

VD_OMNI PE.2009.0251 vom 29. März 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-03-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0251

FR: VD_OMNI PE.2009.0251 du 29 mars 2010

IT: VD_OMNI PE.2009.0251 del 29 marzo 2010

Regeste

X. _____ Sàrl/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Cuisinier chinois employé par une Sàrl à Neuchâtel, au bénéfice d'une autorisation de séjour B, limitée à un an et pour un restaurant déterminé. Demande de transfert de l'employé auprès d'un autre restaurant de l'employeur, sis dans le Canton de Vaud. Dès lors que l'autorisation de séjour est assortie de conditions (art.33 al. 2 LEtr), le titulaire ne peut se prévaloir de l'art. 38 al. 2 LEtr pour exercer son activité dans toute la Suisse sans autre autorisation. Recours contre le refus d'une autorisation par le SDE vaudois admis: l'autorité s'est limitée à refuser l'autorisation, suite au refus des autorités neuchâteloises de transférer une unité du contingent neuchâtelois. Renvoi au SDE pour statuer sur la possibilité d'octroyer une autorisation initiale.

Erwägungen

E. 1

Le présent litige concerne le refus de la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative, déposée par l'employeur recourant dans le Canton de Vaud le 7 janvier 2009. Il doit ainsi être examiné à l'aune de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (LEtr; RS 142.20), qui a abrogé la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007. Simultanément, l'ancienne ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) a abrogé et remplacé l'ancienne ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires de la LEtr sont applicables par analogie à cette ordonnance.

E. 2

Sous réserve des conventions internationales (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes [ALCP; RS 0.142.112.681] ; art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ; accords d'établissement, etc.) ou de dispositions légales particulières (art. 42, 43, 48 et 50 LEtr), l'étranger ne peut se prévaloir d'aucun droit à l'octroi, au renouvellement (art. 32, 33, 34 et 35 LEtr ; art. 56 OASA) ou à la prolongation de l'autorisation de séjour ou encore à l'octroi d'une autorisation d'établissement. Selon l'art. 40 al. 2 LEtr, lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative. L'art. 83 al. 1 OASA confirme qu'avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente décide si les conditions

sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr. Quant à l'al. 3, il précise que la décision préalable des autorités du marché du travail peut être assortie de conditions, notamment concernant le type et la durée d'une activité lucrative de durée limitée en Suisse. En l'espèce, le cuisinier engagé par la recourante s'est vu délivrer une autorisation de séjour (permis B) par le Canton de Neuchâtel, valable jusqu'au 27 août 2008, puis renouvelée au 27 août 2009, qui précise sous " but du séjo ur": " Cuisinier, X._____ Sàrl 3***** Restaurant, 4*****; 5***** ". Il convient dès lors d'admettre qu'il bénéficie d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 33 al. 2 Letr, dont le but est déterminé et qui est assorti de conditions, en l'occurrence une durée de validité limitée à un an et un emploi limité au poste occupé auprès du restaurant 3***** à 5*****. Conformément à l'art. 33 al. 3 Letr, une telle autorisation peut être prolongée s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 al. 3 Letr.

E. 3

La recourante estime qu'elle est fondée à transférer son employé dans le canton de Vaud, au vu des art. 37 et 38 LEtr. a) L'art. 37 al. 2 LEtr dispose que le titulaire d'une autorisation de séjour a droit au changement de canton s'il n'est pas au chômage et s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 LEtr. L'art. 37 LEtr a pour titre " Nouvelle résidence dans un autre canton " et, aux termes de son alinéa premier, si le titulaire d'une autorisation de courte durée ou de séjour veut déplacer son lieu de résidence dans un autre canton, il doit solliciter au préalable une autorisation de ce dernier (art. 37 al. 1 Letr). L'art. 37 al. 2 doit ainsi s'interpréter dans le sens que le titulaire d'une autorisation de séjour a le droit de changer de canton de résidence, s'il satisfait aux conditions posées par cet article. Cette disposition ne régit en revanche pas la question du changement de canton de travail. b) Quant à l'art. 38 al. 2 LEtr, cette disposition permet au titulaire d'une autorisation de séjour admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante de l'exercer dans toute la Suisse et de changer d'emploi sans autre autorisation. Le titulaire d'une telle autorisation devrait ainsi bénéficier d'une mobilité professionnelle et géographique dans toute la Suisse (Bolzli in *Migrationsrecht*, 2^{ème} éd., 2009, n.3 ad art. 38 LEtr; Uebersax et Klaus in *Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, 2^{ème} éd., 2009, n. 7.240, p. 284 et n. 17.84, p. 846). Malgré son texte clair, l'art. 38 al. 2 LEtr doit se lire en relation avec l'art. 33 al. 2 LEtr. Ainsi, si la mobilité géographique et professionnelle s'applique aux titulaires d'une autorisation de séjour ordinaire, soit en premier lieu les personnes qui ont un droit à une telle autorisation, à l'instar des membres étrangers de la famille d'un ressortissant suisse ou d'un étranger titulaire d'une autorisation d'établissement (art. 42, al. 1, 43, al. 1 et 46 LEtr), ainsi que celles qui bénéficient d'une autorisation de séjour sans restriction particulière (art. 33 al. 1 LEtr), il convient de réserver les cas des personnes qui, à l'instar du recourant, reçoivent une autorisation de séjour en vue d'exercer un emploi spécifique et expressément liée à une condition relative au marché du travail (art. 33 al. 2 LEtr). Au vu de ces conditions, le titulaire d'une telle autorisation ne saurait se prévaloir de l'art. 38 al. 2 LEtr, de sorte que la possibilité pour lui d'exercer une activité dans toute la Suisse présuppose une autorisation. Une demande de changement d'emploi doit partant être adressée à l'autorité cantonale compétente (voir le ch. 4.5.3.1 des directives de l'ODM sur la réglementation du séjour, version du 20.08.2009, ci-après "Directives ODM"). Compte tenu du résultat de cette interprétation systématique, il convient d'être particulièrement exigeant quant à la mention de telles conditions à une

autorisation de séjour; celles-ci doivent résulter expressément de l'autorisation (Bolzli, op.cit., n. 5 ad art. 33 LEtr). Dans le cas présent, il ne s'agit pas à proprement parler de changer d'employeur, mais uniquement de lieu de travail, l'employeur restant le même. A cet égard, les Directives ODM précisent qu'est considéré comme changement d'emploi le fait de passer sous les ordres d'un autre employeur, de droit ou de fait (ch. 4.5.2.1). Cela étant, dans la mesure où l'autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse a été accordée à l'employé de la recourante en vue de travailler comme cuisinier au sein du restaurant 3***** à 5***** et sur la base du contingent neuchâtelois, une autorisation de l'autorité cantonale vaudoise paraît nécessaire pour autoriser l'exercice d'une activité lucrative dans le Canton de Vaud.

E. 4

Les conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse sont réglées par l'art. 18 LEtr, qui dispose qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée si son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a), son employeur a déposé une demande (let. b) et que les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies. L'art. 20 LEtr dispose que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et celui des autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (al. 1). Selon l'art. 33 LEtr, l'autorisation de séjour est octroyée pour un séjour de plus d'une année (al. 1). Elle est octroyée pour un séjour dont le but est déterminé et peut être assortie d'autres conditions (al. 2). L'art. 20 OASA complète les art. 20 et 33 LEtr. Il dispose notamment à son al. 1 que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2, ch. 1, let. a. En 2009, les contingents cantonaux pour les permis de séjour étaient arrêtés à 45 pour le Canton de Neuchâtel et à 158 pour le Canton de Vaud (respectivement à 23 et 79 en 2010, voir l'annexe 2, ch. 1, let. a OASA). Outre la limitation des autorisations de séjour délivrées, les autres conditions d'admission d'un travailleur ressortissant d'un Etat tiers sont le respect du principe de l'ordre de priorité des travailleurs disponibles sur le marché du travail indigène (art. 21 LEtr), le respect des conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEtr), les qualifications personnelles particulières de l'employé (art. 23 LEtr) et la disposition d'un logement approprié (art. 24 LEtr). En l'occurrence, l'employé de la recourante a obtenu une autorisation en imputation sur le contingent neuchâtelois. Or ce canton a refusé de céder une unité de son contingent au Canton de Vaud. L'autorité intimée devait donc statuer sur une demande d'autorisation initiale, pour laquelle elle doit vérifier, conformément à l'art. 83 al. 1 OASA, si les conditions pour exercer une activité lucrative salariée au sens de la LEtr sont remplies. Elle s'est toutefois limitée à indiquer, dans la décision litigieuse, que l'octroi d'une unité sur le contingent vaudois ne se justifiait pas, sans en exposer les raisons; elle n'a pas complété les motifs de refus dans le cadre de sa réponse au recours. La motivation de la décision n'apparaît ainsi pas suffisante au regard des exigences posées par la jurisprudence. En effet, conformément au droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst et de l'obligation de motivation qui en découle, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels elle a fondé sa décision (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 4P.211/2004 du 18 novembre 2004 consid. 3.1; ATF 121 I 54 consid. 2c et les références citées). Tel n'est pas le cas en l'espèce: si l'on sait que le Canton de Neuchâtel a refusé de céder une unité de son contingent au Canton de Vaud, on ignore tout des motifs qui empêchent l'octroi d'une unité de contingent vaudois. Or une autorisation de séjour et de travail ayant été

délivrée par le Canton de Neuchâtel, sur approbation de l'ODM, on ne comprend pas d'emblée pourquoi les conditions d'octroi d'une telle autorisation dans le Canton de Vaud ne seraient pas remplies, s'agissant de surcroît seulement d'un changement de lieu de travail, la recourante exploitant des établissements dans plusieurs cantons.

E. 5

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Le dossier de la cause est renvoyé à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais sont laissés à la charge de l'Etat (art. 49 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 176.36]). Le recourant, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 55 LPA-VD).

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