



Genève, le 14 mars 2018

Le Conseil d'Etat

1035-2018

Département fédéral de justice et police
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Concerne : consultation fédérale concernant la modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative et la révision totale de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil a bien reçu votre lettre du 1^{er} décembre 2017 par laquelle vous l'avez invité à se prononcer dans le cadre de la consultation citée en marge et il vous en remercie.

S'agissant de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), nous sommes convaincus que l'acquisition de compétences linguistiques joue un rôle essentiel dans l'intégration. La clarification quant aux prérequis à remplir pour obtenir l'une ou l'autre des différentes autorisations, de séjour ou d'établissement, nous paraît en effet importante et permet de se référer à un critère décisionnel objectif.

Cela étant, contrairement à ce qui a été prévu en matière de naturalisation, tout établissement reconnu dans le canton de Genève, et non pas seulement un établissement accrédité "fide", devrait pouvoir faire passer des tests de français et délivrer l'attestation du niveau de langue. Notre canton a en effet eu, depuis de nombreuses années, de très bonnes expériences avec les écoles locales.

Pour ce qui est des conditions d'intégration des personnes assurant un encadrement ou un enseignement, notre Conseil relève que le canton a déjà pris les devants, en collaboration avec l'Université de Genève, en élaborant une formation continue pour les imams. Cette formation intègre notamment des cours de français, de droit et d'éthique.

En matière de suivi des mesures relevant du droit des étrangers (cf. art. 77h OASA), nous avons pris note de la volonté du Conseil fédéral de s'assurer que le contenu de toutes les conventions d'intégration conclues et de toutes les recommandations émises ou conditions posées par les cantons, soit signalé au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) dans le système SYMIC. Toutefois, cette exigence, en plus d'être chronophage et d'amener une surcharge de travail pour l'office cantonal concerné, nous surprend et nous interpelle, surtout pour les dossiers ne relevant pas de la compétence de l'autorité fédérale, soit ceux qui ne sont pas concernés par l'ordonnance du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers.

Concernant les personnes admises à titre provisoire et les réfugiés, notre Conseil salue le remplacement de l'actuelle procédure payante d'autorisation en vue de l'exercice d'une activité lucrative par une procédure d'annonce. En effet, le remplacement de la procédure d'autorisation par une procédure d'annonce est une mesure visant à supprimer des obstacles administratifs et devrait ainsi favoriser l'engagement de réfugiés reconnus et de personnes admises à titre provisoire. Toutefois, il convient également de reconnaître que le contrôle a priori des salaires et conditions de travail, tel qu'il est pratiqué jusqu'à aujourd'hui permet de protéger une population vulnérable et de prévenir l'emploi précaire des personnes admises à titre provisoire et des réfugiés. La nouvelle procédure d'annonce doit dès lors être conçue de manière à limiter également au maximum ce type de risque. Dans ce sens, notre Conseil salue le fait que l'employeur soit tenu d'attester le respect des conditions usuelles de travail (art. 65 al. 2 let. d OASA). Toutefois, le dispositif actuellement prévu concernant la mise en œuvre de la procédure d'annonce est clairement lacunaire et doit impérativement être complété concernant les points suivants :

- L'objectif de la simplification de la procédure peut uniquement être atteint si une procédure efficace d'inscription et de gestion des annonces en ligne est mise en place. A ce stade, le projet d'ordonnance définit les informations qui doivent être transmises lors de l'inscription des travailleurs. Il incomberait ensuite aux autorités cantonales de saisir manuellement l'activité dans le système d'information central sur la migration (SYMIC) et de transmettre les informations aux différents acteurs concernés. Le projet ne précise par ailleurs pas par quel biais l'employeur est informé des conditions usuelles de travail et sous quelle forme il doit attester son engagement à respecter les conditions usuelles de travail. Un tel système serait probablement plus complexe que le système actuel d'autorisation et serait donc contraire aux objectifs visés par la révision. Le processus envisagé est d'autant moins compréhensible qu'un système efficient existe déjà concernant la gestion de la procédure d'annonce pour les travailleurs détachés et indépendant de l'UE-AELE. Notre Conseil considère qu'il est impératif de mettre en place un système analogue pour l'annonce des personnes admises à titre provisoire et des réfugiés.
- Etant donné que la procédure d'autorisation est remplacée par une procédure d'annonce, il ne paraît pas adéquat d'attribuer la compétence de contrôle d'emblée à l'autorité cantonale chargée des décisions préalables en matière de marché du travail. Il convient donc de permettre explicitement au canton de désigner une autorité spécifique chargée de cette compétence, notamment l'autorité en charge de l'observation du marché du travail.
- L'article 120 al. 1 let. f et g, nLEI prescrit que « quiconque, intentionnellement ou par négligence, contrevient à l'obligation d'annonce ou s'oppose au contrôle, ou le rend impossible est puni d'une amende ». Cette prescription est lacunaire car elle devrait également concerner le respect des conditions usuelles de travail. Il convient par ailleurs de préciser les sanctions applicables. Ceci est d'autant plus important que les employeurs sont tenus d'attester le respect des conditions usuelles de travail lors de l'engagement de travailleurs admis à titre provisoire et réfugiés exerçant une activité lucrative.

S'agissant de la transmission spontanée d'informations par les autorités d'état civil, de justice et de protection de l'enfant à l'autorité de migration de chaque mariage, refus de célébrer un mariage, déclaration d'invalidation, séparation et divorce impliquant des étrangers ainsi que toutes les mesures de protection de l'adulte et celles relatives aux enfants (art. 82 al. 2 et al. 2bis OASA), celle-ci outrepassse, pour le moins, la délégation prévue par l'art. 97 al. 1 et 2 de la loi sur les étrangers (future LEI), de sorte que cette disposition de l'ordonnance ne sera pas applicable.

Nous observons par ailleurs que l'article 82c OASA, qui vise à étendre l'obligation de communiquer aux mesures disciplinaires prononcées par les autorités scolaires, risque de

faire porter à l'élève la responsabilité d'un éventuel échec du projet migratoire des parents, ce qui devrait être évité.

En ce qui concerne l'ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE), notre Conseil estime que la coordination des mesures cantonales d'intégration et la collaboration des autorités et des organisations traitant des questions d'intégration (art. 5 al. 2 OIE) sont de la compétence des cantons, que ces derniers sont libres de s'organiser dans le domaine et qu'ils ne devraient pas avoir à renseigner la Confédération sur leurs activités, en dehors des conventions-programmes.

Nous sommes également d'avis que tous les étrangers nouvellement arrivés en Suisse n'ont pas besoin d'une première information (cf. art. 8 OIE), la plupart des nouveaux arrivants étant en mesure d'obtenir, par eux-mêmes, les renseignements les concernant. A ce sujet, il convient de souligner que le canton a édité de nombreux documents thématiques qu'il met à disposition des nouveaux arrivants et des étrangers habitant déjà dans le canton.

En résumé, notre Conseil s'émeut essentiellement du contrôle que le SEM pourrait avoir sur des points relevant strictement de la compétence cantonale, qu'il ne peut soutenir. De surcroît, cette supervision ne manquera pas de créer une charge de travail conséquente pour les services compétents.

Enfin, vous voudrez bien trouver, en annexe aux présentes lignes, différentes remarques relatives à des dispositions particulières des projets de modification de l'OASA et de révision totale de l'OIE.

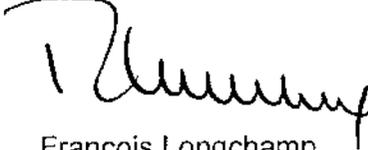
Nous vous remercions d'ores et déjà de l'attention que vous voudrez bien prêter aux observations de notre Conseil et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :


Anja Wyden Guelpa

Le président :


François Longchamp

Observations relatives aux articles des ordonnances soumises à consultation (République et canton de Genève)

OASA

Art. 25 al. 4

La notion "éventuellement" ne paraît pas adéquate. Il semblerait plus opportun d'utiliser la formulation "cas échéant".

Art. 58 al. 1

Evaluer de manière anticipée l'évolution de l'intégration paraît compliqué et risque de mettre à mal les principes d'égalité de traitement et d'impartialité. Parallèlement, certaines personnes dont les circonstances personnelles ne permettent pas d'envisager une intégration favorable (cf. art. 77f OASA) se verraient exclues, au sens de cette disposition, de la possibilité d'avoir une autorisation de séjour délivrée directement pour deux ans.

Art. 61

Dernièrement, le Tribunal fédéral (F-139/2016 du 11 avril 2017) a indiqué qu'il n'était pas possible d'octroyer immédiatement à son retour un permis C à un étranger qui avait bénéficié d'une autorisation d'établissement. Cette personne pouvait être réadmise au sens de l'art. 49 OASA, en se voyant, cas échéant, octroyer un permis B ou L. En effet, la personne devait à nouveau vivre sur le sol helvétique quelques années au titre d'une autorisation de séjour avant de pouvoir prétendre à l'octroi d'un permis C anticipé.

Il se pose dès lors la question de savoir si le Conseil fédéral a bien la volonté de permettre l'octroi automatique d'une nouvelle autorisation d'établissement en l'espèce.

Art. 61a

Il sera utile de préciser dans les directives afférentes ce qu'on entend par "le lendemain de l'entrée en force". S'agit-il du lendemain de la date de la décision ? De la date de la décision + 30 jours ? Ou, en cas de recours, de la date du jugement ?

Art. 65

Cet article doit contenir des précisions concernant de désignation de l'organe de contrôle (qui doit être de la compétence des cantons) et définir le dispositif de sanctions applicables. Il conviendra par ailleurs d'assurer que l'organe d'aide sociale soit informé systématiquement et sans délai de la prise d'emploi ou du changement d'emploi, ceci afin d'éviter le versement indu de prestations d'aide sociale.

Art. 74a al. 1

Il semblerait qu'il y ait une erreur de frappe dans cette disposition et qu'il faudrait lire "en vertu de l'art. 85 al. 7" en lieu et place de l'art. 87 al. 7.

Art.82 al. 2 et introduction d'un al. 2^{bis}

L'art. 97 al. 1 et 2 LETr, (future LEI) prévoit que *"les autorités chargées de l'exécution de la présente loi s'assistent mutuellement dans l'accomplissement de leurs tâches. Elles se communiquent les renseignements dont elles ont besoins et s'accordent, sur demande, le droit de consulter les dossiers. Les autres autorités fédérales, cantonales et communales*

sont tenues de communiquer aux autorités visées à l'al. 1, **sur demande, les données et les informations nécessaires à l'application de la présente loi**".

Or, le projet de l'art. 82 al. 2 et 2^{bis} OASA stipule que "*les autorités d'état civil, de justice et de protection de l'enfant et de l'adulte communiquent **spontanément** à l'autorité cantonale de migration chaque mariage, refus de célébrer le mariage, déclaration d'invalidation, séparation et divorce impliquant des étrangers ainsi que **toutes les mesures de protection de l'adulte**. Lorsque des mesures touchent des enfants, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte communiquent la curatelle (art. 308 CC, le retrait du droit parental de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC), le retrait **entré en force** de l'autorité parentale (art. 311 CC) et la désignation d'un tuteur (art. 327a CC). Elles ont également l'obligation de communiquer les mesures de protection de l'enfant ordonnées par les tribunaux*".

D'emblée, on observe que le terme "spontanément" outrepassa la délégation de compétence prévue par le législateur, ce dernier s'étant limité à un processus "sur demande".

De plus, la transmission "spontanée" ainsi prévue n'est aucunement compatible avec le devoir de préserver le secret de protection et d'effectuer une pesée des intérêts au cas par cas, étant au demeurant rappelé que cette obligation est issue d'une norme fédérale (CC) de rang supérieur (OASA). Pareille transmission ne sera donc pas applicable concrètement. Il conviendra donc de s'en tenir à ce que le législateur avait prévu dans l'art. 97 LETr, à savoir un processus sur demande. Ceci implique d'ailleurs aussi que l'autorité administrative soit tenue de fournir, pour chaque cas, les éléments à même de permettre au TPAE d'effectuer la pesée d'intérêts susvisée.

En outre, les cas de figure visés par cette obligation de communication sont formulés trop largement dans le projet. En particulier, la formulation couvrant "toutes les mesures de protection de l'adulte" et "toutes les curatelles" en vertu de l'art. 308 CC est trop vague, voire démesurée au vu de l'objectif visé. Pour ce qui est des mineurs, l'on voit mal l'intérêt pour les autorités de police des étrangers, a priori du moins, de savoir qu'il existe une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite (les étrangers peuvent aussi être confrontés, tout comme les citoyens suisses, à des difficultés en cas de séparation et, a fortiori, en matière de droit de visite sans que cela dénote en soi un défaut d'intégration de leur part), une curatelle pour faire valoir la créance alimentaire, pour établir la filiation paternelle de l'enfant ou prononcer le désaveu paternité, par exemple. Et du reste, cela impliquerait pour le TPAE des communications en nombre, vu la fréquence de telles décisions (y compris pour leur levée, d'ailleurs) et, par conséquent, une charge de travail supplémentaire et des surcoûts pour lui.

Il est important aussi de rappeler que l'impératif de protection est de toute évidence prioritaire. Ainsi, les autorités de protection (parmi lesquelles il faut inclure, pour le volet mineurs, les services de protection de l'enfant, et même le juge civil lorsqu'il devient juge de protection) devraient pouvoir garantir que leur intervention va se centrer avant tout sur les besoins de la personne à protéger. Mais avec le processus spontané envisagé par les autorités fédérales, il est à craindre, par exemple, que certains professionnels ou les proches en viennent à hésiter à signaler des situations nécessitant l'intervention des autorités de protection, préoccupés par les incidences possibles, sur le statut administratif des personnes concernées, d'une intervention de ces dernières. Cela pourrait compromettre, ou en tout cas retarder la prise de certaines mesures, avec le risque que la situation se dégrade encore davantage et que l'on doive ensuite envisager des mesures plus drastiques et/ou plus nombreuses (ce qui serait pour le coup aussi contraire à l'intérêt du juge de protection).

Par ailleurs, la notion de "retrait entré en force de l'autorité parentale", implique-t-elle la communication de décisions non-entrées en force pour les autres cas de figure? Ceci paraît aller très loin et à l'encontre des droits procéduraux des parties.

Enfin, il paraît important de souligner que la question de la pesée des intérêts peut être complexe à résoudre, singulièrement en ce qui concerne un mineur.

En effet, les objectifs visés par l'art. 82 al. 2 et 2^{bis} OASA sont au nombre de deux et sont rappelés dans le message y relatif : permettre "aux autorités migratoires, le cas échéant, d'intervenir si le comportement d'un étranger laisse percevoir un déroulement favorable de son intégration" et "coordonner suffisamment tôt la décision de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte avec une éventuelle décision de l'autorité migratoire".

A cet égard, il peut être compliqué de discerner, parmi les intérêts en présence, lequel est prépondérant au sens de l'art. 451 al. 1 CC, sachant que l'autorité administrative entendrait analyser, sur la base notamment des décisions du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE), si les mesures de protection prononcées révèlent un déroulement de l'intégration de la personne à protéger (ou de ses parents, s'agissant de mineurs) insuffisamment favorable, et ce sans indiquer au TPAE quelles mesures seraient envisagées sur le plan administratif pour remédier à ce défaut d'intégration ou le "sanctionner", et dans quel délai. Ces difficultés pourraient d'ailleurs aussi compliquer la tâche du TPAE s'agissant de la motivation de ses décisions (du moins pour autant que l'obligation de communiquer envisagée concerne aussi l'entier de la décision), de crainte que les dispositions prises soient interprétées de façon peut-être inadéquate par les autorités administratives. Pour ce qui est de l'appréciation de l'intérêt d'un mineur, il faut aussi rappeler que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue un principe de rang constitutionnel, et qu'il incombe dès lors à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de se livrer à une interprétation conforme audit principe.

De surcroît, dans la pratique et selon l'expérience, la nécessité de coordination invoquée par le Conseil fédéral est rare, y compris dans un canton à forte population étrangère comme Genève, et lorsqu'elle est requise, elle a lieu, par exemple, sous la forme d'une interpellation au cas par cas du TPAE par l'OCPM. En tout état de cause, pour reprendre l'exemple cité par le message sur ce point, si des enfants doivent être placés alors qu'une décision de renvoi est en cours, un tel placement peut constituer un fait nouveau, susceptible d'une éventuelle reconsidération si la décision de police des étrangers est déjà en force. Et il va de soi qu'une autorité de protection ne retire la garde que si les conditions de l'art. 310 CC sont remplies, et non pour soustraire un mineur à son renvoi. Il s'ensuit qu'il paraît disproportionné de prévoir, en se fondant sur ces quelques cas de figure appelant une coordination entre polices des étrangers et autorités de protection, une obligation de communication spontanée et quasi générale telle que prévue dans le projet d'art. 82 al. 2 et 2^{bis} OASA.

En conclusion, il semble que pareille transmission ne sera donc pas applicable concrètement, car contraire au devoir du TPAE de respecter le secret de protection et le principe de proportionnalité qui le sous-tend. Il conviendrait donc que l'OASA s'en tienne à ce que le législateur avait prévu à l'art. 97 al. 1 et 2 LETr, à savoir un processus sur demande, ce qui impliquerait aussi que l'autorité administrative soit tenue de donner de cas en cas, à l'appui de chaque demande, les éléments à même de permettre au TPAE d'effectuer la pesée d'intérêts requise par l'art. 451 al. 1 CC.

Art. 82c

Cet article doit être supprimé, car il vise à étendre l'obligation de communiquer aux mesures disciplinaires prononcées par les autorités scolaires et risque ainsi de faire porter à l'élève la responsabilité d'un éventuel échec du projet migratoire des parents.

OIE

Art. 7 al. 2

La notion de "personnes ayant des besoins d'intégration particuliers" est trop vague ou pas assez définie.

Art. 14 al. 1 let. a

Il semble que toutes les personnes énumérées aux lettres b à e sont des personnes ayant des besoins d'intégration. La mention de "personnes ayant des besoins d'intégration" à la lettre a pourrait dès lors être redondante.
