



Geschäftsstelle | Migrationsdienst des Kantons Bern  
Eigerstrasse 73 | 3011 Bern  
Tel. +41 (0)31 633 42 99 | Fax +41 (0)31 633 55 86  
info@vkm-asm.ch | www.vkm-asm.ch

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral des migrations ODM  
Monsieur Kurt Rohner  
Quellenweg 6  
3003 Berne-Wabern

Berne, le 12 mai 2014

**Prise de position sur le rapport de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) relatif au séjour des étrangers dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes.**

Monsieur le Vice-directeur,  
Madame, Monsieur,

L'Association des services cantonaux de migration (ASM) et l'Association des offices suisses du travail (AOST) vous remercient de leur avoir donné la possibilité de prendre position sur le rapport de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) relatif au séjour des étrangers dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes. Nous avons donc le plaisir de rendre, au nom de nos membres, un avis sur le rapport et notamment sur les recommandations de la CdG-N. Comme chacun sait, ce sont les autorités cantonales qui sont chargées de l'application de l'ALCP.

*Principe*

Nous estimons qu'il est maladroit d'employer des formulations telles que « l'application est insuffisante ». L'ALCP implique la libre circulation pour les travailleurs et pour les membres de leur famille ; des droits sont associés à ce principe. L'exercice en Suisse d'une activité lucrative n'est soumise à aucune autorisation de séjour, pour autant qu'elle ne dépasse pas 90 jours par an. L'activité des autorités d'exécution de l'ALCP consiste donc dans les cantons, selon le système en vigueur, à simplement vérifier si les critères de séjour sont respectés au moment du dépôt de la demande pour les séjours de plus de 90 jours. Les parties qui ont déposé la demande s'attendent à ce que l'autorisation soit octroyée le plus rapidement possible et sans complications administratives, ce qui est également important pour l'économie. C'est la raison pour laquelle l'idée libérale de l'ALCP (« égalité de traitement avec les indigènes, migration de travail ») ne devrait pas être sans cesse associée à la rigueur des critères d'admission des ressortissants de pays tiers (« législation en matière d'admission, gestion de l'immigration »).

Une limitation du droit de séjour est tout à fait possible et sera mise en œuvre par les autorités d'exécution cantonales. Cela nécessite cependant que les nombreuses autorités partenaires réagissent immédiatement par une déclaration, conformément aux dispositions légales et que les autorités d'exécution aient suffisamment de ressources pour prendre des décisions rapidement. Il convient par ailleurs de noter que ce n'est pas en révoquant une autorisation de séjour ou en refusant de la prolonger que l'on pourra gérer efficacement les flux migratoires au sens de l'ALCP. En effet, il existe d'une part différentes voies de recours, ce qui peut avoir un effet suspensif sur la décision ; d'autre part, de nouvelles circonstances, comme un nouvel emploi, peuvent déboucher sur le droit à l'octroi d'une autorisation et donc annuler une procédure éventuellement en cours. Nous estimons que le rapport de la CdG-N fait trop peu mention des voies de recours, du contrôle judiciaire et du caractère contraignant des décisions de la jurisprudence des plus hautes instances juridiques.

Pour l'exécution de l'ALCP, les cantons ont des possibilités très limitées pour gérer l'immigration des citoyens en provenance de l'UE/AELE. Ainsi, les personnes qui sont venues en Suisse dans le cadre de l'ALCP pour y exercer une activité lucrative ont droit de faire valoir, de différentes manières, des prestations sociales sans que cela conduise à la perte de leur droit de séjour. Le droit de séjour ne peut être limité qu'en présence de circonstances particulières et seulement de manière très restrictive. L'immigration dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes est essentiellement une immigration de travail. La perception de prestations sociales n'a en principe pas de répercussions sur le droit de séjour. Bien au contraire, les personnes arrivées en Suisse dans le cadre de l'ALCP ont droit aux différentes prestations sociales (vieillesse, invalidité, décès, maladie, maternité, accidents, chômage, allocations familiales). Les possibilités de limiter le séjour des personnes immigrées dans le cadre de l'ALCP pour des motifs liés aux prestations sociales sont donc très limitées. Les cantons n'ont à ce titre pratiquement aucune marge de manœuvre.

Il nous semble également difficile de suivre la logique de certaines statistiques publiées par la Confédération : le rapport d'évaluation et la documentation ne permettent pas de savoir comment ces données sont collectées et quelles données sont corrélées. Si la documentation revient à plusieurs reprises sur l'absence de données des cantons, parce qu'ils n'ont pas été consultés, le rapport de la CdG ne le mentionne jamais. Le point de vue des cantons, important à nos yeux, est totalement absent du rapport. On peut donc se demander s'il y a des différences et si oui, si elles proviennent effectivement de pratiques divergentes en matière d'exécution.

Le rapport de la CdG énonce également en page 11 que les cantons n'utilisent pas les moyens à leur disposition, même lorsqu'ils ont toutes les informations utiles pour intervenir. Il est fait référence aux chapitres 5.2.3 et 5.3.3 du rapport d'évaluation. Or, les passages en question ne mentionnent nulle part que les cantons n'utiliseraient pas la marge de manœuvre à leur disposition, ce qui contredit nettement le rapport de la CdG. Le rapport d'évaluation précise qu'une analyse approfondie de l'exécution par les cantons serait nécessaire pour comprendre les raisons des disparités.

Les autorités d'exécution cantonales ne peuvent agir efficacement que si elles ont toutes les informations nécessaires. Nous mettons cependant en garde contre un risque d'activisme à tous crins, au risque d'inonder d'informations les autorités du marché du travail et les services de migration (voir les recommandations 2 et 4) alors qu'ils n'ont pas les bases juridiques nécessaires pour agir (par exemple, pour limiter ou lever une autorisation de séjour). Si d'aucuns souhaitent serrer la vis, cela doit se faire en conformité avec l'ALCP et les services de migration devront être dûment informés.

## Remarques sur les recommandations du rapport CdG du 4 avril 2014

### *Recommandation 1 Observer l'évolution des salaires et des pourcentages des personnes recevant l'aide sociale*

« Le Conseil fédéral est invité à observer de près l'évolution de la proportion des bénéficiaires de prestations sociales, du niveau moyen des salaires et des salaires les plus bas dans les secteurs les plus touchés par l'immigration. Il rendra en outre compte à la CdG-N des mesures qu'il entend prendre pour que les salaires suffisent à couvrir le coût de la vie en Suisse ».

Nous nous félicitons de cette mesure. Soulignons cependant que lorsqu'elles octroient une autorisation de séjour, les autorités d'exécution cantonales ne vérifient pas les conditions de salaires et de travail (aucun examen des dispositions de droit du travail n'est réalisé ; seule une attestation certifiant l'existence d'un contrat de travail est nécessaire). Les données salariales pourraient être relevées par échantillon dans le cadre de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement. L'observation des quotas et des salaires de même que leur évolution apportera certainement des informations intéressantes. Mais il est impossible de dire si elles pourront aider à gérer l'immigration. Les salaires minimum des CCT ne suffisent pas à faire vivre une famille nombreuse, comme c'est souvent le cas des familles de migrants. Nous constatons justement en ce qui concerne le regroupement familial que le revenu ne suffit généralement pas pour couvrir les besoins vitaux et que, par conséquent, le recours aux prestations sociales est de plus en plus important (« travailleurs pauvres »). Il s'agit d'examiner d'éventuelles solutions dans ce domaine.

Selon une jurisprudence constante de la CJUE, le montant du salaire n'est pas un critère pour définir la qualité de travailleur (23/80 CJCE). Un revenu assurant le minimum vital n'est donc pas une condition que les travailleurs doivent remplir pour obtenir le droit de séjourner en Suisse dans le cadre de l'ALCP. Dans sa décision du 23 mars 1982 dans l'affaire 139/85 (Kempf), le juge communautaire a conclu qu'un État membre ayant reconnu la qualité de travailleur à un professeur de musique travaillant 12 heures par semaine ne pouvait pas lui refuser les droits propres aux travailleurs après l'octroi de l'autorisation de séjour et ne pouvait donc pas lui refuser les aides sociales. Les revenus n'assurant pas le minimum vital ne concernent pas seulement les emplois à temps partiel, mais également les activités lucratives à temps plein (« travailleurs pauvres ») comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus.

Dans la documentation (« Materialen », partie III, p. 152 du rapport de la CPA), il est précisé que seul 0,9% des personnes entrées en Suisse dans le cadre de l'ALCP, dont les 2/3 exercent une activité lucrative, ont eu recours aux aides sociales en 2010 (recours aux aides sociales en lien avec le droit de séjour). Au vu de cette infime proportion (de l'ordre du millième), il est étonnant de voir la place que la CdG-N accorde à cette question dans le rapport.

Il n'est par conséquent pas inutile de garder à l'esprit les taux de recours aux aides sociales. Le problème des « travailleurs pauvres » n'est cependant pas spécifique à l'ALCP, il concerne également les Suisses. Il n'a donc pas besoin d'être examiné sous l'angle spécifique de l'ALCP.

### *Recommandation 2 Information concernant les prestations sociales*

« Le Conseil fédéral est invité à examiner si les autorités responsables en matière de migrations ont besoin d'avoir accès aux informations relatives à d'autres prestations sociales pour pouvoir tirer parti de tous les moyens d'action leur permettant de piloter l'immigration relevant de l'ALCP ».

Pour que les services de migration cantonaux puissent garantir l'exécution de l'ALCP et utiliser le peu de possibilités qu'ils ont pour gérer l'immigration, il leur faut les informations nécessaires sur les immigrés ; à savoir celles portant sur les conditions requises pour obtenir le droit de séjour (notamment en ce qui concerne le but du séjour) et celles portant sur le recours aux prestations sociales qui, sous certaines conditions, peuvent permettre une limitation du droit de séjour. Si les services de migration ne reçoivent pas en temps utile les informations pertinentes, ils ne sont pas en mesure d'utiliser les moyens à leur disposition pour limiter le droit de séjour. Toutes les informations sur les aides sociales, le recours aux prestations sociales et à l'indemnité de chômage doivent être transmises aux services de migration compétents, sans qu'ils en fassent la demande, pour qu'ils puissent s'acquitter de manière satisfaisante de leur mandat d'exécution. Malgré les bases légales, ces annonces spontanées ne se font pas de la même manière dans tous les cantons. Les services de migration doivent également être informés automatiquement de tout recours aux prestations complémentaires. L'ASM se félicite du fait que le Conseil fédéral ait l'intention d'introduire également dans ce domaine un échange automatique d'informations.

Ce n'est pas seulement en fournissant toutes les informations que l'on résoudra le problème ; il faudrait également les bases juridiques adéquates afin de pouvoir agir sur le droit de séjour. La marge de manœuvre dans le cadre de l'ALCP est actuellement très limitée. Est-il vraiment judicieux de communiquer, pour chaque cas, les informations aux services de migration ? Si ces informations sont chaque fois transmises aux offices de migration, leur traitement et leur collecte prendront beaucoup de temps, augmentant ainsi de manière significative les besoins en personnel. L'utilisation de toutes les possibilités nécessite aussi que les autorités cantonales aient les ressources nécessaires ou que celles-ci soient mises à leur disposition.

*Recommandation 3 Faire la lumière sur les disparités intercantionales en matière de divergences entre le but déclaré et le but effectif du séjour*

« Le Conseil fédéral est invité à déterminer avec les cantons les raisons des disparités intercantionales constatées en matière de divergences entre le but déclaré et le but effectif du séjour des personnes arrivées en Suisse sous le régime de l'ALCP et à faire part de ses conclusions à la CdG-N. Les informations ainsi obtenues sur la mise en œuvre de l'accord par les cantons devront être immédiatement exploitées pour améliorer l'échange de données ».

En ce qui concerne les énoncés du rapport, il convient de constater que les documents utilisés pour le rapport (« Materialen ») ne permettent pas de savoir quelles données ont été utilisées. Il s'agit d'un domaine complexe et on ne sait pas exactement comment les comparaisons ont été faites. De même, on ne sait pas sur quoi se fondent les évaluations : sur le code d'admission ou sur le but du séjour ? Selon l'option choisie, les résultats seront complètement différents. Nous nous interrogeons donc sur ce point. La valeur des énoncés doit donc être relativisée.

En cas de changement d'activité lucrative, ni l'employeur, ni l'employé ne doivent le signaler. Or, la situation peut évoluer en quelques jours seulement (période d'essai, le travailleur n'entre pas en service, etc.) et de telles évolutions ne sont jusqu'à présent soumises ni à une obligation de communiquer ni à une autorisation (tant qu'il n'y a pas d'inscription auprès d'un ORP ou tant qu'aucune aide sociale n'est perçue, cf. art. 82 OASA). Les personnes arrivées en Suisse sous le régime de l'ALCP et qui, au moment de leur arrivée, n'exerçaient aucune activité lucrative, ne sont pas tenues non plus de prévenir les autorités lorsqu'elles

entrent ultérieurement dans un emploi. Dans la plupart des cas, les services de migration n'ont donc pas connaissance des (nouvelles) situations et ne peuvent donc pas intervenir en conséquence. Si, lors de la première entrée, la personne arrivée en Suisse sous le régime de l'ALCP est en possession d'un contrat de travail, les services de migration sont tenus d'établir les autorisations. Ils n'ont pas la possibilité de vérifier pour chaque cas si le contrat de travail présenté va être respecté. Il est donc extrêmement difficile de prouver qu'on est en présence d'une modification du but du séjour. Une personne sans emploi, qui est considérée comme apte au placement au sens de la LACI, reste employable. Même lorsque des données en la matière sont disponibles, une personne qui a travaillé en Suisse et qui a perdu son emploi peut, selon l'ALCP, percevoir l'indemnité de chômage tant qu'elle est apte au placement.

*Recommandation 4 Créer les bases nécessaires pour garantir l'accès aux informations*

« Le Conseil fédéral est invité à examiner comment les autorités d'exécution cantonales pourraient se procurer les informations nécessaires au pilotage de l'immigration relevant de l'ALCP – notamment celles qui concernent le changement du but du séjour ou du statut professionnel, lorsqu'une personne commence ou cesse une activité économique – sans enfreindre les dispositions de l'accord sur la libre circulation des personnes ».

Nous renvoyons à nos commentaires de la « recommandation 2 ». Il convient de souligner que l'introduction d'une obligation de communiquer de la part de l'employeur conduirait à un surcroît de charges administratives (tant pour les employeurs que pour les services de migration). Étant donné que la perception de prestations sociales ne conduirait à une restriction du droit de séjour que dans un petit nombre de cas, la question se pose de savoir si des charges supplémentaires sont justifiées.

Les obligations d'information découlent de l'art. 82 OASA (obligations de communiquer), qui repose sur l'art. 97, al. 3, LEtr (assistance administrative et communication de données). Il est envisageable d'examiner la possibilité pour les employeurs de communiquer aux services de migration et/ou aux offices du travail toute cessation d'activité lucrative. Les autorités seraient alors informées de toute cessation d'activité lucrative avant que soit perçue l'indemnité de chômage. Instaurer à nouveau l'obligation de communiquer l'ensemble des éléments en lien avec le but du séjour devrait permettre, selon nous, de disposer de meilleures données. Celles-ci pourraient alors être tenues à jour dans SYMIC. Il convient en outre de souligner qu'un changement du but du séjour peut signifier que l'autorité d'exécution a dû se mettre d'accord sur ce changement de but (par ex. perte de la qualité de travailleur) dans le cadre d'une procédure administrative, susceptible de s'étaler sur plusieurs mois. Il conviendrait donc de définir si la réglementation en vigueur en matière de droit de séjour est appliquée dans SYMIC comme elle l'était jusqu'à présent ou si des informations complémentaires sur le statut et/ou sur les procédures administratives en cours relatives à un changement du but du séjour devraient être relevées à des fins de contrôle. Nous doutons de l'utilité d'une modification de la procédure ou des connaissances actuelles pour piloter l'immigration et de la réalisation des objectifs grâce à un surcroît de charges.

*Recommandation 5 Tirer parti des possibilités de pilotage*

« Le Conseil fédéral est invité, dans les limites de ses compétences, à inciter les autorités cantonales compétentes à examiner systématiquement toutes les possibilités qui existent pour piloter l'immigration en provenance des États parties à l'accord sur la libre circulation des personnes au moyen du retrait ou de la restriction de l'autorisation de séjour ».

Différents cantons tentent déjà de gérer l'immigration. Si la qualité de travailleur est reconnue et si celui-ci est considéré apte au placement même s'il se retrouve au chômage, les services de migration ne disposent d'aucune marge de manœuvre. Un retrait de l'autorisation ou une limitation de celle-ci, par exemple à la durée maximale de perception de l'indemnité de chômage, s'avère presque impossible dans la pratique, car l'ALCP laisse très peu de possibilités sur ce point et les bases légales suffisantes font défaut.

*Recommandation 6 Clarifier l'origine des différences constatées dans la mise en œuvre par les cantons*

« Le Conseil fédéral est invité à éclaircir avec les cantons les différences parfois considérables relevées entre ceux-ci dans la mise en œuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes et dans l'octroi des permis d'établissement (ces différences sont spécifiées dans les constatations du CPA reproduites dans l'annexe 1) et à en rendre compte à la CdG-N ».

Dans un État fédéral, il y a aura toujours des différences dans la mise en application. Elles découlent de la marge de manœuvre dont disposent les autorités cantonales et de la pratique des tribunaux. Selon nous, seule l'adoption par la Confédération de directives explicites posant des conditions claires permettrait d'obtenir une application uniforme.

S'il s'agit de refuser une autorisation d'établissement (permis C) pour motif de chômage ou de dépendance à l'aide sociale, une révision de l'art. 34 LETr s'impose. Il faudrait alors tenir compte du fait que des accords conclus avec différents pays précisent les conditions de maintien ou de refus de cette autorisation.

Il est extrêmement important que les directives OLCP soient adaptées afin de distinguer chômage « volontaire » et chômage « involontaire » et aide sociale.

*Recommandation 7 Mettre à disposition les instruments nécessaires*

« Le Conseil fédéral est invité à mettre à la disposition tant des autorités responsables de la mise en œuvre de l'ALCP que de l'ODM un instrument leur permettant de s'acquitter de leur mission (respectivement la mise en œuvre et la surveillance). La fonctionnalité et l'utilisation effective du SYMIC doivent être revues et adaptées si nécessaire ».

Il est essentiel que les autorités cantonales compétentes en matière d'exécution disposent en temps utile de toutes les données dont elles ont besoin (par ex. en cas de changement de canton). Les systèmes ou les solutions techniques appliqués à titre subsidiaire ne sont pas décisifs. Une refonte de SYMIC peut naturellement être examinée. Cela dit, une adaptation de SYMIC et une saisie systématique des données impliqueraient davantage de temps et pourraient avoir des conséquences financières notables. On peut se poser la question de savoir si cet investissement se justifie au vu des possibilités restreintes en matière de pilotage.

Si SYMIC ne peut pas être adapté (notamment l'accès aux données sur le chômage) pour des raisons de coût, il pourrait être envisagé de faire créer par l'ODM, en collaboration avec le SECO, un accès à PLASTA (système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail). Une autre possibilité serait d'accéder à un sous-système comme pour RIPOL ou SIS.

*Recommandation 8 Clarifier la situation juridique*

« Le Conseil fédéral veille à ce que les autorités compétentes clarifient sans attendre la notion de « chômage involontaire » au sens de l'art. 6, al. 1 et 6, de l'annexe I ALCP et, avec elle, le contexte juridique entourant la possibilité de retirer leur droit de séjour aux ressortissants d'États membres de l'UE ou de l'AELE pour cause de chômage. Il veille aussi à ce qu'elles communiquent aux cantons toute instruction nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ».

Nous soutenons cette recommandation. Mais dans d'autres cas, par exemple le nombre minimum d'heures travaillées par semaine, il importe d'éclaircir la situation afin de déterminer si la qualité de travailleur est reconnue ou non.

Le seul fait de perdre son emploi ne constitue pas une raison suffisante pour retirer l'autorisation de séjour à des personnes arrivées en Suisse en vertu de l'ALCP (art. 6, al. 6 annexe I, ALCP). D'après la documentation (« Materialen »), 3,5% seulement des personnes arrivées en Suisse sous le régime de l'ALCP étaient dans une situation de chômage qui aurait permis, dans certaines circonstances, de limiter leur droit de séjour (« Materialen », partie III, p. 155).

Selon la CJUE, dont les arrêts adoptés avant 1999 sont contraignants et ceux adoptés ultérieurement peuvent être suivis par le Tribunal fédéral (BGE 136 II 5 E. 3.4), afin de tenir compte de l'objectif ancré dans l'ALCP de création d'une base légale parallèle (art. 16, al. 1 ALCP), le critère décisif est la reconnaissance ou non de la qualité de travailleur. Selon une jurisprudence constante de la CJUE, la notion de « qualité de travailleur » doit être interprétée de manière large. Le travailleur ne perd pas automatiquement sa qualité de travailleur dès lors qu'il perd son emploi, à condition qu'il en recherche un nouveau (CJCE, aff. 85/96).

Nous sommes également d'avis qu'il convient de clarifier non seulement la notion de « chômage volontaire », mais aussi celle de « qualité de travailleur ».

#### *Recommandation 9 Étoffer les effectifs de la section compétente de l'ODM*

« Le Conseil fédéral prend sans attendre les dispositions qui s'imposent afin que l'office ou le département compétent veille à rétablir l'équilibre entre les tâches et les ressources de la section compétente de sorte que celle-ci soit en mesure d'exercer une surveillance active ».

Cette recommandation n'a aucune influence directe sur les travaux menés dans les cantons. Si une vue d'ensemble doit être assurée pour garantir une exécution uniforme, il est cependant nécessaire de disposer des ressources nécessaires.

Nous vous prions d'intégrer les requêtes de l'Association des offices suisses du travail (AOST) et de l'Association des services cantonaux de migration à la position du Conseil fédéral à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national. Nous nous tenons à votre disposition pour toute information supplémentaire.

Veillez agréer, Monsieur le Vice-directeur, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations les meilleures.

Marcel Suter, Président ASM

Bruno Suter, Président AOST