

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation François Brélaz relative aux sans-papiers : les directives de l'ODM sont-elles respectées par la Direction générale de l'enseignement post-obligatoire ?

Rappel de l'interpellation

Suite à la décision de la Municipalité de Lausanne d'engager des apprentis sans-papiers, j'ai demandé quelques renseignements à l'Office des migrations.

Le 8 mars 2010, sous la signature de M. Mario Gattiker, sous-directeur, j'ai reçu la réponse suivante :

"L'Office fédéral des migrations (ODM) a pris position formellement à plusieurs reprises au sujet de l'accès à l'apprentissage pour les jeunes sans-papiers. Ainsi, les enfants séjournant en Suisse peuvent fréquenter l'école de base, ce quel que soit leur statut juridique. Par contre, l'octroi généralisé d'une autorisation de séjour à tous les jeunes qui demeurent en Suisse sans titre de séjour valable afin de leur permettre de suivre une formation professionnelle ou des études est exclue. Les cantons restent cependant habilités à demander à l'ODM d'octroyer une autorisation de séjour dans des cas individuels d'une extrême gravité (selon l'art 30, al. 1, let. b de la loi fédérale sur les étrangers).

La récente acceptation par le Conseil national de deux motions demandant au Conseil fédéral d'assurer l'accès à la formation professionnelle des jeunes-sans-papiers (motion Barthassat no 08.3616 et Hodgers no 09.4236) n'a pour l'instant pas d'impact sur la position de l'ODM. Si le Conseil des Etats soutient également ces motions, une adaptation des bases légales devra alors être examinée.

Il convient finalement de rappeler aux autorités compétentes dans l'affaire que vous soulevez sont celles de l'administration cantonale (tout particulièrement les services de la population et de l'emploi). Ces services devront intervenir afin d'assurer le respect du droit fédéral si la Municipalité de Lausanne décide d'engager des jeunes apprentis ne disposant pas d'un titre de séjour en cours de validité."

En fonction de la réponse de l'ODM, je me permets de poser les questions suivantes au Conseil d'Etat :

- 1. Dans sa réponse, l'ODM précise que les enfants séjournant en Suisse peuvent fréquenter l'école de base. Or les écoles de métiers à plein temps, les gymnases et les apprentissages en mode dual relèvent de l'enseignement post-obligatoire et ne seraient pas accessibles aux sans-papiers. Quelle interprétation précise fait la DGEP des directives de l'ODM ? (J'insiste surtout concernant l'admission au gymnase, dans la mesure où actuellement les sans-papiers y sont admis.)*
- 2. Il semblerait que jusqu'à ce jour la DGEP ne s'est jamais préoccupée de savoir si les*

personnes qui dépendent de ses services étaient en situation légale ou non. Le Conseil d'Etat envisage-t-il de lui imposer à l'avenir un tel contrôle et ceci dès la prochaine rentrée scolaire ?

3. *Y a-t-il des contacts entre la DGEP et le Service de la population ? Si non, peut-on envisager en créer ?*
4. *Le Conseil d'Etat peut-il me confirmer que si la Municipalité de Lausanne s'entête à vouloir engager illégalement des apprentis sans-papier, la DGEP prendra les mesures nécessaires, voire en avertira l'exécutif cantonal ?*
5. *L'article 30, al. 1, let.b de la loi fédérale sur les étrangers est-il utilisé ?*

Je remercie le Conseil d'Etat pour ses réponses.

Souhaite développer.

1 INTRODUCTION

Le Conseil d'Etat tient tout d'abord à rappeler que l'accès à l'enseignement de base (notamment art. 19 Cst. féd., art. 36 et 46 Cst-VD) est un droit qui ne saurait être nié à un enfant, quand bien même il ne disposerait pas d'un statut légal en Suisse. Au demeurant, comme le relève à juste titre l'auteur de la présente interpellation, cette appréciation est partagée par l'Office fédéral des migrations (ODM). Ce droit se limite toutefois à la durée de la scolarité obligatoire (ATF 125 I 173, ATF 103 Ia 369).

En droit international, la Convention internationale des droits de l'enfant, ratifiée par la Suisse en 1997, reconnaît le droit de l'enfant à l'éducation (art. 28). Ce même droit est énoncé à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il convient toutefois de relever que la Convention internationale des droits de l'enfant ne fonde en revanche pas un droit à une autorisation de séjour (arrêt du Tribunal fédéral du 6 février 1998, 2A.357/1997).

S'agissant de l'apprentissage, une autorisation ne peut être accordée qu'à des ressortissants d'Etats membres de l'UE et de l'AELE. Etant juridiquement assimilé à un travail, l'apprentissage est conditionné à l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail. Comme nous le verrons ci-dessous, la situation des jeunes clandestins est ainsi différente selon qu'ils s'orientent vers une prolongation des études avec une possibilité de scolarisation dans les gymnases ou qu'ils choisissent plutôt une formation professionnelle qu'ils ne pourront juridiquement pas exercer.

Il convient en outre de relever qu'il serait contradictoire de prendre des mesures favorisant l'accès à l'apprentissage de jeunes clandestins alors que, par ailleurs, le Conseil d'Etat a décidé de renforcer son action dans la lutte contre le travail au noir.

Les deux motions déposées au niveau fédéral et demandant au Conseil fédéral d'assurer l'accès à la formation professionnelle des jeunes sans-papiers (motions Barthassat 08.3616 et Hodgers 09.4236) ne changent pour l'instant rien à cette situation. En effet, même si elles étaient finalement acceptées, elles devraient encore être concrétisées au travers d'adaptations du cadre légal applicable (la LEtr et/ou l'OASA).

Dans ce domaine, le Conseil d'Etat a arrêté, lors de la précédente législature déjà, sa politique en matière d'accessibilité des sans-papiers aux différents types de formation. Cette politique basée sur une analyse réfléchie, s'inscrit précisément dans les principes arrêtés et appliqués actuellement par le Conseil d'Etat en matière de politique migratoire : respect strict du cadre légal tout en exploitant les possibilités d'ouverture offertes par le droit fédéral. C'est aussi une politique équilibrée que le Conseil d'Etat poursuit : l'accès de clandestins à l'apprentissage est contraire au droit, il ne sera dès lors pas

toléré ; l'accès aux formations en école ne constitue pas une volonté de la loi, il est donc admis par le Gouvernement.

Le Conseil d'Etat rappelle enfin qu'il a déjà eu l'occasion de prendre position sur une grande partie des questions soulevées par la présente interpellation dans le cadre de sa réponse du 2 juin 2010 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 ? (10_INT_347).

Certains des éléments de la réponse déjà fournie seront donc repris ici.

2 RÉPONSES AUX QUESTIONS

1. Dans sa réponse, l'ODM précise que les enfants séjournant en Suisse peuvent fréquenter l'école de base. Or les écoles de métiers à plein temps, les gymnases et les apprentissages en mode dual relèvent de l'enseignement post-obligatoire et ne seraient pas accessibles aux sans-papiers. Quelle interprétation précise fait la DGEP des directives de l'ODM ? (J'insiste surtout concernant l'admission au gymnase, dans la mesure où actuellement les sans-papiers y sont admis.)

Comme indiqué dans l'introduction à la présente réponse, l'accès à l'enseignement est une question constitutionnelle qui ne relève donc pas de simples directives de l'ODM. Par ailleurs, 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.

Or, cette loi ne pose aucune exigence quant à la détention d'un titre de séjour valable.

2. Il semblerait que jusqu'à ce jour la DGEP ne s'est jamais préoccupée de savoir si les personnes qui dépendent de ses services étaient en situation légale ou non. Le Conseil d'Etat envisage-t-il de lui imposer à l'avenir un tel contrôle et ceci dès la prochaine rentrée scolaire ?

Au sujet de cette question, le Conseil d'Etat souhaite rappeler que ni la LESS, ni la LVFPr (Loi vaudoise sur la formation professionnelle) n'exigent de la DGEP quelque vérification que ce soit concernant le statut légal des élèves candidats aux filières gymnasiales et aux écoles de métiers. Le Conseil d'Etat n'entend donc pas imposer à la DGEP la mise en place d'un contrôle autre que ceux pratiqués jusqu'à présent.

3. Y a-t-il des contacts entre la DGEP et le Service de la population ? Si non, peut-on envisager en créer ?

Non, il n'existe pas de contacts particuliers entre la DGEP et le Service de la population (SPOP) ; le Conseil d'Etat n'envisage pas d'en créer, compte tenu de la position qu'il a décidé d'adopter en la matière (voir réponse à la question 2).

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 titre de séjour et à fortiori de les signaler au SPOP. Il en va de même pour les écoles de métiers à plein temps et l'UNIL.

4. Le Conseil d'Etat peut-il me confirmer que si la Municipalité de Lausanne s'entête à vouloir engager illégalement des apprentis sans-papier, la DGEP prendra les mesures nécessaires, voire en avertira l'exécutif cantonal ?

Pour ce qui concerne les apprentis du système dual, 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 (contrats de travail) avec les personnes ne disposant pas des autorisations et documents requis par les lois fédérales et cantonales.

Le Conseil d'Etat rappelle également que les bases légales applicables n'exigent de la DGEP quelque vérification que ce soit concernant le statut légal des élèves candidats aux filières gymnasiales et aux écoles de métiers.

Ceci dit, si la Ville de Lausanne maintenait son idée d'engager des apprentis d'origine étrangère dépourvus d'autorisation de séjour, elle tomberait sous le coup de la loi 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 ; RS 822.411), 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.

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.

5. L'article 30, al. 1, let.b de la loi fédérale sur les étrangers est-il utilisé ?

Pour mémoire, le Conseil d'Etat rappelle que l'art. 30 al. 1 let. b LEtr dispose qu'une autorisation de séjour peut être délivrée aux personnes qui séjournent en Suisse sans statut afin de tenir compte de cas individuels d'extrême gravité (appelés communément cas de rigueur).

Les critères déterminants pour l'examen d'un cas de rigueur sont énumérés à l'art. 31 al. 1 de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) :

- Conformément à l'art. 31 al. 1 let. b OASA, le comportement de l'étranger concerné doit tout d'abord être irréprochable, notamment au regard du droit pénal.
- La situation familiale, notamment la période de scolarisation et la durée de la scolarité des enfants (art. 31 al. 1 let. c OASA) est aussi prise en compte. Lors du renvoi d'une famille, il importe de prendre en considération la situation globale de cette famille dans l'examen d'un cas de rigueur. Le renvoi d'enfants peut engendrer dans certaines circonstances un déracinement susceptible de constituer un cas personnel d'extrême gravité (ATF 123 II 125 consid. 4.a), notamment si l'enfant a été scolarisé durant son adolescence - période considérée comme une déterminante pour son développement futur - et que ses études ont été couronnées de succès.
- Selon l'art. 31 al. 1 let. e OASA, la durée du séjour en Suisse constitue aussi un critère important.
- Les maladies chroniques ou graves dont souffre l'étranger concerné ou un membre de sa famille et dont le traitement adéquat n'est pas disponible dans le pays d'origine peuvent aussi créer une situation de rigueur (art. 31 al. 1 let. f OASA).
- Conformément à l'art. 31 al. 1 let. g OASA, il faut tenir compte de tous les éléments qui pourraient affecter l'étranger contraint de retourner dans son Etat de provenance.
- Enfin, en vertu des art. 8 et 31 al. 2 OASA, l'identité de l'intéressé doit être clairement établie.

Selon les art. 99 LEtr et 88 OASA, l'octroi d'autorisations de séjour à titre humanitaire est soumis à l'approbation de l'ODM. Dès lors, les cantons ne peuvent que formuler des préavis dans ce domaine, la décision finale appartenant à l'ODM, et à lui seul.

Entre janvier 2007 et la fin de l'année 2009, 62 personnes ont obtenu une autorisation de séjour au titre de cette disposition légale dans le Canton de Vaud.

A ce titre, il sied de rappeler que les critères d'octroi demeurent très restrictifs et que les autorités fédérales n'admettent l'existence d'un cas humanitaire que de manière exceptionnelle.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 18 août 2010.

Le président :

P. Broulis

Le chancelier :

V. Grandjean