

Guide pratique

DROIT DES ÉTRANGERS

Espace Solidaire Pâquis - Permanence juridique

© Décembre 2012

Document rédigé par Amélie Lorenz, Mathias Bühler et Sonia Achour

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION	4
2. DROIT APPLICABLE	6
3. ATTITUDE ET PRATIQUE DE L'OCP ET DE L'ODM	7
4. ENTREE EN SUISSE	7
5. DIFFERENTS TYPES DE PERMIS	8
Permis « L »	8
Permis « B »	9
Permis « G »	9
Permis « C »	10
Permis « Ci »	10
6. PERMIS SUR LA BASE DU TRAVAIL	11
Procédure et conditions	12
Temps de travail et montant du salaire: un minimum?	13
En cas de perte du travail	13
Changement de travail	14
Révocation	14
7. PERMIS SUR LA BASE DU REGROUPEMENT FAMILIAL	14
Conjoint	14
Futur conjoint	15
Partenaires du même sexe	16
Enfants	16
Droit du conjoint et de l'enfant	17
Perte du permis pour le conjoint et l'enfant	17
8. CAS DE RIGUEUR	17
9. AUTRES	19
Formation	19
Admission provisoire	20
10. ADRESSES UTILES	22

I. INTRODUCTION

Pourquoi cette brochure ?

Cette brochure a été préparée par l'équipe de la permanence juridique de l'Espace Solidaire Pâquis. En effet, suite au nombre toujours croissant de demandes concernant le droit des étrangers, il nous est paru indispensable que chacun puisse avoir accès, du moins d'une façon générale, à la connaissance de ses droits. Ce document pourra également servir d'outil de travail aux personnes régulièrement confrontées à la population étrangère.

Bien entendu, tout ne sera pas traité ici, le droit des étrangers est un domaine large et complexe ; le but est d'avoir un aperçu des principaux aspects de la matière. Les thèmes que nous allons aborder tout au long de ce fascicule sont la présentation des principales autorités administratives à Genève et à Berne (I), l'entrée en Suisse (II), les différents permis (III) et les différents moyens de les obtenir notamment par le travail (IV), le regroupement familial (V) et en cas d'extrême gravité (VI).

Qui est l'Espace Solidaire Pâquis ?

L'Espace Solidaire Pâquis est un espace d'accueil, d'écoute et d'accompagnement ouvert à tous. Il s'agit principalement de personnes passantes : migrants, sans domicile fixe, en rupture momentanée. Nous les accueillons sans poser de questions. Nos portes sont toujours ouvertes et tous les services (nourriture, boissons, cours de français, rédaction de CV, permanence juridique, etc.) sont gratuits.

Nous carburons essentiellement au généreux combustible de bénévoles engagés, aux compétences multiples et d'horizons pluriels.

Que fait la permanence juridique ?

La permanence juridique comprend une équipe de juristes diplômés et engagés qui offrent de leur temps pour aider les plus démunis et tous ceux qui ne disposent pas de moyens financiers suffisants pour se défendre face à leur employeur, leur bailleur ou les autorités. L'équipe de la permanence juridique a permis d'aider plus de 300 personnes en difficultés depuis avril 2012.

Plusieurs avocats comme un bon nombre d'organisations caritatives travaillent en collaboration avec la permanence juridique.

Les problèmes juridiques traités sont :

- Le droit des étrangers (demande de permis, regroupement familial, ...)
- Le droit de la famille (pension alimentaire, garde des enfants, ...)¹
- Le droit du travail
- Le droit des assurances sociales (assurance-chômage, invalidité, AVS, aide sociale, assurance-maladie,...)
- Autres (contrat de vente, mandat, consommation, poursuites ...)

.....

¹ Dans ce domaine, nous sommes en mesure de rédiger un mémoire mais nous ne pouvons pas assister les personnes devant les tribunaux.

2. LE DROIT APPLICABLE

La législation qui régit le droit des étrangers est vaste, voici une liste non exhaustive des principaux règlements, lois et autres sources du droit qui régissent la matière :

- La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)
- Le règlement genevois d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 9 mars 2009 (RaLEtr)
- L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)
- L'ordonnance du 24 octobre 2007 sur l'intégration des étrangers (OIE)
- L'ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)
- Les directives de l'Office fédéral des migrations (ODM)
- la jurisprudence fédérale (Tribunal administratif fédéral et Tribunal fédéral) et cantonale (Tribunal administratif de première instance et Chambre administrative de la Cour de justice)
- L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) et son ordonnance (OLCP), applicable aux ressortissants de l'Union Européenne, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)

3. ATTITUDE ET PRATIQUE DE L'OCP ET DE L'ODM

L'Office cantonal de la population (OCP) est l'office genevois qui se charge de traiter les demandes d'entrée, de séjour et d'établissement en Suisse. C'est, en principe, vers cet office qu'il faut se diriger pour déposer une demande de permis. Après le dépôt du dossier, il est conseillé de faire une demande d'attestation provisoire dans l'attente de la réponse de l'OCP. Grâce à cette attestation, le séjour est régularisé le temps que l'OCP n'a pas rendu de réponse. Mais attention, cette attestation ne constitue pas une autorisation de séjour ou de travail. De plus elle n'est

pas due de plein droit, c'est une faculté que le canton peut utiliser si les conditions d'admission sont manifestement remplies (art. 17 LEtr).

En cas de réponse positive, la procédure en vue du permis continue (approbation de l'ODM); en cas de réponse négative, l'OCP joint en principe une décision d'expulsion.

L'Office fédéral des migrations (ODM) est quant à lui un office dont le siège se trouve à Berne. Son rôle consiste à réglementer les conditions dans lesquelles une personne peut entrer, vivre et travailler en Suisse. Pour cela, l'ODM a édicté des Directives (art. 89 OASA) qui complètent les lois existantes et détaillent les conditions d'octroi. De plus, cet office se charge d'approuver les demandes de permis transmises par les cantons avec un préavis favorable (art. 85 OASA).

4. ENTREE EN SUISSE

La réglementation sur l'entrée en Suisse est régie principalement par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr). Cette loi réserve cependant l'application de l'ALCP pour les ressortissants de l'Union Européenne (art.2 al. 2 LEtr). C'est pourquoi il convient de faire une distinction selon la nationalité de la personne concernée. En effet, si l'étranger est un ressortissant d'un Etat membre de l'Union Européenne², il aura le droit d'entrer en Suisse, d'y résider et d'y travailler trois mois sans autorisation, même si le devoir de s'annoncer demeure en cas de prise d'emploi³ (art. 6 al. 2 2ème phrase Annexe I ALCP).

En ce qui concerne l'étranger ressortissant d'un Etat qui ne fait pas partie des États membres de l'Union Européenne, il devra remplir un certain nombre de conditions énoncées à l'article 5 LEtr. Premièrement,

² L'Union Européenne compte 27 Etats membres qui sont Les États membres sont l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède. Pas de restrictions pour l'entrée pour la Roumanie et la Bulgarie.

³ La personne devra s'annoncer la veille du jour marquant le début de l'activité (art. 9 OLCP).

l'étranger doit bénéficier d'un visa délivré par la Suisse⁴ ou un Etat de l'Union Européenne. Deuxièmement, la personne désireuse d'entrer en Suisse doit avoir les moyens financiers nécessaires à son séjour. Troisièmement, l'étranger ne doit représenter aucune menace pour la sécurité et l'ordre public suisse. Enfin, il ne doit pas avoir fait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse après une éventuelle expulsion. La durée du séjour autorisé correspond à la durée de validité du visa. En cas de séjour prolongé au-delà de la durée du visa ou une entrée sans visa préalable, l'étranger viole les dispositions de la LEtr.

5. DIFFERENTS TYPES DE PERMIS

Dans le développement qui suit, nous ne traiterons pas de l'asile et des permis y afférents (permis N, F, S) mais uniquement du droit des étrangers, soit des permis «L», «B», «G», «C» et «Ci».

Permis « L »

Le permis « L » est une autorisation de courte durée octroyée en cas de séjour temporaire de moins d'un an, par exemple si une personne se rend en Suisse pour une formation ou dans le cadre d'un travail à durée déterminée.

Pour les ressortissants de l'Union Européenne⁵, le permis « L » peut être demandé pour rechercher du travail en Suisse. Il faut avoir travaillé avant, et disposer de moyens financiers suffisants. Le permis «L» sera octroyé pour une durée de 3 mois prolongeable jusqu'à 1 an au maximum. De plus, il ne sera pas possible de bénéficier de l'aide sociale durant la phase de recherche d'emploi (art. 2 al. 2 2e phrase Annexe I ALCP).

La durée maximum du permis « L » est d'un an, mais une prolongation allant de six mois à un an est possible.

Permis « B »

Le permis « B » est une autorisation de séjour que l'on obtient à

⁴ Pour les formulaires de demande de visa : <http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/themen/einreise/visumantragsformular.html>

⁵ Roumaine et Bulgarie compris.

la suite d'une première demande à l'OCP si le séjour va durer plus d'un an (par exemple pour un travail à durée indéterminée). Il peut être octroyé pour un séjour dont le but est déterminé et peut être assorti d'autres conditions (art. 33 LEtr).

La durée du permis de séjour est d'une année en principe. Pour les ressortissants de l'Union Européenne qui sont au bénéfice d'un travail à durée indéterminée, la durée du permis est de cinq ans, et ce, même s'ils ont cessé leur activité lucrative ; il suffit qu'ils aient les moyens financiers nécessaires ainsi qu'une assurance maladie et accident couvrant tous les risques (art. 24 Annexe I ALCP).

Une prolongation de la durée initiale est possible. Pour les ressortissants de l'Union Européenne, cette prolongation peut être de cinq ans si la personne en question exerce un travail d'une durée indéterminée ou de plus d'un an. En cas de chômage involontaire pendant plus de douze mois consécutif, la prolongation est d'un an. Pour les ressortissants d'Etats tiers (hors UE), une nouvelle durée allant d'un à deux ans peut être accordée ; la demande de prolongation devra être faite entre trois mois et deux semaines avant l'expiration du permis (art. 58 et 59 OASA).

Cependant, même si l'autorisation de séjour est délivrée pour une année ou plus, elle peut être retirée pendant ce laps de temps. L'article 62 LEtr indique que le permis peut être révoqué si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation; si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal; s'il attente 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; s'il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie; si lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale.

Une absence prolongée de trois mois en dehors de la Suisse peut également occasionner la perte du permis si la personne n'a pas annoncé son départ et demandé un maintien du permis (art. 61 al. 2 LEtr).

Permis « G »

Le permis « G » est un permis pour les frontaliers. Le terme

frontalier désigne toute personne domiciliée dans une zone frontalière (donc dans un pays voisin) et qui travaille en Suisse et regagne généralement chaque jour son domicile situé dans le pays voisin. Afin de pouvoir bénéficier de cette autorisation, il est indispensable que le travailleur frontalier retourne au moins une fois par semaine dans son domicile principal situé dans le pays voisin.

La durée de ce permis est liée à la durée de l'activité lucrative exercée en Suisse.

Permis « C »

Le permis « C » est une autorisation d'établissement octroyée pour une durée indéterminée, et régit par les articles 34 LEtr et 60 OASA. Pour obtenir ce permis, l'étranger doit avoir séjourné légalement en Suisse pendant dix ans, dont cinq de manière ininterrompue (sauf en cas de raisons majeures). Si l'étranger est bien intégré en Suisse et a de bonnes connaissances d'une des langues nationales⁶, la durée de dix ans peut être réduite à cinq ans. Enfin, si la personne titulaire d'un permis « B » est marié depuis cinq ans à un ressortissant suisse avec qui il partage un domicile commun, la durée de cinq ans est également retenue.

Le titulaire d'un permis « C » peut choisir librement son employeur. De plus, il ne sera plus imposé à la source.

Tout comme l'autorisation de séjour, l'autorisation d'établissement peut être retirée à certaines conditions. Selon l'article 63 LEtr, l'autorisation d'établissement ne peut être révoquée que dans les cas suivants:

Si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation;

Si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou fait l'objet d'une mesure pénale.

S'il attend 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;

⁶ Les langues nationales suisses sont l'allemand, le français, le romanche et l'italien.

S'il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie

ou encore si lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale

Permis « Ci »

Le permis « Ci » autorise le séjour en Suisse du conjoint et des enfants de moins de 25 ans d'un fonctionnaire d'une organisation intergouvernementale ou d'un membre d'une représentation étrangère. La demande doit être déposée au Département des affaires étrangères (DFAE). La durée de ce permis dépend de la durée de la fonction du titulaire principal. La condition pour en bénéficier est celle du domicile commun entre tous les membres de la famille précités qui souhaitent profiter de ce permis.

Cette autorisation permet de travailler sur simple présentation du contrat de travail⁷.

6. PERMIS SUR LA BASE DU TRAVAIL

Toute activité lucrative en Suisse est subordonnée à une autorisation de travail.

Si une personne travaille sans autorisation, elle travaille « au noir » et viole ainsi la LEtr, ce qui peut entraîner des sanctions pénales pour le travailleur et l'employeur ; la loi fédérale sur la lutte contre le travail au noir (LTN) prévoit des sanctions pour l'employeur en cas de non-paiement des cotisations sociales.

Si une personne travaille sans autorisation, mais paie quand même ses impôts ou ses cotisations sociales, elle travaille « au gris ». Cette situation ne donne pas droit à une autorisation de séjour. De plus, les sommes cotisées ne pourront être réclamées que si la situation au regard du droit des étrangers est régularisée.

Malgré cela, le contrat qui lie l'employeur et le travailleur sans autorisation est quand même valable. Le travailleur a toujours la

⁷ Communiqué du DFAE du 25.10.2011.

possibilité d'agir contre son employeur pour lui réclamer le salaire prévu par une convention collective de travail, pour le paiement des heures supplémentaires ou encore pour faire valoir son droit aux vacances.

L'activité lucrative est définie comme toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, et ce, même si elle est exercée gratuitement (article 11 al. 2 LETr). L'article 1a OASA nous fournit une définition large de ce qu'est l'activité salariée : cela comprend toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire. Est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair. Ainsi, dans tous ces cas de figure une autorisation est nécessaire.

Procédure et conditions

Afin d'obtenir un permis de séjour par le biais d'une activité lucrative, il faut suivre une certaine procédure. Tout d'abord, l'étranger doit déjà avoir trouvé un travail en Suisse⁸. Une fois que cela est fait, il doit demander à son employeur d'effectuer la démarche en vue d'un permis de travail, c'est-à-dire, remplir et envoyer un formulaire à l'OCP et payer un émolument. Durant la procédure, l'OCP examinera également les conditions de travail de l'employé, à la lumière des conventions collectives de travail.

Pour les ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne, exercer une activité lucrative en Suisse est un droit octroyé par l'article 4 l'ALCP ; pour en bénéficier il suffit de remplir le formulaire « UE ».

Pour les personnes ressortissantes d'Etats non membres de l'Union Européenne, c'est le formulaire « M » qu'il convient de remplir (art. 18 LETr). Les conditions d'octroi du permis en vue d'exercer une activité lucrative sont très strictes. Il faut que l'admission de l'étranger soit liée aux besoins économiques de la Suisse. De plus, l'employeur doit apporter la preuve qu'il a annoncé au moins 21 jours à l'avance la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi et que le service du placement

⁸ Sauf dans le cas d'un ressortissant UE qui remplit les conditions pour obtenir un permis «L» (cf. Chapitre 5, p. 8).

n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable ; qu'il a fait des recherches approfondies en Suisse et dans les pays de l'UE/AELE en vue de trouver un travailleur au profil requis (annonces dans la presse suisse et européenne, recours à des agences de placement, etc.) et que pour le poste en question, il ne peut pas former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail suisse (art. 7 OLE). Cependant, l'accès au travail sera facilité si l'étranger demandeur est déjà en possession d'un permis de séjour, d'une attestation provisoire ou d'une admission provisoire.

Temps de travail et montant du salaire, un minimum?

Pour les ressortissants hors de l'Union Européenne, les revenus sont examinés afin de déterminer si la personne dispose de ressources financières suffisantes pour vivre en Suisse afin de s'assurer qu'elle ne fera pas appel à l'aide sociale. Dans ces situations, il est possible de faire intervenir un garant (formulaire « O »).

Pour les ressortissants de l'Union Européenne⁹, le droit d'obtenir une autorisation de travail dépend de la qualité de travailleur au sens de l'art. 3 al. 1 Annexe I ALCP. La jurisprudence de la CJCE¹⁰ énonce qu'est un travailleur « toute personne qui exerce des activités réelles et effectives à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires (temps partiel peut être admis). La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

Le fait que « l'intéressé demande à bénéficier d'une aide financière prélevée sur les fonds publics de l'Etat d'accueil ne permet pas d'exclure à son égard l'application des dispositions de droit communautaire relatives à la libre circulation des travailleurs ».

Les autorités prendront donc ces critères en compte lors de la décision d'octroi du permis.

⁹ Pour la Bulgarie et la Roumanie, le Protocole additionnel II prévoit des dispositions transitoires jusqu'au 31 mai 2016. Selon ces dispositions, les ressortissants des ces Etats sont soumis à des conditions plus strictes (cf. site: admin.ch).

¹⁰ Arrêt «Levin» de la CJCE du 23 mars 1982, 53/1981; repris par le Tribunal fédéral : 2A.753/2004 du 29 avril 2005, cons. 3.2.

En cas de perte du travail

Si l'étranger ayant obtenu une autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative perd l'emploi qui lui a permis cela, il ne perd pas de plein droit son permis. L'autorisation de séjour ne sera pas prolongée, certes, mais avant l'échéance du permis le séjour en Suisse ne devient pas automatiquement illégal.

Dans ces cas, l'étranger a le droit de toucher des prestations liées au chômage ou à l'aide sociale. L'aide sociale est en principe ouverte tant que la personne est titulaire d'un permis (à l'exception du permis « L » pour les ressortissant de l'UE délivré pour la recherche d'emploi). Il faut cependant faire attention, car le fait d'être à l'assistance sociale peut entraîner la perte du permis de séjour¹¹. Quant au chômage, le permis est en principe prolongeable tant que la personne peut percevoir des indemnités chômage. Néanmoins, il ne faut cependant pas en déduire un droit à un permis.

Changement de travail

Si la personne titulaire de l'autorisation de séjour souhaite changer d'emploi, elle n'a en principe pas besoin de demander une nouvelle autorisation et peut exercer dans toute la Suisse. Toutefois, l'article 38 alinéa 1 LETr émet une exception concernant les personnes qui ont une autorisation de courte durée (Permis « L »). Ces dernières ne peuvent changer d'emploi que si des raisons majeures le justifient. Le changement de canton est, lui, soumis à autorisation (art. 37 LETr et 67 OASA).

Révocation

En général, l'autorisation prend fin lorsque le titulaire du permis quitte la Suisse ; ce principe ne vaut pas pour les personnes titulaires d'une autorisation de courte durée, cette dernière expire à la date indiquée par les autorités. L'autorisation prend également fin si la personne obtient une autorisation dans un autre canton.

Pour le surplus, les mêmes raisons de révocation que pour les permis « B » et « C » s'appliquent¹².

¹¹ cf Chapitre 5, p. 9-10

¹² cf Chapitre 5; p.9-10

7. PERMIS SUR LA BASE DU REGROUPEMENT FAMILIAL

Un permis de séjour peut être obtenu par le regroupement familial. La condition *sine qua non* à l'obtention du permis est que le demandeur doit avoir un membre de sa famille qui est suisse ou au bénéficiaire d'un titre de séjour en Suisse. Il convient d'opérer une distinction selon le membre de la famille que l'on souhaite faire venir.

Conjoint

Afin que le conjoint puisse bénéficier du regroupement familial, une demande de VISA doit être déposée à Berne, si le demandeur vient d'un pays hors de l'espace Schengen. Puis, une demande de permis « B » sur la base du mariage doit être faite à l'OCP à Genève.

Les conditions générales afin d'obtenir le permis « B » pour le conjoint sont que les conjoints vivent en ménage commun et qu'ils disposent d'un logement approprié. A Genève, c'est l'art. 10 al. 3 RaLEtr qui définit la notion de logement approprié comme suit : «par logement approprié, on entend un logement dont les caractéristiques permettent de loger convenablement le nombre de personnes appelées à l'occuper, et qui répond à toutes les exigences légales et réglementaires en matière de salubrité et de sécurité». En règle générale, le nombre de pièces doit correspondre au nombre de personnes qui compose la famille, moins un. Malgré ces critères, les autorités cantonales ont un large pouvoir d'appréciation concernant la définition du logement approprié.

Si la personne qui souhaite faire venir son conjoint est suisse ou titulaire d'un permis « C », la condition de ne pas recourir à une assistance sociale durable et dans une large mesure est ajoutée.

Si la personne qui souhaite faire venir son conjoint est titulaire d'un permis « B », le bénéficiaire ne doit pas dépendre de l'aide sociale.

Le délai pour effectuer cette procédure est de cinq ans à partir du jour où l'étranger à bénéficiaire de l'autorisation de séjour ou d'établissement, ou à partir du jour où le lien de filiation a été établi avec le conjoint (jour du mariage). Des exceptions peuvent être admises en cas de raisons familiales majeures ou si le conjoint qui est en Suisse est lui-même suisse ou ressortissant de l'Union Européenne ; dans ces cas il n'y a

pas de délai (art. 47 al. 2, 42 al. 2 LETr et Annexe I ALCP).

Futur conjoint

Si le futur conjoint se trouve encore à l'étranger au moment de la demande, comme pour le conjoint, une demande de VISA doit être déposée à Berne si le demandeur vient d'un pays hors de l'espace Schengen. Ensuite, il faut demander à l'OCP une attestation provisoire en vue de la procédure de mariage. Cette dernière permettra de régulariser la situation du futur conjoint le temps nécessaire au mariage (attestation d'une durée de 6 mois en principe). Une fois en possession de cette autorisation, il est possible de se rendre à la mairie du domicile des époux pour célébrer le mariage.

Si le futur conjoint est déjà en Suisse, l'OCP examine préalablement si les conditions du regroupement familial paraissent remplies. Si c'est le cas, l'autorité peut délivrer une attestation provisoire de six mois en vue de la procédure de mariage. En revanche, cela n'est pas automatique. En effet, le Tribunal fédéral a déjà admis le refus d'une autorisation de séjour en vue du mariage en raison de la situation illégale de l'un des futurs époux (arrêt du 23 novembre 2011, 2C_349/2011). Cette décision découle de l'art. 98 al. 4 du Code Civil qui énonce que « les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire ». Malgré tout, le refus n'est pas non plus systématique en cas de situation irrégulière. Des exceptions à l'art. 98 al. 4 sont possibles si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et qu'il n'y a aucun indice que l'étranger entend évoquer abusivement les règles du regroupement familial (cf. art. 17 LETr par analogie) ».

Partenaires du même sexe

Les mêmes conditions que pour le conjoint déjà marié s'appliquent aux partenaires du même sexe. Cependant, la plupart du temps, les couples homosexuels n'enregistrent pas leur union dans leur pays d'origine pour des raisons évidentes (par ex. discrimination, persécution). Dans ces cas, une autorisation de séjour peut être octroyée au titre de l'art. 31 OASA (cas individuel d'une extrême gravité), pour autant que les conditions fixées dans la jurisprudence du Tribunal fédéral soient remplies¹³.

¹³ Directive ODM 6.1.8.

Enfants

Les enfants qui souhaitent bénéficier du regroupement familial doivent remplir les mêmes conditions que les conjoints. Il faut en plus que les enfants en question soient âgés de moins de 18 ans (et moins de 21 ans pour les ressortissants de l'UE cf. art. 3 Annexe I ALCP) ; si l'enfant ne rejoint que l'un des parents, ce dernier doit être seul titulaire de l'autorité parentale. En cas d'autorité parentale conjointe, l'autre parent vivant à l'étranger doit avoir donné son accord exprès.

Le délai pour demander le regroupement familial est de cinq ans dès le jour de l'octroi de l'autorisation de séjour ou d'établissement ou dès le jour de l'établissement du lien de filiation. La demande pour les enfants de 12 ans ou plus doit être faite dans un délai de douze mois (à place du délai de cinq ans). Des exceptions peuvent être admises en cas de raisons familiales majeures ou si le parent (ou son conjoint) qui est en Suisse est un ressortissant de l'Union Européenne ou est suisse ; dans ce cas il n'y a pas de délai (art. 47 al. 2, 42 al. 2 LETr et Annexe I ALCP).

Droit du conjoint et de l'enfant

Une fois la procédure terminée et le permis de séjour octroyé, le conjoint peut travailler en tant que salarié sans demander une autorisation spécifique.

L'enfant et le conjoint peuvent également obtenir un permis « C » après cinq ans de ménage commun avec la personne de leur famille qui a permis d'effectuer le regroupement familial (le conjoint pour la personne mariée et le parent pour l'enfant).

Perte du permis pour le conjoint et l'enfant

Le permis est perdu si une des conditions nécessaires à l'octroi de l'autorisation de séjour énoncées ci-dessus n'est plus remplie. Si les conjoints ne font plus ménage commun ou s'ils divorcent, celui qui est venu en Suisse grâce au regroupement familial n'a plus de droit de séjourner en Suisse¹⁴. De même si le parent qui a ramené son enfant perd la garde et l'autorité parentale sur son enfant, l'enfant perd le droit de séjourner en Suisse.

¹⁴ Après 5 ans de vie commune le ou la conjoint(E) ne perd plus son permis.

Il existe cependant des exceptions: si la vie commune a durée 3 ans et que l'intégration du bénéficiaire du regroupement familial est réussie, ce dernier peut conserver son permis; de même, et indépendamment de la durée de la vie commune, si le bénéficiaire du regroupement familial peut invoquer des raisons personnelles majeures à la poursuite de son séjour en Suisse (par ex. violences conjugales), il peut conserver son permis.

Les autres cas de révocations sont les mêmes que ceux expliqués pour les permis « B » et « C »¹⁵.

8. CAS DE RIGUEUR

Si une personne est en Suisse illégalement et qu'elle n'a pas réussi à obtenir un titre de séjour valable à la suite des procédures énoncées ci-dessus, elle peut invoquer en dernier recours le cas d'extrême gravité. La demande doit être formulée à l'OCP et peut déboucher sur un permis « humanitaire »¹⁶. Ce motif, très restrictif, est difficilement admis par les tribunaux. Lors de la prise de décision, les autorités prendront en compte plusieurs indices énoncés à l'article 31 al. 1 OASA:

L'intégration de l'étranger en question : il convient de demander à faire témoigner les personnes de l'entourage professionnel et social (patron, collègues, amis, voisins, etc.) du demandeur. La maîtrise d'une des langues nationales est également une condition importante à l'intégration.

Respect de l'ordre juridique suisse : l'étranger ne doit pas avoir commis de délit en Suisse.

Situation familiale : les autorités examineront si le demandeur (ou ses enfants) a été scolarisé depuis le plus jeune âge en Suisse ou s'il est arrivé tardivement après avoir suivi une partie de la scolarisation à l'étranger.

Situation financière, volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation : le fait de ne pas dépendre de l'aide sociale, d'être indépendant financièrement et de ne pas avoir de poursuites sont les

¹⁵ Cf. Chapitre 5, p.9-10

¹⁶ Pour plus d'information : http://odae-romand.ch/IMG/pdf/NT005_SIT_sans-papiers.pdf

éléments essentiels qui seront examinés.

Durée de la présence en Suisse : en principe, une présence en Suisse de moins de 6 ans ne permet pas de remplir ce critère.

Etat de santé : si le demandeur est atteint d'une maladie grave ou chronique et qu'il ne peut pas être soigné dans son pays d'origine, les autorités en tiendront compte.

Possibilité de réintégration dans l'Etat de provenance : Les autorités examineront si le demandeur a passé une partie de son enfance dans son pays d'origine, s'il a toujours de la famille là-bas et s'il entretient des contacts réguliers avec elle. Le taux élevé de chômage dans le pays d'origine n'est pas un argument valable pour la continuation du séjour en Suisse.

Le Tribunal administratif fédéral a développé ces indices dans un arrêt du 7 mars 2012¹⁷ :

« Les conditions auxquelles la reconnaissance d'un cas de rigueur est soumise doivent être appréciées de manière restrictive. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, autrement dit qu'une décision négative prise à son endroit comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation d'un cas de rigueur, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un cas individuel d'une extrême gravité n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. Par ailleurs, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas individuel d'une extrême gravité ; encore faut-il que la relation de l'intéressé avec la Suisse soit si étroite qu'on ne puisse exiger de lui qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine [...] Parmi les éléments déterminants pour la reconnaissance d'un cas de rigueur au sens de la jurisprudence susmentionnée, il convient de citer, en particulier, la très longue durée du séjour en Suisse, une intégration sociale particulièrement poussée, une réussite professionnelle remarquable, une maladie grave ne

¹⁷ Dernier arrêt en date: arrêt du 19 novembre 2012, C-5160/2011)

pouvant être soignée qu'en Suisse, la situation des enfants, notamment une bonne intégration scolaire aboutissant après plusieurs années à une fin d'études couronnée de succès ; constituent en revanche des facteurs allant dans un sens opposé le fait que la personne concernée n'arrive pas à subsister de manière indépendante et doit recourir à l'aide sociale, ou des liens conservés avec le pays d'origine (par exemple sur le plan familial) susceptibles de faciliter sa réintégration ».

Une demande de permis «humanitaire» nécessite ainsi un travail de fonds important et la constitution d'un dossier conséquent. Dans ce domaine, la pratique des tribunaux est assez sévère¹⁸.

9. AUTRES

Formation

En plus des moyens expliqués ci-dessus, un étranger peut entrer en Suisse dans le but de poursuivre une formation. Les conditions en vue de l'octroi de ce permis sont nombreuses :

Il est indispensable que le futur étudiant ait les moyens financiers nécessaires pour subvenir à ses besoins pendant la durée de la formation. Il devra fournir à l'autorité compétente les documents qui attestent de sa capacité financière (par exemple des extraits de compte bancaire, l'attestation d'octroi d'une bourse d'étude). Il démontrera également qu'il dispose d'un logement approprié dans lequel séjourner pendant ses études.

Le type de formation est également décisif. Le futur établissement scolaire devra dispenser au minimum vingt heures de cours par semaine. L'élève devra certifier qu'il a le niveau d'étude requis pour la formation (diplômes déjà obtenu, CV) et devra déjà s'être inscrit et avoir été accepté dans l'école en question.

Pour pouvoir obtenir une autorisation de séjour dans le cadre d'une formation, le demandeur ne doit pas avoir déjà déposé une demande antérieure. Enfin, l'étudiant doit s'engager par écrit à quitter la Suisse une

fois son cursus complété.

Après la fin de la formation, si l'étudiant souhaite poursuivre son séjour en Suisse, il devra déposer une nouvelle demande (art. 54 OASA). Il pourra obtenir un nouveau titre de séjour pour poursuivre sa formation si celle-ci s'inscrit dans la suite logique de ses études. Quant au changement d'orientation, il n'est qu'exceptionnellement admis.

De plus, si l'étudiant a poursuivi une formation universitaire en Suisse, l'accès au marché du travail peut lui être facilité (art 21 al.1 LEtr).

Admission provisoire

En cas de refus des autorités de délivrer un titre de séjour ou en cas d'une demande d'asile refusée, une décision d'expulsion est prononcée à l'encontre de la personne étrangère. Cette décision, une fois entrée en force, doit être exécutée par les autorités compétentes qui renverront la personne dans son pays d'origine. Toutefois, il se peut que ce renvoi soit impossible, illicite ou qu'il ne peut pas être raisonnablement exigé. C'est l'ODM qui a la compétence de décider si ce renvoi est possible ou non (art. 83 LEtr et art. 16-17 OERE) :

L'expulsion n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son Etat d'origine, son état de provenance ou un Etat tiers, ni être renvoyé dans un de ces États. L'ODM demandera la permission au pays en question avant de prendre sa décision (par exemple, Israël refusera d'accueillir un palestinien)

L'expulsion est illicite lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

L'expulsion ne peut pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

La personne menacée d'expulsion qui se trouve dans l'une de ces situations doit déposer une demande d'admission provisoire à l'ODM. Si l'ODM donne suite à sa demande, elle lui délivrera un permis «F» pour une durée de douze mois au maximum (il pourra par la suite être prolongé).

Pendant la durée où le permis « F » est valable, le bénéficiaire peut exercer une activité lucrative s'il en fait la demande à l'OCP. De plus,

¹⁸ Pour plus d'information : <http://www.odae-romand.ch>

après cinq ans, il peut demander une autorisation de séjour pour lui et toute sa famille et bénéficiaire également du regroupement familial.

Si le renvoi redevient licite, possible et raisonnablement exigible, le permis «F» tombe et la décision de renvoi sera exécutée. Le permis « F » perd également sa validité si le bénéficiaire quitte la Suisse sans s'annoncer, s'il disparaît plus de six mois, ou s'il quitte définitivement le pays.

Exceptions à l'octroi du permis « F »

L'étranger ne pourra pas bénéficier du permis « F » :

S'il a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou bien s'il a fait l'objet de mesures pénales au sens des articles 61 ou 64 du Code Pénal (mesures thérapeutiques institutionnelles ou internement).

S'il a porté atteinte de manière grave ou répétée à la sécurité ou à l'ordre public en Suisse ou à l'étranger, les mets en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.

S'il est impossible d'exécuter le renvoi en raison du comportement de l'étranger notamment s'il a menti sur sa nationalité, s'il a renoncé à la nationalité du pays dans lequel il doit être renvoyé ou encore si son lieu de résidence en Suisse est inconnu.

10. ADRESSES UTILES

Office cantonal de la population (OCP)

Route de Chancy 88
1213 Onex
+41 22 546 46 46
Du lundi au vendredi de 8h30 à 12h30, les jours ouvrables

Office fédéral des migrations (ODM)

Quellenweg 6
3003 Berne-Wabern +41 31 325 88 66

Espace Solidaire Pâquis - Permanence juridique

Rue de Berne 49
1201 Genève
+41 22.732.19.31
Le lundi et le jeudi de 9h à 12

Caritas Genève

Rue de Carouge, 53
Case postale 75
CH – 1211 Genève 4
Tél. 022 708 04 44
Fax 022 708 04 45
Du lundi au vendredi, de 8h à 12h et de 14h à 18h

CIMADE Ferney Voltaire

Vendredi 9h à midi
Maison Saint-Pierre, 11 rue de Genève,
01210 Ferney Voltaire (rez-de-chaussée)
Tél. : 06 70 09 38 98 éviter durant les permanences
courriel: paysdegex@lacimade.org

CCSI

Centre de Contact Suisses-Immigrés Genève
25 route des Acacias, 1227 Les Acacias
Tram 15, arrêt «Industrielle», ou bus 11, arrêt «Epinettes»
Tel: 022/304.48.60 - Fax: 022/304.48.68
admin@ccsi.ch

Permanences volantes

EPER - Entraide Protestante Suisse
Rue de Carouge, 108a
1205 Genève
022 300 49 11
076/536 81 94
martinez@eper.ch
www.eper.ch

