

VD_OMNI PE.2018.0050 vom 31. Juli 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-07-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2018.0050

FR: VD_OMNI PE.2018.0050 du 31 juillet 2018

IT: VD_OMNI PE.2018.0050 del 31 luglio 2018

Regeste

A. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Recours d'une entreprise bailleuse de services contre une décision du SDE refusant le renouvellement de l'autorisation de travail d'un ressortissant russe dont les services sont loués à une multinationale suisse. Dès lors que l'autorisation de travail est désormais demandée sur la base d'un contrat de location de services, le SDE se devait de refuser le renouvellement de l'autorisation conformément à l'art. 21 al. 1 LSE. Aucune exception au sens de l'art. 21 al. 2 LSE ne se justifiait, la recourante n'ayant pas démontré en quoi l'engagement du travailleur directement par la multinationale serait impossible. Pour le surplus, une violation du principe de la bonne foi par l'autorité intimée ne saurait être retenue dès lors qu'il n'est pas prouvé que la recourante a reçu des assurances de la part de l'autorité intimée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile (art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]), le recours satisfait par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond. S'agissant des conclusions du recours (cf. art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), on comprend aisément, nonobstant l'absence de conclusions formelles, que la recourante conclut à la réforme de la décision attaquée en ce sens qu'une autorisation de travail est octroyée au tiers intéressé.

E. 2

La recourante a sollicité le renouvellement de l'autorisation de travail du tiers intéressé, lequel lui a été refusé au motif que le travailleur précité était désormais engagé par contrat de mission et non par contrat de travail. La recourante conteste ce refus et requiert qu'une solution exceptionnelle soit trouvée afin de permettre à son collaborateur et à son client de " s'organiser ".

E. 3

a) Les art. 12 et ss LSE et 26 et ss de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE; RS 823.111) régissent la location de services. L'art. 26 al. 1 et 2 OSE prévoit ce qui suit: " 1 Est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. 2 On peut également conclure à une activité de location de services, notamment lorsque: a. le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel; b. le travailleur réalise les travaux avec les outils, le matériel ou les

appareils de l'entreprise locataire; c. l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat. " b) La recourante ne conteste pas qu'à la différence de l'engagement initial par contrat de travail, la demande de renouvellement de l'autorisation de courte durée se fonde dorénavant sur un contrat de mission au sens des dispositions précitées. Le 15 janvier 2018, la recourante indique elle-même qu'elle joint à son courriel adressé à D._____, gestionnaire de dossiers au SDE, le " contrat cadre [...] qui complète le contrat de mission ". Il doit dès lors être tenu pour établi que la recourante, en qualité de bailleuse de services, loue les services du tiers intéressé, travailleur, à C._____ qui agit en tant qu'entreprise locataire de services.

E. 4

a) Cela étant, l'art. 21 LSE prévoit ce qui suit: "Art. 21 Travailleurs étrangers en Suisse 1 Le bailleur de services n'engage en Suisse que des étrangers qui sont admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative et autorisés à changer d'emploi. 2 Des exceptions sont possibles pour protéger des intérêts économiques particuliers." Selon le message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985 concernant la révision de la LSE (FF 1985 III 524, p. 562), cette disposition vise à limiter strictement les opérations de location de services de travailleurs étrangers en Suisse. Est interdit l'engagement d'étrangers qui veulent entrer en Suisse pour la première fois dans l'intention de prendre emploi chez un bailleur de services. Une raison impérieuse de supprimer cette possibilité est que des engagements de cette nature ne permettent pas d'assurer un emploi continu. Une libéralisation serait contraire aux principes qui régissent la politique concernant les étrangers, notamment à l'objectif qui consiste à favoriser leur intégration et à obtenir une amélioration des structures du marché de l'emploi par des mesures limitatives. Dans sa réponse, le SDE cite les directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) Directives et commentaires relatifs à la LSE et au tarif des émoluments de la loi sur le service de l'emploi (ci-après: Directives du SECO) qui apportent des précisions sur l'interprétation de l'art. 21 LSE aux pages 139 et suivantes. Il convient en premier lieu de relever que les Directives du SECO constituent des ordonnances administratives adressées aux organes chargés de l'application de la LSE afin d'assurer une pratique uniforme en ce domaine. Dans ce but, elles indiquent l'interprétation généralement donnée à certaines dispositions légales. Elles n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Toutefois, du moment qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, ces derniers ne s'en écartent que dans la mesure où elles ne restitueraient pas le sens exact de la loi (cf. ATF 138 V 50 consid. 4.1 et les réf. cit.). Ces Directives du SECO (p. 139 et ss) indiquent en particulier qu'un bailleur de services ne peut engager en Suisse que des étrangers en possession d'une autorisation les habilitant à travailler et à changer d'emploi et de profession. Cette règle procède de la volonté générale du législateur d'interdire l'entrée de travailleurs étrangers en Suisse dans le cadre de la location de services. En conséquence, des autorisations de séjour et de travail initiales ne peuvent être accordées aux bailleurs de services ou aux entreprises de missions installées en Suisse pour des étrangers venant travailler pour la première fois en Suisse au titre de missions dans le cadre de la location de services. Les directives et commentaires du SEM du 25 octobre 2013 dans le domaine des étrangers, dans la version actualisée le 16 mars 2018 (ci-après: Directives LEtr), précisent au ch. 4.8.4.3.1 qu'en vertu de l'art. 32 al. 3 et 38 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), les titulaires d'une autorisation de courte durée ne sont en principe pas autorisés à changer d'emploi. b) Arrivé en 2016, le tiers intéressé a été mis au bénéfice d'une autorisation de courte durée, dont la validité était, par définition, inférieure à une année (cf. art. 32 al. 2

LEtr). Celle-ci ne lui permettait pas de changer d'emploi (cf. art. 32 al. 3 et 38 al. 1 LEtr et 55 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 sur l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative [OASA; RS 142.201]). Dès lors que l'autorisation de travail est désormais demandée sur la base d'un contrat de location de services (ou de " mission "), c'est à raison que le SDE a refusé le renouvellement de l'autorisation de travail en application de l'art. 21 al. 1 LSE. On peut même se demander si la première demande – qui ne mentionnait pas la location de services – n'était pas un procédé visant à contourner l'art. 21 LSE, ce que l'autorité intimée n'a pas su voir. Cette question peut être laissée ouverte dès lors que le recours devra dans tous les cas être rejeté, pour les motifs suivants. c) Reste à déterminer si le SDE aurait dû faire application du régime dérogatoire de l'art. 21 al. 2 LSE et néanmoins octroyer l'autorisation requise. Aux termes de l'art. 21 al. 2 LSE, il peut être dérogé exceptionnellement au principe posé par l'art. 21 al. 1 LSE, lorsqu'une telle dérogation apparaît pertinente du point de vue du marché du travail. Aux termes de l'art. 83 OASA, les missions dans le cadre de la location de services supposent que le bailleur de services apporte la preuve que les conditions générales pour l'exercice d'une activité lucrative fixées aux art. 18 à 26 LEtr (situation économique et situation sur le marché de l'emploi, priorité de la main-d'œuvre indigène, priorité de recrutement, conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession, etc.) sont remplies. Il incombe en outre au bailleur de services, en sa qualité d'employeur, d'apporter la preuve que: - l'engagement temporaire du nouveau travailleur ressortissant d'un Etat non-membre de l'UE/AELE, pour un projet déterminé, présente un intérêt particulier pour l'économie et l'entreprise; - des circonstances particulières contraignent l'entreprise à recourir à la location de services pour un projet déterminé. Autrement dit, il convient d'indiquer pourquoi un engagement à terme par l'entreprise de mission n'est pas possible (Directives LEtr, ch. 4.8.4.3.2, p. 105 et Directives SECO, p. 141). M ême dans l'hypothèse où l'ensemble des conditions cumulatives prévues par l'art. 21 al. 2 LSE (disposition rédigée en la forme potestative ou " Kann-Vorschrift ") sont réunies, l'étranger ne dispose d'aucun droit à la délivrance (ou à la prolongation) d'une autorisation de séjour et de travail en sa faveur, à moins qu'il puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (cf. Tribunal administratif fédéral [TAF] F-4422/2016 du 7 mars 2017 consid. 7), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. L'autorité administrative dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de la présente cause (cf. art. 96 LEtr; cf. ég. CDAP PE.2017.0154 du 1 er novembre 2017 consid. 2a et la réf. cit.). d) A l'appui de la première demande d'autorisation de travail, la recourante s'est prévaluée, dans une lettre explicative, du fait que les compétences en développement " DevOps " du tiers intéressé ainsi que sa connaissance de toutes les technologies requises faisaient qu'il répondait en tous points au profil recherché et que ses nombreuses recherches pour trouver des candidats suisses ou européens aptes pour le poste à pourvoir étaient restées infructueuses. Elle a également décrit l'importance de la position qu'occuperait le tiers intéressé, qui s'inscrivait dans l'équipe " qui concourt à la grande majorité du chiffre d'affaires du groupe C._____ ". Elle a produit plusieurs annexes pour attester de ses propos. Il appert ainsi que les compétences recherchées pour le poste à pourvoir sont très spécifiques et plutôt rares. La recourante n'a toutefois pas réitéré ses arguments dans sa demande de renouvellement de l'autorisation de travail, ni dans son recours. Cela étant, même si l'on devait considérer que les conditions posées par les art. 18 à 26 LEtr sont remplies et que l'engagement temporaire du travailleur présente un intérêt particulier pour l'économie et l'entreprise, il conviendrait de constater que la recourante n'a pas démontré en quoi un engagement à terme par la

société C._____ est impossible. Des écritures de la recourante, il ressort que le tiers intéressé travaille depuis le mois de décembre 2016 pour ce seul client et que le mandat devrait se prolonger pendant au moins une année encore. Ainsi, C._____ aurait eu tout loisir de conclure un contrat de travail – même de durée déterminée – avec le ressortissant étranger. La Cour de céans ignore les motifs qui empêchent la concrétisation d'un tel contrat, hormis les intérêts économiques évidents de la recourante pour laquelle la location de services est lucrative. Or les intérêts purement privés de la recourante ne saurait être déterminants au regard de l'appréciation de circonstances exceptionnelles justifiant un engagement par contrat de mission plutôt que par contrat de travail. Partant, c'est à bon droit que l'autorité intimée, dotée d'un large pouvoir d'appréciation, a décidé de ne pas octroyer à titre exceptionnel le renouvellement de l'autorisation de travail au tiers intéressé.

E. 5

La recourante allègue également le fait que E._____, employée du SDE aujourd'hui retraitée, lui aurait assuré que l'autorisation de courte durée du tiers intéressé serait renouvelée. Elle se prévaut ainsi implicitement d'une violation du principe de la bonne foi.

a) Le principe de la loyauté impose aux organes de l'Etat ainsi qu'aux particuliers d'agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2). Le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Ce principe découle des art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.; RS 101) et vaut pour l'ensemble de l'activité étatique (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1; 129 I 161 consid. 4.1; 128 II 112 consid. 10b/aa; 126 II 377 consid. 3a et les réf. cit.). Selon la jurisprudence, une décision ou un renseignement erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences, et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée et que l'intérêt à une application correcte du droit objectif ne soit pas prépondérant par rapport à la protection de la confiance (ATF 137 II 182 consid. 3.6.2; 131 II 627 consid. 6.1; 129 I 161 consid. 4.1; 122 II 113 consid. 3b/cc et les réf. cit.).

b) En l'occurrence, il convient de constater que les allégations de la recourante selon lesquelles E._____ lui aurait assuré que " dans le pire des cas, B._____ obtiendrait le renouvellement de son permis L et qu'il pourrait ainsi poursuivre son activité professionnelle en Suisse pendant encore une année au maximum " ne sont pas prouvées. Ainsi, on ignore tout du pouvoir de décision au sein du SDE de la personne qui aurait fait cette promesse et de la date à laquelle cette promesse aurait été faite. Puisqu'aucune pièce (par ex. un courriel) n'atteste de ce qui précède, on ignore également la teneur exacte des propos qu'aurait tenus l'ex-employée du SDE. Cela étant, même si cette promesse était avérée, la Cour de céans a déjà eu l'occasion de dire qu'une différence d'appréciation de la demande entre la phase d'examen préalable et la décision finalement rendue ne constitue pas un comportement contradictoire de l'autorité, qui ne serait pas admissible au regard du principe de la bonne foi (cf. en matière de permis de construire, CDAP AC.2017.0193 du 18

juin 2018 consid. 4c; AC.2016.0164 du 13 janvier 2017 consid. 1). Ainsi, il est possible qu'au moment où E._____ a informé la recourante que l'autorisation de courte durée du tiers intéressé serait renouvelée, elle ignorait qu'il serait engagé par contrat de mission. Cela est d'autant plus probable puisque ce n'est que par courriel du 15 janvier 2018 que la recourante a transmis à D._____, gestionnaire en charge du dossier au SDE, les documents démontrant que le tiers intéressé serait dorénavant engagé dans le cadre d'un rapport juridique de location de services. Partant, le grief relatif à la violation du principe de la bonne foi n'est pas fondé et doit être écarté.

E. 6

Il résulte de ce qui précède que le recours est rejeté et la décision attaquée confirmée. Vu le sort du recours, les frais judiciaires, par 600 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD; art. 1 et 4 al. 1 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative, du 28 avril 2015 [TFJDA; RSV 173.36.5.1]). Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à titre de dépens (cf. art. 55, 56, 91 et 99 LPA-VD).

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