

Position

Mise en œuvre de l'art. 121a Cst. : Modification de la loi sur les étrangers

Assemblée plénière du 19 juni 2015

1. Résumé

1 L'ouverture de la consultation consacrée à la révision de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) est un jalon important du processus de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. Les gouvernements cantonaux remercient le Conseil fédéral, le Département fédéral de justice et police (DFJP) et en particulier le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) d'avoir associé de près les cantons à leurs travaux. La présente position repose pour l'essentiel sur les principes d'un nouveau système d'admission approuvés par les cantons en Assemblée plénière CdC du 20 juin 2014 et sur la position approuvée par les cantons en Assemblée plénière CdC du 26 septembre 2014 concernant le plan de mise en œuvre présenté par le Conseil fédéral.

2 Les cantons considèrent que l'objectif stratégique majeur de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. doit être de maintenir les accords bilatéraux. L'enjeu sera de concilier politique intérieure et politique extérieure. Il s'agira, en politique extérieure, de mettre l'accent sur les négociations consacrées à la révision de l'accord sur la libre circulation des personnes, sans oublier de débloquer en temps voulu la convention complémentaire avec la Croatie. Les cantons devront y être associés. En politique intérieure, les efforts porteront sur la révision de la LEtr et sur les mesures d'accompagnement destinées à mobiliser le potentiel de main d'œuvre national. La mise en œuvre de l'art. 121a Cst. dépend largement des négociations avec l'UE, dont il faudra attendre les résultats avant de procéder à une appréciation globale. Il n'est pas exclu que le projet de révision connaisse de nouveaux changements en raison des développements de politique extérieure. Il faudra pour cela consulter les cantons suffisamment tôt.

3 Les cantons soutiennent la proposition du Conseil fédéral de maintenir le système actuel d'admission dual pour la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. Ils considèrent la mise en œuvre et l'exécution de l'art. 121a Cst. comme des tâches souveraines et estiment donc que les partenaires sociaux n'ont pas à siéger au sein de la commission de l'immigration qu'il est prévu d'instituer. Les partenaires sociaux et d'autres acteurs importants devront en revanche être associés en temps opportun à l'établissement des contingents. Fixer des contingents

pour gérer l'immigration ne doit pas se traduire par la réintroduction du statut de saisonnier. Ce sont les cantons qui doivent déterminer le nombre de frontaliers, mais des solutions fédérales sont souhaitables, afin notamment de mettre en place des dispositions de protection des salaires et des conditions de travail. En ce qui concerne la préférence nationale, les cantons estiment qu'il faut pouvoir renoncer à un examen au cas par cas pour différents groupes soumis à autorisation et certaines catégories professionnelles dès lors qu'ils sont sous-représentés sur le marché national. Les cantons comptent apporter une réponse définitive à cette question une fois les résultats des négociations avec l'UE connus. Ils se félicitent par ailleurs de la décision du Conseil fédéral de renoncer à vérifier systématiquement la capacité d'intégration.

4 Les cantons se félicitent de la volonté du Conseil fédéral de lever les entraves administratives à l'accès au marché du travail des réfugiés reconnus et des personnes accueillies à titre provisoire (suppression de l'obligation de payer la taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative, remplacement de l'obligation d'obtenir une autorisation par une obligation de communiquer). Les cantons demandent à ce propos une augmentation significative des forfaits d'intégration.

2. Remarques générales

5 Les politiques européenne, migratoire et économique de la Suisse sont confrontées à des défis majeurs depuis l'approbation de l'initiative « Contre l'immigration de masse ». L'enjeu sera de concilier politique intérieure et politique extérieure, alors que la marge de manœuvre est mince. Les cantons ont fait savoir dès le début que le maintien de la voie bilatérale constitue selon eux un objectif stratégique majeur. Il repose sur deux piliers : la politique extérieure et la politique intérieure.

Le pilier politique extérieure englobe essentiellement les négociations consacrées à la révision de l'accord sur la libre circulation des personnes. Le Conseil fédéral a pris les choses en main : il a mis en marche le processus de consultation avec l'UE, auquel les cantons sont associés, tout en rappelant la nécessité de débloquer en temps voulu la convention complémentaire avec la Croatie.

Le pilier politique intérieure englobe la révision de la LEtr et les mesures d'accompagnement destinées à mobiliser le potentiel de main d'œuvre nationale. On ne peut pas gérer l'immigration uniquement par des contingents et des quotas ; la demande a aussi son rôle à jouer. L'État et les milieux économiques doivent agir en renforçant les mesures destinées à mobiliser davantage le potentiel de main-d'œuvre nationale. C'est la raison pour laquelle les cantons ont approuvé une convention afférente avec le Conseil fédéral, par l'intermédiaire de la CdC.

Les cantons distinguent trois phases :

- a) l'élaboration du plan de mise en œuvre et du projet d'art. 121a Cst. mis en consultation ;
- b) les négociations consacrées à la révision de l'accord sur la libre circulation des personnes qui prennent appui sur le mandat du Conseil fédéral ;
- c) la consolidation des travaux de mise en œuvre et leur modification en fonction des résultats des négociations.

Les remarques suivantes sont à considérer comme un élément de la stratégie globale. Une appréciation globale ne sera possible qu'une fois les résultats des entretiens et des négociations avec l'UE connus.

6 En approuvant le projet de révision de la loi sur les étrangers, le Conseil fédéral engage une nouvelle étape importante du processus de mise en œuvre du nouvel article 121a Cst. Elle a été précédée des travaux du groupe d'experts de la Confédération, au sein duquel siégeaient quatre représentants des cantons. Nous tenons à remercier le Conseil fédéral, le Département fédéral de justice et police (DFJP) et en particulier le Secrétariat d'État aux migrations (SEM)¹ d'avoir associé de près les cantons à leurs travaux.

7 Il convient par ailleurs de se référer à la convention du 4 juin 2014 sur la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., qui lie le DFJP et la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC). C'est sur elle que reposent les thématiques et les contenus définis en commun ; elle a pu être en grande partie appliquée pour l'élaboration du plan de mise en œuvre et pour la révision en cours.

8 Depuis l'approbation de l'initiative « Contre l'immigration de masse », les cantons ont eux-mêmes accompli un travail de fond à l'interne, réalisé par le groupe de travail « Nouveau système d'admission » de la CDEP, sous l'égide du conseiller d'État Benedikt Würth (SG). Réunis en Assemblée plénière le 20 juin 2014, les gouvernements cantonaux ont adopté les principes suivants, constitutifs du système d'admission :

- fédéralisme : s'agissant du rôle des cantons, il est essentiel que le système d'admission soit organisé selon une approche fédérale, dans sa gestion comme dans son exécution.
- Tâche souveraine : la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. est une tâche souveraine de la Confédération et des cantons, compétents aussi pour son exécution.
- Approche ascendante (« *bottom-up* ») pour l'immigration et le marché du travail : les cantons déterminent les besoins locaux et régionaux en fonction de ceux de l'économie et de la population.
- Intérêts de l'économie dans son ensemble : le nouveau système d'admission est défini en fonction des intérêts économiques de la Suisse dans son ensemble et il tient compte des besoins de l'économie, de la formation et de la recherche en Suisse.
- Système d'admission dual : pour ce qui a trait à l'immigration en provenance des États de l'UE/AELE, il est tenu compte des besoins du marché du travail dans son ensemble ; s'agissant de l'admission en provenance des États tiers, on se concentre sur les spécialistes hautement qualifiés.
- Réglementation relative aux frontaliers : les règles de définition du nombre de frontaliers sont fixées autant que possible dans le respect du fédéralisme, tel que celui-ci est compris par le droit constitutionnel.
- Potentiel de main d'œuvre national : seule une utilisation optimale du potentiel de main d'œuvre national permet de réduire l'immigration tout en répondant aux besoins de l'économie.
- Efficacité : le nouveau système est efficace et facilement applicable par les autorités et par les milieux économiques. Le nouveau système d'admission est dynamique et non bureaucratique ; il n'entraîne pas de charges administratives supplémentaires pour les entreprises.
- Protection des salaires : le nouveau système d'admission garantit les salaires et les conditions de travail.

Le projet de révision s'inspire de ces principes, notamment pour l'évaluation générale et pour la conclusion.

¹ Avant le 1^{er} janvier 2015 : Office fédéral des migrations

9 Un an s'est écoulé depuis le vote du 9 février 2014 et le contexte économique a changé. L'introduction de taux d'intérêt négatifs et la décision prise le 15 janvier 2015 par la Banque nationale suisse d'abandonner le taux plancher entre le franc suisse et l'euro pourraient avoir des conséquences négatives durables pour l'économie suisse et peser sur certains secteurs d'activité en particulier. Les entreprises doivent réagir, en prenant par exemple des mesures d'exploitation destinées à améliorer la productivité et à automatiser la production pour préserver leur compétitivité. L'évolution de la situation économique aura des répercussions sur le marché du travail national puisque la pénurie de personnel qualifié ira en augmentant et qu'il y aura encore moins de places de travail pour les personnes justifiant d'un faible niveau de qualification. Pour remédier à cette situation, les entreprises pourraient tirer davantage parti du potentiel de main d'œuvre national et encourager les reconversions professionnelles. Sont demandées des mesures concrètes, efficaces et compatibles avec l'ALCP, telles que le recours aux dispositifs prévus par la LACI, de sorte à créer des incitations pour les employeurs. L'art. 121a Cst. doit être mis en œuvre sans porter préjudice à l'économie nationale dans son ensemble, comme le prévoit l'initiative elle-même ; ce développement devient donc un paramètre important pour réguler l'immigration et il faudra en tenir compte lors des travaux à venir.

3. Appréciation critique du projet de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. mis en consultation

3.1. Dispositions d'admission des ressortissants UE/AELE et des ressortissants d'États tiers

10 La réglementation reposera, d'une part, sur le maintien de la distinction entre ressortissants UE/AELE et ressortissants d'États tiers (système dual) et, d'autre part, sur l'importance de l'accord de libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne (UE)² par rapport à la loi fédérale sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20)³. Celle-ci doit être subsidiaire à l'ALCP. Les cantons se félicitent des deux cadres réglementaires.

11 L'art. 121a Cst. prévoit que l'un des critères prépondérants pour attribuer une autorisation de séjour est de fournir la preuve de moyens d'existence suffisants. Force est de constater qu'il ne suffit pas de justifier d'un salaire conforme aux conditions usuelles du lieu et de la branche pour disposer de moyens d'existence suffisants permettant de vivre de façon autonome. On sait par expérience que les métiers faiblement rémunérés, le travail à temps partiel et le travail sur appel peuvent se traduire par des situations où les personnes concernées n'ont pas les moyens d'existence suffisants et dépendent donc de l'aide sociale. Les gouvernements cantonaux estiment qu'il faut veiller à ce que les institutions sociales n'aient pas à traiter de tels cas, compte tenu des dispositions constitutionnelles et des propos tenus sur l'immigration par les milieux politiques et dans les médias. Les gouvernements cantonaux invitent donc le Conseil fédéral à vérifier, avec l'aide des autorités cantonales en charge du marché du travail et des migrations, s'il convient de passer du critère que sont les conditions usuelles du lieu et de la branche à la garantie de moyens d'existence, pour contrôler les salaires.

² ALCP : accord sur la libre circulation des personnes entre la Confédération helvétique et la Communauté européenne et ses États membres (RS 142 112 681)

³ Comme art. 2 al. 1 LEtr

3.2. Plafonds et contingents

12 L'art. 121a Cst. prévoit d'introduire des contingents pour gérer l'immigration. Il n'est donc pas étonnant que le Conseil fédéral les propose dans le projet de révision. Les contingents sont logiquement liés à des plafonds. Les catégories d'autorisations figurant à l'art. 17a du projet de modification de la loi sur les étrangers sont vérifiables et a priori exactes. On peut se féliciter du fait que les personnes qui séjournent moins de quatre mois en Suisse n'entrent pas dans les contingents, pour des motifs à la fois pratiques et sociaux. S'il devait être contingenté à partir d'une durée d'un an, cela reviendrait de facto à introduire un statut de saisonnier, ce que les cantons ont toujours refusé au cours des discussions. Par ailleurs, les contingents ne concernent en principe que les nouvelles autorisations, ce qui est réjouissant. Ainsi, les frontaliers d'aujourd'hui resteront des frontaliers. Il sera en quelque sorte introduit une protection juridique pour des personnes qui ont le statut de frontaliers depuis des années.

13 Les cantons ont toujours voulu que les contingents soient fixés (art. 17b du projet LEtr) conformément à une approche ascendante (« *bottom-up* »). Elle suppose que les besoins des cantons ont été identifiés et que la commission de l'immigration a donné son avis (art. 17d du projet LEtr). Il est essentiel que la commission de l'immigration reste composée paritairement, de sorte que la recommandation adressée au Conseil fédéral de conclure le processus émane des autorités responsables de la mise en œuvre des dispositions en matière d'immigration, autrement dit de la Confédération et des cantons.

14 Les cantons accordent leur soutien à la solution flexible figurant dans le projet, qui donne la possibilité au Conseil fédéral de déléguer aux cantons la répartition des plafonds de leurs contingents, à la condition néanmoins que les plafonds soient fixés en accord avec les cantons. L'art. 17a doit donc être complété. Il est nécessaire en particulier d'établir des plafonds séparés pour les frontaliers. Ces derniers n'étant pas des immigrés par définition, un traitement différent se justifie, car il permettrait de tenir compte des réalités très différentes dans les régions frontalières (chiffre 23). L'art. 17c al. 3 du projet de révision LEtr doit être formulé de manière plus précise de sorte que les cantons et le Conseil fédéral tiennent compte, lorsqu'ils fixeront les contingents cantonaux, des particularités régionales économiques, sociales et démographiques, mais aussi des défis géographiques.

15 Le projet de révision ne parle pas des conséquences d'un épuisement des contingents sur les demandes d'admission. Il convient de clarifier cette question (refus ou suspension des demandes par les autorités d'exécution ou augmentation des contingents par le Conseil fédéral), lorsqu'il s'agit notamment de respecter les obligations de droit international et qu'un droit à une autorisation de séjour peut être opposé. Il y a lieu de se demander si le contingentement est défendable, voire applicable, en ce qui concerne les réfugiés reconnus et les personnes admises à titre provisoire. De plus, il faudra définir, dans de tels cas, les modalités de règlement du séjour, de compétences et de financement (forfaits globaux).

3.3. Organisation et gouvernance

16 Les gouvernements cantonaux se félicitent de la composition paritaire de la commission de l'immigration, instituée souverainement. Elle ne doit cependant pas être mise en place unilatéralement par le Conseil fédéral, comme c'est le cas des commissions extraparlémentaires, mais faire l'objet d'une convention

entre le Conseil fédéral et les cantons, qui précise qu'elle est un organe commun et que le Conseil fédéral et les cantons désignent chacun librement leurs représentants.

17 Les cantons ont toujours insisté sur la composition souveraine de la commission de l'immigration, raison pour laquelle la variante proposée dans les explications, à savoir la présence des partenaires sociaux en son sein, est rejetée pour des raisons politiques. La composition de cet organe devrait relever exclusivement des pouvoirs publics, c'est-à-dire que seuls la Confédération et les cantons doivent y être représentés. Il est incontestable que les partenaires sociaux doivent être impliqués dans un processus en deux temps. Il conviendra dans un premier temps d'entendre les partenaires sociaux et les autres acteurs impliqués dans ce processus ; dans un second temps, il incombera aux autorités publiques d'expliquer l'importance de l'immigration en tenant compte de tous les aspects économiques et sociaux et de formuler une recommandation à l'attention du Conseil fédéral. La gestion de l'immigration reste une tâche souveraine, comme le veut la Constitution ; elle ne soulève pas uniquement des questions liées au marché du travail ou aux intérêts économiques en particulier : l'approche doit être globale et prendre en compte tous les aspects, même ceux à caractère social. En définitive, les cantons et la Confédération sont coresponsables de la mise en œuvre, alors que les partenaires sociaux se concentrent avant tout sur la défense des intérêts économiques formulés par les différentes organisations professionnelles.

18 Les partenaires non institutionnels doivent être entendus et leur avis doit être pris en compte dans les recommandations sur les questions de l'asile. La collaboration entre les autorités fédérales et cantonales reste néanmoins essentielle, elle se justifie pour des motifs d'ordre institutionnel.

19 De l'avis des gouvernements cantonaux, la commission de l'immigration doit avant tout conseiller le Conseil fédéral sur les questions de fond relatives à l'immigration et formuler des propositions concernant les limitations annuelles. Les cantons rejettent le motif pour lequel la commission de l'immigration ne peut formuler que des recommandations au Conseil fédéral. Ils préfèrent utiliser le terme de « proposition », plus contraignant et formel. Afin d'assurer une application uniforme du droit, il y a lieu de prévoir des indicateurs ou des critères clairs pour identifier les professions touchées par une pénurie de main d'œuvre. Cette activité devrait être, elle aussi, confiée à la commission de l'immigration. Il incombera en dernier ressort aux autorités cantonales du marché du travail et des migrations de procéder à l'évaluation au cas par cas en tenant compte de la situation spécifique du marché du travail régional.

3.4. Indicateurs

20 Les travaux préparatoires ont montré que les gouvernements cantonaux estiment possible de mettre en œuvre le système esquissé dans les explications. Il peut donc être approuvé dans son principe. Les cantons auront un rôle central à jouer, puisque leurs autorités connaissent bien les réalités du marché du travail local ; elles pourront donc définir des indicateurs en accord avec la Confédération. Ces indicateurs serviront à définir les besoins des cantons, validés ensuite par la commission de l'immigration. Lors de la détermination des nombres maximums et des contingents, la structure économique des cantons doit impérativement être prise en compte de manière prioritaire, de même que la croissance de l'emploi et la structure des emplois occupés par la main-d'œuvre étrangère.

3.5. Préférence nationale

21 Les cantons sont d'avis que l'introduction de la préférence nationale dans le projet LEtr est une réponse logique au texte de l'initiative. Les cantons ont toujours défendu le principe d'un examen au cas par cas, mais dans le cadre d'une approche pragmatique au moment de la mise en œuvre. Il apparaît ainsi dans le projet qu'un examen au cas par cas sera superflu dans certains cantons pour différents groupes soumis à autorisation, comme les frontaliers. Il en va de même de certaines catégories professionnelles (professions de santé, par exemple), dès lors que le potentiel est insuffisant sur le marché et qu'il serait peu judicieux de se demander si le poste vacant peut être occupé par un national.

22 Les cantons partent du principe qu'il s'agit là d'un point central des négociations avec l'UE et que des changements pourraient intervenir, selon l'issue des négociations. Ils se réservent donc expressément le droit de réévaluer cette question ultérieurement.

3.6. Réglementation applicable aux frontaliers

23 La réglementation applicable aux frontaliers revêt une importance particulière pour les cantons, car l'économie de certains d'entre eux dépend de cette main d'œuvre. Pour résoudre les problèmes spécifiques à certaines régions, les cantons seront autorisés à mettre en place des dispositions supplémentaires de protection des salaires et des conditions de travail. On peut se féliciter de cette approche. Les cantons réitèrent leur position selon laquelle les ressortissants UE/AELE ne devraient dorénavant pas être concernés par les zones frontalières mentionnées dans la LEtr, ni par la réglementation sur le séjour préalable de six mois, à l'inverse des ressortissants des États tiers.

24 En ce qui concerne les frontaliers, les cantons ont toujours demandé une solution fédérale, qui consiste à en définir le nombre séparément des autres quotas. Le projet mis en consultation ne satisfait que partiellement à leur demande, puisqu'une base juridique a été créée, qui permet de distinguer un quota spécifique aux frontaliers (art. 17a al. 5 let. a). Par ailleurs, l'art. 17a al. 4 let. a du projet prévoit que les personnes qui justifient aujourd'hui déjà d'un statut de frontalier n'auront pas à demander une nouvelle autorisation au moment où les dispositions entreront en vigueur, sauf si elles changent d'emploi. Les cantons s'en félicitent. Les gouvernements cantonaux pensent néanmoins que seuls les cantons doivent être habilités à établir le nombre de frontaliers. Cette solution semble légale si l'on considère de récents avis juridiques sur l'art. 121a. Les cantons revendiquent cette compétence et s'alignent sur le principe défendu par le DFJP et la CdC, en vertu duquel la réglementation applicable aux frontaliers doit être confiée aux cantons, mais dans les limites constitutionnelles.

3.7. Contrôle des conditions de salaire et de travail

25 Les cantons sont en faveur d'une base légale qui permette de contrôler préalablement les conditions de salaire et les conditions de travail. Là encore, il faudra tenir compte des pratiques qui diffèrent d'un canton à l'autre. Il est important que les autorités cantonales en charge du marché du travail *puissent* agir au moment où une demande est déposée dès lors qu'une infraction aux conditions de salaire ou de travail est constatée (législation contre les abus, vérification des moyens d'existence). Si une procédure d'autorisation doit être ouverte, il est préférable – pour des raisons d'efficacité – que l'examen soit effectué quand l'autorisation est délivrée, ne

serait-ce que pour faciliter les vérifications postérieures. Au moment de la mise en œuvre, il y a lieu de s'assurer que tous les services administratifs concernés ont la même compréhension de la manière d'obtenir des informations sur les conditions de salaire et de travail, afin d'empêcher – ou du moins d'éviter dans la mesure du possible – des déclarations déconcertantes ou contradictoires de la part des différents acteurs (commissions tripartites CT, autorités en charge des migrations, etc.).

26 À lui seul, le contrôle des conditions de salaire et de travail n'est pas un critère adéquat pour pouvoir assurer, dans la pratique, des moyens d'existence suffisants comme l'exige la Constitution. Les gouvernements cantonaux invitent donc le Conseil fédéral à étudier, avec l'aide des autorités cantonales en charge du marché du travail et des migrations, s'il y a lieu de passer du critère que sont les conditions usuelles du lieu et de la branche à la garantie de moyens d'existence, pour contrôler les salaires (cf. aussi explications ch.11).

27 Au moment de procéder aux vérifications postérieures, les cantons doivent disposer d'une marge d'action suffisamment large, car les résultats de la surveillance du marché du travail diffèrent fortement d'un canton à l'autre. Sur ce point, les cantons espèrent une législation ouverte qui leur permette de garder la main sur l'exécution, ne serait-ce qu'en raison des écarts constatés entre les marchés régionaux.

28 Pour ce qui est des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes (FlaM), les cantons sont d'avis qu'il devra en être discuté une fois les détails du système d'admission connus. Les FlaM en place s'appliquent jusque-là ; rappelons qu'elles sont liées à l'ALCR. Dans le cadre des travaux préparatoires au projet de révision de la LEtr, un groupe de travail composé de représentants de la Confédération, des cantons et des partenaires sociaux, s'est penché sur la question⁴. Ses conclusions sont les suivantes : « *Les mesures d'accompagnement ne pourront être définies que lorsque le modèle de mise en œuvre aura été choisi. Le risque de sous-enchère salariale sur le marché du travail suisse subsiste, même si un système de contingents est mis en place et que les conditions de rémunération et de travail sont contrôlées a priori. De même, plus le système de contingents est conçu de manière restrictive, plus les tentatives de le contourner sont importantes, en particulier sous la forme de travail au noir. Le futur système de contrôle ne doit pas avoir un impact global plus marqué sur le marché du travail que le système en vigueur. Il faut veiller à ce que les entreprises indigènes ne soient pas discriminées par rapport aux prestataires de services étrangers dans la future procédure d'admission. L'opportunité de maintenir la procédure d'annonce prévue dans l'ALCP devra aussi être examinée en tenant compte de cet aspect⁵.* ».

3.8. Vérification de la capacité d'intégration

29 Les cantons se félicitent de la décision du Conseil fédéral de renoncer, dans son projet, à vérifier systématiquement la capacité d'intégration (art. 121a al. 3 Cst.) des ressortissants de l'UE/AELE lors de la procédure d'admission. Dans le cadre de la procédure de consultation sur la révision partielle des dispositions relatives à l'intégration figurant dans la LEtr (13.030), les cantons avaient souligné qu'une vérification systématique des critères d'intégration en lien avec l'attribution et la prolongation des autorisations de séjour était hors de question, les ressources étant insuffisantes pour le faire.

⁴ Groupe de travail placé sous l'égide du chef de la Direction du travail du SECO.

⁵ Mise en œuvre de l'art. 121a Cst., Rapport de synthèse du groupe d'experts, 13 juin 2014, p. 42.

3.9. Réglementation du séjour

30 Les conditions du séjour dépendront à l'avenir aussi du permis (autorisation) délivré à la suite d'une demande. En raison du contingentement, il faut s'attendre à ce qu'une bonne partie des actifs ou de leurs futurs employeurs choisissent la procédure d'agrément, qui prévoit un examen de la demande préalable au séjour lui-même, comme c'était le cas avant 2002. Il est probable que les contingents seront gérés facilement par le Système d'information central sur la migration (SYMIC), une méthode appliquée pour les contingents lors des périodes transitoires convenues avec les États de l'UE/AELE. Une fois les contingents épuisés, les cantons ne peuvent plus délivrer d'autorisations de séjour. Les besoins ultérieurs devront être traités par les autorités en charge de la migration ou par celles en charge du marché du travail, qui seront peut-être appelées à collaborer, au prix de lourds efforts.

3.10. Sciences et recherche en Suisse

31 Dans leur position du 26 septembre 2014 relative au plan de mise en œuvre, les cantons font remarquer que la plupart des personnes concernées par une autorisation de séjour sans activité lucrative ne séjournent que temporairement en Suisse, pour y suivre une formation ou se perfectionner, et qu'elles n'ont pas l'intention de s'y établir durablement. Dans le rapport explicatif, il est précisé qu'il faudra prendre en compte les besoins de l'économie dans son ensemble, et notamment ceux du monde scientifique et de la recherche, au moment de fixer les quotas et les contingents. Les cantons s'en félicitent, mais estiment que cela ne va pas assez loin. Ils déplorent que la question de soutenir la formation, les sciences et la recherche ne soit pas approfondie, d'autant qu'elle est encore plus importante depuis la décision de la Banque nationale.

3.11. Organisations internationales

32 Afin de préserver le rôle de la Suisse comme État hôte, et de maintenir cet atout précieux pour notre politique extérieure, le Conseil fédéral doit prendre en compte les spécificités des organisations et autres institutions internationales, et leur permettre de répondre pleinement à leurs besoins en main-d'œuvre étrangère.

3.12. Relation avec l'accord sur la libre circulation des personnes : aspects de politique extérieure

33 Comme nous l'avons souligné auparavant, une appréciation du projet global ne sera possible qu'une fois les résultats des entretiens avec l'UE connus. Dans le projet mis en consultation, le Conseil fédéral part du principe que l'accord de libre circulation actuel (ALCP) peut être adapté dans le respect des consignes définies pour la révision de la loi sur les étrangers. Si tel n'est pas le cas, le Conseil fédéral constate lui-même que les nouvelles dispositions constitutionnelles ne règlent pas cette éventualité. Le nouveau droit constitutionnel ne prime pas automatiquement l'ancien droit international public. Si cette éventualité devait se confirmer, le Conseil fédéral estime qu'il faudrait redéfinir la suite de la procédure en tenant compte des circonstances.

34 Les gouvernements cantonaux approuvent expressément le Conseil fédéral sur ce point. Il n'est pas exclu que le projet de révision connaisse de nouveaux changements en raison des développements de politique extérieure. Il faudra pour cela consulter les cantons suffisamment tôt et à large échelle.

35 En vu de l'exécution de la loi, il convient de mentionner la vérification des qualifications étrangères (reconnaissance des diplômes) pour les professions réglementées – que ce soit dans le cadre de l'ALCP pour les ressortissants UE/AELE ou en application analogue du cadre réglementaire pour les ressortissants d'États tiers. Lors de l'établissement des contingents, il s'agira de décider si la vérification et la reconnaissance d'un diplôme est un préalable ou si la demande de reconnaissance peut se faire après admission dans un contingent.

3.13. Conséquences économiques et financières

36 Les conséquences économiques dépendent, d'une part, de la forme définitive que prendra le système d'admission et, de l'autre, de la manière dont seront mis en œuvre les quotas et les contingents. Un contingent, quelle que soit sa forme, signifie davantage de tracasseries administratives dans les relations économiques entre les entreprises privées et les autorités publiques. Les vérifications supplémentaires (préférence nationale, conditions de salaire et de travail en usage sur place et dans la profession, réductions quantitatives) entraînent un surcroît de travail administratif considérable pour les employeurs comme pour l'État. Il va falloir augmenter fortement les effectifs cantonaux des autorités en charge des migrations et du marché du travail et ceux des autorités de la Confédération. Les répercussions financières et les besoins en personnel auxquels seront confrontés les cantons sont impossibles à chiffrer pour l'heure, étant donné que les modalités de mise en œuvre ne sont pas détaillées. Pour pouvoir apprécier les coûts, il faut connaître les délais de traitement des demandes, les professions qui peinent à recruter et pour lesquelles la préférence nationale ne sera pas appliquée et la façon de contrôler les conditions de salaire et les conditions de travail (y compris les mesures d'accompagnement).

37 Les conséquences secondaires ne doivent pas être sous-estimées non plus. Le nouveau système d'admission génère des incertitudes sur l'emploi et le remplacement de la main d'œuvre dans les entreprises, avec des incidences sur leurs planifications à court et à moyen termes. Le site économique de la Suisse en pâtit sérieusement, car la disponibilité de la main d'œuvre est devenue, dans un contexte international, un facteur d'implantation essentiel. Cet effet va être encore renforcé par l'évolution démographique. Jusqu'ici, la Suisse a pu couvrir l'écart entre l'offre et la demande par l'immigration en provenance de l'UE/AELE ou des États tiers, mais personne ne peut dire si la main d'œuvre sera suffisante à l'avenir. Les aléas se multiplient quand on ignore comment vont évoluer à moyen terme les relations entre la Suisse et l'UE. Les entreprises présentes en Suisse ou qui souhaitent s'y établir ont besoin d'un cadre économique clair pour commercer avec les pays voisins, qui absorbent une grande part des exportations ; ce cadre représente une sécurité juridique dont elles ne peuvent se passer. Si le flou perdure dans les relations, l'économie suisse n'en sortira pas indemne. Les statistiques annuelles de la CDEP sur l'établissement des entreprises (2014 : -11 % ; 2013 : -5 % ; 2012 : -20 % ; 2011 : -3 %) et les emplois dans les cantons (2014 : -18 % ; 2013 : -11 % ; 2012 : -46 % ; 2011 : -18 %) montrent une forte érosion de l'attractivité de la Suisse, ce qui devrait nous alarmer.

38 La Constitution fédérale garantit des droits fondamentaux et des mandats de service universel et formule des objectifs sociaux. Sans personnel suffisant, ils risquent d'être compromis, particulièrement dans les secteurs de la formation, de la santé et dans les services sociaux. Le personnel qualifié venu de l'étranger représente une telle part des effectifs (30 à 40 % dans le secteur de la santé) que bien des services ne pourraient plus être assurés sans lui. Connue depuis longtemps, cette situation a donné lieu à diverses initiatives visant à mobiliser la main d'œuvre nationale. Malgré une légère amélioration, force est de constater que certains besoins fondamentaux seraient sérieusement menacés en cas de frein à l'immigration. Les universités et les hautes écoles estiment que leur réputation serait touchée de plein fouet par des conditions d'admission encore plus

sévères, avec toutes les conséquences que cela aurait pour la recherche et la compétitivité. Il convient de les identifier clairement et de les évaluer.

4. Appréciation critique du projet de loi mis en consultation relatif à la modification de la loi sur les étrangers (intégration)

4.1. Remarques de principe

39 Le projet mis en consultation sous forme de message additionnel contient des compléments au projet de loi du Conseil fédéral relatif à la modification de la LEtr du 8 mars 2013 (intégration ;13.030). Débattu au Conseil des États fin 2013, le projet a été renvoyé au Conseil fédéral par le Parlement au printemps 2014, qui lui a demandé d'effectuer les adaptations requises par l'art. 121a Cst. Le Conseil fédéral doit présenter des propositions destinées à faciliter l'activité lucrative des personnes admises à titre provisoire et des réfugiés reconnus. Enfin, le Parlement a chargé le Conseil fédéral d'intégrer dans son message additionnel cinq initiatives parlementaires déposées en 2008 et en 2010.

40 Depuis la révision de la loi sur l'asile et de la loi sur les étrangers en 2008, les personnes admises à titre provisoire (AP) et les réfugiés reconnus (R) ont en principe librement accès au marché du travail, pour autant qu'ils soient en possession d'une autorisation de travail délivrée par les autorités compétentes, qui doivent vérifier que la demande est conforme au droit des étrangers et aux exigences du marché du travail. Les démarches administratives, les temps d'attente et les émoluments à payer peuvent décourager les employeurs d'embaucher des AP/R. Les gouvernements cantonaux se félicitent donc de la volonté du Conseil fédéral de supprimer les entraves à un accès au marché du travail des personnes issues du domaine de l'asile et de mieux utiliser ainsi le potentiel de main d'œuvre national.

41 L'expérience a montré cependant que les obstacles administratifs ne sont pas seuls responsables des difficultés d'intégration des AP/R au marché du travail. D'autres facteurs, individuels, doivent être pris en compte : connaissances linguistiques et compétences de base insuffisantes, manque de qualifications professionnelles ou non-reconnaissance par la Suisse des compétences acquises dans le pays d'origine, ignorance des réalités du marché du travail domestique et absence de contacts professionnels, problèmes de santé, problèmes sociaux. Il faut donc encadrer efficacement les personnes admises à titre provisoire et les réfugiés reconnus dans leur quête d'un emploi. La Confédération verse pour chaque AP/R un forfait unique de 6'000 CHF ; ce montant s'est révélé insuffisant, si bien que les gouvernements cantonaux souhaitent qu'il soit augmenté substantiellement.

42 Intégrer sur le marché du travail les jeunes arrivés tardivement dans le pays constitue un enjeu majeur : les offres des structures ordinaires (formation professionnelle, p. ex.) et les offres préparatoires ne sont pas encore suffisamment adaptées à ces groupes cibles et à leurs besoins. Leur niveau demeure trop élevé pour ces personnes en situation défavorable. Un appui supplémentaire serait nécessaire, aussi pour les adultes, mais les ressources font défaut.

43 Des connaissances linguistiques insuffisantes peuvent être à l'origine de problèmes d'intégration, en particulier chez les enfants et chez les jeunes. C'est la raison pour laquelle les gouvernements cantonaux estiment qu'il ne pourra être renoncé à l'exigence de se faire comprendre dans la langue parlée au lieu de domicile que si les jeunes sont scolarisés ou font un apprentissage en arrivant en Suisse. Il est donc suggéré de limiter l'exemption de maîtriser la langue, formulée à l'art. 43 al. 1 bis du projet LEtr, aux enfants de moins de 18 ans qui fréquentent les structures ordinaires (école, apprentissage).

4.2. Activité lucrative facilitée pour les personnes relevant du domaine de l'asile

44 On sait que les frais et les émoluments peuvent décourager les employeurs de faire une demande. En effet, ils sont prêts à embaucher des AP/R et ne comprennent donc pas pourquoi ils devraient payer pour pouvoir le faire. La taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative pourrait être perçue par les employés, dans le pire des cas, comme une incitation négative. Par conséquent, les gouvernements cantonaux se félicitent des propositions de modifications du Conseil fédéral. Il serait en outre impératif d'envisager pour ce groupe de personnes des dispositions spécifiques pour les stages à durée limitée sur le marché du travail primaire ; une telle possibilité est ainsi prévue dans le cadre des mesures du marché du travail (MMT) pour les personnes assurées au titre de l'AC. L'accès limité aux stages pour les AP/R en recherche d'emploi et sans droit à l'AC constitue un obstacle inutile sur le chemin déjà parsemé d'embûches du marché du travail primaire. Il conviendrait aussi d'envisager la création de salaires d'embauche et de définir les conditions de dérogation aux salaires minimaux, ce qui permettrait d'augmenter les chances d'accéder au marché du travail primaire.

Suppression de la taxe spéciale

Concerne les modifications proposées art. 88 LEtr ; art. 85-87, 115 let. c, 116 a et 117 LAsi

45 La suppression de l'obligation de payer la taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative est préconisée, tout comme la mention explicite du droit au remboursement des cantons en vertu du droit cantonal. En cas de saisie des valeurs patrimoniales, l'extension du cercle des personnes tenues de rembourser aux personnes frappées d'une exécution de renvoi exécutoire est juste.

Suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative et remplacement par une obligation de communiquer

Concerne les modifications proposées art. 85 al. 6, 85a, 120 al. 1 let. f et g LEtr ; art. 61 LAsi

46 Pour obtenir une autorisation de travail, les AP/R doivent parfois patienter plus longtemps que d'autres catégories, les ressortissants UE/AELE par exemple ; ils sont donc désavantagés sur le marché du travail. Le problème peut s'aggraver si le poste est à repourvoir rapidement ou si la durée de l'embauche est courte (travail intérimaire, par exemple). Les AP/R sont généralement recrutés pour des emplois peu qualifiés. La procédure d'autorisation peut décourager les employeurs à recruter des AP/R.

47 Les cantons se félicitent par conséquent de la suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation et de l'introduction d'une procédure d'annonce en ligne, qui témoigne clairement de la volonté de mieux tirer parti du potentiel de main d'œuvre nationale. Enfin, limiter les démarches à la seule procédure d'annonce incitera les employeurs à recruter des AP/R. Le calcul des forfaits globaux de l'aide sociale versés aux cantons est fonction

de la saisie et de la mutation des prises d'emploi des personnes du domaine de l'asile dans le système SYMIC. La suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation fera que les services de migration ne procéderont plus à ces mutations ; il est donc impératif que la procédure d'annonce soit désormais assurée par cette base de données.

48 Les expériences réalisées par les autorités qui délivrent les autorisations montrent que les personnes admises à titre provisoire (AP) et les réfugiés reconnus (R) sont nettement plus touchés que les autres catégories par des conditions de travail précaires et par la sous-enchère salariale. Il convient donc de renforcer les mesures de protection contre la précarité des conditions de travail et des salaires, en plus de l'introduction d'une procédure d'annonce. La suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation devra s'accompagner de la possibilité de contrôler a posteriori les conditions de salaire et de travail annoncées (art. 85a, al. 4 et 5) et d'infliger une amende en cas d'infraction de l'employeur (art. 120, al. 1, let. f et g). Le projet en consultation ne précise pas le déroulement de la procédure d'annonce et les compétences pour le contrôle a posteriori des conditions de salaire et de travail. Ces points sont pourtant capitaux afin de pouvoir juger de la faisabilité de modification proposée. Ce n'est qu'une fois ces précisions apportées qu'on pourra prendre la mesure des conséquences financières et personnelles que cette procédure implique pour les services de migration et les offices du travail.

49 La nouvelle norme pénale (Art. 120 al. 1 let. f et g P-LEtr) appelle la remarque suivante : ne seront visiblement pas seulement poursuivis les infractions à l'obligation d'annonce mais aussi le non-respect d'une condition liée à cette obligation. À supposer qu'une infraction aux conditions de salaire et de travail en usage sur place et dans la branche puisse être sanctionnée pénalement, il faudrait rejeter expressément cette modification. Contrairement aux salaires relevant d'une convention collective de travail de force obligatoire, les salaires en usage sur place et dans la branche ne sauraient être assimilés à des salaires minimaux contraignants. Une infraction ne peut donc pas faire l'objet de sanctions pénales. Une telle sanction doit néanmoins être applicable lorsqu'un employeur déclare, dans le cadre d'une procédure d'annonce aux autorités, des informations contraires aux faits concernant les conditions de salaire et de travail convenues.

4.3. Mise en œuvre des cinq initiatives parlementaires

Autorisations de séjour à l'année pour les étrangers établis refusant de s'intégrer (lv. pa. 08.406)

Concerne les modifications proposées art. 34 al. 6, art. 51 al. 2 let. b, art. 63 al. 3 LEtr

50 Il convient de souligner que les étrangers sont réputés intégrés en règle générale après dix ans de séjour en Suisse et qu'une autorisation d'établissement peut alors leur être délivrée. Le projet précise à l'art. 34 al. 2 let. c que l'intégration est une condition pour obtenir une autorisation d'établissement. Au moment de prendre une décision, les autorités cantonales se fondent avant tout sur les informations figurant dans le dossier qui leur a été transmis dans le cadre de l'obligation de communication. Il est ainsi tenu compte en grande partie de l'objectif de l'initiative parlementaire (08.406).

51 Les gouvernements cantonaux se félicitent de la possibilité de remplacer une autorisation d'établissement par une autorisation de séjour. Elle permet d'envisager des mesures d'intégration aussi pour les étrangers présents depuis de longues années dans le pays. Même si la nouvelle autorisation de séjour n'est accordée qu'une fois que la volonté de s'intégrer a été établie (l'autorisation n'est pas délivrée automatiquement

après une durée de séjour précise), la pratique montre que ce sont souvent les personnes au bénéfice d'une autorisation d'établissement depuis de nombreuses années qui présentent des déficits d'intégration.

52 Il est logique que le remplacement d'une autorisation d'établissement par une autorisation de séjour ne donne plus droit au regroupement familial. Du moment qu'une autorisation d'établissement est remplacée par une autorisation de séjour à la suite d'une décision, les déficits d'intégration sont avérés. Il serait donc incohérent de maintenir les droits au regroupement familial. En principe, les étrangers au bénéfice d'une autorisation de séjour ont aussi la possibilité de faire venir les membres de leur famille, étant entendu que c'est l'autorité qui décide de son attribution.

Concrétisation légale de l'intégration (lv. pa. 08.420)

53 L'initiative parlementaire (08.420) demande que l'autorisation d'établissement ne puisse être délivrée que si l'intégration est réussie (de bonnes connaissances d'une langue nationale sont un prérequis). Elle demande aussi que le non-respect de certains critères permette de révoquer l'autorisation, comme la défense d'idées extrémistes ou fondamentalistes. À l'instar du Conseil fédéral, les gouvernements cantonaux pensent que le projet d'intégration tel qu'il a été approuvé par le Conseil des États prévoit cette éventualité et qu'il n'est pas nécessaire d'en faire davantage sur le plan légal.

Pas de regroupement familial en cas de versement de prestations complémentaires (lv. pa. 08.428)

Concerne les modifications proposées art. 43 al. 1 let. d, art. 44 al. 1 let. d, art. 45 let. d, art. 85 al. 7 let. c bis, art. 97 al. 3 let. f et g LEtr

54 Les gouvernements cantonaux approuvent l'initiative parlementaire 08.428 et le projet du Conseil fédéral qui en découle. Ils se félicitent des restrictions prévues au regroupement familial. Cela dit, l'examen des demandes de prestations complémentaires éventuelles entraîne un surcroît de charges pour les cantons. Les conséquences sur les ressources financières et en personnel des cantons doivent être mises en évidence.

Marge de manœuvre accrue pour les autorités (lv. pa. 08.450)

Concerne les modifications proposées art. 63 al. 2 LEtr

55 L'initiative parlementaire (08.450) demande de modifier la LEtr pour permettre aux autorités de révoquer à tout moment l'autorisation d'établissement d'une personne dépendant durablement et dans une large mesure de l'aide sociale, même après plus de 15 ans de vie en Suisse. Les gouvernements cantonaux appuient cette demande, à l'instar du Conseil fédéral. Par ailleurs, une révocation de l'autorisation de séjour devrait dans tous les cas être proportionnelle.

Harmonisation des dispositions liées au regroupement familial (lv. pa. 10.485)

Concerne les modifications proposées art. 43 al. 1 let. b et c et 1 bis LEtr

56 Selon le Conseil fédéral, l'harmonisation proposée par l'initiative parlementaire (10.485) relève en fin de compte de la législation et elle facilite la compréhension des dispositions relatives au regroupement familial. Les gouvernements cantonaux appuient donc cette initiative parlementaire.