

Note juridique

À : Coordination Asile Vaud
De : M^e Christophe TAFELMACHER
Date : 26 juillet 2005

Quelle autorisation de travailler pour les personnes régies par la Loi sur l'asile ?

1 Base légale fédérale et son historique

Le siège de la matière se trouve à l'art. 43 de la Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31), qui a la teneur suivante :

Art. 43 Autorisation d'exercer une activité lucrative

1 Pendant les trois premiers mois qui suivent le dépôt de sa demande d'asile, le requérant n'a pas le droit d'exercer d'activité lucrative. Si une décision négative est rendue en première instance avant l'expiration de ce délai, le canton peut lui refuser l'autorisation d'exercer une activité lucrative pendant trois mois de plus.

2 Lorsqu'une demande d'asile a été rejetée par une décision exécutoire, l'autorisation d'exercer une activité lucrative s'éteint à l'expiration du délai fixé au requérant pour quitter le pays (délai de départ), même si cette personne a fait usage d'une voie de droit extraordinaire ou d'un moyen de recours et que l'exécution du renvoi a été suspendue. Si l'office prolonge ce délai dans le cadre de la procédure ordinaire, l'exercice d'une activité lucrative peut être autorisé.

3 Le département peut, en accord avec le Département fédéral de l'économie, habiliter les cantons à prolonger, au-delà du délai de départ, les autorisations d'exercer une activité lucrative de certaines catégories de personnes si des circonstances particulières le justifient.

4 Le requérant qui est autorisé à exercer une activité lucrative conformément aux dispositions de la police des étrangers ou qui participe à des programmes d'occupation d'utilité publique ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de travailler.

Ce système prévoit ainsi une interdiction de travailler durant les trois premiers mois du séjour, laquelle peut être prolongée de trois autres mois. Il a été repris de l'Arrêté fédéral urgent sur la procédure d'asile du 22 juin 1990, le Conseil fédéral le jugeant concluant, car il aurait permis de « réduire sensiblement l'attrait de la Suisse en tant que pays d'asile » (Message du 4 décembre 1995, concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers », FF 1996 II p. 60, 95.088).

Quant au 2^{ème} alinéa, le projet de 1995 introduit la règle selon laquelle l'autorisation d'exercer une activité lucrative s'éteint avec l'expiration du délai de départ fixé lorsqu'une décision négative et

exécutoire a été rendue à l'issue de la procédure d'asile. Selon le Conseil fédéral, « *cette précision s'imposait suite aux diverses remarques des cantons relatives à l'insuffisance de la base légale par rapport à la pratique en vigueur* » (Message, *ibidem*).

Un 3^{ème} alinéa était censé tenir compte du fait que l'exécution du renvoi vers certains pays d'origine pouvait être bloquée à long terme. Dans ces cas, toujours selon le Conseil fédéral, « *pour éviter que les personnes concernées ne dépendent de l'assistance, le DFJP doit pouvoir, en accord avec le DFEP, habiliter les cantons à prolonger, pour ces catégories de personnes, les autorisations d'exercer une activité lucrative, et ce, bien qu'une décision négative et exécutoire ait été rendue à l'issue de la procédure d'asile et que le délai de départ fixé soit écoulé* » (Message, *ibidem*).

Les débats dans les deux Chambres ont surtout porté sur l'interdiction de travailler initiale, que certains voulaient rendre générale et absolue, alors que d'autres proposaient de la porter à six mois. L'argument présenté est toujours celui de la réduction de l'attractivité du pays. On a rétorqué à cela les principes humanitaires et le risque de discrimination du côté de la gauche. Du côté de la droite, on s'est satisfait du projet du Conseil fédéral, estimant que l'interdiction initiale était bienvenue, mais qu'elle ne devait pas se prolonger pour éviter l'oisiveté forcée d'une part, et les réactions négatives de la population d'autre part (LEUBA, Conseil national, 16 juin 1997). Tant le Conseil national que celui des Etats se sont ainsi ralliés pour l'essentiel au système proposé.

Point important, bien que peu débattu en plénum : le Conseil national souhaitait au 2^{ème} alinéa lier la prolongation de l'autorisation de travailler à la prolongation du délai de départ par l'Office fédéral. Il s'agissait d'amoindrir le principe absolu de l'extinction à la fin de la procédure d'asile. Une divergence a alors surgi avec le Conseil des Etats qui craignait de créer un automatisme dangereux. Finalement, malgré un plaidoyer d'une minorité de gauche, qui se référait à la situation des Kosovars déboutés mais dont le renvoi ne pouvait être exécuté depuis une longue durée (BÄUMLIN, Conseil national, 10 juin 1998), la majorité du Conseil national s'est ralliée à une version souple : en cas de prolongation du délai de départ, la prolongation de l'autorisation de travailler reste possible, mais pas automatique. Dans son intervention, le Conseiller fédéral Arnold KOLLER a souligné qu'il y avait consensus entre les deux Chambres sur la possibilité, dans des cas individuels, de prolonger l'autorisation de travailler lorsque l'office fédéral avait prolongé le délai de départ ; c'est uniquement l'automatisme entre prolongation du délai de départ et celle de l'autorisation de travailler qui posait problème.

Apparemment, le 3^{ème} alinéa a peu fait l'objet de débats, si ce n'est indirectement, dans le cadre des discussions autour du système général de l'interdiction de travailler. Personne ne semble avoir contesté le fait qu'il puisse se présenter des situations où des circonstances particulières pouvaient justifier la prolongation de l'autorisation de travailler malgré une décision de départ définitive. A l'époque, il est vrai que les exemples des Kosovars, bloqués pendant des années par l'attitude obstinée du gouvernement yougoslave, ou celui des Tamouls du Sri Lanka, dont le retour n'était pas franchement désiré par leurs autorités d'origine, étaient présents dans tous les esprits.

On voit donc se dégager un principe censé diminuer l'attractivité de la Suisse, d'une part en ne permettant pas un accès immédiat au marché du travail lors de l'arrivée, d'autre part en ne permettant pas une prolongation automatique de l'autorisation de travailler après décision définitive, ceci officiellement pour éviter que les personnes n'entament des procédures extraordinaires dans ce seul but (voir notamment KOLLER, Conseil national, 10 juin 1998).

Toutefois, deux ouvertures sont ménagées. En premier lieu, la possibilité pour l'office fédéral de prolonger le délai de départ, ce qui permet ensuite au canton d'autoriser l'exercice d'une activité lucrative. A noter toutefois qu'il ne s'agit que d'une possibilité, le canton restant libre d'agir à sa guise : les juristes attachés aux droits fondamentaux n'aiment pas ce genre de formulation

potestative, car elle donne une grande marge de manœuvre à l'autorité sans que l'administré puisse se prévaloir d'un droit. En second lieu, il existe la possibilité pour la Confédération de prendre des dispositions particulières pour certaines catégories de personnes, ce qui permet aux cantons d'interpeller le Département fédéral de justice en police dans ce sens.

2 Droits fondamentaux

Deux textes internationaux consacrent le droit au travail : art. 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Toutefois, la Constitution fédérale ne garantit que la liberté économique, qui entraîne le libre choix de l'activité économique en son art. 27, 2^{ème} alinéa. Elle interdit le travail forcé ou obligatoire, mais il n'en résulte pas un droit au travail : le constituant fédéral a expressément refusé de consacrer ce droit social (Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, volume II, les droits fondamentaux*, Berne 2000, n° 652, p. 337).

Les cantons ont la possibilité d'offrir dans leurs constitutions respectives des droits fondamentaux plus étendus que la Confédération. Toutefois, le canton de Vaud n'a pas fait usage de cette faculté en ce qui concerne le droit au travail (Christelle LUISIER BRODARD, *Les droits fondamentaux, in : La Constitution vaudoise du 14 avril 2003*, Pierre MOOR Editeur, Berne 2004, pp. 95-96 et note 35). Ainsi, l'art. 26 de la récente Constitution vaudoise ne garantit, à l'instar de sa grande sœur fédérale, que la liberté économique, le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

3 Réglementation vaudoise

Par arrêté du 1^{er} mai 1996, abrégé par la suite AALPA, le Conseil d'Etat vaudois a réglementé l'activité lucrative provisoire des personnes ayant présenté une demande d'asile et des étrangers admis à titre provisoire. L'article 2 AALPA prévoyait alors ceci :

Les requérants d'asile dont la demande a été enregistrée dans le Canton de Vaud ne sont pas autorisés à y exercer une activité lucrative provisoire durant les trois premiers mois qui suivent le dépôt de la demande et dès décision définitive et exécutoire de rejet d'asile ou d'admission provisoire.

Puis, le 3 décembre 2001, le gouvernement a modifié l'AALPA, en supprimant l'interdiction à la fin de la procédure. L'article 2 a alors la teneur suivante :

Les requérants d'asile dont la demande a été enregistrée dans le canton de Vaud ne sont pas autorisés à y exercer une activité provisoire durant les trois premiers mois qui suivent le dépôt de la demande.

C'est toujours cette teneur qui apparaît sur le site de l'Etat de Vaud, l'AALPA étant désormais classé au recueil systématique sous la référence 142.21.1. Cet arrêté précise également dans son dernier article que son exécution est confiée au DIRE, mais sans que ce dernier département n'ait la compétence d'en modifier la teneur.

D'ailleurs, le 1^{er} janvier 2002, le DIRE a émis une Directive « *concernant l'exercice d'une activité lucrative provisoire des requérants d'asile faisant l'objet d'une décision de renvoi* », précisant la portée et le sens de la modification de l'AALPA, ainsi que les modalités d'application. Il est intéressant d'apprendre que celle-ci résulte d'une discussion approfondie au sein du gouvernement et que c'est donc en pleine connaissance de cause que ce dernier a décidé d'autoriser la poursuite du travail pour les déboutés de l'asile. On note également que la directive, reprenant d'ailleurs l'art. 5 AALPA, rappelle l'obligation de l'employeur de procéder au prélèvement à la source de la retenue de 10% destinée à être versée sur le compte de sûretés du demandeur d'asile concerné ouvert auprès de l'Office fédéral.

En conséquence de ces deux normes juridiques, de nombreuses personnes ont été autorisées à poursuivre leur activité lucrative dans le canton de Vaud, même après une décision de départ définitive. Si cette situation n'était pas systématique – on a vu des cas où l'autorisation de travailler a été curieusement retirée –, elle n'en était pas moins assez généralisée. Les ressortissants kosovars, bosniaques, éthiopiens ou érythréens en ont bénéficié.

Le 28 avril 2005, le Département des institutions et des relations extérieures (DIRE), dont le chef est Monsieur Jean-Claude MERMOUD, a annoncé un complet revirement en publiant un communiqué de presse, disant en résumé ceci :

Les requérants d'asile dont la décision de renvoi est entrée en force ne pourront plus exercer d'activité lucrative dans le Canton. Le Département des institutions et des relations extérieures (DIRE) adapte ainsi la pratique cantonale en matière de travail de requérants à la loi fédérale sur l'asile (LAsi). Cette décision ne touche pas le groupe de requérants concernés par la suspension des mesures de contrainte décidée en janvier 2005.

C'est le lieu de rappeler le principe de la suprématie de la loi, qui comprend celui de la hiérarchie des normes : l'autorité qui a édicté des normes est tenue de les respecter, de même que le parlement doit se conformer aux lois qu'il a votées. D'autre part, en vertu du principe du parallélisme des formes, l'autorité ne peut réviser valablement ses actes que selon la procédure et la forme dans lesquelles ils ont été adoptés ; il n'est pas interdit de déléguer la compétence de modifier ou d'abroger une norme, mais ceci doit alors figurer dans la norme de délégation elle-même (sur ces points : AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, volume I, L'Etat*, Berne 2000, n° 1725-1732, pp. 608-611, spéc. n° 1728 et 1729 p. 609). Dans le cas qui nous occupe, l'AALPA précise que le DIRE est autorité d'exécution seulement ; le Conseil d'Etat n'a pas donné à ce département la compétence de modifier ou d'abroger cet arrêté.

Quatre observations à ce stade :

- C'est bien un arrêté du gouvernement qui a expressément aboli l'interdiction de travailler pour les déboutés en 2001 : cette norme légale ne peut être modifiée ou abrogée que par la même autorité. Le DIRE n'a pas cette compétence de modifier ou d'abroger l'AALPA.
- Il est faux de parler d'une « pratique » cantonale comme le fait le DIRE dans son communiqué de presse, puisqu'il s'agit en réalité d'un arrêté du Conseil d'Etat, soit d'une norme juridique formelle.
- La pratique cantonale existait avant la modification de l'AALPA en décembre 2001 : celle-ci est donc venue la codifier et lui donner un fondement juridique cantonal. A noter en passant que nous sommes à ce moment-là quelques mois après le refuge de Bellevaux occupé par les Kosovars de « En 4 ans on prend racine ».
- Cela étant, l'AALPA ne donne pas aux déboutés un véritable droit à une autorisation de travailler, le SPOP n'étant donc pas contraint de l'accorder.

A noter aussi que le DIRE n'est pas totalement cohérent dans sa communication. En effet, après avoir affirmé être contraint par la législation fédérale, et donc fonder sa nouvelle politique sur son obligation de respecter le droit fédéral, il a écrit récemment à divers employeurs ou personnes concernées une lettre, parfois sous la signature du Chef de la Division asile du Service de la population (SPOP), parfois sous la signature du Chef de département en personne, qui se termine ainsi :

Nous ne pouvons dès lors qu'inviter XX à entreprendre dès maintenant les démarches concrètes visant à la préparation de son départ de Suisse, et vous informons que, dans ce cas de figure, nous serions disposés à l'autoriser à poursuivre son activité lucrative auprès de votre entreprise jusqu'à son départ.

Or, de deux choses l'une : ou bien le DIRE est contraint par une législation fédérale qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre, et alors on ne voit pas comment il serait possible de redonner une autorisation de travailler en raison des démarches concrètes entreprises ; ou alors la contrainte évoquée par le DIRE n'existe pas, et son communiqué de presse n'a pas de fondement.

4 Nature de l'acte juridique cantonal révoquant l'autorisation de travailler

Il faut se pencher également sur la manière dont le DIRE, respectivement le SPOP, a communiqué aux personnes et employés concernés l'interdiction de travailler. Selon les documents en notre possession, il s'agit d'un simple courrier constatant en premier lieu le rejet définitif de la demande d'asile et le fait que le délai de départ est échu, puis en second lieu invoquant directement l'art. 43 LAsi, pour déclarer en troisième lieu « *qu'à compter de ce jour, l'exercice d'une nouvelle activité lucrative n'est plus autorisé* » et annoncer en quatrième lieu « *la révocation de l'autorisation dont vous bénéficiez actuellement* ». Par la suite, un second courrier a été envoyé aux employeurs pour leur demander de mettre un terme aux rapports de travail dans un certain délai, en général le 31 juillet 2005.

La question qui se pose est de déterminer la nature de ces communications. L'enjeu est le suivant : s'il s'agit d'une décision administrative, alors celle-ci doit être prise selon des formes déterminées et elle doit pouvoir faire l'objet d'un recours afin qu'une autorité supérieure ou judiciaire en contrôle la conformité avec l'ordre juridique. Dans le cas contraire, soit s'il n'y a pas de décision, il n'y a pas non plus de possibilité de recourir. Cette question n'est en l'occurrence pas aussi simple à trancher qu'il n'y paraît.

D'un côté la formulation de la loi fédérale fait référence à l'extinction de l'autorisation de travailler dès que la décision de départ est devenue définitive. Le canton n'aurait plus à statuer, puisque le droit fédéral déclare cette extinction de manière automatique : il s'agirait alors uniquement d'exécuter des dispositions du droit fédéral. Dans les circulaires qu'il adresse aux cantons, l'Office fédéral tend à aller dans ce sens, notamment en mai 2002 lorsqu'il les prie « *de ne plus tolérer l'exercice d'une activité lucrative* ».

De l'autre côté, la Confédération n'est pas compétente en matière d'autorisation de travail. Les autorités fédérales se prononcent uniquement sur l'octroi de l'asile ou de l'admission provisoire, ainsi que sur le renvoi. Selon les dispositions de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers, applicables aux requérants d'asile, ces décisions sont prises par les autorités du marché de l'emploi et selon la procédure cantonale (art. 42 OLE), ceci pour vérifier l'application du principe de priorité dans le recrutement, mais aussi les conditions d'engagement. Dans le canton de Vaud, c'est en principe l'Office cantonal de la main d'œuvre et du placement qui rend ce genre de décisions, qui sont ensuite communiquées au SPOP. L'AALPA n'indique pas que cette procédure soit différente en ce qui concerne les demandeurs d'asile et personnes admises provisoirement. Or, l'autorisation de travailler, et surtout le refus d'autorisation, sont clairement des décisions qui sont sujettes à recours devant le Tribunal administratif.

Dans le cas qui nous occupe, on voit mal que l'acte par lequel le canton revient sur des autorisations de travailler accordées durant une période en général longue, et fondées sur un arrêté du Conseil d'Etat et une directive d'application du DIRE, ne soit pas considéré comme une décision. D'ailleurs, les courriers du SPOP font clairement mention de « *la révocation de l'autorisation* », expression qui suggère fortement que l'on parle d'une décision formelle.

Classiquement, la décision est définie comme étant un acte juridique unilatéral concret qu'une autorité prend en application du droit public (Pierre MOOR, *Droit administratif, volume II*, Berne, 2002, p. 152). Selon l'art. 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative, la décision est une mesure prise par une autorité dans un cas d'espèce, fondée sur le droit public et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations. Vue sous cet angle, la révocation d'une autorisation de travailler, accordée au surplus durant une longue période, remplit incontestablement ces critères : acte juridique unilatéral, fondé sur le droit public, intervenant dans un cas particulier, et annulant des droits accordés auparavant par cette même autorité.

Cette analyse rapide nous amène à pencher plutôt en faveur de la qualification de décision, ce qui signifie qu'une voie de recours aurait dû être offerte aux personnes concernées. Toutefois, la formulation de la LAsi génère un peu de confusion, par l'utilisation d'une expression – *l'autorisation (...) s'éteint* – qui ne suggère pas qu'une décision doive encore être rendue sur le plan cantonal. Les débats aux Chambres fédérales, comme le message du Conseil fédéral, ne nous éclairent pas sur ce point précis, qui n'a manifestement pas retenu l'attention des parlementaires. Le SPOP a privilégié la lecture la plus restrictive du point des droits des administrés. Le point mériterait en tous les cas une étude approfondie.

5 Principe de bonne foi

On a vu que le canton de Vaud a autorisé pendant plusieurs années de nombreux demandeurs d'asile déboutés à poursuivre leur activité lucrative, le Conseil d'Etat ayant ancré dans l'AALPA, puis le DIRE dans une directive d'application, ce qui était une pratique de son administration.

Dès lors, reprenant ici à notre compte les réflexions de M^e Minh Son NGUYEN, imposer en mai 2005 l'interdiction de travailler pour ces personnes paraît choquant au regard du principe de la bonne foi. La Constitution fédérale mentionne ce principe à deux endroits. Selon l'article 5, alinéa 3 Cst., « *les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.* » En outre, d'après l'article 9 Cst., « *toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.* »

La bonne foi est donc un élément essentiel à tout rapport juridique, car les parties « *doivent pouvoir placer une confiance mutuelle dans la véracité de leurs déclarations et l'exactitude de leurs comportements* » (Pierre MOOR, *Droit administratif, volume 1*, Berne 1994, p. 428).

Le droit à la protection de la bonne foi est un droit fondamental. Cette protection peut faire échec au principe de la légalité (Jean-François AUBERT / Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich-Bâle-Genève 2003, ad art. 9, n° 11, p. 97 ; Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, Bâle et Francfort sur le Main 1991, n° 512, p. 109 ; voir aussi ATF 118 Ia 384 ; RDAF 1990, p. 55 ; 1982, p. 137 ; ZBI 1973, p. 82 ; 1986, p. 228 ; 1993, p. 76).

Les personnes qui ont pu exercer une activité lucrative durant des mois, voire des années, malgré une décision de départ définitive, ont reçu une autorisation fondée sur un arrêté du Conseil d'Etat

et sur une directive d'application du DIRE. Leur situation était ainsi fondée sur des dispositions légales cantonales, dont on répète qu'elles ne semblent pas avoir été encore formellement abrogées. La législation, ainsi que l'attitude de l'administration, leur a permis de travailler et ainsi de s'intégrer de manière décisive.

Il faut également souligner que la situation était connue des autorités fédérales. Celles-ci en effet gèrent les comptes de sûretés sur lesquels sont versées la retenue de 10%. Il n'a ainsi pas pu échapper à leur attention que les personnes concernées étaient toujours autorisées à travailler par le canton de Vaud.

Au nom du principe de bonne foi, les déboutés sont ainsi fondés à placer leur confiance en l'Etat et à exiger de lui qu'il leur permette de préserver la situation acquise jusqu'à maintenant sans devoir faire appel à l'assistance publique. Réserve doit être faite pour les personnes qui n'auraient été que récemment autorisées à travailler, ou qui ne trouveraient un emploi que postérieurement au communiqué du DIRE, car elles ne pourraient pas se prévaloir d'une attitude ou de décisions de l'Etat ayant fait naître des attentes particulières.

6 Le cas particulier des ressortissants éthiopiens et érythréens

On a déjà signalé que certains déboutés ne peuvent pas rentrer, même volontairement, dans leur pays d'origine, car les autorités de celui-ci font obstruction et ne délivrent pas les documents administratifs nécessaires. C'était le cas pour les Kosovars de 1991 à 1998, la situation n'ayant évolué qu'après les tragiques événements de la guerre en 1999. C'était le cas aussi, pour les Tamouls du Sri Lanka, ce pays ne délivrant des laissez-passer qu'au compte-gouttes ; cette situation prévaut toujours aujourd'hui. Ceci a obligé les autorités suisses à prendre des dispositions particulières pour ces groupes de personnes.

La situation des Erythréens et des Ethiopiens est tout à fait exemplaire sur ce chapitre. L'Office fédéral a reconnu qu'il rencontrait des difficultés sérieuses depuis 1993 pour la mise en application des décisions de renvoi, ce qui l'avait amené à prolonger à plusieurs reprises les délais de départ de manière globale. Puis, il a émis une circulaire le 28 avril 1997 pour les Erythréens, le 26 septembre 1997 pour les Ethiopiens, constatant une impossibilité généralisée d'exécuter les renvois et considérant que cette exécution était suspendue, ce qui permettait de maintenir la possibilité pour les cantons d'autoriser la poursuite d'une activité lucrative.

Le 21 mai 2002, l'Office fédéral est revenu en arrière sur ces constatations et dispositions. Il affirme que l'art. 43 de la nouvelle LAsi, révisée après les circulaires susmentionnées, les a rendues caduques, sans toutefois expliquer en quoi. L'Office se base ensuite sur deux éléments : les autorités érythréennes et éthiopiennes délivreraient des laissez-passer en cas de retour volontaire ; les programmes d'aide au retour spécifiques n'ont pas rencontré un grand succès. Dès lors, l'Office estime être en droit de ne plus tolérer la poursuite d'une activité lucrative, apparemment pour exercer une contrainte sur les personnes visées et de les obliger à préparer un « retour volontaire ». L'incohérence de la position saute aux yeux, puisqu'on ne peut plus vraiment parler du caractère volontaire du retour lorsqu'il résulte d'une contrainte. Pour enfoncer le clou, l'Office fédéral précise qu'une réglementation particulière, en soi possible en vertu de l'art. 43, 3^{ème} alinéa LAsi, n'est pas envisagée.

Formellement du moins, les cantons n'avaient plus de marge de manœuvre après cette circulaire de 2002, puisque l'on en revenait au système de l'extinction de l'autorisation de travailler après décision de départ définitive, ce qui était précisément le cas pour les déboutés érythréens et

éthiopiens. Pourtant, on constate que le canton de Vaud, faisant application de l'AALPA, a laissé ces personnes poursuivre leur activité lucrative jusqu'en 2005.

On doit remettre en question la prétendue possibilité pour les déboutés érythréens et éthiopiens d'effectuer un retour volontaire.

Ainsi, pour les Ethiopiens, le *Kreisgericht de St. Gallen* a rendu un jugement le 10 juin 2005 concernant une Ethiopienne accusée de séjour illégal, indiquant ceci :

« *Hinzu kommt, dass die äthiopischen Behörden bei der Rückführung von Asylbewerbern die Mithilfe regelmässig verweigern (NZZ vom 9.6.2002, S. 9), generell keine Papiere (NZZ vom 3.4.2004 S. 14) und keine Ersatzreisedokumente ausstellen (Bericht des IMES, DFF, fedpol und Grenzwachtkorps vom 23.6.2004 zur illegalen Migration, D. 85, Anhang 21). Laut Bericht der Regierung des Kantons St. Gallen ist gegenwärtig eine Zusammenarbeit bei der Papierbeschaffung mit Äthiopien ‚praktisch ausgeschlossen‘ (Bericht der Regierung des Kantons St. Gallen an den Kantonsrat zum ‚Vollzug des Asylrechts im Kanton St. Gallen‘ vom 22.3.2005, S. 17). Diese Feststellungen decken sich mit den Erfahrungen, welche die Angeschuldigte am 6.6.2005 bei ihrer Vorsprache auf dem äthiopischen Konsulat in Genf gemacht haben will. Der Konsul habe ihr verärgert beschieden, dass sein Konsulat keine ‚Laisser-passer‘ ausstelle, und dass die Schweizer Behörden dies auch wüssten (vgl. Schreiben vom 9.6.2005; vor Gericht). »*

ST.2005.119-SG1E-DWE, ST.2005.9263 ; UR R. Stöckli.cons. 2, 3ème §. Nous remercions au passage M^e Minh Son NGUYEN qui nous a signalé cet intéressant arrêt.

Dans le cas d'espèce, *Kreisgericht St. Gallen* a constaté que la personne accusée ne pouvait pas se procurer des papiers nécessaires pour voyager, de manière légale, de la Suisse vers un autre pays. Elle se trouvait dès lors devant des obligations contradictoires : d'un côté quitter la Suisse et de l'autre côté obtenir des documents valables pour entrer légalement dans un autre pays. Et les deux obligations sont de même rang. Si elle reste en Suisse pour ne pas violer les dispositions sur l'entrée d'un autre pays, son séjour n'est pas illégal. Il est particulièrement intéressant de lire que les constats du tribunal découlent d'articles de journaux, ainsi que de rapports officiels récents émanant d'autorités fédérales et cantonales.

Il y a plus. On rappelle que l'Ethiopie est un pays composé d'une multitude d'ethnies différentes et qu'elle comprenait jusqu'en 1991 le territoire de l'actuelle Erythrée. Après avoir subi une longue lutte armée, le régime de MENGISTU Haile Mariam s'est effondré, ouvrant la voie à une redéfinition des frontières et à la création de l'Etat d'Erythrée. Les relations entre ces deux pays ont ensuite connu un tour dramatique, une guerre les ayant déchirés en 1998. De nombreuses personnes ayant un parent amhara et un autre érythréen ou tigréen vivent depuis fort longtemps en Ethiopie et ont dû affronter des difficultés, on le verra plus bas, à l'heure de se voir attribuer une nationalité.

Plusieurs rapports ont signalé les problèmes particuliers que connaissent, depuis 1999, les personnes n'ayant qu'un seul de leurs ascendants d'origine érythréenne et étant démunies de documents établissant leur nationalité : en Ethiopie, octroi au mieux d'une autorisation de séjour valable quelques mois avec privation des droits fondamentaux ; en Erythrée, enfermement dans des camps et difficultés d'accès au logement, au travail, à l'aide sociale et aux soins médicaux (Décision rendue par la Commission suisse de recours en matière d'asile, 1^{ère} Chambre, le 25 avril 2005, dans la cause 1 / N 396 413 / GE, et divers rapports cités au considérant 4.3, 4.5). Sans compter les difficultés liées à l'établissement de la nationalité, les constitutions de deux pays étant contradictoires et semant la confusion, les lois sur la nationalité étant au surplus appliquées arbitrairement (*ibidem*). On voit que, dans un tel contexte, il sera impossible d'obtenir en Suisse la

collaboration de ces mêmes autorités érythréennes ou éthiopiennes pour organiser un retour, fût-il « volontaire ».

Au vu de cette situation, dont on peut considérer qu'elle est suffisamment notoire pour être connue du canton de Vaud, ce dernier serait entièrement fondé à interpeller le Département fédéral de justice et police en vue de faire constater ces difficultés, voire cette impossibilité persistante d'organiser le retour des Ethiopiens ou des Erythréens, et d'obtenir que l'autorisation de travailler soit en tout cas possible pour ces deux catégories spécifiques de personnes, en vertu de l'art. 43, 3^{ème} alinéa LAsi.

7 Rapports entre droit privé et droit public

Il faut encore examiner les liens existant entre les aspects de droit privé, à savoir les relations juridiques découlant du contrat de travail passé entre les déboutés et leurs employeurs, et les aspects de droit public, à savoir l'interdiction de travailler qui a été communiquée, dans les conditions que l'on sait, à ces mêmes personnes.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le défaut de l'autorisation imposée par le droit public n'entraîne pas à lui seul la nullité du contrat de travail : une telle issue n'est justifiée qu'en cas d'intérêt public prépondérant, par exemple s'agissant de l'interdiction d'engager des mineurs ou pour certaines professions spécifiques (médecins, dentistes, etc.). Cette condition n'est pas réalisée lorsque l'emploi en cause n'exige une autorisation officielle qu'en raison de la nationalité étrangère du travailleur (ATF 122 III 110 consid. 4^e p. 116 ; 114 II 279 consid. 2d/aa p. 283).

La Haute Cour a estimé que sanctionner le défaut d'autorisation par la nullité du contrat de travail favoriserait l'employeur et entrerait en conflit avec l'impératif de protection de la partie la plus faible.

Pour les mêmes raisons, il a fait prévaloir dans un cas une disposition du droit public sur le contrôle des salaires, afin que les objectifs d'égalité de traitement avec la main-d'œuvre suisse et de protection des travailleurs étrangers ne soient pas détournés par des employeurs peu scrupuleux au détriment de travailleurs en position de faiblesse (ATF 122 III 110 précité).

Le contrat de travail conclu avec un étranger sans autorisation étant en principe valable, ce dernier doit donc bénéficier des mêmes droits que ceux accordés à un travailleur en situation régulière. Parmi ceux-ci, il y a celui de disposer du temps nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi, et donc le respect du délai de congé (RFJ 1996 p. 35).

De même, autre application du principe, lorsque le contrat a été conclu pour une durée déterminée, mais que, postérieurement à sa conclusion, l'employeur a reçu une autorisation de travail pour une durée plus courte, cette circonstance ne saurait en principe être interprétée comme une offre de modifier le contrat : en effet, les prescriptions de droit public n'ont, sauf exception, pas d'incidence sur les rapports contractuels entre parties (Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 octobre 1996, SJ 1997 p. 149).

Par contre, le Tribunal fédéral a aussi précisé que le défaut de l'autorisation exigée par le droit public peut justifier une résiliation immédiate des rapports de travail selon l'art. 337 CO (ATF 114 II 279, consid. 2c/dd, p. 284). Cette indication est toutefois formulée de manière potestative.

On peut donc considérer que l'employeur n'est pas libéré de toute obligation à l'égard du travailleur lorsque ce dernier se voit notifier une interdiction de travailler par le SPOP. Il est en principe tenu

de respecter le délai de congé et autres dispositions protectrices comme les périodes d'immunités de l'art. 336c CO (protection de la maternité par exemple). Les engagements contractuels ne sont donc pas devenus nuls automatiquement. Reste la possibilité d'une résiliation avec effet immédiat, dont le Tribunal fédéral n'a pas précisé les conditions de validité dans la situation particulière.

8 Conclusions

Ce survol des diverses dispositions applicables, placées dans leur contexte historique, nous amène à un résultat peu clair.

D'un côté, pour « *diminuer l'attractivité de la Suisse* », on a ancré dans la Loi sur l'asile le principe de l'interdiction de travailler, dans les trois premiers mois du séjour avec possibilité pour les cantons de prolonger de trois nouveaux mois sous certaines conditions, et dès qu'une décision de départ est devenue définitive.

De l'autre côté, on a expressément prévu des exceptions, soit au travers de la prolongation des délais de départ individuels par l'Office fédéral, soit au travers d'une réglementation générale pour des catégories de personnes, ces exceptions faisant consensus aux Chambres fédérales.

Le tout ménage les rapports complexes entre cantons et Confédération par l'utilisation de formules potestatives laissant une assez large marge de manœuvre aux administrations concernées.

Le canton de Vaud a utilisé cette marge de manœuvre en modifiant en 2001 l'AALPA, norme juridique adoptée par son gouvernement, en ne prévoyant explicitement que l'interdiction initiale de travailler à l'arrivée en Suisse. Le DIRE, chargé d'exécuter cette norme, a émis une Directive d'application dans ce sens. Ce département n'a cependant pas reçu la compétence pour la modifier ou pour l'abroger. Par contre, l'AALPA ne donne pas au demandeur d'asile un droit au travail.

Ces dispositions vaudoises ne semblent pas avoir respecté les circulaires fédérales en ce qui concerne les Ethiopiens et Erythréens à partir de mai 2002, puisque l'Office fédéral a informé les cantons vouloir en revenir au principe strict de l'interdiction de travailler à la fin de la procédure d'asile.

Mais les consignes fédérales apparaissent fondées sur des prémisses erronées (possibilité du retour vers l'Ethiopie ou l'Erythrée), voire sur des objectifs indéfendables (imposer un « retour volontaire » par la contrainte), ce qui justifierait largement une interpellation cantonale.

La « révocation de l'autorisation » de travailler communiquée par le SPOP aux personnes concernées doit être vue comme une décision au sens formel, encore que cette question puisse être controversée en raison de la formulation de la loi fédérale.

A ceci s'ajoute le principe de bonne foi, qui lie les autorités vaudoises par la tolérance dont elles ont fait preuve sur de longues années envers de nombreuses personnes autorisées à travailler malgré une décision de départ définitive.

Reste enfin l'articulation difficile entre le droit privé et le droit public, qui ne permet pas de considérer les contrats de travail comme nuls à partir de la communication de l'interdiction de travailler, mais qui pourrait permettre des résiliations avec effet immédiat.

Tout ceci nous paraît résumer très bien l'aberration auquel aboutit la politique d'asile en Suisse sur le plan humain, mais aussi sur le plan juridique, les objectifs de protection de la partie faible, partie au contrat ou victime de persécutions, étant clairement relégués à l'arrière plan par les autorités administratives préférant encourir le reproche d'arbitraire.

Christophe TAFELMACHER