

## **VD\_OMNI PE.2006.0592 vom 22. August 2007**

VD Tribunal cantonal, 2007-08-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2006.0592](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2006.0592)

FR: VD\_OMNI PE.2006.0592 du 22 août 2007

IT: VD\_OMNI PE.2006.0592 del 22 agosto 2007

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ c/Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Refus de délivrer une autorisation pour exercer une activité lucrative indépendante à un étranger, marié à une personne titulaire d'un permis d'établissement et au bénéficiaire lui-même d'une autorisation de séjour. La différence de traitement opérée par la jurisprudence du TA entre le conjoint étranger d'un citoyen suisse (qui est autorisé à exercer une telle activité) et le conjoint étranger d'une personne disposant d'un permis d'établissement ne résiste pas à l'examen dès lors que tous deux, au bénéfice d'un droit de présence assuré, obtiennent après un séjour de cinq ans en Suisse en principe une autorisation d'établissement. La nouvelle loi sur les étrangers du 16.12.2005 consacre une telle possibilité. La jurisprudence du TA y relative est abandonnée après une procédure de coordination selon 21 ROTA. La décision du Service de l'emploi est annulée. Recours admis.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Aux termes de l'art. 1a de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE; RS 142.20), tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement. En vertu de l'art. 3 al. 3 LSEE, l'étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi, et un employeur ne peut l'occuper, que si l'autorisation de séjour lui en donne la faculté (art. 3 al. 3 LSEE). Selon l'art. 4 LSEE, l'autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour. Pour les autorisations, les autorités doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère (art. 16 LSEE). L'art. 42 al. 1 OLE a la teneur suivante : "Avant que les autorités de police des étrangers n'accordent à un étranger l'autorisation d'exercer une activité, l'office de l'emploi examine si les conditions pour l'exercice d'une activité lucrative sont remplies (art. 6 à 11). En outre, il décide, suivant la requête, si la situation de l'économie et du marché de l'emploi permettent que : (...) c. un étranger exerce, à titre exceptionnel, une activité lucrative indépendante." b) En l'occurrence, le recourant est au bénéfice d'une autorisation de séjour obtenue à la suite de son mariage avec une compatriote, désormais titulaire d'un permis d'établissement. Il sollicite l'autorisation d'exercer une activité indépendante.

#### **E. 2**

Dans un arrêt PE.2006.0431 du 8 mai 2007, le Tribunal administratif a confirmé le refus d'exercer une activité lucrative indépendante à un Marocain, titulaire d'une autorisation de séjour obtenue à la suite de son mariage avec une compatriote au bénéfice d'une autorisation d'établissement. A cette occasion, le tribunal a considéré ce qui suit au sujet de la liberté

économique garantie par l'art. 27 Cst : "Le Tribunal fédéral n'a pas étendu à tous les étrangers résidant en Suisse le droit de se prévaloir de cette liberté. En effet, dans l'ATF 123 I 212, notre Haute Cour a indiqué que dans la mesure où un travailleur étranger n'a pas droit à une autorisation de séjour en vertu du droit fédéral ou d'un traité international, il ne pouvait pas se prévaloir de cette liberté. Certes, peuvent se prévaloir de cette liberté les conjoints de citoyens suisses, qui disposent d'un droit au renouvellement de leur autorisation de séjour (ATF 123 I 212, consid. 2d). D'ailleurs, l'OLE ne s'applique que partiellement à ces derniers (art. 3 al. 1 let. c OLE). Le Tribunal fédéral a toutefois laissé ouverte la question de savoir si la faculté d'invoquer la liberté du commerce et de l'industrie s'étendait à tous les étrangers ayant un droit de présence en Suisse et qui sont soustraits aux mesures de limitation prévues par l'OLE (ATF 123 I 212, consid. 2d in fine). La question de savoir dans quelle mesure le recourant, qui n'est pas marié à une citoyenne suisse et dont le statut ne lui permet pas de se soustraire aux mesures de limitations de l'OLE, peut invoquer la liberté du commerce et de l'industrie peut toutefois rester ouverte, le recours devant être de toute manière rejeté pour d'autres motifs. c) Comme mentionné supra, conformément à l'art. 16 LSEE, les autorités de police des étrangers doivent tenir compte des intérêts moraux et économiques du pays, ainsi que du degré de surpopulation étrangère dans l'octroi des autorisations. L'art. 42 al. 1 let. c OLE établit une politique restrictive à l'égard des titulaires d'une autorisation à l'année et des frontaliers qui souhaitent devenir indépendants ou créer une entreprise en Suisse. Il ressort en effet de l'art. 3 al. 10 RSEE que seuls les étrangers établis, soit titulaires d'un permis C, ont en principe droit à l'exercice d'une activité indépendante, les titulaires d'une autorisation de séjour ne pouvant dès lors l'obtenir qu'exceptionnellement, conformément à l'art. 42 al. 1 let. c OLE. Ces dispositions fondent dès lors une base légale suffisante pour restreindre l'exercice de la liberté économique aux étrangers qui ne sont pas titulaires d'une autorisation d'établissement, pour autant que ces derniers puissent s'en prévaloir. Le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de se prononcer à de nombreuses occasions sur des cas de cette nature et, a confirmé la pratique de l'OCMP (actuellement : Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs) consistant à ne pas délivrer d'autorisation d'exercer une activité lucrative à titre indépendant à des personnes qui ne sont pas titulaires d'un permis de séjour (recte : d'établissement) ou qui ne sont pas conjoints de citoyens suisses (arrêts PE.2004.0207 et références citées; une exception : PE.2005.0125). D'après le Tribunal de céans, cette pratique se justifie par le caractère précaire des autorisations de séjour et de travail annuelles et par la nécessité d'éviter qu'un ressortissant étranger, dont l'autorisation de séjour et de travail n'est pas automatiquement renouvelable, ne contracte des dettes et prenne des engagements qu'il ne pourrait peut-être pas respecter (PE.2004.0207 précité). Cette appréciation justifie, sous l'angle de la proportionnalité, la restriction à la liberté du commerce et de l'industrie telle qu'elle ressort de l'art. 42 al. 1 let. c OLE. Enfin, cette restriction ne porte pas atteinte à l'essence de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle n'empêche pas le recourant d'exercer une activité lucrative salariée. Ainsi, les conditions posées par l'art. 36 Cst quant à la restriction des libertés fondamentales sont satisfaites en l'occurrence. d) Pour que l'autorisation exceptionnelle d'exercer une activité indépendante soit justifiée, il faut qu'elle représente un intérêt public et économique important; en d'autres termes, elle doit avoir des incidences positives sur le marché du travail (Directives et commentaires sur l'entrée, le séjour et le marché du travail, 3<sup>ème</sup> édition remaniée, état mai 2006, No 482, p. 109). Force est de constater, en l'occurrence, que l'activité que le recourant entend développer soit l'activité de transporteur indépendant,

ne saurait être qualifiée comme présentant un intérêt public et économique important. De plus, il n'aura pas d'incidence positive sur le marché du travail puisque le recourant entend exercer cette activité seul. C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a refusé d'autoriser le recourant à exercer une activité indépendante et cette décision doit être confirmée.

### **E. 3**

a) Les directives et commentaires Entrée, séjour et marché du travail (Directives LSEE) de l'Office fédéral des migrations (ODM), état mai 2006, précisent ce qui suit : "482 Décision préalable (art. 42 OLE) (...) L'art. 42, al. 1, let. c, OLE établit une politique restrictive à l'égard des titulaires d'une autorisation à l'année et des frontaliers qui souhaitent devenir indépendants ou créer une entreprise en Suisse. Selon l'art. 6 LSEE, en relation avec l'art. 3, al. 10 RSEE, seuls les étrangers établis ont en principe le droit à l'exercice d'une activité indépendante. Le ressortissant d'un Etat tiers titulaire d'une autorisation à l'année (dont la durée peut être prolongée, mais sans véritable droit de prolongation) peut se voir accorder à titre exceptionnel une autorisation aux fins de l'exercice d'une activité indépendante (art. 4 LSEE - liberté d'appréciation des autorités; art. 16 LSEE - prise en considération des intérêts économiques du pays). Pour que l'autorisation exceptionnelle d'exercer une activité indépendante soit justifiée, il faut qu'elle représente un intérêt public et économique important; en d'autres termes, elle doit avoir des incidences positives sur le marché du travail. (...)" b) En l'espèce, le recourant est certes uniquement au bénéfice d'une autorisation de séjour; il peut néanmoins se prévaloir d'un droit à la prolongation de son autorisation de séjour pour autant qu'il fasse ménage commun avec son épouse étrangère disposant d'un permis d'établissement, selon l'art. 17 al. 2 LSEE. Sa situation juridique est différente de celle envisagée par les directives précitées qui visent le cas d'un étranger, ressortissant d'un Etat tiers, titulaire d'un simple permis de séjour, dépourvu d'un droit de présence assuré. Même d'ailleurs dans une telle hypothèse, les directives n'excluent pas la possibilité d'accorder à l'étranger, titulaire d'une simple autorisation de séjour, la faculté d'exercer une activité lucrative indépendante, laquelle n'est alors accordée qu'à titre exceptionnel.

### **E. 4**

La doctrine considère que l'étranger qui a un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour, respectivement à la prolongation de son permis de séjour, sur la base de l'art. 8 CEDH, doit pouvoir exercer une activité indépendante et bénéficier ainsi d'un traitement privilégié analogue à celui réservé au conjoint étranger d'un ressortissant suisse (Philipp Grempfer, *Ausländerrecht*, Helbing & Lichtenhahn 2002, p. 667 no 15.43). Minh Son Nguyen (*Droit public des étrangers*, Staempfli Editions SA Berne 2003, p. 153) est aussi d'avis que l'étranger marié à une personne possédant un permis d'établissement peut se prévaloir de la liberté économique du fait de l'existence d'un droit à l'obtention d'une autorisation (art. 17 al. 2 LSEE), car l'intéressé n'est pas soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes (art. 7 al. 5 bis OLE a fortiori) ni à l'assujettissement au contingentement (art. 12 al. 2 2 e phr. OLE a fortiori); cet auteur estime même qu'il est possible d'étendre la titularité de la liberté économique à l'étranger mis au bénéfice d'une autorisation de séjour au titre des articles 38 et 39 OLE dès lors que le système des mesures limitatives ne lui est pas totalement applicable : il est exempté de la priorité du travailleur indigène au sens de l'art. 7 al. 3 OLE et du contingentement (art. 12 al. 2 2 e phr. OLE); pour ce qui est de la priorité dans le recrutement selon l'art. 8 OLE, il faut procéder, toujours selon cet auteur, à une

interprétation. Le fait qu'il soit assujéti au contrôle des conditions de salaire et de travail n'est pas un obstacle à la reconnaissance de la liberté économique, car l'étranger marié à une personne de nationalité suisse y est également soumis.

#### **E. 5**

Dans le cas présent, le recourant, ressortissant de l'ex-Serbie-et-Monténégro, est marié depuis le 4 avril 2002 à une compatriote, laquelle est désormais titulaire d'un permis d'établissement. Ainsi, il a un droit au renouvellement de son autorisation annuelle, pour autant qu'il fasse ménage commun avec son épouse, en vertu de l'art. 17 al. 2 LSEE; en principe, le renouvellement de son permis interviendra automatiquement. Le recourant se trouve au bénéfice d'un droit de présence assuré de sorte que sa situation ne peut pas être considérée comme précaire. La pratique stricte de l'autorité intimée, suivie par la jurisprudence du TA, consistant à refuser toute autorisation d'exercer une activité lucrative à titre indépendant à des personnes qui ne sont pas titulaires d'un permis d'établissement ou qui n'ont pas la qualité de conjoint d'un citoyen suisse, paraît contraire aux directives de l'ODM; cette pratique repose sur des considérations qui ne correspondent clairement pas à la situation juridique - stable - de l'étranger résidant en Suisse au bénéfice d'un permis B à la suite de son mariage avec une personne titulaire d'un permis d'établissement. La différence de traitement opérée entre le conjoint étranger d'une personne titulaire d'un permis d'établissement et le conjoint étranger d'un ressortissant suisse ne résiste pas à l'examen. En effet, tous deux obtiennent après un délai de cinq ans de séjour en Suisse auprès de leur conjoint, respectivement suisse et établi, la délivrance d'un permis d'établissement selon les art. 7 al. 1 et 17 al. 2 LSEE. La loi nouvelle fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (FF 2005 p. 6885 et ss) prévoit du reste expressément à son art. 46 que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse ou du titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour peuvent exercer une activité lucrative salariée ou indépendante sur toute le territoire suisse. La pratique actuelle de l'autorité intimée et la jurisprudence y relative du tribunal ne peuvent plus être suivies. Elles doivent être abandonnées. La décision attaquée est ainsi annulée. L'autorité intimée est invitée à délivrer l'autorisation sollicitée.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours aux frais de l'Etat (art. 55 LJPA).

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