



Bern, 1.5.2024

Modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)

Rapport explicatif



Condensé

Afin de mettre en œuvre de la motion 22.3392 « Extension de la réglementation relative aux cas de rigueur dans le domaine de l'accès à la formation professionnelle » de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N), adoptée par le Parlement en décembre 2022, deux délais découlant de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (art. 30a, al. 1, let. a P-OASA ; RS 142.201) sont modifiés afin de faciliter l'accès à la formation professionnelle initiale des personnes en séjour illégal en Suisse (sans-papiers) et des requérants d'asile déboutés.

Contexte

En adoptant la motion 22.3392 en décembre 2022, le Parlement a chargé le Conseil fédéral (CF) de faciliter l'accès à la formation professionnelle initiale des personnes en séjour illégal en Suisse (sans-papiers) et des requérants d'asile déboutés car il a estimé que les conditions d'admission actuelles, notamment celles prévues par l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (art. 30a OASA ; RS 142.201) en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur pour l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale étaient trop restrictives. La modification de l'art. 30a, al. 1, let. a OASA met en œuvre la motion précitée. L'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} juin 2024.

Contenu du projet

La modification porte sur deux délais contenus à l'art. 30a, al. 1, let. a OASA. La condition d'admission relative à la durée minimale ininterrompue de fréquentation préalable de l'école obligatoire en Suisse est réduite de cinq ans à deux ans et le délai pour le dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur pour accomplir une formation professionnelle initiale après la fin de la scolarité obligatoire pour les personnes en séjour illégal en Suisse (sans-papiers) et les requérants d'asile déboutés est augmenté à deux ans, au lieu d'un an actuellement (art. 30a, al. 1, let. a P-OASA).

Les autres conditions d'admission découlant de la loi fédérale sur l'asile (art. 14, al. 2 LAsi ; RS 142.31), de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (art. 30, al. 1, let. b LEI ; RS 142.20) et de l'OASA (art. 30a, al. 1, let. b à f et al. 2 à 3 et art. 31 OASA) relatives aux conditions d'octroi des autorisations de séjour pour cas de rigueur ne sont pas modifiées.

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

La motion 22.3392 « Extension de la réglementation relative aux cas de rigueur dans le domaine de l'accès à la formation professionnelle » a été déposée par la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) le 29 avril 2022 par 11 voix contre 10 et 4 abstentions. Elle charge le Conseil fédéral de modifier les bases légales de sorte que l'accès à la formation professionnelle pour les requérants d'asile déboutés et les sans-papiers soit facilité. Le dépôt de la motion a été motivé par le fait que la majorité des membres de la CIP-N jugeait la réglementation actuelle trop restrictive (art. 30a de l'ordonnance relative à l'admission au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201). De l'avis de la CIP-N, il ne fait pas de sens d'exclure des jeunes adultes aptes et motivés à entamer une formation professionnelle, dès lors qu'ils séjournent de toute façon en Suisse. Une minorité de la Commission proposait son rejet, estimant que la motion était susceptible de donner un mauvais signal.

Dans sa prise de position du 25 mai 2022, le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion, estimant, en substance, qu'il avait déjà examiné la nécessité de modifier l'article 30a OASA dans son rapport du 21 décembre 2020 en réponse au postulat de la CIP-N 18.3381 « Pour un examen global de la problématique des sans-papiers ». Il y avait notamment constaté qu'un assouplissement des critères d'admission de l'art. 30a OASA entraînerait une inégalité de traitement envers les autres sans-papiers qui n'effectuent pas une formation professionnelle initiale et que cela constituerait une amélioration injustifiée du traitement des sans-papiers par rapport à d'autres étrangers qui se conforment aux règles d'admission, ce qui encouragerait une migration illégale.

La motion a été adoptée par le Conseil national (CN) le 8 juin 2022 par 111 voix contre 73 et 4 abstentions.

Le 17 octobre 2022, la Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) a mené une discussion approfondie sur l'accès à la formation professionnelle et l'exercice d'une activité lucrative par les requérants d'asile déboutés et les sans-papiers lors du traitement de la motion CIP-N 22.3392 et a mené une première discussion sur la motion Markwalder 20.3322 « Ne pas interrompre l'apprentissage des requérants d'asile déjà intégrés dans le marché suisse de l'emploi » (cf. infra).

Par 8 voix contre 4, la CIP-E a recommandé à son Conseil de rejeter la motion CIP-N 22.3392. Dans son rapport du 17 octobre 2022, elle constate que la possibilité, pour les jeunes requérants d'asile déboutés et les jeunes sans-papiers, d'effectuer et de conclure une formation professionnelle a fait l'objet de plusieurs interventions parlementaires ces dernières années, dont deux ont été rejetées par la CIP-E sur le sujet. Elle indique que son avis et ses arguments n'ont pas changé. Les personnes dont la demande d'asile a été rejetée doivent quitter le pays et il faut éviter de créer des incitations à séjourner illégalement en Suisse. Selon la CIP-E, une adoption de la motion enverrait un mauvais signal et il y a lieu de ne pas encourager la migration illégale. Elle souligne que l'accélération des procédures d'asile, mise en œuvre depuis le 1^{er} mars 2019, a permis de résoudre la plus grande majorité des problèmes rencontrés dans ce domaine et qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures législatives en la matière. Une minorité considère que la motion Barthassat 08.3616 « Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal », dont découle l'art. 30a OASA, n'a eu que peu d'effets car les critères qui ont été fixés dans le cadre de sa mise en œuvre sont très stricts. Elle estime qu'il faut faciliter l'accès au marché du travail des personnes qui se trouvent déjà

en Suisse, une opinion que l'on retrouve également parmi les milieux économiques et les PME (pénurie de main d'œuvre avec une formation professionnelle dans certains domaines).

Le 14 décembre 2022, la motion CIP-N 22.3392 a été acceptée par le Conseil des Etats (CE) par 21 voix contre 19 et 0 abstention. La modification de l'art. 30a, al. 1, let. a P- OASA vise à mettre en œuvre cette motion.

Le Conseil fédéral a décidé de mener une consultation du 21 juin au 12 octobre 2023 (cf. ch. 2).

Relation avec la motion Markwalder 20.3322

La motion Markwalder 20.3322 « Ne pas interrompre l'apprentissage des requérants d'asile déjà intégrés dans le marché suisse de l'emploi », déposée le 5 mai 2020, charge le Conseil fédéral de modifier la législation et la pratique de manière à ce que les requérants d'asile qui ont valablement conclu un contrat d'apprentissage ou de formation et sont intégrés dans le marché suisse de l'emploi puissent terminer leur formation. Elle a été adoptée par le CN le 2 mars 2023. Lors de son examen du 25 avril 2023, la CIP-E a proposé à l'unanimité de rejeter la motion pour un motif formel. En effet, de l'avis de la CIP-E la motion de la CIP-N 22.3392, va, en substance, dans le même sens que la motion Markwalder 20.3322, avec un champ d'application plus large. Vu que le mandat de préparer les modifications législatives nécessaires pour la motion CIP-N 22.3392 avait déjà été transmis au Conseil fédéral, la CIP-E a rejeté la motion Markwalder 20.3322. D'autre part, une partie de la commission a relevé que les informations chiffrées fournies par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) montrent que le nombre de personnes potentiellement concernées par la mise en œuvre de la motion Markwalder 20.3322 est très faible.

La mise en œuvre de la motion Markwalder 20.3322 ne fait pas l'objet de la présente modification car elle a fait l'objet d'une modification des directives du SEM, entrée en vigueur le 15 août 2023 (cf. ch. 2.2.5 et 2.2.5.1 de la directive du SEM III Domaine de l'asile). Si les conditions sont remplies, le SEM peut prolonger le délai de départ jusqu'à la fin de la formation professionnelle initiale (art. 12 et 17 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr, RS 412.10) et de l'art. 16 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20)) afin de permettre aux requérants d'asile déboutés, frappés d'une décision d'asile négative exécutoire durant l'accomplissement de leur formation professionnelle initiale, de l'achever.

1.2 Solutions étudiées

Règlementation actuelle

La loi sur l'asile (LAsi, RS 142.31) et la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI, RS 142.20) fixent les conditions pour la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur aux requérants d'asile déboutés et aux personnes en séjour illégal en Suisse (sans-papiers). Pour les requérants d'asile déboutés, l'art. 14, al. 2 LAsi prévoit les conditions cumulatives suivantes : un séjour en Suisse d'au moins cinq ans à compter du dépôt de la demande d'asile, le lieu de séjour de l'étranger doit toujours avoir été connu des autorités, il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison d'une intégration poussée et il n'existe aucun motif de révocation (p. ex : des condamnations pénales).

Pour les sans-papiers, l'art. 30, al. 1, let. b LEI ne fixe aucune durée de séjour minimum avant le dépôt d'une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Les art. 30a et 31 OASA ne prévoient pas non plus de durée de séjour minimum. Néanmoins, la jurisprudence des Tribunaux fédéraux (Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral) a établi certains critères (cf. ATF 123 II 125, Arrêts TAF F-7082/2017, consid. 5.5 et 5.6 et F-2204/2020, consid. 6.4

et ss). Ainsi, lors de l'examen d'un cas de rigueur, la durée du séjour en Suisse constitue un élément important d'appréciation qui doit être examiné à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Toujours selon la jurisprudence, il y a également lieu de prendre en compte l'âge des enfants à leur entrée en Suisse car le fait d'avoir séjourné en Suisse durant l'adolescence est en principe considéré comme un facteur d'intégration déterminant (cf. ATF 123 II 125 précité). Selon la pratique des autorités cantonales et du SEM, une durée minimale de cinq ans de séjour en Suisse pour les familles avec enfants scolarisés est requise comme valeur indicative. Pour les personnes seules et les couples sans enfant ou avec enfant(s) en bas âge non-scolarisés, elle est plus élevée.

L'art. 30a OASA, entré en vigueur le 1^{er} février 2013, découle de la mise en œuvre de la motion Barthassat 08.3616 « Accès à l'apprentissage des jeunes sans statut légal » qui précise les conditions d'admission spécifiques pour l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accès à une formation professionnelle initiale des jeunes sans-papiers et des requérants d'asile déboutés. Ces personnes doivent avoir suivi l'école obligatoire durant au moins cinq ans en Suisse de manière ininterrompue (les formations transitoires sont prises en compte), l'employeur doit avoir déposé une demande, les conditions de travail et de rémunération ainsi que les critères d'intégration fixés à l'art. 58a, al. 1, LEI doivent être remplis et la personne concernée doit en outre justifier de son identité.

Pour les autres requérants d'asile déboutés et les sans-papiers, notamment les jeunes qui souhaitent effectuer une formation tertiaire (sans exercice d'une activité lucrative), ils doivent satisfaire aux conditions de l'art. 31 OASA qui correspondent, en majeure partie, à celles de l'art. 30a OASA.

Si le canton entend régulariser les conditions de séjour d'un étranger au titre d'un cas individuel d'extrême gravité (sous l'angle de l'art. 14, al. 2, LAsi ou de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI), il doit soumettre sa décision à l'approbation du SEM (art. 99 LEI et art. 5 de l'ordonnance du DFJP concernant l'approbation, OA-DFJP, RS 142.201.1). Le SEM rend une décision formelle sujette à recours auprès du TAF.

Texte de la motion et variantes de mise en œuvre examinées

La motion charge le Conseil fédéral (CF) de modifier les bases légales pour faciliter l'accès à la formation professionnelle des requérants d'asile déboutés et des sans-papiers. Son développement propose d'examiner les modifications de la législation actuelle suivantes :

- réduire de cinq ans à deux ans la durée du séjour effectué jusqu'au dépôt de la demande d'autorisation;
- réduire la condition de la durée de scolarité de l'école obligatoire en Suisse de cinq ans à deux ans ou de supprimer cette condition ;
- le *dépôt anonyme* de la demande d'autorisation de séjour.

Le développement mentionne que les critères d'intégration et la condition selon laquelle les employeurs doivent pouvoir examiner au cas par cas l'éventualité d'engager un apprenti doivent être maintenus.

Par conséquent, les variantes suivantes de mise en œuvre de la motion CIP-N 22.3392 ont été examinées et rejetées :

a) Réduction de la durée minimale du séjour en Suisse de cinq à deux ans

L'art. 14, al. 2, let. a LAsi prévoit notamment comme condition pour le dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur des requérants d'asile déboutés une durée de séjour minimum d'au moins cinq ans Suisse. Comme le Conseil fédéral l'a relevé dans son avis relatif à la motion, permettre aux requérants d'asile déboutés qui désirent effectuer une

formation professionnelle initiale de déposer une demande pour cas de rigueur avant un délai de cinq ans de séjour en Suisse nécessiterait une modification de la LAsi.

De l'avis du Conseil fédéral, une telle modification entraînerait de trop grandes inégalités de traitement entre différentes catégories d'étrangers. D'une part, cela créerait une inégalité de traitement entre les requérants d'asile déboutés, soit entre ceux qui souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale et ceux qui souhaitent effectuer une formation tertiaire ou qui déposent une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur dans un autre but. En effet, et contrairement aux personnes qui effectuent une formation professionnelle initiale, ces personnes resteraient soumises au respect d'un délai de cinq ans de séjour préalable avant le dépôt de la demande. D'autre part, cela entraînerait également une inégalité de traitement avec les autres étrangers (sans séjour illégal en Suisse ou dont la demande d'asile n'a pas été rejetée) et qui souhaiteraient déposer une demande en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour pour l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale ou pour études car ils devraient satisfaire à des conditions d'admission plus strictes. De plus, si la durée minimale de séjour pour les requérants d'asile déboutés qui souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale est abaissée à deux ans, on peut supposer que la même réglementation serait également appliquée aux personnes admises à titre provisoire qui suivent une formation professionnelle initiale, voire à toutes les personnes admises à titre provisoire. Or, actuellement une autorisation de séjour est examinée de manière approfondie pour une personne sous admission provisoire qu'après un séjour de cinq ans en Suisse (art. 84, al. 5 LEI).

En ce qui concerne les sans-papiers, ni la loi ni l'ordonnance ni la jurisprudence ne fixent une durée de séjour minimale pour l'obtention d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. L'examen de la durée du séjour en Suisse des sans-papiers sous l'angle de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI doit se faire de manière individuelle selon la jurisprudence. Dans la pratique, le SEM et les autorités migratoires cantonales, en s'appuyant également sur la jurisprudence estiment qu'une durée minimum de cinq ans de séjour en Suisse pour les familles avec enfants scolarisés est requise comme valeur indicative minimum. En revanche, une durée plus élevée est requise pour les personnes seules (cf. ch. 1.2). Par conséquent, si la durée minimale de séjour de deux ans devait également être appliquée aux sans-papiers qui souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale, il faudrait également fixer dans la LEI une durée minimale de séjour. Cela entraînerait aussi des inégalités de traitement entre les sans-papiers (en formation professionnelle et les autres) et irait à l'encontre de la jurisprudence actuelle qui estime que la durée du séjour doit être examinée à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce et de manière individuelle.

En outre, dans de nombreux cas, l'exécution du renvoi deviendrait de facto impossible après un séjour en Suisse de deux ans déjà. Ce serait également le cas si ces personnes provenaient d'un pays sûr. La plupart des jeunes sans-papiers séjournant en Suisse proviennent de pays considérés comme sûrs, tels que le Brésil, la Bolivie, l'Équateur, etc. Cela pourrait également entraîner une réduction de la durée minimale de séjour requise pour les membres de leur famille car ils seraient soumis aux mêmes conditions que le jeune en formation en cas d'octroi d'une autorisation de séjour à l'ensemble de la famille. Or, cela irait au-delà du but poursuivi par la motion qui vise à permettre une admission facilitée des jeunes qui souhaitent effectuer une formation.

Enfin, cela pourrait constituer un appel d'air : en cas de migration illégale et de formation professionnelle initiale, les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour seraient plus souples que pour l'admission d'autres catégories d'étrangers.

b) Suppression de la durée minimale de fréquentation de l'école obligatoire en Suisse

La LAsi (art. 14, al. 2, let. c) exige du requérant d'asile débouté une intégration poussée lors du dépôt d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. L'art. 30a, al. 1, let. d OASA, prévoit que les critères d'intégration découlant de la LEI (art. 58a, al. 1 LEI) soient remplis. Dans ce contexte, il s'agit d'examiner si la personne respecte l'ordre et la sécurité publics et les valeurs de la Constitution fédérale et d'examiner le niveau de ses compétences linguistiques ou sa participation à la vie économique et l'acquisition d'une formation.

Les connaissances linguistiques requises doivent permettre à l'étranger de se faire comprendre dans les situations de la vie quotidienne (par exemple dans ses relations avec les autorités du marché du travail, avec un enseignant, avec les services d'orientation professionnelle ou lors d'une consultation médicale). En cela, une scolarité en Suisse joue un grand rôle intégratif. En principe, l'exigence minimale lors de l'examen d'une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur correspond au niveau A1 du Cadre européen commun de référence pour les langues (CECR).

Par conséquent, si aucune durée de fréquentation préalable de l'école obligatoire en Suisse n'est exigée, il est difficilement possible de remplir les critères d'intégration requis par la LEI, la LAsi ou l'OASA. Or, le maintien des critères d'intégration découle du développement même de la motion. Enfin, on peut supposer que la fréquentation obligatoire de l'école professionnelle lors de la formation post-obligatoire serait difficilement accessible sans une fréquentation minimale de l'école obligatoire en Suisse.

c) Dépôt anonyme de la demande

Le droit actuel laisse déjà la possibilité aux cantons d'accepter le dépôt anonyme d'une demande en vue d'une première appréciation informelle (pré-examen) avant que la personne ne dépose officiellement sa demande (ex : pratique du canton de Bâle-Ville). Une réglementation fédérale formelle n'est pas nécessaire à cet effet, ce d'autant plus qu'une telle réglementation n'existe dans aucun autre domaine du droit. De plus, l'expérience montre qu'il n'est que rarement fait usage d'une telle réglementation.

Une réglementation selon laquelle les autorités compétentes doivent prendre une décision formelle sans pouvoir tenir compte de toutes les informations personnelles nécessaires à l'examen de la demande est contraire aux principes du droit administratif et de la procédure administrative. L'identité doit donc toujours être connue au plus tard lorsque l'autorité cantonale entend prendre une décision formelle. Le dépôt d'une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur de manière anonyme empêcherait les autorités migratoires cantonales et le SEM de procéder à un contrôle de l'identité (existence de l'enregistrement de la personne sous d'autres identités) ou de sécurité (vérification de l'extrait du casier judiciaire, recherches dans les différents systèmes d'information comme SYMIC, RIPOL, SIS etc.). Par conséquent, certaines conditions d'admission découlant de la loi, notamment l'absence de motifs de révocation, ne pourraient pas être contrôlés avant d'octroyer une autorisation de séjour.

De plus, dans le cas des requérants d'asile déboutés, les autorités connaissent en principe déjà leur identité et leur lieu de séjour ou, au moins, l'identité donnée dans le cadre de la procédure d'asile. Par conséquent, seuls les sans-papiers seraient prémunis contre une décision de renvoi et uniquement au stade de la procédure de première instance.

2 Consultation

Généralités

Le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur le projet de modification de l'art. 30a, al. 1, let. a P-OASA le 21 juin 2023. Elle s'est achevée le 12 octobre 2023. Pour plus de détails sur les avis exprimés il est renvoyé aux avis des participants ainsi qu'au rapport sur les résultats de la consultation qui ont été publiés¹.

Le 5 septembre 2023, le DFJP a organisé une séance d'information et de discussion avec les autorités fédérales, les organisations concernées des cantons, des villes et des communes, des travailleurs ainsi que des organisations non gouvernementales et d'autres cercles intéressés. L'objectif de cette séance était d'informer sur le projet mis en consultation et d'approfondir la discussion. Les opinions des participants ont été exprimées indépendamment des réponses écrites à la consultation des organisations invitées à se prononcer (pour plus de détails, cf. ch. 6 du rapport sur les résultats de la consultation). En substance, ces avis reflètent les avis écrits transmis dans le cadre de la consultation.

Avis exprimés par les participants lors de la consultation

Au total, 75 prises de position ont été remises par 25 cantons, 4 partis politiques, 2 associations faitières des communes et des villes, 4 associations faitières de l'économie, 34 autres organisations intéressées. L'association des communes de suisse (ACS), la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), le Tribunal fédéral (TF) et les Tribunal administratif fédéral (TAF) ont expressément renoncé à formuler un avis.

La majorité des cantons approuvent les délais prévus par le projet. 2 cantons, néanmoins favorables au projet, proposent une augmentation du délai de scolarité obligatoire en Suisse, de deux ans prévus par le projet, à trois ans. Une minorité de cantons s'opposent au projet.

Les VERT·E·S et le parti socialiste (PS) soutiennent le projet et font des propositions d'assouplissement supplémentaires des délais. Ils proposent notamment d'augmenter le délai pour le dépôt de la demande à cinq ans. Ils souhaitent aussi que le projet soit accompagné d'un changement de pratique afin que l'examen des demandes d'autorisation de séjour des sans-papiers par les autorités compétentes soit effectué dès deux ans de scolarité en Suisse, indépendamment de la durée totale du séjour de la personne. Ce changement de pratique doit aussi s'appliquer aux autres membres de la famille si les critères d'intégration sont remplis (art. 58a, al. 1, LEI). Le PS indique aussi être favorable à la suppression totale du délai de scolarité. Dans un second temps, le PS demande d'adapter le délai de séjour préalable de cinq ans en Suisse de l'article 14, al. 2 LAsi afin de faciliter l'accès à la formation professionnelle des requérants d'asile déboutés après deux ans de séjour en Suisse. Les deux partis souhaitent aussi des modifications sur d'autres thèmes (cf. infra). Le PLR. Les Libéraux-Radicaux (PLR) et l'Union démocratique du centre (UDC) s'opposent au projet dans son ensemble.

Travail.Suisse est favorable au projet. L'Union syndicale suisse (USS) et l'Union des villes suisse (UVS) le sont également tout en proposant un assouplissement supplémentaire des délais prévus. L'UVS propose la suppression du délai de scolarité et l'USS propose un changement de pratique à l'instar des VERT·E·S et du PS et l'augmentation du délai pour le dépôt de la demande sans préciser de durée. En revanche, l'Union suisse des arts et métiers (USAM) et l'Union patronale suisse (UPS) s'opposent au projet dans son ensemble.

La grande majorité des organisations intéressées soutiennent le projet car elles estiment qu'il constitue un pas dans la bonne direction. Une majorité soutient le délai de scolarité de deux ans mais demande aussi un changement de pratique lors du traitement des demandes et, dans

¹ cf. www.admin.ch > Procédures de consultation terminées > 2023 > DFJP > Modification de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).

un second temps, une modification de la loi sur l'asile (cf. supra). La majorité souhaite aussi la prolongation, à cinq ans, du délai pour le dépôt de la demande.

Certains participants, notamment les milieux intéressés ont également fait d'autres propositions de modification en relation avec la réglementation générale des autorisations de séjour pour cas de rigueur :

- Pré-examen anonyme de la demande : peu de cantons se sont prononcés à ce sujet. Le PS, les VERT·E·S, UVS, USS et une majorité des milieux intéressés demandent de prévoir un pré-examen anonyme de la demande d'autorisation de séjour. Une partie des milieux intéressés propose d'inscrire ce principe dans l'OASA.
- Création d'une disposition transitoire pour les requérants d'asile déboutés : un canton, le PS, l'USS et une partie des organisations intéressées demandent d'introduire une disposition transitoire pour les requérants d'asile déboutés visant à l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur en dérogation des délais prévus par la modification pour les requérants d'asile déboutés résidant encore en Suisse et qui ont dû, au cours des cinq années précédant l'entrée en vigueur de la modification, terminer une formation professionnelle initiale déjà entamée ou fait l'objet d'un accord contraignant, ou qui n'ont pas été autorisés à la commencer, en raison d'une décision d'asile négative.
- Application des conditions d'admission de la modification à la formation tertiaire : le PS et une partie des organisations intéressées demandent que les délais prévus par la modification soient également appliqués à l'accomplissement d'une formation tertiaire.
- Accès à l'aide sociale et conditions d'hébergement des requérants d'asile déboutés : une partie des organisations intéressées saluent la révision des directives du SEM (prolongation du délai de départ des requérants d'asile déboutés en vue de terminer une formation professionnelle déjà entamée ; mise en œuvre de la motion Markwalder 20.3322). Elles recommandent néanmoins d'examiner l'octroi de l'aide sociale aux requérants d'asile déboutés ainsi qu'à leur famille au bénéfice d'une décision de renvoi exécutoire et d'un délai de départ fixé (art. 82, al. 2^{bis} LAsi). Par la suite, la création d'une base légale doit être envisagée. Elles recommandent aussi que les cantons permettent aux personnes en formation de continuer à vivre dans leur logement actuel et non dans des structures d'aide d'urgence.

Appréciation

L'augmentation du délai à cinq ans pour le dépôt de la demande comme proposé par certains participants n'est pas soutenue par la majorité des cantons favorables à la modification, qui n'ont pas proposé d'assouplissements supplémentaires lors de la consultation et par les participants qui rejettent la modification dans son ensemble.

Un changement de pratique visant à examiner les demandes d'autorisation de séjour en cas de formation professionnelle initiale des sans-papiers après deux ans de scolarité, indépendamment de la durée du séjour totale en Suisse, comme souhaité par certains participants contreviendrait aux principes jurisprudentiels développés par les Tribunaux fédéraux en application de l'art. 30, al. 1, let. b LEI et la pratique des autorités migratoires compétentes qui prévoient, en général, un séjour d'une durée plus longue avant l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (cf. ch. 1.2). Il faudrait en outre modifier la LEI afin de prévoir une durée minimale de séjour. En ce qui concerne les requérants d'asile déboutés, le ch. 1.2 indique que la variante de mise en œuvre de la motion CIP-N 22.3392 visant la modification du délai de cinq ans de séjour préalable prévu par l'art. 14, al. 2 LAsi a été rejetée, car elle entraînerait de trop grandes inégalités de traitement entre différentes catégories d'étrangers qui peuvent prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur.

Les cantons qui le souhaitent ont déjà la possibilité, en application du droit actuel, de prévoir un pré-examen anonyme des demandes d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Une disposition formelle n'est donc pas nécessaire.

Le but poursuivi par la création d'une disposition transitoire visant à exempter des délais prévus par la modification les requérants d'asile déboutés dont la demande d'asile a été rejetée ces cinq dernières années, comme le souhaite une partie des participants à la consultation est déjà possible selon le droit actuel. En effet, un requérant d'asile débouté qui a dû interrompre sa formation en raison d'une décision d'asile négative intervenue ces cinq dernières années peut déposer une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur s'il remplit désormais les conditions de l'art. 14, al. 2 LAsi et de l'art. 31 OASA. Il ne serait pas admissible de déroger au délai de séjour minimal de cinq ans requis par l'art. 14, al. 2 LAsi par le biais d'une disposition transitoire dans l'OASA.

L'application des conditions de la modification de l'art. 30a OASA à l'octroi d'une autorisation de séjour en vue d'accomplir une formation tertiaire n'entraînerait pas d'avantages particuliers pour les personnes concernées. En général, elles séjournent depuis plusieurs années en Suisse et peuvent déjà aujourd'hui déposer une demande d'autorisation de séjour si elles remplissent les conditions de l'art. 14, al. 2 LAsi ou de l'art. 30, al. 1, let. b LEI et de l'art. 31 OASA. Contrairement à la formation professionnelle initiale, l'accomplissement d'une formation tertiaire ne nécessite pas l'octroi d'une autorisation de séjour, car elle n'est pas liée à une activité lucrative.

L'art. 82, al. 2^{bis} LAsi prévoit que le DFJP peut décider d'un moratoire général permettant aux cantons d'octroyer l'aide sociale à la place de l'aide d'urgence aux requérants d'asile frappés d'une décision de renvoi exécutoire auxquels un délai de départ a été imparti. Néanmoins, cette possibilité ne s'applique pas à la situation de la prolongation du délai de départ des requérants d'asile en vue de terminer une formation professionnelle initiale débutée avant le rejet de leur demande d'asile, mais uniquement en présence d'une situation précaire dans le pays de provenance qui empêche de rendre des décisions impliquant l'exécution d'un renvoi (cf. message du CF du 3 septembre 2014 sur la modification de la loi sur l'asile, restructuration du domaine de l'asile, FF 2014 7863).

Enfin, l'hébergement des requérants d'asile déboutés et de leur famille relève de la compétence des cantons et la LAsi leur impose déjà de tenir compte, dans la mesure de leurs possibilités, des besoins particuliers des familles avec enfants (cf. art. 82, al. 3^{bis} LAsi).

Modifications apportées après la consultation

Au vu de ce qui précède et suite aux avis exprimés par les participants lors de la consultation et l'acceptation, par la majorité de ces derniers des délais prévus par la modification, l'art. 30a OASA n'a pas subi de modifications après la consultation.

3 Présentation de la modification

Afin de faciliter les conditions d'admission pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue d'effectuer une formation professionnelle initiale en Suisse à des jeunes en séjour illégal et des requérants d'asile déboutés, la condition d'admission liée à la durée minimale de fréquentation de l'école obligatoire en Suisse est réduite à deux ans (au lieu de cinq ans) et le délai pour déposer la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue d'accomplir une formation professionnelle initiale est augmenté à deux ans, (au lieu d'un an). Les autres conditions d'admission découlant de la LAsi (art. 14, al. 2 LAsi), de la LEI (art. 30, al. 1, let. b LEI) et de l'OASA (art. 30a, al. 1, let. b à f et al. 2 à 3) ne sont pas modifiées.

4 Commentaire des dispositions

Généralités

Lorsque les jeunes en séjour illégal en Suisse font le choix d'une formation professionnelle initiale après l'achèvement de leur formation scolaire obligatoire, l'absence d'autorisation de séjour leur est rédhibitoire pour la signature d'un contrat de travail. Ils ne peuvent dès lors pas s'engager dans une telle formation. En effet, selon la LEI tout étranger qui entend exercer une activité lucrative en Suisse doit être titulaire d'une autorisation de séjour (art. 11, al. 1, LEI). Est considérée comme activité lucrative au sens de l'art. 11, al. 2, LEI toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement. Etant donné que la formation professionnelle initiale est considérée comme une activité lucrative (art. 1a, al. 2, OASA), ces jeunes n'ont donc pas la possibilité d'accéder à une telle formation, faute d'une régularisation de leurs conditions de séjour. Dans un tel cas, l'employeur est punissable parce qu'il emploie un étranger n'ayant pas l'autorisation requise (art. 117 LEI).

A l'inverse, lorsque qu'ils font le choix d'une formation académique, l'absence d'autorisation de séjour ou de travail ne pose en règle générale pas de problème pour accéder une telle filière, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une activité lucrative.

En adoptant, en 2010, la motion Barthassat 08.3616 « Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal », le Parlement a chargé le Conseil fédéral de compléter les dispositions légales en vigueur pour le traitement des cas de rigueur afin de préciser les conditions d'admission en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour à des jeunes sans-papiers ou des requérants d'asile déboutés qui souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale. Le Conseil fédéral a adopté l'art. 30a OASA qui est entré en vigueur le 1^{er} février 2013.

En parallèle, la possibilité de délivrer une autorisation de séjour pour cas de rigueur, selon les critères de l'art. 31 OASA existe encore. Cette réglementation s'applique aussi bien aux cas d'une extrême gravité du domaine des étrangers (art. 30, al. 1, let. b, 50, al. 1, let. b, et 84, al. 5, LEI) qu'aux cas de rigueur du domaine de l'asile (art. 14, al. 2, LAsi). Les personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur peuvent être autorisées à exercer une activité lucrative salariée ou indépendante sous réserve du respect des conditions fixées à l'art. 31, al. 3 et 4, OASA.

Toutefois, l'art. 30a OASA, a permis de compléter le cadre légal déjà existant en réglant de manière spécifique et détaillée les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour à des personnes sans statut légal afin de leur permettre d'effectuer une formation professionnelle initiale. Ainsi, les chances de succès d'une telle demande pouvaient être évaluées concrètement par les intéressés. Cette disposition s'applique tant aux sans-papiers qu'aux requérants d'asile déboutés.

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 30a OASA, le SEM a approuvé 77 demandes initiales sur la base de l'art. 30a OASA (état au 29.2.24). Ce chiffre doit être relativisé par le fait qu'une part importante des jeunes sans-papiers ont été régularisés avec l'ensemble de leur famille en application des dispositions légales usuelles (art. 31 OASA). Par conséquent, le nombre de jeunes sans-papiers régularisés effectuant une formation professionnelle initiale est probablement plus important. Le SEM ne dispose pas de statistiques sur le nombre de refus prononcés par les autorités cantonales compétentes lorsque les personnes concernées ne remplissent pas les conditions légales de l'art. 30a OASA ou de l'art. 31 OASA.

Art. 30a, alinéa 1, lettre a, P-OASA

Désormais, la personne concernée doit avoir fréquenté l'école obligatoire en Suisse durant les deux dernières années précédant le dépôt de la demande d'autorisation de séjour et ce, de

façon ininterrompue (au lieu de cinq). Le requérant doit apporter la preuve, comme cela est le cas actuellement, qu'il a accompli les années de scolarité requises en Suisse.

Une durée minimale de scolarité en Suisse de deux ans est nécessaire afin de pouvoir prétendre remplir les critères d'intégration prévus par la LAsi, la LEI et l'OASA (art. 14, al. 2, let. c LAsi, art. 58a, al. 1 LEI, art. 30a, al. 1, let. d OASA et 31, al. 1, let. a OASA) pour l'obtention d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Il est notamment fait référence ici au temps nécessaire pour acquérir des compétences linguistiques nécessaires au suivi de l'école professionnelle. De plus, le développement de la motion précise que les critères actuels en matière d'intégration doivent être maintenus.

La modification proposée n'a pas incidence sur la durée de séjour minimale prévue par l'art. 14, al. 2 LAsi pour les requérants d'asile déboutés. En effet, seule la durée de scolarité en Suisse exigée par l'OASA est réduite.

Pour les sans-papiers, la proposition de réduire de cinq à deux ans la durée de la scolarité requise en Suisse, permet, en pratique, d'examiner, déjà après deux ans de scolarité obligatoire ininterrompue en Suisse, l'octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'accomplissement d'une formation professionnelle initiale. Néanmoins, l'octroi d'une telle autorisation de séjour après seulement deux ans de scolarité obligatoire en Suisse est possible uniquement si la personne concernée constitue un cas personnel d'une extrême gravité car elle remplit également les critères de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI et de la jurisprudence des Tribunaux fédéraux, notamment ceux liés à la durée de séjour préalable en Suisse usuellement requise pour les adolescents lors de l'examen de l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur (cf. ch. 1.2) et les autres conditions de l'art. 30a OASA.

La modification proposée vise uniquement une réduction de la durée de scolarité nécessaire en Suisse et n'entraîne pas, de manière générale, une réduction de la durée du séjour usuellement requise pour l'obtention d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur ni une modification des critères développés par la jurisprudence des Tribunaux fédéraux et la pratique du SEM dans ce domaine.

Le dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur doit intervenir dans un délai de deux ans après la fin des deux ans de scolarité obligatoire en Suisse (art. 30a, al. 1, let. a, P-OASA). L'augmentation du délai pour le dépôt de la demande de douze mois supplémentaires par rapport au droit actuel se justifie en pratique car il peut arriver que le jeune ait besoin de plus de douze mois afin de trouver une place de formation.

Néanmoins, ce délai de deux ans a pour but d'éviter que les jeunes attendent trop longtemps avant d'effectuer leurs recherches de place d'apprentissage. D'une manière générale, les personnes désirant effectuer une formation professionnelle initiale (ressortissants suisses ou étrangers) commencent leurs recherches au minimum un an - voire deux ans suivant les professions - avant la fin de leur scolarité obligatoire. Dès lors, s'ils commencent leurs recherches suffisamment tôt, ils pourront trouver une place pour débiter leur formation professionnelle dès la fin de leur scolarité obligatoire. Comme il est établi que les étrangers éprouvent en règle générale davantage de difficultés à trouver une place d'apprentissage que les ressortissants suisses, des démarches aussi précoces que possible en vue de trouver une telle place devraient relever de la responsabilité personnelle du principal intéressé.

Conformément à l'actuel art. 30a, al. 3 OASA, les conditions de séjour des parents et des frères et sœurs de la personne concernée doivent être examinées sous l'angle de l'art. 31 OASA (art. 30a, al. 3 OASA). Lors de l'examen de la demande, il faut toutefois prendre en compte la situation de l'ensemble de la famille.

5 Conséquences pour la Confédération et les cantons

La modification proposée entraîne un assouplissement des conditions d'admission actuelles. Il faut donc s'attendre à une certaine augmentation du nombre de demandes déposées auprès des cantons et du SEM et de la charge de travail afférente. Pour les sans-papiers, cette augmentation ne peut pas être déterminée précisément car il n'existe pas de données statistiques en la matière, vu l'illégalité de leur séjour en Suisse. Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 30a OASA (en 2013) le SEM a approuvé 77 demandes initiales sur la base de l'art. 30a OASA (état au 29.2.24). Ce chiffre doit être relativisé car une part importante des jeunes sans-papiers ont été régularisés avec l'ensemble de leur famille en application des dispositions légales usuelles (art. 31 OASA). Par conséquent, le nombre de jeunes sans-papiers régularisés effectuant une formation professionnelle initiale est certainement plus important.

En ce qui concerne les requérants d'asile déboutés, seule une estimation peut être faite au regard du nombre de personnes mineurs au bénéfice de l'aide d'urgence. Au quatrième trimestre 2022, 186 personnes nées entre 2002 et 2007 (soit âgées de 15 à 20 ans) étaient au bénéfice de l'aide d'urgence pour des demandes d'asile déposées entre 2018 et 2022 (au total 2'147 personnes). Sur le nombre de personnes potentiellement concernées par un assouplissement des conditions d'admission, il n'est pas possible de définir quelle est la proportion de personnes qui, d'une part, souhaitent effectuer une formation professionnelle initiale et, d'autre part, rempliraient les conditions d'admission (art. 14, al. 2 LAsi, art. 30a. al. 1, let. a, P-OASA).

6 Aspects juridiques

La présente modification se fonde sur l'art. 121, al. 1, de la Constitution (Cst.)², qui donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'entrée en Suisse, de sortie, de séjour et d'établissement des étrangers ainsi que d'octroi de l'asile. La modification proposée concerne une disposition d'exécution de la LEI et de la LAsi (art. 30, al. 1, let. b LEI et art. 14, al. 2 LAsi) visant à préciser les conditions d'admission applicables à l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur en vue d'effectuer une formation professionnelle initiale. La modification proposée est compatible avec la Constitution fédérale et les obligations internationales de la Suisse.

² RS 101.