

Paris, le 23 janvier 2017

Décision du Défenseur des droits n° MDE-2017-040

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code de la justice administrative ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu le code du travail ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels (NOR : JUSF1602101C) ;

Saisi par Maître X, agissant au nom de son client, Y ;

Décide de présenter les observations ci-jointes devant le juge des référés du tribunal administratif de Z, saisi dans le cadre d'un référé-suspension.

Jacques TOUBON

<p style="text-align: center;">Observations devant le juge des référés du tribunal administratif de Z présentées en application de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011</p>

Le Défenseur des droits invite le juge des référés du tribunal administratif de Z, **saisi dans le cadre d'un référé-suspension**, à prendre connaissance de l'ensemble des observations suivantes.

REMARQUES LIMINAIRES

Compte tenu des brefs délais existants entre la saisine de l'institution et la date d'audience, le Défenseur des droits n'a pas été en mesure de mener une instruction contradictoire dans cette affaire. Par suite, il présente ses observations uniquement sur des éléments de droit.

OBSERVATIONS

Il résulte des éléments communiqués au Défenseur des droits que le jeune Y, mineur non accompagné de nationalité A, confié sur décision du juge des enfants à l'aide sociale à l'enfance, puis confié à la tutelle du conseil départemental de B, a signé un contrat d'apprentissage le 6 novembre 2016 afin d'intégrer une formation au sein d'un centre de formation d'apprentis (CFA).

Il indique s'être présenté le 3 novembre 2016 aux services de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) Unité territoriale de C en vue d'obtenir une autorisation de travail nécessaire à son inscription au CFA.

Par courrier du 16 décembre 2016, le directeur de la DIRECCTE a refusé la délivrance de ce document indiquant que la demande devait être appréciée au regard des critères de l'article L. 313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Y, par l'intermédiaire de son administrateur ad'hoc désigné par le juge des tutelles de D, a saisi le tribunal administratif de Z dans le cadre d'un référé-suspension.

Au vu de la position de la DIRECCTE, développée notamment dans son courrier du 16 décembre 2016, concernant l'octroi des autorisations de travail aux mineurs isolés étrangers pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans et désirant conclure un contrat d'apprentissage, le Défenseur des droits souhaite présenter les observations suivantes.

L'article L. 521-1 du code de justice administrative prévoit que « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

Au vu de ces dispositions, un recours en référé suspension suppose deux conditions pour être retable : l'urgence, et une atteinte grave et un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée.

- Sur la condition de l'urgence

Le directeur du centre de formation des apprentis (CFA) de E, établissement que souhaite intégrer Y, indique que la date limite pour intégrer le CFA était fixée au 21 décembre 2016 et que l'inscription de ce jeune nécessite une dérogation auprès de l'inspection académique. Or, il précise que plus le temps passe plus les chances d'obtention de cette dérogation s'amenuisent. D'autre part, cette dérogation ne pourra être accordée qu'une fois en possession d'une autorisation de travail.

Par ailleurs, Y dispose actuellement d'une proposition d'embauche en contrat d'apprentissage par F. En l'absence de possibilité de valider ce contrat avec lui dans les meilleurs délais, l'employeur pourrait renoncer à la candidature d'Y qui se trouverait alors dans l'impossibilité de suivre sa formation professionnelle, rien ne lui garantissant de trouver rapidement une nouvelle société susceptible de l'employer.

L'absence d'intégration rapide dans une formation professionnelle qualifiante réduit, par ailleurs, les possibilités pour ce jeune de se voir accorder par le conseil départemental une prestation d'accueil jeune majeur lors de son passage à la majorité. En effet, l'octroi de cette prestation est largement conditionné par les conseils départementaux à un projet d'insertion professionnelle et/ou de formation bien établi, qui se traduit par la poursuite d'une formation professionnelle qualifiante dans laquelle la personne s'est investie depuis de nombreux mois, voire plusieurs années. L'absentéisme scolaire, l'absence de formation ou de démarches sérieuse d'insertion sont des motifs récurrents de refus d'accueil jeune majeur. Ainsi, si Y devait attendre la prochaine année scolaire pour débiter sa formation, il ne pourrait, au moment de sa majorité en décembre 2017, justifier que de quelques mois de formation professionnelle, ce qui est de nature à compromettre son accès à une prestation d'accueil jeune majeur.

Le Défenseur des droits considère que ces éléments sont de nature à caractériser une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

- Sur la légalité de la décision attaquée

Conformément à l'article L.5221-5 du code du travail, les étrangers qui souhaitent travailler en France doivent disposer d'une autorisation de travail, qu'ils soient majeurs ou mineurs.

En vertu de l'alinéa 2 dudit article, « *L'autorisation de travail est accordée de droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée. [...]* ».

L'article R.5221-22 du code du travail suscite néanmoins une confusion en précisant que :

« Lorsque l'autorisation de travail est demandée en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de professionnalisation, la situation de l'emploi ne peut être opposée à la demande d'un étranger qui a été pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance mentionné à l'article L.221-1 du code de

l'action sociale et des familles avant qu'il ait atteint l'âge de seize ans et qui l'est toujours au moment où il présente sa demande.

La situation de l'emploi ne peut être opposée lorsque l'autorisation de travail est demandée par un étranger confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, dès lors qu'il satisfait les conditions fixées à l'article L.313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour obtenir la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L.313-10 du même code et portant la mention " salarié " ou la mention " travailleur temporaire ". »

Certaines préfectures déduisent de la lecture de ce texte que :

- Les mineurs isolés étrangers pris en charge par l'aide sociale à l'enfance avant 16 ans et qui souhaitent la délivrance d'une autorisation de travail en vue de suivre une formation sous contrat d'apprentissage ou de professionnalisation relèvent du premier alinéa de cet article, qui indique que la situation de l'emploi ne peut leur être opposable. La DIRECCTE examine ainsi leur demande d'autorisation de travail sans aucune prise en compte de leur situation administrative au regard du séjour.
- Les mineurs isolés étrangers pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après 16 ans et qui souhaitent la délivrance d'une autorisation de travail en vue de suivre une formation sous contrat d'apprentissage relèvent du second alinéa de cet article. Leur situation administrative au regard du séjour va être examinée préalablement à leur demande d'autorisation de travail.

S'agissant des mineurs pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après 16 ans, les pratiques des préfectures diffèrent.

Pour certaines, l'examen de la situation administrative au regard du droit au séjour tel que prévu à l'article L.313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), visé à l'article R.5221-22 alinéa 2 du code du travail, ne conditionne pas le droit à autorisation de travail mais la façon dont ce droit sera examiné, c'est-à-dire de manière assouplie ou en prenant compte ou non de la situation de l'emploi dans le département.

Pour d'autres préfectures, le droit au séjour à la majorité dont pourra se prévaloir le jeune conditionne directement le droit à obtenir une autorisation de travail.

La circulaire interministérielle du 25 janvier 2016¹ retient d'ailleurs cette pratique puisqu'elle précise que « *le mineur isolé, pris en charge par l'ASE après l'âge de 16 ans, doit se présenter à la préfecture de son lieu de résidence pour un examen de sa situation administrative au regard du séjour. Lorsque la préfecture estime que l'intéressé peut être regardé comme remplissant les conditions prévues à l'article L.313-15, elle transmet la demande d'autorisation de travail à la DIRECCTE qui procèdera alors à un examen assoupli de la demande d'APT, sans opposer la situation de l'emploi* ». A contrario, les mineurs ne remplissant pas les conditions prévues à l'article L.313-15 ne verront donc pas leur demande d'autorisation provisoire de travail transmise à la DIRECCTE et examinée.

Cette analyse semble toutefois erronée.

¹ Circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels (NOR : JUSF1602101C)

En effet, il résulte de la combinaison des dispositions des articles L.5221-5, R.5221-1, R.5221-3, R.5221-6 du code du travail et L.313-13 du CESEDA que, pour conclure un contrat d'apprentissage, un étranger non ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne devra être en possession :

- d'une carte de résident, en application de l'article L.314-4 du CESEDA ;
- d'une carte de séjour temporaire portant la mention vie privée et familiale, en application des articles L.313-8, quatrième alinéa, L.313-12 et L.316-1 du même code ou le visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois mentionné aux 4° et 11° de l'article R.311-3 du même code ;
- d'un récépissé de première demande ou de demande de renouvellement d'un titre de séjour portant la mention autorise son titulaire à travailler ou l'autorisation provisoire de séjour mentionnée à l'article L.311-11 du même code ;
- d'une autorisation provisoire de travail, d'une durée maximum de douze mois renouvelables, qui peut être délivrée à l'étranger appelé à exercer chez un employeur déterminé une activité présentant par sa nature ou les circonstances de son exercice un caractère temporaire, ne relevant pas des autres autorisations de travail précitées;
- d'un contrat de travail ou la demande d'autorisation de travail visés par le préfet, dans l'attente de la délivrance des cartes de séjour mentionnées aux 5°, 6°, 7°, 8° et 9° ;
- d'un visa d'une durée supérieure à trois mois prévu au 3° bis de l'article R.311-3 du même code.

Toutefois, s'agissant des étrangers mineurs pris en charge par l'aide sociale à l'enfance, le droit français ne prévoit pas la possibilité de leur octroyer un titre de séjour, sauf l'hypothèse de délivrance anticipée d'un titre de séjour prévue à l'article L.311-3 du CESEDA pour ceux pris en charge avant leurs 16 ans qui souhaitent exercer une activité professionnelle salariée.²

Dès lors qu'un mineur isolé étranger, pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après ses 16 ans, ne peut obtenir pendant sa minorité un titre de séjour valant autorisation de travail, il devra, pour conclure un contrat d'apprentissage, obtenir la délivrance d'une autorisation provisoire de travail.

Les conditions de droit commun de délivrance des autorisations provisoires de travail relèvent de l'article R.5221-20 du code du travail. Ainsi, le préfet prend notamment en compte la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique pour lesquelles la demande est formulée.

Toutefois, en vertu de l'article L.5221-5 alinéa 2 du code du travail, « *L'autorisation de travail est accordée de droit à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée. [...] ».*

Or, il apparaît que les mineurs isolés étrangers doivent être considérés comme autorisés à séjourner en France pour l'application de cet article.

² L'article L.313-11 2° bis du CESEDA prévoit à cet égard la possibilité de délivrer de manière anticipée la carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " « *A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance et sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. La condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée ; »*

En effet, il résulte de l'article L.311-1 du CESEDA que « *tout étranger âgé de plus de dix-huit ans qui souhaite séjourner en France doit, après l'expiration d'un délai de trois mois depuis son entrée en France, être muni d'une carte de séjour* ».

Conformément à cette disposition, l'obligation de détenir un titre de séjour ne concerne que les étrangers de plus de 18 ans. Dès lors, le mineur étranger, qu'il soit isolé ou non, n'est pas tenu de disposer d'un titre de séjour et l'irrégularité de son séjour ne peut lui être opposée. A cet égard, les articles L.511-4 1° et L.521-4 du CESEDA prévoient que les services de l'Etat ne peuvent l'éloigner du territoire français.

Dès lors, il résulte des dispositions susvisées que les mineurs isolés étrangers sont autorisés à séjourner en France sans avoir à détenir un titre de séjour et doivent bénéficier de l'application des dispositions prévues à l'article L.5221-5 du code du travail précité.

Ainsi, une autorisation de travail doit leur être accordée de plein droit dès lors qu'ils sont autorisés à séjourner en France du simple fait de leur minorité et sans qu'ils aient à solliciter au préalable un quelconque titre de séjour.

Plusieurs circulaires et notes officielles interprètent le droit de cette manière et confortent l'analyse du Défenseur des droits.

Ainsi, peut-on citer, notamment, la circulaire n°452 du ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement du 5 octobre 2005³ qui ne prévoit en aucune de ses dispositions l'obligation pour le mineur étranger de détenir un titre de séjour pour obtenir l'autorisation de travail nécessaire à la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation.

La note de la Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle (D.G.E.F.P.) du 3 mars 2010 relative à la mise en œuvre du contrat de professionnalisation précise également que « *les ressortissants étrangers mineurs sont dispensés de titres de séjour et sont par suite éligibles au contrat d'apprentissage et de professionnalisation. Une autorisation de travail leur sera néanmoins délivrée* ».

Très récemment, l'annexe 8 de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 précitée rappelle, concernant l'accès à la formation professionnelle du mineur isolé pendant sa minorité, que « *En raison de sa minorité, la délivrance de l'autorisation de travail pour pouvoir suivre sa formation professionnelle n'est pas subordonnée à la détention d'un titre de séjour* ».

Dès lors qu'aucun titre de séjour n'est nécessaire aux mineurs isolés étrangers pour conclure un contrat d'apprentissage, le motif tiré de l'irrégularité de séjour ne peut, en vertu de l'article L.5221-5 alinéa 2, leur être opposé.

Or, s'agissant des mineurs isolés étrangers pris en charge par les services d'aide sociale à l'enfance après leurs 16 ans, la circulaire du 25 janvier 2016, qui paraît encourager les pratiques des préfetures exposées ci-dessus, pose d'autres conditions qu'elle tire d'une interprétation qui semble erronée de l'article R.5221-22 alinéa 2 du code du travail.

En vertu du principe de la hiérarchie des normes, un décret doit nécessairement être conforme à la loi.

³ Circulaire n°452 du ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement du 5 octobre 2005, NOR : SANN053096C relative à la délivrance d'autorisations de travail aux mineurs et jeunes majeurs étrangers isolés en vue de conclure un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation

Par suite, l'alinéa 2 de l'article R.5221-22 du code du travail, introduit par le décret n°2011-1049 du 6 septembre 2011, ne saurait être contraire à l'alinéa 2 de l'article L.5221-5 du code du travail, qui prévoit l'octroi de plein droit de l'autorisation de travail à l'étranger autorisé à séjourner en France pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage, introduit par la loi n°2009-1437 du 24 novembre 2009.

Ainsi, la seule interprétation possible de l'alinéa 2 de l'article R.5221-22 qui ne soit pas incompatible avec l'article L.5221-5 du même code consiste à considérer qu'il s'applique aux jeunes isolés étrangers devenus majeurs qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour sur le fondement de l'article L.313-15 du CESEDA.

Plusieurs arguments vont en ce sens.

L'article R.5221-22 du code du travail dispose :

« Lorsque l'autorisation de travail est demandée en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou d'un contrat de professionnalisation, la situation de l'emploi ne peut être opposée à la demande d'un étranger qui a été pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance mentionné à l'article L.221-1 du code de l'action sociale et des familles avant qu'il ait atteint l'âge de seize ans et qui l'est toujours au moment où il présente sa demande.

La situation de l'emploi ne peut être opposée lorsque l'autorisation de travail est demandée par un étranger confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans, dès lors qu'il satisfait les conditions fixées à l'article L.313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour obtenir la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L.313-10 du même code et portant la mention " salarié " ou la mention " travailleur temporaire ". »

Il convient au préalable de noter que le premier alinéa de cet article a été introduit par un décret du 7 mars 2008, alors que le second a été ajouté postérieurement, par un décret du 6 septembre 2011.

L'article R.5221-22 alinéa 2 du code du travail ne fait pas expressément référence aux contrats d'apprentissage ou de professionnalisation, à l'inverse de l'alinéa 1. Il traite des autorisations de travail en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre principal et ne s'adresse pas uniquement aux jeunes en apprentissage.

Par ailleurs, à l'inverse de l'alinéa premier, ce second alinéa ne mentionne pas la nécessité d'être toujours pris en charge par les services de l'aide sociale à l'enfance au moment de l'examen de la demande d'autorisation de travail.

L'alinéa 2 de l'article R.5221-22 du code du travail prévoit l'inopposabilité de la situation de l'emploi lorsque l'étranger qui « *satisfait les conditions fixées à l'article L.313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pour obtenir la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L.313-10 du même code* ». Or, l'article L.313-15 du CESEDA prévoit la délivrance d'un titre de séjour « *dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, à l'étranger qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et qui justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle, sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation (...)* ».

L'applicabilité de ces dispositions aux jeunes isolés étrangers devenus majeurs qui sollicitent un titre de séjour est confirmée par le fait qu'elles ont été introduites par le décret n°2011-1049 du 6 septembre 2011. Or, ce décret relatif aux titres de séjour a été pris pour l'application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité et, laquelle vise notamment, en introduisant l'article L.313-15 du CESEDA, à

mettre en place un nouveau cas d'admission exceptionnelle au séjour pour les mineurs isolés étrangers confiés à l'aide sociale à l'enfance entre seize et dix-huit ans et devenus majeurs. Les débats parlementaires relatifs à l'adoption de ce texte sont, à cet égard, sans équivoque.

Ainsi, l'alinéa 2 de l'article R5221-22 du code du travail doit être vu comme rendant inopposable la situation de l'emploi à l'étranger qui, dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, sollicite un titre de séjour prévu au 1° de l'article L.310 du CESEDA sur le fondement de l'article L.313-15 du même code et qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle, sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, de la nature de ses liens avec sa famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française.

Outre qu'elle serait contraire aux principes de la hiérarchie des normes, une interprétation différente de ce texte ne semble pas pouvoir être retenue dans le sens où elle le priverait de tout effet. Il n'est en effet pas possible pour un jeune mineur de remplir la condition retenue à l'article L.313-15 du CESEDA en vertu de laquelle il doit justifier suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle pour se voir délivrer une autorisation de travail lui permettant de conclure un contrat d'apprentissage alors qu'il ne pourra conclure ce contrat d'apprentissage qu'une fois l'autorisation de travail délivrée.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance du juge des référés du tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON