Revue européenne des migrations internationales

vol. 34 - n°1 | 2018

Mouvements migratoires d'hier et d'aujourd'hui en Italie

« Contre l'immigration de masse » : la mise en œuvre paradoxale dans l'ordre juridique suisse d'une votation populaire visant à limiter l'immigration

“Against Mass Immigration”: The Paradoxical Implementation in Swiss National Law of a Popular Initiative Aimed at Restricting Immigration

«Contra la inmigración de masa»: la implementación paradójica en el orden jurídico suizo de una votación popular para limitar la inmigración

Anne-Laurence Graf

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/remi/9683>

DOI : 10.4000/remi.9683

ISSN : 1777-5418

Éditeur

Université de Poitiers

Édition imprimée

Date de publication : 1 avril 2018

Pagination : 257-263

ISBN : 979-10-90426-61-0

ISSN : 0765-0752

Référence électronique

Anne-Laurence Graf, « « Contre l'immigration de masse » : la mise en œuvre paradoxale dans l'ordre juridique suisse d'une votation populaire visant à limiter l'immigration », *Revue européenne des migrations internationales* [En ligne], vol. 34 - n°1 | 2018, mis en ligne le 28 décembre 2018, consulté le 19 avril 2022. URL : <http://journals.openedition.org/remi/9683> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/remi.9683>

Chronique juridique

« Contre l’immigration de masse » : la mise en œuvre paradoxale dans l’ordre juridique suisse d’une votation populaire visant à limiter l’immigration

Anne-Laurence Graf¹

Le 9 février 2014, un peu à la surprise générale², le peuple et les cantons suisses acceptaient à une courte majorité (50,3 % des votants et dix-sept cantons sur vingt-six) l’initiative populaire « contre l’immigration de masse » qui proposait d’introduire dans la Constitution helvétique un système de gestion et de limitation autonomes de l’immigration.

La teneur du nouvel article 121a de la Constitution helvétique introduit par l’initiative populaire « contre l’immigration de masse »

Selon le texte proposé par les initiants³ et intégré dans la Constitution helvétique sous le nouvel article 121a⁴, « le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et des contingents annuels, [...] domaine de l’asile inclus » (alinéa 2). Par ailleurs, le « droit au [...] regroupement familial [...] peut être limité » (alinéa 2). Le nouvel article constitutionnel dispose également que « les plafonds et les contingents

1 Docteure en droit de l’Université de Genève, collaboratrice scientifique au centre suisse de compétence des droits humains, domaine « migration », Université de Neuchâtel, rue Breguet 1, 2000 Neuchâtel, Suisse ; anne-laurence.graf@unine.ch

2 En décembre 2013, un sondage réalisé par l’institut Isopublic indiquait que l’initiative « contre l’immigration de masse » serait, à cette date, rejetée par 54 % des Suisses. En janvier 2014, un sondage réalisé par l’institut Gfs.bern indiquait le rejet de l’initiative par 55 % des votants contre 37 % en faveur du oui. À la fin du mois de janvier 2014, soit moins de deux semaines avant la votation, un nouveau sondage réalisé par l’institut Gfs.bern indiquait 43 % d’avis en faveur de l’initiative, soit six points de plus pour le camp du oui par rapport au début du mois de janvier.

3 Le texte de l’initiative, publié dans la Feuille fédérale (FF) 2011, aux pages 5847 et 5848, peut être consulté à cette adresse : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2011/5845.pdf>

4 En Suisse, 100 000 citoyens peuvent proposer une modification de la Constitution (initiative populaire fédérale), qui sera soumise au vote du peuple et des cantons. Si l’initiative populaire est acceptée à la majorité du peuple et des cantons, la Constitution est modifiée sur la base (en cas des termes généraux) ou selon (en cas de projet rédigé) le texte présenté par les initiants. Les initiatives populaires ne sont soumises, sur le fond, qu’à la seule exigence de respecter les règles impératives du droit international.

pour les étrangers exerçant une activité lucrative [frontaliers inclus] doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect de la préférence nationale » (alinéa 3). Le nouvel article précise aussi qu'« aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu » (alinéa 4). Par ailleurs, les dispositions transitoires (le nouvel article 197, chapitre 11, de la Constitution), également acceptées par la votation populaire du 9 février 2014, disposent que les traités internationaux contraires à l'article 121a doivent être renégociés, ainsi que le nouvel article 121a mis en œuvre par le Parlement, dans un délai de trois ans à compter de la date de la votation. En d'autres termes, le nouvel article 121a suppose une ou plusieurs loi(s) d'application par le Parlement. L'article constitutionnel n'est donc pas directement applicable, ce qui a d'ailleurs été confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt de novembre 2015⁵.

La mise à profit de la main d'œuvre indigène : une mise en œuvre conforme à l'esprit mais éloignée de la lettre du nouvel article 121a

L'incompatibilité du texte de l'article 121a avec les obligations internationales de la Suisse

La mise en œuvre du nouvel article constitutionnel s'avéra d'emblée difficile. En soumettant les autorisations de séjour de tous les étrangers à des plafonds et contingents annuels, le principe de la libre circulation des personnes qui découle des accords conclus par la Suisse avec les pays de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE)⁶ était touché en plein cœur. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), en particulier, était visé par les dispositions transitoires de l'article 121a qui concernaient l'obligation de renégocier dans un délai de trois ans les traités internationaux contraires au nouvel article constitutionnel. L'admission des étrangers en Suisse repose, en effet, sur un système binaire : d'un côté, en vertu de la libre circulation des personnes, les ressortissants de l'UE/AELE ont un « droit à l'admission » en Suisse, notamment aux fins d'exercer une activité lucrative, et sont prioritaire sur le marché suisse du travail par rapport aux travailleurs ressortissants des autres États (ce principe de priorité dans le recrutement impose à un employeur en Suisse de tout mettre en œuvre pour recruter un travailleur en provenance de l'UE/AELE plutôt qu'un ressortissant d'un État tiers) ; d'un autre côté, les ressortissants des autres États sont soumis à des conditions restrictives afin de pouvoir être admis en Suisse pour y exercer une activité lucrative (contingentement annuel du nombre des autorisations initiales, priorité sur le marché du travail des travailleurs « indigènes », à savoir des Suisses, des travailleurs étrangers déjà établis en Suisse ou intégrés au marché du travail,

5 Arrêt du Tribunal fédéral (autorité judiciaire suprême de l'ordre juridique suisse) du 26 novembre 2015, 2C_716/2014, considérant 3.1.

6 Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, conclu le 21 juin 1999, entré en vigueur à l'égard de la Suisse le 1er juin 2002 ; annexe K à la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE) du 4 janvier 1960, entrée en vigueur à l'égard de la Suisse le 1er juin 2002.

ainsi que des travailleurs en provenance de l'UE ou de l'AELE, etc.⁷). De même, l'inclusion des personnes du domaine de l'asile dans ces plafonds et contingents, selon le texte du nouvel article constitutionnel, à savoir les requérants d'asile et les réfugiés, remettrait en cause le principe de non-refoulement fortement ancré en droit international public (Uebersax, 2014 : 7).

D'une stricte mise en œuvre...

Différents projets de mise en œuvre ont été élaborés par l'exécutif, allant d'une stricte mise en œuvre de l'initiative (afin de respecter la volonté populaire), qui excluait cependant des plafonds et contingents les requérants d'asile afin de ne pas enfreindre le principe du non-refoulement, à l'instauration d'une clause de sauvegarde à l'égard des ressortissants de l'UE/AELE permettant de soumettre les autorisations accordées à ces derniers à des plafonds et contingents en cas de forte d'immigration⁸. De son côté, l'UE refusait d'entrer en matière sur une renégociation de l'ALCP, considérant que les contingents, les plafonds et la préférence nationale touchaient au principe même de la libre circulation.

... à une mise en œuvre conforme à l'esprit de l'article 121a...

Entre la lettre de l'article 121a de la Constitution et la sauvegarde des bonnes relations avec l'UE, les parlementaires suisses ont choisi la seconde voie. La loi d'application de l'article 121a, votée le 16 décembre 2016, ne retient pas le principe des plafonds et contingents annuels (outre le contingentement déjà en vigueur à l'égard des ressortissants d'États non membres de l'UE ou de l'AELE). En outre, au lieu de la préférence nationale à prendre en considération, selon le texte de l'article 121a, lors de la fixation des plafonds et contingents, le texte législatif retient le principe de la « préférence indigène allégée »⁹. Ainsi, dans les secteurs d'activités qui enregistrent en Suisse un taux de chômage plus élevé que la moyenne, les employeurs ont l'obligation, depuis le 1^{er} juillet 2018¹⁰, d'annoncer au service public de l'emploi les postes vacants, tandis que les demandeurs d'emploi inscrits auprès du service public de l'emploi auront un accès exclusif pendant un temps limité (cinq jours selon l'ordonnance d'application¹¹) aux informations relatives à ces postes. Il convient de souligner que les demandeurs d'emploi inscrits auprès du service public de l'emploi ne

7 Ces conditions sont listées aux articles 18 à 26 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, que l'on peut consulter à cette adresse : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20020232/index.html>

8 On peut retrouver ces différents projets (plan de mise en œuvre et avant-projets de loi) sur le site du Secrétariat d'État aux migrations à cette adresse : https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/fza_schweiz-eu-efta/umsetzung_vb_zuwanderung.html

9 Le texte législatif adopté le 16 décembre 2016 peut être consulté à cette adresse : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2016/8651.pdf>

10 Date d'entrée en vigueur des modifications de la loi sur les étrangers et des dispositions d'exécution (ordonnances adoptées par l'organe exécutif) pertinentes.

11 Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi (OSE), dans sa version modifiée au 1^{er} juillet 2018 (nouvel article 53b).

concernent pas seulement les citoyens suisses mais également les citoyens étrangers ayant déjà été admis sur le territoire suisse, notamment aux fins d'exercer une activité lucrative ou de rechercher un emploi (le qualificatif « indigène » désigne dans ce contexte les citoyens, les étrangers déjà établis sur le territoire, ceux déjà intégrés au marché du travail et ceux admis sur le territoire suisse aux fins de rechercher un emploi).

Il est particulièrement flagrant que le texte du nouvel article constitutionnel n'ait pas été suivi à la lettre par le Parlement suisse, ce qui s'explique, ainsi qu'évoqué au-dessus, par la volonté de la majorité des parlementaires de préserver le système de la libre circulation avec l'UE étant donné l'impact positif de la libre circulation sur l'économie suisse¹². On peut cependant considérer que le Parlement suisse, par sa loi d'application du 16 décembre 2016, a respecté l'*esprit* de l'article 121a, à savoir : exploiter le potentiel que constitue la main-d'œuvre indigène en Suisse dans des secteurs d'activités qui enregistrent un nombre important de chômeurs, l'effet escompté étant de limiter l'arrivée de « primo-immigrants » dans des secteurs où la main-d'œuvre en provenance de l'étranger n'est pas, a priori, nécessaire.

... pas pleinement euro-compatible

La « préférence indigène allégée » n'est pas entièrement compatible avec le principe de la libre circulation des personnes entre l'UE et la Suisse puisqu'elle remet en cause l'idée, à la base de la libre circulation, d'instaurer un marché européen commun de l'emploi. Cependant, étant donné que le Parlement n'a pas remis en cause le système binaire d'admission des étrangers en Suisse, les ressortissants de l'UE/AELE restent favorisés par rapport aux ressortissants des autres États n'ayant pas déjà émigré en Suisse (principe de priorité dans le recrutement). Par ailleurs, il est possible pour un Européen de séjourner en Suisse pendant au moins six mois afin de rechercher un emploi et d'être, pendant cette période, inscrit auprès du service public suisse de l'emploi et de bénéficier des mêmes services d'accompagnement que ceux offerts aux demandeurs d'emploi « indigènes »¹³. Dans ce sens, un Français qui séjournerait en Suisse pour y rechercher un emploi et qui serait inscrit auprès du service public de l'emploi aurait accès aux informations relatives aux postes vacants dont l'accès est restreint dans le cadre de la « préférence indigène allégée ». Il demeure que ce Français devra, pour bénéficier de cet avantage, résider en Suisse. Selon la doctrine juridique suisse (Boillet et Maiani, 2017 : 63), cette condition de résidence entraîne une discrimination indirecte prohibée par l'ALCP.

12 L'adoption de la loi d'application de l'article 121a le 16 décembre 2016 a ainsi ouvert la voie à la ratification du Protocole III d'extension de l'ALCP à la Croatie (ce que semblait exclure, a priori, l'article 121a, alinéa 4).

13 Article 2, alinéa 1, 2ème paragraphe, annexe I, ALCP ; article 18 de l'Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP).

La facilitation de l'accès au marché suisse du travail par les personnes du domaine de l'asile : l'autre versant de la mise en œuvre du nouvel article 121a

La levée d'obstacles juridiques à l'accès au marché du travail par les personnes relevant du domaine de l'asile...

C'est selon cette même idée de mise à profit de la main-d'œuvre indigène que le Parlement suisse a adopté, le 16 décembre 2016¹⁴, d'autres mesures de mise en œuvre du nouvel article constitutionnel qui ont pour but de faciliter l'accès au marché suisse du travail par les personnes issues du domaine de l'asile, en particulier des personnes ayant obtenu le statut de réfugié ou au bénéfice d'une admission provisoire en Suisse (qui correspond, dans une certaine mesure, à l'institution de la protection subsidiaire). Ainsi, depuis le 1^{er} juillet 2018, les réfugiés et les personnes admises provisoirement qui sont à la recherche d'un emploi et qui présentent les compétences requises pour travailler (formation, compétences linguistiques, etc.) doivent être annoncées au service public de l'emploi par les autorités cantonales ou communales dont elles dépendent. Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2018, les requérants d'asile et les personnes admises provisoirement ne doivent plus verser à la Confédération helvétique une taxe de 10 % sur le revenu tiré de leur activité lucrative¹⁵. Enfin, depuis le 1^{er} juillet 2018, les personnes admises provisoirement bénéficient, au même titre que les personnes ayant obtenu l'asile, de la priorité sur le marché suisse du travail par rapport aux autres ressortissants des États non membres de l'UE ou l'AELE. Enfin, une dernière mesure, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2019¹⁶, concerne l'accès sans autorisation préalable à une activité lucrative pour les personnes réfugiées ou admises provisoirement (en remplaçant l'autorisation préalable actuellement en vigueur par une simple annonce par l'employeur).

Ces différentes mesures devraient avoir pour effet, selon les institutions politiques helvétiques, d'inciter les personnes du domaine de l'asile dont le retour dans leur pays d'origine est, soit exclu (réfugiés), soit peu probable à court et à moyen termes (personnes admises provisoirement sans qualité de réfugié), à travailler. Ainsi, leur intégration en Suisse devrait être facilitée (révision de la loi sur les étrangers, en matière d'intégration) et l'arrivée de

14 Soit dans le cadre de la loi d'application (au sens strict) de l'article 121a, soit dans le cadre d'une autre loi révisant la loi fédérale sur les étrangers, en matière d'intégration, dont le projet avait été renvoyé par le Parlement au Conseil fédéral (le Gouvernement) suite à la votation populaire du 9 février 2014. Ces deux projets de loi ont tous deux été adoptés le 16 décembre 2016. Leurs ordonnances d'application font cependant l'objet de processus différents. Ainsi, les ordonnances d'application de la loi d'application de l'article 121a, adoptées par le Conseil fédéral le 8 décembre 2017, entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2018, tandis que les ordonnances d'application de la loi révisant la loi sur les étrangers, s'agissant de l'intégration, ont été partagées en deux paquets : le premier paquet est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018, tandis que le second paquet entrera en vigueur vraisemblablement à l'été 2018 (à la date du 23 mai 2018, les ordonnances révisées du second paquet n'avaient pas encore adoptées par le Conseil fédéral).

15 Cette taxe se justifiait à titre de remboursement (forfaitaire) des frais engendrés pour l'État suisse pour la procédure d'asile et de recours. Les personnes ayant été reconnues réfugiées n'étaient cependant pas soumises à cette taxe même dans l'ancien droit en vigueur.

16 À la date où cette chronique a été rédigée (23 mai 2018), l'ordonnance d'application n'avait pas encore été adoptée par le Conseil fédéral.

« primo-immigrants » en provenance d'États non membres de l'UE ou de l'AELE en principe réduite (modification de la loi sur les étrangers de mise en œuvre de l'article 121a).

... accompagnée de mesures politiques

Ces différentes mesures de modification du droit suisse des étrangers s'accompagnent de mesures prises au niveau politique pour favoriser la formation, les compétences linguistiques et l'accès à l'emploi des personnes du domaine de l'asile en Suisse. Par exemple, le 18 décembre 2015, le Conseil fédéral (le Gouvernement) a, au titre des *Mesures d'accompagnement de l'article 121a de la Constitution*, lancé un *Programme pilote de préapprentissage d'intégration et d'encouragement précoce de la langue* à destination des réfugiés et des personnes admises provisoirement en Suisse¹⁷. Selon ce programme, 800 à 1 000 personnes devraient suivre, chaque année, un programme de « préapprentissage » d'une durée d'un an. Ce « préapprentissage » consiste à développer les compétences (linguistiques, scolaires de base, personnelles, sociales, etc.) permettant aux bénéficiaires d'entreprendre une formation professionnelle initiale. Par ailleurs, ce programme pilote vise également à faire bénéficier des requérants d'asile, à savoir ceux qui présentent des chances de rester en Suisse à l'issue de leur procédure d'asile, d'un encouragement précoce de la langue.

Conclusion : une mise en œuvre paradoxale critiquée par un parti politique suisse à l'origine d'une nouvelle initiative populaire

De manière paradoxale, la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, qui vise à limiter l'immigration (domaine de l'asile inclus selon le texte de l'initiative et du nouvel article constitutionnel), a pour conséquence de faciliter de manière significative l'accès au marché du travail des personnes du domaine de l'asile au motif que ceux-ci constituent un potentiel important de main-d'œuvre indigène. Ainsi, étant donné que l'accès au marché du travail est un facteur important de l'intégration des étrangers, la mise en œuvre en droit interne de l'initiative « contre l'immigration de masse » est susceptible de mener à une meilleure intégration en Suisse des étrangers qui ont un besoin de protection.

La mise en œuvre, éloignée de la lettre, du nouvel article constitutionnel 121a a été sévèrement critiquée par le parti politique Union démocratique du centre (UDC) qui était à l'origine de l'initiative. Ce premier parti de Suisse a ainsi lancé en janvier 2018, avec l'Association pour une Suisse indépendante et neutre (ASIN), une nouvelle initiative populaire fédérale « pour une immigration modérée » dont l'objectif, cette fois explicite, est d'abroger l'ALCP. Le texte de cette nouvelle initiative se lit comme suit :

¹⁷ Sur les points clés de ce programme, voir <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/integration/ausschreibungen/2018-integrationsvorlehre/eckpunkte-invol-f.pdf>

Art. 121b Immigration sans libre circulation des personnes

- 1 La Suisse règle de manière autonome l'immigration des étrangers.
- 2 Aucun nouveau traité international ne sera conclu et aucune autre nouvelle obligation de droit international ne sera contractée qui accorderaient un régime de libre circulation des personnes à des ressortissants étrangers.
- 3 Les traités internationaux et les autres obligations de droit international existants ne pourront pas être modifiés ni étendus de manière contraire aux al. 1 et 2.

Art. 197, Ch. 12

12. Disposition transitoire ad art. 121b (Immigration sans libre circulation des personnes)

- 1 Des négociations seront menées afin que l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes cesse d'être en vigueur dans les douze mois qui suivent l'acceptation de l'art. 121b par le peuple et les cantons.
- 2 Si cet objectif n'est pas atteint, le Conseil fédéral dénonce l'accord visé à l'al. 1 dans un délai supplémentaire de 30 jours.

À ce jour, cette initiative en est encore au stade de la récolte de signatures. Si 100 000 citoyens suisses soutiennent cette initiative populaire (ou soutiennent le principe de la soumettre au vote populaire) et qu'elle est acceptée par la majorité du peuple et des cantons, il sera difficile au Conseil fédéral et au Parlement de la mettre autrement en œuvre qu'en dénonçant l'ALCP, ce qui entraînera, par effet de la « clause guillotine »¹⁸, la dénonciation de l'ensemble des accords bilatéraux qui lient la Suisse et l'UE. Cette nouvelle initiative a, au moins, le mérite de demander au peuple de voter sur un texte qui demande clairement (l'abrogation de la libre circulation des personnes) ce que sous-entendait l'initiative « contre l'immigration de masse ».

Références bibliographiques

Boillet Véronique et Maiani Francesco (2017) La préférence indigène light et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, in Alberto Achermann, Cesla Amarelle, Martina Caroni, Astrid Épiney, Jörg Künzli et Peter Uebersax Eds., *Annuaire du droit de la migration*, Berne, Stämpfli Éditions, pp. 61-78.

Graf Anne-Laurence et Mahon Pascal (2018) Article 121a de la Constitution et accès au marché du travail, in *Jusletter* 13 août 2018, [en ligne] consulté le 23/09/2018. URL : <https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2018/944.html>

Uebersax Peter (2014) Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, in *Jusletter* 14. April 2014, [online] last checked on 23/05/2018. URL: <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2014/753.html>

¹⁸ Selon la Direction des affaires européennes du Département fédéral des affaires étrangères, « les accords sont juridiquement liés par une "clause guillotine" qui prévoit qu'ils ne peuvent entrer en vigueur qu'ensemble. Si l'un des accords n'était pas prolongé ou s'il était dénoncé, les autres seraient caducs » (<https://www.eda.admin.ch/dea/fr/home/europapolitik/politique-europeenne/bilaterale-1.html>).