Urteilskopf

110 Ib 63

11. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 12 avril 1984 dans la cause Pensionnat Mont-Olivet, Soeurs Cellier et Larreina c. Commission de recours en matière de police des étrangers du canton de Vaud (recours de droit public et recours de droit administratif)
Regeste (de):
Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer vom 22. Oktober 1980.

1. Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG ist anwendbar bei Streitigkeiten über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, nicht jedoch, wo es ausschliesslich um die Frage der Anwendbarkeit der genannten Verordnung geht (E. 2a und b).

2. Abgesehen von den in Art. 2 und 3 der Verordnung genannten Fällen hat die kantonale Behörde darüber zu befinden, ob eine Person von der Begrenzungsmassnahme des Bundesrates erfasst wird; der diesbezügliche Entscheid ist mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (E. 2c). Frage, ob nicht nur der Arbeitgeber sondern auch der Arbeitnehmer beschwerdeberechtigt ist, offen gelassen (E. 2d).

3. Begriff der auf Erwerb gerichteten Tätigkeit i.S. von Art. 3 Abs. 1 ANAV (E. 4b). Die Funktionen, die im konkreten Fall zwei Nonnen in einem Mädchenpensionat zu erfüllen haben, sind objektiv nicht als auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu qualifizieren (E. 4c).

Regeste (fr):
OCF limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative du 22 octobre 1980.

1. L'art. 100 lettre b ch. 3 OJ est applicable lorsque le litige porte sur l'octroi d'une autorisation de séjour, mais pas dans un cas où il s'agit uniquement de se prononcer sur l'applicabilité de l'OCF (consid. 2a et b).

2. En dehors des cas particuliers énumérés aux art. 2 et 3 OCF, il appartient à l'autorité cantonale de statuer sur la question de l'assujettissement aux mesures de limitation adoptées par le Conseil fédéral; la décision prise sur ce point est donc susceptible d'être attaquée par la voie du recours de droit administratif (consid. 2c). Question de savoir si non seulement l'employeur, mais aussi l'étranger, a qualité pour recourir laissée ouverte en l'espèce (consid. 2d).

3. Notion d'activité lucrative au sens de l'art. 3 al. 1 RSEE (consid. 4b). En l'espèce, les fonctions que les deux religieuses auraient à exercer dans le pensionnat ne sauraient être assimilées, du point de vue objectif, à une activité lucrative (consid. 4c).

Regesto (it):
OCF che limita l'effettivo degli stranieri esercitanti un'attività lucrativa, del 22 ottobre 1980.

1. L'art. 100 lett. b n. 3 OG è applicabile ove la causa concerna il rilascio di un permesso di dimora, ma non in un caso ove si tratti esclusivamente di pronunciarsi sull'applicabilità dell'OCF (consid. 2a, b).

2. Fuori dei casi particolari enumerati negli art. 2 e 3 OCF, incombe all'autorità cantonale di decidere sull'assoggettamento alle misure limitative adottate dal Consiglio federale; la decisione emanata su questo punto è quindi impugnabile con ricorso di diritto amministrativo (consid. 2c). È lasciata aperta la questione se la legittimazione ricorsuale spetti non solo al datore di lavoro, ma anche allo straniero (consid. 2d).

3. Nozione di attività lucrativa ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 ODDS (consid. 4b). Nella fattispecie, le funzioni

che dovrebbero esercitare due suore in un pensionato non possono essere assimilate, sotto il profilo obiettivo, ad un'attività lucrativa (consid. 4c).

Sachverhalt ab Seite 64

BGE 110 Ib 63 S. 64

Créé à Lausanne en 1917, le Pensionnat Mont-Olivet est un institut catholique d'enseignement et d'éducation de jeunes filles, de réputation internationale. Il comprend actuellement dix-sept religieuses qui - sans recevoir de salaire en espèces - sont chargées de l'enseignement et de l'éducation de 350 jeunes filles fréquentant l'institut comme internes ou comme externes. Le 10 novembre 1982, la directrice du Pensionnat Mont-Olivet a présenté des demandes d'autorisation de séjour - sans activité lucrative - pour trois religieuses étrangères, les Soeurs Antonia Larreina, ressortissante espagnole, Marie Cellier et Alice Laurent, ressortissantes françaises, en qualité de religieuses et d'animatrices spirituelles. Ces demandes ont été écartées par l'Office cantonal de contrôle des habitants et de police des étrangers du canton de Vaud le 27 janvier 1983. A la suite du recours formé en temps utile par le Pensionnat Mont-Olivet et par les trois religieuses requérantes, Soeur Alice Laurent a, en raison de son âge, reçu l'autorisation de "séjourner en Suisse en qualité de religieuse en retraite" le 15 mars 1983. En revanche, l'Office cantonal du travail a confirmé son préavis négatif pour les deux autres demandes. Par décision motivée du 21 septembre 1983, la Commission cantonale de recours en matière de police des étrangers a rejeté le recours des Soeurs Marie Cellier et Antonia Larreina et a imparti aux intéressées un délai au 31 décembre 1983 pour quitter le territoire vaudois. La Commission de recours a en effet estimé que les recourantes ne pouvaient échapper aux mesures de limitation prévues à l'art. 4 lettre a de l'ordonnance du 22 octobre 1980 limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative;

BGE 110 Ib 63 S. 65

elles ne sauraient dès lors bénéficier d'autorisations de séjour en marge des contingents cantonaux. Dans un seul et même acte, le Pensionnat Mont-Olivet et les Soeurs Marie Cellier et Antonia Larreina forment auprès du Tribunal fédéral un recours de droit public fondé sur l'art. 4 Cst. Ils concluent, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision de la Commission cantonale de recours du 21 septembre 1983, pour arbitraire et inégalité de traitement.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Selon l'art. 84 al. 1 OJ, une décision prise en dernière instance cantonale peut être attaquée par la voie du recours de droit public, notamment pour violation de droits constitutionnels des citoyens (lettre a) ou de traités internationaux (lettre c). Toutefois, en vertu du principe de la subsidiarité, un tel recours est irrecevable lorsque la prétendue violation peut être soumise au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale, par une action ou par un autre moyen de droit (art. 84 al. 2 OJ).
Or, lorsque - comme en l'espèce - la décision attaquée est fondée sur des normes de droit public fédéral, la voie

de recours de droit administratif est normalement ouverte, sous réserve des cas prévus aux art. 98 à 102 OJ. Il importe donc peu que les recourants déclarent former un recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst. et que - de manière expresse ou implicite - les autorités intimées tiennent ce recours pour recevable au sens des art. 84 ss OJ. Le Tribunal fédéral examine en effet d'office la recevabilité des recours dont il est saisi, sans être lié par les conclusions des parties, ni par les moyens qu'elles ont - ou n'ont pas - fait valoir à ce sujet (ATF 109 Ia 64, ATF 106 Ib 126 et les arrêts cités). Il accepte ainsi d'office de traiter un acte intitulé "recours de droit public" comme un recours de droit administratif si cet acte en remplit les conditions (ATF 109 Ib 143, ATF 108 Ib 74 consid. 1b). De même, dans la mesure où une autre autorité fédérale est compétente pour se prononcer sur le recours, le Tribunal fédéral ne déclare pas le recours irrecevable, mais il le transmet à cette autre autorité fédérale, le cas échéant, après avoir obtenu l'accord de celle-ci dans le cadre d'une procédure d'échange de vues (art. 96 al. 1 et 2 OJ). Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner au préalable si le présent recours peut être considéré comme un recours de droit administratif ou si, pour raison d'incompétence

BGE 110 Ib 63 S. 66

du Tribunal fédéral, cet acte doit être transmis à une autre autorité fédérale.

2. a) Aux termes de l'art. 18 al. 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE; RS 142.20), le refus d'autorisation de séjour prononcé par le canton est définitif, de sorte qu'en vertu de l'art. 74 let. e PA, le recours administratif au Conseil fédéral est en principe exclu. En outre, cette décision cantonale, prise en matière de police des étrangers, ne peut pas non plus faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral, dans la mesure tout au moins où le droit fédéral ne confère pas à l'étranger requérant un droit (Rechtsanspruch) à obtenir l'autorisation qu'il sollicite (art. 100 lettre b ch. 3 OJ). Or, selon la jurisprudence, la législation interne ne confère normalement pas aux étrangers un droit à obtenir une autorisation de séjour, d'établissement ou de tolérance (ou le renouvellement d'une telle autorisation), car l'art. 4 LSEE précise à ce sujet que l'autorité cantonale statue librement dans le cadre des prescriptions légales et des traités conclus avec des Etats étrangers (ATF 106 Ib 127 consid. 2a, ATF 99 Ia 320 /321 consid. 2). Il est vrai que la Suisse a conclu avec l'Espagne - le 14 novembre 1879 (RS 0.142.113.321) - et avec la France - le 23 février 1882 (RS 0.142.113.491) - des traités d'établissement aux termes desquels les Espagnols - ou les Français - "seront reçus et traités dans chaque canton de la Confédération, relativement à leurs personnes et à leurs propriétés, sur le même pied et de la même manière que le sont ou pourront l'être à l'avenir les ressortissants des autres cantons" (art. 1er al. 1). Mais cette clause conventionnelle a toujours été interprétée en ce sens qu'elle ne confère pas aux ressortissants de ces Etats étrangers le droit - qui est reconnu aux Confédérés - d'obtenir en Suisse un permis d'établissement ou même une autorisation de séjour; d'ailleurs, ces traités d'établissement - en particulier, ceux conclus avec l'Espagne et la France - réservent généralement l'application "des lois et règlements de police", c'est-à-dire précisément des dispositions de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (ATF 106 Ib 127 /128 consid. 2b; voir aussi diverses décisions administratives, JAAC 1977 no 56, 1975 no 46, 1961 no 78). Ainsi, dans la mesure où le litige porte sur l'octroi d'une autorisation de séjour, la disposition exceptionnelle de l'art. 100 lettre b ch. 3 OJ, excluant le recours de droit administratif, est applicable.

BGE 110 Ib 63 S. 67

b) Toutefois, l'autorité cantonale ne s'est pas fondée en l'espèce sur le principe énoncé à l'art. 4 LSEE, mais sur l'ordonnance du Conseil fédéral du 22 octobre 1980 limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative (en abrégé: l'ordonnance; RS 823.21). En effet, la nouvelle ordonnance du Conseil fédéral du 26 octobre 1983 (RO 1983 p. 1446 ss) n'était pas encore en vigueur au moment où la décision attaquée

a été rendue; les modifications qu'elle a apportées à la législation ne sont, au demeurant, pas décisives dans le cadre du présent recours. La Commission cantonale de recours en matière de police des étrangers a ainsi considéré que les deux religieuses étrangères, bien que non rétribuées en espèces, auraient à exercer une "activité lucrative" dans le Pensionnat Mont-Olivet et que, ne pouvant être qualifiées d'ecclésiastiques au sens de l'art. 7 lettre m de l'ordonnance, elles ne pouvaient pas recevoir une autorisation de séjour de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (ci-après: l'OFIAMT) non imputable sur le contingent cantonal. Il ressort donc clairement du dossier que le litige ne porte pas sur l'octroi d'autorisations de séjour, que l'autorité cantonale peut librement refuser en vertu du principe énoncé à l'art. 4 LSEE, mais bien sur la question de savoir si l'ordonnance limitant le nombre des étrangers exerçant une activité lucrative est applicable. Reste à déterminer quelle est l'autorité compétente pour statuer sur l'applicabilité de cette ordonnance, dans le cas des deux recourantes. c) Avant l'entrée en vigueur - le 1er novembre 1980 - de l'ordonnance, celui qui contestait l'assujettissement aux mesures de limitation devait s'adresser à l'OFIAMT, seul compétent pour se prononcer en première instance sur cette question (voir art. 17 al. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 6 juillet 1973 limitant le nombre des étrangers exerçant une activité lucrative; RO 1973 p. 1098 ss). L'ordonnance du 22 octobre 1980 a cependant modifié la répartition des compétences, répartition d'ailleurs maintenue dans la nouvelle ordonnance du 26 octobre 1983. Selon l'art. 18 al. 2, l'OFIAMT demeure l'autorité compétente pour délivrer certaines autorisations - soit, notamment, les autorisations de séjour à l'année sans imputation sur les contingents cantonaux conformément à l'art. 7 -, mais il n'a plus à se prononcer sur l'assujettissement aux mesures de limitation. En vertu de l'art. 18 al. 1 lettre a de l'ordonnance, c'est à l'Office fédéral des étrangers

qu'il appartient de prendre "les décisions relatives à l'assujettissement à l'ordonnance du Conseil fédéral conformément à l'article 2 et aux mesures de limitation conformément à l'article 3". En revanche, aucune disposition de l'ordonnance ne confère à cet Office ou à l'OFIAMT la compétence de se prononcer sur l'applicabilité de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers exerçant une activité lucrative ou - autrement dit - sur l'assujettissement à l'ordonnance en dehors des cas particuliers énumérés à l'art. 2. Il en résulte que cette compétence appartient à l'autorité habilitée - selon le principe général énoncé à l'art. 15 al. 1 LSEE - à exercer toutes les fonctions qui ne sont pas dévolues à une autorité fédérale, c'est-à-dire à l'autorité cantonale. Or, en l'espèce, le Pensionnat Mont-Olivet a demandé aux autorités vaudoises de délivrer, en faveur de deux religieuses étrangères, des autorisations de séjour "sans activité lucrative". Pratiquement, cela signifie que les recourants n'entendaient pas se prévaloir d'une des dispositions particulières de l'art. 2 de l'ordonnance (personnes non soumises aux mesures de limitation) ou de l'art. 3 (exceptions aux mesures de limitation), mais qu'ils tenaient l'ordonnance elle-même pour inapplicable, dès lors que les deux religieuses - les Soeurs Marie Cellier et Antonia Larreina - n'auraient à exercer aucune "activité lucrative". Il appartenait ainsi à l'autorité cantonale - et non pas à l'Office fédéral des étrangers - de se prononcer sur la question de l'assujettissement des deux recourantes aux mesures de limitation prises par le Conseil fédéral dans son ordonnance du 22 octobre 1980. La décision prise sur ce point par la Commission cantonale de recours peut dès lors être attaquée par la voie du recours de droit administratif. Demeure toutefois réservée la question subsidiaire de l'application de l'art. 7 lettre m de l'ordonnance, qui relève de la compétence de l'OFIAMT, mais sur laquelle l'autorité cantonale a aussi statué. Ainsi, dans la mesure où la thèse des recourants (non-assujettissements aux mesures de limitation) n'est pas admise, le Tribunal fédéral devrait examiner s'il y a lieu de transmettre le dossier à l'OFIAMT pour qu'il détermine si les deux religieuses étrangères peuvent être considérées comme des ecclésiastiques et recevoir, le cas échéant, des autorisations de séjour non imputables sur le contingentement cantonal.
d) Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'admettre la recevabilité de recours de droit administratif formés par

l'employeur pour violation de certaines dispositions de l'ordonnance (ATF 109 Ib 244 consid. 3d, ATF 106 Ib 129 /130) de même que pour violation de dispositions de l'arrêté du Conseil fédéral du 6 juillet 1973 (ATF 100 Ib 106; arrêt non publié du 15 mars 1978 dans la cause Epoux Lembke et Verein Spätregenmission c. Conseil d'Etat du canton d'Argovie, consid. 1). Dans ces arrêts, le Tribunal a cependant laissé indécis le point de savoir si l'étranger concerné par l'autorisation de séjour avait également qualité pour recourir. Cette question peut également rester ouverte en ce qui concerne les deux Soeurs recourantes dans la mesure où elles n'ont pas agi séparément et que la qualité pour former un recours de droit administratif doit être reconnue au Pensionnat Mont-Olivet selon l'art. 103 lettre c OJ. Le recourant a en effet établi son existence juridique comme association par son inscription au registre du commerce de Lausanne; il peut donc être considéré comme "employeur" au sens de l'art. 26 de l'ordonnance. e) Dans ces conditions, le présent recours est recevable en tant que recours de droit administratif formé par le Pensionnat Mont-Olivet contre la décision de la Commission cantonale de recours relative à l'assujettissement aux mesures de limitation. Il doit, par conséquent, être déclaré irrecevable en tant que recours de droit public, conformément au principe de la subsidiarité prévu par l'art. 84 al. 2 OJ.

4. a) Selon l'art. 16 al. 1 LSEE, les autorités compétentes pour délivrer des autorisations "doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère". Les mesures de limitation que le Conseil fédéral a édictées dans son arrêté du 6 juillet 1973, puis dans son ordonnance du 22 octobre 1980, sont de simples mesures d'exécution de cette disposition légale; elles ne peuvent donc pas aller au-delà de ce que les intérêts moraux et économiques du pays exigent. Or, il importe de relever que le Conseil fédéral n'a pas limité le nombre de tous les étrangers séjournant en Suisse, mais seulement le nombre des étrangers qui exercent une "activité lucrative", ce dans le but "d'améliorer qualitativement la structure du marché du travail et de contribuer à ce que la situation de l'emploi soit aussi équilibrée que possible" (art. 1er al. 1, 2e phrase, de l'ordonnance). Il en résulte que ces mesures de limitation (soit principalement de contingentement du nombre des autorisations) sont inapplicables non seulement dans les cas mentionnés à l'art. 2

de l'ordonnance - c'est-à-dire à des catégories de personnes qui, il importe de le souligner, exercent généralement une activité lucrative -, mais déjà lorsque, comme en l'espèce, un étranger demande une autorisation de séjour "sans activité lucrative". Au fond, la question essentielle est donc de savoir si - comme le prétend le recourant - les deux religieuses étrangères sont appelées à exercer au Pensionnat Mont-Olivet une activité qui, contrairement à l'opinion exprimée par les autorités cantonales, pourrait être considérée comme "non lucrative". b) Aux termes de l'art. 3 al. 1 du règlement d'exécution de la LSEE (RSEE; RS 142.201), l'expression "activité lucrative" désigne aussi bien la prise d'emploi que toute autre activité qui, par sa nature, a normalement un but lucratif. Or, d'après la jurisprudence, cette définition est valable non seulement pour la LSEE et pour son règlement d'exécution, mais aussi pour l'ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative. La question n'est donc pas de savoir si, dans le cas particulier, l'étranger requérant va exercer une activité dans le but de gagner sa vie en Suisse, mais bien plutôt de savoir si, sur le marché du travail, cette activité est normalement génératrice de gain. Autrement dit, le critère de distinction - entre les activités lucratives, soumises à limitation, et celles qui ne le sont pas et échappent aux mesures de limitation - est essentiellement objectif et non pas subjectif (arrêt Lembke du 15 mars 1978, déjà cité, consid. 2a). Sur ce point, la Commission cantonale de recours a certes considéré à juste titre que "la notion d'activité lucrative doit être comprise dans un sens très large", mais elle est certainement allée trop loin dans ce sens en concluant "qu'ainsi

l'exercice de toute activité, même gratuite, est assimilée à une activité lucrative justifiant l'application des mesures de limitation imposées aux cantons par la Confédération". Adopter une telle solution conduirait, en réalité, à nier l'hypothèse d'activités non lucratives, alors que le Tribunal fédéral l'a expressément admise, examinant - notamment dans l'arrêt Lembke du 15 mars 1978 - si l'activité exercée pouvait être considérée comme non lucrative et échapper ainsi aux mesures de limitation prévues par l'ordonnance. c) En l'occurrence, il n'est pas contesté que les religieuses du Pensionnat Mont-Olivet ne reçoivent aucune rémunération en espèces; dans ce sens, la directrice - qui est elle-même une religieuse - a précisé que leur travail se limitait "à des fins

BGE 110 Ib 63 S. 71

purement humanitaires et caritatives". La Soeur Marie Cellier serait ainsi partiellement responsable de la catéchèse des jeunes élèves et assurerait la fonction de surveillante de l'internat. Quant à la Soeur Antonia Larreina, elle s'occuperait particulièrement des rapports entre l'institut, les élèves de langue espagnole et leurs parents, ainsi que de la formation morale de ces jeunes filles. Les deux Soeurs concernées font partie de la congrégation religieuse des "Soeurs de la Présentation de Marie" et ont été envoyées en Suisse par leur Mère supérieure pour exercer leur ministère au sein de la communauté de religieuses du Pensionnat Mont-Olivet. D'un point de vue subjectif, cette activité n'est donc certainement pas lucrative. Toutefois, selon le texte même de l'art. 3 al. 1 du RSEE, cela ne suffit pas pour exclure l'application de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative; il faut encore qu'objectivement, une telle activité dans un pensionnat de jeunes filles n'ait normalement pas un but lucratif. Or, si - théoriquement tout au moins - la surveillance de jeunes pensionnaires peut, dans un établissement scolaire normal, être confiée à des laïcs qui, généralement, touchent un salaire, il n'en est pas de même pour le Pensionnat Mont-Olivet, qui est une institution catholique où les jeunes filles reçoivent non seulement une instruction scolaire, mais aussi et surtout une éducation chrétienne. De ce fait, la présence de religieuses au sein de l'institut apparaît indispensable. La question de savoir si leur présence serait également nécessaire dans le cadre d'activités qui ne concernent pas directement l'éducation des élèves - comme l'enseignement des mathématiques ou du français - peut rester ouverte en l'espèce, dès lors qu'il est établi que les Soeurs Marie Cellier et Antonia Larreina seront précisément appelées à accomplir au Pensionnat Mont-Olivet des tâches qui, si l'on veut préserver l'esprit de l'institution, ne peuvent être confiées qu'à des religieuses. En effet, les fonctions accomplies par ces femmes qui, ayant fait le voeu de pauvreté, ne cherchent pas à gagner leur vie, mais vivent leur vocation, ne sont nullement offertes sur le marché du travail et ne peuvent être assumées par des personnes laïques. De telles fonctions ne sauraient donc, du point de vue objectif, être assimilées à une activité lucrative au sens de l'art. 3 al. 1 RSEE, de sorte qu'elles échappent à toute mesure de limitation prise par le Conseil fédéral dans le cadre de son ordonnance du 22 octobre 1980. d) En déclarant les deux demandes d'autorisation soumises au contingentement, la Commission cantonale de recours a ainsi violé

BGE 110 Ib 63 S. 72

une norme de droit public fédéral; sa décision doit donc être annulée en application de l'art. 104 lettre a OJ, la cause étant renvoyée à l'Office cantonal de la police des étrangers pour qu'il se prononce sur les deux demandes d'autorisation de séjour "sans activité lucrative", hors contingent cantonal. e) Dès lors que l'ordonnance limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative n'est pas applicable, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner si l'Office fédéral des étrangers pourrait, pour des raisons humanitaires, approuver l'octroi de deux autorisations de séjour à l'année, selon l'art. 3 lettre f de l'ordonnance, ou si le dossier devrait être transmis à l'OFIAMT pour qu'il accorde, le cas échéant, ces deux autorisations en application de l'art. 7 lettre m de

l'ordonnance.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
1. a) Déclare le recours irrecevable en tant que recours de droit public; b) Admet le recours dans la mesure où il est recevable en tant que recours de droit administratif. 2. Annule la décision attaquée et renvoie l'affaire à l'Office cantonal de la police des étrangers pour qu'il se prononce sur les deux demandes d'autorisation de séjour - non imputables sur le contingent cantonal - présentées par les Soeurs Marie Cellier et Antonia Larreina.