



Circulaire

Aux : - Autorités cantonales compétentes en matière de marché du travail
- Autorités cantonales compétentes en matière de migration

Lieu, date : Berne-Wabern, 4 mars 2011

Référence du dossier : COO.2180.101.7.146005 / 521.23/2005/00800

Mise en œuvre du train de mesures du Conseil fédéral du 24 février 2010

Madame, Monsieur,

Le 24 février 2010, le Conseil fédéral a proposé un catalogue de mesures destinées à améliorer l'application de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). La mise en œuvre de l'ALCP comprend trois volets : les mesures visant à lutter contre la perception indue ou abusive de prestations sociales (1.), les mesures dans le domaine du droit de séjour (2.) et les mesures de protection contre le dumping salarial et social (3.).

1. Mesures de lutte contre la perception indue ou abusive de prestations sociales

L'ALCP règle en premier lieu les droits de séjour des travailleurs et des membres de leur famille, qui peuvent également déboucher par la suite sur des prétentions envers les œuvres sociales (sécurité sociale et aide sociale). L'ALCP n'offre par contre aucune protection aux personnes sans activité lucrative qui touchent des prestations sociales et veulent rester en Suisse. L'échange de données émanant des autorités compétentes en matière de migration destinées aux autorités compétentes en matière de marché du travail vise en premier lieu à mettre fin au séjour en Suisse en cas de dépendance durable des œuvres sociales. Pour être en mesure de mettre fin au séjour, les autorités compétentes en matière de migration doivent cependant avoir été informées par les caisses d'assurance-chômage de la perception de prestations sociales (indemnités d'assurance-chômage). Si les cas d'abus sont certes assez rares, ils n'en nourrissent pas moins largement le débat politique et sont ainsi de nature à réduire durablement la confiance vouée aux œuvres sociales.

a) En cas de perte de la qualité de travailleur salarié, retrait du droit de séjour et du droit aux prestations d'aide sociale après six mois

Les ressortissants d'une partie contractante (ici de l'UE) ont le droit, en vertu de l'art. 2 annexe I ALCP, de demeurer six mois en Suisse en tant que chercheurs d'emploi. En outre, à l'issue d'un contrat de travail inférieur à une année, ils peuvent encore rester en Suisse durant six mois afin de trouver un emploi.

En vertu du droit communautaire (directive 2004/38/CE), le statut de travailleur est conservé pendant au moins six mois si le demandeur d'emploi se trouve en chômage dûment constaté à la fin d'un contrat de travail de durée déterminée inférieure à un an ou après avoir été involontairement au chômage pendant les douze premiers mois et s'est fait enregistrer en qualité de demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi compétent (art. 7, al. 2, let. c, de la directive). Pour l'essentiel, la réglementation du droit communautaire correspond à l'art. 2, annexe I, ALCP. Le titulaire d'une autorisation de séjour de courte durée (L) peut séjourner en Suisse pendant six mois supplémentaires pour y chercher un emploi, à la suite de quoi il perd sa qualité de travailleur salarié.

Mise en œuvre :

De manière analogue au droit communautaire, cette réglementation devra désormais également être applicable à une personne involontairement au chômage pendant les douze premiers mois et enregistrée en qualité de demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi compétent. Dans ce cas, la personne perdra sa qualité de travailleur après six mois. Les bases légales nécessaires à la transmission de ces cas aux autorités compétentes en matière de migration sont en cours de préparation dans le cadre de la mise en place de l'échange d'informations susmentionné. Ainsi, il sera possible d'examiner le retrait d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation de courte durée.

De plus, l'art. 24, al. 3, annexe I, ALCP (en relation avec la première note infrapaginale de l'annexe II ALCP) prescrit que les personnes ayant occupé un emploi d'une durée inférieure à un an sur le territoire d'une partie contractante peuvent y séjourner, pourvu qu'elles répondent aux conditions de séjour fixées pour les personnes sans activité lucrative (notamment, disposer de ressources financières suffisantes), compte tenu des indemnités de chômage auxquelles elles ont éventuellement droit.

b) Pas d'octroi de l'autorisation d'établissement après cinq ans si le chômage dure plus de douze mois

L'art. 6, al. 1, annexe I, ALCP permet, lors du premier renouvellement d'une autorisation de séjour B établie pour une durée de cinq ans, de limiter sa durée de validité à seulement douze mois lorsque son titulaire se trouve en situation de chômage involontaire depuis plus de douze mois consécutifs. S'il reste au chômage, il perd le droit au renouvellement de son autorisation de séjour. En contrepartie, plusieurs accords d'établissement conclus avec des Etats membres de l'UE prévoient l'octroi d'une autorisation d'établissement en Suisse après cinq ans.

Dans de tels cas, il existe donc un conflit entre l'ALCP et les accords d'établissement. L'art. 22, al. 2, ALCP dispose qu'en cas d'incompatibilité entre de tels accords et l'ALCP, ce dernier prévaut. Les cantons chargés d'appliquer le droit de séjour ont dès lors la possibilité, dans ces cas (cf. art. 6, al. 1, annexe I, ALCP) de refuser

temporairement l'octroi d'une autorisation d'établissement en dépit de dispositions contraires convenues dans un accord d'établissement. Supposer qu'un accord d'établissement, conclu dans des circonstances tout à fait différentes et, parfois, à d'autres fins, prévalût, impliquerait que la Suisse accordât de plus vastes droits aux citoyens de l'UE que n'en prévît l'acquis, à la date de conclusion de l'ALCP, en faveur de ses Etats membres.

Mise en œuvre :

Lorsqu'ils se retrouvent confrontés à l'un des cas susmentionnés, les cantons doivent renoncer à l'octroi d'une autorisation d'établissement (C-UE/AELE) et prolonger l'autorisation de séjour B-UE/AELE d'une année uniquement. Les conditions du droit de séjour et de l'intégration professionnelle doivent être révérifiées après un an. La mise en œuvre systématique de cette mesure suppose à nouveau que les caisses de chômage transmettent les cas (chômage de plus d'un an) aux autorités compétentes en matière de migration.

c) Echanges d'informations entre les autorités d'exécution de l'assurance-chômage, les autorités d'aide sociale et les autorités compétentes en matière de migration

Les autorités d'exécution de la législation sur l'assurance-chômage (AC) devraient pouvoir fournir les informations ayant une incidence sur le droit de séjour, sur demande, aux autorités compétentes en matière de migration. Elles devraient notamment annoncer les citoyens de l'UE/AELE qui se sont vu refuser le droit à des indemnités de l'AC ou ceux ayant connu une période de chômage de douze mois au moins juste avant la prolongation de leur autorisation de séjour UE/AELE. Une mise en œuvre efficace de cette proposition n'est possible que si les caisses de chômage sont en mesure de fournir ces indications aux services de migration.

Mise en œuvre de la mesure :

Avant de mettre en œuvre cette mesure, il faut créer les bases légales nécessaires pour garantir l'échange d'informations entre les caisses de chômage et les autorités compétentes en matière de migration. Des bases légales ont été proposées dans le cadre de la révision partielle de la LEtr (art. 97, al. 3, let. e, LEtr et art. 82, al. 6, OASA) et d'une révision de la loi sur l'assurance-chômage (art. 97a, al. 1, let. b^{ter}, LACI). L'adaptation de la LEtr et de la LACI s'inscrit dans le cadre de la révision en cours de la loi sur l'asile (LAsi). Le 26 mai 2010, le Conseil fédéral a adopté le message correspondant à l'intention du Parlement. Comme le Parlement a entre-temps renvoyé le projet au Conseil fédéral, le projet de loi est actuellement en train d'être remanié par le DFJP (ODM). Aussi est-il difficile, à l'heure actuelle, de prévoir avec certitude la date d'entrée en vigueur de la base légale nécessaire à cet échange de données.

La révision partielle de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) doit permettre de déterminer les différents cas de transmission des données et de définir clairement l'échange de données. Par décision du 20 juin 2010, le Conseil fédéral a soumis la révision partielle de l'OASA à une large consultation. Comme l'introduction d'un échange automatique de données n'a pas obtenu de majorité lors de la consultation, les échanges de données ne pourront avoir lieu que sur demande expresse. L'ODM va maintenant élaborer une disposition spécifique dans l'OASA.

La transmission de données dans le domaine de l'aide sociale est aujourd'hui déjà réglée au niveau de la loi (art. 82, al. 5, OASA et art. 97, al. 3, LEtr), si bien qu'aucune nouvelle réglementation n'est nécessaire.

d) Lutte contre les abus dans la totalisation des droits en matière d'assurance-chômage: totalisation

Le principe de la totalisation des périodes de cotisation en droit des assurances sociales veut qu'il suffise, en théorie, d'être employé en Suisse pendant un jour pour obtenir des indemnités de chômage sur la base du principe de la totalisation. Depuis le 1^{er} juin 2009, le principe de la totalisation s'applique également aux séjours de courte durée (L) effectués par des ressortissants des Etats de l'UE-17. L'expérience montre cependant que peu de citoyens de l'UE/AELE en font usage (602 personnes en 2010). Cette réglementation peut avoir pour conséquence que des personnes venant de l'étranger, pour exercer un emploi de très courte durée en Suisse, cherchent surtout à pouvoir profiter des prestations de l'assurance-chômage.

Mise en œuvre :

Pour prévenir les abus, les caisses de chômage sont tenues de soumettre au SECO les cas des personnes dont la durée de cotisation en Suisse est inférieure à un mois. Cette mesure est en vigueur depuis début 2010. Le SECO vérifie si les ressortissants de l'UE/AELE commettent un abus de droit s'ils tombent au chômage après un séjour en Suisse inférieur à un mois et si le cumul des périodes de cotisation à l'étranger (principe de la totalisation) leur permet de prétendre à des indemnités de chômage en Suisse.

2. Mesures contre les prétentions indues ou abusives en matière de droit de séjour

L'ALCP n'accorde pas de droit de séjour inconditionnel. En effet, le droit au séjour est en principe lié à la qualité de travailleur salarié. Au sens de l'ALCP, est réputée travailleur salarié toute personne exerçant effectivement une activité économique pour un employeur. Les indépendants et les personnes sans activité lucrative, quant à eux, doivent disposer de ressources financières suffisantes.

a) Autorisations de séjour de courte durée aux travailleurs temporaires

L'ALCP fait en principe une distinction entre le contrat-type de durée indéterminée conclu avec un bailleur de services et le contrat de mission. Le type d'autorisation correspondante dépend de la durée du contrat de mission. Si celle-ci est supérieure à un an ou si le contrat de travail est de durée indéterminée, une autorisation de séjour B doit être délivrée. Dans les faits, toutefois, la plupart des contrats de mission ont une durée inférieure à un an. Dans ce cas, il convient d'établir une autorisation de séjour de courte durée L et de limiter systématiquement sa validité à la durée de la mission.

Mise en œuvre :

Cette mesure vise en premier lieu à appliquer systématiquement le droit en vigueur. En principe, les contrats de travail dans le domaine de la location de services sont toujours conclus pour une durée limitée. A l'avenir, les autorités cantonales compétentes en matière de migration devront systématiquement délivrer une autorisation L dans les cas où un contrat de travail s'avère de facto être un contrat de durée limitée.

b) Pas de regroupement familial sans logement acceptable

Le droit au regroupement familial est acquis sous réserve que les personnes qui exercent une activité lucrative disposent d'un logement considéré comme normal pour y accueillir les membres de leur famille (art. 3, annexe I, ALCP). Cette mesure doit être appliquée de manière non discriminatoire. L'examen des moyens financiers dont disposent les travailleurs salariés peut donc se faire par le biais de l'exigence du logement adéquat, le regroupement familial étant refusé dans les cas flagrants.

Mise en œuvre :

Cette mesure vise en premier lieu à appliquer systématiquement le droit déjà en vigueur. Les autorités cantonales d'exécution sont donc invitées à mettre en œuvre cette pratique de manière systématique et à vérifier davantage le critère du logement acceptable même pour les ressortissants de l'UE/AELE.

c) Lutte contre les mariages de complaisance

Une autre marge de manœuvre existe dans le secteur de la lutte contre les abus liés aux mariages de complaisance. Les mariages de complaisance reconnus comme illicites excluent le droit de séjour en Suisse.

Mise en œuvre :

Cette mesure vise en premier lieu à appliquer systématiquement le droit déjà en vigueur. Les autorités cantonales d'exécution sont invitées à effectuer, en collaboration avec les offices de l'état civil, davantage de contrôles auprès des ressortissants de l'UE/AELE et à vérifier que les mariages conclus ne sont pas des mariages de complaisance. Dans ce contexte, les offices de l'état civil bénéficieront d'un droit d'accès élargi aux données de SYMIC à partir du 1^{er} janvier 2011.

d) Ressources financières des personnes sans activité lucrative

L'ALCP exige des personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative qu'elles prouvent qu'elles disposent de ressources financières suffisantes. Les autorités cantonales d'exécution peuvent contrôler après deux ans de quelles ressources financières ces personnes disposent.

Mise en œuvre :

En cas de doute, il est possible de contrôler après deux ans de quelles ressources financières elles disposent. En règle générale, il convient d'effectuer des contrôles plus stricts. Les cas de rigueur peuvent être pris en compte de manière adéquate au cas par cas.

3. Mesures de protection contre le dumping salarial et social

Les mesures d'accompagnement ont été introduites parallèlement à la libre circulation des personnes afin d'éviter une mise sous pression des salaires en Suisse.

Le Conseil fédéral estime en outre nécessaire d'adopter les mesures suivantes :

a) Contrat-type de travail pour les personnes employées par des ménages

Plusieurs études confirment que les salaires des personnes employées par les ménages sont souvent inférieurs aux conditions de rémunération usuelles dans l'économie domestique. Les cantons observent par ailleurs qu'un nombre croissant de

personnes en provenance de pays à bas salaires sont affectées à des tâches ménagères dans des ménages privés. L'introduction d'un contrat-type de travail (CTT) pour les personnes employées par des ménages doit permettre d'empêcher que des personnes provenant, en particulier, des nouveaux Etats membres de l'UE entrent en Suisse et y travaillent pour un salaire inférieur aux conditions de rémunération usuelles du lieu et de la branche.

Mise en œuvre :

Le Conseil fédéral a adopté le CTT le 20 octobre 2010 et il a fixé son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011. Sa durée de validité est de trois ans et le CTT prendra donc fin le 31 décembre 2013. Il s'applique aux rapports de travail des employés de maison dont le taux d'occupation chez un même employeur s'élève au moins à cinq heures par semaine en moyenne. Son champ d'application géographique couvre l'ensemble de la Suisse, à l'exception du canton de Genève, qui a déjà introduit un CTT fixant des salaires minimaux pour les personnes employées dans des ménages privés.

b) Sanctions dans le cadre d'un contrat-type de travail

Un contrat-type de travail (CTT) prévoyant un salaire minimal contraignant peut être fixé conformément à l'art. 360a CO. L'absence de bases légales pour sanctionner l'employeur en cas de violation des conditions de rémunération pose cependant un problème.

Mise en œuvre :

Trois cantons ont introduit un CTT fixant des salaires minimaux juridiquement contraignants. Les contrôles effectués en 2009 par les cantons de Genève et du Tessin leur ont permis de constater un certain nombre d'infractions aux dispositions relatives aux salaires minimaux (dans le domaine des instituts de beauté dans le canton de Genève et des Call Centers dans le canton du Tessin). Les résultats de ces contrôles ont été transmis au SECO. Le SECO a convenu avec ces cantons que des contrôles complémentaires seraient effectués en 2010 dans les secteurs concernés afin de disposer de données plus précises collectées au cours d'une période suffisamment longue. Le Tessin a soumis un nouveau rapport de contrôles en 2010 dans le domaine des Call Centers et a procédé à des contrôles dans le domaine des instituts de beauté. Ces prochains mois, le SECO analysera la situation et évaluera la problématique de l'absence de moyens permettant de sanctionner les employeurs suisses qui enfreignent les dispositions contraignantes relatives aux salaires minimaux. Il discutera également de la pertinence de prendre d'éventuelles mesures ou de modifier la loi. Il faut cependant encore relever que, jusqu'à présent, ni les associations qui défendent les intérêts des employeurs ni celles représentant des travailleurs n'ont jamais ouvert d'actions en vertu de l'art. 360e CO, visant à faire respecter les dispositions d'un CTT prévoyant un salaire impératif.

c) Renforcement des contrôles dans le cadre des mesures d'accompagnement

Dans le cadre d'une révision de l'ordonnance sur les travailleurs détachés, des prescriptions quantitatives en matière de contrôles ont été fixées et l'indemnisation des partenaires sociaux pour les activités de contrôle a été élargie aux prises d'emploi à court terme. Le nombre de contrôles a été ajusté au nombre des personnes exerçant une activité lucrative (augmentation de 20 % des contrôles, qui sont passés de 22 500 à 27 000 par année). En parallèle, cet objectif quantitatif a été fixé pour la première fois dans l'ordonnance sur les travailleurs détachés. Plusieurs branches économiques

ayant étendu le champ d'application de la convention collective de travail (CCT) connaissent un grand nombre de prises d'emploi à court terme par des travailleurs étrangers engagés par des employeurs suisses. Cette situation entraîne des contrôles supplémentaires pour les partenaires sociaux responsables de l'exécution des CCT. Aussi un système d'indemnisation des partenaires sociaux pour les frais non couverts par la Confédération ou les cantons a-t-il été introduit pour permettre le contrôle des prises d'emploi à court terme.

Mise en œuvre :

Cette mesure est déjà entrée en vigueur le 1er janvier 2010. Le SECO publie un rapport annuel sur la mise en œuvre des mesures d'accompagnement par les commissions tripartites cantonales et les commissions paritaires. Un rapport sur les répercussions de ces mesures supplémentaires sera remis en mai 2011.

d) Lutte contre l'indépendance fictive

Les prestataires de services indépendants provenant de l'étranger qui fournissent une prestation en Suisse ne sont pas soumis à la loi sur les travailleurs détachés, car ils ne sont pas assimilables à des travailleurs. Contrairement aux travailleurs détachés, les prestataires de services indépendants ne sont donc pas soumis aux conditions de rémunération et de travail minimales suisses. Lorsque des prestataires de services indépendants ne sont pas en mesure d'apporter la preuve de leur indépendance en Suisse, ils sont considérés comme pseudo-indépendants. L'indépendance fictive a pour effet que les personnes pseudo-indépendantes ne sont pas couvertes par les normes de protection du droit du travail et du droit des assurances sociales. Par ailleurs, l'indépendance fictive provoque des distorsions de la concurrence. L'expérience des organes d'exécution a montré que l'indépendance fictive constitue une stratégie fréquemment utilisée par les employeurs dans le but d'é luder les conditions minimales de travail et de salaire applicables en Suisse. L'indépendance fictive est un phénomène récurrent.

Mise en œuvre :

Le SECO, assisté par un groupe de travail composé de représentants des organes chargés de l'exécution de la loi sur les travailleurs détachés, a élaboré une directive décrivant la marche à suivre pour vérifier l'indépendance des prestataires de services étrangers. Cette directive est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. De plus, le SECO a examiné d'autres mesures de lutte contre l'indépendance fictive avec l'appui d'un groupe de travail constitué de représentants des cantons, des partenaires sociaux ainsi que de commissions paritaires. D'ici fin juin 2011, ce groupe de travail aura analysé l'étendue de la problématique de l'indépendance fictive ainsi que les possibilités de mettre en œuvre d'autres mesures de lutte contre ce phénomène.

e) Lutte contre les abus liés à la législation sur le détachement de personnel

En détachant du personnel en Suisse, les employeurs étrangers doivent respecter des conditions minimales de travail et de rémunération. Pour compenser les différences de salaire entre la Suisse et l'étranger, le salaire de base doit être complété par des indemnités de détachement. Certains employeurs étrangers sont amenés à verser à leurs employés détachés un salaire de base relativement peu élevé et prennent à leur charge des frais importants pour lesquels ils ne versent pas de contributions sociales aux assureurs sociaux étrangers. Cette situation fausse la concurrence, puisque les

employeurs suisses versent les cotisations sociales sur la totalité du salaire. Il est donc indiqué de vérifier comment prévenir d'éventuels abus.

Mise en œuvre :

Le SECO examine comment prévenir les cas d'abus en se basant sur la directive « Procédure de comparaison internationale des salaires » du 11 novembre 2008. Un certain nombre de compléments à la directive sont prévus en 2011.

f) Mesures supplémentaires ayant trait à la location de services

L'Union Suisse des Services de l'emploi (USSE, Swisstaffing) ainsi que les syndicats Unia, Syna, sec suisse et Employés Suisse ont conclu en 2008 la Convention collective de travail (CCT) Location de services. Les partenaires contractuels ont déposé une demande d'extension du champ d'application de leur CCT. Quelque 200 oppositions ont été formées à l'encontre de cette demande.

Mise en œuvre :

La procédure est encore pendante. La CCT Location de services renforcerait les mesures d'accompagnement. Actuellement, ce processus stagne du fait qu'à la suite des oppositions formées, les partenaires sociaux n'ont à ce jour pas réussi à se mettre d'accord sur un point essentiel. S'ils parviennent à trouver un terrain d'entente, ils devront déposer une nouvelle demande de CCT, puisque la demande initiale aura été complétée et/ou modifiée.

4. Contrôle de l'immigration

La législation suisse sur les étrangers repose sur un système d'admission dual, qui part du principe que les besoins de main-d'œuvre qualifiée et moins qualifiée de l'économie doivent en premier lieu être comblés par l'immigration en provenance de l'UE/AELE induite par l'ALCP. Dans ce contexte, la main-d'œuvre en provenance d'Etats tiers ne devrait être admise qu'à titre subsidiaire sur le marché intérieur du travail. De plus, l'admission devrait en principe se limiter aux travailleurs qualifiés ainsi qu'aux spécialistes (cf. art. 22 et 23 LEtr).

a) ALCP - Maintien des contingents pour les ressortissants roumains et bulgares

En vertu du Protocole II de l'ALCP, la Suisse peut prolonger vis-à-vis de la Bulgarie et de la Roumanie certaines restrictions concernant l'accès au marché du travail. Cette possibilité existe pendant une période transitoire d'au maximum sept ans qui prendra fin au plus tard en 2016. Le Conseil fédéral examinera en temps utile (soit en 2011 ou en 2014) s'il entend faire usage de cette possibilité.

Mise en œuvre :

Le Conseil fédéral décidera en mai 2011 s'il entend prolonger les délais transitoires appliqués à l'égard de la Roumanie et de la Bulgarie.

Par la présente circulaire, nous souhaitons inviter l'ensemble des autorités chargées d'appliquer l'accord sur la libre circulation des personnes à mettre en œuvre les mesures décrites de manière systématique. La nouvelle pratique entre en vigueur avec effet immédiat et s'applique à toutes les requêtes en cours et à venir. Les chapitres correspondants de nos directives (OLCP) seront prochainement modifiés en conséquence.

En vous remerciant de votre précieux soutien, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Office fédéral des migrations
ODM

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction du travail

Alard du Bois-Reymond
Directeur

Serge Gaillard
Chef de la Direction du travail

Copie pour information à:

- Secrétariat AOST
- Secrétariat ASM