

Paris, le 21 juin 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-153

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 la convention relative aux droits de l'enfant ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le code du travail ;

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

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

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 de plusieurs réclamations concernant des mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans et rencontrant des difficultés pour obtenir une autorisation provisoire de travail nécessaire à l'accomplissement d'une formation professionnelle dans le cadre d'un contrat d'apprentissage ;

Recommande au ministère de l'Intérieur et au ministère du Travail la modification de l'annexe 8 de 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) en ce qu'elle impose aux mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans de se présenter à la préfecture de leur lieu de résidence pour un examen préalable de leur situation administrative au regard du séjour avant toute délivrance d'une autorisation de travail en vue de conclure un contrat d'apprentissage ;

Recommande au ministère du Travail la modification de l'article R.5221-22 du code du travail afin de clarifier le fait qu'il s'applique aux mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans et devenus majeurs au moment de leur demande ;

Recommande enfin au ministère de l'Intérieur d'adresser une note interne à l'ensemble des préfets sur le territoire national afin de réaffirmer le caractère de plein droit de la délivrance d'une autorisation de travail aux mineurs non accompagnés désirant conclure un contrat d'apprentissage, qu'ils aient été pris en charge par l'aide sociale à l'enfance avant ou après leurs seize ans ;

Demande au ministre de l'Intérieur et au ministre du Travail de lui faire connaître, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, les suites qu'ils entendent y donner ;

Transmet pour information cette décision au Premier ministre, eu égard au caractère interministériel de la circulaire 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.

Jacques TOUBON

RAPPEL DES FAITS

Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations concernant des difficultés rencontrées par des mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans pour obtenir une autorisation de travail nécessaire à la conclusion d'un contrat d'apprentissage.

Les jeunes concernés étaient contraints de se rendre en préfecture pour un examen de leur situation administrative au regard de l'article L.313-15 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) avant de pouvoir éventuellement se voir délivrer par la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) l'autorisation de travail qui leur était nécessaire dans le cadre de leur contrat d'apprentissage.

En effet, 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 est venue entériner cette seconde pratique puisqu'elle indique expressément en son annexe 8 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.

Au vu des dispositions de cette circulaire, le Défenseur des droits a adressé, le 11 mars 2016, une note récapitulative au ministère de l'Intérieur et au ministère du Travail afin de solliciter leurs observations concernant cette problématique.

Dans un courrier en date du 22 juillet 2016, le ministère de l'Intérieur indiquait au Défenseur des droits considérer qu'un « *mineur isolé entré en France entre 16 et 18 ans n'est pas dans la même situation juridique que les autres mineurs au regard du séjour et par voie de conséquence de leur droit au travail et à la formation professionnelle* » et qu'ainsi, « *les dispositions de l'article R.5221-22 du code du travail, loin d'être contraires aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L.5221-5, les complètent donc afin d'établir les règles de délivrance de l'autorisation provisoire de travail à un mineur isolé étranger lorsqu'il peut être regardé comme remplissant les conditions d'insertion et d'intégration sur le territoire français prévues à l'article L.313-15 du CESEDA* ».

Le ministère de l'Intérieur considérait par ailleurs que « *Délivrer une autorisation provisoire de travail à un mineur, entré parfois à quelques mois de sa majorité, et qui ne remplit pas les conditions pour accéder à un titre de séjour, n'aurait pas de sens.* »

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)

La sollicitation du ministère du Travail est restée sans réponse malgré une relance en date du 5 décembre 2016.

ANALYSE JURIDIQUE

- Sur l'illégalité des dispositions de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016

La circulaire interministérielle du 25 janvier 2016, venue entériner des pratiques préfectorales existantes, conditionne l'octroi d'une autorisation de travail, pour les mineurs étrangers isolés pris en charge par l'ASE après l'âge de 16 ans qui souhaitent conclure un contrat d'apprentissage, aux conditions prévues à l'article L.313-15 du CESEDA.

Ainsi, la délivrance d'une autorisation provisoire de travail dépendra du caractère réel et sérieux de la formation professionnelle suivie pendant au moins six mois, de la nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine, de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion du jeune dans la société française et l'absence de menace pour l'ordre public que pourrait constituer sa présence en France.

La circulaire du 25 janvier 2016 fonde cette exigence sur l'article R.5221-22 du code du travail. Elle précise expressément à cet égard que « *Le second alinéa de l'article R. 5221-22 subordonne la délivrance de l'autorisation de travail à un examen préalable de la situation du mineur isolé au regard des dispositions de l'article L. 313-15 du CESEDA.* »

Pour ce faire, la circulaire se fonde sur une interprétation erronée de l'article R.5221-22 alinéa 2 du code du travail.

En effet, l'article R.5221-22 alinéa 2 du code du travail dispose que « *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 ".* »

En vertu du principe de la hiérarchie des normes, un décret doit nécessairement être conforme à la loi. 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, dans le respect de 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 du premier alinéa, le second 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 « *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 en application de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité, 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 lu 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, qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize et 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.

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

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 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.

Il résulte des dispositions susvisées que les mineurs isolés étrangers sont autorisés à séjourner en France sans avoir à détenir un titre de séjour. Dès lors, une autorisation de travail en vue de la réalisation d'une formation professionnelle en apprentissage doit leur être accordée de plein droit.

Cette position a récemment été confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat lequel a, par ordonnance du 15 février 2017, considéré que « *pour l'application des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 5221-5 du code du travail, les mineurs étrangers âgés de seize à dix-huit ans confiés au service de l'aide sociale à l'enfance doivent être regardés comme autorisés à séjourner en France lorsqu'ils sollicitent, pour la conclusion d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation à durée déterminée, une autorisation de travail. En application de ces dispositions, cette autorisation doit leur être délivrée de plein droit* »².

Au vu de ce qui précède, les dispositions de la circulaire interministérielle du 25 janvier 2016 visant à ce que la situation administrative d'un mineur non accompagné soit examinée au regard du séjour à sa majorité préalablement à toute délivrance d'une autorisation de travail en vue de la conclusion d'un contrat d'apprentissage sont contraires à l'article L.5221-5 du code du travail et donc illégales.

- Sur l'atteinte au droit à l'éducation

L'article 28 alinéa 1 de la convention relative aux droits de l'enfant dispose que « *Les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, et en particulier, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances (...) Ils rendent ouvertes et accessibles à tout enfant l'information et l'orientation scolaires et professionnelles* ».

Par ailleurs, en vertu de l'article 2 du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction.* »

L'égal accès à l'instruction est également garanti par le treizième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère celui de la Constitution de 1958.

² Conseil d'Etat, Juge des référés, 15 février 2017, 407355, Publié au recueil Lebon

Le code de l'éducation précise à cet égard que « *Tout enfant a droit à une formation scolaire qui (...) concourt à son éducation* ».

Ainsi, le droit à l'éducation est une liberté fondamentale largement protégée par les conventions internationales auxquelles la France est partie, ainsi que par le droit interne.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser à cet égard que « *Considérant que la privation pour un enfant (...) de toute possibilité de bénéficier d'une scolarisation ou d'une formation scolaire adaptée, selon les modalités que le législateur a définies afin d'assurer le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction, est susceptible de constituer une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, pouvant justifier l'intervention du juge des référés sur le fondement de cet article, sous réserve qu'une urgence particulière rende nécessaire l'intervention d'une mesure de sauvegarde dans les quarante-huit heures* ». ³

Conditionner l'examen et l'octroi d'une autorisation de travail aux conditions de l'article L.313-15 du CESEDA porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit à l'éducation dans la mesure où elle ne permet pas au jeune concerné de pouvoir s'inscrire dans un centre de formation professionnelle.

En effet, un mineur ne pourra pas 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 même qu'il ne pourrait conclure ce contrat d'apprentissage qu'une fois l'autorisation de travail délivrée.

De même, soumettre l'octroi d'une autorisation de travail et donc la possibilité pour un mineur d'effectuer un contrat d'apprentissage aux conditions telles que l'absence de menace à l'ordre public ou la nature des liens avec le pays d'origine, paraît une atteinte disproportionnée au droit à l'éducation.

Ce d'autant que l'apprentissage est souvent le seul mode de scolarisation envisagé et adapté pour des jeunes arrivés tardivement sur le territoire français, ne disposant ni de soutien familial, ni parfois d'un niveau scolaire leur permettant de poursuivre une scolarisation dans un cursus général.

Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Recommande au ministère de l'Intérieur et au ministère du Travail la modification de l'annexe 8 de 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) en ce qu'elle impose aux mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans de se présenter à la préfecture de leur lieu de résidence pour un examen préalable de leur situation administrative au regard du séjour avant toute délivrance d'une autorisation de travail en vue de conclure un contrat d'apprentissage ;

³ Conseil d'État, Juge des référés, 15/12/2010, 344729, Publié au recueil Lebon

- Recommande au ministère du Travail la modification de l'article R.5221-22 du code du travail afin de clarifier le fait qu'il s'applique aux mineurs non accompagnés pris en charge par l'aide sociale à l'enfance après leurs seize ans et devenus majeurs au moment de leur demande ;
- Recommande enfin au ministère de l'Intérieur d'adresser une note interne à l'ensemble des préfets sur le territoire national afin de réaffirmer le caractère de plein droit de la délivrance d'une autorisation de travail aux mineurs non accompagnés désirant conclure un contrat d'apprentissage, qu'ils aient été pris en charge par l'aide sociale à l'enfance avant ou après leurs seize ans ;
- Demande au ministre de l'Intérieur et au ministre du Travail de lui faire connaître, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, les suites qu'ils entendent y donner ;

Transmet pour information cette décision au Premier ministre, eu égard au caractère interministériel de la circulaire 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.

Jacques TOUBON

•