



Genève, le 21 septembre 2016

Le Conseil d'Etat

4810-2016

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

Concerne : Procédure de consultation relative aux adaptations de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) (Normes procédurales et systèmes d'information)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la lettre que vous avez adressée le 22 juin 2016 aux gouvernements cantonaux concernant la procédure de consultation visée en titre.

Après avoir pris connaissance des documents que vous nous avez fait parvenir, nous sommes en mesure de vous faire part de notre détermination.

D'une manière générale, nous soutenons la révision proposée, largement liée à l'évolution de la jurisprudence ainsi qu'à des décisions du Conseil fédéral, et saluons tout particulièrement les adaptations concernant :

- la protection des personnes exerçant la prostitution et victimes de violences, afin de leur donner, dans certains cas et à certaines conditions, la possibilité d'obtenir une autorisation de séjour et l'octroi d'une aide au retour;
- l'élargissement du cercle des bénéficiaires de l'aide au retour à toutes les personnes admises provisoirement en Suisse, qu'elles relèvent du domaine de l'asile ou, ce qui n'est pas le cas actuellement, du domaine des étrangers;
- l'obligation des employeurs ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger de prendre en charge les frais de leurs travailleurs détachés en Suisse.

En revanche, notre Conseil émet des réserves sur l'article 59a, lequel prévoit une mesure collective qui semble contraire à certains principes constitutionnels pour lutter contre des abus isolés.

Pour le surplus, nous vous invitons à vous référer au document annexé, dans lequel nous formulons différentes remarques et propositions complémentaires concernant l'objet de cette consultation.

Nous vous remercions de l'attention que vous prêtez à la prise de position de notre canton et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

Annexe mentionnée

Copie à : Secrétariat d'Etat aux migrations
Etat-major Affaires juridiques
Madame Sandrine FAVRE et Monsieur Alexandre DIENER
Quellenweg 6
3003 Berne-Wabern

Conférence des gouvernements cantonaux
Maison des cantons
Speichergasse 6
Case postale
3001 Berne

PROCÉDURE DE CONSULTATION RELATIVE AUX ADAPTATIONS DE LA LOI FÉDÉRALE SUR LES ÉTRANGERS (LEtr) (NORMES PROCÉDURALES ET SYSTÈMES D'INFORMATION)

Remarques et propositions complémentaires formulées par le Conseil d'Etat genevois

1. Modifications apportées à la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

Art. 12, al. 1

La révision proposée est saluée. La confusion, dans l'esprit des administrés ou de leurs mandataires, quant à l'autorité compétente est dès lors levée, seul le canton de résidence étant compétent pour recevoir la déclaration d'arrivée.

Art. 22, al. 2 à 4

La clarification apportée, selon laquelle les frais de détachement ne sont pas considérés comme faisant partie du salaire, est particulièrement bienvenue. En effet, elle fait partie des interrogations récurrentes des entreprises ou de leurs mandataires dès lors qu'à l'heure actuelle, l'articulation entre la LEtr, la loi fédérale sur les travailleurs détachés et le code des obligations n'est pas des plus claires. Toutefois, il serait souhaitable que les frais de détachement puissent être traités de façon cohérente de manière plus large encore dans les différents domaines du droit. En effet, les frais de détachement ne sont pas considérés comme éléments salariaux du point de vue du droit des étrangers, mais le sont du point de vue du droit social ou des assurances sociales.

Le nouvel alinéa 4 de l'article 22 LEtr est également soutenu. En effet, en cas de détachement de longue durée, et en particulier lorsque le centre de vie s'est déplacé en Suisse, on peut se demander pour quelle raison l'employeur est obligé de prendre en charge les frais de détachement. L'expérience montre que cette obligation représente un coût important et diminue de manière très claire l'attractivité de la place économique suisse. Les entreprises hésitent à détacher leurs employés en Suisse (et plus encore avec le franc fort) ce qui peut, à court et moyen termes, signifier que les entreprises multinationales préfèrent développer ou déplacer des activités à l'étranger, où il est plus aisé et en tout cas moins coûteux de détacher du personnel.

Si la durée du détachement est un critère facile à appliquer, il risque d'être insuffisant pour répondre de manière satisfaisante à tous les cas de figure qui peuvent se présenter.

Deux réflexions supplémentaires sont nécessaires afin de déterminer si un système simple (qui pourrait aussi inclure des montants forfaitaires) est préférable à un système plus précis, qui tienne, par exemple, aussi compte du centre de vie de la famille du détaché. Par conséquent, la formulation de l'alinéa 4 devrait être plus ouverte quant aux critères à développer et pourrait être libellé ainsi :

"Le Conseil fédéral peut, notamment en cas de détachement de longue durée, édicter des dispositions sur la durée de l'obligation de l'employeur de rembourser les dépenses liées au détachement."

Art. 30, al. 1, let. e^{bis}

Le nouvel article 30, alinéa 1, lettre e^{bis} et l'article 30, alinéa 1, lettre e (déjà existante) protégeront les personnes qui se prostituent en cas d'exploitation. La première disposition fait spécifiquement référence à cette profession, tandis que la seconde protège les victimes de traite d'êtres humains.

Il semble utile de modifier le texte du rapport explicatif (ch. 1.2.2, page 7) en ce sens que la protection ne vise pas que les femmes, mais bien toute personne exerçant la prostitution (hommes compris).

Art. 57a

Les mesures proposées n'appellent pas de commentaire étant donné qu'elles sont discutées depuis longtemps avec le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM). Ces enjeux d'assurances-qualité sont bien connus par le canton de Genève. La mise en œuvre de ces assurances-qualité reste encore à être affinée.

Art. 59a

Cette disposition suppose un renforcement des moyens de contrôle, notamment pour ce qui concerne la police, le corps des gardes-frontière, les autorités cantonales en charge des migrations et le SEM.

Cette mesure collective a pour objectif de lutter contre des abus isolés, avec pour conséquence la possibilité d'interdire à un groupe de réfugiés de rendre visite aux membres de leur famille restés dans leur région d'origine. L'application de cette mesure pourrait contrevenir aux droits fondamentaux suivants :

- **Egalité de traitement** (art. 8 CF) : dans la mesure où certaines nationalités (en particulier érythréennes et éthiopiennes) seront particulièrement visées par cette mesure
- **Interdiction de l'arbitraire** (art. 9 CF) : une mesure appliquée sans distinction, sans prise en compte des particularités du cas d'espèce, pourra déboucher sur un résultat choquant et insoutenable.
- **Liberté personnelle** (art. 10 CF) : une telle mesure limite incontestablement la liberté de mouvement des personnes visées, laquelle ne semble toutefois pas prévue par la Convention relative au statut de réfugiés du 28 septembre 1954 ou la LAsi en ce qui concerne les « *autres Etats, en particulier dans les pays limitrophes* ».
- **Droit d'être entendu** (art. 29 CF) : cette mesure limitera de jure la possibilité pour les personnes visées à ce que leur cause soit traitée équitablement, ainsi que le droit de participer à la procédure et d'influer sur le processus conduisant à la prise de décision.

Au demeurant, l'on peut s'interroger sur l'utilité – outre l'effet d'annonce – de la décision du DFJP en la matière, tant il est vrai que les moyens d'atteindre un pays étranger ne se limitent pas à un vol direct depuis la Suisse vers la destination finale.

Si cette disposition devait être maintenue dans la L'Etr révisée, il conviendrait à tout le moins d'autoriser des personnes à voyager dans un Etat touché par l'interdiction sur présentation d'une preuve que les membres de la famille proche y résident réellement et pas seulement lorsqu'il s'agit de raisons majeures (maladie grave ou décès d'un membre de la famille).

Art. 60, al. 2

Cette initiative paraît tout-à-fait judicieuse, étant rappelé que Genève connaît déjà, sous certaines conditions, le principe de l'aide au retour pour des personnes relevant de la LEtr.

Art. 65, al. 2 et 2^{bis}

Des impacts sur l'activité de la police et du corps des gardes-frontière sont à prévoir lors de la mise en application de ces dispositions.

Art. 80a, al. 1, let. a

Cette disposition de forme permet de combler un oubli concernant les détentions administratives spécifiques à la procédure Dublin.

Art. 104, al. 1 à 1^{ter}

Un accès aux données relatives à certains vols et aux données personnelles des passagers de ces vols est primordial afin de démasquer les "faux" requérants ou de débusquer des personnes visées par des mandats de l'autorité cantonale compétente en matière de séjour des étrangers.

Art. 109a, al. 2, let. d

L'accès aux données du C-VIS doit être accordé à la police, pour les demandes de réadmission par exemple.

Art. 109f et ss

L'établissement d'un nouveau système d'information destiné au soutien au retour (projet ADEYIA) est un projet du SEM qui a pour objectif la réalisation d'un système d'information couvrant la totalité des tâches relatives à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion et aux départs volontaires. Ce projet sera mis en place progressivement entre 2016 et 2019. Les autorités cantonales (polices et services des migrations) y auront accès. Un représentant de la police genevoise est actif au sein du groupe de travail.

Il serait souhaitable d'avoir confirmation que l'idée du système d'information destiné au soutien au retour est de remplacer les deux applications existantes "AURORA" et "AIDE AU RETOUR INDIVIDUEL" par une seule base de données. S'agissant de l'article 109g, alinéa 2, lettre d, il serait souhaitable de savoir si les viatiques octroyés directement par swissREPAT à l'aéroport sont compris dans la disposition.

S'agissant des tiers mandatés, au sens de l'article 109h, lettre e, et 109i, il semble important que ceux-ci ne puissent avoir qu'un accès limité en lecture et en écriture au système ADEYIA.

S'agissant de l'article 109g, lettre i, et de l'article 109h, lettres a à c, il serait judicieux que les autorités pénales, qui seront désormais amenées à prononcer des expulsions judiciaires, puissent avoir accès, en écriture et en lecture, au système ADEYIA. Elles pourraient ainsi saisir les décisions pénales rendues à l'encontre des étrangers, mais également être renseignées grâce à la base de données, sur les informations pertinentes dans le cadre de l'analyse de risques en lien avec la personne à expulser.

Enfin, s'agissant du financement du système ADEYIA, il y a lieu de partir du principe qu'une grande partie des données étant reprise directement de SYMIC, pour l'utilisation duquel les cantons contribuent déjà dans une large mesure, il n'y aura pas lieu de prélever des frais supplémentaires auprès des cantons.

Art. 115, al. 4

La révision de l'article 115 donne la possibilité de renoncer à une poursuite pénale pour infraction à la LEtr en cas de renvoi imminent ou prévu. Du point de vue de la lutte contre la traite des êtres humains, il n'est pas concevable qu'une victime de traite puisse toujours être sanctionnée pour infraction à la LEtr et se retrouve ainsi punie deux fois (voire trois fois si elle est expulsée contre sa volonté). Selon la Convention contre la traite des êtres humains (art. 26), la loi devrait être contraignante et interdire une poursuite pour infraction à l'article 115 LEtr envers une victime de traite d'êtres humains.

Par ailleurs, le nouvel article 115, alinéa 4, devrait également donner la possibilité à l'autorité pénale de renoncer à poursuivre des personnes pour infraction à l'article 115 LEtr si le règlement de leur séjour est en main de l'autorité cantonale compétente en matière de séjour des étrangers, ce qui aurait un impact positif autant sur les activités du Ministère public que sur celles de la police.

Il convient encore de s'interroger sur la rédaction proposée ("*pourra renoncer*"), qui ne semble pas s'accorder à la directive sur le retour et à la jurisprudence de la CJUE qui ne permettent pas de latitude de la part des autorités pénales lorsqu'il s'agit d'un séjour irrégulier. Enfin, la rédaction proposée nécessite une clarification :

- Que faut-il entendre par "*pendante*" ? Jusqu'à quelle échéance la procédure est-elle considérée comme pendante ? Quel rôle la collaboration de la personne joue-t-elle ? Le rapport explicatif indique en effet que si la procédure de renvoi échoue en raison du comportement de l'intéressé et que ce dernier fait l'objet d'une nouvelle interpellation, une peine privative de liberté au motif de séjour illégal peut être prononcée à son encontre et exécutée.
- Que faut-il entendre par "*échoue*" (cf. rapport explicatif, page 37) ? Une tentative de renvoi suffit-elle ? Ou faut-il tout mettre en œuvre (jusqu'à un vol spécial) afin d'attester des démarches effectuées en vue de l'éloignement de la personne ? Qu'en est-il s'il n'y a pas de possibilité d'effectuer le renvoi par vol spécial ?

2. Modifications apportées à la loi fédérale sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA)

Art. 4, al. 1, let. e

Il serait souhaitable de savoir à quel moment de la procédure les renseignements sonores auront lieu (au moment du dépôt de la demande ou au moment de la procédure de renvoi ?) et sur quel support ils seront enregistrés.

Art. 7b

La prise d'empreintes et de photographies par le SEM, dès le début du processus, ainsi que l'enregistrement de ces données et leur accessibilité faciliteront le travail des cantons en charge de l'exécution des renvois.

3. Modification apportées à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants

Art. 50a, al. 1, let. e, ch. 8

La modification de cet article était souhaitée de longue date par les offices cantonaux de migration. En effet, il leur est nécessaire d'obtenir des informations des services de l'AVS (surtout AI), lesquelles sont souvent déterminantes dans le cadre de l'instruction des dossiers de ressortissants étrangers. Il est primordial que les informations qui pourront être transmises aux autorités migratoires ne se limitent pas à la seule question des rentes AVS/AI et des prestations complémentaires, tel que cela semble ressortir du rapport explicatif. En effet, dans certains dossiers (surtout ceux des UE/ELE), il est impératif de savoir si une demande d'AI est en cours et surtout, de pouvoir recevoir, si ce n'est le questionnaire de demande d'AI déposé par l'étranger, au moins copie de la décision rendue par l'office AI. Les données qui y figurent sont souvent déterminantes pour la prise de décision en droit des étrangers, particulièrement dans le cadre des ressortissants UE/AELE qui peuvent potentiellement faire valoir un droit de demeurer.

4. Rapport explicatif**Ad ch. 1.2.3**

Certaines catégories de personnes exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative et/ou victimes de traite d'êtres humains (mendicité, prostitution notamment) pourraient tirer profit de cette aide, dont le principe paraît devoir être soutenu.

Ad ch. 1.2.7

Cette procédure est déjà appliquée à Genève.

Ad ch. 1.2.8

La question se pose de savoir si seul le corps des gardes-frontière pourra prendre une décision d'interdiction d'entrée ou de renvoi ou si cette possibilité pourra être étendue aux polices cantonales. L'opportunité d'une telle compétence étendue aux polices cantonales revêt une dimension politique prépondérante.

Ad ch. 1.2.9

L'ouverture d'un centre de renvoi de la Confédération sur sol genevois impliquera une augmentation du nombre de renvois effectués par la police genevoise, avec les impacts en besoin de ressources qui en découlent.

Ad ch. 1.2.11

Outre l'accès au système C-VIS, il paraît nécessaire que la police puisse accéder au système ORBIS.

Ad ch. 1.2.13

S'agissant de la question relative à l'accès aux banques de données, l'avant-projet de loi prévoit que fedpol obtiendra un accès direct au système API (Advanced Passengers Information). Or il convient de remarquer que, dans une perspective d'efficacité maximale de la prévention contre la criminalité internationale, les polices cantonales devraient elles aussi bénéficier d'un tel accès.