

# **VD\_OMNI PE.2008.0213 vom 24. November 2008**

VD Tribunal cantonal, 2008-11-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2008.0213](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0213)

FR: VD\_OMNI PE.2008.0213 du 24 novembre 2008

IT: VD\_OMNI PE.2008.0213 del 24 novembre 2008

## **Regeste**

X c/Service de la population (SPOP) | D'origine tunisienne, le recourant est entré en Suisse en octobre 2003 pour y entreprendre des études à la Haute Ecole d'Ingénieurs et de Gestion du Canton de Vaud. Nonobstant ses deux changements de filières suite à des échecs définitifs et malgré l'avertissement prononcé par l'autorité intimée, cette dernière a violé le principe de proportionnalité en refusant de prolonger le séjour pour études dont l'échéance est reportée de quelques mois seulement et qui permettraient au recourant de valider son cursus au sein de l'HEIG. Par ailleurs, aucune preuve ne démontre que le recourant a été rémunéré pour son activité de quelques jours au Paléo festival en été 2007. De plus, il n'est pas certain qu'une telle activité puisse être qualifiée d'activité procurant normalement un gain, compte tenu en particulier de l'aspect festif et de l'accès gratuit au périmètre octroyé aux personnes actives dans le cadre de ce festival. Recours admis.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) La nouvelle loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (ci-après : LEtr; RS 142.20) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 abroge et remplace l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; Annexe à la LEtr, RO 2007 5488). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit. Simultanément, la nouvelle ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) abroge et remplace l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; art. 91 OASA; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. b) En l'espèce, la demande de prolongation de l'autorisation de séjour ayant été déposée après l'entrée en vigueur de la LEtr, la validité matérielle de la décision rendue par l'autorité intimée doit être examinée à l'aune du nouveau droit.

### **E. 2**

Exceptés les cas où une disposition légale prévoit expressément le contrôle de l'opportunité d'une décision, la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (ci-après: CDAP) n'exerce qu'un contrôle en légalité, c'est-à-dire examine si la décision entreprise est contraire à une disposition légale ou réglementaire expresse, ou relève d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 36 let. a et c de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives - LJPA; RSV 173.36). La LEtr ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir de contrôle de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce motif ne saurait être examiné par la cour de céans. Une autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsque, exerçant les compétences dévolues par la loi, elle se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou

statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité (ATF 116 V 307 consid. 2 p. 310 et les arrêts cités).

### **E. 3**

Le recourant estime que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de renouveler son autorisation de séjour pour études. Il estime en particulier que la décision attaquée viole le principe de proportionnalité, dès lors que son changement d'orientation ne prolonge son séjour en Suisse que de quelques mois.

### **E. 4**

a) Aux termes de l'art. 27 al. 1 LEtr, un étranger peut être admis en vue d'une formation ou d'un perfectionnement si la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou le perfectionnement envisagés (let. a), s'il dispose d'un logement approprié (let. b); s'il dispose des moyens financiers nécessaires (let. c) et s'il paraît assuré qu'il quittera la Suisse (let. d). Cette disposition correspond dans une large mesure à la réglementation des art. 31 et 32 de l'OLE en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 dont les détails sont réglés par une ordonnance et des directives (Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, spéc. 3541). On peut donc s'inspirer de la jurisprudence rendue en application de ces dispositions, ainsi que des Directives et commentaires sur l'entrée, le séjour et le marché du travail édictées par l'Office fédéral des migrations (ci-après: "directives ODM") qui étaient en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 et qui n'ont pas encore été remplacées dans leur intégralité. Selon ces directives, en particulier le chiffre 513 (état mai 2006), il importe de contrôler et d'exiger que les élèves et les étudiants étrangers subissent leurs examens intermédiaires et finals dans un délai raisonnable. S'ils ne satisfont pas à cette exigence, le but de leur séjour sera considéré comme atteint et l'autorisation ne sera pas prolongée. Un changement d'orientation des études durant la formation ou une formation supplémentaire ne seront admis que dans des cas exceptionnels dûment fondés. Les étudiants étrangers qui ont terminé avec succès leurs études doivent quitter la Suisse, à moins qu'une autorisation de séjour ne puisse leur être octroyée dans le cadre des conditions générales en matière d'admission. Selon la jurisprudence, l'autorité peut refuser de renouveler une autorisation de séjour en raison d'un manque d'assiduité aux cours entraînant un échec (arrêt PE.2008.0018 du 27 août 2008; PE.2003.0161 du 3 novembre 2003; PE.2002.0207 du 16 août 2002) ou lorsque l'étudiant n'a obtenu aucun résultat probant pendant plus de cinq ans (arrêt PE.2003.0301 du 12 janvier 2004). b) En l'espèce, le recourant est arrivé en Suisse en octobre 2003 aux fins d'entreprendre une formation d'ingénieur au sein de la filière d'informatique - orientation logiciel - de l'HEIG-VD. Cette formation d'une durée de trois ans et douze semaines devait prendre fin en janvier 2007. Après avoir échoué à deux reprises aux examens de fin de première année, le recourant a rejoint la filière comem + de la HEIG-VD en octobre 2005. La durée du cursus était similaire et reportait la fin des études en janvier 2009. Le recourant a également échoué à deux reprises aux examens de première année. Ce double échec au sein de l'HEIG-VD a entraîné son exmatriculation le 12 juillet 2007. Le recourant a alors été admis en quatrième année à l'EIA, ce qui reporte l'échéance de sa formation au moins de juin 2009. L'autorité intimée avait accepté le changement de filière au sein de la HEIG-VD intervenu en 2005, en rendant toutefois le recourant attentif qu'elle pourrait refuser un renouvellement de son autorisation en cas de nouvel échec ou de nouveau changement d'orientation. Cela étant, après avoir appris qu'il avait une nouvelle fois échoué aux

examens de première années de la filière comem + , l'autorité intimée a accepté que le recourant poursuive cette formation et, ce faisant, accepté le report de l'échéance des études en janvier 2009. Partant, s'il est vrai que l'autorité intimée avait averti le recourant qu'elle n'accepterait pas de nouveau changement d'orientation, il convient de considérer que celui-ci n'engendre qu'un report de cinq mois de l'échéance des études. De plus, ce changement permettra au recourant de valider son cursus au sein de l'HEIG-VD dès lors qu'il a pu être admis directement en quatrième année. En outre, si les échecs consécutifs du recourant à l'HEIG-VD ne permettaient alors pas de retenir une assiduité suffisante du recourant, les résultats obtenus à ce jour à l'EIA tendent à démontrer qu'il investit aujourd'hui les efforts nécessaires pour terminer sa formation dans les délais. Il apparaît dès lors disproportionné de refuser la prolongation de séjour requise, dans la mesure où tout porte à croire que le recourant achèvera ses études dans quelques mois, ce qui demeure acceptable au regard des exigences de l'art. 32 OLE (cf. arrêt PE.2008.0018 du 27 août 2008).

#### **E. 5**

L'autorité intimée motive en outre son refus de prolonger l'autorisation de séjour pour études du recourant par le fait qu'il aurait exercé une activité lucrative sans autorisation. Aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'activité déployée par le recourant pendant l'édition 2007 du Paléo Festival était rémunérée. Cela étant, il convient de déterminer si l'activité déployée par le recourant à cette occasion pourrait être qualifiée de lucrative, et serait, partant, soumise à autorisation. a) L'art. 11 LEtr prévoit que tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, qu'elle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considéré comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). L'art. 1 OASA précise qu'est considérée comme activité lucrative toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire. Est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, d'artiste ou d'employé au pair. Les nouvelles dispositions reprennent la notion d'activité lucrative telle qu'elle était définie par l'art. 6 OLE en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007. De plus, à cet égard, la nouvelle version provisoire des directives édictées par l'ODM reprend en substance les principes des "directives ODM" et ne contient par ailleurs aucune précision relative aux notions de travailleur volontaire ou de bénévole. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé qu'une activité essentiellement caritative de deux personnes appartenant à une congrégation religieuse, ayant fait vœu de pauvreté et ne cherchant pas à gagner leur vie mais à vivre leur vocation ne présentait pas un caractère lucratif (ATF 110 Ib 63 consid. 4c p. 70 s). En revanche, le Tribunal fédéral a retenu que l'engagement de formateurs au service d'un centre d'accueil entrainé dans le cadre d'une activité lucrative procurant normalement un gain dès lors que le mouvement n'était pas assimilable à un ordre religieux, mais plutôt à une communauté de personnes actives professionnellement. Il en va de même s'agissant des tâches internes à l'Eglise, comme celles des missionnaires et des théologiens, quand bien même elles seraient exercées gratuitement (ATF 118 Ib 81 consid. 2d pp. 86 s). Le Tribunal administratif (dès le 1er janvier 2008: la CDAP) a pour sa part jugé qu'une activité bénévole exercée pour le compte d'une famille d'accueil devait également être qualifiée de lucrative dans la mesure où la

personne concernée était totalement prise en charge par cette famille (arrêt PE.2007.0460 du 23 avril 1997). De même, l'étranger venant accomplir onze mois de service civil bénévole en Suisse est réputé exercer une activité lucrative au sens de l'art. 6 OLE (arrêt PE.2007.0339 du 19 juin 2008). b) En l'espèce, le recourant a déployé une activité pendant quelques jours sur le stand d'un restaurant tunisien au Paléo Festival à Nyon. En contrepartie, il avait un accès gratuit au périmètre du festival et, partant, aux diverses manifestations, à savoir pour l'essentiel des concerts. Nonobstant cette contrepartie, l'activité en cause peut être qualifiée de bénévole, ce d'autant plus que le directeur du restaurant est un ami proche du père du recourant. Cela étant, et au vu de la législation ainsi que de la jurisprudence précitée, une activité bénévole peut être qualifiée de lucrative, quand bien même elle est exercée à titre gratuit. Il convient toutefois de rappeler que l'activité déployée par le recourant n'a duré que quelques jours. En outre, contrairement aux exemples tirés de la casuistique, son exercice à titre gratuit n'implique pas un renoncement en faveur d'autrui, voire un don de soi. L'on peut en effet imaginer sans difficultés que de nombreux étudiants seraient disposés à travailler gratuitement sur un stand du Paléo Festival, ne serait-ce que pour prendre part à la fête. L'on ne peut dès lors retenir qu'il s'agit là d'une activité qui normalement procure un gain. Partant, au vu de la très courte durée de l'activité déployée par le recourant et de son pan éminemment festif, l'on ne saurait retenir une activité lucrative au sens de l'art. 6 OLE. Il découle des considérations qui précèdent que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de renouveler l'autorisation de séjour pour études du recourant.

#### **E. 6**

Le recours doit ainsi être admis aux frais de l'Etat et la décision attaquée annulée. Vu l'issue du recours, le recourant, qui a agi par l'entremise d'un mandataire, a droit à des dépens (art. 55 LJPA).

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