



Berne, le 27 octobre 2021

Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)

**Admission facilitée pour les étrangers titulaires d'un diplôme d'une
haute école suisse**

**Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de consultation**

Aperçu

La proposition de modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) vise à mettre en œuvre la motion 17.3067 Dobler « Si la Suisse paie la formation coûteuse de spécialistes, ils doivent aussi pouvoir travailler ici », dont l'auteur demande que les ressortissants d'États tiers formés dans une université ou une haute école suisse ne soient pas imputés sur les nombres maximaux annuels d'autorisations de séjour lorsque leur activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

Contexte

La motion 17.3067 Dobler « Si la Suisse paie la formation coûteuse de spécialistes, ils doivent aussi pouvoir travailler ici » du 7 mars 2017 a été adoptée par le Conseil national le 20 septembre 2018 et par le Conseil des États le 19 mars 2019. Elle charge le Conseil fédéral de modifier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) afin de créer les conditions nécessaires pour que les ressortissants d'États tiers qui ont été formés dans des universités cantonales ou des écoles polytechniques fédérales et qui y ont obtenu un master ou un doctorat dans un domaine qui souffre d'une pénurie avérée de personnel qualifié puissent rester en Suisse facilement et sans formalités excessives afin d'y exercer une activité lucrative. Cet objectif doit être atteint en dérogeant aux nombres maximums annuels d'autorisations de séjour octroyées pour l'exercice d'une activité lucrative.

La motion est fondée sur le fait que les ressortissants d'États tiers formés en Suisse quittent le pays parce qu'ils n'ont pas pu être engagés, en raison de contingents épuisés. L'auteur de la motion estime qu'il s'agit là d'une perte pour le marché du travail suisse, notamment au vu de la pénurie de main-d'œuvre. Cette situation doit tout particulièrement être évitée dans les domaines MINT (mathématiques, informatique, sciences naturelles et technique).

Contenu du projet

Pour des raisons de systématique, déroger aux nombres maximums annuels en procédant aux modifications d'ordonnance (OASA) proposées dans la motion n'est pas judicieux. Dans le cadre de l'OASA, le Conseil fédéral n'a jusqu'à présent exempté des nombres maximums que deux types de séjours de courte durée avec activité lucrative. Toutes les autres exceptions aux conditions d'admission prévues en faveur de catégories de personnes déterminées sont réglées de manière exhaustive dans la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI). Il convient de s'en tenir à ce principe. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de modifier la LEI. Selon le droit en vigueur, les étrangers titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse peuvent déjà être admis sur le marché du travail sans être soumis à la préférence des travailleurs en Suisse lorsque leur activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

La création d'une nouvelle exception aux nombres maximums, réclamée par l'auteur de la motion, est en contradiction avec l'art. 121a, al. 2, de la Constitution fédérale, lequel prévoit que le nombre d'autorisations de séjour délivrées aux étrangers qui entrent en Suisse doit être limité par des plafonds (nombres maximums) et des contingents annuels. Cependant, le Parlement a mis en œuvre cet article constitutionnel en instaurant une simple obligation d'annoncer les postes vacants et a explicitement renoncé à contingenter complètement l'immigration. Dans de nombreux cas, les autorisations délivrées aux étrangers qui entrent en Suisse restent donc exemptées des limitations quantitatives. Qui plus est, le Parlement a transmis la motion en connaissance de l'art. 121a Cst.

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Le 7 mars 2017, le conseiller national Marcel Dobler a déposé la motion 17.3067 « Si la Suisse paie la formation coûteuse de spécialistes, ils doivent aussi pouvoir travailler ici ». Cette dernière a été adoptée le 20 septembre 2018 par le Conseil national et le 19 mars 2019 par le Conseil des États. Elle charge le Conseil fédéral de modifier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)¹ afin de créer les conditions nécessaires pour que les ressortissants d'États tiers qui ont été formés dans des universités cantonales ou des écoles polytechniques fédérales et qui y ont obtenu un master ou un doctorat dans un domaine qui souffre d'une pénurie avérée de personnel qualifié puissent rester en Suisse facilement et sans formalités excessives afin d'y exercer une activité lucrative. Cet objectif doit être atteint en dérogeant aux nombres maximums d'autorisations de séjour octroyées pour l'exercice d'une activité lucrative. La motion doit être mise en œuvre de telle sorte que l'admission facilitée ne concerne que les personnes dont l'activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

L'auteur de la motion estime qu'il faut empêcher que les jeunes spécialistes provenant de pays tiers et formés en Suisse à grands frais quittent notre pays parce qu'ils n'ont pas pu être engagés, en raison de contingents épuisés, directement après leur diplôme. Selon lui, ce cas de figure se produit notamment dans les cantons ayant un grand besoin de main-d'œuvre qualifiée. Les spécialistes formés en Suisse trouvent un premier emploi à l'étranger et s'avèrent alors perdus pour le marché du travail suisse, à moyen et long termes. Doivent notamment être exemptés des nombres maximums les travailleurs des domaines MINT (mathématiques, informatique, sciences naturelles et technique) et du domaine de la médecine.

Le Conseil fédéral avait proposé de rejeter la motion. Selon lui, déroger aux nombres maximums irait à l'encontre de l'actuel système d'admission binaire et réduirait la marge de manœuvre dont il dispose pour gérer l'immigration. Qui plus est, les ressortissants d'États tiers diplômés d'une haute école suisse bénéficient déjà de facilités d'admission. En effet, ils ne sont pas soumis à la préférence des travailleurs en Suisse et des ressortissants de l'UE/AELE si leur activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

Modifier l'art. 21 OASA comme le propose l'auteur de la motion ne permettrait cependant pas de déroger aux nombres maximums annuels. Les exceptions à l'imputation sur les nombres maximums prévues par cette disposition ne se réfèrent pas à un motif d'admission particulier mais concernent deux cas de figure : le départ de Suisse de l'intéressé dans les 90 jours qui ont suivi le début de l'activité lucrative et la renonciation à exercer l'activité lucrative autorisée. L'art. 20 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration² (LEI) est une disposition potestative qui permet donc au Conseil fédéral de renoncer aux nombres maximums pour certaines catégories d'étrangers. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'a fait usage de cette possibilité que pour les étrangers qui exercent une activité lucrative pour une courte durée (art. 19, al. 4, OASA). Toutes les autres dérogations aux conditions d'admission visant des catégories de personnes déterminées sont définies au niveau de la loi. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de modifier l'art. 30 LEI. Selon le droit en vigueur, les ressortissants d'États tiers titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse peuvent déjà être admis sur le marché du travail sans être soumis à la préférence des travailleurs en Suisse et des ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE lorsque leur activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (art. 21, al. 3, LEI, mise en œuvre de l'initiative parlementaire Neiryck 08.407 ; voir plus bas).

La problématique soulevée par l'auteur de la motion a déjà fait l'objet de plusieurs interventions parlementaires.³ Ces interventions sont d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la loi fédérale sur les étrangers entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (LEtr, aujourd'hui LEI) et les dispositions d'exécution correspondantes ont facilité l'admission des étrangers diplômés d'une haute école suisse dans certains domaines.

¹ RS 142.201

² RS 142.20

³ Motion 00.3039 Neiryck « Intégration des chercheurs formés par les EPF » (transmise sous forme de postulat) ; postulat 02.3263 Neiryck « Intégration des chercheurs étrangers » (adopté) ; motion 03.3205 Neiryck « Permis de travail pour entreprises de haute technologie » (classée car l'auteur a quitté le conseil) ; motion 07.3782 Barthassat « Permis de séjour pour les étrangers titulaires d'un diplôme universitaire suisse » (classée car le conseil n'a pas achevé son examen dans un délai de deux ans) ; motion 08.3376 Groupe libéral-radical « Formation d'universitaires étrangers. Tirer profit en Suisse des investissements consentis » (rejetée).

Mise en œuvre de l'initiative parlementaire 08.407 Neiryndck « Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse »

Le 19 mars 2008, le conseiller national Jacques Neiryndck a déposé l'initiative parlementaire 08.407 « Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse », à laquelle il a été donné suite. Cette initiative proposait de modifier la loi pour ce qui est de la priorité des travailleurs en Suisse, des conditions d'admission, du séjour à des fins de formation ou de formation continue et de l'octroi d'autorisations d'établissement. Les modifications de la LEtr (aujourd'hui LEI) adoptées par le Parlement le 18 juin 2010 sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Elles concernent les points suivants :

- Les ressortissants d'États tiers diplômés d'une haute école suisse ne sont pas soumis à la préférence des travailleurs en Suisse et des ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE lorsque leur activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (art. 21, al. 3, LEI). Cette disposition légale supprime la nécessité de déléguer au Conseil fédéral la réglementation des dérogations aux conditions d'admission applicables à cette catégorie de personnes. C'est pourquoi l'art. 30, al. 1, let. i, LEtr (aujourd'hui LEI) et les dispositions d'exécution correspondantes de l'OASA ont été abrogés.
- Lesdits ressortissants sont provisoirement admis pendant six mois à compter de la fin de leur formation ou de leur formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21, al. 3, LEI).
- Ils peuvent désormais être admis en vue d'une formation ou d'une formation continue en Suisse sans avoir à apporter la garantie qu'ils quitteront notre pays (art. 27 LEI).
- Dans certaines circonstances, les séjours en vue d'une formation ou d'une formation continue (art. 27 LEI) sont pris en compte dans le délai d'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 34, al. 5, LEI).

Selon les estimations, 150 à 200 admissions par an découlent de cette réglementation. Elles sont néanmoins soumises aux nombres maximums d'autorisations de séjour aux fins de l'exercice d'une activité lucrative (art. 20 LEI). Depuis 2020, les admissions fondées sur l'art. 21, al. 3, LEI peuvent être évaluées statistiquement de manière exacte. En 2020, 280 admissions ont été prononcées en vertu de l'art. 21, al. 3, LEI. De janvier à la mi-août 2021, on en relevait 239. S'agissant des périodes antérieures, les chiffres sont des estimations du SEM. Il faut partir du principe que ces admissions sont soumises à des fluctuations annuelles.

Interventions parlementaires actuelles

Ces dernières années, plusieurs interventions portant sur l'admission de travailleurs hautement qualifiés en provenance d'États tiers ont été déposées :

- Motion 17.3071 Noser (rejetée) « Une Suisse attractive pour la recherche grâce à un visa destiné aux fondateurs de jeunes entreprises ».
- Postulat 19.3651 Nantermod (adopté) « Pour une gestion migratoire répondant aux besoins de la Suisse ». Le Conseil fédéral est prié d'analyser dans un rapport différentes options permettant d'améliorer le régime de gestion de l'immigration de travailleurs qualifiés originaires d'État tiers. L'auteur du postulat propose ainsi d'améliorer le modèle actuel de contingent ou d'introduire un système plus adapté aux besoins de l'économie, en particulier dans les secteurs de pointe où la main-d'œuvre indigène fait défaut.
- Motion 19.3882 Derder (pendante au deuxième conseil) « Autorisation de séjour pour les États tiers. Adapter le système aux besoins des secteurs de pointe ».
- Interpellation 19.4124 Vonlanthen « Efforts déployés à l'échelle mondiale pour attirer des talents. Les critères et les procédures d'autorisation applicables au personnel qualifié sont-ils adaptés aux besoins de l'économie ? ».
- Postulat 19.4351 Riklin (non encore traité) « Des talents et des spécialistes pour la place technologique suisse au XXI^e siècle ». L'auteur de ce postulat réclame, entre autres, l'introduction urgente d'un visa à durée déterminée destiné aux professionnels du secteur des technologies de l'information et de la communication et à d'autres spécialistes d'États tiers.
- Motion 19.4517 Silberschmidt (non encore traité au conseil) « Prévoir l'admission hors contingent de personnel qualifié en provenance de pays tiers pour soutenir les secteurs en pénurie de main-d'œuvre ».

L'objectif de ces interventions est de faciliter l'admission de la main d'œuvre qualifiée en provenance d'États tiers dont l'économie suisse a vivement besoin, dans un contexte de forte concurrence internationale pour recruter les meilleurs talents.

Ajuster le système actuel d'admission des travailleurs originaires d'États tiers nécessite d'examiner en profondeur et dans leur globalité les différentes solutions possibles. Parmi les principales difficultés à relever : l'évolution démographique et les changements structurels (y compris ceux induits par la numérisation) en Suisse comme à l'étranger. Le Conseil fédéral va rédiger un rapport en réponse au postulat 19.3651 Nantermod « Pour une gestion migratoire répondant aux besoins de la Suisse », qui a été adopté. Pour cela, il tiendra également compte autant que possible des problèmes soulevés dans les autres interventions.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

1.2.1 Débats au Parlement

Les débats parlementaires montrent que la présente motion 17.3067 Dobler est soutenue pour des raisons économiques. Dans la continuité des facilités déjà accordées, l'accès au marché du travail suisse pour les ressortissants d'États tiers titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse doit être encore amélioré. Une dérogation aux nombres maximums annuels doit également être prévue lorsque l'activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant, notamment dans les domaines qui souffrent d'une pénurie de main-d'œuvre avérée.

Certains avis émis au Parlement relèvent que cette demande est contraire à l'art. 121a, al. 2, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.)⁴, qui prévoit que le nombre d'autorisations de séjour délivrées aux étrangers qui entrent en Suisse doit être limité par des plafonds et des contingents annuels (cf. ch. 5.1). Compte tenu de l'intérêt économique prépondérant des demandes d'autorisation dont il est question ici et de leur nombre vraisemblablement peu élevé, le Conseil fédéral doit prévoir, outre la dérogation aux nombres maximums, des solutions de substitution telles que la création de contingents spécifiques. Les débats montrent également qu'une solution ciblée et axée sur les besoins est uniquement souhaitée pour les domaines qui souffrent d'une pénurie de main-d'œuvre avérée. Il ressort des débats que la solution ne devrait pas se restreindre aux domaines MINT mentionnés dans la motion mais qu'elle ne devrait pas non plus aller jusqu'à une ouverture généralisée du marché du travail suisse pour tous les étrangers diplômés d'une haute école suisse.

1.2.2 Mise en œuvre de la motion 17.3067 Dobler

Depuis que l'initiative parlementaire 08.407 Neirynek « Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse » a été mise en œuvre, les étrangers titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse peuvent être admis sur le marché du travail sans être soumis à la préférence des travailleurs en Suisse et des ressortissants des États membres de l'UE ou de l'AELE (art. 21, al. 3, LEI) lorsque leur activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (cf. ch. 1.1).

La motion 17.3067 Dobler demande également une exception aux nombres maximums annuels pour les autorisations de séjour octroyées en vue d'exercer une activité lucrative (art. 20 LEI) lorsqu'elles concernent des étrangers titulaires de masters et de doctorats formés dans les universités cantonales et les écoles polytechniques fédérales qui exercent une activité lucrative dans un domaine affichant une pénurie de main-d'œuvre avérée. L'exemption des nombres maximums doit s'appliquer notamment aux travailleurs des domaines MINT et du domaine de la médecine. MINT est un acronyme qui désigne les domaines d'études suivants : mathématiques, informatique, sciences naturelles et technique. Une étude de l'Office fédéral de la statistique (OFS) datée de 2017 et intitulée « Étudiants et diplômes des hautes écoles dans les filières MINT »⁵ définit les filières MINT et en dresse la liste au sein des hautes écoles universitaires (HEU) et des hautes écoles spécialisées (HES).

La motion charge le Conseil fédéral de modifier l'art. 21 OASA. Pour des raisons de systématique, le projet de loi du Conseil fédéral prévoit plutôt de modifier l'art. 30 LEI (ch. 1.1). Cet article définit les exceptions aux conditions d'admission (art. 18 à 29 LEI) pour certaines catégories de personnes. Par ailleurs, il donne au Conseil fédéral la compétence de fixer les conditions générales et d'arrêter la procédure (art. 30, al. 2, LEI).

Les exceptions déjà en place, notamment les exceptions aux nombres maximums prévues par l'art. 30 LEI, concernent par exemple les cas individuels d'une extrême gravité ou d'intérêts publics majeurs ainsi que l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile. En principe, les étrangers diplômés de hautes

⁴ RS 101

⁵ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/education-science.assetdetail.2140049.html> ; p. 32.

écoles suisses remplissent les conditions d'admission prévues par la LEI (art. 18 à 26 LEI) lorsque leur activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. La mise en œuvre de la motion doit permettre de garantir l'admission des personnes de cette catégorie également lorsque les contingents (nombres maximums) sont épuisés (art. 20 LEI).

Dans les dispositions d'exécution, le Conseil fédéral définit les conditions d'admission (art. 18 à 29 LEI) susceptibles de faire l'objet d'une exception visée à l'art. 30, al. 1, LEI (art. 30, al. 2, LEI ; art. 26 à 53a OASA). Pour mettre en œuvre la motion, le Conseil fédéral doit donc également inscrire dans l'OASA l'exemption des nombres maximums (art. 20 LEI) pour certains diplômés de hautes écoles suisses ainsi que les conditions nécessaires à cet effet (cf. ch. 3).

La compatibilité de cette exception aux nombres maximums avec l'art. 121a Cst. est expliquée au ch. 5.1.

1.2.3 Solutions rejetées

Introduction de nombres maximums distincts dans l'OASA

Introduire des nombres maximums distincts dans l'OASA pour la catégorie de personnes définie dans la motion 17.3067 Dobler permettrait d'empêcher que l'admission ne doive être refusée au motif que le contingent a déjà été utilisé pour des autorisations de séjour octroyées dans un autre but. Cette solution atténuerait le problème des contingents limités pour les personnes diplômées en Suisse et renforcerait la sécurité du droit et de la planification pour les entreprises concernées.

S'il est vrai que cette solution serait compatible avec l'art. 121a Cst., la préoccupation centrale exprimée dans la motion, qui prévoit une exemption complète des nombres maximums, ne serait prise en compte que partiellement. Qui plus est, introduire des nombres maximums distincts pour cette catégorie de personnes précise porterait préjudice aux autres secteurs, lesquels pourraient alors eux aussi réclamer des nombres maximums distincts. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral a toujours rejeté l'idée de créer des nombres maximums distincts pour certaines branches, notamment à cause des problèmes d'exécution considérables qu'elle engendrerait et parce que l'attribution des contingents perdrait en flexibilité.

Depuis que le système binaire d'admission existe, le Conseil fédéral s'est contenté de créer des nombres maximums spécifiques pour certains pays, sur la base d'accords bilatéraux (exemples : introduction progressive de l'accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999⁶ [ALCP] pour les nouveaux États membres de l'UE ; solution transitoire après la sortie du Royaume-Uni de l'UE).

Augmentation des nombres maximums d'autorisations de séjour aux fins de l'exercice d'une activité lucrative

Conformément à l'art. 20, al. 2, LEI, le Conseil fédéral pourrait augmenter les nombres maximums actuels (annexes 1 et 2 OASA) afin de garantir l'admission de la catégorie de personnes définie dans la motion. Pour autant, il convient de noter que, depuis l'entrée en vigueur de la LEI, le SEM n'a jamais rejeté de demandes déposées par des diplômés de hautes écoles uniquement parce que les contingents étaient épuisés. Le Conseil fédéral n'a pas non plus connaissance de cantons ayant rejeté des demandes en raison des contingents. Les cantons peuvent solliciter des unités de contingent supplémentaires issues de la réserve fédérale lorsque les contingents qui leur ont été attribués sont épuisés. Ces dernières années, la réserve fédérale n'a pas été épuisée.

Cette solution ne prendrait en compte que partiellement la préoccupation centrale exprimée dans la motion, qui réclame une exemption complète des nombres maximums. Qui plus est, augmenter les nombres maximums annuels (contingents totaux) ne permet pas d'effectuer une « réservation » pour un groupe de personnes déterminé. Le risque est donc que les nombres maximums supplémentaires soient également utilisés pour des travailleurs dans d'autres secteurs et non seulement pour les diplômés de hautes écoles, ce qui réduirait la sécurité du droit et de la planification pour les entreprises concernées. Selon cette solution, il appartient aux cantons de garantir que les nombres maximums sont utilisés conformément à leur destination. L'expérience montre cependant que les priorités des cantons peuvent évoluer au fil du temps et en fonction de la situation économique. Là encore, cette solution présente le risque de porter préjudice aux autres secteurs, lesquels pourraient alors également réclamer une augmentation des nombres maximums pour leurs propres besoins.

⁶ RS 0.142.112.681

1.3 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

La mise en œuvre de la présente motion 17.3067 Dobler n'a été annoncée ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019, ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁷. Elle présente cependant un lien étroit avec l'un des objectifs annuels du Conseil fédéral (objectif 13 : La Suisse gère la migration, exploite le potentiel économique et social qu'offre celle-ci et promeut la coopération internationale).⁸

1.4 Classement d'interventions parlementaires

La modification de la LEI met en œuvre la motion 17.3067 Dobler, laquelle peut donc être classée.

2 Grandes lignes du projet

2.1 Réglementation proposée

Le projet propose de mettre en œuvre la motion 17.3067 Dobler en complétant l'art. 30 LEI. Ce dernier règle les dérogations aux conditions d'admission, dont font également partie les mesures de limitation (art. 20 LEI ; nombres maximums).

2.2 Concordance des tâches et des finances

Le projet a pour but de mettre en œuvre la motion 17.3067 Dobler adoptée par le Parlement. Avec la réglementation proposée, les ressortissants d'États tiers formés dans une université ou une haute école suisse pourront être exemptés des nombres maximums annuels d'autorisations de séjour si leur activité lucrative représente un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Comme la modification proposée ne modifie pas les compétences, elle n'impose pas de nouvelles tâches à la Confédération ou aux cantons. Il y a également lieu d'estimer que ni la Confédération ni les cantons n'auront à engager de ressources financières ou humaines (cf. ch. 4.1).

2.3 Questions de mise en œuvre

Le projet ne prévoit pas de nouvelles tâches pour les autorités fédérales et cantonales chargées de l'exécution. Les modifications de l'OASA rendues nécessaires par le projet sont expliquées aux ch. 1.2.2 et 3.

3 Commentaire des dispositions

Art. 30, al. 1, let. m

Conformément aux avis exprimés au sein du Parlement, la présente motion 17.3067 Dobler doit être mise en œuvre dans la continuité de l'initiative parlementaire 08.407 Neirynck « Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse », déjà mise en œuvre (cf. ch. 1.1). Par conséquent, la définition du cercle des personnes concernées s'appuie sur l'art. 21, al. 3, LEI, qui prévoit déjà une dérogation à la priorité des travailleurs en Suisse. Cette mesure permet de garantir une exécution cohérente et simple.

Ainsi, une exception aux nombres maximums n'est possible que si l'intéressé est titulaire d'un diplôme d'une haute école et si son activité revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Cette disposition peut être interprétée en reprenant la pratique incontestée du Tribunal administratif fédéral (TAF) concernant l'art. 21, al. 3, LEI, dont la teneur est identique. Selon le TAF⁹, la notion d'intérêt économique prépondérant doit être interprétée en tenant compte de la liberté de la science inscrite à l'art. 20 Cst. Compte tenu de la

⁷ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-77941.html>

⁸ <https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/aide-a-la-conduite-strategique/les-objectifs/archives-objectifs-du-conseil-federal-volume-i.html>

⁹ Arrêt C-674/2011 du 2 mai 2012, consid. 6.3.1 ; arrêt C-3859/2014 du 6 janvier 2016, consid. 7.2

volonté du législateur de renforcer la position de la Suisse dans la concurrence internationale pour les meilleurs talents¹⁰, sans se limiter à des branches scientifiques particulières, il convient, en l'espèce, d'interpréter la notion de science de manière large. Doivent notamment bénéficier d'une admission facilitée les titulaires d'un diplôme en sciences naturelles, sociales et humaines obtenu dans une haute école ou une haute école spécialisée lorsqu'ils remplissent les conditions prévues par l'art. 21, al. 3, LEI. Une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main-d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation et que l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste à pourvoir. De même, l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse.

Pour déterminer la présence d'un besoin avéré, on peut par exemple recourir au système d'indicateurs du SECO pour évaluer la demande en personnel qualifié¹¹, à la liste des genres de professions soumis à l'obligation d'annonce¹² ou à d'autres instruments permettant d'analyser la conjoncture et la pénurie de main-d'œuvre. Cette démarche permet de tenir compte comme il se doit de l'intérêt économique du pays et de n'admettre des personnes que dans des domaines qui présentent des signes manifestes de pénurie de main-d'œuvre qualifiée.

Non seulement l'admission en vue d'une activité lucrative salariée doit être facilitée, mais l'admission en vue d'une activité lucrative dépendante doit également être possible. Cette démarche permettrait de développer l'initiative parlementaire 08.407 Neirynck « Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse » comme le souhaitait le Parlement et d'encourager les start-up innovantes¹³. Les expériences faites jusqu'à présent montrent que, dans ce domaine, les demandes déposées et acceptées en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante sont peu nombreuses. Une telle réglementation permettrait également à la Suisse de s'aligner sur la concurrence internationale.¹⁴

Concernant l'expression « haute école suisse », il convient là aussi de se référer à l'interprétation de l'art. 21, al. 3, LEI, lequel comporte la même expression. À cet égard, l'art. 2 de la loi fédérale du 30 septembre 2011 sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles¹⁵ est déterminant. L'expression recouvre les hautes écoles universitaires, les universités cantonales, les écoles polytechniques fédérales (EPF), les hautes écoles spécialisées, les hautes écoles pédagogiques et les institutions universitaires ayant droit aux subventions¹⁶. Cette démarche permet de garantir que seuls les diplômés dont la formation est soutenue par des fonds publics peuvent bénéficier d'une admission facilitée. Conformément à la pratique établie concernant le recours à l'art. 21, al. 3, LEI, les niveaux de formation suivants sont considérés comme débouchant sur un diplôme d'une haute école suisse : bachelor, master et doctorat ainsi que *Master of Advanced Studies* (MAS). Le *Certificate of Advanced Studies* en cours d'emploi n'est pas considéré comme un diplôme d'une haute école suisse.

La nouvelle dérogation proposée aux conditions d'admission ne nécessite pas d'être précisée dans l'OASA (art. 30, al. 2, LEI). Fixer les conditions générales permet de mieux cerner le champ d'application. Un nouvel article au chapitre 3, section 4, OASA précise que les admissions en vertu de l'art. 30, nouvelle let. m, LEI sont possibles lorsque le marché du travail suisse présente un besoin avéré de main-d'œuvre dans le secteur économique ou la profession en question. Il se peut également, dans des cas particuliers, qu'un intérêt scientifique ou économique prépondérant justifie une admission facilitée dans d'autres domaines. Qui plus est, les conditions de salaire et de travail visées à l'art. 22 LEI doivent toujours être respectées et l'étranger doit disposer d'un logement approprié (art. 24 LEI). En cas d'activité salariée, l'employeur du requérant doit déposer une demande conformément à l'art. 18, let. b, LEI. En revanche, s'il s'agit d'une activité indépendante, l'étranger doit prouver que les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies (art. 19, let. b, LEI) et qu'il dispose d'une source de revenus suffisante et autonome (art. 19, let. c, LEI).

¹⁰ FF 2010 373, p. 383

¹¹ https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Fachkraeftebedarf/indikatorensystem-zur-beurteilung-der-fachkraeftenachfrage.html

¹² <https://www.arbeit.swiss/secoalv/fr/home/menue/unternehmen/stellenmeldepflicht/stellenmeldepflicht-ab-1--januar-2021.html>

¹³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173067>

¹⁴ Voir à ce sujet les facilités en place pour les start-up au Canada, à Singapour, au Royaume-Uni, au Danemark, en Italie, en Suède, en Irlande, en Nouvelle-Zélande, en Australie, en Allemagne, au Chili, en France, en Thaïlande, en Espagne et en Belgique ; www.startupswb.com/startup-visa-heres-15-countries-that-offer-the-startup-visa-to-foreign-entrepreneurs.html

¹⁵ RS 414.20

¹⁶ Par exemple, le LFEM (Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche), l'IPS (Institut Paul Scherrer) et l'EAWAG (Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux).

Par ailleurs, les autorisations de séjour accordées par les autorités cantonales doivent être soumises à l'approbation du SEM à des fins de contrôle et d'uniformisation de la pratique des cantons (art. 99 LEI). Ce principe nécessite de modifier l'art. 5 de l'ordonnance du DFJP du 13 août 2015 relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers¹⁷ (OA-DFJP). Cet article prévoit que la procédure d'approbation s'applique également à la plupart des autres dérogations aux conditions d'admission visées à l'art. 30, al. 1, LEI.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération et les cantons

La présente modification de loi n'a pas de conséquences en termes de finances ni de personnel sur les activités d'exécution de la Confédération et des cantons. La Confédération et les cantons examinent, dans le cadre des procédures existantes et avec les ressources humaines et financières dont elles disposent, les conditions d'octroi d'une autorisation relevant du droit des étrangers pour exercer une activité lucrative (art. 18 ss LEI).

4.2 Conséquences économiques

La présente modification de loi doit permettre à l'économie suisse de recruter plus facilement des spécialistes originaires d'États tiers diplômés d'une haute école suisse en cas de pénurie de main-d'œuvre avérée. Dans un tel cas, la modification de loi simplifie encore les conditions d'octroi d'une autorisation.

L'objectif étant de recruter davantage de personnes titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse, les investissements effectués par les pouvoirs publics dans ce domaine profitent aussi davantage à l'économie suisse.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

L'art. 121a, al. 2, Cst. oblige le législateur à gérer l'immigration en limitant le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse par des plafonds et des contingents annuels. Les nombres maximums concernent toutes les autorisations pour un séjour long, quel que soit le motif d'admission. Le Conseil fédéral a déposé un projet de loi en ce sens (message du 4 mars 2016¹⁸ concernant la mise en œuvre de l'art. 121a Cst.). Le Parlement a mis en œuvre cet article par une simple obligation d'annoncer les postes vacants et a explicitement renoncé à contingenter complètement l'immigration, notamment dans le domaine de l'asile, du regroupement familial ou de l'admission sans activité lucrative. Les séjours en vue d'exercer une activité lucrative étaient déjà soumis aux nombres maximums avant l'entrée en vigueur de l'art. 121a Cst.

Par conséquent, seuls les ressortissants d'États tiers qui exercent une activité lucrative et les prestataires de services d'États membres de l'UE ou de l'AELE dont le séjour dépasse 90 jours par année civile sont encore soumis aux nombres maximums, pour autant qu'aucune dérogation ne soit prévue. L'art. 30 LEI permet déjà d'autoriser, pour diverses raisons, l'exercice d'une activité lucrative sans imputation sur les nombres maximums. Cette règle s'applique notamment aux requérants d'asile, aux cas d'une extrême gravité et aux partenaires de personnes titulaires d'une autorisation de courte durée ou de séjour. Sont aujourd'hui également soumis aux nombres maximums les ressortissants d'États tiers qui, conformément aux exigences de la motion, ont obtenu un diplôme d'une haute école suisse et souhaitent démarrer une activité dans notre pays. Déroger aux nombres maximums pour cette catégorie de personnes irait à l'encontre des exigences de l'art. 121a, al. 2, Cst.

En termes d'effectifs, les ressortissants d'États tiers titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse qui remplissent les conditions qualitatives prévues par la motion 17.3067 Dobler ne représentent sans doute que 200 à 300 personnes par an. En général, ils séjournent déjà depuis plusieurs années en Suisse et sont bien intégrés. En outre, ils ont bouclé avec succès un cursus financé par des fonds publics et disposent de qualifica-

¹⁷ RS 142.201.1

¹⁸ FF 2016 2835

tions professionnelles élevées et très demandées sur le marché du travail suisse. Il faut donc clairement distinguer la situation particulière de ce groupe de celle des autres personnes qui immigreront pour exercer une activité lucrative.

Dans ce contexte, mettre en œuvre la motion en créant une nouvelle exception aux nombres maximums semble raisonnable. Cette démarche est compatible en particulier avec les décisions prises jusqu'à présent par le Parlement. Lors de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., il avait renoncé à introduire des nombres maximums et des contingents dans de nombreux autres domaines beaucoup plus vastes. Il n'y a donc pas de changement de paradigme. Le Parlement a d'ailleurs transmis la motion au Conseil fédéral en connaissance de la présente problématique.

Le Conseil fédéral est néanmoins conscient que la mise en œuvre proposée est contraire à l'interprétation de l'art. 121a Cst. qui avait été faite dans le message du 7 décembre 2012¹⁹ relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse » et dans celui du 4 mars 2016²⁰ relatif à la mise en œuvre de l'art. 121a Cst., et que cette mise en œuvre n'est donc pas conforme au droit. Pour autant, créer une nouvelle disposition d'exception dans l'art. 121a, al. 2, Cst. pour cette catégorie de personnes restreinte serait disproportionné, d'autant plus que le Parlement n'avait pas voulu introduire de disposition d'exception pour d'autres domaines d'envergure également exemptés des nombres maximums.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les modifications visant à mettre en œuvre la motion 17.3067 sont compatibles avec les obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le projet vise à mettre en œuvre la motion 17.3067 Dobler, qui charge le Conseil fédéral de modifier l'OASA afin de créer les conditions requises pour que certains étrangers formés dans des hautes écoles suisses soient exemptés des nombres maximums. Pour des raisons de systématique, le Conseil fédéral propose une modification législative (art. 30, al. 1, nlet. m, LEI) car les autres dérogations aux conditions d'admission prévues en faveur de certaines catégories de personnes sont toutes fixées dans la LEI. L'OASA comporte uniquement des exceptions aux nombres maximums pour des séjours de courte durée (art. 19, al. 4, OASA). L'art. 164, al. 1, Cst. dispose que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

5.4 Frein aux dépenses

Le projet ne contient pas de dispositions relatives aux subventions et ne prévoit ni crédits d'engagement ni plafonds de dépenses. Il n'est donc pas soumis au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

5.5 Conformité aux principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Le projet n'affecte pas la répartition des tâches de la Confédération et des cantons.

5.6 Délégation de compétences législatives

Le projet ne prévoit pas de délégation de compétences législatives au Conseil fédéral.

5.7 Protection des données

Le projet n'a pas de répercussions sur les réglementations en matière de protection des données.

¹⁹ FF 2013 279

²⁰ FF 2016 2835