

Anne-Laurence Graf / Pascal Mahon

## Article 121a de la Constitution et accès au marché du travail

---

La mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution (votation du 9 février 2014) est effective, pour l'essentiel, depuis le 1er juillet 2018. La mise en œuvre de cet article facilite l'accès au marché du travail pour les personnes du domaine de l'asile, ce qui constitue une petite révolution en droit des étrangers. Les effets en droit du travail (obligation d'annonce des postes) sont plus modestes. Sur ces aspects, la mise en œuvre de l'art 121a est globalement euro-compatible. Sa conformité à la Constitution doit être comprise à la lumière de l'obligation constitutionnelle de respecter le droit international.

---

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit des étrangers et d'asile; Droit du travail

Proposition de citation: Anne-Laurence Graf / Pascal Mahon, Article 121a de la Constitution et accès au marché du travail, in : Jusletter 13 août 2018

## Inhaltsübersicht

1. Introduction
  - 1.1. Remarques liminaires et plan
  - 1.2. Rappel du droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018 concernant l'accès des travailleuses et des travailleurs étrangers au marché suisse du travail
    - 1.2.1. Un système binaire d'admission des étrangères et des étrangers en vue d'exercer une activité lucrative
    - 1.2.2. L'obligation d'annonce des postes vacants dans le cadre du principe du recrutement prioritaire (article 21 LETr)
    - 1.2.3. Les conditions d'accès au marché suisse du travail par les personnes relevant du domaine de l'asile (selon le droit en vigueur au 30 juin 2018)
2. Le nouvel article 121a de la Constitution et sa difficile mise en œuvre
  - 2.1. L'adoption de l'article 121a
  - 2.2. La difficile mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution : du plan du Conseil fédéral jusqu'à la mise en œuvre par le législateur le 16 décembre 2016
    - 2.2.1. Première étape : des plafonds et des contingents annuels
    - 2.2.2. Deuxième étape : une clause de sauvegarde
    - 2.2.3. Troisième étape et solution retenue : la « préférence indigène light »
    - 2.2.4. L'adoption le 16 décembre 2016 de la modification de la loi sur les étrangers en matière d'intégration : une autre concrétisation (partielle) de l'article 121a
  - 2.3. L'adoption et l'entrée en vigueur échelonnée des dispositions d'exécution (ordonnances) de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution
3. Les nouveautés concrètes introduites par la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution en ce qui concerne l'accès des personnes étrangères au marché suisse du travail
  - 3.1. L'obligation d'annonce des postes vacants et l'embargo de cinq jours au bénéfice des personnes demandeuses d'emploi inscrites auprès du service public de l'emploi
  - 3.2. La facilitation de l'intégration sur le marché du travail des personnes relevant du domaine de l'asile
    - 3.2.1. L'annonce auprès du service public de l'emploi des personnes réfugiées et admises provisoirement qui sont « en quête d'emploi » et « employables »
    - 3.2.2. L'élargissement de la notion de « travailleurs en Suisse » (article 21, al. 2, LETr) aux personnes admises provisoirement
    - 3.2.3. La suppression de la taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile
    - 3.2.4. La suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative pour les réfugiés reconnus et les personnes admises provisoirement
  - 3.3. Résumé intermédiaire
4. Problématiques soulevées par les modifications liées à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution
  - 4.1. Les questions pratiques : l'obligation d'annonce des postes vacants
  - 4.2. La conformité de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution avec le texte de la disposition constitutionnelle
  - 4.3. La conformité de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution avec les accords de libre circulation des personnes
5. Conclusions

## 1. Introduction

### 1.1. Remarques liminaires et plan

[Rz 1] L'accès des étrangères et des étrangers au marché du travail concerne un aspect spécifique du droit au travail qui est un droit fondamental de l'être humain, inscrit à l'article 6 du Pacte

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>1</sup>. Pour les personnes migrantes de nationalité étrangère, ce droit revêt d'autant plus d'importance qu'une activité lucrative peut faciliter l'intégration dans la société d'accueil ainsi que contribuer à la dignité par l'autonomie qu'elle procure.

[Rz 2] Le 1<sup>er</sup> juillet 2018 sont entrées en vigueur dans l'ordre juridique suisse les principales modifications de la loi sur les étrangers (LEtr)<sup>2</sup> et des ordonnances s'y rapportant qui ont pour effet de mettre en œuvre le nouvel article 121a de la Constitution fédérale (Cst.), disposition introduite par l'initiative populaire fédérale « contre l'immigration de masse » acceptée par le peuple et les cantons le 9 février 2014.

[Rz 3] Afin d'évaluer l'impact de ces modifications sur la réglementation en vigueur jusque-là en matière d'accès au marché suisse du travail par les travailleuses et les travailleurs étrangers, il importe, tout d'abord, de donner un aperçu du droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018 (1.2). Nous serons ensuite en mesure d'analyser les modifications apportées à ce cadre légal par les Chambres fédérales en date du 16 décembre 2016, ainsi que par les modifications des dispositions d'exécution adoptées par le Conseil fédéral (3), non sans avoir rappelé au préalable le contexte de l'élaboration de ces modifications (2). Nous consacrerons, enfin, quelques développements aux problématiques juridiques que soulèvent ces modifications, s'agissant tant de l'application concrète des nouvelles dispositions que de leur conformité à la fois à la Constitution fédérale et aux accords sur la libre circulation des personnes souscrits par la Suisse (4).

## **1.2. Rappel du droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018 concernant l'accès des travailleuses et des travailleurs étrangers au marché suisse du travail**

### **1.2.1. Un système binaire d'admission des étrangères et des étrangers en vue d'exercer une activité lucrative**

[Rz 4] L'accès des travailleuses et des travailleurs étrangers au marché suisse du travail suppose que la personne candidate soit admise à exercer une activité lucrative salariée ou indépendante en Suisse. A cet égard, le droit suisse des étrangers repose sur un système binaire d'admission qui, d'un côté, octroie un *droit à l'admission*<sup>3</sup> aux personnes ressortissantes d'Etats membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) en vertu des accords de libre circulation des personnes auxquels la Suisse est partie<sup>4</sup>, et de l'autre côté, considère que les

---

<sup>1</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, conclu à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.1).

<sup>2</sup> Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr ; RS 142.20).

<sup>3</sup> FF 2002 3538 ; en ce sens, les autorisations accordées aux ressortissants de l'UE/AELE en vue de séjourner et d'exercer une activité lucrative en Suisse n'ont qu'un caractère déclaratoire, PETER UEBERSAX, *Einreise und Anwesenheit*, in : Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (éd.), *Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2009, p. 221 ss., p. 247.

<sup>4</sup> 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, conclu le 21 juin 1999, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, RS 0.142.112.681 ; Annexe K de la Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE), Convention conclue le 4 janvier 1960, version consolidée selon l'accord de Vaduz du 21 juin 2001, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, RS 0.632.31. L'AELE est actuellement constituée de l'Islande, du Liechtenstein, de la Norvège et de la Suisse.

personnes ressortissant d'Etats tiers<sup>5</sup> n'ont *pas de droit à être admises* en Suisse en vue d'y exercer une activité lucrative<sup>6</sup>.

[Rz 5] L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative des personnes ressortissant d'Etats tiers est en effet soumise à d'importantes conditions qui découlent de la LEtr et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), du 24 octobre 2007<sup>7</sup>. Elle doit servir les intérêts de l'économie suisse<sup>8</sup>. Elle est ainsi réservée, dans la limite quantitative des contingents fixés annuellement<sup>9</sup>, aux personnes hautement qualifiées<sup>10</sup> qui justifient disposer d'un logement approprié en Suisse<sup>11</sup>. S'agissant en particulier de l'admission en vue de l'exercice d'une activité salariée, les personnes ressortissant d'Etats tiers (dont les frontaliers<sup>12</sup>) sont soumises au principe du recrutement prioritaire des « travailleurs indigènes »<sup>13</sup> et des ressortissantes et ressortissants de l'UE/AELE<sup>14</sup>. Ainsi, une personne ressortissant d'un Etat tiers désirant travailler en Suisse ne pourra être admise que si l'employeuse ou l'employeur peut justifier ne pas avoir trouvé de personne correspondant au profil requis parmi les travailleuses et les travailleurs en Suisse et au sein de l'espace européen (UE/AELE)<sup>15</sup>. Par ailleurs, la personne ne peut être admise pour être engagée comme salariée que si les conditions de travail et de rémunération correspondent à celles qui sont usuelles s'agissant du lieu, de la profession et de la branche<sup>16</sup>. Quant à l'admission en vue d'une activité lucrative indépendante, les ressortissantes et ressortissants d'Etats tiers doivent justifier disposer des conditions et moyens financiers suffisants pour permettre l'exploitation de leur entreprise<sup>17</sup>.

---

<sup>5</sup> Dans ce contexte, l'expression se réfère aux ressortissants des Etats autres que les Etats membres de l'UE et de l'AELE.

<sup>6</sup> Cette interprétation découle de la nature potestative des articles 18 et 19 LEtr notamment : « Un étranger *peut* être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative (...) » (mis en italique par nous). Cf. notamment MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zürich 2015, p. 170 ; SERGE GAMMA, *Les migrations aux fins d'emploi : aperçu de la réglementation en vigueur en Suisse*, in : Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (éd.), *Migrations et économie, L'accès des étrangers à la vie économique : les normes et leur application*, Berne 2010, p. 51 ss., p. 53.

<sup>7</sup> Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA ; RS 142.201).

<sup>8</sup> Articles 3, al. 1, 18 et 19 LEtr.

<sup>9</sup> Les contingents fédéraux et cantonaux sont déterminés chaque année par le Conseil fédéral, conformément à l'article 20 LEtr, selon les besoins de l'économie et du marché du travail. Voir les Annexes 1 et 2 OASA pour le nombre des contingents fixés pour l'année en cours. Ce contingentement des autorisations initiales (et non pas les prolongations ou modifications de but de l'autorisation) de courte durée et de séjour en vue d'exercer une activité lucrative concerne l'activité salariée (article 18, let. c, LEtr), l'activité indépendante (article 19, let. c, LEtr) et les prestations de services transfrontaliers (article 26, al. 2, LEtr). Ne sont notamment pas concernés par le contingentement : les frontaliers (article 25, al. 2, LEtr) et les personnes qui séjournent en Suisse sans exercer d'activité lucrative (ainsi que, bien entendu, les personnes bénéficiant de la libre circulation, comme indiqué ci-dessus dans le corps du texte), PETER UEBERSAX, Article 20 LEtr, in : Minh Son Nguyen et Cesla Amarelle (éd.), *Code annoté de droit des migrations. Volume II : Loi sur les étrangers (LEtr)*, Berne 2017, p. 150 ss., p. 154.

<sup>10</sup> Article 23 LEtr.

<sup>11</sup> Article 24 LEtr.

<sup>12</sup> Article 25 LEtr. Ainsi que précisé dans la note 9, les frontaliers ne sont cependant pas soumis au contingentement prévu à l'article 20 LEtr (article 25, al. 2, LEtr).

<sup>13</sup> Personnes de nationalité suisse, personnes étrangères titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative et titulaires d'une autorisation d'établissement, selon la définition des « travailleurs en Suisse » aux termes de l'article 21, al. 2, LEtr, dans sa version en vigueur jusqu'au 30 juin 2018.

<sup>14</sup> Article 21 LEtr.

<sup>15</sup> PETER UEBERSAX, Article 21 LEtr, in : Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (éd.), ouvrage cité (note 9), p. 161 ss., p. 164.

<sup>16</sup> Article 22 LEtr.

<sup>17</sup> Article 19, let. b, LEtr.

[Rz 6] A l'inverse, les ressortissantes et ressortissants de l'UE/AELE bénéficient du régime de la libre circulation. L'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) conclu entre la Suisse, d'une part, et l'UE et ses Etats membres d'autre part<sup>18</sup>, ainsi que l'Annexe K à la Convention instituant l'AELE<sup>19</sup> ont pour objectifs de garantir aux personnes ressortissant d'un Etat partie sur le territoire des autres Etats parties un droit d'accès à une activité économique salariée, un droit d'établissement en tant qu'indépendante, de faciliter, voire de libéraliser en dessous d'un certain seuil, la prestation de services et d'accorder les mêmes conditions d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux<sup>20</sup>. Etant directement applicables dans l'ordre juridique suisse<sup>21</sup>, les accords de libre circulation des personnes règlent directement le séjour et l'accès à l'activité économique en Suisse des personnes ressortissant de l'UE/AELE<sup>22</sup>, dérogeant ainsi au régime de la LEtr dont le champ d'application personnel concerne, on l'a vu, les ressortissantes et ressortissants d'Etats tiers, ainsi que, par ailleurs, les personnes ressortissant de l'UE/AELE qui ne remplissent pas les conditions requises par ces accords pour s'en prévaloir<sup>23</sup>. En d'autres termes, l'octroi d'une autorisation de courte durée ou de séjour en vue d'exercer une activité lucrative à un ressortissant de l'UE/AELE n'est soumis à aucune autre condition que celles prévues par les accords de libre circulation<sup>24</sup>. Ainsi, une personne ressortissant de l'UE/AELE bénéficiera d'une autorisation de courte durée (à partir de trois mois jusqu'à 364 jours) ou de séjour (valable cinq ans) en vue d'exercer une activité lucrative en présentant seulement aux autorités cantonales compétentes un contrat de travail ou une promesse d'engagement. Une prise d'emploi pour une durée de moins de trois mois se passe même d'une autorisation de courte durée, une simple annonce en ligne suffit. Quant aux travailleuses et travailleurs indépendants ressortissant de l'UE/AELE, ils doivent apporter la preuve d'une activité lucrative indépendante (capital de démarrage, inscription au registre du commerce, etc.). Ils perdent leur autorisation de séjour s'ils deviennent dépendants de l'aide sociale. Au final, l'autorisation n'a qu'un *effet déclaratoire*<sup>25</sup> du droit d'une personne ressortissant de l'UE/AELE de séjourner et de travailler en Suisse (exception faite des personnes ressortissant des Etats concernés par les mesures transitoires de la mise en place de la libre circulation<sup>26</sup>).

---

<sup>18</sup> Cité (note 4).

<sup>19</sup> Citée (note 4).

<sup>20</sup> Article 1 ALCP et article 2 Annexe K Convention AELE.

<sup>21</sup> ATF 129 II 249.

<sup>22</sup> Ainsi qu'en dispose la LEtr (article 2, al. 2 et 3).

<sup>23</sup> PETER UEBERSAX, Article 18 LEtr, in : Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (éd.), ouvrage cité (note 9), p. 128 ss., pp. 130-31 ; ATF 131 II 339 consid. 2.

<sup>24</sup> Article 13 ALCP.

<sup>25</sup> Cf. les références citées à la note 3.

<sup>26</sup> Le 16 décembre 2016, le Conseil fédéral a ratifié le Protocole III à l'ALCP (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017), qui étend la libre circulation à la Croatie, devenu membre de l'UE en 2013. La libre circulation à l'égard des citoyens croates est cependant assortie de restrictions (préférence nationale, contrôle préalable des conditions de salaire et de travail, ainsi que contingents) jusqu'au 31 décembre 2023. La libre circulation sera ensuite, jusqu'au 31 décembre 2026, assortie d'une clause de sauvegarde. La libre circulation sera complète, sans possibilité d'invoquer la clause de sauvegarde, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2027. La Bulgarie et la Roumanie (UE-2, membres de l'UE depuis 2007) bénéficient actuellement d'un régime de libre circulation des personnes avec une clause de sauvegarde permettant à la Suisse, si une valeur seuil quantitative est atteinte, de réintroduire de manière unilatérale des contingents pour une année. Le 18 avril 2018, le Conseil fédéral a maintenu la clause de sauvegarde activée le 1<sup>er</sup> juin 2017 à l'égard des citoyens bulgares et roumains et a ainsi contingenté le nombre de permis B UE/AELE (autorisations de séjour valables cinq ans). La libre circulation complète à l'égard des ressortissants de l'UE-2, c'est-à-dire sans possibilité d'invoquer la clause de sauvegarde, est prévue pour le 1<sup>er</sup> juin 2019.

[Rz 7] En résumé, l'accès des étrangères et des étrangers au marché suisse du travail en vue d'exercer une activité lucrative repose sur un système binaire d'admission (une « politique d'admission contrôlée »<sup>27</sup> des ressortissants d'Etats tiers *versus* un « droit à l'admission » des ressortissants UE/AELE), qu'illustre notamment le principe du recours en priorité à la main-d'œuvre indigène<sup>28</sup> (Suisse, étrangers déjà établis en Suisse, étrangers déjà sur le marché suisse du travail) et en provenance de l'UE/AELE par rapport aux personnes ressortissant d'Etats tiers.

[Rz 8] En considération des nouveautés apportées à ce système depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018, à savoir l'obligation d'annonce des postes vacants dans certains secteurs d'activité ainsi que l'annonce des réfugiées et réfugiés et des personnes admises provisoirement au service public de l'emploi, quelques aspects méritent d'être ici approfondis, à savoir l'obligation d'annonce des postes vacants dans le cadre du principe du recrutement prioritaire de l'article 21 LEtr (1.2.2), ainsi que les conditions d'accès au marché suisse du travail par les personnes qui relèvent du domaine de l'asile selon le droit en vigueur au 30 juin 2018 (1.2.3).

### 1.2.2. L'obligation d'annonce des postes vacants dans le cadre du principe du recrutement prioritaire (article 21 LEtr)

[Rz 9] En application du principe du recrutement prioritaire, la personne qui entend engager doit *prouver* que malgré tous les efforts entrepris, elle n'a pas trouvé sur le marché suisse de travailleuse ou de travailleur correspondant au profil recherché, tandis qu'elle doit rendre *vraisemblable* l'impossibilité de recruter une personne ressortissant de l'UE/AELE<sup>29</sup>. S'agissant du marché suisse, des offres d'emplois et mises au concours dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emplois (PLASTA) restées vaines constituent, selon le Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002, une preuve à cet égard<sup>30</sup>. Les directives du Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM) disposent également que « les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger »<sup>31</sup>. La jurisprudence fédérale précise par ailleurs que le service public de l'emploi, ainsi que les agences privées de placement, sont des canaux importants de recrutement, à côté des revues et des médias en ligne généralistes et spécialisés<sup>32</sup>, impliquant par là que la preuve des démarches entreprises (« *Suchbemühungen* ») par l'employeur pour recruter une travailleuse ou un travailleur indigène est principalement constituée par l'annonce du poste vacant auprès d'une agence (publique ou privée) de l'emploi. Quant au marché européen, la publication par l'employeuse ou l'employeur suisse de l'offre d'emploi dans le portail européen pour l'emploi EURES (« *European Employment System* ») atteste dans une

---

<sup>27</sup> Directives SEM, domaine des étrangers, séjour avec activité lucrative, ch. 4.1.1 et 4.2, version du 25 octobre 2013, actualisée le 2 février 2018.

<sup>28</sup> « Le recours, en priorité, aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers », Directives SEM, Domaine des étrangers, séjour avec activité lucrative, ch. 4.3.2.1.

<sup>29</sup> Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3538.

<sup>30</sup> FF 2002 3538 (n. 29).

<sup>31</sup> Directives du SEM, domaine des étrangers, ch. 4.3.2.1. (les directives poursuivent ainsi : « Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse »). Dans le sens d'une obligation d'annoncer les postes vacants aux ORP, voir GAMMA, cité (note 6), p. 53 (« Le recours prioritaire aux ressources du marché du travail suisse implique pour les employeurs l'obligation [...] d'annoncer les postes vacants aux offices régionaux de placement [...] »).

<sup>32</sup> ATAF 2011/1.

large mesure de la vraisemblance des efforts entrepris pour recruter une personne ressortissant de l'UE/AELE<sup>33</sup>.

[Rz 10] Il faut en conclure que, dans le cadre du droit *déjà en vigueur avant le 1<sup>er</sup> juillet 2018*, il existait une obligation de l'employeuse ou de l'employeur, au niveau du marché suisse du travail, d'annoncer les postes vacants dans son entreprise auprès d'une agence privée ou publique pour l'emploi afin de respecter le principe du recrutement prioritaire énoncé à l'article 21 LEtr. Il s'agissait néanmoins d'une obligation toute *relative* puisque celui ou celle qui engage une travailleuse ou un travailleur indigène ou ressortissant de l'UE/AELE sans avoir annoncé le poste auprès d'une agence pour l'emploi n'enfreignait pas le principe du recrutement prioritaire.

### **1.2.3. Les conditions d'accès au marché suisse du travail par les personnes relevant du domaine de l'asile (selon le droit en vigueur au 30 juin 2018)**

[Rz 11] Par « personnes relevant du domaine de l'asile », il faut, dans ce contexte, entendre les personnes dont la demande d'asile est pendante en Suisse ou celles qui ont obtenu un statut en Suisse suite à leur demande d'asile. Les requérantes et requérants d'asile déboutés sont donc exclus de cette catégorie.

[Rz 12] Les développements qui suivent concernent l'état du droit au 30 juin 2018. Pour des raisons de clarté, l'exposé est cependant rédigé au présent. Par ailleurs, une partie de la situation juridique est demeurée la même après le 1<sup>er</sup> juillet 2018.

[Rz 13] L'article 30, al. 1, LEtr énumère une série de cas ou de catégories de personnes pour lesquels des dérogations aux conditions d'admission énoncées par la loi sont possibles. L'activité lucrative des requérantes et requérants d'asile et des personnes admises à titre provisoire en fait partie<sup>34</sup>. Les conditions dérogatoires au régime général d'admission de la LEtr pour chacune de ces catégories sont détaillées par l'OASA.

[Rz 14] Ainsi, les requérantes et requérants d'asile (permis N) *peuvent* avoir temporairement accès au marché du travail, au plus tôt trois mois après le dépôt de leur demande d'asile<sup>35</sup>, si les conditions prévues par l'article 52, al. 1, OASA sont réunies, à savoir : la situation économique et de l'emploi le permet ; un employeur en fait la demande ; les conditions de travail et de rémunération sont respectées ; l'ordre de priorité de l'article 21 LEtr est respecté ; et ils ne font pas l'objet d'une décision exécutoire d'expulsion. Etant donné qu'il s'agit d'un régime dérogatoire, les autres conditions d'admission du régime général de la LEtr (par exemple, le contingentement et les qualifications personnelles) ne leur sont pas applicables<sup>36</sup>.

[Rz 15] Les personnes admises provisoirement (permis F) *peuvent* quant à elles être autorisées à exercer temporairement une activité salariée si une demande a été déposée par un employeur

---

<sup>33</sup> FF 2002 3538 ; voir également le site internet du SEM (« Il convient d'indiquer que l'annonce doit également être publiée dans le système EURES, le portail européen dédié à l'emploi »), à cette adresse : [https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/arbeit/nicht-eu\\_efta-angehoerige/grundlagen\\_zur\\_arbeitsmarktzulassung.html#Ordre%20de%20priorité](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/arbeit/nicht-eu_efta-angehoerige/grundlagen_zur_arbeitsmarktzulassung.html#Ordre%20de%20priorité) (visité le 23 juillet 2018).

<sup>34</sup> Article 30, al. 1, let. l, LEtr.

<sup>35</sup> Article 43, al. 1, LAsi. Si une décision négative est rendue en première instance pendant les trois premiers mois de la procédure d'asile, l'interdiction de travailler peut être prolongée de trois mois (*idem*). Voir les autres conditions prévues par le droit d'asile aux autres alinéas de l'article 43 LAsi.

<sup>36</sup> MINH SON NGUYEN, Article 30 LEtr, in : Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle (éd.), ouvrage cité (note 9), p. 255 ss., p. 297.

et si les conditions de rémunération et de travail sont remplies (au sens de l'article 22 LEtr)<sup>37</sup>. Elles *peuvent* être autorisées à exercer une activité indépendante si les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies (au sens de l'article 19, let. b, LEtr). S'agissant d'un régime dérogatoire au régime général de la LEtr, le principe du recrutement prioritaire de la main-d'œuvre indigène et en provenance de l'UE/AELE, le contingentement, la condition des qualifications personnelles ainsi que la situation sur le marché de l'emploi et la situation économique ne sont pas pertinents<sup>38</sup>. Néanmoins, si le principe de recrutement prioritaire ne leur est pas opposable, les personnes admises provisoirement ne peuvent pas, selon le droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018, s'en prévaloir pour être prioritaires sur le marché suisse du travail vis-à-vis des autres personnes ressortissantes d'Etats tiers<sup>39</sup>.

[Rz 16] Enfin, les réfugiées et réfugiés reconnus qui ont obtenu l'asile (permis B) ou qui sont admis provisoirement en Suisse (permis F réfugié) ne constituent pas une catégorie de personnes pour lesquelles des conditions d'admission dérogatoires au régime de la LEtr sont possibles, dans la mesure où elles sont d'ores et déjà admises (au sens d' « autorisées »<sup>40</sup>) à exercer une activité lucrative en Suisse *lorsque* les conditions de rémunération et de travail sont respectées<sup>41</sup>. La formulation « lorsque » indique cependant qu'une autorisation préalable est nécessaire, dans le cadre du droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018. Le principe du recrutement prioritaire de la main-d'œuvre indigène et en provenance de l'UE/AELE, le contingentement, ainsi que la situation sur le marché de l'emploi et la situation économique ne sont pas pertinents. Il faut distinguer les réfugiées et réfugiés reconnus *avec asile* par rapport aux réfugiés admis provisoirement (*sans asile*) s'agissant de la notion de « travailleurs en Suisse » qui sont prioritaires sur le marché suisse du travail en vertu de l'article 21 LEtr. En effet, les personnes réfugiées admises provisoirement sont soumises, en termes d'autorisation de séjour, à la réglementation applicable aux personnes admises à titre provisoire. Ainsi, étant donné leur statut « provisoire », elles sont mises au bénéfice d'un titre de séjour d'une durée de validité de douze mois au plus<sup>42</sup>, ce qui ne correspond pas à l'autorisation de séjour (avec le droit d'exercer une activité lucrative) mentionnée à l'article 21, al. 2, LEtr. Par conséquent, *selon le droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018* (nous verrons plus loin que la notion de « travailleurs en Suisse » a fait l'objet d'un élargissement par la loi de mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution), seules les personnes réfugiées *avec asile* sont prioritaires sur le marché suisse du travail vis-à-vis des autres ressortissant d'Etats tiers<sup>43</sup>.

[Rz 17] En résumé, les requérantes et les requérants d'asile ainsi que les personnes admises à titre provisoire sans la qualité de réfugié n'ont, dans le cadre du droit en vigueur au 30 juin 2018, *pas droit à* une autorisation de travail<sup>44</sup>. Ceci découle de la forme potestative des dispositions pertinentes. Les autorités cantonales du marché du travail ne sont en effet pas tenues de leur délivrer une autorisation d'exercer une activité lucrative même si les conditions énoncées par les bases légales sont remplies. Par contraste, les personnes réfugiées (avec ou sans asile) bénéficient

---

<sup>37</sup> Article 53, al. 1, OASA.

<sup>38</sup> GAMMA, cité (note 6), pp. 60–61.

<sup>39</sup> GAMMA, cité (note 6), p. 53, n. 11.

<sup>40</sup> Article 61 LAsi.

<sup>41</sup> Article 65 OASA.

<sup>42</sup> Article 85, al. 1, LEtr.

<sup>43</sup> UEBERSAX, Article 21 LEtr, cité (note 15), p. 170.

<sup>44</sup> Directives du SEM, domaine des étrangers, ch. 4.8.5.3.1.

d'un *droit d'accès* au marché suisse du travail, sous réserve que les conditions évitant une sous-enchère salariale soient satisfaites (ce qui entraîne, selon le droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018, une procédure d'autorisation préalable). Ce droit d'accès au marché suisse du travail par les réfugiés reconnus découle, selon la logique du droit migratoire en Suisse, de leur droit au séjour sur le territoire suisse<sup>45</sup>.

## 2. Le nouvel article 121a de la Constitution et sa difficile mise en œuvre

### 2.1. L'adoption de l'article 121a

[Rz 18] Le 9 février 2014, à une courte majorité et à la surprise générale, le peuple et les cantons suisses ont accepté l'initiative populaire « contre l'immigration de masse » que l'Union Démocratique du Centre (UDC) avait lancée en 2011 et déposée en février 2012<sup>46</sup>. Deux nouveaux articles ont alors été introduits dans la Constitution fédérale<sup>47</sup>. Ils ont la teneur suivante :

« *Art. 121a* Gestion de l'immigration

<sup>1</sup> La Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu.

<sup>5</sup> La loi règle les modalités.

*Article 197, ch. 11. Disposition transitoire ad art. 121a (Gestion de l'immigration)*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 Con-

---

<sup>45</sup> A cet égard, le Tribunal fédéral considère qu'une personne bénéficiant d'un droit de présence en Suisse (autorisation de séjour ou d'établissement) peut se prévaloir de la liberté économique (ATF 123 I 212) ; voir sur ce point MINH SON NGUYEN, *Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique*, Berne 2003, pp. 150-153. Ainsi, une personne étrangère entrée et autorisée à séjourner en Suisse au titre du regroupement familial a le droit d'exercer une activité lucrative, sans qu'elle ne soit soumise au contingentement des autorisations (sur ce point, voir note 9).

<sup>46</sup> L'initiative a été acceptée à une majorité de 50,34% pour le peuple (1 463 854 oui contre 1 444 552 non) et par 12 cantons et 5 demi-cantons contre 8 cantons et 1 demi-canton (pour les résultats de la votation, cf. FF 2014 3957, 3960).

<sup>47</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

seil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance ».

[Rz 19] Avant la votation populaire, le Conseil fédéral avait préconisé le rejet de l'initiative, arguant du fait que le plafonnement des autorisations de séjour pour toutes les étrangères et tous les étrangers irait à l'encontre de la politique suisse binaire d'admission qui repose sur la libre circulation des personnes avec l'UE/AELE et une admission restrictive des personnes ressortissant d'Etats tiers (c'est-à-dire, en fonction des intérêts économiques ou pour raisons humanitaires)<sup>48</sup>. Immédiatement après l'acceptation de l'initiative, sa mise en œuvre au niveau infra-constitutionnel s'est effectivement avérée problématique<sup>49</sup>.

## **2.2. La difficile mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution : du plan du Conseil fédéral jusqu'à la mise en œuvre par le législateur le 16 décembre 2016**

[Rz 20] La mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, jusqu'à la loi d'application adoptée par les Chambres fédérales le 16 décembre 2016, peut être résumée en trois étapes essentielles, décrites ci-dessous (2.2.1, 2.2.2 et 2.2.3). Une autre loi, adoptée elle aussi le 16 décembre 2016, participe également à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution (2.2.4).

### **2.2.1. Première étape : des plafonds et des contingents annuels**

[Rz 21] Dans son plan de mise en œuvre du 20 juin 2014<sup>50</sup>, le Conseil fédéral entendait concrétiser le nouvel article constitutionnel au plus près de sa lettre en retenant une solution qui prévoyait des contingents et des plafonds annuels d'admission (sauf pour les séjours inférieurs à quatre mois et les requérantes et requérants d'asile), tout en maintenant un système d'admission favorisant les personnes ressortissant de l'UE/AELE vis-à-vis des ressortissants d'Etats tiers. En effet, aucune condition supplémentaire n'aurait été posée à l'admission ou au regroupement familial des personnes ressortissant de l'UE/AELE, tandis que l'admission des ressortissants d'Etats tiers serait restée basée sur des conditions restrictives (comme c'était déjà le cas selon le droit alors en vigueur). La variante du plan de mise en œuvre qui aurait abouti à supprimer toute différence dans le régime d'admission des personnes ressortissant de l'UE/AELE et des Etats tiers a ainsi été clairement, dès le départ, rejetée par le Conseil fédéral, au motif qu'elle mettrait en péril les bonnes relations avec l'UE et à terme, la prospérité de la Suisse. A cet égard, le Conseil fédéral a rappelé son mandat – imposé par le texte même de l'initiative – de tenir compte des intérêts économiques globaux du pays dans la mise en œuvre de l'article 121a.

[Rz 22] Sur la base de ce plan de mise en œuvre, le Conseil fédéral a préparé un avant-projet de loi qui a été envoyé en consultation le 11 février 2015.

---

<sup>48</sup> Message relatif à l'initiative populaire « Contre l'immigration de masse », du 7 décembre 2012, FF 2013 279–334.

<sup>49</sup> PETER UEBERSAX, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, in : Jusletter 14 avril 2014 ; ASTRID EPINEY, La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 de la Constitution – aspects choisis, Fribourg 2014, p. 45 ss., pp. 56-57.

<sup>50</sup> Art. 121a Cst. (Gestion de l'immigration), Plan de mise en œuvre, 20 juin 2014 : <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/konzept-umsetz-f.pdf> (visité le 23 juillet 2018).

[Rz 23] Entre-temps, il avait demandé à l'UE d'entrer en négociations pour réviser l'ALCP, étant donné que le nouvel article constitutionnel et sa mise en œuvre présagée étaient en contradiction manifeste avec cet accord<sup>51</sup> (le nouvel article 197, ch. 11, de la Constitution donne au Conseil fédéral le mandat de renégocier les traités internationaux contraires au nouvel article 121a). Le 25 juillet 2014, l'UE a toutefois catégoriquement refusé d'entrer en matière<sup>52</sup>.

### 2.2.2. Deuxième étape : une clause de sauvegarde

[Rz 24] Le 4 décembre 2015, vu l'impossibilité de toute négociation avec l'UE et suite aux résultats de la procédure de consultation de l'avant-projet du 11 février 2015, le Conseil fédéral a annoncé que l'immigration en Suisse des personnes ressortissant de l'UE/AELE serait gérée au moyen d'une clause de sauvegarde qui ne serait activée qu'en cas de forte immigration. A ce moment-là, le Conseil fédéral espérait encore faire accepter à l'UE le principe d'une telle clause. Mais, en cas de rejet de celle-ci par l'UE, il prévoyait d'inscrire dans le nouveau projet de loi une variante de clause de sauvegarde *unilatérale*, c'est-à-dire pouvant être activée unilatéralement par la Suisse. La « préférence nationale » selon le texte de l'article 121a de la Constitution aurait été prise en compte au moment de fixer le seuil de déclenchement de la clause de sauvegarde, ainsi que dans la fixation des contingents et plafonds en cas d'activation de ladite clause.

### 2.2.3. Troisième étape et solution retenue : la « préférence indigène light »

[Rz 25] Finalement, c'est une tout autre solution qui a été retenue par les Chambres fédérales, le 16 décembre 2016<sup>53</sup>, afin de mettre en œuvre l'article 121a de la Constitution de manière « euro-compatible » : la « préférence indigène light »<sup>54</sup>. Celle-ci consiste en un embargo d'une durée limitée sur les informations relatives aux postes vacants dans certaines professions et/ou régions économiques dans lesquelles le chômage est élevé, à l'avantage exclusif des demandeuses et demandeurs d'emplois indigènes. D'autres dispositions de la loi d'application du 16 décembre 2016 visent également une meilleure mise à profit de la main-d'œuvre indigène, notamment des personnes relevant du domaine de l'asile (par exemple, l'élargissement de la notion de « travailleurs en Suisse », prioritaires dans le recrutement, aux personnes admises provisoirement, ainsi que l'annonce au service public de l'emploi des personnes réfugiées et admises provisoirement en quête d'emploi). Nous reviendrons en détail, plus loin, sur ces modifications de la LEtr appelées à concrétiser la nouvelle disposition constitutionnelle.

---

<sup>51</sup> La raison d'être de l'ALCP est en effet d'interdire tout contingent et plafond (toute limite quantitative de l'accès à l'activité économique dans un autre Etat membre), ainsi que toute discrimination fondée sur la nationalité (la préférence nationale), voir le rapport de la Direction du droit international public (DDIP) du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), *Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz*, 26 mai 2014, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auswirkung-voelkerrecht-d.pdf> (visité le 23 juillet 2018). A noter que l'article 197, ch. 9, du texte de l'initiative a ensuite été introduit dans la Constitution sous le ch. 11.

<sup>52</sup> Réponse de l'UE à la demande suisse de révision de l'ALCP, <https://www.sem.admin.ch/content/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/20140725-schreiben-ashton.pdf> (visité le 23 juillet 2018).

<sup>53</sup> FF 2016 8651-8658, Modification du 16 décembre 2016 de la loi fédérale sur les étrangers (16.027, Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes).

<sup>54</sup> VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *La préférence indigène light et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes*, *Annuaire du droit de la migration*, Berne 2017, p. 61 ss., p. 63.

[Rz 26] Le Parlement suisse a donc renoncé à introduire une clause de sauvegarde qui aurait menacé de réinstaurer des plafonds ou des contingents à l'égard des personnes ressortissant de l'UE/AELE, et qui aurait par-là même gravement troublé les relations de la Suisse avec l'UE. L'adoption de la loi d'application de l'article 121a de la Constitution, jugée compatible avec l'ALCP par le Parlement et le Conseil fédéral, a ouvert la voie à la ratification par la Suisse, le même jour, du Protocole III d'extension de la libre circulation à la Croatie<sup>55</sup>.

[Rz 27] Le délai référendaire concernant la loi d'application de l'article 121a de la Constitution a expiré le 7 avril 2017 sans qu'un référendum n'ait été lancé.

[Rz 28] Par ailleurs, l'initiative populaire RASA (« Raus aus der Sackgasse ! » ou « Sortons de l'impasse ! »)<sup>56</sup>, qui proposait d'annuler la votation du 9 février 2014, par un nouveau vote, a été retirée par le comité d'initiative le 12 décembre 2017<sup>57</sup> au regard de la solution retenue par le Parlement, qui préserve la voie bilatérale avec l'UE.

[Rz 29] L'exposé de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution au niveau législatif ne serait cependant pas tout à fait complet si l'adoption, ce même 16 décembre 2016, d'une autre révision de la LEtr, la révision en matière d'intégration, n'était pas également évoquée.

#### **2.2.4. L'adoption le 16 décembre 2016 de la modification de la loi sur les étrangers en matière d'intégration : une autre concrétisation (partielle) de l'article 121a**

[Rz 30] En effet, l'adoption par le Parlement fédéral, ce même 16 décembre 2016, de la modification de la LEtr en matière d'intégration<sup>58</sup> n'est pas un hasard du calendrier. Certaines des dispositions de cette modification constituent elles aussi une mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution. Pour rappel, fondé sur un message du Conseil fédéral du 8 mars 2013, le projet de loi sur l'intégration avait été accepté, dans un premier temps, par le Conseil des Etats, le 11 décembre 2013. Il avait cependant été renvoyé par le Conseil national au Conseil fédéral suite à la votation populaire du 9 février 2014, sur l'initiative contre l'immigration de masse, afin que celui-ci *prenne en compte le nouvel article 121a de la Constitution*, ainsi que diverses initiatives parlementaires alors en suspens (sans lien avec l'article 121a).

[Rz 31] Ainsi, certains aspects de la modification de la LEtr en matière d'intégration visent une meilleure intégration des étrangères et des étrangers relevant du domaine de l'asile au marché suisse du travail (suppression de la taxe spéciale sur l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile et suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative pour les réfugiés et les personnes admises provisoirement<sup>59</sup>). En ce sens, la modification de la LEtr qui concerne l'intégration participe aussi, en partie du moins, à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, en ce qu'elle vise une meilleure exploitation de la main-d'œuvre indigène en Suisse, constituée notamment des personnes relevant du domaine de l'asile<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Voir le communiqué de presse « La Suisse ratifie le protocole relatif à la Croatie », du 16 décembre 2016, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-64991.html> (visité le 23 juillet 2018).

<sup>56</sup> Publications des départements et des offices de la Confédération, FF 2014 8839.

<sup>57</sup> Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz, Wiederinkraftsetzung vom 15. Januar 2018, FF 2018 211.

<sup>58</sup> FF 2016 8633–8650, Modification du 16 décembre 2016 de la loi fédérale sur les étrangers (13.030, Intégration).

<sup>59</sup> Voir sur cette obligation le rappel du droit en vigueur au 30 juin 2018 (supra, I, 2).

<sup>60</sup> Voir le Message additionnel concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (13.030, Intégration), du 4 mars 2016, FF 2016 2665 ss., p. 2666 : « Pour adapter le projet à l'art. 121a de la Constitution fédérale, le Conseil

### 2.3. L'adoption et l'entrée en vigueur échelonnée des dispositions d'exécution (ordonnances) de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution

[Rz 32] Le 8 décembre 2017, le Conseil fédéral a adopté les différentes modifications des ordonnances pertinentes<sup>61</sup> qui concrétisent la loi du 16 décembre 2016 (16.027, Gestion de l'immigration), loi de mise en œuvre *stricto sensu* de l'article 121a de la Constitution. L'ensemble de ces modifications (nLEtr<sup>62</sup> et ordonnances révisées) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018<sup>63</sup>. Le contenu de ces modifications vis-à-vis des conditions d'accès des étrangères et des étrangers au marché suisse du travail est détaillé dans le chapitre suivant (3).

[Rz 33] Quant aux dispositions d'exécution de la modification de la LEtr qui concerne l'intégration (13.030, Intégration), elles ont été séparées en deux paquets. Le premier paquet (nLEtr et ordonnances pertinentes révisées<sup>64</sup>), qui a trait notamment, s'agissant du sujet qui nous intéresse ici, à la suppression de la taxe spéciale sur l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile, est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018. Le second paquet concerne notamment, outre le changement de nom de la loi sur les étrangers en « loi fédérale sur les étrangers et l'intégration » (LEI), le remplacement de l'obligation pour les réfugiés et les personnes admises provisoirement d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative par une simple annonce. La procédure de consultation des modifications des ordonnances pertinentes de ce second paquet s'est achevée le 19 mars 2018. La nLEI et les ordonnances pertinentes révisées<sup>65</sup> devraient entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>66</sup>.

### 3. Les nouveautés concrètes introduites par la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution en ce qui concerne l'accès des personnes étrangères au marché suisse du travail

[Rz 34] Les principaux effets de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution sur les conditions d'accès au marché suisse du travail par les étrangères et les étrangers prennent essentiellement deux formes : l'obligation d'annonce, par les employeurs, des postes vacants dans certains genres de professions concernés par un chômage élevé, combinée à l'embargo sur les in-

---

fédéral propose de supprimer l'obligation de verser la taxe spéciale qui touche les personnes relevant du domaine de l'asile qui exercent une activité lucrative, ainsi que l'obligation d'autorisation à laquelle sont soumis les étrangers admis à titre provisoire et les réfugiés reconnus pour exercer une activité lucrative. Ces mesures permettront d'améliorer l'intégration professionnelle des personnes relevant du domaine de l'asile qui sont capables de travailler et de mieux exploiter ce potentiel offert par la main-d'œuvre indigène. Ainsi, les besoins en travailleurs supplémentaires en provenance de l'étranger diminueront ».

<sup>61</sup> Ordonnance sur le service de l'emploi (LSE; RS 823.11) ; Ordonnance sur l'intégration des étrangers (OIE ; RS 142.205) ; Ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI ; RS 837.02) ; Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers ; RS 172.220.1).

<sup>62</sup> De manière subsidiaire par rapport à la LEtr, la loi sur les prestations complémentaires (RS 831.30), la loi sur l'assurance-chômage (LACI ; RS 837.0) et la loi sur le commerce itinérant (RS 943.1) doivent aussi être révisées sur quelques points.

<sup>63</sup> [https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-12-081.html](https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/news/2017/ref_2017-12-081.html) (visité le 23 juillet 2018).

<sup>64</sup> Paquet 1 : Modification de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement (OA 2 ; RS 142.312) et de l'OIE.

<sup>65</sup> Paquet 2: Modification de l'OASA et révision totale de l'OIE.

<sup>66</sup> Selon les informations disponibles, à la date du 23 juillet 2018, sur le site internet du SEM : <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/aktuell/gesetzgebung/aug-integration-paket2.html> (visité le 23 juillet 2018).

formations pendant cinq jours au bénéfice des demandeuses et demandeurs d'emploi indigènes, d'une part (3.1), et la facilitation de l'accès au marché du travail pour les personnes relevant du domaine de l'asile, d'autre part (3.2). Ces mesures visent un seul et même objectif qui constitue la substantifique moelle de la mise en œuvre de l'article 121a : la mise à profit de la main-d'œuvre indigène afin de réduire le nombre de « primo-immigrants » en Suisse.

### **3.1. L'obligation d'annonce des postes vacants et l'embargo de cinq jours au bénéfice des personnes demandeuses d'emploi inscrites auprès du service public de l'emploi**

[Rz 35] Selon la LEtr et l'ordonnance sur le service de l'emploi (OSE), dans leur teneur révisée au 1<sup>er</sup> juillet 2018, les entreprises ont l'obligation d'annoncer au « service public de l'emploi compétent pour leur région »<sup>67</sup>, c'est-à-dire aux Offices régionaux de placement (ORP), les postes vacants dans les genres de professions qui affichent, au niveau national, un taux de chômage plus élevé que la valeur seuil de 8% jusqu'au 31 décembre 2019, puis, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020, plus élevé que la valeur seuil de 5%<sup>68</sup>. Selon les simulations basées sur les estimations du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) pour l'année 2016<sup>69</sup>, 218'000 postes auraient été soumis à l'obligation d'annonce avec la valeur seuil de 5%, contre 75'000 postes pour la valeur seuil de 8%. Etant donné le nombre de postes vacants déjà annoncés, 180'000 postes auraient dû encore être annoncés auprès du service public de l'emploi avec la valeur seuil de 5%, contre 55'000 postes supplémentaires selon la valeur seuil de 8%<sup>70</sup>.

[Rz 36] La liste des genres de professions soumises à l'obligation d'annonce, c'est-à-dire dont le taux de chômage national annuel moyen atteint ou dépasse la valeur seuil de 5% (ou 8% de manière transitoire) est publiée une fois par an par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR)<sup>71</sup>. Selon les simulations basées sur les statistiques de celui-ci pour l'année 2016, une valeur seuil de 5% aurait entraîné l'obligation de communiquer les postes vacants dans 88 genres de profession, par exemple : bétonneuses et bétonneurs, hommes ou femmes de chambre, actrices et acteurs, messagères et messagers, plâtrières et plâtriers, couvreuses et couvreurs, sociologues, philologues, historiennes et historiens, archéologues, etc. Dans l'ensemble cependant, les secteurs de l'hôtellerie et de la construction sont les plus représentés<sup>72</sup>. Les cantons peuvent, isolément ou de manière conjointe, demander au Conseil fédéral que l'obligation d'annoncer les postes vacants soit étendue, au niveau cantonal, aux genres de profes-

---

<sup>67</sup> Article 53b, al. 1, nOSE.

<sup>68</sup> Article 21a, al. 3, nLEtr ; article 53a, al. 1, nOSE (valeur seuil de 5%) ; article 63 nOSE (dispositions transitoires : valeur seuil de 8% du 1<sup>er</sup> juillet 2018 au 31 décembre 2019).

<sup>69</sup> A noter qu'en 2016, le chômage moyen toutes professions et cantons confondus s'élevait à 3,6%.

<sup>70</sup> SECO, Rapport explicatif sur le projet de modification de l'ordonnance sur le service de l'emploi : mesures destinées aux demandeurs d'emploi, novembre 2017, p. 4, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/vo-umsetzung-art121a/erlaeuterungen-avv-f.pdf> (visité le 23 juillet 2018).

<sup>71</sup> La liste des genres de professions est notamment publiée sur les sites internet Travail.swiss <https://www.arbeit.swiss/secoalv/fr/home.html> et du SECO <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/stellenmeldepflicht.html> (visités le 23 juillet 2018).

<sup>72</sup> SECO, Rapport explicatif, cité (note 70), pp. 17–19. Ce que confirme la liste des genres de professions concernées publiée fin mai 2018.

sion dont le taux de chômage dépasse *sur le territoire cantonal* la valeur seuil nationale<sup>73</sup>. Dans ce cas, l'obligation d'annonce est limitée à un an.

[Rz 37] La procédure d'annonce des postes vacants peut se faire par internet, par téléphone ou en personne<sup>74</sup>. Les informations relatives au poste à communiquer par l'entreprise sont les suivantes : la profession recherchée, l'activité et les exigences spéciales y comprises, le lieu de l'exercice de la profession, le taux d'occupation, la date d'entrée en fonction ; le type de rapport de travail : à durée déterminée ou indéterminée, l'adresse et le nom de l'entreprise<sup>75</sup>. Le service public de l'emploi est tenu de confirmer immédiatement auprès de l'entreprise la bonne réception de l'annonce de poste<sup>76</sup>. Plusieurs exceptions à l'obligation de communiquer les postes vacants tiennent à la durée très courte de l'emploi (pas plus de quatorze jours civils), au fait que le poste vacant soit pourvu par une personne interne à l'entreprise (engagée depuis au moins six mois, stagiaires et apprenties et apprentis compris) ou par une personne inscrite comme demandeuse d'emploi, ou encore au lien de parenté étroit entre la personne engagée et la personne employeur (conjointe ou conjoint, partenaire enregistré, enfant, etc.)<sup>77</sup>.

[Rz 38] Pendant cinq jours ouvrables<sup>78</sup> à compter de la réception de l'annonce, les collaboratrices et collaborateurs du service public de l'emploi et les personnes qui y sont inscrites comme demandeuses d'emploi ont l'exclusivité de la mise au concours du poste et des informations qui s'y réfèrent<sup>79</sup>. Pendant ces « cinq jours ouvrables d'embargo »<sup>80</sup>, l'entreprise employeur est donc empêchée de publier l'offre d'emploi par d'autres moyens. Cependant, cinq jours ouvrables (au plus tôt) après la confirmation du service public de l'emploi que l'annonce d'emploi a bien été réceptionnée, l'entreprise peut mettre au concours le poste par d'autres moyens (page d'accueil internet de l'entreprise, presse écrite, etc.), c'est-à-dire auprès de tout public<sup>81</sup>.

[Rz 39] De son côté, le service public de l'emploi a l'obligation de faire parvenir à l'entreprise employeur dans les trois jours ouvrables suivant la réception de l'annonce de poste les indications relatives aux « dossiers pertinents » parmi les demandeuses et demandeurs d'emploi ou de lui communiquer qu'aucune personne ne correspond au profil recherché<sup>82</sup>. L'entreprise employeur a ensuite l'obligation de convoquer à un entretien ou à un test d'aptitude professionnelle les « candidats dont le profil correspond au poste vacant », de même qu'elle a l'obligation d'indiquer au service public de l'emploi quelles personnes ont été jugées appropriées pour le poste vacant, lesquelles ont été invitées à un entretien ou à passer un test d'aptitude professionnelle, et si une personne parmi elles a été embauchée ou si le poste reste à pourvoir<sup>83</sup>. En revanche, l'entreprise

---

<sup>73</sup> Article 21a, al. 2 et en particulier al. 7, nLEtr ; article 53e nOSE.

<sup>74</sup> Article 53b, al. 3, nOSE.

<sup>75</sup> Article 53b, al. 2, nOSE.

<sup>76</sup> Article 53b, al. 4, nOSE.

<sup>77</sup> Article 21a, al. 5, nLEtr ; article 53d nOSE. L'article 21a, al. 6, nLEtr, permet au Conseil fédéral de décider d'exceptions supplémentaires à l'obligation d'annonce des postes vacants.

<sup>78</sup> Un jour ouvrable correspond à un jour de la semaine (sauf samedi et dimanche) qui n'est pas férié au niveau cantonal, régional ou fédéral.

<sup>79</sup> Article 21a, al. 3, nLEtr ; article 53b, al. 6, nOSE.

<sup>80</sup> SECO, Rapport explicatif, cité (note 70), p. 10.

<sup>81</sup> Article 53b, al. 5, nOSE.

<sup>82</sup> Article 21a, al. 4, nLEtr ; article 53c, al. 1, nOSE.

<sup>83</sup> Article 21a, al. 4, nLEtr ; article 53c, al. 2, nOSE.

employeur n'a pas l'obligation de se justifier quant au choix ou au rejet d'une candidature<sup>84</sup>. De même, elle reste libre de mener comme elle l'entend le reste du processus de recrutement (sollicitation d'une lettre de motivation ou non, etc.)<sup>85</sup>. Le non-respect de l'obligation de communiquer les postes vacants ou de convoquer à un entretien ou à un test d'aptitude les personnes correspondant au profil recherché (ou les « personnes appropriées » selon l'OSE révisée) est sanctionné pénalement par une amende, qui peut aller jusqu'à 40'000 francs en cas d'intention (20'000 francs au plus en cas de négligence)<sup>86</sup>. Selon la répartition des compétences en matière d'exécution de la loi sur l'assurance-chômage, le contrôle du respect des obligations découlant du nouveau droit incombe aux autorités cantonales<sup>87</sup>.

[Rz 40] Nous examinerons plus loin les problématiques juridiques que soulèvent cette obligation d'annonce des postes vacants et l'embargo de cinq jours sur ces informations à l'avantage des personnes demandeuses d'emploi inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse.

### **3.2. La facilitation de l'intégration sur le marché du travail des personnes relevant du domaine de l'asile**

[Rz 41] Comme on l'a déjà souligné auparavant, la facilitation de l'intégration sur le marché suisse du travail des personnes relevant du domaine de l'asile, afin de mieux exploiter le potentiel offert par la main-d'œuvre indigène, découle tant de la loi d'application *stricto sensu* de l'article 121a de la Constitution (16.027, Gestion de l'immigration) que de la loi adoptée le même jour modifiant la LEtr en matière d'intégration (13.030, Intégration). Différentes mesures adoptées par le législateur à travers ces deux modifications de la LEtr le 16 décembre 2016 ont un impact sur l'accès au marché du travail des étrangères et des étrangers relevant du domaine de l'asile, à savoir : l'annonce auprès du service public de l'emploi des réfugiés et des personnes admises provisoirement qui sont « en quête d'emploi » et « employables » (3.2.1), l'élargissement de la notion de « travailleurs en Suisse » bénéficiant de la priorité dans le recrutement au sens de l'article 21, al. 2, LEtr aux personnes admises provisoirement (3.2.2), la suppression de la taxe spéciale sur l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile (3.2.3) et, enfin, la suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative pour les personnes réfugiées et les personnes admises à titre provisoire (3.2.4).

#### **3.2.1. L'annonce auprès du service public de l'emploi des personnes réfugiées et admises provisoirement qui sont « en quête d'emploi » et « employables »**

[Rz 42] Alors que l'article 53, al. 6, nLEtr (16.027, Gestion de l'immigration) dispose seulement que les autorités cantonales d'aide sociale annoncent au service public de l'emploi les réfugiés et les personnes admises provisoirement qui sont « sans emploi », l'ordonnance sur l'intégration des

---

<sup>84</sup> SECO, Rapport explicatif, cité (note 70), p. 11.

<sup>85</sup> SECO, Rapport explicatif, cité (note 70), p. 11.

<sup>86</sup> Article 117a nLEtr.

<sup>87</sup> L'ordonnance ne précise pas quelles seront les autorités cantonales en charge de ce contrôle. Cependant, le rapport explicatif sur la modification de l'OSE précise que le Département fédéral de justice et police (DFJP) examinera, d'entente avec le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), dans le cadre d'un groupe de travail, la question des bases légales relatives aux compétences des cantons s'agissant de ce contrôle ainsi que l'éventuelle participation de la Confédération aux coûts engendrés par celui-ci.

étrangers (OIE), dans sa version révisée, concrétise cette obligation en précisant que l'annonce concerne les réfugiés et personnes admises à titre provisoire « en quête d'emploi »<sup>88</sup> dont l'« employabilité » aura été établie suite à une évaluation<sup>89</sup>.

[Rz 43] L'OIE, dans sa version révisée, attribue aux cantons la compétence de déterminer eux-mêmes la manière dont ils entendent effectuer cette annonce<sup>90</sup> ainsi que l'évaluation de l'« employabilité »<sup>91</sup>. Les autorités cantonales doivent cependant rendre compte chaque année au SEM de la procédure d'évaluation de l'« employabilité », ainsi que du nombre d'annonces et de placements par le service public de l'emploi<sup>92</sup>.

[Rz 44] Selon la statistique du SEM pour l'année 2016, 40'000 personnes réfugiées ou admises provisoirement, en âge de travailler, se trouvaient sans emploi en Suisse. Selon une enquête réalisée par le même Secrétariat, environ 25 000 d'entre elles auraient le potentiel pour s'intégrer à moyen terme sur le marché du travail. Etant donné qu'environ 6'000 personnes relevant du domaine de l'asile en moyenne sont enregistrées chaque année auprès du service public de l'emploi, le nombre de personnes supplémentaires concernées par cette obligation d'annonce auprès de ce service serait de 8'000 à 10'000 demandeuses et demandeurs d'emplois selon l'administration fédérale<sup>93</sup>.

[Rz 45] Cette obligation d'annonce est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018.

### **3.2.2. L'élargissement de la notion de « travailleurs en Suisse » (article 21, al. 2, L'Etr) aux personnes admises provisoirement**

[Rz 46] Alors qu'en vertu du droit en vigueur jusqu'au 30 juin 2018, les personnes admises provisoirement ne faisaient pas partie du cercle des personnes ayant priorité en matière de recrutement sur les autres ressortissants d'Etats tiers, l'article 21, al. 2, let. d, nL'Etr (16.027, Gestion de l'immigration) les mentionne explicitement comme bénéficiaires du principe du recrutement

---

<sup>88</sup> Art. 10a al. 1 nOIE. A cet égard, le Rapport explicatif du SEM et du SECO de juin 2017 sur les Dispositions d'exécution relatives à la modification du 16 décembre 2016 de la loi fédérale sur les étrangers (Gestion de l'immigration et amélioration de la mise en œuvre des accords sur la libre circulation des personnes) précise que « Le projet d'ordonnance régit l'annonce des réfugiés reconnus et personnes admises à titre provisoire qui dépendent de l'aide sociale et n'ont pas droit aux prestations de l'assurance-chômage, sont employables et recherchent un emploi. Il ne suffit donc pas qu'ils soient sans emploi pour qu'il y ait obligation de les annoncer. Le projet d'ordonnance s'applique aux personnes dont l'objectif principal est de devenir indépendantes sur le plan économique », p. 3.

<sup>89</sup> Article 10a, al. 2, nOIE.

<sup>90</sup> Le rapport explicatif de juin 2017 (cité note 88) précise (malgré l'art. 53, al. 6, nL'Etr, qui mentionne explicitement les autorités cantonales d'aide sociale) que le canton peut charger un autre service de la procédure d'annonce, par exemple un service communal d'aide sociale, p. 9.

<sup>91</sup> Article 10a, al. 1 et 3, let. a, nOIE. Par rapport à la notion d'« employabilité », le rapport explicatif de juin 2017 (cité note 88, cf. pp. 4-5) rappelle que la formation prime le travail et qu'étant donné le jeune âge des personnes qui sont reconnues réfugiées ou admises provisoirement (40% de celles entrées en Suisse ces dernières années ont moins de 18 ans), ces personnes doivent d'abord suivre une formation initiale ou supérieure avant de devenir « employables » (ces personnes ne doivent donc pas être annoncées auprès du service public de l'emploi, elles le seront seulement dans un second temps). A cet égard, le Conseil fédéral avait lancé, le 18 décembre 2015, un programme pilote de préapprentissage, d'intégration et d'encouragement précoce de la langue à l'attention des réfugiés et admis provisoires, dans le cadre des mesures d'accompagnement de l'art. 121a de la Constitution, voir pour plus d'informations sur ce programme, <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/integration/ppnb/integrationslehre-sprachfoerd.html> (visité le 23 juillet 2018).

<sup>92</sup> Article 10a, al. 3, let. b, nOIE.

<sup>93</sup> Rapport explicatif de juin 2017 (cité note 88), p. 4.

prioritaire (ainsi qu'à la lettre e les personnes bénéficiant d'une protection provisoire – avec auto-risation d'exercer une activité lucrative –, statut qui jusqu'à aujourd'hui est resté lettre morte<sup>94</sup>). Ainsi, il n'existe plus, *dans le cadre du droit en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018*, de différence entre les personnes réfugiées avec asile (permis B) et les personnes admises provisoirement (permis F avec ou sans qualité de réfugié) en matière d'accès prioritaire au marché suisse du travail vis-à-vis des autres personnes ressortissant d'Etats tiers.

### **3.2.3. La suppression de la taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative des personnes relevant du domaine de l'asile**

[Rz 47] Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, la suppression de la taxe spéciale pour les requérantes et requérants d'asile et les personnes admises à titre provisoire (les réfugiés en étaient déjà dispensés) découle de la modification de la LEtr du 16 décembre 2016 en matière d'intégration (13.030), mais elle s'inscrit néanmoins, comme déjà plusieurs fois souligné, « dans le cadre d'une série de mesures visant à mettre en œuvre l'article 121a de la Constitution »<sup>95</sup>.

[Rz 48] Jusqu'au 31 décembre 2017, cette taxe impliquait pour les personnes concernées, lorsqu'elles exerçaient une activité lucrative, que l'entreprise les employant reverse 10% de leur revenu au SEM afin de couvrir les frais d'aide sociale et d'exécution, ainsi que les frais occasionnés par la procédure de recours, sans lien avec les frais effectivement occasionnés par la personne<sup>96</sup>. La saisie des valeurs patrimoniales (non issues de l'exercice d'une activité lucrative) est en revanche maintenue dans le cadre du nouveau droit.

[Rz 49] Avec la suppression de la taxe spéciale pour toutes les personnes relevant du domaine de l'asile qui étaient concernées, le Conseil fédéral entend faciliter l'accès au marché du travail des personnes admises provisoirement (il n'est pas question pour lui de faciliter l'accès au marché du travail des requérantes et requérants d'asile, mais la suppression de la taxe spéciale pour toutes les personnes relevant du domaine de l'asile se justifie pour des raisons économiques et en raison de la restructuration du domaine de l'asile<sup>97</sup>). Selon le Conseil fédéral, les personnes admises à titre provisoire seront, avec la suppression de la taxe spéciale, plus tentées d'accepter un poste à temps partiel ou à bas salaire<sup>98</sup>. Si l'incitation créée par cette suppression de la taxe spéciale se révèle efficace en termes d'intégration au marché du travail (au moins 200 personnes de plus intégrées au marché du travail chaque année), les pertes financières seront compensées, selon le Conseil fédéral, par la réduction des dépenses en matière d'aide sociale<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> Article 66 LAsi, jamais mis en œuvre par le Conseil fédéral à ce jour.

<sup>95</sup> SEM, Rapport explicatif, Modification de l'ordonnance 2 sur l'asile relative au financement et l'ordonnance sur l'intégration des étrangers, Mise en vigueur partielle de la loi fédérale sur les étrangers (Intégration ; 13.030), p. 4, disponible ici : <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/aug-integration-paket1/vn-berf.pdf> (visité le 23 juillet 2018).

<sup>96</sup> Article 86 aLAsi pour les requérant-e-s d'asile, article 88 aLEtr pour les personnes admises provisoirement. Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2670 2671.

<sup>97</sup> Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2677 2678.

<sup>98</sup> Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2671 et 2677.

<sup>99</sup> Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2678.

### **3.2.4. La suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative pour les réfugiés reconnus et les personnes admises provisoirement**

[Rz 50] Les nouveaux articles 85a de la loi sur les étrangers et 65 OASA (lequel n'a cependant pas encore été adopté dans sa version révisée par le Conseil fédéral) suppriment l'obligation pour les étrangères et étrangers admis à titre provisoire et les réfugiées et réfugiés d'obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative. Dès lors que les conditions de rémunération et de travail sont respectées (article 22 LEtr) et que l'activité a été annoncée par l'entreprise employeur à l'autorité cantonale du lieu de travail, ces personnes peuvent travailler<sup>100</sup>. Ainsi, la procédure d'autorisation est remplacée par une simple procédure d'annonce, créant un véritable « droit d'exercer une activité lucrative »<sup>101</sup> pour les réfugiés et les personnes admises à titre provisoire. Les personnes admises provisoirement sans la qualité de réfugié sont ainsi mises sur un pied d'égalité avec les réfugiés reconnus (avec admission provisoire ou avec asile) quant à l'accès au marché du travail.

[Rz 51] Cette suppression et son remplacement par une procédure d'annonce entreront vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

### **3.3. Résumé intermédiaire**

[Rz 52] On le voit, la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution comporte des effets importants pour l'accès au marché suisse du travail des étrangères et des étrangers relevant du domaine de l'asile. En effet, les personnes admises à titre provisoire bénéficient dans le cadre du nouveau droit (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018) d'un véritable droit d'exercer une activité lucrative ainsi que de la priorité dans le recrutement vis-à-vis des autres personnes ressortissant d'Etats tiers. Ces personnes seront par ailleurs incitées à travailler grâce à la suppression de la taxe spéciale sur le revenu de l'activité lucrative (suppression en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018) et, s'agissant de celles qui souhaitent travailler, leur intégration sur le marché devrait se trouver facilitée par la procédure d'annonce auprès du service public de l'emploi (sous réserve de leur « employabilité »). Cette procédure d'annonce devrait également faciliter l'intégration sur le marché du travail des réfugiés.

[Rz 53] En guise de conclusion intermédiaire, on peut donc affirmer que la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution (Gestion de l'immigration et Intégration) entraîne des modifications significatives en droit des étrangers, plus avantageuses en termes d'accès au marché suisse du travail pour les personnes relevant du domaine de l'asile, principalement pour les personnes admises à titre provisoire. A cet égard, ces modifications rapprochent le droit suisse des étrangers au droit de l'UE, bien que celui-ci soit non contraignant pour la Suisse, selon lequel les réfugiés et les personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire ont le droit d'exercer une activité lucra-

---

<sup>100</sup> Article 65 du projet de modification de l'OASA (non encore adopté dans sa version révisée par le Conseil fédéral).

<sup>101</sup> Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2678.

tive<sup>102</sup>. Selon le droit européen, tous les bénéficiaires d'une protection internationale ont accès au marché du travail selon les mêmes conditions<sup>103</sup>.

#### **4. Problématiques soulevées par les modifications liées à la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution**

[Rz 54] Nous nous concentrerons dans le cadre de cet article sur deux types de problématiques. Le premier a trait aux questions, concrètes et pratiques, que soulève la mise en œuvre même des modifications légales liées à la concrétisation de l'article 121a. Parmi les différents problèmes de mise en œuvre de la loi et des dispositions d'exécution qui pourraient se poser, nous nous concentrerons sur la portée et le contrôle du respect de l'obligation d'annonce des postes vacants (4.1). Le second type de problématique que nous souhaitons évoquer porte pour sa part sur la question, plus abstraite et théorique, de la conformité de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, avec la Constitution fédérale elle-même, et le texte de l'initiative, d'un côté (4.2), et avec les accords sur la libre circulation des personnes, de l'autre côté (4.3).

##### **4.1. Les questions pratiques : l'obligation d'annonce des postes vacants**

[Rz 55] Pour ce qui est de la mise en œuvre concrète de l'article 121a de la Constitution, telle qu'elle a été conçue et prescrite par le législateur, deux questions nous semblent devoir être posées et examinées.

[Rz 56] Premièrement, on peut se demander si l'annonce des postes vacants au service public de l'emploi dans certains genres de professions constitue une obligation véritablement nouvelle pour les employeurs. En effet, comme on l'a vu auparavant, les entreprises employeurs sont tenues, à chaque recrutement, de respecter le principe de priorité des travailleuses et travailleurs « indigènes » (Suisse, étrangers établis durablement et étrangers ayant le droit d'exercer une activité lucrative) et des personnes ressortissant de l'UE/AELE. Ainsi, l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement constitue, dans le cadre du droit déjà en vigueur au 30 juin 2018, une obligation pour les entreprises, dans la mesure où elle permet de prouver, en cas d'embauche d'une personne ressortissant d'un Etat tiers, que toutes les démarches ont été entreprises sur le marché suisse du travail pour engager une travailleuse ou un travailleur indigène (sans évoquer ici les démarches entreprises pour engager une personne ressortissant de l'UE/AELE). On pourrait donc soutenir que le nouveau droit ne change rien à cet égard. Il faut cependant nuancer ce propos : l'annonce à l'office de placement n'est véritablement nécessaire (dans la perspective de prouver ultérieurement le respect de l'ordre de priorité), dans le droit déjà en vigueur avant le 1<sup>er</sup> juillet 2018, que si l'employeur pense qu'il devra certainement recourir à une personne en provenance d'un Etat tiers. Or, dans le cadre du nouveau droit en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018, cette annonce doit avoir lieu de manière systématique (sous réserve des exceptions visées dans la loi

---

<sup>102</sup> Article 26 de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

<sup>103</sup> Message additionnel, cité (note 60), FF 2016 2686.

et l'ordonnance) dans les genres de professions concernées. En outre, dans le cadre du droit déjà en vigueur avant le 1<sup>er</sup> juillet 2018, l'annonce à une agence de placement *privée* en Suisse pouvait suffire, à côté des autres canaux de recrutement habituels, à prouver le respect du recrutement prioritaire vis-à-vis du marché suisse du travail. En revanche, la procédure d'annonce des postes vacants mise en place dans certains genres de professions depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2018 implique un recours systématique au service *public* de l'emploi et de manière très formalisée. Il y a donc bien une différence entre l'ancien et le nouveau droit en matière d'annonce de postes vacants dans certains genres de professions.

[Rz 57] La seconde question qui se pose – et ne manquera pas de se poser concrètement – est celle de savoir quelle sera la portée pratique de cette nouvelle réglementation et, plus précisément, comment sera assuré le contrôle du respect des obligations liées à l'annonce des postes vacants par l'entreprise employeur (sanctionné par la norme pénale de l'article 117a nLEtr), dans la mesure où l'entreprise reste libre, on l'a vu, de déterminer quels sont les « candidats appropriés » pour le poste ? En effet, si le service public de l'emploi a l'obligation, selon le nouveau droit, de transmettre les dossiers pertinents des candidates et candidats (ou de communiquer l'absence d'une telle candidature) à l'entreprise concernée, celle-ci a uniquement, de son côté, l'obligation de convoquer à un entretien ou à un test d'aptitude les personnes candidates qu'elle juge « appropriées » (« les candidats dont le profil correspond au poste vacant » selon l'article 21a al. 4 nLEtr). Par contraste, la notion de « dossier pertinent » s'agissant des dossiers communiqués par le service public de l'emploi à l'entreprise employeur aux termes de la même disposition est plus circonscrite<sup>104</sup>. Ainsi, si le contrôle du respect, selon l'article 117a nLEtr, de l'obligation d'annonce des postes vacants nous semble réalisable de manière objective, le contrôle du respect de l'obligation de convoquer à un entretien ou à un test des candidates et des candidats dont le profil correspond au poste vacant nous paraît malaisé à mettre en œuvre. Il pourrait s'ensuivre que l'obligation de convoquer à un entretien ou à un test soit vidée de son contenu. En d'autres termes, la mise en œuvre de l'obligation énoncée à l'article 21a, al. 4, nLEtr repose sur la bonne volonté de l'employeuse ou de l'employeur de participer à ce nouveau processus. En d'autres termes encore, si le mécanisme mis en place dans le cadre de l'obligation de communiquer les postes vacants peut, à première vue, sembler ou faire craindre une grande machinerie bureaucratique, il n'est toutefois pas certain qu'en pratique le contrôle du respect de cette obligation en partie nouvelle imposée aux entreprises pourra véritablement être, ou sera, très incisif et assuré. L'obligation d'annonce des postes vacants pourrait en effet s'avérer – mais seul l'avenir permettra d'en dire plus à ce sujet – n'être qu'un « tigre de papier », ou une « coquille vide »<sup>105</sup>, expressions qui pourraient d'ailleurs s'appliquer à l'ensemble de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution, à l'exception toutefois des mesures relatives à la facilitation de l'accès au marché du travail par les personnes relevant du domaine de l'asile.

---

<sup>104</sup> Selon le rapport explicatif de la modification de l'OSE (novembre 2017) : « Sont considérés comme « pertinents » les dossiers des demandeurs d'emploi qui répondent aux critères exigés par le profil du poste annoncé, comme la profession apprise ou exercée, l'expérience professionnelle, le taux d'occupation recherché, le lieu de l'emploi et d'autres encore ».

<sup>105</sup> Expression utilisée par la professeure VÉRONIQUE BOILLET, dans son exposé à l'occasion des 13<sup>èmes</sup> journées suisses du droit de la migration, des 31 août et 1<sup>er</sup> septembre 2017, à l'Université de Berne (exposé intitulé : La préférence indigène light : coquille vide ou pomme de discorde ?).

## 4.2. La conformité de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution avec le texte de la disposition constitutionnelle

[Rz 58] Cela nous amène à la question de la conformité de la mise en œuvre de l'article 121a avec le texte constitutionnel lui-même. Il n'est pas besoin d'être juriste pour s'apercevoir, en comparant le texte de l'article 121a de la Constitution issu de la votation sur l'initiative populaire et la mesure-phare de sa mise en œuvre (la « préférence indigène light », à savoir l'embargo de cinq jours sur les informations relatives aux postes vacants pour les demandeuses et demandeurs d'emplois indigènes), que la solution retenue par le législateur fédéral n'est guère fidèle à la lettre du nouvel article constitutionnel. En effet, pour les raisons déjà évoquées, aucun contingentement ni aucun plafonnement n'a été décidé s'agissant des personnes ressortissant de l'UE/AELE (les personnes ressortissant d'Etats tiers étant déjà, sauf régimes dérogatoires, concernées par un contingentement), même sous la forme d'une éventuelle clause de sauvegarde. On est donc assez éloigné du texte de l'article 121a de la Constitution et, sans doute, de la volonté de ses promoteurs. La solution dite de la « préférence indigène light » n'est à l'évidence pas identique à l'idée de « plafonds » et de « contingents » qui ressort du texte de l'initiative.

[Rz 59] On pourrait bien arguer, comme le Conseil fédéral l'a fait, que la mise en œuvre de l'article 121a telle que prévue par la loi adoptée le 16 décembre 2016 est néanmoins conforme à l'*esprit* du nouvel article constitutionnel, à savoir que les mesures visant la mise à profit de la main-d'œuvre indigène auront pour conséquence une réduction du nombre d'étrangers désirant immigrer en Suisse pour y travailler. Il n'en demeure pas moins que cette mise en œuvre reste assez éloignée d'une pleine conformité avec le nouvel article constitutionnel.

[Rz 60] La question qui se pose, dans ce contexte, est dès lors celle de savoir pour quelles raisons – ou, autrement dit, si et comment il est possible et admissible que – le législateur s'écarte ainsi d'un texte constitutionnel adopté par le peuple et les cantons, c'est-à-dire le « souverain ».

[Rz 61] La raison principale de cet écart est que le texte constitutionnel en question, l'article 121a de la Constitution, est lui-même en dissonance avec d'autres dispositions de la Constitution, comme par exemple l'article 5, al. 4, qui dispose que « [l]a Confédération et les cantons respectent le droit international », mais aussi et surtout en contradiction manifeste avec le droit international, en particulier avec l'ALCP avec l'UE et l'Annexe K à la Convention relative à l'AELE. C'est du reste ce que l'UE a clairement fait savoir au Conseil fédéral, en juillet 2014, suite à la demande de celui-ci de renégocier l'ALCP du fait de l'acceptation de l'initiative (voir ci-dessus, 2.2.1).

[Rz 62] C'est aussi ce que le Tribunal fédéral a jugé, dans son arrêt – fort discuté – du 26 novembre 2015, publié aux ATF 142 II 35<sup>106</sup>, où il a considéré, dans un passage que certains auteurs qualifient d'*obiter dictum*<sup>107</sup>, que les dispositions du nouvel article 121a Constitution pourraient devoir céder le pas devant les règles de l'ALCP. On rappellera à cet égard que cet arrêt s'inscrit dans la foulée de l'arrêt, lui aussi abondamment discuté, du 12 octobre 2012<sup>108</sup>, qui concernait

---

<sup>106</sup> ATF 142 II 35, A.A. und B.A. gegen Migrationsamt und Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, du 26 novembre 2015. Pour un commentaire de l'arrêt, et sur les discussions auxquelles il a donné lieu, cf. notamment ASTRID EPINEY, *Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalem Recht*, in : Jusletter 14 mars 2016 ; ANDREAS GLASER / ARTHUR BRUNNER, *Politik in der Defensive : Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGh-Rechtsprechung*, in : Jusletter 18 avril 2016.

<sup>107</sup> La question est controversée : voir ci-dessous, la note 110.

<sup>108</sup> ATF 139 I 16, X. gegen Migrationsamt und Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, du 12 octobre 2012. Pour des commentaires de l'arrêt, cf. notamment YVO HANGARTNER, *Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, Bemerkungen aus Anlass der Bundesgerichtsurlteile*

pour sa part une autre initiative populaire acceptée par le peuple et les cantons, mais elle aussi problématique au regard du droit international, l'initiative « pour le renvoi des étrangers criminels ». Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait laissé entendre – à titre d'*obiter dictum* – que même si elles étaient directement applicables, ce qu'il a nié, les dispositions des nouveaux alinéas 3 à 6 de l'article 121 de la Constitution issus de l'initiative « pour le renvoi des étrangers criminels » pourraient ne pas l'emporter sur le droit international garantissant des droits fondamentaux de la personne humaine, en particulier sur la Convention européenne des droits de l'homme (principe de la primauté du droit international des droits humains même sur le droit constitutionnel postérieur). Or, dans l'ATF 142 II 35, le Tribunal fédéral a étendu cette jurisprudence, et ce principe de la primauté du droit international des droits humains, même sur le droit constitutionnel postérieur, à l'ALCP (qu'il a considéré, en quelque sorte, comme un traité garantissant des droits de la personne humaine).

[Rz 63] Dans les deux arrêts évoqués, le Tribunal fédéral a donc indiqué que des traités internationaux garantissant des droits fondamentaux de la personne humaine pouvaient ou pourraient l'emporter et avoir la primauté même sur des dispositions constitutionnelles postérieures. Dans la doctrine, certains auteurs estiment que ces deux arrêts doivent être approuvés mais qu'ils ne doivent pas non plus être interprétés comme signifiant une règle de primauté absolue et générale en faveur du droit international sur le droit interne constitutionnel. En effet, il ne faut pas oublier, selon ces mêmes auteurs, que ces deux arrêts concernent des traités particulièrement importants, la CEDH et l'ALCP, qui bénéficient tous deux d'une assise institutionnelle spécifique<sup>109</sup>. Sans qu'on puisse toutefois dire qu'elle est consolidée, la jurisprudence en question, qui se fonde sur deux arrêts – voire deux *obiter dicta*<sup>110</sup> –, laisse donc entendre que le droit international, notamment des traités garantissant de tels droits fondamentaux, pourrait primer même sur des dispositions constitutionnelles.

[Rz 64] Ces arrêts peuvent cependant être considérés, à certains égards, comme des appels<sup>111</sup> au législateur, à qui il incombe de mettre en œuvre de telles initiatives, *a priori* incompatibles avec certains traités internationaux ratifiés par la Suisse : appel à mettre en œuvre de telles initiatives de manière la plus compatible possible avec les textes internationaux, de manière à éviter (au Tribunal fédéral) de devoir déclarer les dispositions de ces initiatives contraires au droit international supérieur.

---

vom 12. Oktober 2012, in : AJP/PJA 2013, p. 698 ss. ; ASTRID EPINEY, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, in : Jusletter 18 mars 2013 ; aussi, plus critique, en particulier sur le plan méthodologique, GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EM-RK, Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C\_828/2011 (= BGE 139 I 16) vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV), in : ZBl 2013, p. 316 ss.

<sup>109</sup> Voir notamment HELEN KELLER/NATALIE BALAZS-HEGEDÜS, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht, in : AJP/PJA 2016, p. 712 ss., p. 718.

<sup>110</sup> Voir KELLER/BALAZS-HEGEDÜS, citées (note 109), p. 718 (« Die Ausführungen in den beiden Entscheidungen stellen zwar nur *obiter dicta* dar ; dem Bundesgericht ist aber im Grundsatz zuzustimmen »). La qualification d'*obiter dictum* est cependant discutée, pour les deux arrêts : cf. notamment HANGARTNER, cité (note 108), p. 699, ainsi que BIAGGINI, cité (note 108), pp. 318 et 323–325, qui relève qu'il s'agissait en l'occurrence, dans l'ATF 139 I 16, d'un *obiter dictum* de type assez particulier, ainsi que, surtout, GIUSEP NAY, Vorrang Völkerrecht : kein *obiter dictum*, kein Meinungsaustrausch, in : Jusletter 18 avril 2016 ; cf. aussi sur le caractère d'*obiter dictum* des considérations du Tribunal fédéral sur la relation entre droit national et droit international dans l'ATF 142 II 35, EPINEY, citée (note 106), n<sup>os</sup> 13 à 16, pp. 7-9.

<sup>111</sup> En ce sens, pour l'ATF 139 I 16, BIAGGINI, cité (note 108), p. 3 ; cf. aussi NAY, cité (note 110), n<sup>o</sup> 14, p. 5.

[Rz 65] On peut du reste estimer que l'appel a été entendu par le législateur, puisque l'Assemblée fédérale s'est elle aussi inspirée, dans sa pratique récente, et par deux fois, de l'idée d'une primauté du droit international sur le droit constitutionnel interne, même postérieur. Elle n'a en effet pas reconnu à celui-ci une priorité générale et absolue sur le droit international, en ne concrétisant pas pleinement, ou pas à l'échelle 1:1, des initiatives populaires contraires au droit international. Elle l'a fait, tout d'abord, dans sa décision relative à la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels, où elle a tenu compte de la CEDH<sup>112</sup>. Elle l'a fait aussi, pour le sujet qui nous intéresse ici, et comme on l'a vu, en ne mettant pas en œuvre à l'échelle 1:1 l'initiative contre l'immigration de masse, pour tenir compte de l'ALCP<sup>113</sup>.

[Rz 66] Faut-il y voir une « violation de la démocratie directe » ou une « violation de la volonté populaire », qui prive le peuple de son « droit d'avoir le dernier mot », comme certains milieux le prétendent ? Milieux qui, pour contrecarrer cette évolution, ont d'ailleurs lancé une nouvelle initiative populaire, l'initiative « Le droit suisse au lieu des juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », qui a pour but de (re)placer la Constitution fédérale au-dessus du droit international et de redonner « le dernier mot » au peuple (et non au juge)<sup>114115</sup>.

[Rz 67] Ou faut-il au contraire admettre, avec certains auteurs<sup>116</sup>, que l'inapplicabilité de certaines initiatives est le prix à payer, pour la démocratie directe – et compte tenu de l'absence de limites matérielles à la révision de la Constitution autres que les règles impératives du droit international –, à vouloir proposer des révisions constitutionnelles allant à l'encontre du droit international (non impératif), du moins sans (oser) demander clairement la résiliation des traités en cause. A notre sens, le principe *pacta sunt servanda*, codifié par la Convention de Vienne sur le droit des traités que la Suisse a ratifiée<sup>117</sup>, présuppose que l'on admette la validité du droit international auquel le pays a souscrit tant que celui-ci n'a pas été résilié ; que l'on admette en conséquence que tant qu'un traité international n'a pas été dénoncé, il reste valable et peut, potentiellement, s'opposer à l'application du droit interne, même postérieur et issu d'une initiative populaire. S'il ne veut plus de ce traité, le souverain peut – par la voie de l'initiative populaire, le cas échéant – en demander ou en proposer la dénonciation, de manière claire et explicite, de façon à permettre l'expression fidèle et sûre de la volonté populaire, et non pas de manière déguisée ou cachée dans une autre revendication, au mépris notamment du principe de l'unité de la matière.

[Rz 68] C'est du reste ainsi que les mêmes milieux l'ont compris, en lançant, tout récemment, le 16 janvier 2018, une nouvelle initiative populaire, intitulée « pour une immigration modérée (initiative de limitation) », qui a pour but et pour objet d'abolir la libre circulation des personnes,

---

<sup>112</sup> Voir la Modification du code pénal et du code pénal militaire, du 20 mars 2015 (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 de la Constitution, relatif au renvoi des étrangers criminels), RO 2016 2329 2344, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 (nouvel article 66a al. 2 CP, RS 311.0, clause dite de rigueur).

<sup>113</sup> Voir aussi, pour ces deux exemples, auquel le Conseil fédéral se réfère lui aussi, le Message relatif à l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu des juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) », FF 2017 5027 5080, p. 5045, ch. 4.2.4.

<sup>114</sup> L'initiative populaire « Le droit suisse au lieu des juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) » a été lancée formellement par l'UDC en février 2015 (FF 2015 1831 1834) et déposée le 12 août 2016 (avec 116 428 signatures valables ; FF 2016 6871 6872). Le Conseil fédéral a publié son message en juillet 2017 (voir la note précédente) et les Chambres fédérales ont traité l'initiative au printemps (Conseil des Etats) et en été 2018 (Conseil national) et elle sera soumise au vote le 25 novembre 2018).

<sup>115</sup> On rappellera encore qu'une autre réponse aurait pu être de revenir sur le vote même de l'initiative : c'est ce que proposait une autre initiative populaire, l'initiative RASA (« Raus aus dem Sackgasse »), voir notes 56 et 57.

<sup>116</sup> Voir notamment EPINEY, citée (note 49), pp. 60–61.

<sup>117</sup> Conclue à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990, RS 0.111.

en proposant la dénonciation, concertée ou unilatérale, de l'ALCP qui lie la Suisse avec l'UE et ses Etats membres, dans les douze mois suivant l'acceptation de l'initiative<sup>118</sup>.

#### **4.3. La conformité de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution avec les accords de libre circulation des personnes**

[Rz 69] L'autre question qu'on peut se poser au regard de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution telle qu'adoptée par le législateur est celle de sa compatibilité avec les accords relatifs à la libre circulation des personnes, en particulier avec l'ALCP. L'analyse de la compatibilité de la « préférence indigène light » à cet Accord réalisée par les professeurs Véronique Boillet et Francesco Maiani révèle que la solution adoptée par les Chambres fédérales le 16 décembre 2016 n'est pas entièrement conforme à celui-ci. En effet, le fait de restreindre, même pendant un temps très limité, l'information relative aux postes vacants dans certains genres de profession aux personnes inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse équivaut à une condition de résidence. Or, cette condition de résidence constitue de manière indirecte une discrimination fondée sur la nationalité, car elle est beaucoup plus facilement remplie par des nationaux que par les ressortissants des autres parties contractantes de l'Accord<sup>119</sup>. Par ailleurs, cette discrimination ne se justifie pas par des motifs objectifs prévus par l'Accord, mais par des motifs économiques intérieurs qui ne sont pas conformes à celui-ci<sup>120</sup>. Cependant, comme le relèvent ces auteurs, la solution de mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution est beaucoup plus euro-compatible, ou beaucoup moins euro-incompatible, que la lettre du nouvel article constitutionnel et la mise en œuvre envisagée dans un premier temps. Dès lors, l'onde de choc devrait finalement être minime, sur les plans politique et juridique, entre l'UE et la Suisse<sup>121</sup>, sous réserve de l'accueil qui sera donné par le peuple et les cantons suisses à la nouvelle initiative populaire officiellement lancée le 16 janvier 2018 par l'Union démocratique du centre, l'initiative « pour une immigration modérée », dont il a déjà été question plus haut (ci-dessus, 4.2), Rz 68).

[Rz 70] Cependant, il nous semble qu'il faille relativiser encore davantage cette incompatibilité de la mise en œuvre de l'article 121a à l'ALCP, à la lumière, une nouvelle fois, du principe du recrutement prioritaire des personnes ressortissant de l'UE/AELE vis-à-vis de celles ressortissant d'Etats tiers. En effet, bien que les personnes ressortissant de l'UE/AELE en quête d'emploi mais qui ne sont pas inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse (bien qu'elles aient le droit de séjourner en Suisse pendant six mois pour chercher un emploi et bénéficier des mêmes services par les bureaux d'emploi que les nationaux<sup>122</sup>) n'ont pas accès pendant cinq jours aux informations relatives aux postes vacants dans certains genres de professions, le principe du recrutement prioritaire (des indigènes et) des ressortissants de l'UE/AELE reste toujours applicable. Cela signifie qu'après les cinq jours ouvrables d'embargo, l'employeuse ou l'employeur doit entreprendre toutes les démarches nécessaires pour recruter une personne de l'espace UE/AELE n'étant pas encore résidente sur le sol suisse. Cela passe notamment par la publication de l'offre d'emploi

---

<sup>118</sup> Pour le texte de l'initiative, voir FF 2018 106 109 (examen préliminaire).

<sup>119</sup> BOILLET/MAIANI, cités (note 54), pp. 73–74.

<sup>120</sup> BOILLET/MAIANI, cités (note 54), pp. 73–74.

<sup>121</sup> BOILLET/MAIANI, cités (note 54), pp. 7577.

<sup>122</sup> Article 2 al. 1, 2<sup>e</sup> par. Annexe I, ALCP ; article 18 Ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP ; RS 142.203).

dans le système EURES (qui permet de rendre vraisemblable les efforts déployés par l'employeuse ou l'employeur pour recruter dans l'espace UE/AELE vis-à-vis des ressortissants d'Etats tiers). Il semble donc, au final, que la discrimination indirecte est encore relativisée par le maintien, voire la réaffirmation au moment d'élaborer une solution de mise en œuvre de l'article 121a euro-compatible, du principe de recrutement prioritaire des personnes ressortissant de l'UE/AELE.

## 5. Conclusions

[Rz 71] Il ressort de notre analyse que la mesure annoncée comme étant la mesure-pharse de la mise en œuvre de l'article 121a de la Constitution par le législateur, à savoir la « préférence indigène allégée », n'est pas aussi révolutionnaire ou imposante, dans le *droit du travail*, qu'elle n'en a l'air à première vue. En effet, il existe ou existait déjà une obligation d'annonce des postes vacants dans le droit antérieur au 1<sup>er</sup> juillet 2018. En outre, il n'est pas certain – mais seul l'avenir pourra en dire plus sur ce point – que le contrôle du respect des nouvelles obligations imposées aux entreprises dans ce contexte pourra véritablement être, ou sera, très incisif et assuré.

[Rz 72] Au contraire, les autres mesures de mise en œuvre du nouvel article constitutionnel, qui concernent l'accès au marché du travail pour les personnes relevant du domaine de l'asile, opèrent, elles, une petite révolution *en droit des étrangers*, en ce sens qu'elles élargissent l'accès au marché du travail pour plusieurs catégories de personnes relevant du domaine de l'asile qui, jusque-là, se voyaient privées d'un tel droit d'accès à une activité économique, propre à favoriser leur intégration dans le pays d'accueil. Ce résultat est plutôt paradoxal compte tenu de l'origine de l'initiative, mais sans doute bénéfique en termes d'ouverture du droit des étrangers.

---

ANNE-LAURENCE GRAF, docteure en droit, collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains, domaine thématique migration, Université de Neuchâtel.

PASCAL MAHON, Professeur de droit constitutionnel suisse et comparé à l'Université de Neuchâtel, membre du Directoire du Centre suisse de compétence pour les droits humains.

La présente contribution est tirée d'une conférence donnée par les auteurs lors de la Journée annuelle du Centre d'étude des relations de travail de l'Université de Neuchâtel, le 23 mars 2018. Elle s'inscrit par ailleurs dans le cadre du nouvel axe de recherche « droits fondamentaux au travail » du domaine thématique migration du Centre suisse de compétence pour les droits humains : <http://www.skmr.ch/frz/axes/droits-fondamentaux-au-travail/index.html>.