

Prise de position

Mise en œuvre de l'article 121a Cst. : gestion de l'immigration

Assemblée plénière du 15 avril 2016

1. Résumé

1 Les gouvernements cantonaux partagent le point de vue du Conseil fédéral selon lequel il convient de négocier une solution consensuelle avec l'Union européenne pour résoudre la question délicate de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. Ils appuient le Conseil fédéral dans son objectif de maintenir la voie bilatérale, seule à même d'assurer la collaboration indispensable entre la Suisse et l'UE.

2 Les gouvernements cantonaux comprennent que le Conseil fédéral, dans son message du 4 mars 2016, propose une solution pour mettre en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle. Cependant, ils rejettent la clause de sauvegarde unilatérale et quantitative que le Conseil fédéral propose d'appliquer aux ressortissants des États UE/AELE, car cette solution ne permettra pas de poursuivre la collaboration avec l'UE dans le respect des accords bilatéraux actuels et futurs. Par ailleurs, envisager de concilier un système d'admission libéral avec un système hautement réglementé soulève des questions fondamentales en termes de répercussions (économiques) et d'applicabilité (conditions d'exécution).

3 L'approche centralisée, avec des effets à large échelle, contredit la revendication centrale des cantons qui demandent que le système d'admission soit conçu selon une approche fédérale, et ne tient aucunement compte des particularités propres à chaque région. Étant donné qu'il n'est pas possible en l'état actuel d'appliquer des mesures quantitatives dans le cadre du mandat de politique extérieure, une clause de sauvegarde ascendante (*bottom-up*) pourrait constituer une solution pragmatique. Cette approche décentralisée permettrait de prendre davantage en compte les disparités entre les marchés régionaux du travail et de mieux gérer les flux migratoires.

4 Les gouvernements cantonaux réitèrent leur attachement à une approche fédérale pour la question des frontaliers, car elle tient mieux compte des besoins des cantons. Le projet du Conseil fédéral, axé sur une approche centralisée, ne répond pas complètement à cette requête. Les cantons constatent que le projet du Conseil fédéral ne prend pas suffisamment en considération le principe établi conjointement par la Confédération et la CdC en vertu duquel la réglementation applicable aux frontaliers doit être fédérale et conforme aux dispositions constitutionnelles.

5 Les gouvernements cantonaux estiment que les décisions et les recommandations de la commission de l'immigration, qu'il est prévu d'instaurer, devraient relever des autorités cantonales et fédérales en charge des

migrations et du marché du travail, souveraines en la matière. Il va sans dire que les partenaires sociaux devraient être préalablement consultés.

6 Selon les gouvernements cantonaux, la Confédération ne dispose pas de la base constitutionnelle qui l'habilitait à fixer les conditions d'octroi du droit aux prestations de l'aide sociale, en dehors des cas d'exception déjà réglés par la loi.

7 Le moment à partir duquel les ressortissants européens se voient retirer leur droit de séjour est clairement défini par l'ALCP. Par conséquent, les gouvernements cantonaux ne voient pas pourquoi la Confédération entend créer une nouvelle base légale, d'autant qu'elle recèle un potentiel de conflit inutile, puisqu'elle propose une interprétation unilatérale d'un accord déjà en vigueur. En revanche, la précision souhaitée pourrait être obtenue par voie d'ordonnance ou par une directive aux autorités cantonales en charge de l'exécution.

8 Les gouvernements cantonaux soutiennent la ratification du protocole d'extension de l'ALCP à la Croatie. Il ne s'agit pas dans le cas d'espèce d'un nouvel accord, mais de l'extension d'un accord déjà existant à un autre État membre de l'UE. Enfin, le protocole additionnel n'est pas un engagement pris de manière autonome par la Suisse, puisqu'il dépend de la solution apportée à la question de l'ALCP.

9 Les gouvernements cantonaux maintiennent leur position selon laquelle il n'y a pas lieu d'envisager de nouvelles adaptations des mesures d'accompagnement tant que l'on ne connaîtra pas les conditions du nouveau système d'admission.

2. Contexte

10 Le 4 mars 2016, le Conseil fédéral a approuvé, à l'intention du Parlement, plusieurs projets de loi en lien avec la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. Selon lui, la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. repose sur trois piliers : solution de politique extérieure négociée avec l'UE, mise en œuvre au niveau de la politique intérieure et mesures d'accompagnement destinées à atténuer les effets négatifs de l'immigration. Une solution consensuelle avec l'UE reste prioritaire ; pour la mise en œuvre en politique intérieure, le Conseil fédéral propose une clause de sauvegarde unilatérale ; il est enfin prévu d'élargir les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes et de lutter contre les abus sociaux. La mise en œuvre de ces objectifs est détaillée dans les quatre projets suivants :

- message relatif à la révision de la loi fédérale sur les étrangers LEtr (gestion de l'immigration et améliorations de l'exécution de l'ALCP) ;
- message additionnel concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers LEtr (Intégration) ;
- message sur l'extension de l'ALCP à la Croatie ; et
- modification du code des obligations (prorogation des contrats-types de travail fixant des salaires minimaux).

11 Pour la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., les cantons occupent, sur le plan institutionnel, une place centrale aux côtés de la Confédération ; c'est la raison pour laquelle ils ont élaboré et approuvé, par

l'intermédiaire de la CdC, une prise de position commune sur les projets de loi du Conseil fédéral, qu'ils entendent faire valoir dans le cadre du processus parlementaire. La présente prise de position repose sur des décisions antérieures (prise de position CdC du 19 juin 2015 sur la révision LEtr) et sur les délibérations du groupe de travail de la CDEP mandaté par la CdC et placé sous la direction du président de gouvernement Benedikt Würth (SG). Il a été tenu compte pour les travaux liminaires d'aspects techniques et d'aspects régionaux. Les autorités cantonales d'exécution Migration (ASM) et Marché du travail (AOST) ont été associées à l'élaboration du présent document.

3. Remarques générales

12 Les gouvernements cantonaux considèrent le maintien des accords bilatéraux comme l'objectif stratégique supérieur. Ils réitèrent leur position selon laquelle les négociations avec l'UE doivent permettre de trouver une solution consensuelle. Or, le projet de révision de la loi sur les étrangers envisage une solution unilatérale pour mettre en œuvre l'art. 121a Cst. Cette solution ne saurait être acceptée dans son principe que si elle ne met pas en danger la collaboration actuelle et future avec les partenaires européens de la Suisse. Force est de constater que la clause de sauvegarde unilatérale proposée par le Conseil fédéral ne remplit pas cette condition puisqu'elle est d'ordre purement quantitatif, ce qui n'est pas compatible avec l'ALCP.

13 Pour mettre en œuvre l'art. 121a Cst., les gouvernements cantonaux ont toujours privilégié une procédure parallèle comportant un mandat de politique intérieure et un mandat de politique extérieure. L'adaptation de l'ALCP doit passer par une solution concertée. Or, le projet actuel ne satisfait aucune de ces recommandations. Les mesures d'accompagnement sont un garant du respect des salaires et des conditions de travail en usage dans la branche et la localité dès lors qu'elles permettent de lutter efficacement contre les abus, mais elles ne sont en aucun cas un frein à l'immigration. Enfin, l'établissement des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes ne pourra être débattu que lorsque l'on connaîtra les détails du nouveau système d'admission. Or, cela n'est pas encore le cas, raison pour laquelle il serait prématuré de vouloir adapter les mesures d'accompagnement, d'autant que leur extension pourrait faire de l'ombre aux négociations avec l'UE.

14 La mise en œuvre technique de l'art. 121a Cst. aura des répercussions plus ou moins importantes sur l'exécution concrète qui relève, pour l'essentiel, des cantons. Par conséquent, les gouvernements cantonaux estiment qu'il est indispensable de maintenir l'exécution au moins au niveau d'efficience et d'efficacité qu'elle atteint actuellement. Aucun des partenaires institutionnels et encore moins l'économie n'ont intérêt à voir leur charge administrative décupler. Une législation future devrait respecter cet objectif.

15 Selon les gouvernements cantonaux, le système d'admission proposé par le Conseil fédéral soulève aussi des questions de fond : le projet revient à essayer de concilier un système d'immigration libéral avec un système hautement réglementé, par l'introduction d'un seuil de déclenchement. Force est de constater que cette solution amène non seulement son lot de contradictions, mais qu'elle implique aussi une incertitude juridique et économique importante, sans compter une structure d'incitation qui peut s'avérer problématique pour l'économie.

16 Outre la mise en œuvre politique et technique de l'art. 121a Cst., la mobilisation du potentiel de main-d'œuvre nationale est une mission fondamentale des partenaires institutionnels que sont la Confédération et les

cantons, auxquels il faut ajouter l'économie. C'est dans ce contexte que les cantons ont lancé, avec la Confédération, l'initiative FKI plus, destinée à mobiliser le potentiel de main-d'œuvre nationale dans son ensemble. Cet engagement conjugué permettra de mieux répondre à la demande de main-d'œuvre nationale et de favoriser l'acceptation de l'immigration de manière générale. En effet, un des enjeux principaux pour obtenir un soutien clair de la population aux accords bilatéraux se situera au niveau de l'intégration professionnelle durable et efficace des personnes résidant dans notre pays et en particulier de celles qui peinent à s'insérer sur le marché du travail. Dans ce sens, il est nécessaire de renforcer les mesures d'incitation à l'embauche des demandeurs d'emploi. En plus de ces projets, les cantons soutiennent des projets spécifiques favorisant le maintien des séniors sur le marché du travail et l'intégration des personnes admises provisoirement et des réfugiés. Sont également encouragées les mesures qui permettent de mieux concilier vie professionnelle et vie privée ; enfin, la mesure « qualification » entend soutenir les salariés dans leurs efforts de formation.

4. Message relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers LEtr (gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords de libre circulation)

17 Les gouvernements cantonaux sont opposés à la clause de sauvegarde unilatérale proposée par le Conseil fédéral. Ils appuient l'objectif du Conseil fédéral de parvenir à une solution consensuelle avec l'UE (art. 14 al. 2 ALCP). Selon la décision prise par la CdC le 11 mars 2016, une solution pourrait être une clause de sauvegarde régionale et sectorielle, définie selon une approche ascendante (*bottom-up*). Les cantons vont poursuivre leurs réflexions et rendront leur appréciation le moment venu. Selon un nouvel arrêt rendu par le Tribunal fédéral, il est peu probable qu'une telle clause de sauvegarde puisse être mise en œuvre en politique intérieure tant que l'accord sur la libre circulation sera en vigueur. Les cantons s'opposent à sa dénonciation pour des raisons politiques et économiques, mais aussi parce qu'une telle éventualité n'est pas prévue par l'art. 121a. Dans tous les cas, il est indispensable d'entamer des négociations sur l'adaptation de l'ALCP.

18 Le nouveau projet du Conseil fédéral contient une nouveauté concernant les autorisations délivrées aux frontaliers venant des États UE/AELE dont on ne peut que se féliciter. La réglementation proposée sera en principe mise en œuvre sur la base de l'ALCP. Elle tombe certes dans le champ d'application de l'art. 121a Cst., mais comme le souligne à juste titre le Conseil fédéral, elle ne peut pas être intégrée au système des quotas et des contingents et ne peut être appliquée que dans le sens d'une obligation de prendre en compte. À supposer que la clause de sauvegarde soit activée, les autorisations délivrées aux frontaliers ne seraient prises en compte qu'au moment de déterminer les quotas et les contingents.

19 Cette nouvelle réglementation ne doit pas faire oublier que la mise en œuvre proposée dans le message ne respecte pas l'exigence des cantons d'adopter une approche aussi fédérale que possible pour les règles applicables aux frontaliers. Ainsi, le Conseil fédéral peut prévoir des nombres maximaux et des contingents pour les autorisations délivrées aux frontaliers, afin d'éviter que les limites posées aux admissions ne soient contournées en cas d'activation de la clause de sauvegarde unilatérale. On relèvera aussi qu'un contingentement des autorisations délivrées aux frontaliers impliquerait des adaptations particulières à l'ALCP, car l'accord ne prescrit pas d'autorisation, mais une simple attestation. Cette réglementation pourrait impliquer une renégociation des accords bilatéraux avec l'Italie et la France, étant donné qu'ils posent certaines exigences aux

frontaliers (changement d'emploi, prolongement). L'approche est centralisatrice, et les gouvernements cantonaux la rejettent vigoureusement. Les frontaliers ne sont pas, par définition, des immigrés, puisqu'ils ne transfèrent pas leur domicile en Suisse.

20 La réglementation applicable aux frontaliers entraîne des problèmes avérés sur le marché du travail dans certains cantons. Le futur système doit permettre de rechercher une solution fondée sur une approche qualitative et fédérale (clause de sauvegarde *bottom-up*), qui s'appliquerait en particulier aux frontaliers.

21 S'agissant des aspects techniques de la clause de sauvegarde unilatérale, il convient de souligner que le système de contingentement quantitatif qui devrait être introduit une fois le seuil de déclenchement atteint sera difficilement défendable face à l'UE car incompatible avec l'ALCP. En politique intérieure aussi, ce modèle comporte de nombreux inconvénients. D'un côté, il faudra être en mesure de gérer les demandes. D'un autre côté, la solution proposée favorisera le principe « premier arrivé premier servi » jusqu'au moment où le seuil serait atteint, ce qui n'a aucun sens, économiquement parlant. En préconisant une solution fédérale, les gouvernements cantonaux souhaitent éviter dès le début les querelles de partage inhérentes à un système de distribution central. Les gouvernements cantonaux exigent des remaniements de fond à ce sujet.

22 Un délai de six mois s'écoule entre la décision de déclenchement (une fois le seuil atteint) et la mise en place du système de nombres maximaux et de contingents. On ignore quels seraient les modalités et les effets sur l'immigration pendant ce laps de temps.

23 Une fois les contingents des États tiers réduits, la sécurité dont les entreprises ont besoin pour planifier la main-d'œuvre s'amenuisera, au détriment surtout des sociétés opérant à l'international. L'attrait économique de la Suisse en pâtirait, dans un contexte économique déjà difficile.

24 La détermination du seuil sera l'instrument de pilotage central du nouveau système de gestion de l'immigration. Cette responsabilité reviendra à une commission d'immigration tripartite. Suivant les tâches confiées à la commission, d'autres cercles seront appelés à y participer (p. ex. des associations communales, des institutions scientifiques, des organisations non gouvernementales). Les gouvernements cantonaux ont exigé que cet organe de pilotage important soit à composition paritaire et purement institutionnelle. La gestion de l'immigration est une tâche éminemment souveraine, car l'exécution en incombe aux autorités institutionnelles. Selon la prise de position commune DFJP / CdC du 4 juin 2014, la Confédération et les cantons considèrent comme une tâche commune l'organisation de la politique de l'immigration et de l'intégration. Ils sont souverains dans sa mise en œuvre et dans son exécution, d'autant plus que le message précise qu'en cas de forte hausse de l'immigration dans les domaines difficiles à gérer (en particulier le regroupement familial et le domaine de l'asile), le Conseil fédéral envisagera la possibilité de limiter l'immigration de travailleurs. Ouvrir la commission à des tiers est fondamentalement erroné ; les gouvernements cantonaux y sont toujours opposés. Il va de soi que ces cercles, qui font partie du système économique, seront consultés.

25 Au centre de ces travaux tripartites, le projet de loi prévoit certes un système à deux niveaux dans lequel prédominent les institutions, mais ce système ne résout pas le dilemme entre pouvoir de décision et responsabilité d'exécution. Ainsi, lors des décisions de la commission, seules les autorités fédérales et cantonales compétentes en matière de migration et de marché du travail statuent sur les recommandations destinées au Conseil fédéral concernant le seuil de déclenchement, les nombres maximaux et les contingents, pour tenir compte de

leurs prérogatives relevant de la puissance publique. Les partenaires sociaux font valoir leurs compétences lors de la préparation de ces recommandations. Reste à savoir si cette réglementation pourra s'appliquer dans la pratique ; il faudra attendre que le Conseil fédéral les détaille dans l'ordonnance.

26 Les gouvernements cantonaux estiment comme le Conseil fédéral qu'il est judicieux d'unifier la pratique et de savoir s'il faut ou non accorder l'aide sociale à des étrangers qui entrent en Suisse pour y rechercher un emploi. Les gouvernements cantonaux rappellent à ce propos que l'ALCP ne permet pas de se prévaloir d'un droit à l'aide sociale dans de tels cas. Par ailleurs, les gouvernements cantonaux précisent qu'à leur avis la Confédération n'a pas la compétence constitutionnelle de légiférer en la matière. Il faut partir de l'idée que le problème est aujourd'hui largement résolu et que les cantons n'accordent plus ce droit.

27 Comme le Conseil fédéral le rappelle à juste titre, l'ALCP règle la question de la perte du droit de séjour en cas de perte d'emploi. On ne comprend pas dès lors pourquoi le Conseil fédéral entend clarifier ce point en légiférant. Dans le meilleur des cas, une telle loi dupliquerait les dispositions déjà inscrites dans les accords internationaux ; dans le pire des cas, la loi ne serait pas compatible avec l'ALCP et recèlerait un potentiel de conflit. Les gouvernements sont favorables à une clarification de cette question, mais s'opposent à tout acte législatif fondé sur une interprétation unilatérale. En revanche, la précision souhaitée pourrait être obtenue par voie d'ordonnance ou par une directive aux autorités cantonales en charge de l'exécution.

28 Le message est lui-même ambigu sur la formulation de l'art. 61a : à la p. 46 (et surtout à partir de la p. 49 et suiv.), le Conseil fédéral n'a manifestement rien à objecter à la jurisprudence de la CJUE (à propos de la directive sur la citoyenneté), alors même que celle-ci est incertaine en raison d'une pratique en constante évolution ; les propos développés à partir de la p. 62 montrent que la compatibilité avec l'ALCP n'est pas assurée. Il va de soi qu'il faut s'en remettre aux tribunaux qui suivront les développements (paquet Brexit compris).

29 Les gouvernements cantonaux s'engagent en faveur des droits acquis. Le contingentement doit toucher seulement les nouvelles autorisations. Il convient de protéger le statut juridique de toutes les personnes déjà titulaires d'une autorisation valable.

30 Le projet du Conseil fédéral tient compte du système d'admission dual, qui établit une distinction entre les demandes des ressortissants de l'UE et de l'AELE et celles des citoyens de pays tiers. Pour ces derniers, le contingentement est annuel. Le modèle des deux cercles est plébiscité par les cantons.

5. Conséquences économiques et financières

31 Les conséquences économiques du projet de loi dépendent de la forme définitive que prendront le système d'admission et la gestion administrative pour les cantons. Appliquer une clause de sauvegarde conçue comme un système de contingentement décalé dans le temps ne fait, quelle que soit sa forme, que multiplier les démarches administratives et compliquer les relations entre les entreprises privées et les autorités. Les conséquences sur les ressources financières et en personnel ne sont pas quantifiables pour l'heure, car les modalités techniques de mise en œuvre ne sont pas connues dans le détail. Il en va de même pour le temps passé à effectuer des vérifications préalables des conditions de salaire et de travail (exécution des mesures

d'accompagnement, y c.). La mise en œuvre technique de l'art. 121a Cst. imposerait, quelle que soit sa forme, une charge supplémentaire pour les autorités et les milieux économiques. Ces lourdeurs administratives sans contrepartie réelle nuiraient à l'économie.

32 Les incertitudes qui pèsent sur la configuration du nouveau système d'admission et sur l'évolution des relations avec l'UE portent atteinte, aujourd'hui déjà, au site de production et d'investissement de la Suisse. Le pays souffre déjà du franc fort. La disponibilité de la main-d'œuvre est elle aussi un facteur d'incertitude qui affecte notamment les entreprises internationales qui ont leur siège en Suisse. Une autre incertitude est la fiabilité des procédures techniques concernant l'échange de produits et de services régis par les accords bilatéraux avec l'UE. Seule une mise en œuvre rapide de l'art. 121a Cst. permettra de lever ces incertitudes.

33 Plusieurs études et rapports ont été consacrés à la portée économique des Bilatérales I :

- BAK Basel a publié en juin 2015 « L'importance des accords bilatéraux pour l'industrie MEM suisse » (publication Swissmem) ;
- Le SECO a publié le 23 juin 2015 son 11^e rapport de l'Observatoire sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE ;
- KOF a publié en février 2015 « La voie bilatérale - le point sur la situation économique » ;
- Le Conseil fédéral a publié en février 2015 un rapport en réponse au postulat « Un accord de libre-échange avec l'UE à la place des accords bilatéraux » ;
- BAK Basel a publié en décembre 2013 « Bedeutung der Personenfreizügigkeit aus Branchensicht ».
- Economiesuisse a publié en mars 2016 « La croissance de la Suisse est meilleure que sa réputation ».

34 Ces études mettent en lumière les effets positifs des Bilatérales I sur la croissance économique. Ces accords, qui facilitent l'accès au marché intérieur européen, sont d'une importance majeure pour le secteur d'exportation et ses fournisseurs. L'accord sur la libre circulation des personnes a permis de couvrir les besoins au moment voulu et de tenir compte de la demande. Couplées à d'autres mesures, les Bilatérales I ont largement contribué à relancer la croissance après le ralentissement des années 1990.

35 Depuis l'entrée en vigueur des Bilatérales I en 2002, le produit intérieur brut moyen par habitant est passé, en valeur nominale, de 64 000 francs à 78 500 francs en moyenne par habitant en Suisse (+ 22 %) ; en termes réels (par rapport aux prix de l'année précédente), il a progressé de 1,1 % par habitant en moyenne annuelle. L'économie suisse est solide par rapport à celle d'autres pays. Il est regrettable que nous n'ayons pas de chiffres des cantons pour la même période. Les Bilatérales I ne sont pas le seul facteur expliquant cette hausse : le KOF l'estime à 0,2 point de pourcentage par an. Ces effets peuvent sembler modestes, mais cumulés sur plusieurs années, ils contribuent grandement à la prospérité de l'économie.

36 Les principaux accords des Bilatérales I sont les suivants : libre circulation des personnes, marchés publics, entraves techniques au commerce, agriculture, recherche et transports terrestres et aériens. Ils touchent tous les secteurs de l'économie. Les accords bilatéraux et l'accord sur la libre circulation des personnes ne sont pas moins importants pour le secteur privé que pour le secteur public, en particulier pour les institutions de la santé (personnel médical) et de la formation (spécialistes en pointe dans l'enseignement et dans la recherche).