



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse: Une approche nationale, bilatérale et multilatérale

Bueno, Nicolas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-186440>

Journal Article

Accepted Version

Originally published at:

Bueno, Nicolas (2010). L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse: Une approche nationale, bilatérale et multilatérale. *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, 66(2):113-158.

L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse: Une approche nationale, bilatérale et multilatérale

Nicolas Bueno

I. Introduction

Les prestataires de services ont un statut reconnu de migrants depuis quelques décennies. Issu du droit communautaire et présent dans l'Accord général sur le commerce des services de l'Organisation mondiale du commerce, ce statut leur est désormais consacré à l'art. 26 de la loi fédérale sur les étrangers. Dans le domaine des migrations, le prestataire de services ne joue qu'un rôle secondaire. Traditionnellement, il partage la même catégorie que les stagiaires, les étudiants ou les artistes ; celle des migrations économiques temporaires.¹ Toutefois, la migration économique temporaire est une tendance actuelle des migrations dans les pays de l'OCDE² et, en Suisse, particulièrement depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur la libre circulation des personnes.³ Quant aux prestataires de services, leur admission en Suisse augmente de façon constante. En août 2009, 5'324 prestataires de services résidaient en Suisse au titre d'un permis d'une durée inférieure à 4 mois, alors qu'ils n'étaient que 765 en décembre 2005.⁴

À cheval entre le droit des migrations et le droit du commerce international, le régime juridique applicable aux prestataires de services étrangers est régi en Suisse par trois sources : la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁵, l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁶ et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS ou GATS)⁷ (II). Curieusement, chacune des sources définit les notions de « prestation » et de « prestataire » de services de façon différente. Ces notions à géométrie variable, difficiles à cerner, se rejoignent néanmoins sur le fait qu'une « prestation » de services est une activité lucrative temporaire et qu'un « prestataire » de services peut être indépendant ou détacher des travailleurs (III). Cette contribution présente ensuite de façon pratique, les procédures et les conditions d'admission pour chacun des régimes. L'Accord sur la libre circulation des personnes offre de véritables droits à l'entrée et au séjour des prestataires ou de leurs travailleurs détachés. Il se limite toutefois aux seules prestations qui durent moins de 90 jours et les travailleurs détachés

Pour des raisons de lisibilité, les termes au masculin désignant des personnes ne sont pas féminisés, mais comprennent tant les personnes de sexe féminin que masculin.

¹ OCDE, Perspectives des migrations 2008, Paris, 2008, p.50-51.

² OCDE, Perspectives des migrations 2009, Paris, 2009, p.171-176. OCDE (n.1), p. 52 : « En 2006, d'après les données concernant 20 pays de l'OCDE, plus de deux millions et demi de migrants temporaires de travail sont arrivés dans les pays de l'OCDE, ce qui représente environ trois fois le nombre de travailleurs migrants permanents (y compris les migrations de travail à caractère permanent relevant des régimes de libre circulation ».

³ OCDE, Système d'observation permanente des migrations, Rapport de la Suisse 2007, Berne, 2008, p. 12.

⁴ Voir le site internet de l'ODM, concernant les statistiques des étrangers,

(http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/statistik/auslaenderstatistik/aktuelle_ergebnisse.html). Ces nombres ne reflètent pas les prestataires de services qui ne sont soumis qu'à une simple procédure d'annonce en vertu de l'ALCP.

⁵ R.S.142.20.

⁶ RS. 0.142.112.681. L'ALCP s'applique également aux Membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) depuis l'entrée en vigueur de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la convention instituant l'Association européenne de libre-échange. Par la suite, il ne sera plus fait de distinction entre les ressortissants de l'UE et de l'AELE.

⁷ RS.0.632.209. En anglais: General Agreement on Trade in Services.

restent soumis au contrôle des conditions de travail et de salaire. Quant à la politique restrictive d'admission en vertu de la loi fédérale sur les étrangers, elle n'est pas insensible aux facteurs économiques. Les prestations de très courtes durées sont ainsi libéralisées et le critère de la priorité des travailleurs indigènes inapplicable aux prestataires. Enfin, la Suisse a également sacrifié une part de sa souveraineté en matière d'admission d'étrangers dans le cadre de la négociation multilatérale qu'elle mène au sein de l'OMC. Certains prestataires étrangers ont, de ce fait, un droit à l'obtention de l'autorisation de séjour, mais ces droits sont limités et le cercle des bénéficiaires est strictement défini (IV).

II. Les sources

Le prestataire de services a désormais un statut établi de migrant en droit administratif suisse. Ce statut est régi par l'art. 26 de la loi sur les étrangers (II.1). À vrai dire, la figure du prestataire de services migrant n'est pas propre au droit suisse des étrangers, mais prend sa source en droit international. En effet, c'est le droit communautaire qui, pour concrétiser la libre circulation des services a, en premier, permis au prestataire, lui-même ou au travers de ses travailleurs, de traverser les frontières pour offrir ses services (II.2). La Suisse reprend en partie ce régime dans l'ALCP (II.3). Au niveau multilatéral enfin, l'Accord Général sur le commerce des services fonctionne sur le même principe. Ainsi, l'ouverture du commerce des services passe, entre autre, par la possibilité pour des personnes physiques de se déplacer au-delà des frontières. Le mouvement des personnes physiques au titre du GATS est plus communément appelé le « Mode 4 » (II.4).

1. La loi fédérale sur les étrangers

La loi fédérale sur les étrangers est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008. Elle remplace la loi sur l'établissement et le séjour des étrangers (LSEE) de 1931. Même si dans la systématique du droit des étrangers, il s'agit d'une loi ordinaire appliquée à tous les étrangers, elle ne vise en pratique qu'une minorité d'étrangers.⁸ En effet, elle n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de l'UE et de l'AELE ainsi qu'aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés que dans la mesure où l'ALCP n'en dispose pas autrement ou lorsque la LEtr prévoit des dispositions plus favorables.⁹

En matière d'admission, la LEtr, complétée par l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA)¹⁰, reste fidèle à la politique restrictive de la LSEE.¹¹ L'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse et les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes¹². Sur le plan systématique, la LEtr apporte néanmoins quelques nouveautés. Elle définit, par exemple, de façon plus précise les formes de présence avec exercice d'une activité économique. De la sorte, la LEtr distingue entre le régime de l'activité salariée¹³ et de l'activité indépendante¹⁴ en les soumettant à des conditions d'admission distinctes. En ce qui concerne les prestataires de services, ils bénéficient de leur propre régime d'admission à l'art. 26 LEtr.

⁸ NGUYEN MINH SON, La LEtr soumise au référendum, in: Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Berne, 2006, p. 213.

⁹ Article 2 al. 2 et 3 LEtr.

¹⁰ RS.142.201.

¹¹ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3487.

¹² Art. 3 al. 1 LEtr.

¹³ Art. 18 LEtr.

¹⁴ Art. 19 LEtr.

Une nouveauté significative de la LEtr est aussi de mettre à égalité l'activité lucrative salariée et indépendante.¹⁵ Auparavant, la Suisse favorisait l'activité dépendante des étrangers au détriment de l'activité indépendante.¹⁶ Les autorités n'accordaient une autorisation en vue de l'exercice d'une activité indépendante qu'à titre exceptionnel.¹⁷ Dans le régime actuel, une ouverture contrôlée du marché lors de l'admission d'indépendants est effectivement souhaitée en vue de stimuler la concurrence.¹⁸ Avec l'introduction de l'art. 26 LEtr, le marché suisse ne « s'ouvre » pas uniquement aux indépendants ressortissants des États dits tiers¹⁹ qui souhaitent s'établir, mais également aux indépendants qui désirent fournir un service d'une durée limitée²⁰.

L'art. 26 ne s'applique pas seulement aux indépendants, mais concerne également les travailleurs détachés d'une entreprise étrangère ayant leur siège à l'étranger.²¹ Bien que cette constellation ne fût pas inconnue de l'ancien régime²², l'admission du prestataire indépendant ou du travailleur détaché est soumise à une nouvelle réglementation²³. Enfin, l'art. 26 LEtr revêt une importance particulière dans la mesure où il ne concerne pas uniquement des ressortissants d'États tiers, mais aussi les ressortissants de l'UE et de l'AELE.²⁴

2. Le droit communautaire et l'Accord sur la libre circulation des personnes

2.1 Le Traité instituant la Communauté européenne²⁵

Accompagnée de la libre circulation des personnes²⁶, de la libre circulation des marchandises et des capitaux, la libre circulation des services est une des quatre libertés du marché intérieur.²⁷ Comme pour les autres libertés, la libre circulation des services implique

¹⁵ NGUYEN MINH SON (n.8) p. 215 ; GREMPER PHILIPP, Ausländische Personen als selbständig Erwerbende, in : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugli Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, 2ème éd., Bâle, 2009, p.908-909.

¹⁶ NGUYEN MINH SON, droit public des étrangers, Berne, 2003, p. 149-150.

¹⁷ Art. 42 al.1 let. c de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers (abrogée). Voir également le commentaire de GREMPER PHILIPP (n.15), p. 908-909. Selon cet auteur, la différence de traitement entre salariés et indépendants était motivée principalement par le risque accru pour les indépendants de dépendre de l'aide sociale en raison d'un manque de couverture en cas de chômage et des revenus irréguliers et imprévisibles.

¹⁸ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3486.

¹⁹ Selon le vocabulaire du Conseil fédéral, les États tiers sont tous les États avec lesquels la Suisse n'est pas liée par l'ALCP.

²⁰ A contrario, ce statut resterait exceptionnel selon l'Office des migrations (ODM). S'agit-il d'un oubli dans les mises à jour ? ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.1, p. 90 : « Un service transfrontalier peut également être fourni à titre exceptionnel par un ressortissant d'un Etat non-membre de l'UE/AELE exerçant une activité lucrative indépendante ».

²¹ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3542; SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER, Migrationsrecht Kommentar, Zürich, 2008, p. 60; GREMPER PHILIPP (n.15), p. 929.

²² ODM, Directives LSEE, Entrée, séjour et marché du travail, Annexe 4/6 (abrogées).

²³ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3542.

²⁴ ODM, Rapport sur la migration 2008, Berne, 2009, p. 14 : « Parmi les 8 830 autorisations de courte durée mentionnées, il faut noter que plus du tiers (3200 unités) sont attribuées à des prestataires de services ressortissants de l'UE ou de l'AELE dont le séjour n'est pas régi par l'ALCP. Pour la procédure d'admission, voir le point IV.2.1 ci-dessous.

²⁵ Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne (TCE), JO C 321 E/3 du 29.12.2006.

²⁶ L'art. 39 TCE, intitulé libre circulation des personnes inclut à la fois la liberté du travailleur et la liberté d'établissement.

²⁷ Art 2 et 3 let.c TCE. Voir aussi la communication de la Commission « Un marché unique pour le 21 ème siècle » du 20 novembre 2007, COM 2007 724 final, p.1.

l'interdiction des discriminations fondée sur la nationalité.²⁸ En fait, comme le dit l'art. 49 TCE, non seulement les discriminations, mais de façon générale, toutes restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.²⁹ Ce principe est rappelé et précisé dans la directive 2006/123/CE³⁰, qui a pour but de réaliser un véritable marché intérieur des services en supprimant toutes les barrières juridiques et administratives entravant le développement des activités de services entre les États membres³¹.

Dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, la libre circulation des services trouve application sous trois formes.³² En effet, afin de permettre l'exécution de la prestation de services, il peut y avoir un déplacement soit du prestataire³³ qui se rend dans l'État membre où le destinataire est établi, soit du destinataire³⁴ qui se rend dans l'État d'établissement du prestataire³⁵. Dans certains cas, enfin, seul le service se déplace sans que le prestataire ou le destinataire ne franchisse de frontières.³⁶ Seule la première forme de prestation, la prestation active, fait l'objet de cette contribution.

2.2 La directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services³⁷

Dès 1981, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) a relevé que l'activité consistant, pour une entreprise, à mettre à disposition de la main d'œuvre qui reste au service de ladite entreprise sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur, constitue une activité professionnelle qui doit être considérée comme un service³⁸; il s'agit du détachement de travailleur. Ces travailleurs détachés restant contractuellement soumis à un employeur à l'étranger, il existe un risque d'inégalité avec les travailleurs employés sur l'État dans lequel la prestation de services est réalisée. Pour garantir une concurrence loyale et assurer le respect des droits des travailleurs,³⁹ le Parlement européen et le Conseil ont émis la

²⁸ Art 12 TCE.

²⁹ Voir par exemple, EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Zur Tragweite und Auslegung des Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Fribourg, 2009, p. 17 et les références jurisprudentielles, CJCE arrêt Van Binsbergen du 3 décembre 1974, aff. 33/74, Rec. 1974, p.1299, § 11-17 ou CJCE, arrêt Alpine Investment du 10 mai 1995, aff. 384/93, Rec. 1995, p. 1141, §23ss.

³⁰ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27.12.2006, p. 36–68.

³¹ Directive 2006/123/CE (n.30), §§ 4 et 64.

³² Pour plus de précisions sur les formes de prestations: MCDONALD M.KEVIN, Der Begriff des Dienstleistung im europäischen Binnenmarkt und WTO-System (GATS), Frankfurt am Main, 2001, p.26-32.

³³ Il s'agit d'une prestation de services active ou positive. Par exemple, un avocat qui se rend personnellement dans un autre État membre: CJCE, arrêt Van Binsbergen du 3 décembre 1974, aff. 33/74, Rec. 1974, p.1299.

³⁴ Parfois tant le prestataire que le destinataire se déplacent ; c'est le cas par exemple lors d'un voyage touristique avec un guide. Par exemple, CJCE, arrêt Commission c. France du 26 février 1991, aff. C-154/89, Rec.1991, p.I-659.

³⁵ Prestation passive ou négative, arrêt Luisi & Carbone du 31 janvier 1984, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec.1984, p. 377.

³⁶ Par exemple, dans le cas de services par téléphone, CJCE, affaire Alpine Investment du 10 mai 1995, aff. 384/93, Rec. 1995, p. 1141.

³⁷ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21.1.1997, p. 1–6.

³⁸ CJCE, arrêt Webb du 17 décembre 1981, aff. 279/80, Rec.1981, p. 3305, §9. Voir également EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA (n.26), p. 20 et les références jurisprudentielles citées.

³⁹ § 5 du Préambule de la Directive 96/71/CE.

directive 96/71/CE. Celle-ci fixe, en particulier, les conditions minimales de salaire et de travail des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service.⁴⁰

2.3 L'Accord sur la libre circulation des personnes

L'ALCP est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Son application en Suisse est précisée par l'Ordonnance sur la libre circulation (OLCP).⁴¹ Sur les fondements du droit communautaire,⁴² l'ALCP a pour objectif d'accorder, entre autre, un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée⁴³. À l'instar du droit communautaire, cet objectif ne saurait être réalisé sans le principe de non-discrimination entre les ressortissants communautaires, de l'AELE et suisses.⁴⁴

A proprement parler, l'ALCP connaît une acception large de la libre circulation des personnes.⁴⁵ En effet, il règle non seulement la situation juridique des salariés⁴⁶ et des indépendants⁴⁷, mais comprend également un régime spécifique pour le prestataire de services.⁴⁸ Toutefois, l'ALCP ne reprend que partiellement le régime de libre circulation des services du droit communautaire. En effet, dans la logique de l'ALCP, le droit de fournir un service, qui est la condition du droit de séjour⁴⁹ est limité à plusieurs égards. Un prestataire bénéficie du droit de fournir un service sur le territoire de l'autre partie contractante seulement s'il ne dépasse pas 90 jours⁵⁰ de travail effectif par année civile.⁵¹ Par ailleurs,

⁴⁰ Art. 3 de la Directive 96/71/CE.

⁴¹ RS.142.203.

⁴² Sur les principes d'interprétation de l'ALCP au regard du droit communautaire, voir, en particulier. EPINEY ASTRID, MOSTERS ROBERT, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre le Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in : *Auslegung und Anwendung von "Integrationsverträgen"*, Zürich, 2006 ; EPINEY ASTRID, zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit – Hinweise, in : *Annuaire du droit de la migration 2007/2008*, Berne, 2008, p. 249-264; MERZ LAURENT, Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, RDAF 2009 I p. 256-260 ; KADDOUS CHRISTINE, L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse, in: *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden, 2008, p. 158-163 ; NGUYEN MINH SON (n. 16), p.338-339; Plus particulièrement pour les prestataires de services, EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA (n. 29), p.7-20.

⁴³ Art. 1 let.a et b ALCP ; MERZ LAURENT, (n. 42), p. 253.

⁴⁴ Art. 2 ALCP. Sur la question de savoir si les entraves non-discriminatoires sont également interdites dans l'ALCP, DELLI CHANTAL ET TOBLER CHRISTA, Beschränkungsverbot im Personenfreizügigkeitsabkommen ?, in: *AJP*, Lachen, 2007, 11, p.1367-1375 ; c'est le cas en ce qui concerne les entraves qui concernent les prestataires et les travailleurs détachés selon EPINEY ASTRID ET ZBINDEN PATRIZIA, (n.26), p.17-18.

⁴⁵ NGUYEN MINH SON, (n.16), p. 337.

⁴⁶ Art. 6 ss Annexe I ALCP, MERZ LAURENT (n.42), p. 269-271 ; NGUYEN MINH SON, L'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et le droit de la police des étrangers, in: *RDAF 2001 I*, p.160-171.

⁴⁷ Art 12 ss Annexe I ALCP; MERZ LAURENT (n.42), p.272-275. NGUYEN MINH SON (n.46), p. 171-176.

⁴⁸ Art 17 ss Annexe I ALCP; MERZ LAURENT (n.42), p.275-276. NGUYEN MINH SON (n.46), p.176-186. Pour l'État de la négociation en matière de services, NUFER CHRISTOPH, *Bilaterale Verhandlungen, wie weiter?: Liberalisierung der Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU : Gewinner und Verlierer aus Schweizer Sicht*, 2006.

⁴⁹ Article 5 § 2 ALCP, voir point IV.2.1 ci-dessous.

⁵⁰ Sur la question des 90 jours, MARITZ DANIEL, *Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen*, in: *Accords bilatéraux Suisse – UE*, Bâle, 2001, p.341; BECKER MATTHIAS, *Die personenbezogene Dienstleistungserbringung im Rahmen der bilateralen Verträge Schweiz-EG*, Zürich, 2001, p. 33, BENESCH SEBASTIAN, *Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft : ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess*, Tübingen, 2007, p.151, EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA (n.29), p. 14, NGUYEN MINH SON, (n.16), p.383 ou encore GREMPER PHILIPP (n.15), p. 930.

⁵¹ Art 5 §1 ALCP. Sont toutefois réservés les accords spécifiques relatifs à la prestation de services.

l'Accord exclut expressément les activités participant à l'exercice de l'autorité publique⁵² et les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire ainsi que des services financiers dont l'exercice exige une autorisation préalable⁵³.

2.4 La loi fédérale sur les travailleurs détachés⁵⁴

Comme en droit communautaire, l'ALCP s'applique tant au prestataire de services établi sur le territoire d'une des parties contractantes⁵⁵, qu'au travailleur salarié d'un prestataire de services, détaché pour la prestation d'un service sur le territoire d'une autre partie contractante ; ceci, indépendamment de sa nationalité, mais pour autant qu'il ait été intégré dans le marché régulier du travail d'une partie contractante.⁵⁶ A cet égard, les questions sociales et salariales que pose le détachement de travailleurs se présentent également dans le cadre de l'ALCP. Sur la base de la directive 96/71/CE⁵⁷, les Chambres fédérales ont donc adopté la loi sur les travailleurs détachés (LDét). Bien que cette loi ait été prise dans le cadre de mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, elle s'applique de façon générale aux ressortissants d'États tiers.⁵⁸ Cette loi règle les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés.⁵⁹ Elle impose en outre une obligation d'annonce et prévoit des contrôles.⁶⁰ Elle s'accompagne de l'Ordonnance sur les travailleurs détachés (ODét).⁶¹

3. L'Accord général sur le commerce des services.

Le tour des sources connaissant la figure du prestataire migrant serait incomplet sans évoquer l'Accord général sur le commerce des services. Le GATS constitue l'un des trois piliers de l'Organisation mondiale du commerce⁶². Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, il compte plus de 150 États membres, dont la Suisse.

Le GATS tend principalement à l'établissement d'un cadre multilatéral de principes et de règles en vue de l'expansion du commerce des services dans des conditions de libéralisation progressive et comme moyen de promouvoir la croissance économique.⁶³ Il s'applique à toute mesure d'un État membre qui entrave le commerce des services et ce, dans tous les principaux secteurs des services.⁶⁴ Le champ d'application est toutefois limité à quatre modes de fournitures de services⁶⁵ : la fourniture transfrontalière, la consommation à l'étranger, la présence commerciale dans le pays consommateur et, enfin, également appelé « mode 4 », la fourniture de services par le biais de la présence de personnes physiques étrangères.⁶⁶ Sans

⁵² Art. 22 al. 1 Annexe I ALCP.

⁵³ Art 22 al. 3 Annexe I ALCP.

⁵⁴ RS.823.20.

⁵⁵ Art. 17 al.1 let.a Annexe I ALCP.

⁵⁶ Art. 17 al.2 let.b Annexe I ALCP.

⁵⁷ Mentionnée à l'art. 22 §2 Annexe I ALCP.

⁵⁸ Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5697 et WYLER REMY, Les conditions de travail, la libre circulation et de détachement des travailleurs : les législations et les questions qu'elles posent, in : Marchés publics, 2008, p. 257.

⁵⁹ Art. 2 LDét.

⁶⁰ Art. 6 et 7 LDét.

⁶¹ RS.823.201.

⁶² Avec l'Accord sur le Commerce des marchandises et l'Accord sur la propriété intellectuelle.

⁶³ Préambule du GATS, §2.

⁶⁴ Voir ci-dessous, notions de services selon le GATS au point 3.1.

⁶⁵ Art 1 GATS.

⁶⁶ Pour quelques exemples des modes de prestations, KLEIN SOLOMON MICHELE, GATS Mode 4 and the Mobility of Labour, in : Cholewinski R., Perruchoud Richard, MacDonald Euan (éds.), International Migration

surprise, les personnes physiques d'un Membre qui sont employées par un fournisseur de services d'un Membre et qui sont détachées pour la fourniture d'un service sont également comprises dans le mode 4.⁶⁷ Conscients des liens étroits entre les aspects économiques et migratoires que représente le mode 4, les Etats membres ont précisé que le GATS ne s'appliquera pas aux mesures affectant les personnes physiques qui cherchent à accéder au marché du travail d'un Membre, ni aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi à titre permanent.⁶⁸ Autrement dit, seule la migration temporaire fait l'objet de la négociation multilatérale.⁶⁹

Pour atteindre un niveau adéquat de libéralisation dans le domaine des services, les États membres sont liés par des engagements généraux et spécifiques.⁷⁰ Les premiers lient tous les Etats membres de façon identique.⁷¹ Il s'agit en particulier de respecter le principe de la nation la plus favorisée, de la transparence et de l'application raisonnable, objective et impartiale de la réglementation intérieure. De leur côté, les Etats membres s'engagent individuellement à ouvrir leur marché national à la fourniture transfrontalière de services. À cette fin, chaque État établit sa propre liste d'engagements spécifiques qui précise les concessions faites selon les secteurs de services et les modes de fourniture. Les listes d'engagements spécifiques font partie intégrante du GATS.⁷²

III. Les notions

En droit administratif, est considérée comme « prestation » de service transfrontière une prestation de durée limitée fournie en Suisse dans le cadre d'un contrat par une personne ou une entreprise dont le domicile ou le siège se trouve à l'étranger.⁷³ Cette définition s'inspire manifestement du droit communautaire et des textes de droit international qui lui sont antérieurs. À certains égards, toutefois, les éléments de la définition diffèrent, ce qui rend l'approche comparative intéressante (III.1).

La notion de « prestataire » de services est parfois utilisée de façon générique. Il faut différencier : une prestation de service peut être fournie par un prestataire au sens strict ou par un travailleur détaché. Pour le détachement, il faut encore distinguer le détachement intra-firme du détachement en dehors d'une entreprise. Là encore, chacun des régimes a ses particularités. (III.2).

Law, La Haye, 2007, p.109-111. NIELSON JULIA, TAGLIONI DARIA, A Quick Guide to the GATS and Mode 4, Genève, 2003, p.5; Organisation internationale pour les migrations, Gestions du mouvement de personnes, enseignements utiles pour le mode 4 de l'AGCS, Dialogue international sur les migrations, no 7, Genève, p. 26 ss.

⁶⁷ Annexe sur le mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord, §1.

⁶⁸ Annexe (n.67), §2.

⁶⁹ Sur l'état et la portée de la négociation pour le mode 4, TRACHTMAN JOEL P., The international law of economic migration : toward the fourth freedom, Michigan, 2007, Chap. 8; MAGDELEINE JOSCELYN, MAURER ANDREAS, Measuring GATS Mode 4 Trade Flows, Genève, 2008; ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS, Gestions du mouvement de personnes (n.66) ; UNITED NATIONS, Seventh coordination meeting on international migration, international migration and development : a perspective from the WTO, New York, 2008.

⁷⁰ Voir par exemple, KLEIN SALOMON MICHELE (n.66), p.109-110; Egalement IYNEDIJAN MARC, GATS et permis de travail, Les engagements contractés par la Suisse au titre du GATS en matière de permis de travail, SJ II 2004 (5), p. 115-121.

⁷¹ Articles II à XIV du GATS.

⁷² Offre suisse conditionnelle révisée du 14 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1 et les commentaires de IYNEDIJAN MARC, (n.70), p. 133.

⁷³ Art. 3 OASA.

1. La notion de prestation de services

1.1 La notion de services

En sciences économiques, la notion de services peut se définir par le résultat immatériel et donc non stockable de l'activité concernée. Il s'agit d'un secteur de l'économie, appelé tertiaire, qui comprend toutes les activités qui ne ressortissent pas directement de la production de biens, à savoir ceux fournis par la main d'œuvre et les machines affectées à la fabrication et à la transformation de matières (secteur secondaire) et ceux imputés aux ressources naturelles utilisées dans ces opérations (secteur primaire).⁷⁴

En droit suisse, les activités couvertes par l'art. 26 LEtr ne sont pas précisément définies : elles concerneraient vaguement divers secteurs économiques et diverses professions.⁷⁵ À titre exemplatif, il est seulement fait mention de la construction en général, de la construction de machines ou du développement et de l'installation de système informatique.⁷⁶ Dans tous les cas, le lien est plutôt lâche avec la notion de services développée par les sciences économiques.

La notion de services trouve néanmoins une définition plus précise dans le domaine commercial communautaire et international. Il s'agit en effet de définir quel secteur présente un intérêt économique dans le but d'en faciliter le commerce.

En droit communautaire, les services comprennent notamment des activités de caractère industriel, commercial, des activités artisanales et les activités des professions libérales.⁷⁷ Ces catégories, établies dans les années cinquante dans le TCE, ne correspondent au demeurant plus aux définitions utilisées par la CJCE, qui a précisé que la nature particulière de certaines prestations de services ne les excluait pas du champ d'application des art. 49ss TCE. C'est le cas, par exemple, de l'offre de paris sportifs en ligne ou de l'activité qui consiste à mettre à la disposition d'un tiers un plan d'eau pour y pratiquer la pêche.⁷⁸ La directive 2006/123/CE concernant les services dans le marché intérieur regroupe, quant à elle, les services en fonction du bénéficiaire, en distinguant entre les services aux entreprises, les services fournis à la fois aux entreprises et aux consommateurs et les services aux consommateurs.⁷⁹

Le droit de l'OMC comprend une interprétation encore différente de la notion de services. En effet, le GATS a vocation à s'appliquer à tous les services de tous les secteurs.⁸⁰ Toutefois, en lieu et place d'une définition générale et abstraite, les Membres de l'OMC ont préféré établir une liste concrète d'activités qui se distinguent du commerce des biens. Ainsi, sur la base de la « Classification centrale des Produits »⁸¹, le Secrétariat de l'OMC a établi une liste énumérant onze secteurs⁸² comprenant les services fournis aux entreprises, les services de

⁷⁴ GRISEL DIANE, La notion de services au sens de l'article 50 du Traité CE, in : Eleanor Cashin Ritaine et Elodie Maître Arnaud (éds.), *Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé*, Genève, 2008, p. 168 et les références citées ; voir également MCDONALD M.KEVIN (n. 29), p. 24-25.

⁷⁵ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.2.

⁷⁶ ODM, directives chapitre I 4 séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.2.

⁷⁷ Art. 50 al. 2 TCE.

⁷⁸ GRISEL DIANE (n.74), p.172.

⁷⁹ Préambule de la directive 2006/123/CE, §33.

⁸⁰ A l'exception toutefois des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental. Article I § 3b GATS.

⁸¹ Central Product Classification ou CPC. Cette classification est élaborée par la Division statistiques des Nations Unies.

⁸² Classification sectorielle des services, note du secrétariat du 10 juillet 1991, MTN.GNS/W/120.

communication, de construction et d'ingénierie, de distribution, d'éducation, les services concernant l'environnement, la santé, le tourisme, les services financiers, culturels et sportifs, ainsi que les services de transports. Ces secteurs sont ensuite subdivisés en quelques 160 sous-secteurs.⁸³

La notion de services ne se limite donc pas aux seuls domaines de la construction et de l'informatique, comme le laisse l'entendre l'ODM. Au contraire, en se basant sur le droit communautaire et le droit international économique, la notion est en fait si large qu'il est possible d'y faire entrer plus ou moins n'importe quelle activité : ramasser du raisin est un service annexe à l'agriculture⁸⁴, couper les cheveux est une activité artisanale et coudre des jeans peut avoir un caractère industriel. Pour définir la prestation de services, d'autres critères doivent donc être examinés, dont la présence d'une activité lucrative.

1.2 La présence d'une activité lucrative

En droit suisse, une prestation de services au sens de l'art. 26 LEtr est une activité lucrative. En effet, l'art.26 LEtr se trouve dans la section qui a trait à l'admission en vue d'une activité lucrative au même titre que l'admission des travailleurs et des indépendants⁸⁵.

Dans la LEtr, la notion d'activité lucrative est définie très largement.⁸⁶ Selon l'art. 11 al.2 LEtr, est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement. En fait, toute activité qui dépasse le simple petit service et qui est exercée normalement contre rémunération doit être qualifiée d'activité lucrative.⁸⁷

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser cette notion dans le cas particulier des prestations de services de transports de marchandises et de personnes. Un ressortissant italien avait été condamné à une amende pour avoir transporté des marchandises deux fois par semaine à divers clients dans le canton du Tessin sans autorisation du droit des étrangers. Selon le Tribunal fédéral, toutefois, le transport de biens clairement définis, commandés à l'étranger, qui auraient aussi pu être acheminés par la poste, ne peut pas être considéré comme une activité lucrative soumise à autorisation.⁸⁸ Le même principe est applicable au transport d'étrangers par une entreprise étrangère, s'il est d'emblée évident qu'ils souhaitent uniquement visiter la Suisse et que, dans d'autres circonstances, ils auraient aussi pu voyager en train ou en avion. Il est en revanche question d'une activité lucrative soumise à autorisation et donc d'une prestation de services au sens de l'art. 26 LEtr si, lors du voyage, l'entreprise fait de la publicité ou des offres de transport de personnes en Suisse ou à l'étranger.⁸⁹

⁸³ KLEIN SOLOMON MICHELE, (n.66), p.110.

⁸⁴ En vertu de la classification sectorielle MTN.GNS/W/120, il s'agirait du sous-secteur « services annexes à l'agriculture » dans le secteur des « services fournis aux entreprises ».

⁸⁵ Section 1 « Admission en vue d'une activité lucrative » du Chapitre 5 « Conditions d'admission » de la LEtr.

⁸⁶ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.1.1. Ceci permet d'appliquer une politique d'admission en vue d'une activité lucrative contrôlée, car toute activité lucrative est soumise à autorisation.

⁸⁷ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.1.1 et 4.8.8.3. Par exemple, le Tribunal cantonal vaudois a jugé qu'il y a activité lucrative lorsqu'un propriétaire fait appel à un étranger pour procéder à des travaux de rénovation sur son immeuble. Peu importe que l'un des ouvriers soit le beau-frère du propriétaire et qu'aucun salaire n'ait a priori été versé. Arrêt PE. 2008.091 du 14 août 2008.

⁸⁸ ATF 122 IV 231.

⁸⁹ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.1.1.

Dans le contexte européen, l'ALCP parle plutôt d'activité économique et non d'activité lucrative⁹⁰, mais la définition d'activité lucrative au sens de la LEtr semble pouvoir s'appliquer par analogie.⁹¹ Dans tous les cas, comme l'ALCP ne définit pas cette notion, elle doit s'interpréter à la lumière du droit communautaire.⁹² Au titre de l'art. 50 TCE, sont considérées comme services, les prestations fournies normalement contre rémunération. Cette exigence reflète les préoccupations économiques de marché commun, mais la jurisprudence a interprété largement cette notion⁹³. Elle a très tôt relevé, en parallèle à la libre circulation des travailleurs, ⁹⁴ que même des prestations modestes, voire en nature, qui constituent la contrepartie indirecte d'activités économiques réelles et effectives, mais non pas simplement marginales et accessoires, satisfont la condition de rémunération de l'art. 50.⁹⁵ D'autre part, la poursuite d'un but lucratif n'est pas déterminante; des prestations de service à finalité sociale ne sont donc pas a priori exclues.⁹⁶ Enfin, la CJCE a jugé qu'il n'était pas nécessaire que la rémunération soit payée directement entre les parties à la relation contractuelle⁹⁷. Par exemple, les sportifs qui offrent une performance au public, quand bien même ils ne sont pas rétribués par ce dernier, mais soutenus par les sponsors sont ainsi des prestataires de services au sens de l'art. 50 TCE.⁹⁸

Quant au GATS, la question ne se pose pas. En effet, le GATS s'attache à libéraliser le commerce des services et les engagements spécifiques des Membres sont pris pour des secteurs économiques définis. Ainsi, l'activité lucrative n'est pas un élément de la définition, mais découle du principe de la négociation qui consiste à libéraliser des secteurs économiques.⁹⁹ Les secteurs non-économiques ou les services non-marchands n'entrent donc pas dans le champ d'application du GATS.

La notion d'activité lucrative ou économique s'interprètent largement en droit des étrangers suisse et en droit communautaire. On relèvera néanmoins que le but reste diamétralement opposé. Dans la LEtr, il s'agit par ce biais de soumettre au régime d'autorisation un grand éventail d'activités. A l'opposé, le droit communautaire et l'ALCP entendent limiter au possible les entraves au commerce.¹⁰⁰ Si la prestation de services est une activité lucrative, il reste à la distinguer d'autres formes d'activités lucratives, telle que l'activité lucrative salariée ou indépendante. Deux critères permettent de distinguer : la relation contractuelle et la durée.

⁹⁰ Art. 6 et 7 ALCP. A contrario, l'OLCP parle d'activité lucrative à sa section quatre.

⁹¹ C'est tout du moins l'interprétation du Tribunal cantonal vaudois dans l'arrêt PE.2008.0157 c.2b. du 9 décembre 2008. Le tribunal cantonal applique par analogie la notion d'activité lucrative de l'art.11 al.2 LEtr à un ressortissant italien pour conclure qu'il s'agit d'un travailleur et que le revenu modique de 1900 CHF n'empêche pas l'application de l'art. 6 ALCP. Voir aussi NGUYEN MINH SON (n.46), p. 153-154.

⁹² Art. 16 al. 2 ALCP.

⁹³ Voir en particulier GRISEL DIANE (n.74), p. 172-183.

⁹⁴ Par exemple, CJCE, arrêt Lawrie-Blum du 3 juillet 1986, aff. 66/85, Rec.1986, p.2121, § 16-17 ; CJCE, arrêt Trojani du 7 septembre 2004, aff C-456/02, Rec. 2004, p.7573, § 15.

⁹⁵ CJCE, arrêt Steymann du 5 octobre 1988, aff. C-196/87, Rec. 1988, p. 6159.

⁹⁶ GRISEL DIANE (n.74), p. 175. La question est débattue dans le domaine de la santé et de l'éducation. Ces domaines sont d'ailleurs exclus par la directive 2006/123/CE relative aux services, §27.

⁹⁷ GRISEL DIANE, (n. 74), p. 177 et l'arrêt cité ; CJCE, Arrêt Skandia d juin 2003, aff. C-422/01, Rec. 2003, p. I6817, § 24.

⁹⁸ CJCE, arrêt Deliège du 11 avril 2000, aff. jointes C-51/96 et 191/97, Rec. 2000, p. I-2549, § 52-58.

⁹⁹ Voir le préambule du GATS.

¹⁰⁰ Voir aussi NGUYEN MINH SON (n.16), p. 180.

1.3 La relation contractuelle

En droit public suisse, il y a prestation de service au sens de l'art. 26 LEtr, si elle est fournie en Suisse dans le cadre d'un contrat.¹⁰¹ Plus précisément, il doit s'agir d'un contrat de mandat ou d'un contrat d'entreprise¹⁰². Cette exigence a le mérite d'être claire et permet de distinguer du régime applicable à l'activité lucrative salariée qui suppose la présence d'un contrat de travail avec un employeur en Suisse; elle crée néanmoins une incertitude pour un certain nombre d'activités lucratives. On peut penser à l'activité des voyageurs de commerce venant négocier des contrats en Suisse pour le compte d'entreprises étrangères, des fournisseurs de marchandises ou des exposants, mais également des sportifs et artistes, qui ne sont pas nécessairement liés, en Suisse, ni par un contrat de mandat ni d'entreprise, ou de travail, d'ailleurs, et qui se trouvent, de ce fait, dans une zone grise.

Dans le régime de la LSEE, ces activités étaient des activités lucratives sans prise d'emploi¹⁰³. En effet, était réputée activité lucrative sans prise d'emploi, l'activité indépendante sans transfert de domicile en Suisse ou l'activité exercée au profit d'un employeur domicilié à l'étranger ou encore pour une entreprise dont le siège est à l'étranger¹⁰⁴. Cette notion est intéressante, car elle permet de distinguer du régime des travailleurs et des indépendants au sens des art. 18 et 19 LEtr, d'une part, et, d'autre part, d'intégrer les personnes qui ne sont pas au bénéfice d'un contrat de mandat ou d'entreprise sans être pour autant des travailleurs ou des indépendants. Elle devrait donc être préférée à l'exigence du contrat d'entreprise ou de mandat.¹⁰⁵ Ainsi, le voyageur de commerce russe, qui vient en Suisse pour positionner sa marque de bijoux de luxe en Suisse pendant deux mois ou l'artiste américain en tournée en Suisse pendant trois semaines exercent une activité lucrative sans prise d'emploi et devraient être admis aux conditions de l'art. 26 LEtr. Ce n'est pas le cas, si l'on exige d'eux qu'ils présentent un contrat de mandat ou un contrat d'entreprise avec une partie contractante en Suisse.

Le droit communautaire a développé un mécanisme différent pour distinguer entre le régime applicable aux prestataires de services de celui des travailleurs. La libre circulation des services s'applique si elle n'est pas régie par les dispositions relatives, entre autres, à la libre circulation des travailleurs.¹⁰⁶ Pour distinguer, il y a lieu d'analyser la relation entre le prestataire de services et le bénéficiaire. S'il existe un lien de subordination, la situation

¹⁰¹ Art. 3 OASA.

¹⁰² Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3542; ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.1.

¹⁰³ Cette notion a sa source terminologique à l'art. 2 al.1 LSEE (abrogée). Le terme ne se retrouve plus dans la LEtr, mais les directives de l'ODM différencient encore les activités avec et sans prise d'emploi. Les activités sans prise d'emploi bénéficient d'une dérogation à l'obligation d'obtenir une autorisation, lorsqu'elles sont exécutées pendant moins de huit jours. ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.1.1 ; NGUYEN MINH SON (n.12), p.361-363 ; voir également point IV.3.1 ci-dessous.

¹⁰⁴ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.1.1. À noter que le domaine de la construction et de l'installation sont considérées comme activités lucratives avec prise d'emploi. Pour le domaine sportif, ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.7.11.1. Dans le domaine artistique, ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.7.12.2.2.

¹⁰⁵ En vertu des art. 14 LEtr et 14 OASA, la dérogation qui s'appliquait aux activités sans prises d'emploi au sens de la LSEE s'appliquent d'ailleurs désormais aux prestations de services transfrontaliers; Voir également UEBERSAX PETER, Einreise und Anwesenheit, in : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugli Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, 2ème éd., Bâle, 2009, p.245-246.

¹⁰⁶ Néanmoins son caractère subsidiaire est remis en cause. Voir par exemple EPINEY ASTRID et MOSTERS ROBERT, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Annuaire suisse de droit européen 2006/2007, Zürich, 2007, p. 114-115.

ressort formellement de la libre circulation des travailleurs.¹⁰⁷ À cet égard, la caractéristique essentielle de la relation de travail devrait être la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, pour le compte d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle reçoit une rémunération.¹⁰⁸

Le Tribunal fédéral a également tranché la question dans le cadre de l'ALCP. Il a dû déterminer si des prestations sexuelles fournies par des Hongroises, envoyées par une entreprise établie en Hongrie auprès d'un établissement lucernois relevait du régime des travailleurs ou si elles bénéficiaient du régime de la libre prestation des services en tant que travailleurs détachés d'un prestataire de services.¹⁰⁹ Le Tribunal fédéral a considéré que les ressortissantes hongroises étaient, dans les faits, employées par l'établissement lucernois, qui était en mesure de décider de leur engagement, assurait la clientèle et veillait à leur sécurité.¹¹⁰ Il existait donc bien une subordination des prostituées à l'entreprise lucernoise, ce qui excluait le régime de libre prestation des services. Le même raisonnement a été appliqué pour un ressortissant italien venant en Suisse pour effectuer son service civil auprès d'une association chrétienne qui défend les intérêts des travailleurs italiens. En l'espèce, il existait un lien de subordination avec l'association bénéficiaire en Suisse. C'est donc à tort que le Service de la population du canton de Vaud a considéré que le « civiliste » était un travailleur détaché et que le régime des prestataires de services lui était applicable.¹¹¹ Il aurait dû appliquer le régime spécifique des travailleurs.

L'exigence d'une relation contractuelle prédéfinie n'est pas une exigence du GATS. Plusieurs Membres ont souhaité définir plus précisément la notion de prestation de services, mais aucune définition commune n'a abouti.¹¹² Chaque État membre est donc libre de définir les catégories de personnes qui bénéficieront de la libéralisation.¹¹³ Par exemple, la Suisse, comme la plupart des Membres de l'OCDE se sont engagés à faciliter l'entrée des cadres et des spécialistes transférés au sein d'une même entreprise sans préciser la relation juridique entre la personne transférée et l'entreprise appartenant au groupe établie dans le pays d'envoi. A l'image du droit public suisse, la Suisse précise néanmoins que des personnes morales doivent avoir préalablement conclu un contrat de services avec une firme engagée dans des affaires en Suisse pour envoyer leurs fournisseurs de services contractuels.¹¹⁴

1.4 La durée limitée

Le droit suisse limite l'admission des prestataires au sens de l'art. 26 LEtr aux prestations qui sont temporaires. En effet, le prestataire ou le travailleur détaché doit ensuite regagner son pays d'origine une fois la prestation réalisée¹¹⁵. Au contraire, s'il souhaite implanter une entreprise et prendre durablement part à l'activité économique locale, il devra répondre aux conditions d'admission pour les personnes exerçant une activité indépendante au sens de l'art. 19 LEtr. Aucune limite temporelle n'est néanmoins prévue par la loi pour réaliser la

¹⁰⁷ GRISEL DIANE (n.74), p. 191.

¹⁰⁸ Directive 2006/123 relative aux services, §87.

¹⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_334/2007 du 14 janvier 2008. La question était importante pour savoir si, les ressortissantes hongroises étaient soumises à la réglementation transitoire de l'ALCP ou non.

¹¹⁰ Voir aussi les commentaires de MERZ LAURENT (n.42), p. 276 ; EPINEY ASTRID, CIVITELLA TAMARA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Annuaire du droit de la migration 2007/2008, p.246.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal cantonal vaudois, PE.2008.0157 c. 1b. du 9 décembre 2008.

¹¹² KLEIN SOLOMON MICHELE, (n.66), p.112.

¹¹³ Pour les catégories de personnes dans la liste d'engagements spécifiques suisse, voir point III.2 ci-dessous.

¹¹⁴ Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 8-9.

¹¹⁵ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3542.

prestation. Dans la mesure du possible, les prestations de services doivent se faire le cadre d'autorisations de courte durée selon l'art. 19 al. 1 OASA, mais il n'est pas exclu que certains projets se prolongent sur plusieurs années.¹¹⁶

A titre de comparaison, **le droit communautaire**, et par voie de conséquence, l'ALCP, prévoient également que la libre prestation des services ne s'applique qu'à des prestations qui sont temporaires. Une activité qui se destine à être exécutée dans l'Etat membre d'accueil sans limitation prévisible de durée ressort à la liberté d'établissement.¹¹⁷ Par contre, le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services, au sens du traité, de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure, y compris un bureau, cabinet ou étude, dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause.¹¹⁸ À titre d'indice enfin, l'ALCP n'accorde un droit à fournir une prestation que si celle-ci dure moins de 90 jours de travail effectif par année civile.¹¹⁹

Sur le plan du commerce multilatéral, **le GATS** ne s'applique pas aux mesures affectant les personnes physiques qui concernent la résidence ou l'emploi à titre permanent.¹²⁰ Cependant, rien ne définit la durée à partir de laquelle, un séjour devient permanent. Les Membres de l'OMC peuvent faire preuve d'une grande marge d'appréciation pour fixer les limites temporelles dans leurs engagements spécifiques.¹²¹ Par exemple, la Suisse accorde des droits pour des séjours de trois mois aux dirigeants se rendant en Suisse pour y créer un établissement commercial ou y négocier des contrats de services, ainsi qu'aux fournisseurs de prestations contractuelles, mais une durée de cinq ans pour un transfert au sein d'une même entreprise reste du domaine de la migration temporaire¹²².

2. La notion de prestataire de services

En droit public suisse, l'art. 26 LEtr aurait pu être plus clair. Pourtant, il ne fait aucun doute qu'au moins deux formes de prestations sont envisageables en matière de services transfrontaliers. Un service peut être fourni, premièrement, par un étranger exerçant une activité lucrative indépendante.¹²³ Il peut, en outre, être réalisé par une entreprise étrangère, qui envoie un employé en Suisse ; il s'agit alors d'un travailleur détaché.¹²⁴ Le détachement est défini par la LDét, qui en distingue deux cas.¹²⁵ Le détaché peut, soit fournir une prestation de travail pour le compte et sous la direction de l'employeur à l'étranger, dans le cadre d'un contrat conclu avec le destinataire de la prestation, soit travailler dans une filiale ou une

¹¹⁶ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.6.

¹¹⁷ CJCE, arrêt Steymann du 15 octobre 1988, aff. C-196/87, Rec. 1988, p. 6159.

¹¹⁸ CJCE, arrêt Gebhard du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, § 27, 39. Pour plus de précisions voir également GRISEL DIANE (n.74), p. 187-190.

¹¹⁹ Art. 5 § 1 ALCP.

¹²⁰ Annexe sur le mouvement naturel des personnes physiques, §2.

¹²¹ NIELSON JULIA, TAGLIONI DARIA, (n.66), p. 7-8.

¹²² Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 7. Ces durées sont en moyenne similaires pour les pays de l'OCDE.

¹²³ La prestation de services est d'ailleurs un exemple d'activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2 OASA.

¹²⁴ Art. 3 OASA ; ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.1 ; art. 3 OASA et Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3542.

¹²⁵ Un troisième cas de détachement existe en la forme de location de service, conformément à l'art. 12 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et de la location de services (LSE). Sur la question, voir la directive commune de l'ODM et du SECO du 1 er juillet 2008 sur les incidences de l'ALCP sur les prescriptions régissant le placement et la location de services.

entreprise appartenant au groupe de l'employeur.¹²⁶ Dans tous les cas, le travailleur reste soumis au contrat de travail qui le lie à l'employeur dans le pays de provenance, est payé selon les conditions en vigueur dans le pays dans lequel il exécute habituellement sa prestation de travail et reste soumis au système de sécurité sociale de ce même Etat.¹²⁷ On peut se demander si la deuxième forme de détachement, le transfert intra-firme, entre dans le champ d'application de l'art. 26 LEtr. En effet, dans ce cas, aucun contrat de mandat ou d'entreprise n'est conclu entre le transféré et l'entreprise du groupe en Suisse. Le droit communautaire et le droit de l'OMC apportent une perspective comparative.

Les dispositions sur la libre prestation des services **en droit communautaire** ne concernent que des personnes exerçant des activités non salariées, soit des indépendants.¹²⁸ Cependant, en 1981, déjà, la CJCE a précisé que l'activité consistant, pour une entreprise, à mettre à disposition de la main d'œuvre qui reste au service de ladite entreprise sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur, constitue une activité qui ressort de la libre circulation des services.¹²⁹ Quant à la deuxième forme de détachement, le transfert intra-firme, il ressort également de la libre circulation des services.¹³⁰ Toutefois, la directive 96/71 CE n'est applicable au détachement dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe seulement s'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement.

Quant à l'ALCP, il prévoit expressément, que toute restriction à l'entrée et au séjour des prestataires établis sur le territoire d'une des parties contractantes¹³¹ ou de leurs travailleurs salariés¹³² est interdite. Les travailleurs détachés peuvent bénéficier des dispositions de l'ALCP indépendamment de leur nationalité,¹³³ mais doivent avoir été intégrés préalablement dans le marché régulier du travail d'une partie contractante. Selon l'Office fédéral des migrations, l'intégration doit être durable, c'est-à-dire au moins de douze mois.¹³⁴ En ce qui concerne le transfert intra-firme, l'ALCP reprend le modèle européen et la directive 96/71/CE, dont il est fait expressément référence. Jusqu'à présent, les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur le transfert intra-firme, mais on peut penser qu'un transfert de travailleurs au sein d'une même entreprise, pour autant qu'il y existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement, relève de l'ALCP.

Le mécanisme est identique en droit du commerce international. En effet, **le GATS** s'applique tant aux mesures affectant les personnes physiques qui sont des fournisseurs de services d'un Membre que celles qui sont employées par un fournisseur de services d'un Membre¹³⁵. Le transfert intra-firme, quant à lui, fait l'objet des engagements spécifiques les plus importants

¹²⁶ Art. 1 LDét.

¹²⁷ Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5696 et WYLER REMY (n.58) p. 259 ; Pour un cas de détachement dans le contexte du droit aux prestations de chômage, ATF 131 V 222.

¹²⁸ GRISEL DIANE (n. 74), p.191 et les références citées.

¹²⁹ CJCE, Arrêt Webb du 17 décembre 1981, aff. C-279/80, Rec. 1981, p. 3305, §9. La CJCE a confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises. Pour les détails de la jurisprudence, voir EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA (n.29), p.20.

¹³⁰ Art. 1 al. 3 let. b de la Directive 96/71/CE.

¹³¹ Art 17 let. a Annexe I ALCP.

¹³² Art 17 let. b Annexe I ALCP.

¹³³ Art 1 § 1 et 17 let. b ii Annexe I ALCP.

¹³⁴ ODM, Directives chapitre II, ALCP, § 1.3.1. Sur la question, voir aussi BENESCH SEBASTIAN (n.50), p. 181-184.

¹³⁵ §1 de l'Annexe sur le mouvement des personnes physiques; NIELSON JULIA, TAGLIONI DARIA (n.66), p.8-9.

des États membres. A la différence du droit européen, il n'est fait mention d'aucune réserve sur le fait que le travailleur détaché doit conserver une relation de travail avec l'entreprise d'envoi.¹³⁶

Plus précisément, la liste d'engagements spécifiques de la Suisse prévoit cinq catégories de personnes entrant dans son champ d'application.¹³⁷ Les bénéficiaires y sont définis de façon stricte. Il s'agit des cadres et des spécialistes qui sont indispensables et qui sont transférés en Suisse à l'intérieure de la même entreprise; des vendeurs de services¹³⁸; des personnes en voyage d'affaire chargées d'établir une présence commerciale et des fournisseurs de services contractuels employés par une l'entreprise prestataire¹³⁹. Dans cette dernière catégorie, la Suisse a élargi son offre d'engagements spécifiques en ouvrant l'accès aux fournisseurs contractuels non seulement aux secteurs de l'ingénierie et de l'informatique¹⁴⁰, mais également à une partie du secteur des services de conseils juridiques, d'audit, de comptabilité, d'architecture, d'aménagement urbain, de recherche-développement, de conseil en gestion, d'essais et d'analyses techniques, de consultations scientifiques et techniques, et d'entretien et réparation d'aéronefs.¹⁴¹ D'éventuels engagements de fournisseurs contractuels indépendants sont actuellement examinés.¹⁴² Enfin, la Suisse s'engage également à accorder l'accès aux installateurs et agents d'entretien de machines et matériel industriel.¹⁴³

IV. L'admission des prestataires de services en Suisse

L'admission de la main d'œuvre étrangère en Suisse repose sur deux politiques antinomiques : la libre circulation et celle prévue par la loi fédérale sur les étrangers. Ces politiques d'admission seront brièvement présentées avant d'être appliquées aux prestataires de services (IV.1). Le droit de fournir un service dans le cadre de l'ALCP est limité et les prescriptions nationales imposent une procédure d'annonce et le respect des conditions minimales de salaire et de travail (IV.2). Lorsque l'ALCP n'accorde aucun droit à fournir un service, la LEtr prend le relais (IV.3). Il s'agit alors de présenter, en pratique, la procédure d'autorisation particulière aux prestataires (IV.3.1) et de définir les conditions d'admission spécifiques (IV.3.2). Enfin, dans certains cas particuliers, les prestataires peuvent obtenir un droit d'entrée en Suisse en vertu du GATS (IV.4).

¹³⁶ KLEIN SOLOMON MICHELE, (n.66), p.110 ; C'est le cas de la Suisse : offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 8-9.

¹³⁷ Pour les détails : IYNEDJIAN MARC (n.70), p. 122-127.

¹³⁸ Il s'agit de personnes employées ou mandatées par une firme, qui séjournent temporairement en Suisse afin de conclure des contrats de vente de services pour le compte de cette firme ; Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 8-9.

¹³⁹ Il s'agit de personnes employées par une firme hors de Suisse sans présence commerciale en Suisse qui a conclu un contrat de services avec une firme engagée dans des affaires substantielles en Suisse ; Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 9-10.

¹⁴⁰ Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 11.

¹⁴¹ Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 10.

¹⁴² Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p. 10.

¹⁴³ Communication de la Suisse du 2 avril 2007, Admission temporaire des installateurs et agents d'entretien dans le cadre de l'AGCS: arguments en faveur de la prise d'engagements pour le mode 4 (TN/S/W/61).

1. Politique d'admission restrictive vs libre circulation des personnes

La Suisse a adopté un système binaire d'admission, dans le sens où il prévoit, de façon générale, une différence de traitement entre les ressortissants de l'UE et de l'AELE et les ressortissants des Etats dits tiers.¹⁴⁴

Les ressortissants des États tiers sont soumis à une politique d'admission restrictive en vertu de la LEtr. En effet, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit avant tout servir les intérêts de l'économie suisse.¹⁴⁵ Comme le mentionne le Conseil fédéral, il s'agit principalement d'admettre des travailleurs qualifiés qui sont indispensables¹⁴⁶ et non de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires.¹⁴⁷ Pour concrétiser ces principes, la LEtr prévoit une liste de critères que l'étranger doit remplir pour obtenir l'autorisation d'exercer l'activité lucrative et de séjourner pour l'exercer.¹⁴⁸ Par ailleurs, l'admission d'un étranger en vertu de la LEtr est une décision autonome appartenant à tout Etat souverain. Autrement dit, il n'existe ni droit à l'entrée ni au séjour ni à l'exercice d'une activité et les autorités disposent d'un pouvoir discrétionnaire.¹⁴⁹

Aux antipodes, le régime de libre circulation s'attache non seulement à assurer, à l'image du droit communautaire, la mobilité des ressources humaines en tant que facteur de production, mais également celles des personnes n'exerçant pas d'activités économiques. Pour y parvenir, il repose sur le principe de non-discrimination.¹⁵⁰ Un des objectifs de l'ALCP est en effet d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux.¹⁵¹ De plus, au contraire de la LEtr, le droit d'entrer, de séjourner et d'exercer une activité lucrative sur le territoire d'un Etat membre découle directement de l'ALCP. Les autorités cantonales n'ont plus de marge d'appréciation pour délivrer un titre de séjour, qui n'a d'ailleurs plus qu'une nature déclarative¹⁵². Enfin, la libre circulation s'accompagne de politiques d'accompagnement, comme la reconnaissance des qualifications ou l'harmonisation des systèmes d'assurances sociales, sans quoi la libre circulation resterait en partie théorique ou illusoire.¹⁵³

Toute proportion gardée, le mode 4 du GATS s'apparente au modèle européen de libre circulation des personnes. L'objectif de la négociation multilatérale est de supprimer les

¹⁴⁴ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3485; Voir par exemple, EPINEY ASTRID, Die rechtliche Stellung von Unionsbürger und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz –ein Vergleich ausgewählter Aspekte, in: *Annuaire du droit de la migration*, Berne, 2007/2008, p. 3-58.

¹⁴⁵ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3485-3486; Art 3 al.1 LEtr; Voir par exemple, MALINVERNI GIORGIO, Le projet de loi fédérale sur les étrangers, in : *SJ 2000*, p. 416; NGUYEN MINH SON (n.16), p.233 ;KLAUS FELIX, Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in : *Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz*, 2ème éd., Bâle, 2009, p.831-847.

¹⁴⁶ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3473.

¹⁴⁷ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3486.

¹⁴⁸ Art 20 à 24 LEtr.

¹⁴⁹ Pour la question du pouvoir d'appréciation des autorités, voir par exemple *UEBERSAX PETER* (n.105), p.251-256 ; *KLAUS FELIX* (n.145), p.836-837 ; *MARTIN-KUETTEL RAHEL*, Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, Zurich, 2006, p. 131-145; *NGUYEN MINH SON* (n.16), p.126-135.

¹⁵⁰ Art 2 ALCP ; *MARITZ DANIEL* (n.50), p. 342-344; *DELLI CHANTAL et TOBLER CHRISTA* (n.44), p. 1374; *KLAUS FELIX* (n.145), p. 831; *GROSSEN DIETER et DÄPP STEFAN*, Sonderregelungen für Staatsangehörige des EU- une EFTA-Mitgliedstaaten, in: *Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz*, 2ème éd., Bâle, 2009, p.137-138; *NGUYEN MINH SON* (n.16), p.347-353;

¹⁵¹ Art. 1 let. d ALCP.

¹⁵² ATF 134 IV 57; *UEBERSAX PETER* (n.105), p. 247 ; *MINH SON NGUYEN* (n. 16), p.358-359.

¹⁵³ Annexes II et III de l'ALCP.

obstacles au commerce des services. Faciliter l'entrée et le séjour des prestataires de services sur le territoire d'un État membre de l'OMC est un moyen d'y parvenir. Bien sûr, ce régime ne concerne que les prestataires de services, mais à l'image du régime de l'ALCP, lorsqu'un prestataire entre dans le champ d'application des engagements spécifiques pris par la Suisse, les autorités n'ont plus de marge d'appréciation pour refuser son admission.¹⁵⁴

2. L'admission des prestataires au titre de l'ALCP¹⁵⁵

2.1 La procédure d'admission

L'ALCP distingue entre le droit de réaliser une prestation et le droit de séjourner pour la réaliser.¹⁵⁶ Sur le principe, ces droits s'appliquent à l'entreprise prestataire, qui doit être constituée en conformité de la législation d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de la Suisse et avoir son siège statuaire, son administration centrale ou son établissement principal sur le territoire d'une partie contractante.¹⁵⁷ En pratique, toutefois, ce sont bien les personnes physiques, indépendantes ou les travailleurs détachés de l'entreprise prestataire, qui jouiront de l'autorisation de séjour.¹⁵⁸

En premier lieu, le droit de réaliser une prestation n'existe que dans trois situations. Il découle directement de l'ALCP si la prestation dure moins de 90 jours de travail par année civile ou lorsqu'elle est réalisée dans le cadre d'un accord spécifique.¹⁵⁹ En dehors de ces cas, le droit ne découle pas de l'ALCP directement, mais devra être accordé par les autorités compétentes de la partie contractante concernée.¹⁶⁰ En suisse, il sera délivré par les autorités cantonales du marché de l'emploi, qui apprécieront les conditions d'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative au titre de la LEtr.¹⁶¹ Dans cet exercice, les autorités cantonales conservent leur marge d'appréciation. Les entreprises de l'UE et de l'AELE, ne jouissent donc d'aucun avantage pour accéder à l'activité lucrative qui consiste à fournir un service qui dure plus de 90 jours ou qui n'entre pas dans le cadre d'un Accord spécifique.¹⁶²

L'ALCP prévoit, dans un deuxième temps, que celui qui bénéficie d'un droit à fournir une prestation obtient le droit de séjourner sur le territoire d'une partie contractante.¹⁶³ À ce stade, les autorités cantonales ne peuvent plus faire usage de leur pouvoir discrétionnaire pour refuser de délivrer l'autorisation de séjour¹⁶⁴. Enfin, le prestataire de services ayant le droit ou ayant été autorisé à fournir un service peut exercer son activité dans l'Etat où la prestation est fournie dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres

¹⁵⁴ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p.3501 ; UEBERSAX PETER (n.105), p. 261.

¹⁵⁵ Sans le régime transitoire. Pour des détails sur le régime transitoire, NGUYEN MINH SON (n.46).

¹⁵⁶ Voir l'articulation des art. 5 §1 et §2 ALCP.

¹⁵⁷ Art. 18 Annexe I ALCP.

¹⁵⁸ Selon NGUYEN, Les travailleurs détachés ont un droit dérivé du prestataire de services. NGUYEN MINH SON (n.45), p.184.

¹⁵⁹ Art. 5 § 1 ALCP.

¹⁶⁰ Art. 5 § 2b ALCP.

¹⁶¹ Art 15 OLCP; ODM, Directives chapitre II, ALCP, § 6.3.5.1.

¹⁶² Pour une présentation pratique du statut juridique des prestataires de services dans l'ALCP, arrêt du Tribunal cantonal vaudois, PE.2008.0157 c.1 du 9 décembre 2008 (civiliste italien).

¹⁶³ Art 5 § 2 ALCP. Peu importe que le droit découle directement de l'ALCP ou qu'il ait été accordé par les autorités cantonales du marché de l'emploi.

¹⁶⁴ Dans ce sens, NGUYEN MINH SON (n.16), p.382-383.

ressortissants.¹⁶⁵ Il jouit donc du principe de non-discrimination. Deux bémols sont à relever : les dispositions de l'Accord ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions nationales prévoyant l'application de conditions de travail et d'emploi aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services¹⁶⁶ et les parties contractantes peuvent imposer aux ressortissants des autres parties contractantes de signaler leur présence sur le territoire.¹⁶⁷

2.2 La procédure d'annonce

Le droit au séjour est constaté par un titre de séjour pour les prestataires et les travailleurs détachés qui séjournent plus de 90 jours ouvrables par année.¹⁶⁸ Comme mentionné plus haut, ce titre n'a qu'une valeur déclarative. Les prestataires de services indépendants et les travailleurs détachés peuvent, au contraire, séjourner en Suisse pendant 90 jours de travail effectif par année civile sans avoir besoin d'une autorisation relevant du droit des étrangers.¹⁶⁹ Dans le but de permettre aux autorités du marché du travail et de la police des étrangers d'être informés de leur entrée, ils sont néanmoins tenus de s'annoncer.¹⁷⁰ Selon la LDét, le travail ne peut débuter que huit jours après l'annonce de la mission.¹⁷¹ Si la prestation dure moins de huit jours, l'annonce n'est pas requise.¹⁷² Cette obligation d'annonce incombe au prestataire indépendant ou à l'employeur à l'étranger.¹⁷³ Une violation peut s'accompagner d'une amende administrative de 5000 francs au maximum.¹⁷⁴

2.3 Les conditions de salaire et de rémunération

Dans tous les cas de détachement, les travailleurs concernés restent soumis au contrat de travail qui les lie à leur employeur dans le pays dans lequel ils exécutent habituellement leur prestation de travail.¹⁷⁵ Selon le Conseil fédéral, le détachement crée donc un risque de sous-enchère sociale et salariale, particulièrement pour un pays, qui, comme la Suisse, pratique de hauts salaires¹⁷⁶. En s'appuyant sur la directive 96/71 CE, l'art. 2 LDét palie au danger en exigeant le respect des conditions minimales de salaire et de travail en Suisse par les employeurs étrangers. Au contraire de la procédure d'annonce, les prestataires indépendants n'y sont pas soumis. Les contrôles de cette condition prévus par la LDét sont ponctuels. À cet égard, ils diffèrent du contrôle général et préventif des conditions de travail et de rémunération que prévoit l'art. 22 LEtr.¹⁷⁷ Autrement dit, les conditions minimales de salaire et de rémunération au sens de la LDét ne sont pas une condition pour l'octroi d'une

¹⁶⁵ Portée de l'égalité de traitement pour un double national suisse et allemand qui s'appuie sur l'art. 5 ALCP contre le refus de l'admettre en tant que prestataire à Zoug pour une durée inférieure à 90 jours : Arrêt du Tribunal fédéral 2C_151/2008, c.2 du 17 juin 2008.

¹⁶⁶ Art 22 § 2 Annexe I ALCP.

¹⁶⁷ Art. 2 § 4 Annexe I ALCP et art. 9 OLCP.

¹⁶⁸ Il s'agit d'une autorisation de courte durée CE/AELE.

¹⁶⁹ Art. 13 OLCP et 20 § 1 et 2 Annexe I ALCP.

¹⁷⁰ La procédure se fait par internet sur le site de l'ODM et elle est gratuite; ODM, Directives chapitre II, ALCP, § 2.3.3.1 ; Voir également REMY WYLER (n.58), p. 266-267. Selon EPINEY ASTRID et ZBINDEN PATRIZIA (n.29), p. 29-31, la mesure est toutefois discriminatoire et sa légalité avec le droit communautaire controversée. La question est aussi évoquée par UEBERSAX PETER, (n.105), p. 245. Pour la procédure en pratique, voir ODM et SECO, Guide à l'appui de l'appui du formulaire d'annonce pour les travailleurs détachés.

¹⁷¹ Art. 6 al. 3 LDét.

¹⁷² Art. 6 al. 1 Odét. Certains secteurs requièrent néanmoins une annonce dès le premier jour.

¹⁷³ Art. 6 al.1 LDét et art. 9 OLCP ; ODM, Directives chapitre II, ALCP, § 2.3.3.3.

¹⁷⁴ Art. 9 al.2 let.a LDét.

¹⁷⁵ WYLER RÉMY (n.58), p. 257.

¹⁷⁶ Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p.5696 ; TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmerktes, Berne, 2008, p.117-118.

¹⁷⁷ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3539.

autorisation de travail ou de séjour.¹⁷⁸ Néanmoins, des abus peuvent conduire à l'adoption de mesures, allant de l'amende à l'interdiction de fournir des services en Suisse.¹⁷⁹

En ce qui concerne la condition du salaire, plus précisément, l'employeur doit garantir au moins le salaire minimal¹⁸⁰ prescrit par les lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral, conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire ou contrats-types de travail au sens de l'art. 360a CO.¹⁸¹ Ce salaire minimal suisse est ensuite confronté au salaire effectivement payé par l'employeur étranger, pendant la période de détachement.¹⁸² Le salaire effectif comprend le salaire payé dans le pays d'origine et l'allocation de détachement. En revanche, l'allocation n'entre pas dans le salaire effectivement payé si elle est versée à titre de remboursement des dépenses directement liées au détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture.¹⁸³ Cette précision permet d'éviter que l'employeur n'épargne les coûts propres au détachement, en les reportant sur le travailleur détaché. En revanche, il est difficile d'admettre que la prise en charge de la nourriture ou du logement en Suisse par l'employeur à l'étranger ne soit pas considérée comme une part du salaire effectivement payé. En effet, il s'agit de coûts qu'un travailleur non-détaché supporterait également sur son salaire. La question est la même au sujet des cotisations à l'assurance-maladie. En effet, selon une directive du Secrétariat à l'économie, la participation de l'employeur aux primes d'assurance-maladie du travailleur détaché ne doit plus être prise en compte pour la comparaison des salaires.¹⁸⁴

Certes, ces mesures tendent à lutter contre une sous-enchère salariale. Néanmoins, on ne saurait exiger de l'employeur à l'étranger qu'il entreprenne le logement, la nourriture, ainsi que la prime d'assurance-maladie en Suisse en plus d'une allocation de détachement qui a justement pour but de compenser les conséquences du détachement ; sans quoi se pose la question d'une sérieuse entrave à la libre circulation des services et un examen sous l'angle de la proportionnalité s'impose.

3. L'admission des prestataires de services au titre de la loi fédérale sur les étrangers

3.1 La procédure d'admission

Fournir une prestation de services est une activité lucrative.¹⁸⁵ Une autorisation est donc nécessaire¹⁸⁶. De plus, tout étranger tenu d'obtenir une autorisation doit déclarer son arrivée

¹⁷⁸ Voir point IV.3.2.3 ci-dessous concernant les conditions de salaire et de rémunération dans la LEtr.

¹⁷⁹ Message relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5695. Pour une application pratique de sanctions envers une entreprise prestataire établie en Espagne, qui a détaché six travailleurs pour des travaux dans l'aéroport international de Genève et qui n'a pas fourni les informations requises pour le contrôle des conditions de salaire et de rémunération : Arrêt du Tribunal administratif genevois, ATA/46/2009 du 29 janvier 2009, également résumé dans RDAF 2009 I, p. 317-322. Le SECO publie la liste des employeurs sous le coup d'une interdiction d'offrir des services en Suisse sur son site internet : <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/index.html?lang=fr>.

¹⁸⁰ Le salaire minimal est défini à l'art. 1 ODét.

¹⁸¹ Art. 2 al.1 LDét. Ces sources sont exhaustives : Wyler Rémy (n.56), p. 259 ; TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL (n.177), p. 121 ; EPINEY ASTRID ET ZBINDEN PATRIZIA (n.29), p. 44 ; Voir également, SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, Berne, octobre 2008, p.14.

¹⁸² SECO, Directive du 11 novembre 2008, Procédure de comparaison internationale des salaires, p. 3.

¹⁸³ Art. 2 al. 3 LDét. Voir aussi SECO, Directive du 11 novembre 2008 (n.182), p.4 ; SECO, Commentaire des mesures d'accompagnement (n.181), p. 17.

¹⁸⁴ SECO, Directive du 11 novembre 2008 (n.182), p.9-10. Le SECO modifie la pratique antérieure. Pour une critique, voir également EPINEY ASTRID ET ZBINDEN PATRIZIA (n.29), p. 44-47.

¹⁸⁵ Voir point III.3.1.2 ci-dessus.

avant le début de l'activité.¹⁸⁷ Le principe s'applique à toutes formes d'activité lucrative. Toutefois, le Conseil fédéral a prévu des dérogations, notamment en vue de faciliter les prestations de services transfrontaliers temporaires.¹⁸⁸ Ainsi, aucune autorisation, et par conséquent, aucune annonce n'est nécessaire pour les étrangers qui fournissent une prestation transfrontière ou qui exercent une activité lucrative en Suisse sur mandat d'un employeur étranger ne dépassant pas huit jours d'activité par année civile.¹⁸⁹

Lorsque l'autorisation est nécessaire, une demande doit être déposée auprès de l'office cantonal du marché du travail où s'effectuera la mission. En règle générale, la démarche est effectuée par le mandant suisse.¹⁹⁰ La demande doit être accompagnée du mandat de mission ou du contrat d'entreprise,¹⁹¹ du descriptif du projet, du motif de la mission et du plan de réalisation. Dans les cas de détachement, l'attestation de détachement et le contrat de travail¹⁹² doivent également être transmis.¹⁹³ Avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée, l'autorité cantonale du marché de l'emploi décide, tout d'abord, si les conditions sont remplies pour qu'un individu ou une entreprise domicilié à l'étranger ou dont le siège est à l'étranger puisse fournir des prestations de services transfrontières au sens de l'art. 26 LEtr¹⁹⁴. Comme mentionné ci-dessus, cette procédure s'applique également aux ressortissants de l'UE et de l'AELE ou aux travailleurs détachés d'une entreprise établie sur le territoire d'un Etat Membre chaque fois que l'ALCP n'accorde pas un droit à fournir la prestation, en particulier lorsque la prestation s'étend sur plus de 90 jours effectifs de travail.¹⁹⁵ Malgré une décision préalable positive de l'autorité du marché de l'emploi, les autorités compétentes en matière d'étrangers peuvent refuser l'autorisation de séjour ou de courte durée si des considérations autres que celles ayant trait à la situation de l'économie ou du marché du travail l'exigent.¹⁹⁶ Quant à l'Office fédéral des migrations, il a le droit, dans tous les cas, de statuer en dernier ressort sur la décision cantonale de délivrer une autorisation de courte durée ou de séjour.¹⁹⁷

Dans son examen, l'autorité cantonale du marché de l'emploi doit s'assurer que la prestation de services serve les intérêts économiques du pays (IV.3.2.1). Par ailleurs, il doit vérifier, par analogie, que l'admission respecte les mesures de limitation (IV.3.2.2), le critère de la

¹⁸⁶ Art. 11 al.1 LEtr.

¹⁸⁷ Art. 12 al.2 LEtr. SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 45-46. La procédure d'annonce est différente que celle prévue par la LDét. Ici, l'étranger doit s'annoncer, en général au bureau communal de contrôle des habitants. Pour éviter des doublons, la procédure d'annonce de l'art. 6 LDét ne s'applique pas lorsqu'une autorisation au titre de la LEtr est nécessaire (Art. 7 ODét).

¹⁸⁸ Art. 14 LEtr.

¹⁸⁹ Art. 14 al. 3 OASA. Dans les secteurs suivant une autorisation est exigée dès le premier jour : construction, génie civil et second œuvre ; restauration, hôtellerie et nettoyage industriel ou domestique; surveillance et sécurité; commerce itinérant et l'industrie du sexe. Voir aussi SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 47-48; Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3534.

¹⁹⁰ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.9.

¹⁹¹ Sur la question du contrat de mandat et d'entreprise, voir le point III.1.3 ci-dessus.

¹⁹² Le contrat de travail doit contenir le champ d'activité, la fonction du travailleur pendant le détachement, le lieu d'engagement ou de mission, le début et la durée prévue de la mission et la rémunération versée à l'employé à l'étranger, les compléments au salaire durant le détachement en Suisse, la prime de l'assurance maladie payée par l'employeur en Suisse, les impôts (s'ils sont pris en charge par l'employeur en plus du salaire), les déductions sociales en Suisse (uniquement la part de l'employé, si elle est prise en charge par l'employeur), les autres déductions obligatoires définies par le droit suisse et les indemnités (déplacement/logement/subsistance).

¹⁹³ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.9.

¹⁹⁴ Art. 40 al.2 LEtr et 83 al 1 let. b OASA.

¹⁹⁵ Voir point IV.2.1 ci-dessus.

¹⁹⁶ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 1. Procédure et répartition des compétences, §1.2.3.2 ; KLAUS FELIX (n.145), p.878-879.

¹⁹⁷ Art. 99 LEtr ; 85 et 86 OASA. ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 1. Procédure et répartition des compétences, § 1.3.

rémunération et de salaire (IV.3.2.3), ainsi que les qualifications personnelles (IV.3.2.4). En revanche, l'autorité cantonale n'est plus autorisée à appliquer d'autres critères, tel celui de la priorité ou du logement (IV.3.2.5). Simple en théorie, les conditions d'admission s'appliquent de façon différenciées par branche au vu des directives de l'ODM et varient selon qu'il s'agit d'un indépendant ou d'un travailleur détaché.

3.2 Les conditions d'admission

3.2.1 Les intérêts de l'économie suisse

La LEtr l'énonce clairement : « Un étranger ne peut être admis à fournir des prestations de services transfrontaliers temporaires que si cette activité sert les intérêts économiques du pays.¹⁹⁸ En fait, cette condition s'applique indépendamment de la forme d'activité¹⁹⁹ et découle des principes d'admission énoncés à l'art. 3 LEtr. Le Conseil fédéral l'admet : la notion d'«intérêts économiques du pays» est assez vague d'un point de vue légal et n'est pas exhaustive; elle ne peut être toujours interprétée de façon identique et dépend en particulier de la situation effective du marché du travail.²⁰⁰

Pour les prestataires de services, cette condition est prépondérante²⁰¹, mais à double tranchant. En effet, d'un côté, l'examen des intérêts économiques doit plutôt permettre d'intégrer les étrangers durablement et à long terme dans le marché du travail et la société, d'assurer une évolution régulière du taux de l'emploi et d'améliorer la structure du marché du travail,²⁰² ce qui n'est pas le propre des activités temporaires. De l'autre, une ouverture contrôlée du marché lors de l'admission d'indépendants est effectivement souhaitée en vue de stimuler la concurrence.²⁰³ En conclusion, cette condition accorde presque carte blanche aux cantons pour autoriser une prestation de services transfrontalières²⁰⁴ et la pratique devrait d'ailleurs varier passablement d'un canton à l'autre. Les cantons sont toutefois tenus de concrétiser cette condition « assez vague » au moyen des articles 20 à 24 LEtr.²⁰⁵

3.2.2 Le contingent

L'art. 20 LEtr expose le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Selon le Tribunal administratif fédéral, le contingentement permet, à l'instar d'autres conditions d'admission, de conserver un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, de créer des conditions favorables à l'intégration des travailleurs et résidents étrangers, d'améliorer la structure du marché du travail et d'assurer un équilibre optimal en matière d'emploi²⁰⁶.

¹⁹⁸ Art 26 al.1 LEtr.

¹⁹⁹ Voir les art. 18 al.1 let.a et 19 al. 1 let.a LEtr.

²⁰⁰ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3485.

²⁰¹ SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 61. Cette condition est d'autant plus importante que la condition de la priorité n'est pas applicable aux prestataires de services, voir ci-dessous IV.3.2.5.

²⁰² Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3485.

²⁰³ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3485 ; GREMPER PHILIPP (n. 15), p. 924-925.

²⁰⁴ Voir également DOLIVO JEAN-MICHEL, Quelques facettes du projet de la loi sur les étrangers, RDAF 3002 I, p.2-3.

²⁰⁵ MARTIN-KUETTEL RAHEL (n.149), p. 126.

²⁰⁶ Le Tribunal administratif fédéral l'a dit dans de nombreux arrêts dont l'arrêt C-1555/2008 du 1^{er} septembre 2009. Sur la question, voir également MARTIN KUETTEL RAHEL (n. 149), p. 100 ; SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 53.

L'art. 20 al.2 LEtr habilite le Conseil fédéral à fixer périodiquement des nombres maximaux pour les résidents qui viennent exercer une activité lucrative. Les contingents sont toutefois limités à l'autorisation initiale²⁰⁷. En pratique, les contingents sont fixés chaque année, par type d'autorisation²⁰⁸ et répartis par moitié entre la Confédération et les cantons.²⁰⁹ Enfin, pour que la politique d'admission soit harmonisée sur l'ensemble du pays, la délivrance des autorisations de séjour imputées sur le contingent sont soumises à la procédure d'approbation fédérale.²¹⁰

Les prestataires de services peuvent dans certains cas être exemptés du contingentement ; non pas parce qu'il y a prestation de services transfrontalière, mais en raison du caractère temporaire de l'activité. En effet, afin d'assurer une procédure rapide et peu compliquée, l'art. 19 al.4 let. a OASA prévoit que les autorisations de très courte durée ne sont pas imputées sur les nombres maximums²¹¹. De la sorte les étrangers qui n'exercent une activité en Suisse que durant un total de quatre mois au maximum sur une période de douze mois reçoivent une autorisation sans imputation sur le contingent.²¹² Cette possibilité est expressément prévue pour les prestataires de services.²¹³ Très pratique, la période de quatre mois peut aussi être fractionnée dans la mesure où la durée totale de l'engagement n'excède pas quatre mois par année civile. En revanche, les autres dispositions relatives au marché du travail sont applicables comme pour les décisions préalables relatives aux autorisations imputées sur le contingent et revêtent, dans ce cas, une importance particulière.²¹⁴ Par ailleurs, ce type d'autorisation s'entoure de conditions additionnelles. Ainsi, il convient d'être particulièrement attentif au but effectif du séjour et à sa durée prévisible²¹⁵. Enfin, les directives précisent cette condition dans les cas particuliers. Par exemple, dans la construction de bâtiments préfabriqués, seuls un chef de montage et au maximum quatre spécialistes supplémentaires du fournisseur étranger peuvent être admis en Suisse moyennant une autorisation de courte durée selon l'art. 19 al. 4. let. a OASA.²¹⁶

3.2.3 Les conditions de travail et de salaire

Sur le principe, l'objectif de l'art. 22 LEtr est double : protéger les travailleurs étrangers contre des conditions d'engagement abusives et les travailleurs indigènes contre la concurrence d'une main d'œuvre meilleur marché.²¹⁷ A cet égard, l'art. 22 LEtr remplit la même fonction que l'art. 2 LDét.²¹⁸ En revanche, le système de la LEtr prévoit un contrôle général et préalable. Cela signifie qu'avant d'octroyer une autorisation, les autorités cantonales devront toujours s'assurer que les conditions de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche sont respectées. Ces conditions s'établissent sur la base des

²⁰⁷ Art. 20 al.1 1^{ère} phrase LEtr ; SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 53.

²⁰⁸ L'art. 19 OASA concerne les autorisations de courtes durées et l'art. 20 OASA concerne les autorisations de séjour.

²⁰⁹ Annexe 1 et 2 OASA ; SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 53 ; ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.2.1. En 2009, les contingents ont été fixés à 7000 autorisations de courte durée et 4000 autorisations de séjour.

²¹⁰ Art. 99 LEtr.

²¹¹ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3536.

²¹² Art 19 al.4 let.a OASA.

²¹³ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.6.2.

²¹⁴ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.2.2.1.1.

²¹⁵ Art 19 al.4 let.a ch.1 OASA. ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.2.2.1.2.

²¹⁶ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.7.13.2.3.

²¹⁷ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3539, NGUYEN MINH SON (n.16), p. 212.

²¹⁸ Voir ci-dessus point IV.2.3.

prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche ou à l'aide des relevés statistiques sur les salaires.²¹⁹ Enfin, au contraire de la LDét, les conditions de rémunération et de travail de l'art. 22 LEtr englobent aussi les prestations sociales. L'autorité doit veiller à ce que l'étranger soit couvert par une assurance-maladie et accidents qui l'assure de manière adéquate contre les conséquences économiques d'une maladie ou d'un accident.²²⁰

Pour l'admission d'un étranger en vue d'une prestation de services transfrontaliers, il y a lieu de distinguer entre le travailleur détaché et le prestataire indépendant. Les travailleurs détachés sont soumis à un double contrôle ; celui préalable de l'art. 22 LEtr et celui a posteriori de la LDét.²²¹ Selon le Conseil fédéral, le maintien d'un contrôle général préalable pour les ressortissants d'Etats tiers se justifie dans la mesure où il existe un danger important d'abus.²²² A vrai dire, le double contrôle est maintenu également pour les prestataires de l'UE et AELE qui détachent des travailleurs pour plus de 90 jours de travail effectif²²³. En pratique, l'employeur étranger doit donc présenter l'attestation du détachement ainsi que le contrat de prestations. Ces documents contiendront la durée de l'activité lucrative, les conditions d'engagement et le salaire²²⁴ et devront être examinés avant d'octroyer l'autorisation.²²⁵

Quant aux prestataires indépendants, l'art. 26 al.2 LEtr ne les exclut pas expressément du contrôle général et préalable de l'art. 22 LEtr. Toutefois, hors du fait qu'un indépendant ne perçoit pas de salaire proprement dit, plusieurs indices mènent à penser que l'art. 22 LEtr ne lui est pas opposable.²²⁶ Premièrement, la condition du salaire minimal au sens de la LDét ne s'applique pas à l'indépendant.²²⁷ Deuxièmement, les conditions de l'art. 26 al.2 s'appliquent par analogie et le régime applicable aux indépendants qui souhaitent s'établir en Suisse ne prévoit pas cette condition.²²⁸ Enfin, l'OASA ne contraint que l'employeur à présenter le contrat de prestation et ne mentionne aucunement l'indépendant.²²⁹

3.2.4 Les qualifications personnelles

Au titre de l'art. 23 al.1 LEtr, en principe, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. 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

²¹⁹ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.3.3.

²²⁰ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.3.3. Sur la question, voir RABAGLIO ORLANDO, Rapports de travail transfrontaliers : un inventaire des règles du droit des assurances sociales, In: L'expert fiduciaire, Zürich, 2006, 5, p. 285-289.

²²¹ On peut se demander dans quelle mesure les conditions de salaire « usuelles » de l'art. 22 LEtr diffèrent du « salaire minimal » de l'art. 2 LDét, d'autant plus que deux Offices distincts sont compétents : le SECO pour la l'art. 2 LDét et l'ODM pour l'art. 22 LEtr. Dans tous les cas, les sources permettant de déterminer les conditions « usuelles » ne sont pas limitées, au contraire de ce que prévoit la LDét.

²²² Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, I p. 3539.

²²³ SECO, Circulaire du 29 juin 2007, Conditions de rémunération déterminante au sens de l'art. 9 OLE pour les travailleurs en provenance des pays membres de l'UE 25/AELE détachés en Suisse pendant plus de 90 jours et pour les travailleurs détachés en provenance d'Etats tiers.

²²⁴ Art. 22 al.2 OASA.

²²⁵ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.3.3.

²²⁶ La question a également été soulevée pour les prestataires de services indépendants dans le cadre du régime transitoire des ALCP : NGUYEN MINH SON, (n.46), p. 180.

²²⁷ Au contraire de l'obligation d'annonce. Voir point IV.2.2 ci-dessus.

²²⁸ Art 19 LEtr ; Voir par exemple, MARTIN-KUETTEL RAHEL (n. 149), p. 77 ou GREMPER PHILIPP (n.15), p.916.

²²⁹ Art 22 al.2 in fine OASA.

spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire.²³⁰ De plus, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social.²³¹ L'Office fédéral des migrations, pour sa part précise, précise les qualifications requises par branche d'activité. Par exemple, dans le domaine des soins, les médecins sont considérés comme qualifiés s'ils ont effectué une formation spécialisée.²³² Quant à la médecine alternative, peu importe la qualification, l'engagement ne peut se faire que dans les cliniques privées, institutions et cabinets médicaux.²³³ Le fait qu'un masseur d'origine indienne exerçant le massage ayurvédique soit engagé dans un hôtel et non dans une clinique a d'ailleurs suffi au Tribunal administratif fédéral pour refuser d'approuver l'autorisation cantonale sans entrer sur la question de ses qualifications.²³⁴

Le critère de la qualification s'applique par analogie aux prestataires de services²³⁵. Là encore, le régime est allégé. En effet, le facteur de l'intégration n'est applicable qu'aux autorisations de séjour et non aux autorisations de courte durée²³⁶. Par ailleurs, certains prestataires de services peuvent profiter des dérogations prévues à l'art. 23 al.3. On relèvera en particulier²³⁷ la possibilité d'admettre des personnes moins qualifiées, mais qui possèdent des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. Si le Conseil fédéral mentionne le travail du cirque, le nettoyage et l'entretien d'installations spéciales ou la construction de tunnels²³⁸, le secteur informatique et le personnel de soins devraient pareillement profiter de cet assouplissement²³⁹.

3.2.5 La condition de la priorité est inapplicable

Les Suisses, les étrangers établis et les titulaires d'une autorisation de séjour, d'une part, et les ressortissants de l'UE et de l'AELE, d'autre part, bénéficient de la priorité dans le recrutement par rapport aux ressortissants d'États tiers qui entrent en Suisse pour y travailler.²⁴⁰ Pour qu'un ressortissant d'un État tiers soit admis, l'employeur doit apporter la preuve qu'il n'a pas trouvé en Suisse et au sein de l'UE et AELE, un travailleur bénéficiant

²³⁰ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.3.4. La question des qualifications est laissée ouverte dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral C-7445/2007 C. 7.2 du 16 janvier 2009 dans le cas d'un psychiatre formé à l'étranger. La recourante est suffisamment qualifiée dans l'arrêt C-5287/2007 C.7 du 10 mars 2008 avec deux MBA dans le secteur de l'hôtellerie, mais les qualifications ne sont pas en adéquation avec l'emploi en Suisse.

²³¹ Art 23 al.2 LEtr. Pour une critique de la relation entre les qualifications personnes et la capacité à s'intégrer, voir NGUYEN MINH SON, (n.8), p.216.

²³² ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.7.8.1.

²³³ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.7.8.1.3.

²³⁴ TAF C-4348/2008 C.8.4 du 3 avril 2009. Dans l'affaire, il s'agit d'un travailleur, mais la situation aurait été la même pour un masseur indépendant. Le TAF manque ici l'occasion de préciser dans quelle mesure les directives de l'ODM peuvent imposer des conditions quant aux établissements, alors que la loi fédérale ne prévoit aucunement ce critère. A comparer avec l'arrêt C-8763 C.8 du 28 mai 2008 dans lequel l'autorisation n'est pas accordée à un cuisinier malaysien au motif que le restaurant n'est pas assez spécialisé et qu'il n'engage pas au moins 5 personnes à plein temps.

²³⁵ Art 26 al.2 LEtr.

²³⁶ Art. 23 al.2 LEtr ; Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3540 ; Aussi SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 57.

²³⁷ Art. 23 al.3 let. d et e LEtr.

²³⁸ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3541.

²³⁹ Exemples de SPESCHA MARC, THÜR HANS-PETER, ZÜND ANDREAS, BOLZLI PETER (n. 21), p. 58.

²⁴⁰ Art. 21 LEtr.

de la priorité. La jurisprudence rendue en vertu du régime de la LSEE, mais qui peut être reprise, montre que cette condition revêt une importance considérable.²⁴¹

À la lecture de l'art. 26 al.2 LEtr, les prestataires sont libérés de la condition de la priorité. Cette condition aurait pu s'appliquer au mandant qui doit prouver par exemple, qu'aucune entreprise de construction n'est apte en Suisse ou dans l'UE/AELE à fournir la prestation. Il ne s'agit certainement pas d'un oubli. En effet, sur le plan de l'interprétation littérale, le législateur a expressément mentionné les articles 20,22 et 23. D'un point de vue téléologique, on voit d'ailleurs mal comment imposer au mandant suisse qu'il traite par priorité avec une entreprise établie en Suisse ou à l'employeur étranger qu'il choisisse des travailleurs qui bénéficient de la priorité. À contrario, on remarquera que la condition de la priorité est néanmoins applicable aux prestataires de services dans le régime transitoire de l'ALCP.²⁴² Si l'interprétation présentée ci-dessus est acceptée, se pose alors la question du traitement défavorable des prestataires de services de l'UE et de l'AELE dans le régime transitoire. La condition de la priorité ne devrait pas leur être applicable en vertu de l'art. 2 al.1 LEtr qui prévoit l'application de la loi fédérale lorsque les dispositions sont plus favorables.

4. L'admission des prestataires de services au titre du GATS

4.1 La procédure d'admission

Le GATS n'est pas un instrument tendant à réglementer les procédures d'admission des États membres de l'OMC. La liste d'engagements spécifiques suisse renvoie d'ailleurs de manière générale à toutes dispositions de la législation concernant l'immigration, l'entrée, le séjour et le travail,²⁴³ savoir la LEtr et l'OASA. À l'inverse, ni la LEtr ni l'OASA ne mentionnent le GATS,²⁴⁴ ce qui pose certains problèmes d'interprétation. Selon le Conseil fédéral, les engagements spécifiques n'ont pas été repris dans la loi fédérale dans la mesure où ceux-ci ont une application directe.²⁴⁵

Quoi qu'il en soit, dans les secteurs où des engagements spécifiques ont été contractés, chaque Membre est tenu d'appliquer sa réglementation interne en matière d'admission de façon raisonnable et impartiale.²⁴⁶ En outre, les procédures d'autorisations ne doivent pas constituer des obstacles administratifs non nécessaires; elles doivent être transparentes et se fonder sur des critères objectifs, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service.²⁴⁷ Enfin, la procédure doit respecter le principe de l'égalité de traitement entre les ressortissants de Membres de l'OMC. Au moment de la ratification du GATS, la Suisse s'est toutefois réservé l'octroi d'un traitement préférentiel pour les ressortissants des États de l'UE et de l'AELE.²⁴⁸

²⁴¹ Par exemple, au niveau fédéral, arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1222/2006 du 10 mars 2008 (aide de cuisine ressortissant de Bosnie et Herzégovine) ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_217/2009 C.2.2 du 11 septembre 2009, rendu dans le cadre des mesures transitoires de l'ALCP (sommelière polonaise). Au niveau cantonal, voir les arrêts rendus en vertu de l'art. 21 LEtr : arrêts du Tribunal cantonal vaudois PE.2008.0404 C. 1a du 15 décembre 2008 (ingénieur à l'EPFL béninois), PE.2009.0225 du 20 juillet 2009 (danseur péruvien) ou encore PE.2009.0269 du 26 août 2009 (cuisinier canadien).

²⁴² Art 10 § 2a et 2b. ALCP. Egalement sur la question NGUYEN MINH SON (n.46), p. 180.

²⁴³ Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p.6.

²⁴⁴ Seuls les art. 30 al. let h et 46 OASA font référence au transfert de cadres et de spécialistes.

²⁴⁵ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3501.

²⁴⁶ Article VI § 1 GATS.

²⁴⁷ Article VI § 4 GATS.

²⁴⁸ Message concernant la loi sur les étrangers, FF 2002, p. 3501. Pour plus de détails, voir COTTIER THOMAS et PANIZZON MARION, Die sektoriellen Abkommen und das Recht der WTO : Grundlagen und Spannungsfelder, in: Accords bilatéraux Suisse – UE, Bâle ; Genève [etc.], 2001, p.66-68.

Comme dans le régime de l'ALCP, les prestataires qui entrent dans le champ d'application d'un engagement spécifique pris par la Suisse, disposent d'un droit à obtenir une autorisation du droit des étrangers. Les autorités cantonales perdent donc leur pouvoir discrétionnaire dans l'examen de la demande et un refus d'admission peut faire l'objet d'un recours jusqu'au Tribunal fédéral.²⁴⁹ La durée de l'autorisation délivrée peut atteindre cinq ans pour les dirigeants et les spécialistes dans le cadre d'un transfert intra-firme et trois mois pour les autres bénéficiaires²⁵⁰.

4.2 Les conditions d'admission

La liste d'engagements pris par la Suisse définit de façon stricte tant les titulaires du droit que les qualifications qu'ils doivent détenir. Entrer dans le champ d'application en fait donc la première condition en vue d'une admission en vertu du GATS. Même lorsqu'il existe un réel droit à l'autorisation, celui-ci reste conditionné à plusieurs égards. En effet, les contingents ne doivent pas être épuisés²⁵¹ et les conditions de travail et de rémunération doivent être systématiquement respectées.²⁵² En revanche, la condition de la priorité et des qualifications professionnelles sont allégées.

4.2.1 La priorité est inapplicable

En ce qui concerne la condition de la priorité ; elle ne s'applique pas.²⁵³ L'introduction de l'art. 26 LEtr relativise ici la portée des engagements spécifiques dans la mesure où cette condition ne s'applique pas aux prestataires.²⁵⁴ On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure l'art. 26 fait écho aux engagements spécifiques pris par la Suisse. Dans tous les cas, le GATS apporte ici une certaine clarté en précisant que tant les travailleurs détachés, les personnes transférées au sein d'une entreprise, que les vendeurs de services bénéficient d'un régime d'admission sans la condition de la priorité. Comme mentionné plus haut, la notion de prestataire en vertu de l'art. 26 LEtr est moins claire²⁵⁵. Quant au cas spécifique du transfert de cadres et de spécialistes, l'art. 30 al. 1 let. h LEtr en lien avec l'art. 46 OASA prévoit expressément la suppression de la condition de la priorité.

4.2.2 Les intérêts de l'économie suisse les qualifications personnelles ?

La condition de l'intérêt économique et celle de la qualification personnelle pose d'intéressantes questions en lien avec les engagements spécifiques pris par la Suisse. Pour commencer, les engagements reflètent, en principe, des secteurs qui revêtent déjà un certain intérêt économique pour le pays. En effet, dans le cadre des négociations sur les services au sein de l'OMC, chaque pays présente une offre d'engagements qui promeut les secteurs de services dans lesquels le pays ressent un besoin. Le fait que le prestataire entre dans le champ d'application d'un secteur de services pris par la Suisse, résout donc certainement la question de la condition des intérêts économiques.²⁵⁶

²⁴⁹ Toutefois, le TF n'a encore jamais eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.

²⁵⁰ Voir le point III.2 ci-dessus.

²⁵¹ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.1.1. Voir aussi IYNEDJIAN MARC (n.70), p. 128. Toutefois, les mesures de limitation ne figurent plus dans l'offre conditionnelle révisée, Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p.6.

²⁵² ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.1.1. IYNEDJIAN MARC (n.70), p. 128. On peut reprendre ce qui a été dit au point IV.3.2.3 sur l'art. 22 LEtr et IV.2.3 pour sur l'art. 2 LDét, lorsqu'il s'agit de travailleurs détachés.

²⁵³ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.2.1.

²⁵⁴ Voir point IV.3.2.5 ci-dessus.

²⁵⁵ Voir point III.2 ci-dessus et la notion de prestataire de services.

²⁵⁶ A contrario, l'art. 46 OASA prévoit la condition de l'intérêt économique pour les cadres et les spécialistes transférés.

Ensuite, les qualifications personnelles sont définies par la liste d'engagements elle-même. Ainsi, les cadres doivent essentiellement avoir pour tâche de diriger la firme ou l'un de ses départements et ne sont soumis qu'à la surveillance de dirigeants de haut niveau, du conseil d'administration ou des actionnaires de la firme; les spécialistes sont indispensables pour la fourniture d'un service en raison de leur très grande compétence et de leur connaissance très poussée des services, du matériel de recherche, des techniques ou de la gestion de la firme et les fournisseurs de services contractuels sont des professionnels d'un secteurs et doivent avoir trois ans d'expérience dans le secteur en question.²⁵⁷ Selon les directives de l'ODM, il doit même s'agir de spécialistes et doivent avoir été préalablement au service de l'employeur à l'étranger depuis un an au moins.²⁵⁸ La LEtr confirme cette approche en prévoyant une dérogation au contrôle des qualifications personnelles pour le transfert de cadres et de spécialistes.²⁵⁹ C'est le cas également de l'art. 23 al. 3 let.d et e, à savoir, à nouveau les cadres transférés par des entreprises actives au plan international et les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse. Ceux-ci peuvent déroger aux conditions posées par l'art. 23 al. 1 et 2 LEtr.

V. Conclusion

La Suisse régit l'admission des prestataires de services au niveau national, en vertu de la LEtr ; bilatéral au titre l'ALCP et multilatéral, à la lumière du GATS. Dans la LEtr, la figure du prestataire de services migrant est cristallisée à l'art. 26. C'est toutefois en droit communautaire, puis en droit du commerce multilatéral que le prestataire est considéré pour la première fois dans une perspective migratoire. Ces sources de droit international ont vu dans la mobilité des prestataires, un atout pour le commerce des services.

En droit administratif, est considérée comme prestation de service transfrontière une prestation de durée limitée fournie en Suisse dans le cadre d'un contrat par une personne ou une entreprise dont le domicile ou le siège se trouve à l'étranger. Cette définition s'inspire sans équivoque de celle du droit communautaire, de l'ALCP ou du GATS, mais certains éléments diffèrent. Ainsi, seule la LEtr exige la conclusion d'un contrat de mandat ou d'entreprise. De plus, la durée limitée de la prestation varie considérablement d'une source à l'autre. Les textes se rejoignent néanmoins sur le fait que le prestataire de services doit sortir de Suisse, une fois la prestation réalisée. Quant à la personne même du prestataire, tant la LEtr que le droit communautaire et l'ALCP ou le GATS connaissent la figure du travailleur détaché en plus du prestataire indépendant. En revanche, il n'est pas certain que les travailleurs transférés à l'intérieur d'une même entreprise soient considérés comme prestataires de services au sens de l'art. 26 LEtr. Ceci ne fait aucun doute en droit communautaire et dans le GATS.

L'admission proprement dite diffère considérablement selon la source juridique. Le but de l'ALCP est d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux. Ce régime est toutefois limité, en particulier aux seules prestations dont la durée ne dépasse pas 90 jours. Par ailleurs, les prestataires de services sont tenus de s'annoncer et les conditions de travail et de salaire doivent être respectées. Aux antipodes, la

²⁵⁷ Offre conditionnelle révisée du 6 juin 2005, TN/S/O/CHE/Rev.1, p.6-10. IYNEDIANT MARC (n.70), p. 122-127.

²⁵⁸ ODM, Directives chapitre I. Domaine des étrangers, 4. Séjour avec activité lucrative, § 4.8.1.4.2.

²⁵⁹ Art. 46 OASA.

LEtr soumet les ressortissants des États tiers à une politique d'admission restrictive. Néanmoins, les prestataires de services bénéficient d'un allègement sensible : certaines prestations de services de moins de huit jours ne sont soumises à aucune autorisation, les autorisations de quatre mois au sens de l'art. 19 al. 4 a OASA ne sont pas contingentées, les prestataires indépendants ne sont pas soumis à l'exigence de la rémunération usuelle et les exigences de la capacité d'intégration ne s'appliquent pas pour la délivrance d'autorisation de courte durée. Enfin, les prestataires ne sont pas soumis au critère de la priorité, ce qui en pratique, revêt une importance considérable. A l'image de l'ALCP, le GATS accorde le droit de séjourner en Suisse à certains prestataires, mais les bénéficiaires sont étroitement définis. En vertu de GATS, les prestataires ne sont pas soumis à la priorité. En revanche, les contingents doivent être suffisants et les employeurs étrangers doivent garantir les conditions minimales de travail et de salaire. Les engagements spécifiques de la Suisse n'étant pas repris dans la LEtr, la question se pose de savoir si la condition des intérêts économiques et de la qualification personnelle est applicable.

En matière d'admission des prestataires de services, le droit administratif suisse n'est pas indifférent aux sources internationales. Au contraire, la LEtr distingue le régime applicable aux prestataires de services, de celui des salariés et des indépendants. Cette systématique ne rappelle-elle pas trois des quatre libertés fondamentales du marché communautaire, et, par voie de conséquence, la structure de l'ALCP ? Par ailleurs, la LEtr reprend aussi la figure du travailleur détaché, propre au droit communautaire et au droit du commerce international, et dont la fonction est purement économique ; celle d'assurer un commerce des services sans entrave. Il s'agit bien là d'un paradoxe, car la politique d'admission de la LEtr est aux antipodes d'une quelconque liberté de circulation des services. Se pose alors la question de l'influence du droit international et de la meilleure approche, nationale, bilatérale ou multilatérale pour gérer l'admission des prestataires étrangers.

Nicolas Bueno, MLaw, est licencié en droit de l'Université de Lausanne et de la Freie Universität Berlin. Après un stage à la Cour européenne des Droits de l'Homme en 2008 et à la Cour pénale internationale en 2009, il travaille actuellement en tant qu'assistant et doctorant au Centre de droit des migrations à l'Université de Neuchâtel et entreprend une thèse en droit international des migrations économiques.

Je tiens à remercier les collaborateurs de l'Office fédéral des migrations, de l'Organisation mondiale du commerce et des Offices cantonaux de l'emploi vaudois, neuchâtelois, fribourgeois, bernois et valaisan, qui ont pris le temps de répondre à mes questions, ainsi que le Pr. Minh Son Nguyen, qui m'a fait découvrir le droit des migrations. Cette contribution ne représente que les opinions de son auteur.

References

- BECKER MATTHIAS, Die personenbezogene Dienstleistungserbringung im Rahmen der bilateralen Verträge Schweiz-EG, Zürich, 2001.
- BENESCH SÉBASTIAN, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft : ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungsprozess, Tübingen, 2007.
- COTTIER THOMAS, PANIZZON MARION, Die sektoriellen Abkommen und das Recht der WTO : Grundlagen und Spannungsfelder, in: Accords bilatéraux Suisse – UE, Bâle, 2001, p.43-76.
- DELLI CHANTAL, TOBLER CHRISTA, Beschränkungsverbot im Personenfreizügigkeitsabkommen ?, in: AJP, Lachen, 2007, 11, p.1367-1375.

- DOLIVO JEAN-MICHEL, Quelques facettes du projet de loi sur les étrangers, in: RDAF 2003 I, p. 1-15.
- EPINEY ASTRID, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, in: RSJ, 2009, 2, p. 25-32.
- EPINEY ASTRID, zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit – Hinweise, in : Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Berne, 2008, p. 249-264.
- EPINEY ASTRID, CIVITELLA TAMARA, Die rechtliche Stellung von Unionsbürger und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz-ein Vergleich ausgewählter Aspekte, in: Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Berne 2008, p. 3-58.
- EPINEY ASTRID, CIVITELLA TAMARA, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in:Annuaire du droit de la migration 2007/2008, Berne 2008, p. 227-248.
- EPINEY ASTRID, GAMMENTHALER NINA, Marktzugang in der EU und in der Schweiz : Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Marktzugang in der EU und in der Schweiz : zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zurich, 2008, p. 1-43.
- EPINEY ASTRID, MOSTERS ROBERT, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre le Suisse et l'Union européenne : l'accord sur la libre circulation des personnes, in : Auslegung und Anwendung von "Integrationsverträgen", Zürich, 2006.
- EPINEY ASTRID, MOSTERS ROBERT, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Annuaire suisse de droit européen 2006/2007, Zürich, 2007, p. 101-121.
- EPINEY ASTRID, MOSTERS ROBERT, THEUERKAUF SARAH, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004-2005, Bern, p. 41-69.
- EPINEY ASTRID, ZBINDEN PATRIZIA, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG : zur Tragweite und Auslegung der Deinstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, In: Cahiers fribourgeois de droit européen no 8, Fribourg, 2009.
- GAFNER MAGALIE, Autorisations de séjour en Suisse : un guide juridique : présence, regroupement familial, travail, assurances sociales, Lausanne, 2008.
- GREMPER PHILIPP, Ausländische Personen als selbständig Erwerbende, in : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, 2ème éd., Bâle, 2009, p.905-934.
- GRISEL DIANE, La notion de services au sens de l'article 50 du Traité CE, in : Eleanor Cashin Ritaine et Elodie Maître Arnaud (éds.), Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé, Genève, 2008, p. 161-194.
- GROSSEN DIETER, DÄPP STEFAN, Sonderregelungen für Staatsangehörige des EU- une EFTA-Mitgliedstaaten, in: Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, 2ème éd., Bâle, 2009, p.135-152.
- IYNEDJIAN MARC, GATS ET PERMIS DE TRAVAIL, LES ENGAGEMENTS CONTRACTES PAR LA SUISSE AU TITRE du GATS en matière de permis de travail, SJ II 2004 (5), pp. 105-136.
- KADDOUS CHRISTINE, L'Accord CH-UE sur la libre circulation des personnes et l'ordre juridique suisse, in: Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess, Baden-Baden, 2008, p. 158-163.
- KADDOUS CHRISTINE, Á propos de la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne, in: Le défi des frontières : mélanges en l'honneur de Roland Bieber, Zürich, 2007, p. 528-542.
- KÄLIN WALTER, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, in: ZAR 2002, 4, p. 123-127.
- KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Cottier Thomas, Oesch Matthias (éds.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Berne, 2002, p. 11-39.
- KLAUS FELIX, Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, 2ème éd., Bâle, 2009, p.819-904.
- KLEIN SOLOMON MICHELE, GATS Mode 4 and the Mobility of Labour, in : Cholewinski R., Perruchoud Richard, MacDonald Euan (éds.), International Migration Law, La Haye, 2007, p.107-127.
- LEHMANN CHRISTOPH, Erwerbstätigkeit unter dem neuen Ausländergesetz (AuG), In: Schweiz : Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen in den Jahren, Berne, 2008, p.239-243.
- MALINVERNI GIORGIO, Le projet de loi fédérale sur les étrangers, in : SJ 2000, p. 409-427.
- MARITZ DANIEL, Der Dienstleistungsverkehr im Abkommen über die Freizügigkeit der Personen, in: Accords bilatéraux Suisse – UE, Bâle, 2001, p. 331-351.
- MCDONALD M.KEVIN, Der Begriff des Dienstleistung im europäischen Binnenmarckt und WTO-System (GATS), Frankfurt am Main, 2001, p.26-32.

- MAGDELEINE JOSCELYN, MAURER ANDREAS, *Measuring GATS Mode 4 Trade Flows*, Geneva, 2008.
- MARTIN-KUETTEL RAHEL, *Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger*, Zürich, 2006.
- MEIER-GUBSER STEFANIE, *L'exercice d'une activité lucrative en Suisse par des ressortissants étrangers*, in : *L'expert fiduciaire*, TREX, Zurich, 2006, 5, p. 273-278.
- MERZ LAURENT, *Le droit de séjour selon l'ALCP et la jurisprudence du Tribunal fédéral*, RDAF 2009 I p. 248.
- NGUYEN MINH SON, *La LEtr soumise au référendum*, in: *Annuaire du droit de la migration 2005/2006*, Berne, 2006, p. 213-220.
- NGUYEN MINH SON, *Le projet de la loi sur les étrangers (LEtr)*, in: *Annuaire du droit de la migration 2004/2005*, Berne, 2005, p. 3-12.
- NGUYEN MINH SON, *Droit public des étrangers : présence, activité économique et statut politique*, Berne, 2003.
- NGUYEN MINH SON, *L'Accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et le droit de la police des étrangers*, in: RDAF 2001 I, p.133-195.
- NIELSON JULIA and TAGLIONI DARIA, *A Quick Guide to the GATS and Mode 4*, Geneva, 2003.
- NUFER CHRISTOPH, *Bilaterale Verhandlungen, wie weiter? : Liberalisierung der Dienstleistungen zwischen der Schweiz und der EU : Gewinner und Verlierer aus Schweizer Sicht*, Bâle, 2006.
- RABAGLIO ORLANDO, *Rapports de travail transfrontaliers : un inventaire des règles du droit des assurances sociales*, in: *L'expert fiduciaire*, TREX, Zürich, 2006, 5, p. 285-289.
- TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, *Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes*, Berne, 2008.
- TRACHTMAN JOEL P., *The International Law of Economic Migration : toward the Fourth Freedom*, Kalamazoo, Michigan, 2009.
- SPESCHA MARC, Thür Hans-Peter, Zünd Andreas, Bolzli Peter, *Migrationsrecht Kommentar*, Zürich, 2008.
- UEBERSAX PETER, *Einreise und Anwesenheit*, in : Uebersax Peter, Rudin Beat, Hugi Yar Thomas, Geiser Thomas (éds.), *Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz*, 2ème éd., Bâle, 2009, p.245-246.
- WYLER REMY, *Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs*, in: *Marchés publics*, 2008, p. 247-283.