Urteilskopf

111 Ib 169

36. Arrêt de la IIe Cour de droit public du 22 novembre 1985 dans la cause Ogando c. Commission de recours en matière de police des étrangers du canton de Vaud (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Fremdenpolizei: Umwandlung einer Saisonbewilligung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung.

- Ein Ausländer kann sich nicht auf die Meistbegünstigungsklausel eines alten Niederlassungsabkommens berufen, um die von der Schweiz gegenüber Italienern eingeräumten Vorteile bezüglich Aufenthalt und Niederlassung für sich geltend zu machen (E. 2).

- Der Entscheid über die Unterstellung unter die Begrenzungsmassnahmen kann unabhängig vom Verfahrensweg, den die Fremdenpolizeibehörden eingeschlagen haben, Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht sein (E. 3).

- Das in Art. 1 Abs. 1 lit. a der Verordnung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 26. Oktober 1983 enthaltene Erfordernis des Kalenderjahres kann eine Art. 4 BV widersprechende Ungleichbehandlung bewirken (E. 4).

Regeste (fr):
Police des étrangers: transformation d'une autorisation de séjour saisonnière en autorisation de séjour à l'année.

- Un travailleur étranger ne saurait invoquer la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité d'établissement ancien pour se prévaloir des avantages accordés par la Suisse aux travailleurs italiens en matière de séjour et d'établissement (consid. 2).

- Les décisions d'assujettissement aux mesures de limitation sont susceptibles d'être attaquées par la voie du recours de droit administratif, indépendamment de la procédure suivie par les autorités de police des étrangers (consid. 3).

- L'exigence de l'année civile, posée par l'art. 1er al. 1 lettre a de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police du 26 octobre 1983, introduit une inégalité de traitement incompatible avec l'art. 4 Cst. (consid. 4).

Regesto (it):
Polizia degli stranieri; trasformazione di un permesso di dimora stagionale in permesso di dimora annuale.

- Un lavoratore straniero non può invocare la clausola della nazione più favorita contenuta in un vecchio trattato di domicilio, per prevalersi dei vantaggi accordati dalla Svizzera ai lavoratori italiani in materia di dimora e di domicilio (consid. 2).

- Le decisioni d'assoggettamento alle misure di limitazione sono impugnabili con ricorso di diritto amministrativo, indipendentemente dalla procedura seguita dalle autorità di polizia degli stranieri (consid. 3).

- Il riferimento all'anno civile, stabilito dall'art. 1 cpv. 1 dell'ordinanza del Dipartimento federale di giustizia e polizia del 26 ottobre 1983, comporta una disparità di trattamento incompatibile con l'art. 4 Cost. (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 170

BGE 111 Ib 169 S. 170

Etelvino Malvar Ogando, ressortissant espagnol, né en 1951, est arrivé en Suisse le 15 mai 1979. Il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour saisonnière qui a été renouvelée chaque année, la dernière fois le 15 juin 1983 avec échéance au 15 mars 1984. Au mois de février 1984, son employeur, la société Intergastro S.A., la Bonne Auberge à Lausanne, a présenté une demande de transformation de l'autorisation saisonnière en autorisation annuelle. Cette demande a été rejetée par décision de l'Office cantonal vaudois de contrôle des habitants et de police des étrangers (ci-après: l'Office cantonal des étrangers) du 20 février 1984, au motif que le requérant n'avait accompli que 33 mois et 17 jours de séjour en Suisse durant la période du 1er janvier 1980 au 31 décembre 1983 et qu'il ne remplissait dès lors pas les conditions requises par l'art. 1er lettre a de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police limitant le nombre des étrangers du 26 octobre 1983. Etelvino Malvar Ogando a recouru contre cette décision auprès de la Commission de recours en matière de police des étrangers du canton de Vaud. Le 7 mars 1984, le Président de la Commission a accordé l'effet suspensif au recours. Par arrêt du 29 janvier 1985, la Commission a rejeté le recours et maintenu la décision de l'Office cantonal des étrangers. Elle a retenu en bref qu'en insérant le calcul par années civiles dans son ordonnance du 26 octobre 1983, le Département fédéral de justice et police s'était volontairement écarté de

BGE 111 Ib 169 S. 171

l'art. 12 de l'Accord italo-suisse du 10 août 1964; il ne lui appartenait donc pas de se prononcer sur les limites de la compétence des autorités fédérales. Agissant par la voie du recours de droit administratif, Etelvino Malvar Ogando a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt de la Commission de recours en matière de police des étrangers du 29 janvier 1985. Principalement, il a demandé au Tribunal fédéral de lui accorder une autorisation de séjour à l'année avec effet au 16 mars 1984 et, subsidiairement, de renvoyer la cause à l'autorité de recours - ou à l'autorité de première instance - pour qu'elle accorde cette autorisation. Après avoir constaté que la transformation de l'autorisation de séjour saisonnière en autorisation de séjour à l'année n'était pas soumise aux mesures de limitation, le Tribunal fédéral a admis le recours dans le sens des considérants. Il a considéré

Erwägungen

en droit:

2. Au sujet de l'entrée en matière, le recourant prétend qu'il peut se prévaloir de l'Accord entre la Suisse et l'Italie relatif à l'émigration de travailleurs italiens en Suisse du 10 août 1964 (ci-après: l'Accord italo-suisse; RS 0.142.114.548), en vertu de l'art. 6 de la Convention d'établissement entre la Suisse et l'Espagne du 14 novembre 1879 (RS 0.142.113.321), qui dispose: "Tout avantage que l'une des parties signataires de cette convention aurait concédé ou pourrait encore concéder à l'avenir d'une manière quelconque à une tierce puissance en ce qui concerne l'établissement et l'exercice des industries, sera applicable de la même manière et à la même époque aux sujets et citoyens de l'autre partie, sans qu'une nouvelle déclaration soit nécessaire." A son avis, le dispositif d'accès à l'autorisation d'établissement ouvert aux citoyens par les art. 12 de l'Accord italo-suisse et

V du Protocole final constitue un avantage concédé à une tierce puissance en ce qui concerne l'établissement. Les Espagnols pourraient dès lors bénéficier du droit à la transformation des autorisations saisonnières en autorisations à l'année, tel que le prévoit l'art. 12 al. 1 de l'Accord italo-suisse pour les saisonniers italiens. Selon la doctrine et la jurisprudence, les traités d'établissement ont toujours été interprétés en ce sens qu'ils ne confèrent pas aux ressortissants des Etats étrangers le droit d'obtenir en Suisse un permis d'établissement ou une autorisation de séjour. Ces traités ne dérogeant pas aux lois internes sur la police des étrangers, le seul

BGE 111 Ib 169 S. 172

avantage qu'ils procurent à leurs bénéficiaires est de jouir, une fois qu'ils ont obtenu un permis d'établissement, de la libre circulation intercantonale au même titre que les Confédérés (ATF 110 Ib 66; ATF 106 Ib 127 /128; JAAC 1977, No 56, p. 125 ss; AUBERT, Traité de droit constitutionnel, vol. I, No 1035, p. 388). La portée des traités d'établissement, telle qu'elle vient d'être rappelée, n'a jamais soulevé d'objections de la part des Etats étrangers. Elle ne saurait, en l'espèce, être modifiée par la règle contenue à l'art. 6 de la Convention passée avec l'Espagne, que le recourant définit comme la "clause de l'étranger le plus favorisé". En effet, la Suisse a conclu avec l'Espagne, le 2 mars 1961, un Accord sur l'engagement des travailleurs espagnols en Suisse (RS 0.142.113.328) qui ne confère pas à ces derniers les mêmes avantages que ceux prévus par l'Accord italo-suisse du 10 août 1964. On ne voit dès lors pas comment la clause d'un traité d'établissement qui date de 1879 pourrait l'emporter sur la volonté des parties au moment où elles ont conclu l'accord d'émigration de 1961. Il en résulte que le recourant ne peut pas se fonder sur l'art. 12 al. 1 de l'Accord italo-suisse pour prétendre qu'il a un droit à la transformation de son autorisation de séjour saisonnière en autorisation de séjour à l'année et faire ainsi obstacle à la règle de l'art. 100 lettre b ch. 3 OJ. Le problème de la recevabilité du recours doit plutôt être tranché au regard de la nature de la décision attaquée.

3. a) La procédure pour la transformation des autorisations de séjour saisonnières en autorisations de séjour à l'année comprend trois phases. L'art. 18 al. 1 lettre a de l'ordonnance du Conseil fédéral limitant le nombre des étrangers qui exercent une activité lucrative du 26 octobre 1983 (OCF; RS 823.21) impose tout d'abord à l'Office fédéral des étrangers de prendre les décisions relatives à l'assujettissement aux mesures de limitation conformément à l'art. 3 al. 1 lettre e OCF. L'autorité cantonale compétente doit ensuite décider si elle accorde ou pas l'autorisation à l'année (art. 4 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers; LSEE; RS 142.20). En cas de réponse affirmative de la part de l'autorité cantonale, il faut encore que sa décision soit approuvée par l'Office fédéral des étrangers, qu'il s'agisse d'une autorisation à l'année sans imputation d'une unité du contingent accordé au canton, si le requérant n'est pas soumis aux mesures de limitation (art. 18 al. 1 lettre d OCF), ou

BGE 111 Ib 169 S. 173

d'une autorisation annuelle imputée sur le contingent cantonal des travailleurs à l'année (art. 18 al. 3 LSEE). Certes, le texte de l'art. 3 al. 1 lettre e OCF peut prêter à confusion puisqu'il semble vouloir imposer la décision d'approbation avant celle relative à l'assujettissement aux mesures de limitation. Le Tribunal fédéral pouvant toutefois examiner librement cette disposition, il doit constater qu'il serait contraire à toute logique d'approuver une autorisation avant de savoir si elle constitue une exception aux mesures de limitation, ce qui n'est pas sans incidence sur l'octroi ou le refus de l'autorisation par le canton et sur l'approbation elle-même. Il appartient ainsi en premier lieu à l'Office fédéral des étrangers d'examiner - avec soin et sans abuser de son pouvoir d'appréciation - si les conditions d'assujettissement aux mesures de limitation sont ou non remplies. L'autorité

fédérale ne peut se dispenser de statuer sur ce point, au motif qu'elle refuserait de toute façon son approbation. Même si, pratiquement, il est possible que les deux décisions soient contenues dans le même papier, il demeure important de se prononcer au préalable sur la question de l'assujettissement car, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, seule la décision portant sur cette question est susceptible d'un recours de droit administratif, après le recours auprès du Département fédéral de justice et police prévu par l'art. 20 al. 1 LSEE (ATF 110 Ib 68, ATF 109 Ib 242 /243, 106 Ib 129/130). Le Tribunal fédéral considère en effet que les décisions relatives à l'assujettissement aux mesures de limitation de l'ordonnance du Conseil fédéral ne peuvent être assimilées à des décisions sur l'octroi ou le refus d'une autorisation de séjour et que la disposition exceptionnelle de l'art. 100 lettre b ch. 3 OJ n'est dès lors pas applicable. b) Dans le cas particulier, l'autorité cantonale a refusé d'accorder l'autorisation à l'année au recourant sans demander à l'Office fédéral des étrangers de se prononcer sur la question de l'assujettissement aux mesures de limitation. Elle a donc statué elle-même sur ce point, bien qu'elle ne fût pas compétente pour le faire selon l'art. 18 al. 1 lettre a OCF. Il est vrai que l'autorité cantonale s'est fondée sur l'art. 1er al. 1 lettre a de l'ordonnance du Département de justice et police du 26 octobre 1983 (RS 142.210) qui prévoit une autre procédure puisqu'il dispose:
"Une autorisation à l'année peut, avec l'approbation de l'Office fédéral des étrangers, être accordée sur demande à un saisonnier lorsqu'il a travaillé régulièrement (comme saisonnier: mod. du 17 octobre

1984), pendant trente-six mois au total au cours de quatre années civiles consécutives." Cette procédure ne saurait cependant prévaloir sur l'ordonnance du Conseil fédéral, en particulier sur l'art. 18 OCF qui définit précisément les compétences des autorités fédérales de police des étrangers. Le recourant ne peut ainsi être privé d'un moyen de droit parce que la procédure prévue par l'art. 18 al. 1 lettre a OCF n'a pas été respectée par l'autorité cantonale. Il en résulte que la décision attaquée doit être considérée de facto comme une décision d'assujettissement qui peut dès lors faire l'objet d'un recours de droit administratif.
c) Dans ses observations sur le présent recours, l'Office fédéral des étrangers a certes déjà déclaré que le recourant n'avait pas droit à la transformation de son autorisation de séjour saisonnière en autorisation de séjour à l'année. Comme il n'est cependant pas exclu que, si le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le recourant n'est pas assujetti aux mesures de limitation, l'administration fédérale rende une décision d'approbation, il faut reconnaître à Malvar Ogando un intérêt digne de protection pour recourir au sens de l'art. 103 lettre a OJ.
Il y a lieu dès lors d'entrer en matière sur le présent recours qui, pour le reste, satisfait aux exigences des art. 97 ss OJ.

4. Selon l'art. 3 al. 1 lettre e OCF, les saisonniers qui obtiennent, avec l'approbation de l'Office fédéral des étrangers, une autorisation à l'année conformément aux dispositions réglant la transformation d'autorisations saisonnières en autorisations à l'année, sont soustraits aux mesures de limitation. Cette disposition renvoie à l'art. 1er al. 1 lettre a de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police du 26 octobre 1983 qui a introduit la notion d'années civiles consécutives, alors que l'ancienne ordonnance du 17 octobre 1979 (RO 1979 p. 1379) ne contenait pas une telle notion. Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette question dans son arrêt Stefanelli, également du 22 novembre 1985 (voir supra No 35). Contrairement aux justifications apportées par l'Office fédéral des étrangers dans ses observations, il a jugé que le critère de l'année civile ne pouvait trouver son fondement dans l'Accord italo-suisse ou son Protocole final, ni dans les documents relatifs à ce traité. Il a par ailleurs constaté que, depuis que les autorisations de séjour saisonnières étaient limitées à neuf mois (art. 18 al. 6 RSEE, 11 al. 2 et 3 OCF), le critère de l'année civile introduisait une inégalité de traitement entre le saisonnier qui

commence son séjour en Suisse pendant les trois premiers mois d'une année civile et celui dont l'autorisation débute plus tard et qui ne sera ainsi jamais en mesure d'atteindre les neuf mois requis au cours de sa saison. Cette constatation se vérifie clairement dans le cas du recourant, dès lors que ses séjours en Suisse s'établissent de la manière suivante: - du 13 mars au 17 décembre 1980: 9 mois
- du 19 mars au 19 décembre 1981: 9 mois
- du 23 mars au 23 décembre 1982: 9 mois
- du 15 juin 1983 au 15 mars 1984: 9 mois.
Le recourant ne parvient donc à comptabiliser 36 mois de séjour durant les quatre dernières années que si l'on ne prend pas en considération le critère de l'année civile. En revanche, si ses séjours sont calculés selon ce critère, il ne comptabilise que 33 mois et 17 jours en Suisse et ne remplit plus les conditions pour obtenir la transformation de son autorisation saisonnière en autorisation annuelle. Il se trouve ainsi pénalisé uniquement parce que sa dernière autorisation a débuté plus tard que les précédentes. En raison de l'inégalité de traitement qu'elle introduit, l'exigence de l'année civile posée par l'art. 1er al. 1 lettre a de l'ordonnance du Département fédéral de justice et police du 26 octobre 1983 doit être déclarée inconstitutionnelle. Il en résulte qu'en l'espèce, la transformation de l'autorisation de séjour saisonnière en autorisation de séjour à l'année n'est pas soumise aux mesures de limitation.

5. Le recourant demande l'octroi d'une autorisation à l'année. Le Tribunal fédéral ne peut cependant pas accorder une telle autorisation, alors que l'Office fédéral des étrangers ne s'est pas prononcé dans la procédure cantonale. Il reste en effet possible que l'autorité fédérale refuse son approbation à l'octroi d'une autorisation, malgré le non-assujettissement d'un étranger aux mesures de limitation. Le recours doit dès lors être admis dans le sens des considérants et la décision attaquée annulée. L'affaire est ainsi renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle soumette l'autorisation du recourant à l'approbation de l'Office fédéral des étrangers.