



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice
et police DFJP

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR

Département fédéral des
affaires étrangères DFAE

Rapport explicatif

Projet de modification de la loi fédérale sur les étrangers

Mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

Février 2015

Tables des matières

Rapport explicatif	1
Projet de modification de la loi fédérale sur les étrangers	1
Mise en œuvre de l’art. 121a Cst.	1
1 Contexte	6
1.1 Contenu des nouvelles dispositions constitutionnelles	6
1.2 Bases	7
1.3 Groupe d’experts sur la mise en œuvre de l’art. 121a Cst.	8
1.4 Plan de mise en œuvre du Conseil fédéral du 20 juin 2014	9
1.4.1 Principaux éléments du plan de mise en œuvre	9
1.4.2 Variantes examinées dans le plan de mise en œuvre	10
1.4.3 Ecart et compléments par rapport au plan de mise en œuvre	13
1.5 Avis de droit sur la mise en œuvre	14
1.6 Exigences du droit international	14
2 Présentation de l’avant-projet	15
2.1 Règlements applicables aux ressortissants des Etats de l’UE/AELE ou d’Etats tiers	15
2.2 Les nombres maximums et les contingents	16
2.2.1 Répartition	16
2.2.2 Compétence pour déterminer les nombres maximums et les contingents	18
2.2.3 Commission de l’immigration	19
2.2.4 Indicateurs pour déterminer les nombres maximums et les contingents	20
2.3 Préférence nationale	22
2.4 Contrôle du respect des conditions de rémunération et de travail (source de revenus suffisante)	23
2.5 Examen de la capacité d’intégration	23
2.6 Règlements du séjour	24
3 Relation avec l’ALCP	24
3.1 Teneur de l’actuel ALCP	24
3.2 Adaptation de l’ALCP	26
3.3 Conséquences d’une suppression de l’ALCP	27
4 Commentaire des dispositions	32
4.1 Loi fédérale sur les étrangers	32
4.2 Loi sur l’asile	36
5 Conséquences économiques	37
5.1 Conséquences pour les entreprises	37
5.2 Conséquences pour l’économie dans son ensemble	38
5.3 Exécution adéquate	39

6	Répercussions en matière de finances et de personnel	39
6.1	Contexte	39
6.2	Répercussions pour la Confédération	40
6.3	Répercussions pour les cantons	42
6.4	Résultats et conclusion	42
7	Légalité	42
8	Compatibilité avec les obligations internationales	43
9	Relation avec le droit de l'Union européenne	43

Observations concernant la procédure de consultation

Mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

Les art. 121a et 197, ch. 11 de la Constitution fédérale (Cst.)¹ ont été acceptés par le peuple et les cantons le 9 février 2014, lors de la votation sur l'initiative populaire fédérale «Contre l'immigration de masse»². Ces dispositions contiennent deux missions: adapter la loi fédérale sur les étrangers et renégocier l'accord sur la libre circulation des personnes³ (ALCP). Le Conseil fédéral s'est immédiatement mis à l'ouvrage.

Le 20 juin 2014, il a présenté un plan de mise en œuvre et donné les ordres nécessaires à l'élaboration de la législation d'exécution.

Parallèlement, le Conseil fédéral a approuvé, le 8 octobre 2014, le projet de mandat de négociations sur l'adaptation de l'ALCP, en exécution de la seconde mission inhérente aux nouveaux articles constitutionnels. A l'issue de la procédure de consultation, il a adopté le mandat définitif le 11 février 2015. Les négociations visent deux objectifs: premièrement, adapter l'ALCP afin que la Suisse puisse à l'avenir gérer et limiter de manière autonome l'immigration tout en tenant compte des intérêts globaux de son économie; deuxièmement, préserver la voie bilatérale. Ces objectifs doivent être conciliés.

Aux yeux du Conseil fédéral, les deux volets du mandat constitutionnel revêtent une grande importance. De surcroît, ils doivent être mis en œuvre dans le même délai conformément à la réglementation prévue dans la Constitution.

A côté de la législation d'exécution et les négociations visées sur l'ALCP, le Conseil fédéral élabore, en guise de troisième pilier, un train de mesures d'accompagnement qui doivent permettre de mieux exploiter le potentiel des travailleurs en Suisse, d'atténuer la demande de main-d'œuvre étrangère et d'améliorer l'intégration des travailleurs étrangers.

L'issue des négociations sur l'adaptation de l'ALCP aura une incidence importante sur la présente procédure de consultation, étant donné que l'admission et le séjour des ressortissants de l'UE/AELE sont largement régis par l'ALCP. Si d'autres options de gestion de l'immigration devaient être envisagées dans le cadre de ces négociations, l'avant-projet devrait éventuellement être adapté, ce qui entraînerait une procédure de consultation supplémentaire.

Une appréciation globale de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. ne sera possible qu'une fois que les résultats des négociations sur l'adaptation de l'ALCP seront connus et que les mesures d'accompagnement pourront être prises en considération.

¹ RS 101

² <http://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis413.html> (texte, délibérations au Parlement, résultats de la votation, etc.).

³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681).

Procédure de consultation séparée concernant les adaptations du projet du Conseil fédéral relatif à la modification de la LEtr du 8 mars 2013 (intégration; 13.030)

En parallèle, une procédure de consultation séparée est menée sur les modifications à apporter au projet de loi du Conseil fédéral du 8 mars 2013 (LEtr, intégration; 13.030). Il s'agit d'un projet que le Parlement a renvoyé au Conseil fédéral le 12 mars 2014 (Conseil national) et le 11 avril 2014 (Conseil des Etats) afin qu'il soit adapté en fonction de l'art. 121a Cst. qui avait été accepté entre-temps.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a été chargé d'intégrer dans le message additionnel relatif au projet de loi les demandes formulées dans cinq initiatives parlementaires auxquelles les Commissions des institutions politiques ont décidé de donner suite (iv. pa. 08.406, 08.420, 08.428, 08.450, 10.485)⁴. Ces interventions sont déjà anciennes et n'ont de ce fait pas de lien direct avec la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

Une fois les procédures de consultation achevées, le Conseil fédéral adoptera le message relatif à la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. et le message additionnel relatif au projet de modification de la LEtr (intégration; 13.030).

⁴ http://www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130030.

Mise en œuvre des art. 121a et 197, ch. 11, Cst.

1 Contexte

1.1 Contenu des nouvelles dispositions constitutionnelles

Les nouveaux art. 121a et 197, ch. 11, de la Constitution fédérale (Cst.)¹ ont été acceptés par le peuple et les cantons le 9 février 2014, lors de la votation sur l'initiative populaire fédérale «Contre l'immigration de masse».

Les art. 121a et 197, ch. 11, Cst. sont à mettre en œuvre comme suit:

Législation

- a) La Suisse doit introduire un nouveau système d'admission applicable à tous les étrangers, qui prévoira des nombres maximums et des contingents annuels et tiendra compte, en cas d'exercice d'une activité lucrative, du principe de la préférence nationale (art. 121a, al. 1, et 2, Cst.).
- b) Si les lois d'application ne sont pas entrées en vigueur le 9 février 2017 (c.-à-d. trois ans après l'acceptation de l'initiative), le Conseil fédéral devra édicter provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance (art. 121a, al. 5, et art. 197, ch. 11, Cst.).

Traités internationaux

- c) Aucun traité international contraire aux nouvelles dispositions constitutionnelles ne peut être conclu depuis l'acceptation du nouvel article constitutionnel (art. 121a, al. 4, Cst.).
- d) Les traités internationaux contraires aux nouvelles dispositions constitutionnelles doivent être renégociés et adaptés d'ici au 9 février 2017 (c.-à-d. dans les trois années qui suivent l'acceptation de l'initiative; art. 197, ch. 11, Cst.). Les accords sur la libre circulation des personnes (ALCP) conclus avec l'Union européenne (UE)⁵ et l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁶ de même que l'accord-cadre entre la Suisse et le Liechtenstein⁷ sont concernés par cette exigence.

Par contre, les nouvelles dispositions constitutionnelles ne prévoient pas le cas dans lequel les traités au sens de la let. d) ne peuvent pas être adaptés conformément aux exigences de l'art. 121a Cst. De plus, le nouveau droit constitutionnel ne l'emporte pas automatiquement sur le droit international plus ancien. Si cette situation se produit, il faudra décider de la suite en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

⁵ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681).

⁶ Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE) – Version consolidée selon l'accord de Vaduz du 21 juin 2011 (Annexe K de la Convention instituant l'AELE; RS 0.632.31).

⁷ Accord-cadre du 3 décembre 2008 entre la Confédération suisse et le Principauté de Liechtenstein sur la collaboration concernant la procédure de visa, l'entrée et le séjour ainsi que sur la coopération policière dans la zone frontalière (RS 0.360.514.2).

Le 20 juin 2014, le Conseil fédéral, après avoir adopté le plan de mise en œuvre, a chargé le DFJP d'élaborer d'ici fin 2014, en collaboration avec le DEFR et le DFAE, un avant-projet portant sur les dispositions d'exécution nécessaires.

1.2 Bases

L'avant-projet concernant la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. se fonde notamment sur le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral du 20 juin 2014⁸ (plan de mise en œuvre; ch. 1.4), les avis de droit de l'Office fédéral de la justice (OFJ) et de la Direction du droit international public (DDIP; ch. 1.5) ainsi que les délibérations et le rapport de synthèse du 13 juin 2014 (ch. 1.3) du groupe d'experts chargé de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. Par ailleurs, cette mise en œuvre doit se faire dans le respect des obligations internationales de la Suisse (art. 3, al. 2 et 3, LEtr; ch. 1.6). Demeurent réservés les trois traités qui ne sont pas compatibles avec les nouvelles dispositions constitutionnelles et qui doivent de ce fait être adaptés et renégociés (ch. 1.1. et 1.6).

Les *ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE* ne sont soumis qu'à titre subsidiaire à la LEtr et au présent avant-projet. En effet, l'ALCP prime à moins qu'il n'en dispose autrement ou que la LEtr prévoit des dispositions plus favorables (art. 2, al. 2 et 3, LEtr). Par conséquent, le plan de mise en œuvre ne pourra s'appliquer aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE qu'à condition de pouvoir adapter l'ALCP (ch. 3.2 du présent rapport et ch. 13.2. du plan de mise en œuvre).

L'avant-projet comprend également des principes et des dispositions organisationnelles qui, à condition que l'ALCP ait été adapté, s'appliqueront non seulement aux ressortissants de l'UE/AELE mais aussi aux ressortissants d'Etats tiers (par ex. les compétences et les principes concernant la détermination des nombres maximums et des contingents; l'examen du respect de la préférence nationale et des conditions de rémunération et de travail). En cas de négociations relatives à une adaptation de l'ALCP, une étroite coordination sera nécessaire avec les travaux sur l'avant-projet de loi. Les commentaires des divers articles de l'avant-projet exposent les adaptations auxquelles il faudrait procéder dans l'ALCP (ch. 4).

L'avant-projet prévoit de maintenir, indépendamment de l'ALCP, le système binaire qui accorde une admission privilégiée aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE dans certains domaines (ch. 3.1: pas d'examen de la qualification professionnelle, priorité lors du recrutement, contingents séparés; une réglementation comparable existait déjà avant l'entrée en vigueur de l'ALCP).

Les éventuelles négociations sur une adaptation de l'ALCP devront être étroitement coordonnées avec les travaux relatifs au présent avant-projet. Suivant l'issue des négociations, il faudra, le cas échéant, adapter l'avant-projet de loi et entreprendre une nouvelle procédure de consultation.

La réglementation relative aux *ressortissants d'Etats tiers* repose en principe sur la LEtr. Des adaptations sont par conséquent nécessaires là où l'art. 121a Cst. prévoit des dérogations à la LEtr (par ex., nombres maximums et contingents pour le regroupement familial, les personnes sans activité lucrative et le domaine de l'asile).

⁸ <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/fm/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/konzept-umsetz-f.pdf>.

1.3

Groupe d'experts sur la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

A la suite de l'acceptation par le souverain de l'art. 121a Cst., la cheffe du DFJP a chargé le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) de constituer un groupe d'experts pour accompagner les travaux de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. sur les plans conceptuel et matériel. Ce groupe est présidé par le secrétaire d'Etat Mario Gattiker, directeur du SEM, en collaboration avec le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et la Direction des affaires européennes (DAE)⁹.

Le groupe d'experts réunit des représentants des organisations suivantes:

Conférence des gouvernements cantonaux (CdC), Conférence des directeurs cantonaux de l'économie publique (CDEP), Association des offices suisses du travail (AOST), Association des services cantonaux de migration (ASM), Union patronale suisse (UPS), Union suisse des arts et métiers (USAM), Union suisse des paysans (USP), Travail.Suisse, Union syndicale suisse (USS), Union des villes suisses (UVS), Association des communes suisses (ACS), Commission fédérale pour les questions de migration (CFM).

Offices et services de l'administration fédérale:

SEM, DAE, SECO, OFJ, DDIP, Office fédéral des assurances sociales (OFAS), l'ambassadeur extraordinaire chargé de la collaboration internationale en matière de migrations (DFJP/DFAE).

Diverses questions de principe ainsi que les propositions de mise en œuvre faites par l'administration et les membres du groupe d'experts ont été discutées puis validées en vue de l'élaboration du plan de mise en œuvre du Conseil fédéral. Les résultats de ces travaux sont consignés dans un rapport de synthèse commun daté du 13 juin 2014¹⁰. Ces résultats et les propositions du groupe d'experts constituent une base importante du plan de mise en œuvre, qui reprend du reste certaines parties du rapport de synthèse.

Le plan de mise en œuvre en main, le groupe d'experts s'est penché, en septembre 2014, sur la première version de l'avant-projet. Il a fait plusieurs propositions de modifications, dont la plupart ont été reprises si elles étaient compatibles avec le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral. A cette occasion, plusieurs participants ont cependant rappelé les réserves qu'ils avaient émises au sujet de la voie adoptée par le Conseil fédéral; elles figurent dans le rapport de synthèse du groupe d'experts (chap. 8).

Parallèlement au groupe d'experts, un groupe de travail «Gestion de l'immigration» a été constitué pour se pencher sur les questions relatives à l'exécution des mesures en lien avec l'organisation et les processus de la mise en œuvre. Présidé par le secrétaire d'Etat Mario Gattiker, directeur du SEM, cet organisme réunit des représentants des autorités chargées de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. (CdC, AOST, ASM, DEFR, DFAE, SEM).

⁹ Voir de même le ch. 2.2. du plan de mise en œuvre.

¹⁰ <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bfm/eu/fza/personnenfreizuegigkeit/umsetz-mei/syntheseber-experten-f.pdf>.

1.4 Plan de mise en œuvre du Conseil fédéral du 20 juin 2014

1.4.1 Principaux éléments du plan de mise en œuvre

Le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral définit les lignes directrices de l'avant-projet (ch. 12 et 13.1 du plan de mise en œuvre).

Il est apparu que la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. ne saurait se limiter à des réglementations relevant du droit des étrangers. Afin d'atteindre les objectifs de la politique en matière de migration et d'intégration, de répondre aux exigences de la politique extérieure, de respecter le mandat constitutionnel de préservation de la prospérité et de maintien de la compétitivité de la place économique suisse, le plan de mise en œuvre repose sur trois piliers ¹¹:

Premier pilier: l'adaptation de la législation

La révision de la LEtr porte sur les dispositions d'exécution de l'art. 121a Cst. Les nombres maximums et les contingents tiennent compte des besoins du marché du travail et de divers autres indicateurs (places de travail vacantes, potentiel des travailleurs indigènes, etc.). L'examen au cas par cas s'effectue selon une procédure aussi simple et souple que possible tout en garantissant la préférence nationale et la protection contre la sous-enchère salariale et sociale. Une variante consiste à ne prendre en considération la préférence nationale à l'égard des ressortissants des Etats de l'UE/AELE que lors de la détermination des nombres maximums et des contingents et à se contenter d'un examen préalable sommaire du respect des conditions de salaire et de travail. Un contrôle ultérieur demeure en effet possible dans le cadre des mesures d'accompagnement. S'agissant de ressortissants d'Etats tiers, ces examens, qui sont déjà effectués aujourd'hui, seront maintenus (art. 21 et 22 LEtr).

La Confédération et les cantons mènent ensemble la politique d'admission avec le concours d'autres acteurs, notamment les partenaires sociaux. Les modifications de lois nécessaires font l'objet du présent avant-projet.

Deuxième pilier: l'adaptation de l'ALCP

L'art. 121a Cst. exige d'adapter l'ALCP, la Convention instituant l'AELE (annexe K) et l'accord-cadre entre la Suisse et le Liechtenstein, en tant que bases de la réglementation de l'admission et du séjour des ressortissants des Etats de l'UE/AELE (ch. 1.6 et 3). La solution visée doit se référer aux nouvelles dispositions constitutionnelles, au mandat de négociation, au plan de mise en œuvre de même qu'au présent avant-projet.

Troisième pilier: les mesures d'accompagnement

Pour des raisons démographiques, la Suisse continuera d'avoir besoin de spécialistes. Pour cette raison, une certaine immigration restera nécessaire pour préserver les intérêts économiques de la Suisse.

Lors de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., le développement et l'encouragement du potentiel indigène joueront eux aussi un rôle essentiel. Dans ce domaine, les mesures qui ont déjà été décidées (par ex. l'initiative du DEFR visant à combattre la pénurie de personnel qualifié) devront être poursuivies de manière systématique. Il faudra aussi s'interroger sur la nécessité de prendre des mesures complémentaires. Ces travaux devront être menés en étroite collaboration avec les cantons.

¹¹ Ch. 1.2. du plan de mise en œuvre.

La levée du taux de change plancher par la Banque nationale suisse a sensiblement renforcé le climat d'incertitude qui planait sur les entreprises actives en Suisse à la suite de décisions de politique intérieure et de l'adoption de l'art. 121a Cst. Leurs coûts de production ont crû d'une manière qu'il n'est pas encore possible d'évaluer, les entreprises exportatrices et leurs fournisseurs ainsi que le secteur touristique étant plus particulièrement touchés. L'art. 121a Cst. doit donc être mis en œuvre de façon à ne pas détériorer davantage les conditions générales en Suisse.

Aussi les mesures d'accompagnement préconisées dans le rapport du Conseil fédéral du 4 juillet 2012¹² devront-elles être maintenues et, si nécessaire, adaptées (mesures relatives à la protection du marché du travail, à la migration, à l'intégration, au logement, à l'aménagement du territoire, aux infrastructures, à la pénurie de main-d'œuvre qualifiée, etc.). Il sera nécessaire d'approfondir ce point en collaboration avec les cantons. En outre, des mesures seront nécessaires en vue d'empêcher les abus dans le domaine migratoire; une procédure de consultation a été menée à ce sujet en automne 2014 (modification de la LEtr; lutte contre les abus lors de la mise en œuvre de l'ALCP).

S'agissant des mesures d'accompagnement, la question se pose également de savoir, par exemple, si et dans quelle mesure les employeurs doivent contribuer à encourager le potentiel des travailleurs indigènes lorsqu'ils recrutent des travailleurs étrangers. Il serait par exemple envisageable d'instaurer une taxe ou d'exiger la création de places de formation. De telles mesures pourraient réduire les besoins de nouvelle main-d'œuvre étrangère et, partant, l'immigration.

L'avant-projet séparé concernant la révision de la LEtr (intégration; 13.030; cf. les observations liminaires), qui a été renvoyé au Conseil fédéral, comprend des mesures légales destinées à encourager l'intégration professionnelle des personnes relevant de la législation sur l'asile (droit des personnes admises à titre provisoire et des réfugiés reconnus à exercer une activité lucrative; suppression de la taxe spéciale pour les requérants d'asile et les personnes admises à titre provisoire qui exercent une activité lucrative). Ces personnes font également partie du potentiel indigène.

1.4.2 Variantes examinées dans le plan de mise en œuvre

Quelques lignes directrices du plan de mise en œuvre du Conseil fédéral comprennent des variantes qui ont été examinées lors de l'élaboration de l'avant-projet. Les solutions suivantes ont été retenues;

Ressortissants des Etats de l'UE/AELE: préférence nationale (ch. 12.6. du plan de mise en œuvre)

La préférence nationale n'est en principe prise en considération que lors de la détermination des nombres maximums et des contingents (art. 121a, al. 3, Cst.: préférence nationale; concernant cette notion, cf. ch. 2.3).

La variante principale de l'avant-projet prévoit en outre un examen du respect de la préférence nationale au cas par cas, des dérogations étant possibles pour les professions dans lesquelles il existe une pénurie avérée de main-d'œuvre. Désormais, cette règle devra s'appliquer aussi aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE. La

¹² <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-07-040/ber-br-f.pdf>.

priorité des travailleurs en Suisse fait déjà l'objet d'un examen au cas par cas s'agissant de ressortissants d'Etats tiers (art. 21 LEtr).

L'admission de ressortissants de l'UE/AELE exerçant une activité lucrative étant réglementée de manière exhaustive dans l'ALCP, elle ne doit être reprise ni dans la LEtr ni dans l'avant-projet. Si ce groupe de personnes devait également être soumis au critère de la préférence nationale, il serait nécessaire d'adapter l'ALCP.

La variante du plan de mise en œuvre selon laquelle la préférence nationale n'est pas examinée au cas par cas à l'égard des ressortissants de l'UE/AELE – conformément à l'art. 121a, al. 3, Cst. – mais n'est prise en considération que lors de la détermination des nombres maximums et des contingents est également mise en consultation.

Cette variante présente l'avantage de simplifier considérablement la procédure et d'alléger la tâche des autorités et des entreprises. Vu que la préférence nationale n'est pas examinée au cas par cas, cette variante donne par contre davantage de responsabilités aux autorités d'exécution lors de l'attribution des contingents. Par ailleurs, la préférence nationale ne peut être estimée qu'approximativement dans le cadre d'une détermination abstraite des nombres maximums et des contingents pour les admissions en vue d'exercer une activité lucrative. Une prise en considération de la préférence nationale également lors de l'examen du cas particulier est par conséquent plus efficace.

Quelques membres du groupe d'experts se sont prononcés en faveur de cette variante parce qu'elle simplifie les procédures d'autorisation et qu'elle ne présente aucun risque de conflit avec l'ALCP sur ce point.

S'agissant des ressortissants d'Etats tiers, l'examen de la priorité des travailleurs en Suisse continuera d'être fait au cas par cas (art. 21 LEtr).

Ressortissants des Etats de l'UE/AELE: contrôle du respect des conditions de rémunération et de travail (ch. 12.7. du plan de mise en œuvre)

La variante principale de l'avant-projet prévoit d'introduire, pour les ressortissants de l'UE/AELE, un contrôle préliminaire, au cas par cas, du respect des conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession, comme c'est déjà le cas pour les ressortissants d'Etats tiers.

Cette variante répond à l'exigence de l'art. 121a, al. 3, Cst., selon laquelle une autorisation ne peut être octroyée que si l'existence d'une source de revenus suffisante et autonome est démontrée (cf. également ch. 2.4).

L'admission de ressortissants de l'UE/AELE en vue de l'exercice d'une activité lucrative étant réglementée de manière exhaustive dans l'ALCP, elle ne doit être reprise ni dans la LEtr ni dans l'avant-projet. Si le respect des conditions de rémunération et de travail devait être contrôlé également pour ce groupe de personnes, il serait nécessaire d'adapter l'ALCP.

Ce contrôle est étroitement lié à celui du respect de la préférence nationale, qui ne peut être examinée et imposée qu'à condition de garantir un salaire usuel dans la profession, dans la branche et dans la localité. Autrement, on ne trouvera guère de travailleurs en Suisse qui soient prêts à exercer l'activité proposée contre une rémunération particulièrement basse et les employeurs ne seront par conséquent pas incités à recourir à l'offre de main-d'œuvre indigène dans la mesure où les travailleurs indigènes ne postulent à un emploi que si les conditions de rémunération et de travail usuelles sont respectées. Si la demande concerne toutefois une profession dans

laquelle il existe une pénurie avérée de main-d'œuvre et qu'il n'y a pas lieu de croire que ces conditions ne sont pas respectées, l'avant-projet permet de renoncer à un autre examen.

La variante du plan de mise en œuvre selon laquelle les ressortissants de l'UE/AELE ne doivent faire l'objet que d'un contrôle sommaire du respect des conditions de salaire et de travail est également mise en consultation. Dès lors que la préférence nationale n'est pas examinée au cas par cas, il convient de renoncer aussi à un contrôle préliminaire des conditions de salaire et de travail pour ce groupe de personnes. Lors de l'octroi d'une autorisation, on se contentera de vérifier sommairement si la situation financière représente une source de revenus suffisante. La procédure d'autorisation s'en trouverait fortement simplifiée. Dans cette variante, le contrôle du respect des conditions de salaire et de travail intervient comme jusqu'à présent lors des contrôles ultérieurs effectués dans le cadre des mesures d'accompagnement. Cependant, l'examen de l'existence d'une source de revenus suffisante et autonome, qui est prescrit par l'art. 121a, al. 3, Cst., ne serait plus effectué de manière approfondie.

S'agissant des ressortissants d'Etats tiers, le contrôle du respect des conditions de rémunération et de travail continuerait d'être fait au cas par cas lors de l'admission (art. 22 LEtr).

Ressortissants des Etats de l'UE/AELE: regroupement familial (ch. 12.10. du plan de mise en œuvre)

Le regroupement familial de membres de la famille de ressortissants de l'UE/AELE étant réglementé de manière exhaustive dans l'ALCP, il ne doit être repris ni dans la LEtr ni dans l'avant-projet. Selon le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral, les négociations visées avec l'UE ne devront pas porter sur la limitation plus restrictive du regroupement familial (limitation à la famille nucléaire; nouvelles conditions d'admission concernant les connaissances linguistiques ou la participation à des cours de langue). La réglementation du regroupement familial est étroitement liée au droit de séjour des ressortissants de l'UE/AELE, droit qui ne doit en principe pas subir de modifications, contrairement aux conditions d'admission régies par l'art. 121a Cst.

Selon l'ALCP, dans sa teneur actuelle, le regroupement familial n'est déjà admis qu'à condition que le requérant dispose d'un logement approprié (art. 3, al. 1, annexe I ALCP). Il faudra concrétiser cette disposition en précisant qu'un regroupement familial est impossible si la prise d'un tel logement entraîne une dépendance de l'aide sociale. Cette précision pourrait impliquer dans les cantons un durcissement par rapport à la situation actuelle (en fonction de la pratique de chacun d'eux).

Si le droit de l'UE en matière de regroupement familial devait être modifié, la Suisse devrait, si nécessaire, tenter de négocier une adaptation de l'ALCP ou, si possible, mettre en œuvre de manière autonome ladite modification.

Ressortissants des Etats de l'UE/AELE: réglementation du séjour après l'admission (ch. 12.13. du plan de mise en œuvre)

La durée de validité de l'autorisation de séjour n'est pas fixée dans la LEtr; en règle générale, elle est d'une année. La réglementation particulière pour les ressortissants de l'UE/AELE, qui prévoit une durée de validité de cinq ans, étant fixée de manière exhaustive dans l'ALCP, elle ne doit être reprise ni dans la LEtr ni dans l'avant-projet.

Les négociations visées concernant l'ALCP doivent également porter sur l'examen de la variante du plan de mise en œuvre selon laquelle les autorisations de séjour

délivrées aux ressortissants de l'UE/AELE peuvent être limitées à une année, comme c'est déjà le cas pour les ressortissants d'Etats tiers.

Priorité des titulaires d'une autorisation frontalière

Le groupe d'experts s'est prononcé, dans un deuxième temps, en faveur de l'octroi de la préférence nationale non seulement aux Suisses et aux titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement (art. 21, al. 2, LETr), mais aussi aux titulaires d'une autorisation frontalière, ces catégories de personnes ayant la priorité par rapport aux travailleurs étrangers qui souhaitent venir s'installer en Suisse.

L'avant-projet renonce toutefois à faire entrer les titulaires d'une autorisation frontalière dans la définition des travailleurs indigènes, car ils n'ont pas de domicile en Suisse et ne font donc pas partie du marché du travail national permanent ou du potentiel de main-d'œuvre indigène. S'agissant des personnes admises à titre provisoire, l'expérience montre qu'il est judicieux qu'elles s'intègrent rapidement et solidement dans le marché du travail vu qu'elles séjournent en règle générale longtemps en Suisse. Cependant, une autorisation devra être octroyée en priorité aux titulaires d'une autorisation frontalière qui touchent des prestations de l'AC ou d'autres assurances sociales en Suisse.

1.4.3 Ecarts et compléments par rapport au plan de mise en œuvre

Détermination des nombres maximums et des contingents

Selon le plan de mise en œuvre (ch. 12.2), le Conseil fédéral doit déterminer les nombres maximums et les contingents et procéder à leur répartition entre les cantons. Dans ses délibérations ultérieures, le groupe d'experts sur la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. (ch. 1.4) a privilégié une formule qui prévoit que les cantons peuvent répartir eux-mêmes, sur la base de critères définis en commun, les nombres maximums déterminés par le Conseil fédéral, celui-ci n'intervenant qu'à titre subsidiaire pour fixer les contingents cantonaux, lorsque les cantons ne parviennent pas à s'entendre. L'avant-projet prévoit d'accorder une telle compétence aux cantons (voir de même le ch. 2.2.2).

Composition de la commission de l'immigration

La variante principale de l'avant-projet de loi prévoit l'instauration, par le Conseil fédéral, d'une commission de l'immigration formée de représentants des autorités fédérales et cantonales des migrations et du marché du travail. Dans le cadre de ses activités, cet organisme devra notamment consulter les partenaires sociaux (cf. ch. 2.2.3). Les autorités responsables de la politique migratoire et de l'exécution doivent par conséquent également assumer la responsabilité des propositions relatives à la détermination des nombres maximums et des contingents.

Une variante prévoyant que les partenaires sociaux soient également représentés au sein de cette commission est également mise en consultation. Cette formule a notamment été soutenue par les représentants des partenaires sociaux au sein du groupe d'experts, parce qu'ils estiment que tous les milieux importants concernés doivent être appelés à siéger au sein d'une telle commission extraparlamentaire.

1.5 Avis de droit sur la mise en œuvre

L'OFJ a rédigé en date du 8 avril 2014 un avis de droit¹³ intitulé «Angenommene Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung": Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9» (*actuel ch. 11*). Commandé par le groupe d'experts instauré par le SEM (ch. 1.5), ce document décrit la marge de manœuvre qui existe du point de vue juridique lors de la mise en œuvre.

Sur la base de cet avis de droit, les offices et services fédéraux compétents ont examiné, sous la direction de la DDIP, la compatibilité des traités internationaux existants avec l'art. 121a Cst. Les résultats ont été publiés dans le rapport de la DDIP du 26 mai 2014 intitulé «Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 (*actuel ch. 11*) auf die die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz»¹⁴ (ch. 1.6).

1.6 Exigences du droit international

La mise en œuvre de l'art. 121a Cst. doit respecter les obligations internationales de la Suisse¹⁵.

Dans le rapport précité de la DDIP, les traités internationaux sont classés en trois catégories (A: conflit de normes fondamental / B: conflit de normes potentiel, qui peut être résolu dans le cadre de la mise en œuvre / C: pas de conflit de normes)¹⁶.

Il en ressort que trois traités internationaux (ALCP, Convention instituant l'AELE [annexe K], accord-cadre Suisse-Liechtenstein) portant sur la libre circulation des personnes ne sont pas compatibles avec les nouvelles dispositions constitutionnelles (catégorie A; cf. ch. 3.1)¹⁷.

Pour la plupart des traités internationaux analysés, il n'existe qu'un conflit de normes potentiel avec l'art. 121a Cst. (catégorie B). Ces traités fixent des règles et des limites contraignantes pour la mise en œuvre de la nouvelle réglementation sur l'admission selon l'art. 121a Cst., notamment en ce qui concerne la détermination des nombres maximums et des contingents, la préférence nationale et le contrôle des conditions de salaire et de travail (ch. 2.2.4). Entrent notamment dans cette catégorie de traités:

- la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH);
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II);
- la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE);
- la Convention relative au statut des réfugiés (CR);

¹³ <https://www.bfm.admin.ch/dam/data/bfm/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auslegung-bv-d.pdf>.

¹⁴ <https://www.bfm.admin.ch/dam/data/bfm/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auswirkung-voelkerrecht-d.pdf>.

¹⁵ Message concernant l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», ch. 4.4.

¹⁶ Voir ch. 1.4 avec référence.

¹⁷ Chap. III du rapport de la DDIP du 26.5.2014.

- les Conventions de La Haye sur l'adoption et sur la protection des enfants (CLaH et CLaH96);
- les accords relatifs aux frontaliers;
- divers accords sur l'échange de stagiaires;
- l'Accord général sur le commerce des services (GATS);
- divers accords de libre-échange qui régissent le commerce des services sur une base préférentielle;
- divers accords sur les marchés publics¹⁸;
- divers accords sur les privilèges et immunités conclus avec des bénéficiaires institutionnels qui ne sont pas des sujets du droit international public, pour autant qu'ils concernent des personnes dont le séjour est régi par la LEtr, et qui prévoient une dérogation aux conditions d'admission sur le marché du travail en vertu de la législation suisse sur les étrangers.

2 Présentation de l'avant-projet

2.1 Règlementation applicable aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE ou d'Etats tiers

L'admission et la réglementation du séjour des *ressortissants des Etats de l'UE/AELE* sont en grande partie régies par l'ALCP. La LEtr ne s'applique qu'à titre subsidiaire, dans la mesure où l'ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque la LEtr prévoit des dispositions plus favorables. Les adaptations de l'ALCP qui découlent des exigences visées à l'art. 121a Cst. doivent donc faire l'objet de négociations avec l'UE (cf. de même les ch. 1.2 et 3 du rapport explicatif et ch. 13.2. du plan de mise en œuvre).

Certaines dispositions de l'avant-projet seront valables indépendamment de la nationalité des personnes concernées (concernant par ex. la procédure de détermination des nombres maximums et des contingents, le contrôle des conditions de rémunération et de travail ou le contrôle de la préférence nationale). Afin que ces dispositions puissent également s'appliquer aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE, il est nécessaire d'adapter l'ALCP.

Indépendamment de l'ALCP, l'avant-projet prévoit de maintenir le système binaire qui accorde une admission privilégiée aux ressortissants de l'UE/AELE dans certains domaines (pas d'examen des qualifications professionnelles lors de l'admission; priorité lors du recrutement de main-d'œuvre par rapport aux ressortissants d'Etats tiers; éventuellement des contingents séparés). Il convient de noter qu'une réglementation similaire existait avant l'entrée en vigueur de l'ALCP¹⁹.

Par ailleurs, le séjour des ressortissants des Etats de l'UE/AELE admis en Suisse sera, comme jusqu'à présent, régi par l'ALCP (par ex., coordination des assurances sociales; reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles; principe de l'égalité de traitement avec les ressortissants suisses dans de nombreux domaines de vie; droit de demeurer; possibilités restreintes de révocation d'une autorisation). Ces domaines ne sont en principe pas concernés par l'art. 121a Cst.

¹⁸ Accord de l'OMC sur les marchés publics, accord entre la Suisse et l'UE sur les marchés publics, Convention instituant l'AELE (annexe R), divers accords de libre-échange bilatéraux.

¹⁹ Ch. 12.1. du plan de mise en œuvre.

Les dispositions de l'ALCP étant directement applicables, elles n'ont pas été reprises dans la législation suisse en 2002, lors de l'entrée en vigueur de l'accord (système moniste). Les dispositions d'exécution relatives à l'ALCP se trouvent dans l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP)²⁰.

Lors de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., la reprise intégrale de l'ALCP dans la législation suisse (au moyen de dispositions particulières dans la LEtr ou la création d'une LEtr / UE-AELE séparée) a été une nouvelle fois examinée en vue d'assurer une meilleure compréhension des réglementations. Il en est ressorti qu'il valait mieux renoncer à reprendre et interpréter les réglementations de l'ALCP au niveau de la loi. En effet, cette transposition amènerait de sérieux problèmes d'interprétation. En outre, des dispositions de coordination seraient nécessaires avec la LEtr parce que celle-ci s'applique en partie de manière subsidiaire aux ressortissants de l'UE/AELE (par ex. les bases légales de la procédure d'annonce, de la révocation d'autorisations, des interdictions d'entrée, de l'octroi d'une autorisation d'établissement).

L'admission et le séjour des *ressortissants d'Etats tiers* continuent d'être réglementés par la LEtr et doivent être adaptés aux exigences de l'art. 121a Cst. (ch. 13.1. du plan de mise en œuvre). Ces dernières correspondent toutefois dans de nombreux domaines aux réglementations existantes de la LEtr applicables aux ressortissants d'Etats tiers (par ex., nombres maximums et contingents; préférence nationale; contrôle des conditions de salaire et de travail; demande déposée par l'employeur; conditions d'intégration).

2.2 Les nombres maximums et les contingents

2.2.1 Répartition

L'octroi des autorisations relevant du droit des étrangers restera de la compétence cantonale. La réglementation flexible permet de déterminer les nombres maximums et les contingents en fonction des besoins et de l'évolution de la situation, sans devoir procéder à des adaptations de loi²¹.

Lors de cette répartition, il convient de prendre en considération la durée et le motif du séjour et de prévoir différentes catégories dans les dispositions d'exécution du Conseil fédéral. Pour ces catégories, il faudra déterminer des nombres maximums séparés, qui pourront être répartis selon les besoins dans des contingents cantonaux et des réserves fédérales. Des contingents différents pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE et ceux d'Etats tiers sont également prévus dans l'optique d'un maintien du modèle d'admission binaire. La somme des nombres maximums des différentes catégories représente le nombre maximum d'autorisations pouvant être octroyées durant l'année.

Les contingents fédéraux serviront de réserves destinées à couvrir les besoins supplémentaires non prévus, comme c'est le cas actuellement pour les Etats tiers. La taille de ces contingents de réserve dépendra de la précision avec laquelle les nombres maximums et les contingents pourront être déterminés à l'avance à l'aide d'indicateurs. Une adaptation des nombres maximums et des contingents doit

²⁰ RS 142.203

²¹ Cf. de même ch. 12.2. du plan de mise en œuvre.

notamment être prévue lorsque les obligations internationales de la Suisse l'exigent (ch. 1.6).

En l'état actuel des connaissances, il convient de déterminer des nombres maximums pour les catégories suivantes:

Autorisation de courte durée supérieure à quatre mois avec exercice d'une activité lucrative

Pour des séjours limités avec activité lucrative d'une durée de quatre mois à une année, prolongeables jusqu'à deux ans au plus. Contingents cantonaux et réserve fédérale pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE, d'une part, et pour ceux d'Etats tiers, d'autre part.

En principe, il est possible de renoncer à créer des nombres maximums et des contingents pour les autorisations de séjour de courte durée jusqu'à une année. En effet, selon la définition en vigueur, il y a immigration dans la population résidente permanente de nationalité étrangère seulement lorsque le séjour dure plus d'une année, les séjours temporaires n'étant donc pas pris en considération. Afin d'éviter que les nombres maximums et les contingents autorisés pour les autorisations de séjour ne soient contournés par le biais d'autorisations de courte durée, ces dernières seront également limitées pour des séjours supérieurs à quatre mois²². Cette réglementation correspond à celle en vigueur pour les ressortissants d'Etats tiers.

Autorisation de séjour supérieur à une année avec exercice d'une activité lucrative

Pour des séjours de plus d'une année avec activité lucrative, prolongeables. Contingents cantonaux et réserve fédérale pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE d'une part, pour ceux d'Etats tiers d'autre part.

Autorisation frontalière

Pour une activité lucrative en Suisse et au moins un retour hebdomadaire au domicile à l'étranger. Contingents cantonaux et réserve fédérale. L'effectif étant réduit, il n'est pas nécessaire de prévoir un contingent séparé pour les ressortissants d'Etats tiers qui vivent dans les régions voisines de la Suisse.

Séjour sans activité lucrative de plus d'une année

Aucune limite quantitative ne doit être introduite pour les séjours d'une année au plus sans activité lucrative²³. Des contingents cantonaux et des réserves fédérales seront par contre créés pour des séjours de longue durée, mais sans en prévoir des contingents particuliers pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE.

La plupart de ces séjours ont lieu pour des motifs de formation et de perfectionnement. En l'occurrence, un système binaire avec priorité des ressortissants de l'UE/AELE est contre-indiqué. La sélection des personnes à former doit plutôt revenir aux institutions de formation publiques et privées.

Domaine de l'asile

Aucun nombre maximum et contingent n'est prévu dans le cadre de la procédure d'asile étant donné que les séjours des personnes concernées ont un caractère temporaire et provisoire. Des nombres maximums et des contingents au sens de

²² Ch. 12.4. du plan de mise en œuvre.

²³ Ch. 12.9. du plan de mise en œuvre.

l'art. 121a, al. 2, Cst. sont par contre nécessaires pour les personnes admises à titre provisoire et les réfugiés reconnus possédant une autorisation de séjour²⁴.

Regroupement familial

Un nombre maximum fédéral unique doit être créé pour le regroupement familial, qui est une conséquence de l'immigration primaire réalisée dans un but précis (séjour avec ou sans activité lucrative; octroi de l'asile, etc.).

Ce nombre maximum sera valable pour le regroupement familial des titulaires d'une autorisation de courte durée, d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation d'établissement. S'il devait en résulter des problèmes pratiques, le Conseil fédéral pourrait procéder à des adaptations au niveau de l'ordonnance.

A cet égard, il faut noter que les séjours d'une année au plus sans activité lucrative ne doivent pas être limités sur le plan quantitatif, cette règle étant également valable pour le regroupement familial de titulaires d'une autorisation de courte d'une année au plus qui exercent une activité lucrative.

Il y a lieu de respecter le droit des ressortissants de l'UE/AELE au regroupement familial, comme prévu dans l'ALCP, et le droit à la protection de la vie familiale au sens de l'art. 14 Cst. et de l'art. 8 CEDH. De surcroît, il ne serait guère possible de recruter des travailleurs qualifiés issus d'Etats tiers, qui sont recherchés tant par l'économie suisse et que par la concurrence étrangère, sans leur donner la possibilité de faire venir leur famille en Suisse.

Les autorités cantonales n'ayant par conséquent qu'une faible marge de manœuvre, il n'est pas nécessaire, selon le point de vue actuel, de répartir le nombre maximum dans des contingents cantonaux, ni de prévoir des contingent séparés pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE et pour ceux d'Etats tiers. En cas de difficultés d'ordre pratique, il serait possible de procéder à une simple adaptation au niveau des ordonnances d'exécution.

2.2.2 Compétence pour déterminer les nombres maximums et les contingents

Le Conseil fédéral devra déterminer les nombres maximums et les contingents annuels en se basant notamment sur les principes de l'admission (art. 3 LEtr), la préférence nationale, les enquêtes cantonales ainsi que les recommandations de la commission de l'immigration (ch. 2.2.3).

Conformément à une recommandation du groupe d'experts et contrairement à ce qui est prévu au ch. 12.2. du plan de mise en œuvre, l'avant-projet prévoit que les cantons peuvent s'accorder sur la répartition des nombres maximums déterminés par le Conseil fédéral dans les contingents cantonaux (clé de répartition; cf. ch. 1.4.3). S'ils n'y parviennent pas, le Conseil fédéral doit procéder subsidiairement à cette répartition. Une approche similaire existe concernant la répartition des requérants d'asile entre les cantons (art. 27 LAsi).

L'avant-projet prévoit une formule flexible permettant au Conseil fédéral de déléguer aux cantons la répartition des nombres maximums en contingents cantonaux, de procéder lui-même à cette répartition ou d'y renoncer. Ainsi, il sera possible de tenir

²⁴ Ch. 12.12. du plan de mise en œuvre.

compte des différents motifs de séjour (séjour avec ou sans exercice d'une activité lucrative, regroupement familial, frontaliers, domaine de l'asile, etc.) ainsi que de l'évolution future et des expériences qui seront faites. La réglementation détaillée figurera dans les dispositions d'exécution du Conseil fédéral, qui pourront être aisément adaptées par la suite.

Par contre, le système actuel sera maintenu en ce qui concerne l'admission de travailleurs en provenance d'Etats tiers. Les nombres maximums sont déterminés par le Conseil fédéral et la répartition entre les cantons s'effectue conformément à la clé existante (art. 18a et annexes I et II de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA]).

2.2.3 Commission de l'immigration

La limitation de l'immigration par des nombres maximums et des contingents annuels revêt une importance primordiale lors de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. A cet égard, il faut non seulement tenir compte des intérêts économiques globaux du pays, de la préférence nationale et d'autres objectifs supérieurs, tels que le respect des obligations internationales de la Suisse, l'utilisation du potentiel des travailleurs indigènes, les intérêts économiques globaux de la Suisse, l'encouragement de l'intégration et la protection des conditions de rémunération et de travail²⁵.

Ces différentes exigences, qui peuvent aussi être en contradiction les unes avec les autres, doivent être concrétisées lors de la détermination des nombres maximums et des contingents annuels.

Pour remplir cette tâche, il est proposé, dans la variante principale, de créer une commission de l'immigration qui sera composée de représentants des autorités fédérales et cantonales des migrations et du marché du travail. Les partenaires sociaux y seront également associés. Suivant les tâches qui seront confiées à la commission, d'autres milieux encore seront appelés à y participer (par ex., syndicats de communes; monde scientifique; organisations non gouvernementales)²⁶. En particulier, les associations faitières de l'économie, qui connaissent parfaitement les rouages du marché du travail dans diverses branches, seront associées aux décisions et garantiront ainsi une appréciation adéquate de la situation régnant sur le marché du travail.

Une variante également mise en consultation prévoit que les partenaires sociaux aient également des représentants au sein de cette commission (cf. ch. 1.4.3).

La commission doit, entre autres missions, produire des expertises sur les besoins quantitatifs et qualitatifs de travailleurs étrangers. A cette fin, il est judicieux de prévoir aussi un suivi scientifique du domaine migratoire.

Les nombres maximums et les contingents devant être introduits indépendamment du motif du séjour, cette commission sera aussi appelée à faire des recommandations au sujet de la limitation quantitative du regroupement familial et des séjours sans activité lucrative. Il n'existe toutefois qu'une faible marge de manœuvre en ce qui concerne le regroupement familial.

Dans son travail, la commission se fonde sur des enquêtes portant sur les besoins des cantons, qui doivent être réalisées au moyen de critères et d'indicateurs uniformes

²⁵ Ch. 5. du plan de mise en œuvre.

²⁶ «Organe consultatif» selon ch. 12.2. du plan de mise en œuvre

(approche ascendante). En outre, elle doit tenir compte du potentiel de main-d'œuvre indigène, de l'évolution économique et démographique ainsi que de l'immigration (cf. ch. 2.2.4).

La commission évaluera les enquêtes cantonales. Si elle parvient à la conclusion que les besoins estimés sont trop élevés, les résultats seront discutés avec les cantons. Le cas échéant, le Conseil fédéral, qui est libre de suivre les recommandations de cette commission, corrigera le nombre maximum.

Compte tenu du travail nécessaire, il ne sera guère possible de vérifier en détail chaque année les indications fournies par les cantons et de redéterminer à chaque fois les contingents de chaque canton.

D'après la solution proposée, le Conseil fédéral détermine le nombre maximum annuel d'un point de vue macroéconomique (avant tout au regard de la demande antérieure, de la situation sur le marché du travail, de la conjoncture économique et de l'utilisation du potentiel indigène) et les cantons conviennent de la répartition des contingents entre eux. En cas de désaccord, la Confédération fixe la clé de répartition à l'aide des indicateurs cantonaux du marché du travail (clé de répartition fixe, approche descendante au moyen de la réserve fédérale)²⁷. Cette clé pourrait être adaptée par exemple tous les trois ans en faisant appel à d'autres critères encore.

Une autre solution consisterait à ce que l'immigration cantonale moyenne des trois années précédentes, par exemple, serve de base à la clé de répartition (contingents cantonaux) dans les trois ans qui suivent l'entrée en vigueur de la loi (c.-à-d. à compter de 2017). Les premières expériences faites durant ce laps de temps avec le nouveau système seraient évaluées et serviraient à mettre en place un système plus sophistiqué pour le calcul des nombres maximums et la répartition cantonale des contingents. Un contingent fédéral suffisamment grand pourrait garantir la flexibilité nécessaire. Cette question doit être approfondie lors de l'élaboration des dispositions d'exécution.

2.2.4 Indicateurs pour déterminer les nombres maximums et les contingents

Selon le texte constitutionnel, les nombres maximums et les contingents annuels pour *les étrangers exerçant une activité lucrative* doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et en tenant compte du principe de la préférence nationale (ch. 2.3). Pour atteindre ces deux objectifs, les nombres maximums et les contingents seront déterminés à l'aide d'indicateurs qui, d'une part, reflètent la demande de main-d'œuvre étrangère des entreprises suisses et, d'autre part, tiennent compte de leurs difficultés à trouver ces travailleurs en Suisse.

L'avant-projet de loi prévoit que l'enquête sur la demande de main-d'œuvre étrangère soit effectuée par les cantons et que les nombres maximums soient déterminés selon une approche ascendante pour toute la Suisse. La commission de l'immigration valide ensuite, à l'aide d'indicateurs, les demandes globales au niveau national. Lors de l'enquête sur la demande, les cantons tiennent d'une part compte de l'immigration des années précédentes. Ces chiffres reflètent entre autres la structure économique qui se manifeste à travers une demande différenciée de main-d'œuvre étrangère. D'autre part, cette demande de main-d'œuvre étrangère dépend dans une large mesure de la

²⁷ Voir de même ch. 1.3.3 et 2.2.2

conjoncture économique et de l'évolution de l'emploi. Aussi les prévisions concernant la croissance de l'économie et du marché de l'emploi constituent-elles également des indicateurs importants pour évaluer les besoins.

Lors de la détermination des nombres maximums et des contingents, la préférence nationale peut être prise en considération à l'aide du taux de chômage et d'indicateurs sur les difficultés à recruter de la main-d'œuvre. Un taux de chômage relativement élevé couplé à une demande de travailleurs plutôt faible ou à un recrutement aisé de personnel indique l'existence d'un potentiel de main-d'œuvre indigène. Du point de vue de la préférence nationale, une telle situation requiert des nombres maximums et des contingents plus petits. Par contre, un taux de chômage très bas couplé à une forte demande de travailleurs difficile à combler indique une pénurie de main-d'œuvre. Du point de vue de la préférence nationale, une telle situation justifie l'existence de nombres maximums et de contingents relativement élevés.

Lors de la détermination des nombres maximums et des contingents, une attention particulière doit être portée aux besoins du monde scientifique et de la recherche.

Lors de la détermination des nombres maximums et des contingents, il faut distinguer le court et le long terme. A court terme, le besoin de main-d'œuvre étrangère dépend en premier lieu de la structure économique du canton, de la situation générale sur le marché du travail (chômage important/faible) et de l'évolution conjoncturelle escomptée. A moyen et long terme, des facteurs tels que l'évolution démographique ou les fluctuations de la participation de la population indigène au marché du travail, jouent également un rôle. De tels processus peuvent être décelés au moyen d'indicateurs comme la croissance de la population en âge de travailler (s'agissant de la démographie) ou le taux d'occupation de divers groupes de population (s'agissant de l'utilisation du potentiel de main-d'œuvre qualifiée). Il s'agit en l'occurrence, typiquement, de valeurs qui ne varient guère d'une année à l'autre mais qui, considérées sur plusieurs années, permettent de dégager des tendances relativement claires. Aussi ce type d'indicateurs convient-il pour fixer des objectifs chiffrés à moyen et long terme, mais guère pour déterminer annuellement les nombres maximums et les contingents.

Les nombres maximums pour les *personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative* dépendent notamment du besoin d'autorisations aux fins de formation et de perfectionnement. Ces dernières années, on a régulièrement délivré environ 15 000 autorisations par an. Sur ce plan, les besoins varient fortement d'un canton à l'autre. Par ailleurs, les titulaires de ces autorisations quittent en règle générale la Suisse au terme de leur formation ou de leur perfectionnement (rotation). L'attribution des contingents pourrait d'abord s'appuyer sur les expériences faites ces dernières années, car elles correspondent à la répartition régionale des institutions de formation qui ont un rayonnement international. Il n'existe pas d'indicateurs précis en la matière; il convient cependant de veiller à ce que le motif d'admission ne serve pas à éluder les limitations visant les personnes souhaitant exercer une activité lucrative.

L'immigration de *retraités* étrangers est très faible (environ 900 autorisations de séjour par an).

S'agissant des *réfugiés reconnus* et des *personnes admises à titre provisoire*, les nombres maximums dépendent des expériences passées et des prévisions auxquelles le SEM doit se livrer pour planifier ses activités. A cet égard, il faut veiller à ne pas

enfreindre le droit international impératif (principe de non-refoulement) en cas de dépassement des nombres maximums²⁸. Aussi le Conseil fédéral devra-t-il notamment prendre les mesures qui s'imposent en cas de crise humanitaire aiguë.

Le nombre maximum pour le *regroupement familial* découle de la moyenne de l'immigration des dernières années à cette fin. En l'occurrence, il n'existe guère de marge de manœuvre pour la limiter (ch. 2.2.1). Ce procédé est également compatible avec l'art. 121a, al. 2, Cst., qui prévoit une limitation du regroupement familial. Notons par ailleurs que le droit en vigueur connaît déjà des restrictions et des exigences en matière de regroupement familial (art. 42 à 52 LEtr; art. 3, annexe I ALCP).

D'un point de vue statistique, il n'existe pas de corrélation entre l'admission sur le marché du travail et le regroupement familial. En effet, ces dernières années, la part du regroupement familial dans l'immigration globale a continuellement baissé alors que la part des personnes exerçant une activité lucrative a quant à elle augmenté. Par ailleurs, le regroupement concerne également les membres de la famille de citoyens suisses ou d'étrangers qui séjournent depuis très longtemps en Suisse ou qui y sont nés (deuxième ou troisième génération).

Les obligations internationales de la Suisse doivent être respectées dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., en premier lieu lors de la détermination des nombres maximums et des contingents (ch. 1.5 et 1.6). Si les nombres maximums et les contingents fixés devaient ne pas suffire, le Conseil fédéral prendrait les mesures qui s'imposent.

2.3 Préférence nationale

Voir de même le ch. 1.4.2 du présent rapport et le ch. 12.6. du plan de mise en œuvre.

Malgré le texte de l'art. 121a, al. 3, Cst., la préférence nationale doit s'appliquer non seulement aux Suisses mais aussi aux étrangers qui séjournent durablement dans notre pays²⁹. Une telle réglementation existe déjà pour l'admission des ressortissants d'Etats tiers (art. 21 LEtr).

Cette extension de la préférence nationale se fonde sur la compétence législative de la Confédération en matière migratoire (art. 121 Cst.). En pratique, une distinction stricte selon la nationalité n'est ni possible ni judicieuse.

La préférence nationale doit être prise en considération, de manière abstraite, dès la détermination des nombres maximums et des contingents, en tenant compte, lors du calcul, du «potentiel indigène» de main-d'œuvre.

Selon la variante principale (avant-projet), il faudra en outre examiner la préférence nationale au cas par cas lorsqu'il s'agira d'une profession dans laquelle existe une pénurie avérée de main-d'œuvre (ch. 12.6. du plan de mise en œuvre) ou lorsque certaines obligations internationales s'opposent à la préférence nationale. Le cas échéant, il ne sera pas nécessaire de procéder à un examen approfondi.

Une variante également mise en consultation prévoit que l'on renonce à procéder à un examen au cas par cas de la préférence nationale lorsqu'il s'agit de ressortissants des Etats de l'UE/AELE (cf. ch. 1.4.2).

²⁸ Message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse»; ch. 1.3.2; cf. de même ch. 1.6 du présent rapport.

²⁹ Art. 21, al. 3, let. c à f, AP-LEtr

2.4

Contrôle du respect des conditions de rémunération et de travail (source de revenus suffisante)

L'art. 121a, al. 3, Cst. prévoit, comme critère d'octroi d'une autorisation de séjour, que l'étranger ait une source de revenus suffisante et autonome. Le contrôle préalable du respect des conditions de rémunération et de travail comme condition d'admission répond à cette exigence (variante principale de l'avant-projet).

Par ailleurs, ce contrôle est étroitement lié à la priorité des travailleurs en Suisse (ch. 12.7. du plan de mise en œuvre). Les ressortissants d'Etats tiers y sont déjà soumis (art. 22 LEtr). La préférence nationale ne peut être examinée et imposée qu'à condition de garantir un salaire usuel dans la profession, dans la branche et dans la localité. Autrement, on ne trouvera guère de travailleurs en Suisse qui soient prêts à exercer l'activité proposée contre une rémunération particulièrement basse et les employeurs ne seront par conséquent pas incités à recourir à l'offre de main-d'œuvre indigène.

Une variante également mise en consultation prévoit de ne procéder qu'à un contrôle sommaire des conditions de rémunération et de travail s'agissant de ressortissants de l'UE/AELE (cf. ch. 1.4.2 du présent rapport et ch. 12.7. du plan de mise en œuvre). Ce procédé simplifierait sensiblement la procédure d'autorisation; le contrôle ultérieur des conditions de rémunération et de travail continuera de se faire conformément aux principes directeurs des mesures d'accompagnement de l'ALCP.

Aujourd'hui, la protection des conditions de rémunération et de travail sur le marché suisse de l'emploi est garantie au moyen des mesures d'accompagnement. Une adaptation de ces dernières devra être examinée lorsque la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. aura été arrêtée en détail (cf. également ch. 6.2). Sur le marché du travail, le résultat global escompté du futur système de contrôle ne devra pas être moins bon que l'actuel. En outre, les contrôles ne doivent pas amener une charge de travail administratif disproportionnée pour les entreprises (s'agissant du contrôle des conditions de rémunération et de salaire, voir de même le ch. 1.4.2).

2.5

Examen de la capacité d'intégration

L'art. 121a, al. 3, Cst. prévoit, comme critère d'octroi d'une autorisation de séjour, que l'étranger soit capable de s'intégrer. L'art. 22, al. 2, LEtr prévoit d'ores et déjà qu'une autorisation de séjour ne peut être octroyée à un ressortissant d'un Etat tiers que si sa qualification professionnelle, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques ainsi que son âge laissent supposer qu'il s'intégrera durablement dans son environnement professionnel et social.

Cependant, le plan de mise en œuvre et l'avant-projet ne prévoient pas d'introduire également dans la procédure d'admission des ressortissants de l'UE/AELE un contrôle systématique supplémentaire de la capacité d'intégration (art. 121a, al. 3, Cst.). Dans le cadre de la procédure de consultation sur la révision des dispositions de la LEtr relatives à l'intégration (13.030), les cantons ont clairement fait comprendre qu'un contrôle systématique des critères d'intégration en vue de l'octroi ou de la prolongation des autorisations de séjour dépasserait largement leurs capacités (par ex., épreuves de langue).

Même en cas d'examen approfondi de la capacité d'intégration avant l'entrée en Suisse, il n'est pas possible de prédire comment l'immigré va effectivement s'intégrer.

Sur la base des expériences faites à ce jour, on peut néanmoins partir du principe que les ressortissants de l'UE/AELE s'intègrent en général bien en Suisse.

2.6 Règlementation du séjour

Après l'admission en Suisse, le séjour des ressortissants des Etats de l'UE/AELE continuera d'être régi en principe par l'actuel ALCP (cf. ch. 3).

Le séjour des ressortissants d'Etats tiers est quant à lui règlementé par la LEtr; aucune modification n'est prévue à ce niveau.

3 Relation avec l'ALCP

3.1 Teneur de l'actuel ALCP

L'ALCP régit actuellement l'admission et le séjour des ressortissants de l'UE/AELE comme suit:

a) Admission avec exercice d'une activité lucrative

Une prise d'emploi pour une durée de trois mois au plus par année civile ainsi que les prestations de services de 90 jours ouvrables au plus par année civile qui sont fournies à partir de l'étranger doivent être annoncées par l'employeur.

Pour pouvoir *prendre un emploi* d'une durée supérieure à trois mois par année civile, l'intéressé doit demander une autorisation de courte durée, une autorisation de séjour ou une autorisation frontalière. A cette fin, les ressortissants de l'UE-25 et de l'AELE doivent simplement présenter un document d'identité en cours de validité (passeport ou carte d'identité) et une confirmation de l'employeur suisse.

Jusqu'à fin mai 2016, les ressortissants de l'UE-2 (Bulgarie et Roumanie) qui souhaitent prendre un emploi en Suisse restent soumis à des dispositions transitoires. Dans le cadre de la procédure d'autorisation, les autorités cantonales compétentes contrôlent le respect de la préférence nationale et des conditions de rémunération et de travail. En outre, les autorisations de courte durée et les autorisations de séjour sont contingentées.

Pour pouvoir exercer une *activité lucrative indépendante*, les ressortissants de l'UE-27 et de l'AELE doivent prouver, lors du dépôt de leur demande, qu'ils vont travailler en qualité d'indépendants en créant une entreprise ou une exploitation en Suisse et en déployant une activité économique effective garantissant durablement leur existence.

b) Admission sans exercice d'une activité lucrative

Les ressortissants des Etats de l'UE/AELE qui n'exercent pas d'activité lucrative peuvent faire valoir un droit de séjour en Suisse s'ils disposent de moyens financiers suffisants et sont assurés contre la maladie et les accidents. Les moyens financiers doivent être tels que l'intéressé ne puisse pas toucher d'aide sociale. Les exigences sont un peu plus souples pour les personnes qui suivent une formation, qui doivent simplement prouver qu'elles sont en mesure de subvenir à leurs besoins. Sont considérés comme personnes sans activité lucrative les retraités, les rentiers, les personnes qui suivent une formation ou un perfectionnement, les personnes en quête d'emploi et les bénéficiaires de services (traitement médical, etc.), par exemple.

Les demandeurs d'emploi n'ont pas besoin d'autorisation pour des séjours jusqu'à trois mois en Suisse. Si la recherche d'un emploi dure plus longtemps, l'autorité compétente leur remet une autorisation d'une durée de validité de trois mois par année civile. Si aucun emploi n'a été trouvé à l'échéance de l'autorisation, celle-ci peut être prolongée jusqu'à une année au plus pour autant qu'ils soient en mesure de prouver les efforts déployés à cet effet et qu'il existe une réelle perspective d'engagement; cependant, il n'existe pas de droit à une prolongation de l'autorisation.

c) Regroupement familial

S'agissant de ressortissants de l'UE/AELE, le cercle des membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial est plus large que pour les ressortissants d'Etats tiers (LEtr). Selon l'ALCP, peuvent faire valoir un droit au regroupement familial:

- le conjoint;
- les descendants (y c. ceux du conjoint): enfants et petits-enfants de moins de 21 ans ou à charge;
- les ascendants (y c. ceux du conjoint): parents et grands-parents à charge.

Selon l'ALCP (et la LEtr), un regroupement familial ne peut être admis que si l'intéressé dispose d'un logement approprié pour toute sa famille. Les ressortissants de l'UE/AELE doivent eux aussi disposer d'un tel logement au moment du dépôt de la demande et lors de l'entrée en Suisse des membres de la famille.

Le conjoint et les enfants ont le droit d'accéder au marché du travail indépendamment de leur nationalité. Ce droit existe même si la personne nouvellement venue en Suisse n'exerce pas d'activité lucrative.

c) Autorisation de séjour

Suivant la durée des rapports de travail, l'intéressé se voit délivrer soit une autorisation de séjour de courte durée (contrat de travail de moins d'un an) soit une autorisation de séjour (contrat de travail d'un an ou plus).

L'autorisation de séjour a une durée de validité de cinq ans; celle-ci peut être réduite à deux ans pour les séjours initiaux sans activité lucrative. La durée de validité est d'une année seulement pour les personnes qui suivent une formation (avec possibilité de prolongation).

d) Mobilité professionnelle et géographique

Les ressortissants de l'UE/AELE ont le droit de changer d'emploi et de profession; ils peuvent également passer à une activité indépendante.

Les autorisations de ce séjour de courte durée, les autorisations de séjour et les autorisations d'établissement UE/AELE sont valables dans toute la Suisse. Le titulaire peut donc changer de canton de domicile sans requérir une nouvelle autorisation.

e) Egalité de traitement avec les citoyens suisses concernant les prestations sociales et la reconnaissance des diplômes

La coordination des systèmes de sécurité sociale au niveau national et international (annexe II ALCP) vise à ce que les prétentions d'assurances ne soient pas perdues en cas de prise d'emploi dans un autre Etat membre. Les règles de coordination s'appliquent à tous les secteurs de la prévoyance sociale, mais pas à l'octroi de l'aide sociale.

Le système de reconnaissance des diplômes (annexe III ALCP) est valable pour toutes les professions réglementées qui, en vertu de dispositions législatives, réglementaires et administratives, ne peuvent être exercées que par les personnes qui disposent de la qualification professionnelle requise. Sept professions (médecins, dentistes, vétérinaires, pharmaciens, personnel soignant, sages-femmes et architectes) bénéficient, en principe, d'une reconnaissance automatique étant donné que les exigences de formation ont été harmonisées.

3.2 Adaptation de l'ALCP

L'admission et le séjour des ressortissants des Etats de l'UE/AELE sont régis dans une très large mesure par l'ALCP, la LEtr ne jouant qu'un rôle subsidiaire (cf. ch. 2.1).

Les traités internationaux contraires à l'art. 121a Cst.³⁰ doivent être renégociés et adaptés d'ici au 9 février 2017. Les accords de libre circulation des personnes conclus avec l'UE et l'accord-cadre Suisse-Liechtenstein en font partie (voir ch. 1.1 et 1.6).

Pour mettre en œuvre l'art. 121a Cst., ces traités devront permettre, entre autres, la détermination de nombres maximums et de contingents annuels pour tous les types d'autorisations, indépendamment du motif de séjour, ainsi que la préférence nationale pour les ressortissants suisses sur le marché du travail (art. 121a, al. 1 et 2, Cst.; cf. la réglementation actuelle au ch. 3.1).

Les autres conditions et critères d'admission prévus dans le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral du 20 juin 2014 impliquent elles aussi, en partie, une adaptation de ces traités (avant tout: intérêts économiques globaux de la Suisse; demande d'un employeur; évaluation de la capacité d'intégration et existence d'une source de revenus suffisante et autonome). Par contre, la réglementation du séjour après l'admission en Suisse restera en principe inchangée dans ces traités (avant tout: types d'autorisations; mobilité professionnelle et géographique; portée du regroupement familial; coordination des assurances sociales et reconnaissance des diplômes; cf. ch. 3.1).

Après la finition du plan de mise en œuvre du Conseil fédéral, la Suisse a déposé une demande de révision de l'ALCP auprès de l'UE (lettre du 4 juillet 2014 du directeur de l'ODM au chef de la délégation européenne auprès du Comité mixte sur l'ALCP). En vertu de l'art. 18 ALCP, une partie contractante est en effet autorisée à soumettre au Comité mixte une proposition de modification de cet accord.

Le 24 juillet 2014, Madame Catherine Ashton, en sa qualité de haute représentante de l'UE pour les affaires étrangères, a répondu au président de la Confédération, avec l'aval des Etats membres de l'UE, que des négociations visant à introduire des contingents et des nombres maximums de même qu'une préférence nationale iraient à l'encontre du principe de la libre circulation des personnes. Aux yeux de l'UE, la non-discrimination, le droit d'exercer une activité lucrative et d'élire domicile sur le territoire d'une autre partie contractante ainsi que la clause «stand still» constituent des éléments essentiels non négociables de l'ALCP. La Commission européenne et le Service européen pour l'action extérieure seraient toutefois prêts à discuter de problèmes pratiques en lien avec la mise en œuvre de l'accord.

³⁰ Ch. 1.4 et 1.6 et message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» du 7 décembre 2012, notamment les ch. 3.3.1, 4.2.1 et 4.4.2. <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/279.pdf>

Le Conseil fédéral a approuvé le mandat de négociation sur l'adaptation de l'ALCP à l'art. 121a Cst. Il a également fixé les objectifs à poursuivre lors des négociations, à savoir gérer et limiter l'immigration en tenant compte des intérêts économiques globaux de la Suisse, d'une part, et affermir la voie bilatérale comme fondement des relations avec l'UE, d'autre part. Ces deux objectifs doivent être mis sur un même plan.

Le Conseil fédéral estime qu'il est judicieux d'ouvrir des négociations avec l'UE, bien que les responsables européens compétents aient d'ores et déjà signalé que des négociations visant à introduire des contingents et une préférence nationale s'opposaient diamétralement aux buts de l'ALCP. Il considère qu'il est important que la question de l'adaptation de l'ALCP ne soit pas traitée isolément, mais qu'elle soit plutôt replacée dans le contexte général de la politique européenne. Pour l'UE, une solution concernant la libre circulation des personnes constitue en effet une condition *sine qua non* de la conclusion de nouveaux accords sur l'accès aux marchés et elle est par conséquent essentielle pour le développement de la voie bilatérale. Le Conseil fédéral et l'UE ont souligné à plusieurs reprises qu'ils entendaient poursuivre sur cette voie. Les négociations sur l'ALCP ont donc pour objectif de parvenir à une solution appropriée et acceptable pour les deux parties afin de garantir la continuation de la voie bilatérale.

Les commissions de politique extérieure et les commissions des institutions politiques du Conseil national et du Conseil des Etats, les partenaires sociaux et la Conférence des gouvernements cantonaux ont pu prendre position sur le projet de mandat de négociation qu'ils ont approuvé. Le Conseil fédéral a adopté le mandat définitif en même temps qu'il a ouvert la procédure de consultation sur le présent avant-projet.

Fondé sur le plan de mise en œuvre du Conseil fédéral du 20 juin 2014, le présent avant-projet ne s'accorde pas avec la réponse formelle de l'UE du 24 juillet 2014 à une demande suisse datée du 7 juillet 2014, qui demandait une adaptation de l'ALCP. En effet, selon l'UE, des négociations visant à introduire des contingents et une préférence nationale seraient diamétralement opposés aux objectifs de l'ALCP. Aussi les éventuelles négociations sur une adaptation de l'ALCP devront-elles être étroitement coordonnées avec d'autres travaux législatifs.

Si d'autres options de gestion de l'immigration devaient être envisagées dans le cadre de ces négociations, l'avant-projet devrait éventuellement être adapté, ce qui entraînerait une procédure de consultation supplémentaire.

3.3 Conséquences d'une suppression de l'ALCP

Si l'on ne parvient pas à adapter l'ALCP de manière à ce qu'il soit conforme à la Constitution, l'existence même des accords bilatéraux I est menacée. Une dénonciation de l'ALCP aurait donc de graves conséquences pour les relations de la Suisse avec l'UE. En effet, en vertu de la «clause guillotine» (art. 25, al. 4, ALCP), tous les autres accords bilatéraux I cesseraient automatiquement d'être applicables six mois après la notification de la dénonciation de l'ALCP. Entre autres, l'accord relatif aux marchés publics, l'accord sur la prévention des obstacles techniques au commerce ou l'accord sur le trafic aérien ou sur le trafic terrestre seraient donc eux aussi caducs. Un commentaire détaillé des répercussions de la dénonciation de l'ALCP sur d'autres

domaines se trouve au ch. 4.3.1 du message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» du 7 décembre 2012³¹.

L'accord d'association de la Suisse au 5^e programme-cadre de recherche faisait partie des accords sectoriels conclus en 1999 (accords bilatéraux I) et tombait ainsi sous le coup de la «clause guillotine». Cette dernière n'a certes pas été reprise dans le cadre de la participation suisse aux programmes-cadres suivants, mais elle figure de nouveau dans l'accord d'association de la Suisse au paquet Horizon 2020, accord qui a été signé le 5 décembre 2014. Selon les clauses de dénonciation, l'accord sera intégralement caduc rétroactivement à fin 2016 si les parties ne parviennent pas à trouver, d'ici à février 2017, une solution concernant la libre circulation des personnes et son extension à la Croatie.

Parallèlement à l'annulation des accords directement visés par la «clause guillotine», l'UE pourrait remettre en question une série d'autres traités qu'elle estime être liés à l'ALCP. Ce risque concerne notamment les accords d'association à Schengen (AAS) et à Dublin (AAD).

L'AAS et l'AAD ne sont pas formellement liés à l'ALCP (pas de «clause guillotine»). Par conséquent, une dénonciation de l'ALCP n'entraînerait pas automatiquement l'extinction de l'AAS et de l'AAD. En cas de dénonciation de l'ALCP, ces deux accords pourraient néanmoins être remis en question par l'UE dans la mesure où elle considère que l'existence d'un accord sur la libre circulation des personnes constitue une condition de l'association de la Suisse à l'acquis de Schengen. L'AAS et, indirectement, l'AAD complètent l'ALCP en simplifiant la circulation des personnes au sein de l'espace Schengen. Dans l'optique suisse, ces liens ne font toutefois pas obstacle à une poursuite de l'association si les deux parties y sont intéressées. Compte tenu des liens formels entre l'AAS et l'AAD, une cessation du premier entraînerait celle du second (art. 14, al. 2, AAD).

Même si l'impact d'une dénonciation de l'ALCP et de la fin concomitante des autres accords bilatéraux I de même que celui d'une éventuelle abrogation d'autres traités entre la Suisse et l'UE sont difficiles à évaluer, il faut s'attendre à de graves conséquences pour l'économie suisse.

Pour une petite économie ouverte comme celle de la Suisse, l'accès aux marchés internationaux est une nécessité vitale. Sans cela, le pays se retrouverait dans une situation économique semblable à celle de la seconde moitié des années 1990; il connaîtrait alors un taux de chômage plus élevé que la normale. Les exportations de la Suisse sont destinées à près de 60 % aux marchés de l'UE, et ses importations en proviennent à 80 %. Grâce aux accords bilatéraux, la Suisse fait partie du marché intérieur de l'UE, qui compte 500 millions de consommateurs. Forte de ses 28 Etats membres, l'UE est donc, de loin, le principal partenaire commercial de la Suisse³².

Les efforts de réforme déployés par la Suisse après le rejet de l'adhésion à l'EEE et la faible croissance économique des années 1990 ont été déterminants pour la conclusion des sept accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, le 21 juin 1999 (accords bilatéraux I). Le déclin économique qui menaçait la Suisse devait être conjuré en assurant l'accès au marché intérieur européen qui était alors en plein essor.

³¹ <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/279.pdf>

³² Message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse» du 7 décembre 2012, notamment les ch. 3.3.1, 4.2.1 et 4.4.2. <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/279.pdf>

L'accès juridiquement garanti aux principaux marchés européens semble aller de soi aujourd'hui. La forte demande extérieure profite aux entreprises suisses parce que l'ALCP a amélioré les possibilités de recrutement et que les spécialistes requis pour la production sont disponibles.

Diverses études scientifiques montrent que les accords bilatéraux I contribuent aux bons résultats de l'économie suisse. Selon des estimations, la libre circulation des personnes contribuerait à elle seule de 1,04 % (2007) à 3,2 % (2008) du produit intérieur brut (PIB). En 2008, le PIB s'élevait à quelque 527 milliards de francs; sans l'ALCP, il aurait affiché cette année-là 5,5 à 17 milliards de francs de moins. Tout porte à croire que des effets économiques similaires ont été enregistrés au cours des années suivantes. Selon d'autres études, les accords ont contribué à une croissance supplémentaire des entreprises concernées de 1 à 2 % au cours des six années qui ont suivi l'entrée en vigueur des accords. Pour les entreprises plus particulièrement concernées, cette croissance supplémentaire aurait même été de 4 à 5 %. Pour les entreprises, la fin des accords bilatéraux I ralentirait par conséquent la croissance dans le même ordre de grandeur.

Outre un meilleur accès au marché intérieur européen et le plus grand réservoir de main-d'œuvre qualifiée, les accords bilatéraux I garantissent aux entreprises et à l'économie suisses une plus grande sécurité juridique. Par ailleurs, des problèmes qui se posent en lien avec l'accès au marché peuvent en général être réglés de manière efficace grâce à la collaboration qui a été mise en place avec les institutions européennes sur la base des accords. Par exemple, les échanges réguliers qui ont lieu au sein des comités mixtes créés pour chacun des accords et la collaboration qui s'est instaurée au niveau technique offrent de bien meilleures possibilités de trouver des solutions que les institutions de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Les nombreuses études sur la portée économique des accords bilatéraux I montrent que tous ont des répercussions positives sur l'économie suisse. Outre les effets directs, les effets indirects et les interactions entre les divers accords ont potentiellement une grande importance. Les accords bilatéraux I forment ainsi un réseau qui garantit une très grande sécurité juridique dans les échanges économiques avec le principal partenaire commercial de la Suisse. Du point de vue économique, la disparition de ces bases nuirait à l'attractivité de notre pays. Globalement, les études disponibles montrent qu'une dénonciation de l'ALCP et, partant, l'extinction de l'ensemble des accords bilatéraux I auraient des répercussions dommageables sur le développement économique de la Suisse.

Une approche sectorielle confirme cette évaluation:

La libre circulation des personnes avec les Etats membres de l'UE et de l'AELE et l'immigration qu'elle a engendrée sont au cœur de nombreuses études, qui montrent que l'immigration de ces dernières années est avant tout conditionnée par la demande de main-d'œuvre dans des domaines où les travailleurs indigènes ont également de bonnes chances de trouver un emploi. Les immigrants jouant en l'occurrence un rôle complémentaire, les effets négatifs de l'immigration sur le chômage et l'emploi se limitent à certains segments du marché du travail. Des indices donnent même à penser que l'immigration des dernières années a en fait réduit le chômage des travailleurs indigènes et augmenté leur taux d'occupation. Les diverses analyses s'accordent pour dire que l'immigration n'a eu que des effets très faibles sur les salaires en regard de l'évolution conjoncturelle et structurelle des dix dernières années. Globalement, l'éco-

nomie suisse a pu recruter grâce à l'ALCP bien plus facilement qu'auparavant le personnel qualifié dont elle avait besoin, enrayant ainsi la pénurie de main-d'œuvre dont beaucoup se plaignaient.

L'accord sur la suppression des obstacles techniques au commerce revêt lui aussi une grande importance. En 2011, il a concerné des exportations d'un montant de quelque 32 milliards de francs. Grâce à cet accord, environ un quart des produits industriels pu être exportés vers l'UE sans faire l'objet d'une deuxième évaluation de conformité et sans devoir être conformés à d'autres prescriptions que celles en vigueur en Suisse. Selon une étude, cet accord a permis de faire des économies de coûts directes de 0,5 à 1 % sur la valeur des produits, soit en tout 160 à 320 millions de francs en 2011 par exemple.

L'accord relatif aux marchés publics garantit aux entreprises suisses les mêmes droits d'accès aux marchés publics lancés dans l'UE qu'à leurs concurrents européens. Cet accord élargit le champ d'application de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP) aux communes et aux districts ainsi qu'à d'autres secteurs économiques (par ex. au trafic ferroviaire). Or ces domaines représentent une part importante des marchés publics européens. Ainsi, les entreprises suisses y bénéficient de l'égalité de traitement avec la concurrence européenne et celle d'entreprises sises dans les Etats tiers avec lesquels l'UE a contracté des engagements en matière d'accès aux marchés. En 2007, les entreprises suisses ont obtenu des mandats publics de l'UE pour un montant global d'environ 900 millions à 1,09 milliard d'euros. Inversement, l'accès facilité des entreprises européennes aux marchés publics en Suisse y a intensifié la concurrence et augmenté la rationalité de ces marchés. Sur les 1830 marchés publics d'un montant total de 5,2 milliards de francs lancés par la Confédération en 2013, 126 représentant en tout 400 millions de francs ont été attribués à des entreprises dont le siège se situe dans l'UE. Enfin, l'accord permet aux autorités suisses et à la Commission européenne de coopérer sans contraintes administratives excessives et de trouver des solutions aux problèmes d'accès aux marchés. Ces contacts ont par exemple permis d'annuler une mesure italienne selon laquelle une participation suisse aux marchés publics transalpins aurait nécessité l'aval du fisc italien, ce qui aurait discriminé les soumissionnaires suisses.

L'accord sur le trafic terrestre libéralise l'accès au marché pour les entreprises de transport routier et ferroviaire entre la Suisse et l'UE. Il définit les modalités de l'introduction de la redevance poids lourds liée aux prestations (RPLP). Environ un quart des revenus qui en sont tirés émane d'entreprises de transport européennes, soit *grosso modo* 4,3 milliards de francs pour la période de 2002 à 2012, c'est-à-dire les dix ans qui ont suivi l'entrée en vigueur de l'accord. La RPLP participe au financement de l'infrastructure ferroviaire en Suisse et représente un instrument important du transfert des marchandises de la route au rail. En signant cet accord, l'UE a cautionné cette politique de transfert. L'utilité économique de l'accord réside avant tout dans le fait qu'il améliore l'efficacité dans le domaine couvert. Le chargement moyen d'un poids lourd a par exemple passé de 6,3 tonnes en 2000 à 11,3 tonnes en 2012. Selon une étude, les effets de productivité de l'accord contribuent à long terme à une hausse du PIB de 0,2 %.

L'accord sur le commerce des produits agricoles est important avant tout parce qu'il réduit les obstacles commerciaux liés par exemple aux normes applicables aux produits, aux conditions d'accès, aux règles sanitaires et phytosanitaires ou autres (obstacles non tarifaires). Par ailleurs, il a amené une libéralisation des tarifs, par exemple dans le commerce du fromage avec l'UE. Le commerce des produits

agricoles brut et transformés avec l'UE a fortement augmenté à la suite de l'entrée en vigueur de l'accord. Les exportations vers l'UE ont plus que doublé (de 2,6 milliards de francs en 2002 à 5,5 milliards en 2013) et les importations ont également progressé de manière significative, passant de 6,5 milliards de francs en 2002 à 8,7 milliards en 2013. A noter que les produits agricoles transformés sont régis par le protocole n° 2 de l'accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et l'UE, qui a été révisé à l'occasion des négociations sur les accords bilatéraux I. La hausse des exportations agricoles n'est donc pas entièrement due à l'accord sur le commerce des produits agricoles.

L'importance de l'*accord sur le transport aérien* ressort de l'évolution enregistrée dans le transport de passagers. Sur les lignes reliant la Suisse et l'UE, il a augmenté de 57 % entre 2001 et 2013, alors que le nombre total de passagers enregistrés dans les aéroports suisses n'a progressé que de 40 %. De manière générale, la place économique suisse profite de la meilleure desserte garantie grâce à cet accord, qui octroie aux compagnies aériennes suisses pratiquement les mêmes conditions de concurrence qu'à leurs homologues européennes. En cas de dénonciation, les anciens accords bilatéraux sur le transport aérien seraient remis en application. Outre le fait que la Suisse n'a jamais conclu le moindre accord de ce genre avec la France, il faut relever que ces accords, dont certains sont très anciens, sont en partie très restrictifs et ne répondent par conséquent plus aux besoins actuels du marché. Une dénonciation de cet accord aurait de graves conséquences juridiques pour les entreprises de transport suisses. Il ne serait pas garanti qu'elles puissent continuer d'assurer leurs vols comme aujourd'hui et de maintenir les très bons réseaux qu'elles exploitent avec les places économiques européennes. La suppression de l'accord entraînerait également celle de son annexe, c'est-à-dire des dispositions du droit aérien européen que la Suisse a reprises depuis 2002. Comme notre pays ne possède plus de droit propre dans ces domaines, il perdrait d'un coup une partie importante de son droit aérien, ce qui nécessiterait la promulgation de nouveaux textes de loi.

L'*accord sur la recherche* revêt une grande importance dans le domaine universitaire, mais aussi pour les efforts de recherche déployés par les entreprises. Le retour financier positif (19,2 millions de francs dans le 6^e programme, auxquels s'ajoutent 75 millions accordés à des organisations internationales ayant leur siège en Suisse) dans le cadre des programmes-cadres européens de recherche (PCRD) en est une retombée économique directe. Les retours issus du 7^e programme, le plus récent, ont permis de créer environ 8000 emplois en Suisse. Le financement de la recherche par les PCRD joue notamment un rôle essentiel pour les PME, qui ont obtenu 14 % des moyens accordés à la Suisse lors du 6^e PCRD. Ces fonds ont permis aux PME suisses bénéficiaires de couvrir environ un tiers de leurs coûts de recherche et de développement. Si la Suisse est exclue des PCRD, elle aura à déplorer la perte de ces retombées économiques directes. De surcroît, les institutions publiques et privées concernées seraient fortement touchées, car elles devraient bien moins attractives pour recruter et s'attacher des talents. L'impossibilité de participer aux appels de projets européens, de même que la perte du prestige inhérent à l'obtention de fonds européens auraient pour conséquence que les scientifiques les plus ambitieux, avant tout au niveau de la relève, préféreraient occuper des postes ailleurs en Europe.

Bilan: les accords bilatéraux ont, pendant des années, notablement contribué à la croissance et atténué les coûts de production des entreprises sises en Suisse en facilitant l'accès à la main-d'œuvre et au principal marché d'exportation. La combinaison de la levée du taux plancher par la Banque nationale suisse et

Ad al. 4, let. a; les prolongations d'autorisations de séjour ne sont en principe pas soumises aux nombres maximums ni aux contingents. Une exception à cette règle est toutefois nécessaire lorsqu'un type d'autorisation précis ou un but de séjour précis n'est soumis à ces limitations qu'à partir d'une certaine durée de séjour.

C'est le cas pour la prolongation d'une autorisation de courte durée au-delà de quatre mois pour un séjour avec activité lucrative et au-delà d'un an pour un séjour sans activité lucrative. La durée de validité d'une autorisation de courte durée peut être prolongée jusqu'à une durée maximale de deux ans (art. 32 LEtr).

Ad al. 4, let. b et c; une autorisation de séjour étant imputable sur un contingent lors de son octroi, la transformation de cette autorisation en une autorisation d'établissement n'est pas soumise au contingentement. Cette règle s'applique également lorsqu'une admission provisoire, également soumise aux nombres maximums, est transformée plus tard en autorisation de séjour.

Ad al. 5; il est prévu que le Conseil fédéral puisse fixer des nombres maximums distincts pour certains buts de séjour ainsi que pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE et d'Etats tiers (voir ch. 2.2.1).

Ad al. 6; le Conseil fédéral peut prévoir la répartition des nombres maximums en contingents cantonaux (voir ch. 2.2.2).

Art. 17b Détermination

Cette disposition dresse la liste des principaux éléments que le Conseil fédéral doit prendre en compte pour déterminer les nombres maximums et les contingents, tâche notamment réalisée en étroite collaboration avec les cantons, chargés de l'exécution, et la commission de l'immigration (art. 17d).

Les principes généraux de l'admission prévus par la LEtr (art. 3 LEtr) doivent être pris en considération. Il s'agit notamment des intérêts de l'économie suisse, des possibilités d'intégration, de l'évolution socio-démographique ainsi que des obligations internationales de la Suisse (ch. 1.6 et 2.2.4).

Art. 17c Répartition des nombres maximums en contingents cantonaux

Le Conseil fédéral peut confier aux cantons la répartition des nombres maximums en contingents cantonaux, ce qui est particulièrement judicieux dans le cadre de l'admission avec activité lucrative étant donné que les cantons connaissent très bien les besoins et particularités de l'économie locale (cf. ch. 2.2.2).

Art. 17d Commission de l'immigration

Il est prévu que le Conseil fédéral crée une commission extraparlamentaire (commission administrative) qui soit notamment chargée d'élaborer des recommandations en matière de détermination des nombres maximums et des contingents (cf. ch. 2.2.3).

Les réglementations idoines (concernant notamment la durée du mandat, l'éligibilité, l'indemnité journalière, la teneur de l'acte d'institution, les publications) se trouvent aux art. 57a ss de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)³³ et aux art. 8 ss de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)³⁴.

³³ RS 172.010

³⁴ RS 172.010.1

Art. 18, let. c et d

Une adaptation de nature technique est nécessaire car la détermination des nombres maximums et des contingents est désormais régie par l'art. 17a.

Art. 19, let. c à e

Ad let. c; s'agissant d'un étranger exerçant une activité lucrative indépendante, il y a également lieu d'examiner, en vertu de l'art. 121a, al. 3, Cst., si l'intéressé dispose d'une source de revenus autonome. Cette exigence requiert une adaptation de l'ALCP.

Ad let. d et e; une adaptation de nature technique est nécessaire car la détermination des nombres maximums et des contingents est désormais régie par l'art. 17a.

Art. 20

Cet article doit être abrogé vu qu'il ne prévoit des limitations quantitatives que pour les personnes exerçant une activité lucrative. Désormais, des nombres maximums et des contingents devront être fixés pour tous les types d'autorisations et tous les motifs de séjour (y c. pour le regroupement familial, les séjours sans activité lucrative et le domaine de l'asile). Les mesures de limitation sont réglementées dans la nouvelle section 1a de la LEtr (art. 17a).

Art. 21, al. 2, let. c à e, et al. 2^{bis}

Voir le ch. 2.3.

Désormais, la préférence nationale vaudra également pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE. Cette exigence requiert une adaptation de l'ALCP.

L'ordre de priorité dont bénéficient actuellement les ressortissants d'Etats de l'UE/AELE vis-à-vis des ressortissants d'Etats tiers qui ne sont pas titulaires d'une autorisation délivrée par la Suisse sera maintenu (art. 21, al. 1, LEtr).

Ad al. 2, let. c à e; les personnes admises à titre provisoire et les personnes à protéger doivent désormais être considérées comme travailleurs en Suisse. Ces groupes de personnes font partie du marché du travail suisse et, partant, du réservoir de main-d'œuvre indigène. Cette règle s'applique également aux titulaires d'une autorisation de courte durée, qui peuvent exercer une activité lucrative en Suisse pendant une période pouvant aller jusqu'à deux ans et qui, de la sorte, s'intègrent eux aussi dans le marché du travail.

Ad al. 2^{bis}; il est dans l'intérêt d'une procédure simple et sans paperasserie de renoncer à un examen approfondi de la préférence nationale lorsqu'il y a une pénurie manifeste de main-d'œuvre spécialisée et qu'aucun indice ne donne à penser que les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu et de la profession ne sont pas respectées. En vue de parvenir à une application uniforme de cette exception, il serait judicieux de charger la commission d'immigration (art. 17d) d'élaborer des recommandations en la matière.

Art. 22, al. 2

Voir ch. 2.4.

L'introduction du contrôle des conditions de rémunération et de travail également pour les ressortissants des Etats de l'UE/AELE requiert une adaptation de l'ALCP.

Ad al. 2; lorsque le cas est évident, il y a lieu d'éviter des procédures formalistes pour examiner le respect des conditions de rémunération et de travail. En vue de parvenir

à une application uniforme de cette exception, il serait judicieux de charger la commission d'immigration (art. 17*d*) d'élaborer des recommandations en la matière. L'exécution de ces contrôles a également des répercussions sur la future organisation des mesures d'accompagnement (ch. 6.2).

Art. 25, al. 1, 1^{bis} et 2

La réglementation, dans la LEtr, de l'octroi des autorisations frontalières reste valable avant tout pour les ressortissants d'Etats tiers.

Les ressortissants des Etats de l'UE/AELE qui possèdent une autorisation frontalière seront désormais soumis également aux limitations quantitatives (al. 1, let. c), les cantons ayant de surcroît la possibilité d'examiner le respect de la préférence nationale et des conditions de rémunération et de travail (al. 1^{bis}). Ces exigences requièrent une adaptation de l'ALCP.

Ad al. 1^{bis}: cette latitude de choix permet de tenir compte des situations très différentes que connaissent les cantons frontaliers. Un examen général de l'existence d'une source de revenus suffisante et autonome (art. 121*a*, al. 3, Cst.; ch. 2.4) est superflu en ce qui concerne les frontaliers, puisqu'ils ont leur domicile à l'étranger. La même règle s'applique pour l'examen de la priorité de la main-d'œuvre indigène, étant donné que cette dernière doit être prise en compte en premier lieu lors de la fixation des nombres maximums et des contingents (art. 121*a*, al. 3, Cst., ch. 2.3).

Ad al. 2; une adaptation de nature technique est nécessaire car le respect des nombres maximums et des contingents est désormais régi par l'al. 1, let. c.

Art. 26, al. 1 et 2

Des adaptations de nature technique sont nécessaires car le respect des nombres maximums et des contingents est désormais régi par l'art. 17.

Art. 27, al. 1bis, art. 28, al. 2, art. 29, al. 2

Les dispositions concernant l'admission en vue d'un séjour sans exercice d'une activité lucrative (formation et perfectionnement; rentiers; traitement médical) sont complétées par une condition supplémentaire, selon laquelle les nombres maximums et les contingents doivent être respectés si le séjour dure plus d'une année.

Comme cette exigence vaut aussi pour les ressortissants d'Etats de l'UE/AELE, elle requiert une adaptation de l'ALCP.

Art. 30, al. 1, phrase introductive et let. 1

Ad al. 1, phrase introductive; cet article permet, dans les cas particuliers mentionnés, de déroger aux conditions générales d'admission. Or, en vertu de l'art. 121*a* Cst., il n'existe plus d'exceptions à la limitation par les nombres maximums et les contingents étant donné que ceux-ci sont valables pour tous les types d'autorisations et tous les motifs de séjour. La phrase introductive doit donc être adaptée (pas de dérogation à l'art. 17*a*). Des exceptions à la préférence nationale demeurent par contre possibles³⁵. Elles restent en effet pertinentes par exemple si l'on est en présence d'un cas de rigueur grave et qu'un retour dans le pays de provenance n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigé. En vertu de l'art. 121*a*, al. 3, Cst., une admission requiert

³⁵ Ch. 2.3 et 2.4; message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», ch. 3.2.

la demande d'un employeur, une source de revenus autonome et une bonne intégration.

Ad al. 1, let. l; il s'agit ici d'une adaptation de nature technique du renvoi à la LAsi (dont la première mention figure désormais à l'art. 17a).

Art. 42, al. 2^{bis}, art. 43, al. 1^{bis}, art. 44, al. 2, art. 45, al. 2

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., le regroupement familial est également soumis aux nombres maximums et aux contingents. Les séjours de moins de douze mois peuvent toutefois en être exemptés. Par conséquent, le regroupement familial n'est compté que si l'autorisation de courte durée des bénéficiaires est prolongée au-delà d'une année. Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

Cette réglementation s'appliquant également aux ressortissants des Etats de l'UE/AELE, elle requiert une adaptation de l'ALCP.

Voir également les ch. 2.2.1 et 2.2.4.

Art. 48, al. 1^{bis}

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., l'octroi d'une autorisation à un enfant placé qui séjourne plus d'une année en Suisse est également soumis aux nombres maximums et aux contingents. Cette disposition doit par conséquent être adaptée. Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

Art. 83, al. 1

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., l'admission provisoire est également soumise aux nombres maximums et aux contingents. Cependant, les nombres maximums ne s'appliquent à l'octroi d'une admission provisoire que si celle-ci dure plus d'une année (art. 17a, al. 3; ch. 2.2.1); en règle générale, les admissions provisoires ne sont pas accordées pour des séjours plus courts. Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

Art. 85, al. 7, let. d

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., les membres de la famille d'une personne admise à titre provisoire qui bénéficient du regroupement familial sont également soumis aux nombres maximums et aux contingents, à moins que leur séjour dure moins d'une année. Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

Voir également les art. 17a et 83, al. 1, ainsi que les ch. 2.2.1 et 2.2.4.

4.2 Loi sur l'asile

Art. 60, al. 1

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., les personnes qui obtiennent l'asile en Suisse sont également soumises aux nombres maximums et aux contingents (art. 17a, al. 3). Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

Art. 66, al. 1

En vertu de l'art. 121a, al. 2, Cst., les personnes qui obtiennent une protection provisoire en Suisse sont également soumises aux nombres maximums et aux contingents. (art. 17a, al. 3). Dans ce cas, les obligations internationales de la Suisse sont réservées (art. 3, al. 2, et 17b, al. 1, let. b).

5 Conséquences économiques³⁶

S'il s'avère impossible d'adapter l'ALCP de manière conforme à la Cst., le maintien de l'ensemble des Bilatérales I serait menacé. Qui plus est, l'UE pourrait également remettre en question d'autres accords qui, de son point de vue, sont liés à l'ALCP (par ex. les accords d'association à Schengen et à Dublin). Comme exposé au ch. 3.2, une dénonciation de l'ALCP et des accords des Bilatérales I aurait de graves répercussions sur l'économie toute entière et non uniquement sur quelques secteurs précis. Dans de nombreux domaines, la garantie de l'accès à d'importants marchés européens serait affectée, ce qui aurait des conséquences négatives sur l'attractivité de la Suisse. Le maintien des accords bilatéraux I et de la sécurité de l'accès au marché de l'UE est dans l'intérêt de l'économie suisse et constitue donc un objectif essentiel des négociations avec l'UE.

Par ailleurs, les conséquences économiques de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. dépendent en grande partie de la mesure dans laquelle les plafonds et les contingents que doivent fixer le Conseil fédéral et les cantons restreignent l'immigration, en particulier celle des étrangers exerçant une activité lucrative. Les modalités concrètes de la procédure d'autorisation, notamment son coût et sa durée, jouent également un rôle important.

5.1 Conséquences pour les entreprises

En 2013, près de 200 000 autorisations ont été délivrées à des étrangers exerçant une activité lucrative. 95 % de ces autorisations concernaient des ressortissants des Etats de l'UE/AELE. L'admission de ces personnes sur le marché du travail doit être restreinte et soumise à des procédures administratives plus contraignantes. Les répercussions se feront sentir dans toutes les branches qui, ces dernières années, ont vu leur dépendance à la main-d'œuvre étrangère s'accroître.³⁷

Récemment, les coûts réglementaires directs liés au recrutement de main-d'œuvre en provenance des pays de l'UE et de l'AELE ont été évalués, par cas et par année, à 25 francs en moyenne pour la main-d'œuvre en provenance des Etats de l'UE-25/AELE, à 419 francs pour la main-d'œuvre en provenance des Etats de l'UE-2 et à 516 francs pour les ressortissants d'Etats tiers.³⁸ La durée de la procédure d'octroi de l'autorisation était de 9 jours pour les ressortissants de l'UE/AELE et de 20 jours pour

³⁶ Les conséquences économiques de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. ont été évaluées à l'aide de la check-list relative à l'analyse d'impact de la réglementation, disponible sur www.seco.admin.ch/air.

³⁷ SECO, ODM, OFS et OFAS (2014), 10^e rapport de l'Observatoire sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE.

³⁸ BSS (2013), *Schätzung der Kosten und Vereinfachung der Regulierungen im Bereich der Zulassung von ausländischen Erwerbstätigen zum schweizerischen Arbeitsmarkt*; étude mandatée par l'ODM

les ressortissants d'Etats tiers. Le présent projet pourrait faire augmenter les coûts et allonger la durée des procédures d'octroi d'autorisations de séjour au point de leur faire atteindre le niveau jusqu'à présent relevé pour les ressortissants de l'UE-2 (Roumanie et Bulgarie). Au bout du compte, les coûts réglementaires pour les entreprises pourraient à eux seuls passer de 20 à 100 millions de francs³⁹. Quant à la durée de traitement, elle serait aussi nettement plus longue qu'aujourd'hui.

Les procédures seraient moins longues et les coûts moins élevées si le choix était fait de renoncer à une procédure d'approbation auprès du SEM pour les ressortissants de l'UE/AELE comme c'était le cas avant l'introduction de l'ALCP. Il en irait de même si, au contraire des demandes déposées par des ressortissants d'Etats tiers, les demandes déposées par les ressortissants de l'UE/AELE ne donnaient pas systématiquement lieu à un examen de la priorité des travailleurs indigènes et que le critère de la source de revenus suffisante n'était que sommairement examiné.

5.2 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

Il n'est guère possible de chiffrer les coûts liés aux mandats perdus pour cause de postes qui n'auront pas pu être pourvus ou qui l'auront été trop lentement ou de manière sous-optimale. Le problème de la pénurie de main-d'œuvre s'accroîtra alors, ce qui ne sera pas sans entraîner des répercussions négatives sur la capacité d'innovation de l'économie. Afin de limiter les effets négatifs, le Conseil fédéral définit les contingents en se fondant sur un relevé des besoins des cantons et sur la validation par une commission d'immigration. L'un comme l'autre doivent prendre en compte à la fois les difficultés en matière de recrutement de la main-d'œuvre et les possibilités d'exploiter le potentiel de la main-d'œuvre indigène (cf. 2.2.4 Indicateurs pour déterminer les nombres maximums et les contingents). Une préférence nationale telle que réclamée dans le nouvel article constitutionnel est donc ainsi prise en compte. Qui plus est, la variante principale prévoit que la préférence nationale ainsi que les conditions de travail et de salaire doivent être examinées au cas par cas, à l'exception des domaines qui connaissent une pénurie de main-d'œuvre avérée. Une autre variante prévoit de renoncer à examiner en détail la priorité des travailleurs indigènes ainsi que les conditions de salaire et de travail lors de l'octroi d'autorisations à des ressortissants des Etats de l'UE/AELE (il ne serait alors pas nécessaire d'adapter l'ALCP; ch. 2.3 et 2.4). Ces vérifications sont toutefois déjà appliquées aux ressortissants d'Etats tiers et doivent être maintenues (art. 21 et 22 LEtr).

Une gestion renforcée de l'immigration permet de limiter les répercussions négatives sur les groupes de population et régions particulièrement exposés. Un suivi de l'immigration à l'aide de critères identiques dans toute la Suisse doit permettre, au fil du temps, de s'orienter sur les intérêts de l'ensemble de l'économie et d'éviter que des groupes d'intérêts et/ou régions n'exercent une influence excessive. Plus les contingents seront calculés de manière serrée par rapport à la demande des entreprises, plus les conséquences sur l'économie seront négatives et plus l'immigration devra être axée par exemple sur les professions qui connaissent des besoins aigus en main-

³⁹ Il s'agit là d'une estimation réalisée sur la base des coûts réglementaires moyens pour le recrutement de main-d'œuvre en provenance des Etats de l'UE-2. En effet, ce modèle d'admission est le plus proche de celui que prévoit la variante principale pour mettre en œuvre le nouvel article constitutionnel.

d'œuvre. A moyen et long terme, il y a également lieu de s'attendre à ce qu'une limitation significative de l'immigration entraîne un vieillissement de la population sur le marché du travail et des difficultés de financement de la prévoyance vieillesse.

Afin d'assurer la plus grande sécurité de planification possible, le niveau des contingents et les mécanismes d'attribution pour les entreprises doivent être autant que possible prévisibles et transparents. Toute incertitude concernant l'admission de main-d'œuvre étrangère se répercutera négativement sur les investissements et sur l'attrait de la Suisse en tant que pôle économique⁴⁰.

5.3 Exécution adéquate

Pour les petites et moyennes entreprises (PME) suisses, la qualité et la simplicité de l'accès à la main-d'œuvre étrangère revêtaient déjà une importance certaine avant l'entrée en vigueur de l'ALCP.⁴¹ Le projet mis en consultation tient compte des besoins des PME puisqu'il vise, de manière générale et autant que faire se peut, des procédures simples. Compte tenu de la multiplication du nombre de procédures d'autorisation, il importera plus que jamais d'optimiser les processus (notamment au travers de solutions de cyberadministration). La décision d'exécuter l'attribution des contingents au niveau cantonal et de ne pas centraliser cette démarche auprès de la Confédération tient compte du fait que les cantons disposent déjà de structures et de processus dédiés aux ressortissants d'Etats tiers et connus de nombreuses entreprises.

6 Répercussions en matière de finances et de personnel

6.1 Contexte

Aujourd'hui, les autorités cantonales et fédérales examinent annuellement environ 13 000 demandes de ressortissants de pays non-membres de l'UE/AELE, qui souhaitent prendre un emploi en Suisse. Conformément à l'art. 121a, al. 2, Cst., elles devront traiter en plus, par an, quelque 140 000 demandes en faveur de travailleurs ressortissants d'Etats de l'UE/AELE titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée ou d'une autorisation de séjour et quelque 60 000 autres déposées par des frontaliers si les nombres maximums et les contingents sont fixés sur la base du volume d'autorisations délivrées actuellement.

De surcroît, il faudra traiter conformément aux règles de l'art. 121a Cst. environ 75 000 demandes d'étrangers sans activité lucrative si le volume des demandes reste au niveau actuel (des nombres maximums devront désormais être fixés à leur égard). Sont comprises dans ce nombre environ 50 000 demandes de regroupement familial et 16 000 demandes pour des séjours de formation et de perfectionnement.

⁴⁰ Cf. Abberger K. et al (2014), «*The Swiss Mass Immigration Initiative: The impact of increased policy uncertainty on expected firm behavior*», KOF Studies No. 53, octobre 2014.

⁴¹ *Wie ein KMU-Verträglichkeitstest der Zulassungspolitik aus dem Jahr 2003 gezeigt hat, bekundeten Unternehmen mit weniger als 100 Mitarbeitenden unter der früheren Zulassungspolitik am meisten Mühe, die gewünschten Kontingente für ausländische Arbeitskräfte zu erhalten.* Cf. Wallart, Nicolas (2003), *KMU-Test - Revision des Ausländerrechts*, in: *Die Volkswirtschaft*, 3/2003, pp 56-59.

Toutefois, le nombre d'autorisations effectivement accordées dépendra, entre autres, de la conjoncture économique et du volume des nombres maximums et des contingents.

Suivant la variante retenue, ces changements entraîneront une hausse significative du nombre de postes au sein des autorités des migrations et du marché du travail afin que les examens concernant notamment la préférence nationale, les conditions de rémunération et de travail usuelles dans la région ainsi que les limitations quantitatives puissent être effectués avec une intensité suffisante.

6.2 Répercussions pour la Confédération⁴²

Procédures d'autorisation

Les répercussions concrètes pour la Confédération ne pourront être chiffrées que lorsque les dispositions d'exécution supplémentaires nécessaires seront connues. Celles-ci définiront en effet l'étendue des contrôles fédéraux de l'octroi des autorisations par le canton.

Si la Confédération procède au contrôle de l'octroi d'autorisations à des ressortissants de l'UE/AELE selon les modalités appliquées aujourd'hui à l'égard des ressortissants d'Etats tiers, il faudra sans doute créer plus de cent postes supplémentaires pour y parvenir.

Si l'on renonce par contre à un contrôle fédéral au cas par cas pour les ressortissants de l'UE/AELE (avant tout, autorisations cantonales non soumises à approbation ou seulement à titre exceptionnel), il faudrait moins de ressources en personnel. La situation correspondrait *grosso modo* à celle qui existait avant l'entrée en vigueur de l'ALCP. Il convient toutefois de remarquer que l'art. 121a Cst. engendre des prescriptions d'admission plus étendues que celles contenues dans l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), des prescriptions qui doivent être mises en œuvre et contrôlées par la Confédération (avant tout, nombres maximums désormais valables aussi pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative, le domaine de l'asile et le regroupement familial).

Conséquences possibles de l'abrogation de l'ALCP

Si l'on ne parvient pas à adapter l'ALCP de manière à le rendre conforme à la Constitution, l'existence même des accords bilatéraux I est menacée. Pour l'heure, les répercussions en matière de finances et de personnel d'une dénonciation de l'ALCP ne peuvent pas encore être estimées. Il en va de même de l'abrogation des autres accords bilatéraux I en vertu de la «clause guillotine» (cf. ch. 3.2).

Par ailleurs, l'UE ne conclura de nouveaux accords sur l'accès aux marchés que si une solution est trouvée pour la libre circulation des personnes, ce qui démontre que ce dossier est capital pour la poursuite de la voie bilatérale.

En plus des conséquences négatives qu'aurait la cessation de l'ALCP et des autres accords bilatéraux I, la dénonciation d'autres accords par l'UE entraînerait également des répercussions en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons. Si l'UE dénonce l'AAS et l'AAD, la Suisse n'aurait plus à participer aux

⁴² Concernant les répercussions en matière de finances et de personnel, voir les explications détaillées dans le message relatif à l'initiative populaire «Contre l'immigration de masse», ch. 4.2.2

frais inhérents aux dispositifs Schengen et Dublin; elle serait par exemple quitte de verser les contributions annuelles aux frais administratifs, aux agences IT et FRONTEX ou au Fonds pour les frontières extérieures ou le fonds qui lui succéderait. La fin de la collaboration Schengen et Dublin engendrerait toutefois des coûts considérables (amortissement des investissements déjà consentis, par ex. pour le raccordement à l'infrastructure informatique de Schengen et Dublin) et nécessiterait une adaptation des systèmes informatiques nationaux (par ex. SYMIC et AFIS) et des ajustements structurels (système national d'information sur les visas, introduction d'un nouveau visa suisse et d'un nouveau régime de contrôle aux frontières routières, ferroviaires et aéroportuaires).

En outre, la Suisse serait privée des économies réalisées du fait de sa participation à la coopération Schengen/Dublin. Rappelons qu'une procédure Dublin dure en moyenne quatre mois de moins qu'une procédure d'asile ordinaire (précédant une décision de première instance). L'addition s'alourdirait ainsi de quelque 26,5 millions de francs en moyenne par an du fait, du recul des décisions de non-entrée en matière (environ 4000 décisions rendues par an au titre des accords de Dublin). La sortie du dispositif de Dublin ferait de la Suisse une destination très attrayante pour les requérants d'asile déboutés dans l'espace européen, lesquels pourraient déposer dans notre pays une nouvelle demande, que la Suisse serait tenue d'examiner. En tablant prudemment sur 2000 demandes d'asile supplémentaires par an, les coûts d'hébergement et d'aide sociale s'accroîtraient de 40 millions de francs par an (les sommes transférées aux cantons au titre de l'hébergement et de l'aide sociale s'élèvent en moyenne à 20 000 francs par requérant).

Mesures d'accompagnement

La variante principale de l'avant-projet prévoit que le respect des conditions de rémunération et de travail et celui de la préférence nationale seront contrôlés dans la procédure d'autorisation lors de l'admission sur le marché du travail suisse (titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée, d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation frontalière; cf. ch. 1.4.2 et 2.4). En ce qui concerne les chevauchements avec les mesures d'accompagnement, les modalités du contrôle préalable du respect des conditions de rémunération et de travail effectué dans la procédure d'autorisation seront déterminantes.

Concernant l'évaluation des répercussions possibles sur les mesures d'accompagnement, il faut distinguer, d'une part, les secteurs économiques connaissant des salaires minimums fixés dans des conventions collectives de travail (CCT) assorties d'une déclaration d'obligation générale et, d'autre part, les secteurs qui ne connaissent pas de salaires minimums.

Dans les *secteurs connaissant des salaires minimums*, le respect des conditions minimales de salaire et de travail par les employeurs suisses est aujourd'hui contrôlé par les commissions paritaires dans le cadre de l'exécution normale des CCT. Ces contrôles sont indépendants des mesures d'accompagnement et ne sont pas indemnisés par la Confédération. Par conséquent, il n'existe pas de chevauchements dans ce domaine.

Dans les *secteurs qui ne connaissent pas de salaires minimums*, les salaires sont contrôlés, depuis l'introduction de la libre circulation des personnes, par les commissions tripartites cantonales (CTC) dans le cadre de l'observation du marché du travail; ces contrôles sont cofinancés par la Confédération. Dans le futur système d'octroi des autorisations comprenant un examen préalable des conditions régnant sur le marché

du travail, le nombre de ces contrôles pourra être réduit en se limitant aux cas douteux ou en procédant à des contrôles aléatoires. A l'avenir, ces contrôles serviront à contrôler ultérieurement le respect des engagements salariaux lors de la procédure d'autorisation, le respect des salaires usuels dans la branche professionnelle et la région étant déjà examiné dans le cadre de la procédure d'autorisation.

Il sera judicieux de maintenir les contrôles au titre des mesures d'accompagnement, conformément à l'ALCP, en ce qui concerne les prestataires de services transfrontaliers dont le séjour en Suisse dure moins de 90 jours par année civile. En effet, ces services ne sont pas pris en considération dans le système des contingents. Si les prestations continuent d'être fournies sur la base d'une procédure d'annonce, c'est-à-dire sans contrôle préalable des conditions de rémunération et de travail, les contrôles seront effectués ultérieurement par les organes d'exécution de la loi sur les travailleurs détachés (commissions paritaires et commissions tripartites).

Bilan: selon la variante principale de l'avant-projet, le nombre de contrôles effectués au titre des mesures d'accompagnement, comme convenu annuellement entre le SECO et les CTC et commissions paritaires, peut être sensiblement réduit étant donné que les contrôles sont effectués de manière aléatoire et dans les cas douteux. Il peut par contre être judicieux de procéder, dans le cadre des mesures d'accompagnement, à un plus grand nombre de contrôles concernant l'admission des prestataires de services transfrontaliers dont le séjour en Suisse dure moins de 90 jours par année civile.

Si c'est la variante prévoyant un contrôle sommaire des conditions de rémunération et de travail qui est retenue (cf. ch. 1.4.2 et 2.4), les mesures d'accompagnement ne joueront en l'occurrence plus qu'un rôle mineur.

6.3 Répercussions pour les cantons

Les dépenses supplémentaires escomptées inhérentes à l'examen des demandes (cf. ch. 6.1) auraient des incidences considérables sur le budget des autorités cantonales des migrations et du marché du travail. Une estimation précise n'est pas possible vu que la situation diffère d'un canton à l'autre et que le surplus de travail dépendra en premier lieu des nombres maximums et des contingents qui devront être déterminés et de l'intensité des contrôles supplémentaires nécessaires.

6.4 Résultats et conclusion

La mise en œuvre de l'art. 121a Cst. entraînerait un surcroît de travail notable pour les autorités cantonales et fédérales compétentes. Les surcoûts ne peuvent pas être estimés à l'avance.

7 Légalité

L'avant-projet de modification de la LEtr est fondé sur l'art. 121, al. 1, Cst. (compétence législative de la Confédération en matière d'octroi de l'asile et en matière de séjour et d'établissement des étrangers). Il est conforme à la Constitution fédérale.

8

Compatibilité avec les obligations internationales

Grâce à la détermination de nombres maximums et de contingents appropriés et à la possibilité offerte au Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires s'ils ne suffisent pas, la Suisse sera en mesure d'honorer ses obligations internationales. Celles-ci doivent également être respectées en ce qui concerne la préférence nationale et le contrôle des conditions de rémunération et de travail. Certains traités internationaux devront néanmoins être renégociés et adaptés lors de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. (ch. 1.6, 3 et 9).

9

Relation avec le droit de l'Union européenne

La mise en œuvre de l'art. 121a Cst. est contraire aux principes de la libre circulation des personnes, qui constitue l'un des piliers centraux du droit de l'UE. Par conséquent, la Suisse est tenue de renégocier et d'adapter l'ALCP, la Convention instituant l'AELE (annexe K) et l'accord-cadre Suisse-UE, qui régissent la libre circulation des personnes avec les Etats de l'UE et de l'AELE.