

EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE DECRET

**portant sur le dépôt d'une initiative cantonale auprès de l'Assemblée fédérale lui demandant
d'obtenir un accès à la formation professionnelle pour les jeunes sans statut légal
et**

PREAVIS DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL

**sur l'initiative législative Jean-Michel Dolivo demandant au Conseil d'Etat vaudois d'intervenir
auprès de l'Assemblée fédérale afin d'obtenir un accès à la formation professionnelle pour les
jeunes sans statut légal**

1 RAPPEL DE L'INITIATIVE

*Initiative demandant au Conseil d'Etat vaudois d'intervenir auprès de l'Assemblée fédérale afin
d'obtenir un accès à la formation professionnelle pour les jeunes sans statut légal*

Développement

En vertu de l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale, les cantons peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale. Une telle initiative n'est pas limitée à la Constitution, mais peut porter sur tout objet de la compétence de l'Assemblée fédérale. Le canton peut soumettre à l'Assemblée fédérale soit un projet d'acte législatif, soit proposer l'élaboration d'un projet.

Les soussigné-e-s proposent que l'initiative cantonale suivante soit déposée aux Chambres fédérales :

Conformément à l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale, le canton de Vaud soumet l'initiative suivante à l'Assemblée fédérale :

"L'Assemblée fédérale est invitée à créer les bases légales permettant aux jeunes sans statut légal d'avoir accès à la formation professionnelle (formation professionnelle initiale et formations professionnelles supérieures, en entreprise et dans les écoles professionnelles)".

Plusieurs milliers d'enfants et de jeunes vivent en Suisse sans statut légal. Ils sont certainement des centaines, voire plus, dans le canton de Vaud.

Depuis de nombreuses années, l'école obligatoire scolarise les enfants sans statut légal, et ce conformément aux dispositions de la Constitution suisse, de la Constitution vaudoise (art. 36) ainsi que de la Convention internationale des droits de l'enfant qui garantissent un droit à l'éducation. Mais à la fin de leur scolarité obligatoire, ces jeunes sans papiers sont traités, du point de vue de la formation professionnelle, comme s'ils n'existaient plus. Ils ne peuvent décrocher une place d'apprentissage parce que les entreprises formatrices n'obtiennent pas d'autorisation de travail pour eux. En matière d'obtention d'un certificat fédéral de capacité, le lien étroit entre contrat de formation et contrat de travail bloque toute perspective.

La situation sociale dans laquelle se trouvent ces jeunes est alors très difficile. Ils n'ont pas choisi eux-mêmes de vivre sans statut légal en Suisse. Mais souvent ils y vivent depuis de nombreuses années. La Suisse, en particulier le canton de Vaud, est devenu leur pays. Au lieu de pouvoir se former, ces jeunes sont obligés de rester inactifs ou de travailler au noir, sans formation et dans des conditions particulièrement précaires. Il est urgent de modifier cette situation, dont les conséquences sociales et humaines ne sont pas admissibles.

Souhaite développer.

Le 17 novembre 2009.

Le Grand Conseil a renvoyé l'initiative au Conseil d'Etat par 71 voix contre 60 et 3 abstentions, après un débat tenu lors de sa séance du 24 novembre 2009.

2 EXPOSE DES MOTIFS

2.1 L'initiative parlementaire

Comme il est relevé par l'initiant, l'initiative parlementaire cantonale se fonde sur l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale. "Tout membre de l'Assemblée fédérale, tout groupe parlementaire, toute commission parlementaire et tout canton peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale". Comme une motion ou une initiative de parlementaires fédéraux, une initiative cantonale impose aux autorités fédérales de légiférer lorsque les deux Chambres ont pris position en faveur de cet objet, conformément à la procédure définie aux articles 107 à 117 de la loi fédérale sur l'Assemblée fédérale.

Aux termes de l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale, l'initiative parlementaire peut porter sur tout objet de la compétence de l'Assemblée fédérale. Le canton peut soit soumettre à l'Assemblée fédérale un projet d'ordre législatif, soit proposer l'élaboration d'un projet. Dans le cas présent, l'initiative propose l'élaboration d'un projet. En effet, l'initiant précise explicitement que "l'Assemblée fédérale est invitée à créer les bases légales permettant aux jeunes sans statut légal d'avoir une formation professionnelle". Il incomberait, le cas échéant, aux Chambres fédérales de rédiger un texte de loi. Dans le cas d'une motion, c'est au Conseil fédéral de proposer aux Chambres un projet de loi. Or, la question de l'apprentissage des jeunes clandestins a fait l'objet d'une motion du conseiller national Luc Barthassat, qui a été acceptée par les deux Chambres, sur laquelle doit se pencher le Conseil fédéral.

Au vu de cette différence de procédure entre motion et initiative, il s'ensuit que si la présente initiative cantonale vaudoise était adoptée par les Chambres, le pouvoir législatif fédéral et le Conseil fédéral seraient chargés d'effectuer en parallèle un travail juridique identique. Dans l'hypothèse où, entre-temps, le Conseil fédéral aurait proposé un texte conforme à la motion Barthassat, la présente initiative deviendrait sans objet.

2.2 Contexte

La question de l'accès à l'apprentissage de jeunes personnes clandestines a d'ores et déjà connu un long parcours politique.

Le 2 octobre 2008, le conseiller national Luc Barthassat a déposé devant la Chambre basse une motion intitulée *Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal*. Elle a la teneur suivante : "Le Conseil fédéral est chargé de mettre en oeuvre un mode d'accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal ayant effectué leur scolarité en Suisse".

Le Conseil fédéral a préavisé négativement. Jusqu'alors et à plusieurs reprises, l'Assemblée fédérale avait défendu la voie de la régularisation de personnes sans papiers au cas par cas en tenant compte de circonstances particulières, mais a rejeté toute régularisation collective.

C'est ainsi qu'elle a classé sans suite des interventions de même nature que celle de Luc Barthassat. Le 3 mars 2010, le Conseil national a rejeté une motion du conseiller national Christian van Singer. Ce dernier demandait que les "jeunes clandestins ayant suivi avec succès leur scolarité obligatoire en Suisse soient autorisés à suivre une formation professionnelle ou des études en Suisse et soient autorisés, au terme d'une formation réussie, à déposer une demande de permis d'établissement, toutes les années de scolarité et de formation étant prises en compte". Le Conseil des Etats a rejeté en septembre 2010 une motion du conseiller national Antonio Hodgers et une initiative cantonale de Neuchâtel de mars 2010, qui poursuivaient en substance le même but que la motion du conseiller national Luc Barthassat.

En juin 2010 trois textes ont été déposés sur ce sujet : deux initiatives cantonales de Bâle-Ville (*Accès à l'apprentissage pour les jeunes en situation irrégulière*) et du Jura (*Accès à l'apprentissage des jeunes sans statut légal*), ainsi qu'une initiative parlementaire de la conseillère nationale Sylvie Perrinjaquet (*Jeunes sans papiers. Une formation professionnelle, mais pas de passe-droits*). Ces trois interventions sont en attente de traitement aux deux Chambres. La Commission des institutions politiques du Conseil national les a préavisées négativement.

Dans ce contexte, l'adoption de la motion Luc Barthassat par le Conseil national le 3 mars 2010 puis par le Conseil des Etats le 14 septembre 2010 était inattendue.

Entre le dépôt et l'adoption de cette motion fédérale, le canton de Vaud a également connu divers épisodes liés à la question de l'accès à l'apprentissage pour les jeunes clandestins.

Le 24 novembre 2009, le député Serge Melly a développé l'initiative de Jean-Michel Dolivo qui fait l'objet du présent exposé des motifs. Elle a été prise en considération au Grand Conseil par 71 voix contre 60 et 3 abstentions.

En février 2010, la Municipalité de Lausanne a fait savoir qu'elle entendait engager des jeunes apprentis clandestins. Cette proposition figure dans la réponse à la motion du conseiller communal Alain Hubler intitulée *Une formation professionnelle pour les sans-papiers* et datée du 10 février 2010. Le conseiller municipal Oscar Tosato l'a fait savoir par conférence de presse le 17 février 2010. Ce dernier aurait déclaré dans ce cadre que "Lausanne faisait le pari de l'illégalité".

Le 23 février 2010, par une résolution au nom des groupes socialiste, Vert et A Gauche Toute, le député Grégoire Junod demandait une application rapide de l'initiative Jean-Michel Dolivo et une rencontre entre le Conseil d'Etat et la Municipalité de Lausanne "afin de trouver des voies, dans le cadre légal actuel, permettant d'élargir l'accès des jeunes sans papiers à la formation professionnelle, notamment dans les écoles professionnelles". Cette résolution a été adoptée au Grand Conseil par 73 voix contre 64 et 2 abstentions. Le Conseil d'Etat a répondu à cette résolution le 11 août 2010. Il signalait d'une part qu'il avait rencontré la Municipalité de Lausanne et lui avait fait part de l'impossibilité d'engager des apprenties et des apprentis clandestins sans violer le droit en vigueur. Il a en outre fait part au Grand Conseil de sa volonté d'éviter toute précipitation en ce qui concerne l'initiative de Jean-Michel Dolivo. A ce moment-là, le Conseil des Etats avait demandé des compléments d'information avant de se prononcer sur la motion de Luc Barthassat qui avait la même teneur que l'initiative cantonale de Jean-Michel Dolivo. Il paraissait important au Conseil d'Etat de connaître la position et les arguments de la Chambre haute.

Le 23 février 2010, le député Philippe Ducommun a déposé une interpellation intitulée *Pourquoi le Département vaudois de la formation, de la jeunesse et de la culture soutient-il une violation des lois sur le travail ?* En juin 2010, le Conseil d'Etat a répondu à cette intervention en insistant sur l'illégalité de tout engagement de jeunes sans papiers souhaitant entreprendre un apprentissage.

Le 20 avril 2010, le député François Brélaz a déposé une interpellation relative aux jeunes sans papiers intitulée *Les directives de l'ODM sont-elles respectées par la Direction générale de l'enseignement*

post-obligatoire ? La réponse du Conseil d'Etat a été traitée par le Grand Conseil le 18 janvier 2011. Le Conseil d'Etat y rappelle son opposition à l'engagement de jeunes clandestins et relève que la Direction générale de l'enseignement post-obligatoire n'est pas tenue par les bases légales applicables de vérifier le statut légal des élèves candidats aux filières gymnasiales et aux écoles des métiers.

En septembre 2010, trois communes vaudoises ont demandé au Conseil d'Etat de prendre des mesures immédiates pour que des jeunes clandestins puissent effectuer un apprentissage, tout en précisant qu'elles entendaient se conformer à la loi. Le Conseil d'Etat leur a répondu que de tels engagements contreviendraient à l'ordre juridique actuel et que seules des modifications légales fédérales permettraient de répondre à leur demande.

2.3 Situation juridique actuelle et conséquences de l'initiative

Actuellement, sur préavis du Canton, l'Office fédéral des migrations (ODM) peut accorder à des personnes sans papiers une autorisation de séjour selon l'article 99 de la loi fédérale sur les étrangers et l'article 88 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative. Sont pris en compte dans l'octroi d'une autorisation de séjour à titre humanitaire le comportement de la personne sans statut légal (notamment en regard du droit pénal), sa situation familiale, la durée effective de son séjour, les maladies chroniques ou graves de cette personne et des membres de sa famille. Dans la pratique, l'ODM a assoupli ces derniers temps sa position en matière de régularisation de personnes sans papiers lorsque celles-ci sont constituées en familles ou qu'il s'agit de personnes seules avec des enfants scolarisés. Le nombre de personnes clandestines régularisées dans le canton est ainsi passé de 35 en 2008 à 60 en 2010.

L'accès des enfants de personnes sans statut légal à l'enseignement obligatoire est garanti dans la mesure où la formation de base constitue un droit constitutionnel (art. 19 de la Constitution fédérale et art. 36 et 46 de la Constitution vaudoise). L'ODM partage cette analyse corroborée par des arrêts du Tribunal fédéral (ATF 125 I 173, ATF 103 Ia 369). Ce droit se limite à la durée de la scolarité obligatoire. Il n'en va pas de même de l'école post-obligatoire, où certains cantons, dont le canton de Vaud, font preuve d'une tolérance importante. En effet, depuis 2003, les jeunes clandestins sont tolérés dans les gymnases du fait qu'ils ont pu s'affilier à une assurance maladie, condition nécessaire à l'inscription dans ces établissements. Dénuée d'aspect relatif au droit du travail, cette filière échappe de fait à la nécessité de disposer d'une autorisation de séjour et de travail. Leur situation n'en reste pas moins irrégulière.

Etant juridiquement assimilé à une activité salariée selon l'ordonnance fédérale relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, l'apprentissage est conditionné à l'octroi d'une autorisation de séjour ou de travail. 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 une formation professionnelle, dont ils sont pratiquement exclus.

L'article 122 de la loi fédérale sur les étrangers 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'article 117, alinéa 1, de cette même loi stipule que "quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative 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 l'article 6 de la loi fédérale sur le travail au noir. Si une employeuse ou un employeur entendait soustraire la prise d'emploi à la qualification d'activité lucrative en ne rémunérant pas des personnes clandestines en apprentissage, il se verrait reprocher une infraction plus grave. Il tomberait sous le coup de l'article 22 de la loi fédérale sur les étrangers 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. La Commission de formation professionnelle aurait ainsi à préavis négativement la conclusion d'un tel contrat d'apprentissage.

Pour permettre l'entrée en force de l'initiative Jean-Michel Dolivo, il conviendrait donc de modifier plusieurs articles de la loi fédérale sur les étrangers et de la loi fédérale sur le travail au noir, ainsi que des ordonnances s'y référant et des lois cantonales d'application.

Plusieurs personnes défendant l'ouverture de l'apprentissage aux jeunes sans papiers ont invoqué la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, approuvée par la Suisse le 13 décembre 1996. L'article 28 de cette convention, consacré au droit à l'éducation, affirme de manière générale que tout enfant doit avoir accès à la formation scolaire et professionnelle en fonction de ses capacités.

Le Comité des droits de l'enfant à L'ONU n'a jamais signalé que cet article serait directement applicable à notre pays et que la législation suisse y serait contraire. En effet, cet article 28, n'étant ni inconditionnel ni suffisamment précis, ne saurait être appliqué sans être consacré par une loi fédérale. Il est à noter que la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 est postérieure à la ratification de la Suisse à la Convention de l'enfance (13 décembre 1996). Or, selon la doctrine, cet élément revêt une importance s'agissant de savoir lequel de ces deux textes prime (Pierre Moor, Précis de droit administratif, Staempfli 1994, p. 65-66).

Un autre argument a été invoqué, celui du principe de l'égalité de traitement entre les jeunes qui fréquentent un gymnase et ceux qui entament un apprentissage. Dans le droit, égalité de traitement et légalité vont de pair. Dès lors qu'une autorité applique correctement la loi à une personne, quand bien même elle l'aurait mal ou partiellement appliquée à une autre lui accordant des avantages indus, la première ne saurait s'en prévaloir, dès lors que la loi lui a été correctement appliquée (*Pas d'égalité dans l'illégalité*, Moor, op. cit., 4.1.1.4). Dans le cas précis, l'autorité applique correctement la loi en vigueur à chacune des catégories de personnes en situation irrégulière du point de vue de la législation sur les étrangers. Au demeurant, si l'autorité compétente en la matière a formellement connaissance de cette situation irrégulière, elle applique également cette dernière législation dans tous les cas. Aucune violation du principe de l'égalité ne peut donc être invoqué.

En conclusion, l'emploi d'apprenties et d'apprentis clandestins est clairement contraire à l'ordre juridique suisse actuel. A l'inverse, la Suisse ne viole aucune norme juridique en interdisant l'accès des jeunes sans papiers à l'apprentissage.

La voie choisie par l'initiant qui demande un changement des normes législatives est donc appropriée contrairement à celles et ceux qui affirment qu'une partie du dispositif législatif suisse donnerait déjà des arguments pour autoriser l'engagement d'apprenties et d'apprentis sans papiers. Il apparaît aussi clairement que de telles modifications auraient un impact important sur deux domaines législatifs complexes et sensibles, le droit des étrangers et celui sur le travail au noir.

Etant maintenant en possession de tous les éléments du dossier, le Conseil d'Etat est en mesure de préavis sur l'initiative Jean-Michel Dolivo.

3 PRÉAVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat recommande au Grand Conseil de ne pas donner suite à l'initiative Jean-Michel Dolivo. Pour diverses raisons, il juge cette intervention inopportune.

Sur la forme, le Conseil d'Etat relève le caractère redondant voire contradictoire que présente cette initiative depuis l'adoption par les deux Chambres de la motion Luc Barthassat. L'initiative parlementaire vaudoise demanderait ainsi aux Chambres de légiférer elles-mêmes sur un projet qu'elles

ont déjà confié en septembre dernier au Conseil fédéral.

Sur le fond, le Conseil d'Etat entend faire part de son désaccord. Il lui paraît difficile de légiférer sur des séjours illégaux. Lutter contre le travail au noir et le séjour des personnes clandestines n'est pas conciliable avec la mise en place de mesures légales pour aménager une situation illégale.

Cela fait plusieurs années que le Conseil d'Etat intensifie sa lutte contre le travail au noir en étant parvenu à créer un consensus sur la nécessité de se montrer impitoyable dans ce combat. Il a reçu le soutien et les encouragements du Grand Conseil à plusieurs reprises. Ouvrir l'apprentissage aux jeunes sans papiers revient juridiquement et symboliquement à autoriser aux personnes clandestines l'accès au monde du travail.

Ouvrir la formation professionnelle aux personnes clandestines créerait des difficultés a posteriori. Que faire des jeunes une fois leur apprentissage terminé ? Faudrait-il les régulariser ou les renvoyer dans leur pays après avoir toléré un long séjour en Suisse ? Quelle attitude adopter vis-à-vis des membres de leur famille qui résideraient sur notre sol avec eux ? Le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit d'un premier pas vers la régularisation de toutes les personnes clandestines actuellement établies sur notre territoire. Le gouvernement n'est pas favorable à une telle régularisation qui, selon lui, créerait un appel d'air et augmenterait encore le nombre de travailleuses et de travailleurs clandestins.

Depuis plusieurs années, le Conseil d'Etat s'efforce d'augmenter le nombre de places d'apprentissage dans le canton afin que l'offre réponde à la demande actuelle. A ce titre, l'on rappellera qu'à ce jour quelque 1'600 jeunes (suisses et étrangers séjournant légalement en Suisse) se trouvent dans des mesures de transition financées et mises en oeuvre par les pouvoirs publics (OPTI, SEMO,...) faute d'avoir pu trouver une place d'apprentissage. Dans ces conditions, ouvrir cette voie à des personnes sans papiers augmenterait encore la pénurie de places et pourrait engendrer des tensions, alors que le droit en vigueur offre une marge de manoeuvre suffisante pour prendre en considération les aspects humanitaires des situations individuelles. C'est d'ailleurs ce que relève le Conseil fédéral dans sa réponse à la motion Luc Barthassat.

Il est à noter que le Conseil d'Etat est favorable à une politique migratoire ouverte. C'est dans cet esprit qu'il demande des régularisations de clandestines et de clandestins chaque fois qu'il a affaire à des situations particulièrement difficiles.

Pour conclure, le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil le présent projet de décret conformément à la teneur de l'initiative législative Jean-Michel Dolivo et émet un préavis négatif quant à cet objet.

4 CONSEQUENCES

4.1 Légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)

Néant.

4.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)

Néant.

4.3 Conséquences en termes de risques et d'incertitudes sur les plans financiers et économiques

Néant.

4.4 Personnel

Néant.

4.5 Communes

Néant.

4.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie

Néant.

4.7 Programme de législature (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.8 Loi sur les subventions (application, conformité)

Néant.

4.9 Constitution (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Le droit d'initiative cantonale est consacré par l'article 109, alinéa 2, de la Constitution vaudoise.

4.10 Plan directeur cantonal (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.11 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)

Néant.

4.12 Simplifications administratives

Néant.

4.13 Autres

Néant.

5 CONCLUSION

Vu ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de :

1. présenter au Grand Conseil un projet de décret portant sur le dépôt d'une initiative cantonale auprès de l'Assemblée fédérale lui demandant de créer les bases légales permettant aux jeunes sans statut légal d'avoir accès à une formation professionnelle.
2. émettre un préavis négatif sur l'adoption de ce projet de décret.

PROJET DE DÉCRET

portant sur le dépôt d'une initiative cantonale auprès de l'Assemblée fédérale lui demandant d'obtenir un accès à la formation professionnelle pour les jeunes sans statut légal du ... mars 2011

du 30 mars 2011

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

Vu l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale

Vu l'article 109, alinéa 2, de la Constitution vaudoise

Vu le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat

décète

Art. 1

¹ Conformément à l'article 160, alinéa 1, de la Constitution fédérale, le Canton de Vaud exerce le droit d'initiative du Canton au niveau fédéral en demandant à l'Assemblée fédérale de créer les bases légales permettant aux jeunes sans statut légal d'avoir accès à la formation professionnelle.

Art. 2

¹ Le Canton dépose l'initiative auprès de l'Assemblée fédérale dans un délai de trente jours dès l'entrée en vigueur du présent décret.

Art. 3

¹ Le Conseil d'Etat est chargé de la publication et de l'exécution du présent décret. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 2, lettre f, de la Constitution cantonale.

² Le présent décret entrera en vigueur dès sa publication.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 30 mars 2011.

Le président :

P. Broulis

Le chancelier :

V. Grandjean