

Réf. : /jls

le 11 février 2014

NOTE

à : Monsieur Philippe Leuba, chef du DECS

de : Jean-Luc Schwaar, chef du SJL

**Objet : Applicabilité directe du nouvel article 121a de la Constitution fédérale
(issu de l'initiative "Contre l'immigration de masse")**

La présente note a pour but de vous renseigner rapidement sur la situation juridique qui prévaut au lendemain de l'acceptation par le peuple et les cantons de l'initiative "Contre l'immigration de masse", et jusqu'à l'adoption par les Chambres fédérales (respectivement par le Conseil fédéral) de dispositions d'application.

1. Rappel des principes relatifs à l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions constitutionnelles et à leur applicabilité

Selon l'article 195 de la Constitution fédérale (Cst), les révisions totales ou partielles de cette dernière entrent en vigueur dès leur acceptation par le peuple et les cantons. Cette règle est reprise à l'article 15, alinéa 3 de la loi fédérale sur les droits politiques (LDP). Cela signifie que les articles 121a et 197, chiffre 9 Cst, qui constituent le corps de l'initiative acceptée hier par le peuple et les cantons, sont entrés en vigueur ce lundi.

Autre est la question de savoir s'ils sont directement applicables, soit s'ils ont des effets directs sur les droits et obligations des citoyens et doivent être appliqués par les autorités avant même qu'une législation d'application ne soit élaborée. Selon la jurisprudence, une disposition constitutionnelle est directement applicable si elle est suffisamment précise pour que l'on puisse en déduire des effets sur les particuliers, ce qui doit être examiné dans chaque cas à l'aune des règles ordinaires relatives à l'interprétation des textes de lois (ATF 139 II 243, consid. 8 et références citées). En principe, une telle disposition doit être "justiciable", ce qui signifie que le non-respect du comportement ou l'absence de comportement qu'elle induit peut en principe être sanctionné par un juge. A tout le moins, le Tribunal fédéral a rappelé dans deux arrêts récents que, sous l'angle du principe de légalité, une disposition constitutionnelle ne pouvait être considérée comme directement applicable que si les situations qu'elle vise et les conséquences juridiques qu'elle implique sont décrites de manière suffisamment précise pour que le particulier puisse adapter son comportement en conséquence (ATF 139 I 16, consid. 4.3.2, qui portait sur l'applicabilité directe de l'article 121, al. 3 à 6 Cst relatif à l'expulsion des criminels étrangers, applicabilité niée par le Tribunal fédéral, et 139 II 243, consid. 10). On admet en règle générale qu'une intervention du législateur est nécessaire lorsqu'elle est exigée par la Constitution elle-même. Il faut toutefois être prudent s'agissant de ce critère : l'article 75b Cst, relatif aux résidences secondaires, a récemment été jugé directement applicable par le Tribunal fédéral, alors même que son

alinéa 2 mentionne une législation d'application. Il est donc nécessaire d'interpréter les dispositions en cause dans chaque cas particulier afin de déterminer si elles sont directement applicables ou non.

2. Interprétation des dispositions constitutionnelles votées par le peuple et les cantons

Les deux dispositions introduites par l'initiative "Contre l'immigration de masse" ont la teneur suivante :

"Art. 121a (nouveau) Gestion de l'immigration

1 La Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers.

2 Le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et des contingents annuels. Les plafonds valent pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers, domaine de l'asile inclus. Le droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales peut être limité.

3 Les plafonds et les contingents annuels pour les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale; ils doivent inclure les frontaliers. Les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont en particulier la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome.

4 Aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu.

5 La loi règle les modalités.

Art. 197, ch. 9 (nouveau)

9. Disposition transitoire ad art. 121a (Gestion de l'immigration)

1 Les traités internationaux contraires à l'art. 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons.

2 Si les lois d'application afférentes ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance."

Si l'on se réfère à son texte, l'article 121a Cst constitue un mandat à l'intention du législateur. Il pose certes les principes de la gestion autonome de l'immigration, qui est censée s'opposer à une approche communautaire, ainsi que l'introduction de

contingents et plafonds pour chaque catégorie d'étrangers dont le séjour est soumis à autorisation. L'article constitutionnel n'indique en revanche pas à quel niveau ces contingents et plafonds devraient être fixés. Il contient certes quelques critères ("*en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale*"), mais ceux-ci sont également formulés de manière très vague, laissant une importante marge de manœuvre au législateur. Enfin, l'article 121a, alinéa 5 Cst renvoie expressément à la loi pour fixer les modalités d'application des alinéas précédents. Ainsi, sous l'angle grammatical déjà, il ne fait guère de doute que l'article 121a Cst n'est pas directement applicable.

Sur le plan systématique, on note que la disposition transitoire également contenue dans l'initiative fixe aux autorités fédérales un délai de trois ans à compter de l'acceptation de l'article 121a Cst pour "renégocier et adapter" les traités internationaux contraires à cette disposition. Ce même délai est également imparti aux Chambres fédérales pour adopter la législation d'application, faute de quoi il appartiendra au Conseil fédéral d'édicter des dispositions provisoires. Le délai imparti et le mécanisme mis en place pour garantir l'adoption d'une législation d'exécution dans ledit délai montrent également que l'article 121a Cst n'est pas conçu pour être directement applicable. Certes, on pourrait exciper des dispositions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr), lesquelles prévoient déjà un mécanisme de contingentement pour les ressortissants étrangers (art. 20 LEtr), et mettent en œuvre le principe de préférence nationale (art. 21 LEtr). On pourrait en déduire que la disposition constitutionnelle pourrait être appliquée immédiatement au travers d'une extension de la LEtr à l'ensemble des ressortissants étrangers. Une telle conclusion ne résiste toutefois pas à l'examen : en premier lieu, selon son article 2, alinéa 2, la LEtr ne s'applique que dans la mesure où l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP) n'en dispose pas autrement. Or, comme l'adoption de l'initiative n'entraîne pas automatiquement la résiliation de ce dernier (v. ci-dessous), la LEtr n'est aujourd'hui pas applicable aux personnes soumises à l'ALCP et ne le deviendrait pas du fait de l'entrée en vigueur des deux articles constitutionnels. En deuxième lieu, si la LEtr fixe comme principe que l'admission de travailleurs étrangers doit "*servir les intérêts économiques du pays*" (v. art. 3, 18 et 19 LEtr), il n'est pas certain que son dispositif réponde aux "*intérêts économiques globaux de la Suisse*". Les initiants reconnaissent eux-mêmes que "*il est capital pour l'économie de pouvoir faire venir la main-d'œuvre dont elle a besoin, si celle-ci n'est pas disponible sur le marché du travail national*" (v. site Internet du comité d'initiative : <http://www.immigration-massive.ch/content/arguments/besoin-etrangere.html>). Il ne s'agit donc pas là uniquement de juger si les demandes d'autorisations servent les intérêts économiques du pays, mais de fixer des plafonds qui tiennent compte de ces intérêts. A cet égard, on peut douter que la restriction prévue à l'article 23, alinéa 1^{er} LEtr s'agissant des qualifications personnelles des requérants (seul le personnel qualifié peut prétendre à une autorisation) soit compatible avec l'objectif constitutionnel susmentionné, l'économie suisse ayant certainement également besoin de main-d'œuvre étrangère non qualifiée. En troisième lieu, la LEtr ne répond pas à l'ensemble du mandat constitutionnel, ne serait-ce que parce qu'elle ne permet d'instaurer de contingents ni pour les frontaliers (art. 25, al. 2 LEtr, qui exclut les mesures de limitation pour cette catégorie d'étrangers), ni pour les requérants d'asile, qui relèvent de la loi fédérale sur l'asile (LAsi), et dont le contingentement n'est d'ailleurs

pas sans poser problème sous l'angle du droit international (v. [brochure explicative du Conseil fédéral relative aux votations du 9 février 2014](#), p. 32). Il n'est donc pas envisageable de mettre en oeuvre l'article 121a Cst par une application immédiate de la LEtr à l'ensemble des ressortissants étrangers visés par l'initiative.

D'ailleurs, historiquement, les initiants n'ont à notre connaissance jamais fait référence à une application directe de la LEtr, ni même prétendu que le texte constitutionnel serait immédiatement applicable dès cette semaine. Ils ont en revanche insisté sur la nécessité de rouvrir des négociations avec l'Union européenne concernant la libre circulation des personnes. Enfin, sous l'angle du principe de légalité, le contenu de la disposition en cause n'est pas suffisamment précis, ni quant aux situations visées, ni quant aux conséquences juridiques, pour que les administrés puissent adapter leur comportement en conséquence. Comme déjà relevé, ni les plafonds eux-mêmes, ni les critères pour les fixer ne sont mentionnés dans l'article constitutionnel. Par ailleurs, celui-ci ne contient aucune indication relative à la procédure à suivre pour obtenir une autorisation, ni aux autorités compétentes pour statuer. Il n'est donc pas possible aux administrés d'en déduire quoi que ce soit sans législation d'application.

On peut conclure de cette analyse que l'article 121a, alinéa 1 à 3 Cst, relatif à l'institution de contingents et plafonds pour les étrangers séjournant ou travaillant en Suisse, ainsi que pour les requérants d'asile, n'est pas directement applicable.

S'agissant des traités internationaux, et en particulier de l'ALCP, l'article 121a Cst n'a pas non plus d'effets directs, en tant qu'il n'implique pas la dénonciation automatique des accords internationaux qui lui sont contraires. L'alinéa 4 de cette disposition stipule que plus aucun accord international contraire au nouvel article ne peut être conclu. Il s'agit d'une injonction relativement claire et précise aux autorités fédérales, injonction que l'on pourrait considérer comme directement applicable, pour autant que l'on puisse établir avec certitude qu'un nouvel accord international dont la conclusion est envisagée par la Suisse est contraire à l'article 121a Cst. Une telle démonstration ne va pas de soi, les réactions retranscrites par les médias montrant qu'il n'est même pas totalement exclu de faire coexister l'ALCP et l'article 121a Cst (v. l'article du Temps de ce jour intitulé "Des pistes pour répondre à l'UE" : http://www.letemps.ch/Page/Uuid/0bacba96-928e-11e3-927c-13fe192a4719/Des_pistes_pour_r%C3%A9pondre_%C3%A0_l'UE).

Cela étant, cette disposition ne règle pas la question des traités existants. Il faut pour ce faire se référer à la disposition transitoire de l'article 197, chiffre 9 Cst, dont l'alinéa 1^{er} impartit un délai de trois ans pour les renégocier et les adapter à la nouvelle disposition constitutionnelle. Cela signifie, comme le relèvent d'ailleurs les initiants, que ni l'ALCP, ni d'autres traités internationaux ne doivent être immédiatement dénoncés du fait de l'adoption de l'article 121a Cst. Ils demeurent donc en vigueur, dans leur teneur actuelle, tant qu'ils n'auront pas été renégociés ou formellement dénoncés par l'une des parties.

3. Conséquences

L'article 121a Cst n'étant pas directement applicable, à l'exception peut-être de son alinéa 4 pour ce qui concerne les nouveaux accords internationaux, et n'entraînant pas la résiliation automatique des traités déjà conclus par la Suisse, on peut en déduire que le droit en vigueur avant la votation du 9 février 2014 demeure applicable tant et aussi longtemps que la législation d'application de la nouvelle disposition constitutionnelle n'aura pas été adoptée, ce qui devrait être le cas à l'échéance du délai de trois ans fixé par l'article 197, chiffre 9, alinéa Cst, à tout le moins par une ordonnance du Conseil fédéral. Ainsi, tant que cette législation ne sera pas entrée en vigueur, les conditions d'engagement de personnel étranger par des entreprises établies en Suisse ne sont pas modifiées par rapport à ce qu'elles étaient la semaine dernière. La libre circulation des personnes demeure en vigueur, conformément à l'ALCP.

Quant aux perspectives d'avenir et aux scénarios possibles, ils sont évidemment bien difficiles à envisager, tant la situation échappe non seulement au canton de Vaud, mais également, du moins partiellement, aux autorités helvétiques. Si l'ALCP et les accords qui lui sont liés ne sont dénoncés par aucune des parties, ils continueront à s'appliquer jusqu'à leur renégociation, pour autant que celle-ci soit possible. A noter que l'article 197, chiffre 9, alinéa 1^{er} Cst ne précise pas ce qu'il adviendrait des accords non renégociés et adaptés dans le délai de trois ans qu'il prévoit. Doit-on en déduire qu'ils seraient automatiquement dénoncés ? Le texte ne l'indique pas. On doit plus vraisemblablement admettre que les autorités fédérales seraient alors tenues de les dénoncer afin de respecter la volonté populaire. Cela nécessiterait toutefois une déclaration formelle de la part desdites autorités. Quant à savoir ce qu'il adviendrait en cas de dénonciation anticipée de l'un ou l'autre des accords touchés par l'article 121a Cst, il est difficile de l'envisager. Il est toutefois vraisemblable que la Suisse devrait alors réviser dans l'urgence sa législation intérieure, et en particulier la loi sur les étrangers, siège principal de la matière, afin de combler le vide laissé par la dénonciation de l'accord. Elle devrait alors vraisemblablement anticiper l'adoption des dispositions d'application de l'article 121a Cst.

§§§§§§§

4. **Conclusion**

Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis :

- que l'article 121a Cst, entré en vigueur le 10 février dernier, n'est pas directement applicable;
- qu'il n'implique pas la dénonciation automatique d'accords internationaux, mais tout au plus l'interdiction d'en conclure de nouveaux qui lui seraient contraires;
- que la législation en vigueur avant la votation du 9 février dernier le demeure aujourd'hui, de sorte que la libre circulation des personnes telle que prévue par l'ALCP n'est pas remise en cause tant que la législation d'application de l'article 121a Cst n'aura pas été adoptée, ce qui devrait être le cas dans le délai de trois ans posé par la Constitution, respectivement tant que ledit accord n'aura pas été dénoncé.

Nous demeurons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Jean-Luc Schwaar
Chef de service