

VD_OMNI PE.2007.0339 vom 19. Juni 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-06-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2007.0339

FR: VD_OMNI PE.2007.0339 du 19 juin 2008

IT: VD_OMNI PE.2007.0339 del 19 giugno 2008

Regeste

c/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | L'étranger venant accomplir en Suisse 11 mois de service civil bénévole qui reste subordonné contractuellement à l'entreprise prestataire de service (ayant son siège dans un Etat contractant) répond à la définition de travailleur détaché et est donc soumis aux art. 6 ss OLE. En l'espèce, le recourant ne remplit pas les exigences de personnel qualifié et il n'existe pas de motifs particuliers justifiant une exception au principe de recrutement prioritaire sur le marché suisse et européen. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La nouvelle loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 abroge et remplace l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) et le règlement d'exécution de la LSEE du 1^{er} mars 1949 (RSEE). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit. Simultanément, la nouvelle ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) abroge et remplace l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. La présente demande ayant été formulée avant le 1^{er} janvier 2008, le litige doit être examiné à l'aune des anciennes LSEE et OLE.

E. 2

A l'appui de ses écritures, la recourante fait valoir que A._____ ne peut pas être considéré comme un travailleur détaché dans la mesure où il est employé en qualité de bénévole, qu'il ne perçoit pas de salaire de l'organisme allemand qui l'a envoyé en Suisse mais seulement une indemnisation. De plus, la recourante se prévaut du fait que deux autres civilistes au moins (soit C._____ et D._____) ont obtenu une autorisation de séjour CE/AELE alors même qu'ils se trouvaient dans une situation identique à celle de A._____.

E. 3

L'art. 5 de l'Accord entre la Confédération Suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre-circulation des personnes entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 (ci-après : ALCP; RS 0.142.112.681) a la teneur suivante : " Art. 5 Prestataire de services (1) Sans préjudice d'autres accords spécifiques relatifs à la prestation de services entre les parties contractantes (y inclus l'accord sur le secteur des marchés publics pour autant qu'il couvre la prestation de services), un prestataire de services, y

compris les sociétés conformément aux dispositions de l'annexe I, bénéficie du droit de fournir un service pour une prestation sur le territoire de l'autre partie contractante qui ne dépasse pas 90 jours de travail effectif par année civile. (2) Un prestataire de services bénéficie du droit d'entrée et de séjour sur le territoire de l'autre partie contractante a) si le prestataire de services bénéficie du droit de fournir un service selon le par. 1 ou en vertu des dispositions d'un accord visé au par. 1; b) ou, lorsque les conditions mentionnées sous point a) ne sont pas remplies, si l'autorisation de fournir un service lui a été accordée par les autorités compétentes de la partie contractante concernée. (3) (...) (4) Les droits visés par le présent article sont garantis conformément aux dispositions des annexes I, II et III. Les limites quantitatives de l'art. 10 ne sont pas opposables aux personnes visées dans le présent article. L'art. 2 § 4 annexe I ALCP précise que les parties contractantes peuvent imposer aux ressortissants des autres parties contractantes de signaler leur présence sur le territoire. L'art. 9 al. 1^{er} de l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre-circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération Suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 (ci-après : OLCP, RS 142.203), précise qu'en cas de prise d'emploi sur le territoire suisse ne dépassant pas 3 mois par année civile ou de services fournis par un prestataire indépendant pendant 90 jours ouvrables ou plus par année civile, la procédure de déclaration d'arrivée au sens de l'art. 6 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (RS 823.20) et de l'art. 6 de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse (RS 823.201) s'applique par analogie.

E. 4

Le travailleur détaché est une personne qui, indépendamment de sa nationalité, est envoyée par un prestataire de services (entreprise ayant son siège dans un Etat contractant) en vue d'y fournir une prestation de service en Suisse (par ex. exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise; le travailleur et l'entreprise sont liés par un lien de subordination fixé contractuellement; cf. art. 2 al. 3 OLCP, directives OLCP, chiffre 1.3.1 let. c, voir également art. 2 de la Directive 96/71 /CE du parlement européen du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services). Conformément à l'art. 5 al. 1 ALCP, les travailleurs détachés, indépendamment de leur nationalité, peuvent séjourner en Suisse pendant 90 jours de travail effectifs par année civile sans avoir besoin d'une autorisation relevant du droit des étrangers. En revanche, les séjours temporaires en vue de fournir des services non couverts par un accord spécifique et qui s'étendent au-delà de 90 jours effectifs par année civile n'entrent pas dans le champ d'application de l'ALCP. Ainsi, aucun droit subjectif au séjour n'est accordé en vertu de cet accord (art. 17 let. b annexe I ALCP, 20 annexe I ALCP et directive relative à l'ordonnance sur l'introduction progressive de la libre-circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 ci-après : OLCP, RS 142.203, spéc. chiffre 6.3.5, état au 1^{er} juin 2007). En l'espèce, A._____ répond à la définition de travailleur détaché telle que mentionnée ci-dessus. Il ressort du dossier qu'il est lié à une société sise en Allemagne par un lien de subordination fixé contractuellement. Ce serait en outre, selon l'autorité intimée, cette société qui lui verserait son salaire et qui gèrerait les cotisations sociales. Il en résulte qu'en tant que travailleur détaché communautaire souhaitant exercer une activité lucrative en Suisse durant 11 mois (plus de 90 jours), il est soumis aux conditions cumulatives

d'admission définies dans l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21), à savoir les conditions relatives au marché du travail (art. 6 à 9 relatifs à la notion d'activité lucrative, à la priorité des indigènes, au contrôle des conditions de salaire et de travail et au respect du critère de bonne qualification professionnelle). Il y a donc lieu d'examiner si ces conditions sont en l'espèce réunies.

E. 5

a) Aux termes de l'art. 6 OLE, est considérée comme lucrative toute activité dépendante ou indépendante qui normalement procure un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 1); entre notamment dans cette catégorie l'activité de travailleur social (al. 2 let. b). Le Tribunal fédéral a jugé que l'engagement de moniteurs ou de formateurs entraine dans le cadre d'une activité procurant normalement un gain (ATF 118 Ib 81 consid. 2d p. 86; cf. également dans ce sens arrêt PE.2007.0408 du 30 novembre 2007). En l'occurrence, l'activité de A. _____ consiste, selon les termes du contrat conclu avec l'organisme allemand, principalement en des "activités pratiques dans le domaine social". Il ne fait dès lors aucun doute que l'on est en présence d'un travailleur social, cela d'autant plus que l'institution au service de laquelle les prestations seront fournies s'occupe de jeunes en difficultés. Aucun élément ne permet de considérer que cette activité présenterait un caractère particulier (par exemple d'ordre spirituel comme dans l'arrêt PE.2007.0460 du 18 février 2008) la distinguant d'autres formes d'aide sociale et justifiant qu'elle ne soit pas tenue pour lucrative au sens de l'art. 6 OLE.

E. 6

D'après l'art. 7 OLE, lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une première activité, priorité sera donnée aux travailleurs indigènes, aux demandeurs d'emploi étrangers se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler. Selon l'art. 8 al. 1 OLE, les ressortissants des Etats membres de l'UE/AELE bénéficient également du principe de la priorité (v. Directives et commentaires sur l'entrée, le séjour et le marché du travail de l'Office fédéral des migrations, anciennement IMES, applicables en la matière, ci-après: Directives LSEE). Une exception au principe de la priorité est prévue à l'art. 7 al. 1 in fine OLE, soit lorsque l'employeur ne trouve pas un travailleur indigène ou résidant ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, capable et désireux d'occuper le poste aux conditions de travail et de rémunération usuelles de la branche et du lieu. Dans une telle hypothèse, l'art. 7 al. 4 OLE dispose que l'employeur est tenu, sur demande, de prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène et au sein de l'UE/AELE (let. a), qu'il a signalé la vacance du poste en question à l'office de l'emploi compétent et que celui-ci n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable (let. b) et qu'enfin pour le poste en question, il ne peut pas former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail (let c). c) L'art. 8 al. 3 let. a OLE relatif à la priorité du recrutement des travailleurs de l'UE/AELE prévoit qu'une exception peut également être admise " lorsqu'il s'agit de personnel qualifié et que des motifs particuliers justifient une exception ". Selon le ch. 432.3 des Directives LSEE, la latitude d'appréciation laissée à l'autorité cantonale du marché du travail par cette disposition est régie par les principes et les critères formulés dans lesdites directives. A cet égard, le ch. 432.32 de ces dernières précise ce qui suit: "Une exception au principe de la priorité de recrutement ne peut être admise que lorsque l'étranger possède les qualifications requises et que de surcroît des motifs particuliers la justifient. La liste ci-après ainsi que l'Annexe 4/8a ou le chiffre 491 et suivant (dispositions spéciales dans des branches économiques déterminées,

des professions et des fonctions professionnelles) indique ce qu'il faut entendre par "personnel qualifié" et précise, à titre indicatif, quelles situations peuvent être considérées comme "motifs particuliers". 'Personnel qualifié' Les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux: diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail. 'Motifs particuliers' Peuvent être considérés comme des motifs particuliers au sens de cette disposition: - Contrats de coopération/projets (cf. chiffres 491.6 et 491.7) (...) - Stages, formation et perfectionnement (cf. chiffres 491.16, 491.17, 491.8 et 491.92) (...) - Transfert de cadres ou de spécialistes (cf. chiffres 491.6 et 491.7) (...) - Situation précaire sur le marché du travail suisse (...) - Motifs économiques ayant des conséquences durables pour le marché du travail suisse (...) - Cas particuliers d'intérêt général sans grande importance économique (cf. chiffres 491.5 et 491.9), dans le domaine des arts, de la culture (cirques y compris) de l'assistance spirituelle des institutions internationales." Enfin, selon la jurisprudence du Tribunal administratif, il faut entendre par personnel qualifié au sens de l'art. 8 al. 3 let. a OLE des travailleurs au bénéfice d'une formation et de connaissances et expériences professionnelles spécifiques telles qu'il soit impossible, voire très difficile, de les recruter dans un pays membre de l'UE/AELE (cf. parmi d'autres, arrêt PE.2004.0641 du 24 mai 2005). a) Dans le cas présent, la recourante ne soutient nullement que A. _____ disposerait d'une formation complète, de qualifications particulières ni d'une large expérience professionnelle au sens décrit ci-dessus, se limitant à exposer qu'il s'agit d'une personne offrant une aide bénévole. Quant à l'activité prévue proprement dite, elle n'entre manifestement pas dans les notions de personnel qualifié et de motifs particuliers définies par les Directives LSEE. Notamment, on ne discerne pas en quoi les tâches prévues pour l'employé concerné (soit rénovation, jardinage, entretien, cuisine en fonction des besoins, transports lorsque le permis de conduire aura été obtenu, service du chauffage à bois / préparation du bois), qui relèvent pour l'essentiel de travaux généralement confiés à un concierge voire à un homme à tout faire, exigeraient des connaissances spécifiques, ou une formation particulière. Force est ainsi de conclure que les conditions posées par l'art. 8 al. 3 let. a OLE ne sont pas réalisées, de sorte qu'une exception au principe de recrutement ne se justifie pas, indépendamment du profil du candidat concerné. c) Dans ces conditions, le recours ne pourrait être admis que si l'association recourante avait établi avoir recherché vainement un collaborateur sur le marché indigène ou au sein des Etats de l'UE/AELE. Or, tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Par conséquent, le principe de priorité des travailleurs indigènes exclut la délivrance de l'autorisation sollicitée dès lors qu'il est manifestement possible de trouver sur le marché suisse ou européen un travailleur indigène, capable et disposé à accomplir le service bénévole tel qu'envisagé par la recourante.

E. 7

La demande litigieuse ne remplissant pas les dispositions des art. 7 et 8 OLE, le tribunal peut se dispenser d'examiner si elle respecte les exigences de l'art. 9 al. 1^{er} OLE, imposant notamment à l'employeur d'accorder à l'étranger les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession qu'il accorde aux Suisses.

E. 8

Enfin, la recourante allègue une inégalité de traitement en ce sens que d'autres travailleurs bénévoles avaient obtenu une autorisation. Interpellées, l'intimée et le SPOP ont déclaré, en date des 22 et 29 novembre 2007, que les futures demandes d'engagement de civilistes internationaux seraient désormais traitées par le Service de l'emploi. Un droit à l'égalité dans l'illégalité, soit le droit pour le citoyen d'être mis au bénéfice de l'illégalité, est admis exceptionnellement par la jurisprudence fédérale en présence d'une pratique illégale constante d'une autorité qui manifeste qu'elle n'entend pas s'en départir à l'avenir (ATF 127 I 1 consid. 3a p. 3; 125 II 152 consid. 5 p. 166; 122 II 446 consid. 4a p. 451-452 et les références citées). En l'espèce, il convient de relever tout d'abord que l'autorité intimée n'a pas agi de manière illégale puisque la délivrance d'autorisations est consécutive à ce que l'on pourrait qualifier de malentendu entre le SDE et le SPOP. De plus, même à supposer que le SPOP, qui n'est qu'autorité concernée en l'occurrence, ait pour sa part agi de manière illégale, force est de constater qu'elle n'a pas manifesté qu'elle entendait persévérer dans sa pratique illégale. Bien au contraire, comme rappelé ci-dessus, les demandes concernant des civilistes internationaux seront traitées à l'avenir par le SDE, qui poursuivra dans sa pratique consistant à traiter cette catégorie de travailleurs comme des travailleurs détachés. Enfin, les trois autorisations octroyées par le SPOP en faveur de C._____, D._____ et E._____ semblent ne constituer que des événements isolés ne permettant pas à d'autres personnes d'en déduire des droits. En conclusion il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'égalité dans l'illégalité.

E. 9

Au vu des considérants qui précèdent, la décision attaquée, qui ne viole pas le droit fédéral ni ne procède d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, doit être confirmée et le recours rejeté. L'émolument sera mis à la charge de la recourante qui n'a pas droit à des dépens (art. 55 al. 1 LJPA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.