



Renseignements relatifs au titre de séjour de deux collaborateurs demandés par un employeur à l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM)

Préavis du 4 février 2014

Mots clés: demande de renseignements, protection des données personnelles, accès à un document, obligation de communiquer, Office cantonal de la population et des migrations, Office cantonal de l'inspection et des relations du travail

Contexte: Par courriers électroniques des 13 décembre 2013 et 18 janvier 2014, le secrétaire général du DSE a requis le préavis du PPDT au sujet d'une demande formulée par une entreprise. Dans le cadre d'un litige auprès du Tribunal des Prud'hommes, l'employeur de X., ressortissante russe, et de D., son mari, ressortissant russe, demande à l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) si ces deux personnes sont au bénéfice d'un permis d'étudiant les autorisant à travailler 20 heures par semaine. L'OCPM a informé les personnes concernées de la requête de l'employeur et leur consentement à ce que le renseignement soit donné a été refusé.

Bases juridiques: art. 39 al. 9 et 10 LIPAD ; art. 320 al.1, 361 et 362 CO ; Art. 3, 11, 27 LEtr ; art. 23, 24, 38 à 40 OASA ; art. 2, 3 à 7, 11 et 12 LaLEtr ;

Préambule

Dès le mois d'octobre 2013, [REDACTED] a écrit au Service Etrangers et Confédérés de l'OCPM pour savoir si X. et D. avaient bien été autorisés à travailler au maximum 20h par semaine.

Dans son courrier à l'OCPM du 4 octobre 2013, l'employeur relève qu'il a engagé Monsieur D. « *dès le 31 août 2011 sur la base de son titre de séjour pour études qui semblait valablement délivré par vos services, pour une durée hebdomadaire autorisée maximum de 20h par semaine* » et que, par ailleurs, Monsieur D. aurait été « *inscrit à la Haute école de Musique de Genève en qualité d'étudiant libre* » .

Dans un autre courrier envoyé à la même date concernant Mme X., l'entreprise présente la même demande à l'OCPM et précise qu'elle serait : « *inscrite à la Haute école de Musique en 2^e année de Master d'interprétation de piano* » .

Dans un premier temps et après paiement d'un émolument par l'entreprise, l'OCPM a transmis les informations relatives aux nom et prénom, la date de naissance, le lieu de naissance et le domicile de X. et de D.

Non satisfaite, l'entreprise a renouvelé sa requête le 13 novembre 2013, soit que l'OCPM « *a valablement délivré une autorisation de travailler 20h par semaine* » à ces deux personnes.

Par ailleurs, l'OCPM a reçu, le 6 décembre 2013, et le 13 décembre 2013, deux lettres du syndicat constitué pour la défense des intérêts de D. et de X. invitant l'OCPM à ne pas donner le renseignement sollicité et soulignant en particulier qu' « *il n'existe aucun lien entre la*

situation légale d'un de nos membres et les relations de travail que ce dernier peut entretenir avec son employeur. De plus, c'est à l'employeur qu'il appartient de solliciter pour ses employés les éventuelles demandes de permis nécessaires ».

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) a reçu deux requêtes du département de la sécurité et de l'économie (DSE), la première en date du 13 décembre 2013, la seconde, le 17 janvier 2014, en vue de la délivrance d'un préavis au sens de l'art. 39 al. 9 et 10 LIPAD.

Dans la mesure où les deux requêtes portent sur la même question de principe, celle de savoir si l'OCPM est autorisé à donner le renseignement demandé, ces deux requêtes sont jointes et traitées dans le présent préavis relatif à l'application de la LIPAD.

Protection des données personnelles

Entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, la loi sur l'information du public et l'accès aux documents pose le principe de la transparence des institutions publiques. Son but est de favoriser la libre formation de l'opinion et à la participation à la vie publique des citoyennes et des citoyens. A ce titre, la loi leur donne des droits en matière d'accès aux documents en lien avec activités des institutions publiques.

En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante : la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence.

La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) peut ainsi être invoquée par tout particulier à l'appui d'une demande d'accès à un document d'une institution publique. Chaque requête est alors appréciée à la lumière des exigences posées par les dispositions légales pour tenir compte des principes en vigueur en matière de transparence, d'une part, et de protection des données personnelles, d'autre part.

L'article 39 al. 9 LIPAD subordonne la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé aux conditions alternatives qu'une loi ou un règlement le prévoit explicitement (let. a), ou qu'un intérêt digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (let. b).

Dans les cas visés à l'art. 39 al. 9 let. b, l'organe requis est tenu de consulter les personnes concernées avant toute communication, à moins que cela n'implique un travail disproportionné. À défaut d'avoir pu recueillir cette détermination, ou en cas d'opposition d'une personne consultée, l'organe requis consulte le préposé cantonal.

La communication peut être assortie de charges et conditions, notamment pour garantir un niveau de protection adéquat des données (art. 39 al. 10 LIPAD).

Règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et les communes¹

L'article 1er du règlement précité dispose notamment que l'OCP est autorisé à fournir au public, contre paiement d'une taxe, des renseignements sur le *nom*, le *prénom*, la *date* et le *lieu de naissance*, le *canton ou la commune d'origine* (Suisse) et l'*adresse actuelle* sur le territoire genevois de toute personne enregistrée.

Le règlement ne prévoit pas explicitement la communication à des tiers de données relatives au titre de séjour, de sorte que les conditions de la let. a de l'article 39 alinéa 9 LIPAD ne sont pas réalisées.

¹ RSGe F 2 20.08

Droit du contrat de travail et liberté contractuelle

Selon les articles 319 à 362 du code des obligations², le principe de la liberté contractuelle préside à la conclusion d'un contrat de travail. Sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est même soumis à aucune forme spéciale (art. 320 al.1 CO).

Chaque employeur peut librement choisir les travailleurs qu'ils souhaitent engager et fixe les conditions de travail applicables, sous réserve des dispositions impératives de droit privé (art. 361 et 362 CO) ou de droit public, parmi lesquelles celles relevant du droit des étrangers.

Limites à la liberté contractuelle et droit public des étrangers

En droit suisse, si les ressortissants des pays de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre échange bénéficie, en principe, de la libre circulation des personnes, les personnes des autres pays, parmi lesquelles les ressortissants de nationalité russe, en revanche, sont soumis à l'exigence préalable d'une autorisation pour pouvoir séjourner ou travailler en Suisse.

La loi fédérale sur les étrangers³ fixe les conditions d'octroi de telles autorisations. En l'occurrence, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie (art. 3) ; en pratique, elle est ainsi limitée aux personnes hautement qualifiées. Le nombre d'autorisations de séjour pour activité lucrative est soumis par ailleurs à des contingents annuels⁴.

Tout étranger qui entend exercer une activité lucrative en Suisse doit être titulaire d'une autorisation (art. 11 al. 1) ; en cas d'activité salariée, c'est à l'employeur qu'il appartient de la solliciter (art. 11 al. 3).

L'étranger autorisé reçoit un titre de séjour qui indique le type d'autorisation dont il est titulaire (art. 11 al. 1 LEtr).

L'admission en Suisse en vue d'une formation est aussi possible (art. 27 de la section II LEtr Admission sans activité lucrative). L'autorisation pour études est soumise à différentes conditions, notamment disposer des moyens financiers nécessaires et avoir le niveau de formation et qualifications personnelles requis (art. 27 let. c et d).

Les articles 23 et 24 de l'ordonnance fédérale d'application de la LEtr⁵ précisent les conditions applicables aux autorisations de séjour pour études. L'article 23 al. 4 renvoie aux art. 38 à 40 s'agissant de l'exercice d'une activité en marge des études.

Selon l'art. 38 OASA, l'exercice d'une activité accessoire est admis pour les étudiants des hautes écoles et de hautes écoles spécialisées, au plus tôt six mois après le début de la formation, pour autant que :

- a. la direction de l'école certifie que cette activité est compatible avec la formation et n'en retarde pas la fin;*
- b. la durée de travail n'excède pas 15 heures par semaine en dehors des vacances;*
- c. il existe une demande d'un employeur (art. 18, let. b, LEtr);*
- d. les conditions de rémunération et de travail sont remplies (art. 22 LEtr). »*

² Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220.

³ Loi fédérale sur les étrangers (LEtr), du 16 décembre 2005, RS 142.20.

⁴ Pour l'année 2014, la Confédération a attribué au canton de Genève un contingent de 166 autorisations de séjour de courte durée (permis L) et 116 autorisations de séjour (permis B).

⁵ Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), RS 142.201.

Mise en œuvre du droit fédéral des étrangers à Genève

En droit genevois, la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers⁶ et le règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers précisent quelles sont les autorités compétentes en matière de police des étrangers et de marché du travail.

A cet égard, le règlement⁷ relève que l'OCPM et l'OCIRT sont chargés conjointement de la mise en application (art. 2) ; il détermine la procédure à suivre (art. 3 à 7), notamment quant à l'examen préalable des demandes par la commission tripartite pour l'économie (art. 4) et fixe le montant des émoluments (art. 11 et 12).

Le règlement ne contient pas de disposition spécifique aux autorisations pour études, ni d'émoluments à ce sujet ; il ne traite pas non plus de la faculté d'exercer une activité accessoire ou de la durée maximale du temps de travail autorisée⁸.

De même, le règlement ne dit rien sur la demande de l'employeur, prévue par l'art. 38, lettre c OASA.

En recherchant sur le site internet de l'administration cantonale, le Préposé cantonal n'a pas trouvé de directives spécifiques à l'attention des employeurs ou des étudiants intéressés quant à la procédure à suivre.

En revanche, sur le site internet de l'OCIRT figure la mention suivante⁹ :

« Un étranger diplômé d'une haute école suisse peut être admis à travailler en suisse si son engagement revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

Attention : les étudiants étrangers n'ont pas un droit automatique à obtenir un permis de travail. Une autorisation préalable est toujours nécessaire.

L'approbation par le service des migrations, à Berne, est, de même, toujours obligatoire. Les autorisations sont contingentées.

Pour en savoir plus, consultez le site de la Confédération.».

Sur les sites internet de l'OCPM et de l'OCIRT, mains formulaires sont disponibles. Le formulaire relatif à l'autorisation pour études ne contient pas de mention relative à la faculté d'exercer une activité accessoire et les modalités de celle-ci¹⁰. Dans les pièces à fournir pour l'examen de la demande, le point 9 indique : « *Stage ou activité lucrative prévu* ». Au terme de la liste de pièces à fournir figure en encadré la remarque suivante :

⁶ Loi du 16 juin 1988 (LaLEtr) F 2 10.

Art. 1 Compétences

1 Le département de la sécurité (ci-après : département) est l'autorité cantonale de police des étrangers.

2 Il exerce à ce titre toutes les fonctions relatives à la police des étrangers qui ne sont pas dévolues à une autorité fédérale ou que la législation cantonale n'attribue pas à une autre autorité (art. 97 et 98 de la loi fédérale).(13)

3 Sont réservées les compétences du département de la solidarité et de l'emploi :

a) en matière de marché du travail;

b) relatives au contrôle du respect de la loi fédérale et de ses ordonnances d'exécution en matière d'exercice d'une activité économique;

c) relatives à l'application de la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaires applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement, du 8 octobre 1999.

⁷ Règlement du 9 mars 2009 (RaLEtr) F 2 10.01.

⁸ Cette règle de droit fédéral s'impose aux cantons qui ne peuvent y déroger. A cet égard, l'on relève ici que la Tribune de Genève, en date du 29 septembre 2012, a fait état d'une tolérance qui existait à Genève. Cet article soulignait que l'OCPM avait été contraint d'abandonner cette pratique suite à des demandes réitérées de l'Office fédéral des migrations, Tribune de Genève, 29.9.2012 « *Travail des étudiants étrangers : Berne fait plier Genève* ».

⁹ <https://www.ge.ch/moe/fr/etudiants.asp>

¹⁰ <https://www.ge.ch/etrangers-confederes/fr/doc/e4-1-complement-etudes.pdf>

« La production de pièces et de renseignements demandés ne préjuge pas de la décision finale qui sera prise par l'autorité compétente. Cette dernière statue librement sur la délivrance de l'autorisation requise ; cette liberté demeure entière, quelles que soient les dispositions prises par le demandeur (location d'un appartement, conclusion d'un contrat de travail¹¹, etc.).

Appréciation

Compte tenu de ce qui précède, le Préposé cantonal constate que l'OCPM a respecté les principes posés par la LIPAD et le règlement F 2 20.08 en vertu desquels lorsqu'un tiers de droit privé souhaite avoir des informations qui relèvent de la catégorie données personnelles sensibles, il importe de requérir préalablement le consentement de la personne concernée, consentement qui, dans les deux cas en cause, a été refusé.

Le Préposé cantonal remarque également que les conditions de la lettre a de l'art. 39 al. 9, LIPAD ne sont pas réalisées en ce sens qu'il n'existe pas de disposition légale ou réglementaire précisant explicitement le droit pour une entreprise d'obtenir de l'OCPM l'information relative au type de titre de séjour d'une personne donnée. Force est d'ailleurs de constater qu'une telle disposition légale n'aurait aucune raison d'être dès lors qu'en vertu de la loi fédérale sur les étrangers, c'est à l'employeur qu'il appartient de déposer une demande d'autorisation en vue de l'exercice d'une telle activité accessoire.

Le Préposé cantonal observe par ailleurs que l'employeur, qui a omis de présenter des demandes d'autorisation en contrariété du droit des étrangers, paraît convaincu du droit d'une personne titulaire d'une autorisation pour études de travailler 20 heures par semaine. Dès lors, il se demande si la communication faite par les autorités compétentes en la matière est bien suffisante, ce d'autant plus que le canton a dû modifier sa pratique à la suite de requêtes dans ce sens de la part de l'Office fédéral des migrations.

S'il est clair que l'entreprise ne pouvait conclure les deux contrats de travail sans s'être préalablement assurée de l'existence d'un titre de séjour valable et sans avoir formellement déposé une telle demande d'autorisation, elle a un intérêt digne de protection à obtenir la réponse à sa question puisque les deux ressortissants russes ont travaillé à son service dès le 31 août 2011 et que les relations de travail qui les ont liés font l'objet d'un litige auprès du Tribunal des Prud'hommes.

C'est dès lors à juste titre que, dans la pesée des intérêts en cause, l'OCP a considéré que l'employeur avait un intérêt prépondérant à l'obtention de cette information.

Préavis du Préposé cantonal

Au vu de ce qui précède, le préposé cantonal rend un **préavis favorable** à la transmission à l'employeur du renseignement relatif à l'existence ou non d'un titre de séjour pour études des deux ressortissants russes en cause.

Le principe de transparence voulu par le législateur réclame, par ailleurs, que le processus à suivre par un employeur qui souhaite engager une personne au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études soit clarifié, à tout le moins que la durée maximale de temps de travail hebdomadaire soit rappelée.

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal

¹¹ C'est nous qui soulignons.