligatoire, l'autorisation possédée jusqu'alors s'éteignait lors de l'entrée en force du jugement (en application de l'art. 61, al. 1, let. f, LEtr). Cette précision a suscité de nombreuses remarques lors de la consultation : certains participants ont considéré qu'il existe une contradiction entre les textes de l'art. 61, al. 1, let. f, LEtr et l'art. 70 al. 1, AP-OASA. En outre, ils ont estimé que les mesures ambulatoires de l'art. 63 CP devraient être supprimées du champ d'application de l'art. 70 LEtr. Un canton a en outre estimé que la condamnation à une mesure ambulatoire n'est pas compatible avec une expulsion pénale. D'autres précisions, notamment en ce qui concerne l'exécution des peines pécuniaires ou des travaux d'intérêts généraux ont été souhaitées.

Vu les prises de position, il y a lieu de renoncer à la modification proposée qui visait à préciser la LEtr ; en effet, cette modification a suscité des confusions inutiles. L'interprétation de la loi (art. 61 LEtr et art. 66c CP) permet de se rendre suffisamment compte du moment de l'extinction d'une autorisation ou du moment de l'exécution de l'expulsion pénale (avant ou après une mesure ambulatoire, une peine privative de liberté, etc.) pour qu'il ne soit pas nécessaire de compléter l'ordonnance dans ce sens.

L'art. 70, al. 1 OASA ne fait nullement obstacle à l'application de l'art. 61, al. 1 let. f LEtr. L'art. 70 OASA précise uniquement que les conditions de séjour doivent être examinées au moment de la libération de la personne. En vertu de la LEtr, l'autorisation s'éteint : soit lors de l'entrée en force de l'expulsion obligatoire, soit lors de l'exécution de l'expulsion non obligatoire. Il n'existe donc pas de contradiction entre la loi et l'ordonnance. L'art. 63 CP ne constitue pas une mesure privative de liberté. Or, l'art. 66c CP qui traite du moment de l'exécution de l'expulsion pénale, mentionne que seules les peines privatives de liberté et les mesures de privation de liberté doivent être exécutées avant l'exécution de l'expulsion. Par conséquent, il faut en conclure que la loi n'exige pas qu'une mesure ambulatoire (art. 63 CP) soit exécutée avant de pouvoir exécuter une expulsion pénale. L'exécution d'une mesure ambulatoire ne peut donc pas faire obstacle à l'exécution d'une expulsion pénale. En revanche, la réglementation de l'art. 66c CP ne concerne pas les étrangers qui n'ont pas été condamnés à une expulsion pénale. Dans leur cas, l'art. 70, al. 1 OASA s'applique et l'autorisation demeure valable même durant l'exécution d'une mesure ambulatoire. D'éventuelles clarifications, si le besoin s'en faisait ressentir à l'avenir, pourraient être faites par le biais des directives fédérales.

Art. 82, al. 1^{bis} à 1^{quater}

La modification de cette norme était proposée dans le cadre de la consultation en tant que variante à la modification de l'art. 22a de l'ordonnance VOSTRA. Elle visait à introduire une obligation pour les tribunaux et les autorités d'exécution de communiquer au SEM les données pertinentes sur les expulsions pénales pour qu'il puisse les saisir dans le SYMIC. Comme les expulsions pénales peuvent aussi se faire sous forme d'extradition ou de transfèrement en vue de l'exécution de la peine (et que le début de l'expulsion commence à ce moment-là), les autorités fédérales d'entraide judiciaire avaient aussi une obligation de communiquer. Une grande partie des cantons et une organisation ont privilégié la solution de l'art. 22a de l'ordonnance VOSTRA car elle ne crée pas de nouvelle obligation de transmission pour les cantons, raison pour laquelle il y a lieu de renoncer à cette modification.

2.2 Ordonnance du 22 octobre 2008 sur l'entrée et l'octroi des visas (OEV)²¹

2.2.1 Art. 37, al. 1, let. d

Il s'agit d'une modification de nature rédactionnelle.

Selon l'art. 37, al. 1, OEV, les personnes qui ne font l'objet ni d'un signalement dans RIPOL ou le SIS ni d'une mesure d'éloignement peuvent prendre part au contrôle automatisé à la frontière. L'expulsion prononcée sur la base des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM ne constituant pas une mesure d'éloignement au sens de la LEtr, il y a lieu de la mentionner explicitement afin que l'art. 37, al. 1, OEV s'applique aussi à ce cas de figure.

2.3 Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)²²

2.3.1 Titre de l'ordonnance

Depuis le 1^{er} octobre 2016 et l'entrée en vigueur des dispositions légales de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels, l'art. 71 LEtr prévoit l'assistance de la Confédération aux cantons dans le cadre de l'exécution de l'expulsion pénale. Le but de cette modification entreprise par le législateur, tout comme celle notamment des art. 75, 76 et 78 LEtr, est de rendre le système de l'exécution forcée prévu dans le droit des étrangers applicable à l'expulsion pénale.

Même si les art. 69 et 71a LEtr n'ont pas été modifiés le 1^{er} octobre 2016, il n'en demeure pas moins qu'ils font partie, tout comme l'art. 71 LEtr, de la section 4 intitulée en français « *Exécution du renvoi ou de l'expulsion* », en allemand « *Auschaffung* » et en italien « *rinvio coatto* », et qu'ils s'appliquent aussi à l'exécution des expulsions pénales.

Il convient donc de modifier le titre allemand de l'OERE, afin de l'adapter au contenu de l'ordonnance en lui ajoutant, dans sa version allemande, le terme « *die Landesverweisung* ». Il en découle une modification de l'abréviation de l'ordonnance dans sa version allemande (VVWA devient VVWAL) et la modification des ordonnances qui y renvoient (cf. ch. 2.4, 2.6.2, 2.7, 2.8.1, 2.15.1).

L'ordonnance du DFJP du 22 septembre 2014 sur les subventions de construction de la Confédération aux établissements d'exécution des mesures de contrainte relevant du droit des étrangers²³ sera modifiée à part.

Le titre français et le titre italien ne posent pas problème puisque les deux mesures – pénale et administrative – s'appellent « *expulsion* » / « *espulsione* ». Il faudra examiner si une modification des art. 69 et 71a LEtr doit être entreprise afin de clarifier la situation et faire correspondre les différentes versions linguistiques.

²¹ RS 142.204

²² RS 142.281

²³ RS 142.281.3

2.3.2 Art. 1, 2, 3, 4, 5, al. 3, 6, al. 2, 7, 8, 9, 10, 11, al. 1, let. a, et 13

La modification de l'art. 1 vise à définir explicitement le terme d'« expulsion pénale » comme l'« *expulsion au sens des art. 66a ou 66a^{bis} du code pénal ou 49a ou 49a^{bis} du code pénal militaire* » dans l'OERE. Ce terme (« *espulsione penale* » en italien) est créé pour éviter la confusion avec l'expulsion administrative (« *Ausweisung* ») dans les versions française et italienne de l'OERE. Cette modification permet d'éviter des répétitions inutiles aux art. 2, 3, 5, al. 3, 6, al. 2, 7, 8, 9, 10, 11, al. 1, let. a, et 13 OERE qui sont adaptés en reprenant uniquement le terme « *d'expulsion pénale* ».

Pour faire suite à une remarque formulée dans le cadre de la consultation, le terme « *police cantonale des étrangers compétente* » à l'art. 2, al. 1, de l'OERE est remplacé par le terme « *autorité cantonale compétente* » afin de prendre en considération le fait que l'exécution des expulsions pénales peut s'effectuer, suivant la solution choisie par les cantons, soit par les autorités migratoires cantonales compétentes soit par les autorités d'exécution pénales cantonales.

Les autres modifications rédactionnelles concernent uniquement l'allemand : emploi systématique de l'expression « *Reisedokument* » aux art. 2, al. 1, art. 4, titre et al. 2, art. 9 et 10, al. 2. Ce remplacement est aussi effectué à l'art. 28 de l'ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM).

2.3.3 Art. 15a, al. 1

Il s'agit de supprimer la mention « *en matière d'étrangers* » dans la première phrase de l'al. 1. En effet, les art. 73 ss LEtr parlent de « *d'autorités compétentes* » de manière générale. En outre, l'exécution de l'expulsion selon le CP ou le CPM incombant aux cantons, ces derniers ont la liberté de choisir à qui ils souhaitent confier cette tâche : aux autorités d'exécution des peines, aux autorités compétentes en matière d'étrangers ou aux deux²⁴.

2.3.4 Art. 15f à 15i

Il s'agit, uniquement de modifications rédactionnelles dans la version française, visant à ajouter explicitement le terme « *expulsion pénale* ».

Dans la version allemande des art. 15f et 15g on ajoute le terme « *Landesverweisung* ». Par contre, les art. 15h et 15i ne sont pas modifiés. En effet, la version allemande utilise le terme « *Ausschaffung* » qui englobe l'exécution du renvoi, de l'expulsion au sens de la LEtr et, nouvellement, également de l'expulsion au sens du CP ou du CPM. La même chose concerne l'italien, avec le terme « *rinvio coatto* ».

²⁴ FF 2013 5373, 5403 et 5448

2.3.5 Art. 15j, let. b et e

L'ajout dans la 1^{re} phrase des lettres b et e du terme « *de l'expulsion* » relève d'une modification purement rédactionnelle qui ne découle pas de l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'expulsion pénale.

De plus, comme pour les autres dispositions de l'OERE il y a aussi lieu d'ajouter aux lettres b et e le terme « *expulsion pénale* ».

2.3.6 Art. 18 (abrogé)

L'art. 86, al. 1, LEtr prévoit notamment qu'en matière d'aide sociale les réfugiés admis à titre provisoire et les réfugiés frappés d'une décision exécutoire d'expulsion pénale soient soumis aux mêmes dispositions que les réfugiés auxquels la Suisse a accordé l'asile. Par conséquent, l'art. 18 OERE devient caduc. La Convention relative au statut des réfugiés fixe des exigences minimales permettant, dans le droit national, de mettre en place une réglementation avantageuse pour les personnes concernées.

2.3.7 Art. 26a, phrase introductive et let. d

Il ne s'agit que d'adaptations rédactionnelles.

2.4 Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 1)²⁵

2.4.1 Art. 32

Titre

Le titre est adapté au contenu de la disposition.

Ad let. c

Il s'agit d'adaptations d'ordre rédactionnel rendues nécessaires par la teneur de l'art. 121, al. 2, Cst. : le terme « décision de renvoi » est remplacé par « décision d'expulsion ».

Le législateur a attribué à fedpol la compétence d'expulser des étrangers pour maintenir la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse (art. 68, al. 1, LEtr). L'art. 121, al. 2, Cst. autorise aussi le Conseil fédéral à ordonner une telle expulsion. C'est pourquoi il convient de mentionner l'art. 68, al. 1, à la let. c. En outre on précisera qu'il s'agit de l'al. 2 de l'art. 121 Cst.

Ad let. d

Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) peut prononcer une décision de renvoi à l'encontre d'une personne frappée d'une décision d'expulsion pénale aussi longtemps que le jugement assorti de l'expulsion n'est pas entré en force. En effet, il n'est pas nécessaire de prononcer une nouvelle décision de renvoi dès l'entrée en

²⁵ RS 142.311

force de l'expulsion pénale. Selon l'art. 121, al. 3, Cst., la personne est automatiquement privée de son titre de séjour et de tous ses droits à séjourner en Suisse indépendamment du statut dont elle disposait avant l'entrée en force de l'expulsion pénale.

Il appartient à l'autorité cantonale compétente, et non au SEM, de statuer sur le report de l'exécution de l'expulsion obligatoire (art. 66*d*, al. 2, CP). À cette fin, elle vérifie si des obstacles empêchent l'exécution de l'expulsion. La décision relative à l'exécution d'une expulsion non obligatoire incombe également à cette même autorité (cf. de même l'art. 66*a*^{bis} CP).

Le SEM reste compétent pour décider si la personne concernée remplit les conditions pour être réfugiée. Le cas échéant, les autorités cantonales compétentes doivent en principe reporter l'exécution d'une expulsion pénale (art. 66*d*, al. 1, let. a, CP). Lorsqu'une personne dont la procédure d'asile est encore pendante est frappée d'une décision exécutoire d'expulsion pénale, le SEM détermine uniquement si elle remplit ou non les conditions pour être réfugiée. S'il ne lui reconnaît pas la qualité de réfugié, il appartient à l'autorité cantonale compétente de déterminer si des règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion (art. 66*d*, al. 1, let b, CP). Il en va de même pour les personnes qui déposent une demande d'asile après avoir été frappées d'une décision exécutoire d'expulsion pénale.

Quelques participants à la consultation (les cantons ZH, JU et le PS) ont rejeté la modification proposée car ils soutiennent qu'elle amène un double examen de l'admissibilité de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion pénale. Ils estiment qu'il revient au SEM de décider si l'exécution du renvoi est admissible car d'une part il connaît la situation dans les pays d'origine et, d'autre part, un tel examen se fait dans le cadre de la procédure d'asile. Une procédure différente pourrait conduire à des pratiques cantonales divergentes. En outre, ils proposent que des règles de conflit précisent qu'elle est l'autorité cantonale compétente pour l'exécution du renvoi lorsqu'on est en présence d'une décision de renvoi exécutoire et d'une expulsion pénale entrée en force impliquant deux cantons.

Pour donner suite aux remarques exprimées lors de la consultation, l'art. 32 a été complété afin de faire expressément référence au fait que les autorités cantonales ont la possibilité de demander au SEM, avant l'exécution de l'expulsion pénale si, à son avis et en se fondant sur les éléments de la procédure d'asile, d'éventuels empêchements feraient obstacle à l'exécution de l'expulsion (cf. nouvel art. 32, al. 2, OA 1). L'unité de pratique en matière de report de l'expulsion pénale peut être garantie par les différentes instances de recours cantonales et le Tribunal fédéral. Le SEM examinera, au moment d'adapter les ordonnances découlant du projet sur l'accélération des procédures d'asile (modification de la LASi), s'il est possible d'introduire dans l'OERE une règle applicable en cas de conflit de compétences entre autorités cantonales. D'éventuelles règles de conflit de compétences entre autorités cantonales pourraient être introduites dans l'intervalle par le biais des directives du SEM. On pourrait reprendre celles en place depuis septembre 2016 dans l'accord de l'ASM. Enfin, dans le cas d'une expulsion pénale non obligatoire, le juge pénal peut tenir compte au moment du prononcé de son jugement d'éventuels empêchements à l'exécution de l'expulsion et, cas échéant, renoncé à ordonner l'expulsion.

2.4.2 Art. 34, al. 2

Il s'agit uniquement d'adaptations rédactionnelles (cf. commentaire de l'art. 34a OA 1 au ch. 2.4.3).

2.4.3 Art. 34a Communications de l'autorité cantonale

Il est prévu que les autorités cantonales communiquent également au SEM les expulsions pénales exécutées. Cette information revêt une importance notamment lorsque la personne concernée dépose une nouvelle demande d'asile (demande multiple, cf. art. 111c LAsi). La réglementation sur les communications des autorités cantonales est déplacée dans un nouvel article, car l'art. 34 se rapporte à l'art. 46 LAsi, lequel ne traite que de l'exécution des renvois.

Le canton de Zurich a proposé que les données visées à l'art. 34a AP-OA 1 ne soit pas transmises au SEM séparément mais de manière automatique par le biais de VOSTRA.

Le DFJP comprend la demande du canton de Zurich, d'autant plus que cette mesure permettrait de réduire la charge de travail des cantons. Elle ne serait toutefois pour l'instant pas réalisable étant donné qu'il n'existe pas d'interface entre VOSTRA et le SYMIC. Le DFJP envisagera une adaptation en ce sens dès qu'elle sera possible techniquement.

2.4.4 Art. 43, al. 2

L'al. 2 est, sur le plan rédactionnel, adapté aux modifications de loi découlant de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

2.5 Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 2)²⁶

2.5.1 Art. 24

Ad al. 1, let. b^{bis}

La Confédération continue de rembourser aux cantons, au moyen des forfaits globaux, les frais d'aide sociale occasionnés par les réfugiés frappés d'une décision exécutoire d'expulsion pénale jusqu'à ce que ces derniers aient définitivement quitté la Suisse ou soient partis sans annoncer leur départ, mais au plus pendant cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile qui a abouti à l'octroi de l'asile. Cette disposition s'explique par le fait que les réfugiés ne sont en règle générale pas tenus de quitter la Suisse en vertu du principe de non-refoulement et qu'ils ont droit, conformément à l'art. 86, al. 1, LEtr, au même traitement en matière d'assistance publique que les personnes résidant en Suisse. Ils restent en outre soumis à la Convention relative au statut des réfugiés.

Ad al. 1, let. d^{bis}

²⁶ RS 142.312

Comme pour les réfugiés frappés d'une décision d'expulsion au sens de l'al. 1, let. b^{bis}, la Confédération verse aux cantons le forfait global pour les apatrides frappés d'une décision exécutoire d'expulsion pendant cinq ans au plus à compter de l'entrée en Suisse de l'intéressé. A l'instar des réfugiés, ils sont protégés par le principe de non-refoulement et ont droit, en vertu de la Convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides²⁷, au même traitement en matière d'assistance publique que les personnes résidant en Suisse.

Lors de la consultation, certains participants (cantons GE, ZH et CCDJP) ont notamment proposé que les forfaits globaux soient versés durant sept ans pour tous les réfugiés et tous les apatrides. Cette proposition ne peut pas être suivie.

En règle générale, le SEM verse aux cantons les forfaits globaux pour les réfugiés ayant obtenu l'asile et les apatrides (art. 24, al. 1, let. c, OA 2) au maximum pendant cinq ans, et au maximum pendant sept ans pour les réfugiés admis à titre provisoire (art. 24, al. 1, let. b, OA 2) et pour les apatrides admis à titre provisoire (art. 24, al. 1, let. d, OA 2).

Si ces personnes sont frappées d'une expulsion pénale, l'asile, l'autorisation de séjour, l'autorisation d'établissement ou l'admission provisoire est révoquée. Les réfugiés restent protégés par la Convention relative au statut des réfugiés et ne peuvent être renvoyés de Suisse. Les apatrides perdent leur autorisation de séjour ou d'établissement ou, le cas échéant, leur admission à titre provisoire. Toutefois, comme toutes ces personnes ne peuvent être renvoyées de Suisse, même si elles sont frappées d'une expulsion pénale, la Confédération doit continuer de payer les forfaits globaux (art. 88, al. 3, LAsi).

L'obligation qu'a la Confédération de verser pendant sept ans des forfaits globaux aux cantons pour les personnes admises à titre provisoire est inscrite au niveau de la loi. Si l'admission à titre provisoire est révoquée, les paiements doivent cesser. Ce point ne peut être modifié au niveau de l'ordonnance.

2.5.2 Art. 58a, al. 2, et 59, al. 1, let. d

Ne concerne que la version allemande. Ces dispositions doivent être adaptées en raison de la modification du titre allemand de l'OERE ainsi que de son abréviation (cf. ch. 2.3.1).

2.6 Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile (OA 3)²⁸

2.6.1 Art. 1a, let. j

Ne concerne que la version allemande. Cette disposition doit être adaptée en raison de la modification du titre allemand de l'OERE (cf. ch. 2.3.1).

²⁷ RS 0.142.40

²⁸ SR 142.314

2.7 Ordonnance du 4 septembre 2013 sur les phases de test (OTest)²⁹

2.7.1 Art. 40

Ne concerne que la version allemande. Cette disposition doit être adaptée en raison de la modification du titre allemand de l'OERE (cf. ch. 2.3.1).

2.8 Ordonnance du 14 novembre 2012 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (ODV)³⁰

2.8.1 Art. 1, al. 1, let. d

Il s'agit d'une modification purement rédactionnelle induite en raison de l'entrée en vigueur des art. 66a et 66a^{bis} CP et 49a et 49a^{bis} CPM.

2.8.2 Art. 6

L'art. 59, al. 3, LEtr prévoit que l'étranger qui a été condamné à une expulsion pénale entrée en force n'a pas le droit à des documents de voyage.

Toutefois, l'art. 6 ODV laisse à la libre appréciation du SEM l'établissement d'un document de voyage supplétif lorsque l'exécution de l'expulsion prononcée sur la base des art. 66a ou 66a^{bis} CP ou 49a ou 49a^{bis} CPM le requiert.

2.8.3 Art. 19, let. d^{bis}

En vertu de l'art. 59, al. 3, LEtr, l'étranger condamné à une expulsion pénale n'a pas droit à des documents de voyage. Une nouvelle lettre doit être ajoutée à l'art. 19, al. 1, dans ce sens.

2.9 Ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire

2.9.1 Introduction

L'O-CP-CPM règle avant tout des questions de coordination et de compétences. S'agissant de l'expulsion pénale, il faut avant tout déterminer la procédure à suivre lorsque plusieurs ordres d'expulsion doivent être exécutés simultanément, lorsqu'il y a concours entre une expulsion et des sanctions privatives de liberté ou lorsque les expulsions et les sanctions privatives de liberté ont été prononcées dans différents cantons.

À l'occasion de l'adaptation de l'ordonnance VOSTRA, il est ressorti qu'il était nécessaire, pour des raisons pratiques, de préciser le calcul de la durée de l'expulsion selon l'art. 66c, al. 5, nCP.

²⁹ SR 142.318.1

³⁰ RS 143.5

Bien que les questions de coordination et de calcul de la durée se soient déjà posées pour l'expulsion selon l'ancien droit (art. 55 aCP), les ordonnances 1 à 3 relatives au CP, en vigueur jusqu'à la fin de 2006, ne contenaient aucune disposition correspondante.

Des participants à la consultation ont critiqué le fait que, d'après le rapport explicatif, il semblerait que les autorités d'exécution aient à rendre une décision contestable. Or, ils sont d'avis que la notification de la date de départ (acte administratif) ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un recours.

La décision d'expulsion rendue par le tribunal pénal peut être considérée comme de nature matérielle. L'acte administratif par lequel les autorités d'exécution cantonale la mettent en œuvre porte sur les modalités, et notamment la date de la sortie du pays. Il revêt la forme d'une décision attaquable, et doit notamment montrer que l'expulsion n'est pas empêchée par des règles de droit international (cf. commentaire de l'art. 12a, 2^e phrase, O-CP-CPM). Si l'étranger frappé d'une expulsion a déjà quitté la Suisse de son propre chef, l'autorité d'exécution cantonale peut renoncer à rendre une décision d'exécution. Elle peut en revanche rendre une décision de constatation, précisant la date de départ, qui pourra être utile pour le calcul de la durée de l'expulsion.

L'art. 121, al. 3 à 6, Cst. prévoit que l'expulsion soit systématique, ce qui implique que les procédures devant les autorités décisionnelles (y compris de recours) soient rapides. On veillera notamment aux principes constitutionnels suivants :

- Une décision d'exécution rendue par une autorité cantonale doit pouvoir être examinée par une instance de recours. Une exclusion de ce droit de recours, qu'elle soit prévue par le droit fédéral ou cantonal, est incompatible avec l'art. 29a Cst. Certes cet article prévoit qu'il soit possible d'exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels, à savoir lorsqu'un acte, de par sa nature, ne peut être porté devant un tribunal ou lorsqu'il a avant tout un caractère politique (acte de gouvernement). Or, les décisions d'exécution ici visées ne présentent pas ces caractéristiques.
- L'art. 29a Cst. prévoit en outre que les décisions d'exécution puissent être jugées par au moins une instance judiciaire. La Constitution ne prévoit pas de recours devant le Tribunal fédéral. Toutefois, l'art. 78, al. 2, let. b, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)³¹ : le Tribunal fédéral connaît aussi des recours en matière pénale contre les décisions sur l'exécution de peines et de mesures. L'art. 113 LTF prévoit en outre que le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels subsidiaires contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF.
- L'étranger concerné ne peut faire recours que contre la date de l'expulsion et la mesure de contrainte, à savoir contre le contenu de la décision. Les griefs contre la décision pénale d'expulsion à l'origine de la décision d'exécution ne

³¹ RS 173.110

sont pas recevables. Ils ne peuvent être présentés que dans le cadre d'une procédure sur le plan pénal³².

Même si on présume dans le présent rapport que les autorités d'exécution fixent la date de départ dans une décision attaquable, la révision de l'ordonnance n'impose pas aux cantons de forme particulière pour l'acte fixant les modalités d'exécution. Les dispositions de l'avant-projet où il était question de la date de départ fixée dans la décision d'exécution ont donc été adaptées (art. 17a O-CP-CPM et 6, al. 4, let. a, de l'ordonnance VOSTRA).

2.9.2 Art. 1, let. c^{bis} Objet de l'ordonnance

L'art. 17a O-CP-CPM doit concrétiser la date de départ selon l'art. 66c, al. 5, CP, à partir de laquelle la durée de l'expulsion commence à courir (cf. ch. 2.10.7). Ce nouveau point est placé à l'art. 1, let. c^{bis}.

2.9.3 Art. 12a Principes généraux applicables en cas d'expulsions à exécuter simultanément

Art. 12a, 1^{re} phrase, principe d'absorption

En vertu du nouveau droit, il sera possible de prononcer à l'encontre d'une seule et même personne plusieurs condamnations entraînant une expulsion obligatoire. L'art. 12a, 1^{re} phrase, O-CP-CPM prévoit que, en cas de concours de plusieurs expulsions, la plus longue absorbe la plus courte, pour autant qu'elles soient exécutables en même temps. Cette façon de faire a été approuvée expressément par les participants à la consultation.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'ancien droit (art. 55 aCP), les expulsions ordonnées dans différents jugements étaient exécutées en vertu du principe d'absorption³³ au motif que l'expulsion avait le caractère d'une mesure. Le Tribunal fédéral a rendu cette décision malgré le fait que l'expulsion était conçue dans l'ancien droit comme une peine accessoire et qu'elle aurait donc pu, comme d'autres peines, être cumulée à une autre. Ainsi, l'exécution de la plus longue des deux expulsions ou d'une des deux expulsions de même durée remplissait le but de l'autre (soit la protection de la population vivant en Suisse face au criminel étranger pendant la durée fixée dans sa condamnation).

Ces réflexions restent valables en ce qui concerne la nouvelle expulsion prévue par le droit pénal. Cette dernière figure dans la section « Autres mesures » et vise le même but protecteur que l'expulsion figurant dans l'ancien droit. Ces réflexions restent valables, même si l'expulsion présente aussi un certain caractère pénal et si

³² Cf. message du 26 juin 2013 concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), FF 2013 5373, 5406 ;

et rapport du groupe de travail pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels à l'intention du Département fédéral de justice et police, 21 juin 2011, www.ofj.admin.ch > Sécurité > Projets législatifs en cours > Expulsion d'étrangers criminels.

³³ ATF 117 IV 229

les principes s'appliquant aux mesures sont écartés par les nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.).

Le principe d'absorption ne s'applique qu'à l'intervalle de temps pendant lequel plusieurs expulsions doivent être exécutées simultanément. Il n'est pas question qu'une expulsion de courte durée soit toujours absorbée par une expulsion plus longue (cf. exemple 2).

Exemple 1

Une expulsion est entièrement absorbée par l'autre :

Expulsion 1 : _____

Expulsion 2 : _____

I----- Absorption-----I

Exemple 2

Une expulsion n'est que partiellement absorbée par l'autre :

Expulsion 1 : _____

Expulsion 2 : _____

I---- Absorption-----I

Art. 12a, 2^e phrase, report de l'exécution

Dans le cas où une expulsion non obligatoire et une expulsion obligatoire sont prononcées contre une même personne, la question des conditions auxquelles le report de l'exécution est possible se pose tout au plus lorsque les expulsions doivent être exécutées simultanément.

Conformément au principe d'absorption, par lequel l'expulsion la plus longue absorbe la plus courte, il faut aussi que la réglementation la plus sévère en matière d'exécution absorbe celle qui l'est moins. Autrement dit, que les règles s'appliquant à l'expulsion obligatoire, la plus sévère, soient observées lors de l'exécution simultanée d'expulsions.

En conséquence, il est prévu de fixer à l'art. 12a, 2^e phrase, O-CP-CPM, parallèlement au principe d'absorption, que les conditions de report prévues à l'art. 66d nCP s'appliquent en cas d'exécution simultanée d'une expulsion obligatoire et d'une expulsion non obligatoire.

La décision d'ordonner une expulsion pénale revient au tribunal pénal. L'examen des éventuels empêchements de l'exécution incombe quant à lui à l'autorité d'exécution.

Même si des empêchements sont identifiés, que l'autorité ait d'office procédé à un examen ou qu'ils aient été signalés par l'étranger à expulser, l'obligation de quitter la Suisse, découlant de la décision du tribunal, reste valable de même que le retrait du titre de séjour. Seule l'exécution est momentanément suspendue.

Contrairement à ce qu'ont avancé certains participants à la consultation, un report de l'exécution de l'expulsion non obligatoire est possible, même si la loi n'en règle pas les motifs. Ceux-ci découlent directement des principes de l'état de droit (art. 5 Cst.) et du droit international. L'examen du report de l'expulsion non obligatoire est laissé

à la libre appréciation de l'autorité d'exécution. Celle-ci peut reporter l'exécution s'il existe des motifs de non-refoulement, si le départ est impossible pour des raisons indépendantes de la volonté de la personne à expulser ou si l'exécution n'est pas raisonnablement exigible. Cette dernière condition est remplie par exemple en cas de guerre, de guerre civile ou de conflit violent dans l'État d'origine, de situation d'urgence sanitaire ou d'obstacles personnels prépondérants.

Aussi, l'art. 66d CP limite-t-il la marge d'appréciation des autorités d'exécution, étant donné qu'une expulsion obligatoire ne peut être exécutée que si des règles impératives du droit international ne s'y opposent pas.

Différents participants à la consultation ont déploré que le projet ne réglât pas les raisons pour lesquels l'expulsion non obligatoire peut être reportée. Toutefois, une telle réglementation au niveau de l'ordonnance n'apparaît pas opportune puisque les conditions découlent de la Cst. et du droit international et que la décision est laissée à la libre appréciation de l'autorité d'exécution. Certains participants estiment qu'il faudrait régler le délai dans lequel l'examen et l'éventuel report de l'exécution doivent avoir lieu, ce pour s'assurer qu'une décision ait été prise et soit entrée en force au moment où l'exécution des peines et mesures prend fin. Cette règle est inscrite à l'art. 66c, al. 3, CP : l'expulsion est exécutée dès que la personne condamnée est libérée de l'exécution de la peine ou de la mesure. Il ne semble pas utile de régler ailleurs de manière explicite qu'une décision d'exécution ou de report de l'expulsion doit être entrée en force avant la fin de la libération conditionnelle ou définitive. En règle générale, les délais de traitement ne permettent souvent pas d'accélérer les procédures, car ils ne tiennent pas compte des particularités des différents cas de figure. Il faut parfois du temps pour clarifier certains aspects, de sorte que, en cas de peine courte, il n'est pas toujours possible de rendre une décision avant la libération. En cas de recours aussi, même si les autorités font le nécessaire pour rendre une décision à temps, il se peut que celle-ci survienne après la libération. Enfin, on ne saurait prévoir d'effets juridiques efficaces en cas de dépassement du délai de traitement. C'est pourquoi on renonce à régler davantage ces aspects temporels au niveau de l'ordonnance.

2.9.4

Art. 12b

Concours d'une expulsion et d'une peine ou d'une mesure privative de liberté découlant de jugements prononcés dans un même canton

Lorsqu'il y a concours, lors de l'exécution, entre une expulsion et une peine (amende, travail d'intérêt général³⁴ ou peine privative de liberté) ou une mesure privative de liberté, la peine ou partie de peine ferme et la mesure privative de liberté sont exécutées en premier. Ce principe est réglé à l'art. 66c, al. 2 et 3, CP. En d'autres termes, le sursis ou sursis partiel d'une peine ne fait pas obstacle à l'exécution de l'expulsion.

³⁴ Après l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2015 du droit des sanctions (RO 2016 1249) le 1^{er} janvier 2018, le travail d'intérêt général ne constituera plus une peine, mais une forme d'exécution de peines privatives de liberté de courte durée.

Pour le reste, il faut partir des principes suivants :³⁵

- La peine pécuniaire ferme doit être exécutée le plus vite possible avant l'expulsion.
- Le travail d'intérêt général n'est pas une sanction justifiée s'il accompagne une expulsion et le juge ne devrait donc pas l'infliger simultanément (ni l'autorité d'exécution le choisir comme forme d'exécution selon le droit des sanctions modifié).

La section 3 de l'O-CP-CPM règle les cas de concours, lors de l'exécution, entre des sanctions issues de *plusieurs jugements*. En ce qui concerne l'expulsion, les principaux points sont déjà fixés à l'art. 66c, al. 2 et 3, CP. La question peut toutefois se poser de savoir si cette disposition ne s'applique qu'à l'exécution de sanctions infligées dans le même jugement ou également aux sanctions issues de plusieurs jugements.

Cette question est comparable à celles qui se posent lorsqu'une peine privative de liberté est infligée en même temps qu'une mesure institutionnelle. Là aussi, le CP contient des dispositions (art. 57, al. 2, et 64, al. 2, CP), qui peuvent se référer à un ou plusieurs jugements. Pourtant, l'art. 8, al. 2, et 9, al. 2, O-CP-CPM indique expressément comment procéder dans ces cas (ou renvoie aux dispositions du CP).

Pour les cas de concours, lors de l'exécution, entre une expulsion et une peine ou une mesure institutionnelle infligées par plusieurs jugements, il est prévu, à l'art. 12b O-CP-CPM, de renvoyer expressément à l'art. 66c, al. 2 et 3, CP.

La disposition ne doit pas préciser que l'expulsion et les autres sanctions émanent de plusieurs jugements, toute la section 3 de l'O-CP-CPM traitant de ce cas de figure.

Dans le cadre de la procédure de consultation, plusieurs participants ont déploré que l'obligation prévue à l'art. 66c, al. 2, CP, d'exécuter la peine ou partie de peine ferme avant l'expulsion obligatoire devait également s'appliquer aux peines pécuniaires et aux peines de travail d'intérêt général. Ils notent qu'en pareil cas, l'étranger sous le coup d'une expulsion obligatoire se retrouverait dépourvu de statut de séjour (cf. art. 61, al. 1, let. e, LEtr) pendant l'exécution de ces peines. Et il en irait de même de l'exécution de peines sous forme de semi-détention ou de surveillance électronique. Ce point demanderait dès lors à être précisé ou encadré par une réglementation restrictive.

Le problème de l'absence de statut avait déjà été soulevé lors de la consultation sur le projet de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi. Le législateur a toutefois délibérément maintenu les dispositions controversées. Il est rappelé à cet égard que, d'une part, l'absence de statut légal résulte directement de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., et que, d'autre part, il arrive déjà, sous l'empire du droit actuel, que des personnes séjournent en Suisse sans statut LEtr. Il n'apparaît par ailleurs pas justifié de vouloir privilégier un étranger sous le coup d'une expulsion par rapport à ceux dont l'admission provisoire est refusée en application de l'art. 83, al. 7, LEtr. C'est pourquoi il n'a pas été créé de statut particulier pour les étrangers frappés d'une expulsion impossible à exécuter (ou impossible à exécuter dans l'immédiat).

³⁵ Cf. message concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels.) FF 2013 5373, 5427.

L'inscription, à l'art. 66c, al. 2, CP, de l'obligation d'exécuter la peine ou partie de peine ferme ou la mesure privative de liberté avant l'expulsion répond à un souci d'égalité des droits, de même qu'à l'obligation de punir qui incombe à l'État, tout en visant une prévention spéciale et générale³⁶. Il n'apparaît dès lors pas pertinent d'adopter une réglementation restrictive au niveau de l'ordonnance.

2.9.5 Art. 14a Concours, lors de l'exécution, de sanctions prononcées par des autorités de différents cantons

L'O-CP-CPM en vigueur prévoit que les cantons impliqués se concertent, dans le cas concret, pour statuer sur le canton compétent pour l'*exécution simultanée de sanctions infligées par les autorités de différents cantons* (art. 13 O-CP-CPM). Les règles qui régissent la compétence, à l'art. 14 O-CP-CPM, ne s'appliquent que si les cantons concernés n'ont pas convenu autre chose.

On déroge à ce principe lorsqu'il y a concours entre une expulsion et des sanctions privatives de liberté, en fixant des priorités à l'art. 66c, al. 2 et 3, CP (cf. art. 14a, al. 1 et 2, O-CP-CPM).

Le principe en vigueur pourrait cependant être appliqué en cas de concours entre plusieurs expulsions infligées par différents cantons (cf. plus bas, art. 14a, al. 3, O-CP-CPM). Dans le cadre d'une préconsultation effectuée par l'OFJ auprès des trois concordats sur l'exécution des peines, il a toutefois été proposé d'inverser ce principe, à savoir que c'est la règle arrêtée dans l'ordonnance qui doit s'appliquer d'une manière générale. Dans des cas particuliers, les cantons impliqués devraient garder la possibilité, à titre exceptionnel, de régler eux-mêmes les compétences. L'avantage de cette solution serait qu'il ne faudrait pas à chaque fois une entente entre les cantons concernés.

Étant donné qu'il faut des règles spécifiques pour le cas d'un concours entre l'expulsion et des sanctions prononcées par un autre canton, il est difficile d'intégrer les dispositions nécessaires dans les art. 13 et 14 O-CP-CPM. Il est dès lors proposé de créer un nouvel art. 14a O-CP-CPM.

Art. 14a, al. 1 et 2

Concours d'une expulsion avec des peines ou des mesures privatives de liberté

Les réflexions menées au ch. 2.9.4 sont ici valables par analogie, à savoir que les peines fermes et les mesures privatives de liberté infligées par un canton seront exécutées d'abord et ensuite seulement l'expulsion ordonnée par l'autre canton. Pour la situation d'une expulsion concomitante d'une sanction privative de liberté prononcée par un autre canton, il est prévu de renvoyer expressément à la disposition de l'art. 66c, al. 2 et 3, CP, dans le nouvel art. 14a, al. 1.

L'art. 14a, al. 2, doit en outre arrêter que c'est le canton qui a infligé l'expulsion qui doit d'une manière générale en assurer l'exécution (et non pas le canton dans lequel

³⁶ Cf. message concernant la révision du code pénal suisse et du code pénal militaire (mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels; art. 121, al. 3 à 6, Cst.), FF 2013 5373, 5427 s.

l'intéressé aura par exemple purgé sa sanction privative de liberté exécutée au préalable).

Art. 14a, al. 3

Concours de plusieurs expulsions

La question est ici de savoir quel est le canton compétent pour l'exécution de l'expulsion lorsque plusieurs expulsions émanant de plusieurs cantons se recoupent dans le temps.

L'ancienne ordonnance 1 relative au CP, en vigueur jusqu'en 2006 et qui réglait les questions de concours, ne contenait pas de disposition concernant les expulsions selon l'ancien droit.

L'art. 14 O-CP-CPM en vigueur prévoit différentes règles de compétence pour l'exécution des sanctions. On pourrait en principe envisager d'appliquer les règles prévues aux let. a à c : le canton compétent est celui qui a prononcé l'expulsion la plus longue, celui qui a prononcé le jugement d'expulsion entré en force en premier lieu ou celui dont le tribunal a prononcé l'expulsion qui est exécutoire en premier lieu.

Il faut relever que l'exécution d'une expulsion ne couvre pas seulement la première sortie du territoire de la personne concernée au début de l'expulsion (avec l'éventuelle détention en vue du renvoi et le renvoi). L'obligation d'exécuter ne s'éteint qu'à la fin de l'expulsion. Lorsqu'un étranger expulsé pour dix ans revient en Suisse cinq ans après l'avoir quittée, c'est en principe le canton qui a ordonné l'expulsion qui a compétence pour faire repartir l'étranger hors de Suisse

Lorsqu'une deuxième expulsion est ordonnée après que l'intéressé a déjà quitté la Suisse sous le coup d'une expulsion encore en cours d'exécution, le premier canton resterait théoriquement compétent pour l'exécution de la première expulsion et le deuxième canton serait responsable de la deuxième. Étant donné que plusieurs expulsions s'absorbent les unes les autres, lors de l'exécution, il serait bon que seul un canton soit compétent lorsque plusieurs expulsions doivent être exécutées simultanément.

Théoriquement, il serait possible que deux condamnations à une expulsion de même durée émanant de deux cantons entrent en force à la même date. Il est toutefois peu probable qu'un tel cas se présente.

La solution qui tiendra compte de tous les cas de figure possibles consiste à confier la compétence en matière d'exécution au canton ayant ordonné l'expulsion qui expire en dernier ; il s'agit généralement du canton qui a ordonné la deuxième expulsion, et souvent du canton qui a ordonné l'expulsion la plus longue.

On évite ainsi, notamment, que le premier canton à avoir prononcé une expulsion soit compétent pour l'exécution de toutes les expulsions suivantes. Si le début des expulsions est décalé dans le temps, le premier canton exécute son expulsion jusqu'au moment où débute l'expulsion du deuxième canton, recoupant la première. Le deuxième canton exécute alors son expulsion (expirant plus tard) en absorbant le reste de la première expulsion.

En partant des réflexions ci-dessus, l'art. 14a, al. 3, O-CP-CPM prévoit que c'est d'une manière générale le canton qui a ordonné l'expulsion qui expire en dernier qui est compétent pour les expulsions qui doivent être exécutées simultanément. À titre

exceptionnel toutefois, les cantons doivent avoir la possibilité de conclure des accords déroatoires.

L'un des participants à la consultation a suggéré que la compétence d'exécution devait revenir au canton dans lequel l'étranger est titulaire d'une autorisation de séjour ou à son canton d'attribution selon la LAsi. Rappelons à cet égard qu'en application de l'art. 372 CP, les cantons exécutent les jugements rendus par leurs tribunaux pénaux en vertu du CP. Une dérogation à ce principe n'est aujourd'hui admise qu'en cas de concours, dans l'exécution, de sanctions prononcées par plusieurs cantons. Mais l'exécution des sanctions incombera toujours à un canton qui aura lui-même infligé une sanction. Il n'apparaît dès lors pas suffisamment fondé, ni même pertinent de vouloir imposer au canton de séjour de l'étranger ou à son canton d'attribution selon la LAsi, la compétence pour exécuter, au surplus, une expulsion ordonnée dans un autre canton.

2.9.6 Art. 16, al. 1 Prise en charge des frais

En vertu de l'art. 16, al. 1, O-CP-CPM, les frais d'exécution des mesures sont à la charge du canton qui assume la responsabilité de cette exécution en vertu de ladite ordonnance ou d'une convention.

Cette disposition se prête aussi – vu les propositions faites plus haut au sujet des compétences – à la prise en charge des frais en cas d'exécution simultanée d'expulsions. Si l'expulsion est considérée comme une « autre mesure », elle entre dans le champ d'application de l'art. 16, al. 1, O-CP-CPM. Pour des raisons de clarté, l'expulsion doit cependant être mentionnée expressément dans cette disposition.

2.9.7 Art. 17a Calcul de la durée d'expulsion

L'art. 66c, al. 1, CP prévoit que l'expulsion s'applique dès l'entrée en force du jugement. La durée de l'expulsion n'est cependant calculée, en vertu de l'art. 66c, al. 5, CP, qu'à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse.

L'art. 17a, O-CP-CPM concrétise la date de départ au sens de l'art. 66c, al. 5, CP. Est considérée comme date de sortie du territoire la date effective à laquelle la personne a quitté la Suisse. Si celle-ci est inconnue, on retiendra la date fixée par l'autorité d'exécution, sauf si l'on sait que la personne n'a pas quitté la Suisse.

L'autorité d'exécution fixera certes la date à laquelle la personne devra avoir quitté la Suisse. Mais il ne lui sera souvent pas possible de déterminer la date du départ de l'étranger en question parce qu'elle ne saura pas s'il a quitté le pays avant ou après cette date, ou pas du tout. La date de départ n'est connue que dans les cas où le départ s'effectue sous contrôle (expulsion, extradition ou transfèrement vers le pays d'origine en vue d'une exécution de sanction) [cf. plus loin, le ch. 2.11.3].

Une solution envisageable pour saisir la date de départ effective lorsque le départ est librement consenti, serait d'imposer le passage d'une frontière Schengen avec déclaration formelle au poste de douane. Cette solution apparaît toutefois compliquée, lacunaire et difficile à mettre en pratique. Cela étant, rien n'empêche les

cantons de constater la date effective du départ moyennant une déclaration de départ validée au poste-frontière.

Il faudra donc souvent partir de la présomption que l'intéressé a quitté la Suisse à la date fixée par l'autorité d'exécution. Seules exceptions : les cas où la date de départ effective est connue ou ceux où l'on apprend que la personne concernée n'a pas quitté la Suisse. Dans cette dernière hypothèse, l'expulsion n'aura pas commencé à courir.

2.10 Ordonnance VOSTRA du 29 septembre 2006 ³⁷

2.10.1 Introduction

Selon les nouvelles dispositions sur le renvoi, les jugements comprenant une expulsion pénale doivent être saisis dans le casier judiciaire informatisé VOSTRA. L'exécution de ces expulsions doit également être assurée avec le soutien de VOSTRA. Les principales règles sont les suivantes :

- Les jugements comprenant une expulsion doivent rester visibles pour les *autorités judiciaires* jusqu'au décès de la personne concernée. Restent réservés les cas où une personne obtient ultérieurement la nationalité suisse (cf. art. 369, al. 5^{bis}, CP). Cette précaution garantit que les tribunaux peuvent prononcer une expulsion aggravée si l'intéressé commet de nouveaux délits (cf. art. 66b CP).
- Toutes les autres autorités doivent pouvoir consulter ces jugements pendant au moins la durée effective de l'expulsion (cf. art. 367, al. 2^{er}, CP).
- Les jugements doivent figurer également dans l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers pendant au moins la durée effective de l'expulsion (art. 371, al. 4^{bis}, CP). Le but de cette réglementation est de permettre à une personne intéressée de s'informer jusqu'à quelle date dure l'expulsion. En outre, il est plus facile de constater si quelqu'un ne respecte pas l'expulsion.

La transposition de ces exigences appelle l'adaptation de *nombreuses réglementations de détail au niveau de l'ordonnance* (cf. ch. 2.10.2 ss). Ces modifications sont en majorité de nature technique ; il n'y a par conséquent pas une grande marge de manœuvre pour la réglementation. Au nombre des principales adaptations, citons les nouveautés suivantes :

- L'expulsion est saisie comme sanction dans VOSTRA si elle a été ordonnée en Suisse (art. 4 et 9 de l'ordonnance VOSTRA), avec mention de son caractère obligatoire (art. 66a CP ou 49a CPM) ou facultatif (art. 66a^{bis} CP ou 49a^{bis} CPM).
- Il est garanti que certaines décisions d'exécution et les données relatives à l'exécution sont enregistrées dans VOSTRA (cf. art 6, al. 4, ordonnance VOSTRA) et il est précisé dans quels champs ces informations sont saisies dans VOSTRA ou indiquées dans les extraits (cf. art. 25 et annexe 1 ordonnance VOSTRA). La date du début de l'expulsion présente un intérêt tout particulier pour le calcul de la durée effective de cette mesure. En prévoyant aussi la saisie des motifs de départ en cas de renvoi forcé, il est donné suite à certaines exigences de la *motion Müri 13.3455* transmise par le

³⁷ RS 331

Parlement, laquelle demande des statistiques détaillées concernant les expulsions.

- Il est également défini quelles autorités annoncent ou enregistrent les décisions d'exécution et les données relatives à l'exécution mentionnées plus haut (art. 16 et 17 ordonnance VOSTRA).
- En outre, les droits d'accès sont réglementés en détail, en particulier pour les autorités dont les droits ne reposent que sur des dispositions au niveau de l'ordonnance ; ce faisant, il faut tenir compte des principes énoncés à l'art. 367, al. 2^{er}, CP (art. 21 et 22 ordonnance VOSTRA). Les grilles des annexes 2 et 3 de l'ordonnance VOSTRA indiquent, pour les autorités qui ont des droits d'accès, les autorisations de traitement pour les différents champs ayant un rapport avec l'expulsion.
- Est enfin prévue la transmission automatique au SEM des données se rapportant aux expulsions.

Les nouvelles dispositions de l'ordonnance VOSTRA sont fondées sur l'art. 367, al. 6, CP et sur l'art. 46a de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³⁸. La structure de l'actuelle ordonnance VOSTRA n'est pas modifiée, pas plus que son champ d'application ou ses destinataires. Le degré de détail correspond également à celui de l'ordonnance en vigueur.

Les nouvelles dispositions légales entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et l'adaptation des dispositions d'ordonnance qui s'ensuit requièrent également une reprogrammation de la base de données. Ces modifications seront apportées en plusieurs étapes :

- Ce qui a déjà été réalisé : tous les jugements dans lesquels une expulsion est prononcée et toutes les décisions d'exécution et les données d'exécution importantes peuvent être saisis dans VOSTRA afin d'apparaître dans les extraits destinés aux autorités et aux particuliers.
- L'étape suivante consistera à adapter le programme de manière à ce qu'il relève toutes les saisies et modifications relatives à des expulsions, pour les transmettre ensuite au SEM.
- Pour des raisons de coût, la programmation des nouvelles règles de calcul des délais devant apparaître dans les extraits destinés aux autorités et aux particuliers ne sera effectuée qu'après l'entrée en vigueur de la (nouvelle) loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (LCJ)³⁹. Il n'est pas judicieux de procéder à ces importants travaux informatiques dans un système obsolète, qui sera intégralement remplacé en 2020 au plus tard par le nouveau VOSTRA. Cette solution permet aussi de garantir qu'aucune donnée ne sera perdue. Et les délais valables aujourd'hui garantissent déjà que chaque jugement comprenant une expulsion s'affichera correctement dans les cinq ans à venir dans les extraits destinés aux particuliers et dans ceux destinés aux autorités.
- Enfin, on étudiera s'il y a lieu de mettre en place une interface entre VOSTRA et le SYMIC pour permettre un échange de données direct entre ces deux banques de données. Il faudrait créer une base légale à cet effet.

³⁸ RS 172.010

³⁹ FF 2016 4703

2.10.2

Art. 4, al. 1, let. e^{bis}

L'art. 4 énumère toutes les sanctions devant être saisies dans VOSTRA. L'expulsion pénale est ajoutée à cette liste. Il est nécessaire de restreindre la disposition aux expulsions ordonnées en Suisse afin de garantir que celles qui le sont à l'étranger ne sont pas pertinentes pour le calcul des délais.

2.10.3

Art. 6, al. 4

Toutes les décisions d'exécution et les données relatives à l'exécution générées ultérieurement qui doivent être saisies dans VOSTRA sont énumérées à l'art. 6, al. 4.

S'agissant du point de départ de l'expulsion, la let. a précise qu'on saisira la date de départ au sens de l'art. 17a O-CP-CPM, en vertu duquel la date déterminante est la date fixée par l'autorité d'exécution, à moins que la date effective ne soit connue ou qu'il ne s'avère que la personne condamnée n'a pas quitté le territoire.

La date effective du départ sera par exemple connue si l'intéressé peut justifier d'une déclaration de départ validée à un poste-frontière suisse. Des déclarations de ce type sont déjà en usage dans plusieurs cantons dans le cadre du contrôle de l'exécution de la loi sur les étrangers.

La date de départ effective sera également connue lorsque les autorités auront accompagné la personne à l'étranger, plus précisément en cas de renvoi, d'extradition ou de transfèrement en vue d'une exécution de sanction à l'étranger. Le départ peut aussi être librement consenti, c'est-à-dire qu'il s'effectue sans escorte, ni recours à la force. Dans ce cas, la date saisie sera la date de départ fixée par l'autorité d'exécution. S'il s'avère ensuite que l'intéressé a quitté la Suisse à une autre date (par ex. sur la base de la déclaration de départ), la saisie pourra être corrigée.

Contrairement à ce qu'affirment plusieurs participants à la consultation, il n'est pas nécessaire d'attendre la confirmation du départ effectif. Les autorités compétentes pourront saisir directement la date de départ fixée par l'autorité d'exécution. Si elles ont connaissance ultérieurement de la date effective du départ, la date saisie (qui sert de point de départ au calcul de la durée d'expulsion) pourra être rectifiée dans le système. De la sorte, rien ne sera perdu. Et s'il s'avère que l'intéressé n'a jamais quitté le territoire, la date de départ saisie pourra être effacée et remplacée par une date nouvellement fixée.

Les autorités compétentes devraient en principe s'efforcer de saisir le point de départ de l'expulsion. Mais il est aussi dans l'intérêt de VOSTRA que cette date figure dans le système pour tous les jugements prononcés qui prévoient une expulsion, sans quoi il sera impossible de calculer les délais légaux (délais d'accès aux données dont disposent les autorités, durée pendant laquelle l'inscription figurera sur l'extrait destiné aux particuliers). Comme il a été souligné lors de la procédure de consultation, il pourrait être utile que VOSTRA génère automatiquement – dans un délai à définir – un avis à l'adresse de l'autorité compétente lorsque le point de départ de l'expulsion n'a pas été saisi dans le système. Sachant que le jugement entré en force saisi dans VOSTRA ne permet pas, en tant que tel, de connaître la date à laquelle l'expulsion devra être exécutée, il faudra définir un délai utile, de sorte que les autorités compétentes ne soient pas submergées d'avis.

Lors de la deuxième consultation, l'ASM s'est prononcée contre un tel système de notification, car cela générerait trop d'avis inutiles auprès des autorités concernées. On a donc renoncé à mettre en place ce système. Dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Müri 13.3455, il faudra désormais saisir dans VOSTRA les motifs en plus de la date du départ. Ceci permettra d'établir, ultérieurement, des statistiques plus détaillées concernant l'exécution des expulsions.

Les autorités d'exécution suivantes sont chargées d'inscrire ou de communiquer la date de départ :

- En cas de renvoi ou d'expulsion au sens de l'art. 69, al. 1, LEtr, la date de son exécution sera saisie ou communiquée (selon le plan cantonal de mise en œuvre) soit par l'autorité cantonale d'exécution des peines, soit par l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers.
- En cas de *remise* ou de *transfèrement en vue d'une exécution de sanction dans le pays d'origine*, ce sont les autorités fédérales d'entraide judiciaire, lesquelles coordonnent la remise ou le transfèrement, qui communiquent la date de départ.
- Par ailleurs, lorsqu'une autorité a connaissance du départ librement consenti d'une personne, elle pourra, s'il y a lieu, communiquer les informations en sa possession à l'autorité compétente en matière d'étrangers, laquelle les saisira dans le système.
- La compétence pour communiquer la date de départ ordonnée en rapport avec une expulsion sera définie conformément à l'ordre de compétences cantonal : selon le canton considéré, la compétence d'exécution appartiendra à l'autorité d'exécution pénale ou à l'autorité compétente en matière d'étrangers.

Les let. b et c enfin précisent les décisions ultérieures (DUL) qui sont possibles en relation avec une expulsion. À l'instar de toutes les DUL, ces décisions d'exécution sont saisies dans VOSTRA avec toutes les caractéristiques définies aux ch. 5.1 à 5.4 de l'annexe 1 (type de la décision, autorité qui a statué, date de la décision, date de la notification et de l'entrée en force). La DUL « report de l'exécution de l'expulsion » a pour but d'expliquer pourquoi aucun « début » n'a été saisi pour une expulsion et pourquoi la durée de l'expulsion ne peut pas être calculée. L'expulsion ne recommence à courir qu'à la « levée du report de l'exécution de l'expulsion » et dès que la date de départ correspondante a été enregistrée dans VOSTRA. Cette dernière donnée est saisie dans le masque spécifique décrit plus haut à la let. a. Les DUL faisant l'objet des let. b et c ne sont par conséquent pas décrites plus en détail.

La phrase introductive de l'art. 6, al. 4, de l'ordonnance VOSTRA fait état simplement de l'« autorité compétente » afin de couvrir toutes ces particularités.

2.10.4 Art. 9, let. b et b^{bis}

L'art. 9 de l'ordonnance VOSTRA est le pendant des art. 3 ss de l'ordonnance, qui énumèrent quels jugements doivent être enregistrés dans VOSTRA. Il précise quand cet enregistrement n'est pas requis.

L'art. 9, let. b, a dû être légèrement modifié sur le plan linguistique afin de faire ressortir clairement que les jugements ne devant pas être enregistrés sont uniquement ceux où il n'y a exemption que de la peine, mais non pas ceux où il y a une mesure requérant l'enregistrement (par ex. une expulsion). La let. b^{bis} précise encore davantage ce qui découle de l'art. 4, al. 1, let. e^{bis}, de l'ordonnance

VOSTRA : les jugements étrangers qui ne prévoient qu'une expulsion (sans aucune autre sanction) ne sont pas pertinents pour VOSTRA.

2.10.5 Art. 12, al. 6

En vertu de l'art. 369, al. 5^{bis}, CP, une personne naturalisée peut exiger qu'un jugement comprenant une expulsion n'apparaisse plus jusqu'à sa mort dans son casier judiciaire, mais qu'il soit rayé selon d'autres délais. Le CP ne définit toutefois pas à quelle autorité une telle demande doit être adressée, ni quels documents doivent être fournis. Ce sont les précisions apportées par l'art. 12, al. 6.

Cette règle, qui devra être reprise dans la nouvelle ordonnance sur le casier judiciaire lors de la refonte de VOSTRA, ne sera pas appliquée avant longtemps. Au vu de la durée de l'expulsion et des délais d'attente prévus, aucune demande de ce type ne sera déposée avant l'entrée en vigueur de la LCJ. C'est l'une des raisons pour lesquelles le calcul des délais ne sera reprogrammé qu'au moment où la LCJ entrera en vigueur (cf. ch. 2.10.1).

2.10.6 Art. 16, al. 1, let. d, et art. 17, al. 1 et 3

Les art. 16 et 17 de l'ordonnance VOSTRA désignent toutes les autorités qui doivent saisir elles-mêmes des données devant être enregistrées dans VOSTRA ou qui doivent les communiquer. Les décisions d'exécution et les données relatives à l'exécution précisées à l'art. 6, al. 4, de l'ordonnance VOSTRA entraînent de nouvelles obligations d'enregistrer pour les autorités cantonales compétentes en matière d'étrangers et pour les autorités fédérales d'entraide judiciaire (cf. ch. 2.10.11). Les autorités d'exécution des peines sont déjà tenues d'enregistrer des données dans VOSTRA sur la base de l'art. 16, al. 1, let. c, de l'ordonnance VOSTRA.

Lors de la consultation, le souhait a été exprimé de raccorder les autorités cantonales compétentes en matière d'étrangers à VOSTRA, dans les cantons où l'exécution de l'expulsion est de leur ressort, de sorte qu'elles puissent saisir elles-mêmes toutes les données nécessaires.

Les services des migrations qui assument cette compétence d'exécution pourront saisir elles-mêmes leurs données dans le système sur la base de l'art. 16, al. 1, let. d, de l'ordonnance VOSTRA. Elles pourront donc être raccordées à VOSTRA si elles le souhaitent (en qualité d'« autorités de l'exécution des peines et des mesures »). L'attribution de ce profil est prévue et se fera selon les modalités ordinaires. L'attribution de nouveaux profils VOSTRA n'est pas, ni ne sera facturée aux cantons.

La réserve inscrite à l'art. 16, al. 1, let. d, de l'ordonnance VOSTRA « dans la mesure où elles y sont raccordées » permet par ailleurs de tenir compte du cas d'autorités qui, quoique disposant d'un droit d'accès en ligne, ne souhaitent pas en faire usage (par crainte de l'investissement en formation nécessaire, etc.) L'art. 17 de l'ordonnance prévoit pour les autorités non raccordées la possibilité de communiquer des données en vue de leur enregistrement (cf. art. 17, al. 1, de l'ordonnance VOSTRA).

Cette formule répond au souhait, exprimé par l'un des participants à la consultation, de laisser les cantons s'organiser librement. Les cantons seront donc libres de confier cette responsabilité à un service de coordination (saisie centralisée des données) ou à l'autorité compétente (saisie décentralisée). À supposer que l'autorité compétente soit elle-même décentralisée, le canton pourrait même laisser le choix aux différentes unités concernées de saisir elles-mêmes leurs données ou de les communiquer au service de coordination. Une grande latitude sera ainsi laissée aux cantons.

2.10.7 Art. 21, al. 1, 2, let. j, et 5, et art. 22, al. 1^{quater}

L'al. 1 est uniquement complété des renvois aux dispositions ad hoc du CP (il s'agit de mentionner l'art. 367, al. 2^{ter}, CP dans l'énumération).

L'al. 2, let. j, accorde un droit de consultation en ligne au bureau SIRENE de fedpol. Ce droit de consultation doit servir à la coordination et à l'exécution de mesures d'éloignement : en cas d'urgence, en dehors des heures de bureau, le bureau SIRENE doit pouvoir donner des informations complémentaires sur des expulsions prononcées par la Suisse (cf. ch. 2.13). Cet accès sera réglé à l'art. 51, let. a, ch. 12, LCJ. D'ici son entrée en vigueur, le droit de consultation en ligne du bureau SIRENE devra être réglé au niveau de l'ordonnance sur la base de l'art. 367, al. 3, CP. Conformément aux finalités de l'ordonnance sur la mise en œuvre de l'expulsion pénale, le passage « à la localisation de délinquants ou » de l'art. 51, let. a, ch. 12, LCJ ne sera pas repris ici. La formulation « mesures d'éloignement prises à l'encontre d'étrangers » englobe les expulsions.

Lors de la procédure de consultation, le souhait a été exprimé d'accorder aux services des migrations des droits d'accès plus étendus, notamment de leur permettre de consulter les données se rapportant aux procédures pénales en cours. Cela permettrait d'éviter que, suite à son expulsion, une personne à juger ne soit plus en Suisse. De plus, en raison de la nouvelle répartition des compétences, il est important que les services des migrations puissent savoir si une enquête pénale en cours pourrait aboutir à une expulsion. On éviterait des doublons, à savoir que les services des migrations mènent parallèlement une procédure de révocation ou de non-prolongation du titre de séjour. L'accès aux données concernant des enquêtes pénales en cours est aujourd'hui réglé par l'art. 367, al. 4, CP, lequel prévoit quels services cantonaux des migrations ne pourront les consulter que dans le cadre de l'exécution des expulsions puisqu'elles assument, dans ce cas, le rôle d'autorité d'exécution pénale. Cet accès serait pourtant d'une utilité incontestable pour les services des migrations dans le contexte de décisions relevant du droit des étrangers. Raison pour laquelle le Parlement a déjà avalisé une modification de loi en ce sens. Il est renvoyé, à cet égard, à l'art. 46, let. h, LCJ. Comme évoqué plus haut, celle-ci n'entrera toutefois pas en vigueur avant la refonte de VOSTRA. Dans l'intervalle, l'extension du droit d'accès pourra être réglée au niveau de l'ordonnance sur la base de l'art. 367, al. 3, CP. Cette disposition prévoit que le Conseil fédéral peut étendre le droit d'accès à d'autres autorités judiciaires et administratives de la Confédération et des cantons jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi fédérale. Dans le cas présent, ce droit n'est pas étendu à une autre autorité. Il s'agit d'élargir les droits d'accès d'autorités qui en bénéficient déjà d'un. Or si l'élargissement à d'autres autorités est autorisé, rien ne s'oppose à l'élargissement de droits déjà existant. Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs déjà fait pour d'autres autorités (cf. art. 21 de l'ordonnance

VOSTRA). Pour permettre aux services des migrations de tenir compte, à l'avenir, des procédures pénales en cours dans leurs décisions fondées sur la LÉtr, l'art. 21 de l'ordonnance VOSTRA est ainsi complété par un nouvel al. 5, par anticipation de la réglementation à venir. Dans la mesure où elle aura été désignée comme « compétente pour exécuter l'expulsion judiciaire », l'autorité cantonale de migration agira en qualité d'autorité d'exécution des peines et mesures. A ce titre, elle disposera des mêmes droits d'enregistrement et de consultation que les autorités d'exécution des peines et mesures. Raison pour laquelle « l'exécution d'une expulsion pénale » n'est pas ajoutée aux finalités d'utilisation énumérées à l'art. 21, al. 5, de l'ordonnance VOSTRA. Il pourra donc arriver qu'un collaborateur d'un service des migrations assume deux fonctions, pour lesquelles il se verra attribuer deux profils différents. Autrement dit, il devra activer le bon profil avant de lancer une recherche. Le profil d'accès des autorités d'exécution des peines et des mesures se distingue de celui des services des migrations sur deux points : d'une part, il permet de consulter également les jugements pénaux rendus contre des mineurs lorsqu'un traitement ambulatoire est ordonné (art. 366, al. 3, let. c, CP) et, d'autre part, le délai de consultation des jugements ordonnant une expulsion s'étend jusqu'au décès de l'intéressé (art. 367, al. 2^{ter}, CP).

L'art. 367, al. 2^{ter}, CP ne couvre pas tous les droits d'accès des autorités. D'où la nécessité de prévoir une réglementation analogue pour tous les droits d'accès aux art. 21 et 22 de l'ordonnance VOSTRA :

- L'art. 21, al. 6, de l'ordonnance VOSTRA règle les droits d'accès de l'Office fédéral de la police, des autorités cantonales chargées des naturalisations et du Service de renseignement de la Confédération. Celles-ci font partie du cercle des autorités qui doivent pouvoir consulter ces jugements pendant au moins la durée de l'expulsion.
- L'art. 22, al. 1^{quater}, de l'ordonnance VOSTRA concrétise ce qui s'applique aux autres autorités qui n'ont pas non plus besoin d'avoir accès aux jugements contenant une expulsion une fois que celle-ci est terminée et qui ont soit un droit de consulter en ligne non opératoire selon le CP ou un simple droit d'accès écrit.

En rapport avec l'art. 21, al. 6, de l'ordonnance VOSTRA, un participant à la consultation a jugé regrettable que les services des migrations, qui se voient imposer une nouvelle obligation de saisir ou de communiquer des données sur l'expulsion (respectivement, art. 16, al. 1, let. d, et art. 17, al. 1, de l'ordonnance VOSTRA), ne puissent ensuite consulter ces données que pendant la durée de validité de l'expulsion, au même titre que les autres autorités.

Les délais dont disposent les autorités pour consulter les données se rapportant à l'expulsion sont fixés de manière exhaustive par le CP (cf. art. 367, al. 2^{ter}, CP). Des dérogations au niveau de l'ordonnance ne sont pas possibles. Faut de marge de manœuvre, l'art. 21, al. 6, de l'ordonnance VOSTRA se borne ainsi à rappeler les droits d'accès déjà fixés par le CP. Quoi qu'il en soit, la critique formulée n'apporte rien. Car les autorités chargées d'exécuter l'expulsion agissent en qualité d'« autorités d'exécution des peines et mesures ». A ce titre, elles peuvent donc déjà consulter les jugements prévoyant une expulsion jusqu'au décès de l'intéressé.

S'agissant des services des migrations – qui ne rendent de décisions qu'en matière de droit des étrangers - ils disposent de fait de droits d'accès limités par le CP.

Reste que la durée de validité de l'expulsion ne constitue qu'un délai d'accès minimum, qui pourra être plus long selon les autres sanctions infligées en parallèle.

2.10.8 Art. 22a

L'expulsion doit être inscrite dans le SYMIC pour qu'on puisse tenir compte des restrictions d'autorisations qu'elle entraîne.

Sachant que les tribunaux et les autorités d'exécution saisissent dans VOSTRA les jugements prononcés qui prévoient une expulsion et les décisions d'exécution, l'OFJ pourra extraire les données pertinentes via VOSTRA et les transmettre au SEM. On évitera ainsi de soumettre les tribunaux et les autorités d'exécution à une nouvelle obligation de communiquer.

L'OFJ transmettra au SEM tous les jugements, décisions d'exécution, décisions ultérieures et modifications relatifs à des expulsions, via un document généré par VOSTRA. Les modifications pourront p. ex. consister en l'élimination d'une décision d'expulsion inscrite par erreur, la suppression d'une expulsion ou d'un jugement et les rectifications consécutives à des décisions d'exécution et des décisions ultérieures, dans la mesure où des expulsions sont concernées. En seront en revanche exclues les modifications de données concernant les personnes et les fausses identités.

Cette réglementation a recueilli l'adhésion unanime des participants qui se sont prononcés sur ce point, lesquels ont écarté l'autre variante proposée (art. 82, al. 1, OASA, du projet mis en consultation).

2.10.9 Art. 25, al. 2, phrase introductive, ch. 13^{bis} et 29

L'art. 25 de l'ordonnance VOSTRA définit quelles données doivent figurer dans les extraits destinés à des particuliers. Il se réfère aux données précisées à l'annexe 1. Les modifications apportées à l'annexe 1 sont donc applicables par analogie à ces extraits également.

La nouvelle formulation de la phrase introductive de l'art. 25, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA doit souligner que ce ne sont pas uniquement les décisions d'exécution qui doivent figurer dans l'extrait destiné aux particuliers, mais également les « données relatives à l'exécution », ainsi que le précise déjà actuellement l'art. 6 de l'ordonnance VOSTRA dans le titre marginal.

L'art. 25, al. 2, ch. 13^{bis}, de l'ordonnance VOSTRA prévoit que, pour la mesure « expulsion », il faut également indiquer la durée de celle-ci.

L'art. 25, al. 2, ch. 29, de l'ordonnance VOSTRA définit quelles autres données relatives à l'exécution générées ultérieurement doivent figurer sur les extraits destinés à des particuliers (cf. aussi les explications relatives à l'art. 6, al. 4, let. a, ordonnance VOSTRA, ch. 2.10.3). Ces données sont importantes pour le calcul de la durée de l'expulsion et pour l'établissement de statistiques.

Il ressort déjà des dispositions de l'actuelle ordonnance (cf. art. 25, al. 2, ch. 12 à 14, ordonnance VOSTRA) que les DUL qui sont énumérées à l'art. 6, al. 4, let. b et c, de l'ordonnance VOSTRA doivent figurer dans les extraits destinés à des particuliers. Aucune modification n'est donc nécessaire sur ce point.

2.10.10 **Annexe 1, ch. 4.22, 5 et 5.17**

Tous les champs qui sont importants pour VOSTRA sont énumérés à l'annexe 1. Ce faisant, il n'est pas possible d'éviter certaines redondances avec d'autres règles de saisie. Le but de cette annexe est de mettre en évidence la structure détaillée de ces données.

En vertu du nouveau ch. 4.22, les données à tirer du jugement selon l'annexe 1, ch. 4, devront à l'avenir comprendre les indications « expulsion » et la « durée » de celle-ci.

L'adaptation de l'annexe 1, ch. 5, doit établir clairement qu'il ne faut pas uniquement indiquer les décisions, mais aussi les « données relatives à l'exécution ».

Les données relatives à l'exécution faisant l'objet du nouveau ch. 5.17 sont celles qui sont déjà traitées à l'art. 6, al. 4, let. a. Elles sont importantes pour calculer la durée de l'expulsion et à des fins statistiques.

L'obligation d'enregistrer dans VOSTRA les DUL énumérées à l'art. 6, al. 4, let. b et c, ressort déjà des actuelles dispositions de l'ordonnance (cf. annexe 1, ch. 5.2 à 5.4). Aucune modification n'est par conséquent nécessaire ici.

2.10.11 **Annexe 2, ch. 4 et 5**

La grille de l'annexe 2 définit les droits de saisie et de consultation des *autorités fédérales* pour tous les champs de données énumérés à l'annexe 1 (cf. ch. 2.10.10).

Il n'y a pas de particularités pour la saisie de l'expulsion et de sa durée (ch. 4 « Données concernant les jugements »). Autrement dit les autorités qui saisissent normalement les condamnations pénales sont également habilitées à saisir l'expulsion : service responsable de la tenue du casier judiciaire, autorités de justice pénale et de justice militaire.

Quant à la saisie des décisions d'exécution qui sont pertinentes pour l'expulsion selon l'art. 6, al. 4, let. b et c, de l'ordonnance VOSTRA, elle relève uniquement des autorités cantonales. Il n'est par conséquent pas nécessaire de modifier l'annexe 2 sur ce point.

En ce qui concerne les « données relatives à l'exécution » selon l'art. 6, al. 4, let. a, les droits de saisie au niveau fédéral sont réservés au service responsable de la tenue du casier judiciaire et aux autorités d'entraide judiciaire de l'OFJ (cf. explications du ch. 2.10.3).

2.10.12 **Annexe 3, ch. 4 et 5**

La grille de l'annexe 3 définit les droits de saisie et les droits d'accès des *autorités cantonales* pour tous les champs énumérés à l'annexe 1 (cf. ch. 2.10.10).

Il n'y a pas de particularités pour la saisie de l'expulsion et de sa durée (ch. 4 « Données concernant les jugements »). Autrement dit les autorités qui saisissent normalement les condamnations pénales sont également habilitées à saisir l'expulsion : services de coordination et autorités de la justice pénale.

Quant à la saisie des décisions d'exécution qui sont pertinentes pour l'expulsion selon l'art. 6, al. 4, let. b et c, de l'ordonnance VOSTRA, elle relève uniquement des

autorités cantonales, selon le concept d'exécution : autorités d'exécution des peines ou autorités chargées des questions relatives aux étrangers ainsi que les services de coordination, raison pour laquelle le droit de saisie est prévu pour les trois. Si un droit de saisie est prévu également pour d'autres autorités, cela est lié au fait que les champs concernent la saisie de toutes les DUL et les décisions d'exécution pertinentes pour VOSTRA.

En ce qui concerne les « données relatives à l'exécution » selon l'art. 6, al. 4, let. a, les droits de saisie au niveau cantonal sont réservés au service de coordination ainsi qu'aux autorités d'exécution des peines et à celles qui sont chargées des questions relatives aux étrangers (cf. explications du ch. 2.10.3).

2.11 Ordonnance RIPOL du 15 octobre 2008⁴⁰

2.11.1 Introduction

La révision totale de l'ordonnance RIPOL, approuvée par le Conseil fédéral le 26 octobre 2016, est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2016. Par rapport à l'avant-projet, la numérotation et la structure ont été adaptées à la version entrée en vigueur entretemps. Concrètement, l'art. 3, al. 1, let. k et al. 2, let. f, devient l'art. 4, al. 1, let. m, et 2, let. d. Enfin, les droits d'accès des autorités compétentes sont nouvellement réglés à l'art. 6, al. 1, let. r et dans l'annexe 1.

2.11.2 Art. 4, al. 1, let. m, et 2, let. d

La mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi a impliqué également une adaptation de l'art. 15, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)⁴¹. Il devient ainsi possible d'introduire des signalements dans le système de recherches informatisées RIPOL concernant des mesures d'éloignement ou de contrainte prises à l'égard d'étrangers en vertu de l'art. 121, al. 2, Cst., selon les art. 66a ou 66a^{bis} CP ou les art. 49a ou 49a^{bis} CPM, la LEtr ou la LAsi. L'art. 4, al. 1 et 2, de l'ordonnance RIPOL est complété de ces nouvelles compétences des autorités pour l'introduction de signalements dans ce système informatique (nouveaux al. 1, let. m, et 2, let. d).

2.11.3 Art. 6, al. 1, let. r

L'art. 6, al. 1, let. r, habilite les autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales à consulter directement (en ligne) les signalements qu'elles ont saisis dans le RIPOL.

2.11.4 Annexe 1 Autorisation de traiter ou visualiser les données enregistrées dans le RIPOL

La colonne « AEE », nouvellement créée, précise les droits d'accès des autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales. Ceux-ci portent sur les données visées à l'annexe 1, ch. 1 (banque de données concernant des personnes), mais ne

⁴⁰ RS 361.0

⁴¹ RS 361

s'étendent pas au ch. 2 de la même annexe (données relatives à des infractions non élucidées.)

2.12 Ordonnance du 6 décembre 2013 sur le traitement des données signalétiques biométriques⁴²

2.12.1 Art. 17, al. 4

Les nouvelles dispositions de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels appellent également une adaptation de l'art. 16, al. 4, de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN⁴³. En rapport avec l'expulsion selon les art. 66a ou 66a^{bis} CP ou les art. 49a ou 49a^{bis} CPM, un nouveau cas d'effacement est introduit dans cette disposition. Ce cas d'effacement et le nouveau délai prévu pour cette suppression sont également intégrés dans l'ordonnance sur le traitement des données signalétiques biométriques. Il est en effet stipulé dans cette dernière que les délais prévus pour l'effacement doivent être harmonisés avec ceux de la loi sur les profils d'ADN. L'expulsion n'est pas réputée avoir été exécutée lorsque l'étranger concerné quitte le territoire suisse, mais à l'expiration de la durée d'expulsion. La formulation « ...après ...l'exécution de l'expulsion » retenue à l'art. 16, al. 4, de la loi sur les profils d'ADN est précisée en ce sens à l'art. 17, al. 4, de l'ordonnance.

2.13 Ordonnance N-SIS du 8 mars 2013⁴⁴

2.13.1 Art. 5, al. 2

Dans le cadre du traitement des signalements, le bureau SIRENE doit pouvoir consulter les données en rapport avec l'expulsion pénale qui sont saisies dans VOSTRA. C'est pourquoi les données consultables sur la base de l'art. 21, al. 5, de l'ordonnance VOSTRA pourront désormais être enregistrées dans le système de gestion des affaires et des dossiers du bureau.

2.13.2 Art. 6, let. c

L'inscription au SIS de signalements en rapport avec une expulsion pénale se fonde sur l'art. 16, al. 2, let. b, LSIP. Quoique cette disposition se réfère aux « prononcé et contrôle d'interdictions d'entrée à l'encontre de personnes non ressortissantes d'un État lié par un des accords d'association à Schengen », le terme « interdiction d'entrée » ne doit pas s'entendre ici au sens étroit de la loi sur les étrangers, mais dans un sens plus large, comprenant l'expulsion pénale. Étant donné que les autorités judiciaires fédérales font défaut dans l'énumération de l'art. 6, let. a, de l'ordonnance N-SIS et que les tâches visées à la let. b ne comprennent pas l'expulsion pénale, cet article est complété par une nouvelle let. c, qui habilite désormais les autorités cantonales et fédérales de justice à communiquer des signalements en rapport avec une expulsion en vue de leur diffusion dans le SIS.

⁴² RS 361.3

⁴³ RS 363

⁴⁴ RS 362.0

2.13.3

Art. 7, al. 1, let. d et f, ch. 1

L'al. 1, let. d, habilite les autorités cantonales de justice et celles chargées de l'exécution des expulsions pénales à accéder aux données inscrites au SIS dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches.

S'agissant des données d'expulsion, qu'il reviendra au SEM de saisir dans le SYMIC une fois passée la phase de transition, une précision terminologique s'impose : dans le contexte du SIS, l'expulsion pénale ordonnée par une autorité suisse à l'égard d'un ressortissant d'un État tiers déploie par principe les mêmes effets qu'une « décision de non-admission ou d'interdiction de séjour » (cf. par ex. art. 6, al. 1, let. d, du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes [code frontières Schengen]⁴⁵). Les notions d'interdiction de séjour et d'expulsion pénale peuvent donc être regroupées sous le terme générique de « non-admission et interdiction de séjour » (cf. les art. 64 ss LEtr). Ce terme est également repris aux art. 7, al. 1, let. i, et 20, et dans le titre de l'art. 51, de l'ordonnance N-SIS. Les cantons sont libres de confier l'exécution des expulsions aux autorités d'exécution pénale ou aux services des migrations. Les uns comme les autres peuvent, sur la base de l'art. 16, al. 4, LSIP, annoncer des signalements en vue de leur enregistrement dans le SIS. Contrairement aux services des migrations, les autorités d'exécution pénale ne figurent pas dans la liste fermée de l'art. 16, al. 5, let. b, LSIP. Il leur manque donc une base légale pour pouvoir contrôler et éventuellement adapter ou effacer les données saisies dans le SIS, comme cela est prévu aux art. 22a (nouveau) et 43 de l'ordonnance N-SIS (cf. art. 29 du règlement SIS II qui exige de vérifier tous les trois ans au moins la nécessité de garder un signalement dans le système). En ce qui concerne les services des migrations, précisons qu'un droit d'accès leur est certes accordé à l'art. 16, al. 5, let. b, LSIP, mais uniquement à des fins de contrôle. Les tâches en lien avec les signalements d'expulsions dans le SIS ne sont donc pas toutes couvertes. Les autorisations supplémentaires requises nécessitent une modification de l'art. 16, al. 5, LSIP, laquelle se fera dès que l'occasion se présentera.

2.13.4

Art. 7, al. 1, let. i

Indépendamment des adaptations liées à la mise en œuvre des nouvelles dispositions sur l'expulsion pénale, une rectification est ici apportée dans le passage « ordonner et vérifier des interdictions et des limitations d'entrée sur le territoire prononcées à l'encontre de ressortissants d'États tiers », où le verbe « ordonner » est supprimé. L'art. 67 LEtr réserve en effet cette compétence au SEM et à fedpol.

2.13.5

Art. 11, al. 2, let. f, et 3

Depuis l'entrée en service du SIS II, en 2013, l'acquis de Schengen impose de saisir aussi des empreintes digitales et des photographies de la personne, dans la mesure où elles sont disponibles (art. 11, al. 2, let. f, de l'ordonnance N-SIS ; art. 23, al. 2, du règlement SIS II ; cf. aussi annexe 3, ch. 2.1.3, de l'ordonnance N-SIS). L'al. 3

⁴⁵ JO L 77 du 23.3.2016, p. 1 à 52

requiert également l'inscription de la décision ou du jugement qui est à l'origine du signalement, informations dont le bureau SIRENE doit avoir connaissance pour permettre l'identification rapide et sans ambiguïté d'une personne signalée, en cas de réponse positive à une interrogation SIS.

2.13.6 Art. 16, al. 1 et 2

Les al. 1 et 2 sont regroupés sous un seul alinéa, par analogie à la disposition de l'art. 10. Les informations qui sont transmises au bureau SIRENE lui permettent d'apprécier si les conditions d'un signalement au SIS II sont remplies. Constituent par exemple des informations supplémentaires, les empreintes digitales et les photographies de la personne concernée (cf. art. 11, al. 2, let. f), tout comme les informations visées aux art. 21, al. 3, et 22a, al. 2.

2.13.7 Art. 18, al. 4

Indépendamment des adaptations liées à la mise en œuvre de l'expulsion au sens de l'art. 66a ou 66a^{bis} CP, ou de l'art. 49a ou 49a^{bis} CPM, cette disposition est reformulée en termes plus clairs.

2.13.8 Art. 18, al. 5

L'information transmise par le bureau SIRENE à l'autorité d'exécution compétente doit permettre à cette dernière de prendre les mesures immédiates nécessaires, le cas échéant.

2.13.9 Art. 20

Cette disposition fait l'objet, dans la première phrase, d'une adaptation rédactionnelle pour tenir compte de l'expulsion pénale. La deuxième phrase précise qu'il appartient au juge qui ordonne l'expulsion de décider de l'inscription d'un signalement au SIS.

2.13.10 Art. 21, al. 1, 1^{bis} et 3

Par souci d'exhaustivité, l'al. 1 réaffirme que l'enregistrement des signalements aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans le SYMIC relève de la compétence du SEM. L'al. 1^{bis} précise qu'il revient aux autorités d'exécution de l'expulsion pénale d'enregistrer les signalements correspondants dans le RIPOL. À noter, à cet égard, que RIPOL ne servira que provisoirement de système source (pour l'inscription des expulsions pénales), après quoi le SYMIC prendra le relais.

Le libellé de l'al. 3 est complété pour mentionner les autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales. Conformément au règlement SIS II et en particulier à la section 1.13 du manuel Sirene (décision d'exécution de la Commission du 26 février 2013 relative au manuel Sirene et à d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS

II)⁴⁶, modifiée la dernière fois par la décision d'exécution [UE] 2015/1209⁴⁷), le délai de réponse à une requête d'un État Schengen est, en principe, de douze heures (la procédure d'urgence est régie par l'art. 22a de l'ordonnance N-SIS ; cf. ch. 2.13.12).

2.13.11 Art. 22, al. 2

Cette disposition, qui définit les compétences en cas de réponse positive à une interrogation en Suisse, est complétée pour mentionner expressément les autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales.

2.13.12 Art. 22a

Un signalement ne peut être inscrit au SIS que si toutes les conditions prévues par le règlement SIS II sont remplies. Un ressortissant d'un État tiers ne fera ainsi l'objet d'un signalement que s'il ne peut se prévaloir de la libre circulation. À supposer ensuite qu'un changement de circonstances personnelles se produise, motivant la création ou la modification d'un signalement dans le SIS, il faudra pouvoir décider rapidement quelles informations supplémentaires devront être fournies à l'État requérant en cas de réponse positive, notamment s'il faut justifier un risque de récidive, une menace à l'ordre public, ou une menace à la sûreté intérieure ou extérieure du pays (*al. 1, 3 et 4*).

Le règlement SIS II et la décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)⁴⁸ prévoient que le signalement inscrit au SIS doit être assorti de données signalétiques. L'al. 2 inscrit expressément cette condition dans le droit suisse, condition qu'observaient déjà le SEM et fedpol pour le signalement d'interdictions d'entrée, et qui s'étend désormais aux autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales. L'expression « interdiction d'entrée » couvre autant l'interdiction d'entrer du droit des étrangers que l'expulsion pénale (al. 2, let. a et b).

Les autorités chargées de l'exécution des signalements aux fins de non-admission devront par principe s'assurer d'être joignables (al. 5). Cette disposition concerne toutes les autorités chargées de signaler des personnes ou des objets dans le SIS. Certaines doivent mettre en place une permanence. La disposition est toutefois rédigée de manière vague, si bien qu'elles ne devront pas nécessairement assurer un service 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

En ce qui concerne les expulsions pénales, les permanences doivent simplement couvrir les heures de bureau. Le bureau SIRENE suisse dispose des informations nécessaires (jugements, décisions d'exécution, données signalétiques, résumé des motifs justifiant le signalement, accès à VOSTRA) pour répondre aux demandes urgentes des bureaux étrangers. En outre, une expulsion pénale ne peut être ni suspendue ni levée à court terme. Il n'y aura donc pas de demandes urgentes visant à

⁴⁶ JO L 71 du 14.3.2103, p. 1 à 36

⁴⁷ JO L 203 du 28.7.2016, p. 35 à 83

⁴⁸ JO L 205 du 7.8.2007, pp. 63–84

suspendre ou lever une expulsion pénale, cas qui auraient justifié une permanence complète.

2.13.13 Art. 39, al. 3

Dans son nouveau libellé, l'al. 3 précise que l'autorité chargée du signalement répond également de la qualité des données saisies, c'est-à-dire de la mise à jour du signalement dans le SYMIC et le RIPOL.

2.13.14 Art. 43, al. 3

Cet alinéa est complété pour étendre l'obligation de vérification périodique des signalements aux autorités chargées de l'exécution des expulsions pénales (cf. art. 26 du règlement SIS II).

2.13.15 Art. 51, titre

Le droit d'être informé vaut aussi en cas d'expulsion pénale. Le titre de l'article est complété en ce sens par le terme (générique): « (...) ou d'une interdiction de séjour. »

2.13.16 Annexes 2 et 3

Le tableau des accès ne pourra être adapté qu'une fois désignées les autorités cantonales chargées de l'exécution des expulsions pénales. Les adaptations se feront en fonction des tâches qui leur seront confiées – celles-ci n'étant pas connues à ce jour.

2.14 Ordonnance du 12 novembre 2008 sur l'usage de la contrainte (OLUSC)⁴⁹

2.14.1 Art. 27, al. 5

Ne concerne que la version allemande. Cette disposition doit être adaptée en raison de la modification du titre de l'OERE (cf. ch. 2.3.1).

⁴⁹ SR 364.3

