



4 août 2020

Commentaire des dispositions

Modification de l'ordonnance du DFJP
relative aux autorisations soumises à la procé-
dure d'approbation et aux décisions préalables
dans le domaine du droit des étrangers :
mise en œuvre des options d'action visant à res-
treindre l'aide sociale aux étrangers originaires
de pays tiers

1 Contexte

Le 15 janvier 2020, le Conseil fédéral a adopté un train de mesures de mise en œuvre complet visant à limiter les prestations d'aide sociale pour les étrangers ressortissants d'États tiers. À l'origine de ce train de mesures se trouve le postulat 17.3260 de la commission des institutions politiques du Conseil des États du 30 mars 2017 (Prestations de l'aide sociale octroyées à des ressortissants de pays tiers. Compétences de la Confédération), qui vise à examiner les possibilités offertes par la législation pour restreindre, voire exclure l'octroi de prestations de l'aide sociale aux ressortissants de pays tiers. En application de ce postulat, le Conseil fédéral a publié le 7 juin 2019 le rapport « Compétences de la Confédération en matière de prestations de l'aide sociale octroyées à des ressortissants de pays tiers »¹. Celui-ci constitue la base du train de mesures de mise en œuvre complet approuvé par le Conseil fédéral.

L'une desdites mesures vise à soumettre la prolongation de l'autorisation de séjour d'un étranger qui perçoit des prestations d'aide sociale substantielles à l'approbation du Secrétariat d'État aux migrations (SEM). Pour mettre en œuvre cette mesure, l'ordonnance du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers (RS 142.201.1 ; ci-après : ordonnance DFJP) doit être modifiée (ch. 2.2).

Indépendamment de cette mise en œuvre, la modification vise également l'approbation par le SEM de l'octroi d'une autorisation de séjour en remplacement d'une autorisation d'établissement révoquée (rétrogradation ; ch. 2.1).

Dans sa décision du 15 janvier 2020, le Conseil fédéral a chargé le DFJP de modifier l'ordonnance DFJP d'ici à fin septembre 2020. Étant donné la charge de travail très élevée tant pour le SEM que pour les cantons résultant de la situation exceptionnelle liée au COVID-19, le SEM a proposé à la cheffe du DFJP de repousser la date d'entrée en vigueur, proposition qu'elle a soutenue. En effet, cette modification nécessite à la fois la modification des directives SEM et une information aux cantons. De plus, la crainte a été émise que les étrangers qui perçoivent des prestations d'aide sociale importantes en raison de cette situation particulière voient la prolongation de leur autorisation refusée ; une entrée en vigueur en septembre 2020 pourrait alors être interprétée comme un signal que le SEM cherche à adopter une pratique plus stricte dans ce domaine. Enfin, un report de l'entrée en vigueur permet de prendre en compte l'avancement des travaux relatifs aux autres mesures de mise en œuvre approuvées par le Conseil fédéral. Par conséquent, il est proposé que la modification de l'ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

2 Commentaires des dispositions

2.1 Titre

En raison de sa longueur, l'ordonnance est abrégée en « ordonnance (du) DFJP » dans les directives du SEM et les décisions des autorités. Bien que ce titre court facilite la citation de l'acte, il n'est pas particulièrement précis.

Selon les directives sur la technique législative², tout titre court utilisé fréquemment, mais n'ayant pas d'existence officielle, devrait être officialisé lors d'une révision de l'acte (ch. 13). Partant, pour être précis et concis, il est proposé d'abrégier l'acte en « ordonnance du DFJP concernant l'approbation » et d'y ajouter un sigle (OA-DFJP). Un titre court et un sigle sont

¹ www.sem.admin.ch > Actualité > Communiqués de presse > 2019 > Options envisageables pour restreindre l'aide sociale octroyée aux ressortissants de pays tiers (07.06.2019)

² www.bk.admin.ch > Page d'accueil > Documentation > Accompagnement législatif > Directives sur la technique législative DTL

également proposés dans les langues allemande (*Verordnung des EJPD über das ausländerrechtliche Zustimmungsverfahren, ZV-EJPD*) et italienne (*ordinanza del DFGP concernente l'approvazione, OA-DFGP*).

2.2 Approbation en cas de rétrogradation (art. 3, let. g)

Lorsque les critères d'intégration définis à l'art. 58a LEI ne sont pas remplis, l'autorité migratoire cantonale peut révoquer l'autorisation d'établissement et la remplacer par une autorisation de séjour, ce qui constitue une rétrogradation. Elle n'a pas cette marge de manœuvre lorsque les conditions de révocation de l'autorisation d'établissement sont remplies et qu'une telle décision apparaît comme proportionnée (cf. directives SEM I.8.3.3). La rétrogradation est une possibilité qui existe depuis le 1^{er} janvier 2019.

L'instauration de cette obligation d'approbation est indépendante de la décision du Conseil fédéral du 15 janvier 2020. L'objectif est d'éviter, notamment pour la sauvegarde de la sécurité et de l'ordre publics, qu'un cas grave ne donne lieu qu'à une rétrogradation au lieu d'un renvoi de Suisse. Une telle procédure serait illégale. Le SEM a pour mission d'assurer une politique cohérente en matière d'étrangers et une application uniforme du droit des étrangers (art. 12, al. 1, let. a, de l'ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, Org DFJP ; RS 172.213.1). C'est le but que vise en particulier la procédure d'approbation (art. 99 LEI).

2.3 Approbation en cas de perception de prestations d'aide sociale considérables (art. 4, let. g)

La demande de prolongation de l'autorisation de séjour d'un étranger ayant perçu des prestations d'aide sociale atteignant ou dépassant les limites fixées dans l'ordonnance du DFJP devra être soumise à l'approbation du SEM.

L'art. 86, al. 2, let. a, de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201) prévoit déjà que le SEM refuse de donner son approbation au renouvellement d'une autorisation de séjour lorsque des motifs de révocation existent contre une personne (p. ex. la dépendance à l'aide sociale). Or, à l'heure actuelle, seule la prolongation de l'autorisation de séjour d'un étranger qui attende de manière grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse doit être soumise à l'approbation du SEM (cf. art. 3, let. b, ordonnance DFJP). Lorsque les autres motifs de révocation existent contre une personne, notamment la dépendance à l'aide sociale, les autorités ne doivent pas soumettre ces cas à la procédure d'approbation (ils le peuvent bien entendu dans le cadre de l'entraide administrative).

La présente modification tend donc à remédier à cette situation en rendant obligatoire l'approbation du SEM à la prolongation de l'autorisation de séjour lorsque les prestations sociales perçues durant un laps de temps donné précédant la demande atteignent un certain montant (seuil). Ainsi, les cantons examineront les dossiers avec encore plus de soin qu'auparavant avant de les transmettre au SEM.

Étant donné que la durée moyenne durant laquelle les ressortissants de pays tiers perçoivent des prestations de l'aide sociale est de 28 mois³ (à l'exclusion des ménages composés d'un couple avec une seule personne d'un pays tiers) et que, tout dossier confondu (célibataires, couples mariés et familles), ces prestations calculées selon les normes CSIAS s'élèvent en

³ Bureau BASS, Recours à l'aide sociale des étrangères et des étrangers d'Etats tiers: analyses statistiques, Rapport final, p. 44 ss, sous : <https://www.buerobass.ch/fr/> > Domaines d'activités > Égalité et équité > Migration, intégration

moyenne à environ 1 500 francs par mois, le seuil de matérialité est atteint à 40 000 francs pour tous les cas dépassant cette durée.

Il est donc proposé de fixer deux seuils différents, l'un pour les ménages d'une seule personne, fixé à 50 000 francs et l'autre pour les ménages de plusieurs personnes (couples avec ou sans enfants), fixé à 80 000 francs. Sont prises en compte dans le calcul du seuil, les prestations financières définies par le canton en question comme de l'aide sociale et obtenues durant les trois dernières années précédant la date d'échéance du titre de séjour. Les cantons définissant les coûts de l'aide sociale de manière différente, le SEM va élaborer, en collaboration avec l'ASM, la CSIAS et la CDAS, des recommandations sur un concept uniforme des cantons pour l'application des mesures prévues par le droit des étrangers en cas de dépendance à l'aide sociale (autre mesure du paquet de mise en œuvre complet).

Bien évidemment, une dépendance à l'aide sociale a été reconnue dans des cas portants sur des montants inférieurs aux seuils susmentionnés. Cependant, en les fixant ainsi, ces seuils permettent, d'une part, au SEM d'exercer sa fonction de surveillance tout en évitant une surcharge bureaucratique et, d'autre part, aux autorités migratoires cantonales de garder une grande marge de manœuvre, ces dernières n'étant obligées de soumettre que les cas importants à l'approbation du SEM, c'est-à-dire ceux où les montants en question sont élevés. Le SEM aura alors la possibilité de limiter l'approbation dans le temps ou de l'assortir de conditions et de charges. L'autorité cantonale peut bien entendu, sous réserve du respect du principe de la proportionnalité, refuser la prolongation d'une autorisation de séjour, ou la révoquer avant que les seuils fixés soient atteints si elle constate que l'étranger dépend de l'aide sociale.

Avec cette mesure, le SEM pourra être à même d'assurer une pratique cohérente en matière d'aide sociale (art. 12, al. 1, let. a, Org DFJP), de freiner une trop forte dépendance à l'aide sociale (motif de révocation de l'autorisation de séjour) en prenant les mesures adéquates et également de procéder à des évaluations statistiques.

Le montant de chaque seuil pourra être modifié compte tenu des futures recommandations du SEM définissant une conception uniforme des coûts de l'aide sociale dans tous les cantons lors de l'adoption de mesures concernant les étrangers et du projet de modification de la LEI.

Les ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE ne sont pas concernés par cette disposition (cf. postulat 17.3260 de la commission des institutions politiques du Conseil des États du 30 mars 2017 *Prestations de l'aide sociale octroyées à des ressortissants de pays tiers. Compétences de la Confédération*).

3 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération et les cantons

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications n'ont pas de conséquences en matière de finances.

L'obligation de soumettre les cas de rétrogradation au SEM entraînera une légère augmentation de la charge de travail. Quant à la charge de travail induite par l'obligation de soumettre au SEM les cas de perception de prestations d'aide sociale considérables, elle ne peut pas être estimée à l'heure actuelle, mais devrait entraîner une augmentation du nombre de cas à traiter d'environ un cinquième. La charge de travail occasionnée pourra être absorbée par les collaborateurs qui sont déjà chargés de la procédure d'approbation.

3.2 Conséquences pour les cantons

Les modifications n'ont pas de conséquence en matière de finances. Néanmoins, si le SEM refuse d'approuver la prolongation de l'autorisation de séjour d'une personne qui dépend de

l'aide sociale, le canton concerné verra théoriquement le montant total de ses prestations sociales diminuer. Une telle diminution dépend cependant de chaque cas individuel et, par conséquent, est difficile à quantifier.

Les modifications n'ont pas de conséquence en matière de personnel.

4 Aspects juridiques

L'art. 99 LEI octroie au Conseil fédéral la compétence de déterminer les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour et d'établissement ainsi que les décisions préalables en matière de marché du travail doivent être soumises à la procédure d'approbation. Le Conseil fédéral a délégué cette compétence au DFJP (art. 85, al. 2, OASA). Cette sous-délégation permet au DFJP d'ajouter de nouveaux cas à soumettre à l'approbation du SEM.