

## RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

### à l'interpellation Philippe Ducommun, pourquoi le Département vaudois de la formation, de la jeunesse et de la culture soutient-il une violation des lois sur le travail ?

#### **Rappel de l'interpellation**

*En date du 17 février 2010, la Ville de Lausanne a fait savoir, lors d'une conférence de presse, qu'elle avait l'intention d'offrir une formation professionnelle aux jeunes sans-papiers, prétextant que les portes de l'école et du gymnase leur sont ouvertes. Selon la très large majorité de gauche à la tête de cette ville, la municipalité veut ainsi favoriser l'accès de ces mineurs à une formation professionnelle, qu'ils restent en Suisse ou qu'ils repartent un jour, contraints ou non.*

*Le communiqué faisant suite à la conférence précitée, nous apprend de manière surprenante que les autorités cantonales chargées de l'éducation sont favorables à cette démarche. Par contre lors de plusieurs prises de position dans les médias, le chef du Département de l'intérieur a fait savoir que la démarche des autorités exécutives de la Ville de Lausanne ne s'inscrivait dans aucune base légale et que ses services entendaient dénoncer cette situation.*

*Aujourd'hui déjà, des enfants de clandestins ou de sans-papiers se retrouvent sur les bancs de nos écoles. D'autres poursuivent leurs études et suivent les cours dispensés par nos gymnases ou notre université.*

#### **Questions aux Conseil d'Etat:**

- 1. L'Etat de Vaud a-t-il été informé des démarches de la Ville de Lausanne, une analyse juridique sérieuse auprès du canton a-t-elle prévalu avant la mise en consultation de ce préavis qui invite la Ville de Lausanne à sortir des voies légales ?*
- 2. A la suite des propos de deux de ses représentants, le Conseil d'Etat est prié de donner son appréciation dans cette affaire. Est-il favorable à l'engagement d'apprentis clandestins ou sans-papiers par la Ville de Lausanne ou d'autres employeurs dans le canton de Vaud ?*
- 3. Le Conseil d'Etat en sa qualité d'autorité de surveillance des communes entend-il intervenir dans la gestion du dossier de l'offre de places d'apprentissage de la Ville de Lausanne à des jeunes clandestins ou sans-papiers ?*
- 4. Au besoin, si la Ville de Lausanne poursuit dans la mise en œuvre de son projet illégal, les autorités politiques vaudoises vont-elles procéder à une dénonciation ? En acceptant ce projet, quels risques encourent les membres de la municipalité et du Conseil communal de Lausanne ?*
- 5. Actuellement, combien de clandestins ou sans-papiers suivent-ils l'enseignement dans les gymnases vaudois ou à l'université et quels sont les coûts induits pour l'Etat dans la prise en charge de la formation des clandestins ?*

6. *Durant ces cinq dernières années, l'Etat de Vaud a-t-il attribué des bourses d'études, ou d'autres formes d'aides, à des jeunes clandestins ou sans-papiers ? Si cela devait être le cas, quel est le montant de ces différents soutiens ?*

*Souhaite développer.*

## **1 REMARQUES PRÉLIMINAIRES**

En premier lieu, le Conseil d'Etat tient à rappeler que la législation touchant le domaine de la migration est du ressort de la Confédération. En effet, l'article 121 alinéa 1 de la Constitution suisse stipule que *"La législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération."*. Ainsi, les lois qui en découlent comme la loi sur les étrangers (LEtr) et la loi sur l'asile (LAsi) sont de compétence fédérale. Dans ce cadre, l'accès à l'apprentissage pour des migrants sans autorisation de séjour relève de la LEtr. Cette loi fédérale épuise la matière et les cantons n'ont plus la compétence de légiférer dans ce domaine.

Dès la connaissance du *"rapport-préavis n° 2010/9 du 10 février 2010 de la Municipalité de Lausanne sur l'accès à la formation obligatoire pour les migrants sans autorisation de séjour"*, le Chef du Département de l'intérieur (DINT) a demandé un avis au Service juridique et législatif (SJL). Les conclusions sont les suivantes :

*"A la lumière des développements qui précèdent, le projet de décision de la Ville de Lausanne d'engager des apprentis d'origine étrangère dépourvus d'autorisation de séjour est contraire au droit fédéral."*

*En outre, au vu notamment de la jurisprudence et de la doctrine dans ce domaine, l'art.28 al. 1 litt. b de la Convention relative aux droits de l'enfant, invoqué par le projet de décision pour justifier son entorse au droit fédéral, n'est pas directement applicable et ne peut donc pas valider la position de la Ville de Lausanne sans passer par une modification préalable de la législation suisse.*

*De plus, une violation du principe de l'égalité de traitement ne peut être invoquée dans ce dossier.*

*Par conséquent, la Ville de Lausanne – par sa Municipalité ou ses services – ne peut pas s'abstenir de faire une demande d'autorisation auprès des services cantonaux. Il revient à ces derniers soit d'accorder l'autorisation ou de la refuser en application des règles ordinaires d'admission de la législation fédérale sur les étrangers. Cas échéant et sur proposition de l'autorité cantonale, l'autorité fédérale peut être amenée à procéder à un examen de l'existence d'un cas de dérogation ou d'admission provisoire et à se prononcer sur l'octroi – respectivement le refus – d'une autorisation relevant exclusivement de sa compétence. Si elle venait à ne pas respecter ces règles et les procédures qu'elles instaurent, la Ville de Lausanne, par ses organes et leurs responsables, s'exposerait aux sanctions administratives et pénales prévues par la loi."*

## **2 RÉPONSES AUX QUESTIONS**

**Question 1:** *L'Etat de Vaud a-t-il été informé des démarches de la Ville de Lausanne, une analyse juridique sérieuse auprès du canton a-t-elle prévalu avant la mise en consultation de ce préavis qui invite la Ville de Lausanne à sortir des voies légales ?*

**Réponse:** L'Etat de Vaud n'a pas été informé des démarches de la Ville de Lausanne. Elle a eu connaissance du rapport dans le cadre de la conférence de presse organisée le 17 février 2010 par la Municipalité lausannoise. Comme déjà évoqué, une analyse juridique a été demandée par le Chef du DINT dès la connaissance du texte.

**Question 2 :** *A la suite des propos de deux de ses représentants, le Conseil d'Etat est prié de donner son appréciation dans cette affaire. Est-il favorable à l'engagement d'apprentis clandestins ou sans-papiers par la Ville de Lausanne ou d'autres employeurs dans le canton de Vaud ?*

**Réponse:** Comme le relève l'avis de droit, le projet de décision de la Ville de Lausanne d'engager des apprentis d'origine étrangère dépourvus d'autorisation de séjour est contraire au droit fédéral. En effet, en l'état de la législation, un apprenti est considéré comme un travailleur. A ce titre, il doit disposer d'une autorisation lui permettant d'exercer cette activité auprès de son employeur. L'art. 11 LETr dispose que tout étranger qui entend exercer une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation quelle que soit la durée du séjour.

Ainsi, le Conseil d'Etat n'entend pas soutenir une proposition qui est contraire au droit fédéral. Par contre, le Gouvernement vaudois, conscient des problématiques liées à la clandestinité, notamment auprès des mineurs, a rencontré une délégation de la Municipalité de Lausanne pour évoquer ce dossier. D'autres rencontres sont prévues. Toutes solutions respectant le droit fédéral seront étudiées et évaluées.

**Question 3:** *Le Conseil d'Etat en sa qualité d'autorité de surveillance des communes entend-il intervenir dans la gestion du dossier de l'offre de places d'apprentissage de la Ville de Lausanne à des jeunes clandestins ou sans-papiers ?*

L'Etat veille à ce que les communes s'administrent de manière conforme à la loi (art. 137 al. 1 LC). Le pouvoir de surveillance est exercé par le Conseil d'Etat, par le département en charge des relations avec les communes, par les préfets et par les autres autorités désignées par les lois spéciales (art. 138 LC). Le Conseil d'Etat est l'autorité suprême de surveillance (art. 139 al. 1 LC), il est compétent dans tous les cas où la loi ne prévoit pas l'intervention d'une autre autorité (art. 139 al. 2 LC).

Le Conseil d'Etat dispose de plusieurs instruments juridiques pour annuler une décision municipale illégale ou pour imposer à une commune le respect des dispositions légales:

A) Annulation des décisions prises par une autorité communale

A teneur de l'article 146 LC, Conseil d'Etat peut, " *d'office ou à la requête du préfet ou du département intéressé(...) annuler pour illégalité toute décision d'une autorité communale prise en vertu de ses attributions de droit public et qui ne peut être portée devant une autorité spéciale de recours*", c'est-à-dire tout acte exécutoire tendant à produire des effets juridiques dans un cas d'espèce. Il résulte de ce qui précède que le Conseil d'Etat peut d'office ou sur signalement du préfet, d'un membre d'une autorité communale ou d'un simple citoyen annuler la décision qui serait prise par le Conseil communal ou la Municipalité de Lausanne tendant à formaliser l'engagement au sein de l'administration communale de personnes dépourvues d'autorisation de séjour ou d'établissement valable. En principe, le Conseil d'Etat doit statuer dans les vingt jours dès l'entrée en vigueur de la décision litigieuse.

B) Mise sous régie

La mise sous régie, mesure prévue par les articles 150 et suivants LC, suppose la réalisation de deux conditions cumulatives, à savoir un résultat d'une certaine gravité et une faute, mais également la notification d'un avertissement préalable adressé par l'autorité cantonale de surveillance.

Dans le cas d'espèce, l'autorité exécutive n'a pas pris formellement de décision, mais a seulement adopté un préavis concernant un rapport destiné à être soumis au conseil communal et répondant à une motion déposée par certains de ses membres. Dans ces conditions, aucune décision n'a été prise et, partant, aucun engagement n'a été formalisé. Nous nous trouvons plutôt dans une situation proche d'un acte préparatoire. Or, en matière de législation sur les étrangers, le seul fait d'annoncer un comportement contraire au droit n'est pas en soi punissable, seul l'emploi effectif d'étrangers dépourvus d'autorisation à exercer une activité lucrative est passible d'une sanction (art. 117 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers LETr RS 142.20). Au surplus, il convient de rappeler que cette procédure constitue une *ultima ratio* et que d'autres mesures moins incisives sont

possibles, comme, par exemple, l'annulation d'une éventuelle décision municipale entérinant l'engagement de personnes dépourvues de titres *ad hoc*, fondée sur l'art. 146 LC (voir ci-dessus) ou l'avertissement selon l'art. 140 LC (voir ci-après).

#### C) Dénonciation à l'autorité pénale

Le simple fait d'annoncer l'engagement de personnes dépourvues d'autorisation valable de séjour ou d'établissement n'est pas encore punissable sous l'angle de l'art. 117 al. 1 LETr. Seule la tentative, par exemple en adoptant une décision de principe, ou l'engagement effectif de telles personnes serait passible de sanction. Dans une telle hypothèse, il existerait des indices concrets d'une violation d'une disposition de droit pénal, de sorte que le Conseil d'Etat pourrait signaler le cas à l'autorité de poursuite et de répression pénale.

#### D) Avertissement

A teneur de l'art. 140 al. 2 LC, le Chef du département en charge des relations avec les communes peut adresser aux autorités communales des recommandations ou des avertissements. La notification d'un avertissement serait possible en cas de condamnation de la Municipalité de Lausanne. En revanche en l'absence d'un jugement pénal condamatoire, seule la recommandation pourrait entrer en ligne de compte.

#### E) Conclusion

Ceci dit, le Conseil d'Etat, comme déjà expliqué, privilégie la discussion avec la Municipalité de Lausanne. Il a bon espoir de trouver une solution légale qui prendra en compte les préoccupations du chef lieu du canton dans ce domaine sans en arriver aux instruments développés ci-dessus.

**Question 4 :** *Au besoin, si la Ville de Lausanne poursuit dans la mise en oeuvre de son projet illégal, les autorités politiques vaudoises vont-elles procéder à une dénonciation ? En acceptant ce projet, quels risques encourent les membres de la municipalité et du Conseil communal de Lausanne ?*

**Réponse :** Comme déjà évoqué, la Municipalité de Lausanne et le Conseil d'Etat cherchent des solutions respectant la législation fédérale. Ceci dit, si l'exécutif de la Ville de Lausanne maintenait sa proposition d'engager des apprentis d'origine étrangère dépourvus d'autorisation de séjour, elle serait traitée comme n'importe quel employeur. L'art. 122 LETr prévoit que " *si un employeur enfreint la loi de manière répétée, l'autorité compétente peut rejeter entièrement ou partiellement ses demandes d'admission de travailleurs étrangers, à moins que ceux-ci aient un droit à l'autorisation*". L'art. 117 al. 1 LETr stipule quant à lui que " *quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, (...) est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée*".

Cette infraction est également visée par la loi fédérale luttant contre le travail au noir (LTN). Selon l'art. 6 de cette législation, l'organe de contrôle cantonal – en l'occurrence le Service de l'emploi (SDE) – examine le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation conformément au droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. Une fois constaté, le délit est dénoncé aux autorités compétentes qui appliquent les sanctions et mesures administratives selon les dispositions du domaine considéré (art. 10 LTN). Par ailleurs, en vertu de l'art. 7 de l'ordonnance fédérale du 6 septembre 2006 concernant des mesures de lutte contre le travail au noir ("ordonnance sur le travail au noir" - OTN RS822.411), fondé sur l'art. 16, al. 1 LTN, en cas de constat d'infraction aux obligations citées à l'art. 6 LTN, l'autorité cantonale facture également des émoluments aux employeurs concernés afin de financer le contrôle.

De même, si un employeur entendait soustraire la prise d'emploi à la qualification d'activité lucrative en ne rémunérant pas ses apprentis, il pourrait se voir reprocher une infraction aggravée du fait de la

violation de l'art 22 LEtr, qui stipule " *qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche*". Il s'agirait en outre d'un cas de dumping social et salarial et la Commission d'apprentissage pourrait refuser de donner son aval à la conclusion d'un tel contrat d'apprentissage.

Au vu de ce qui précède, si le projet de décision de la Ville de Lausanne venait à être appliqué, il contreviendrait clairement à plusieurs dispositions du droit fédéral. De plus, dans la mesure où il s'agirait alors de travail au noir, le SDE disposerait des compétences pour intervenir en vue de faire appliquer les dispositions idoines de la LTN et de la LEtr et pour dénoncer pénalement l'employeur concerné.

Au surplus, l'art. 41 de la loi du 18 décembre 2007 d'application dans le canton de Vaud de la législation fédérale sur les étrangers (LVLEtr RSV 142.11) précise, sous le titre "*devoir de dénoncer*", que "*lorsqu'une infraction à la LEtr vient à leur connaissance, le syndic et les préposés aux bureaux communaux de contrôle des habitants sont tenus de la signaler au juge d'instruction conformément à l'article 77 de la loi sur les communes (LC)*". Il en résulte, en l'occurrence, qu'en cas de mise en œuvre du projet de décision, le syndic devrait dénoncer au juge d'instruction la ou les infractions commises par la Ville de Lausanne par le fait d'employer des personnes étrangères dépourvues des autorisations nécessaires selon les dispositions légales décrites plus haut.

**Question 5:** *Actuellement, combien de clandestins ou sans-papiers suivent-ils l'enseignement dans les gymnases vaudois ou à l'université et quels sont les coûts induits pour l'Etat dans la prise en charge de la formation des clandestins ?*

**Réponse :** La loi vaudoise sur l'enseignement secondaire supérieur (LESS) précise les conditions d'admission dans les gymnases et les écoles de culture générale de la Direction générale de l'enseignement postobligatoire (DGEP). Toute personne qui remplit ces conditions est admise dans les filières de ces établissements indépendamment de tout autre critère ne figurant pas dans ladite loi. Par ailleurs, il n'y a dans les dossiers des élèves que les informations prévues par la loi et les règlements à l'exclusion de toute autre donnée personnelle qui ne serait pas en relation avec les besoins de la formation. Dès lors il n'est pas possible en l'état d'identifier les éventuels élèves du secondaire II qui ne disposeraient pas de titres de séjour et a fortiori de les dénombrer. Il en est de même pour les écoles de métiers à plein temps et à l'UNIL. Pour ce qui concerne les apprentis duals de la DGEP, leur statut relève de la législation sur le travail et du code des obligations (CO). Dès lors, les maîtres d'apprentissage, qui sont en fait des employeurs ordinaires, ne sont pas en mesure de signer des contrats d'apprentissage (contrat de travail) avec les personnes ne disposant pas des autorisations et documents requis par les lois fédérales et cantonales. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas possible de quantifier les coûts de formation induits par les éventuels clandestins.

Le Service des immatriculations de l'UNIL ne vérifie pas si l'étudiant est ou non pourvu des autorisations ou documents requis par la législation en matière de police des étrangers. Selon la Présidente de la commission des admissions de la Commission des Recteurs des Universités de Suisse (CRUS) aucune université ne le fait. Le dossier d'immatriculation est essentiellement un dossier académique et ce sont uniquement les aspects d'études suivies ainsi que les titres obtenus qui sont vérifiés et qui déterminent l'admissibilité. La directive sur la procédure d'immatriculation à l'UNIL attire en revanche clairement l'attention des candidats aux exigences en matière de permis et visa de séjour : (cf. p. 46), ainsi que de délais pour les obtenir (cf. le chapitre 6).

Par conséquent, il est impossible pour l'UNIL d'estimer le nombre d'étudiants qui ne sont pas en règle en matière de permis de séjour. Toutefois, par divers recoupements, l'UNIL estime que ce nombre doit être extrêmement faible.

**Question 6:** *Durant ces cinq dernières années, l'Etat de Vaud a-t-il attribué des bourses d'études, ou*

*d'autres formes d'aides, à des jeunes clandestins ou sans-papiers ? Si cela devait être le cas, quel est le montant de ces différents soutiens ?*

**Réponse :** Concernant l'octroi de bourses d'études aux personnes dépourvues de permis de séjour, il convient de rappeler que, pour octroyer une bourse, l'office statue sur la base de la loi sur l'aide aux études et à la formation professionnelle (ci-après : LAEF), de son règlement d'application (RLAEF), ainsi que du barème adopté par le Conseil d'Etat.

L'article 1 de ladite loi indique que l'Etat encourage financièrement l'apprentissage et la poursuite des études après le terme de l'obligation scolaire. Par conséquent, seules des formations post-obligatoires peuvent donner lieu à l'octroi d'une bourse.

Outre les conditions matérielles, les personnes qui peuvent bénéficier de l'octroi d'une bourse doivent satisfaire à certaines conditions formelles en termes de nationalité et de domicile et sont définies comme suit par la LAEF :

- les personnes de nationalité suisse ou ressortissantes des Etats membres de l'Union européenne dont les parents sont domiciliés dans le Canton de Vaud (art 11 al. 1 let a LAEF), ou
- les personnes étrangères et non ressortissantes d'un Etat membre de l'Union européenne et apatrides qui résident depuis 5 ans au moins dans le canton de Vaud et sont au bénéfice d'un permis de séjour ou d'une autorisation d'établissement valable (art 11 al. 1 let b LAEF), ou
- les personnes au bénéfice du statut de réfugiés ou d'apatride s'ils ont été assigné dans le Canton de Vaud (art 11 al. 1 let b in fine, art 12 al. 6).

Par conséquent, l'office des bourses ne peut attribuer d'aides à des jeunes clandestins, ceux-ci ne remplissant pas les conditions des art. 11 al. 1 let. a et b et 12 al. 6. En effet, ces jeunes ne sont par définition ni Suisses ni ressortissants de l'UE, ils ne disposent pas d'une autorisation de séjour valable ou ne sont pas au bénéfice du statut de réfugié.

Il convient dès lors de déduire de ces dispositions qu'il n'est pas prévu d'aide pour ces jeunes personnes, sous forme de bourse d'étude, pour leur formation post-obligatoire. Ainsi, en vertu des articles de la LAEF rappelés ci-dessus, l'office des bourses n'a pas la compétence pour attribuer des subventions à de jeunes ressortissants étrangers dépourvus des autorisations et documents requis dans le domaine migratoire.

Ainsi, aucune bourse ni prêt d'études n'ont été attribués à des jeunes clandestins ces cinq dernières années.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 2 juin 2010.

Le président :

*P. Broulis*

Le chancelier :

*V. Grandjean*