

VD_OMNI PE.2010.0184 vom 31. Dezember 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-12-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0184

FR: VD_OMNI PE.2010.0184 du 31 décembre 2010

IT: VD_OMNI PE.2010.0184 del 31 dicembre 2010

Regeste

A.X. _____ Y. _____ /Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Le fait, pour un ressortissant brésilien, de parler le portugais et l'espagnol ainsi que d'avoir des connaissances particulières en matière de cocktails brésiliens pour un poste de serveur dans un bar brésilien ne justifie pas l'admission d'une dérogation au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr. Les décisions de refus d'autoriser la prise d'emploi et le séjour du recourant sont ainsi confirmées.

Erwägungen

E. 1

Les ressortissants étrangers ne bénéficient en principe d'aucun droit à l'obtention d'une autorisation de séjour et de travail, sauf s'ils peuvent le déduire d'une norme particulière du droit fédéral ou d'un traité international (ATF 130 II 281 consid. 2.1 p. 284, 493 consid. 3.1 p. 497/498; 128 II 145 consid. 1.1.1 p. 148, et les arrêts cités). A teneur de son art. 2, la LEtr s'applique aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (al. 1). En l'espèce, le recourant, ressortissant brésilien, ne peut se prévaloir d'un traité avec la Suisse dont il pourrait déduire le droit à une autorisation de séjour ou d'établissement. Il est par conséquent soumis aux dispositions de la LEtr.

E. 2

Conformément à 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 let. a OASA précise que l'autorité cantonale compétente – en l'occurrence le Service de l'emploi (cf. art. 64 de la loi sur l'emploi du 5 juillet 2005, RSV 822.11) – décide si les conditions pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr sont remplies. Ainsi, si la demande d'autorisation de séjour de l'intéressé ne se fonde pas sur un autre motif que l'exercice d'une activité lucrative, le SPOP est lié par le refus du SDE. En l'espèce, il était donc nécessaire pour l'intéressé de recourir simultanément contre les deux décisions du SDE et du SPOP.

E. 3

En premier lieu, il convient d'examiner si le recours contre la décision du SDE n'est pas tardif. a) Conformément à l'art. 77 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, le recours administratif s'exerce dans un délai de trente jours dès notification de la décision attaquée. En l'occurrence, il ressort des pièces au dossier que la décision en question n'a été notifiée qu'à l'employeur potentiel du recourant. Envoyée en courrier A, C. _____ Sàrl

n'aurait d'ailleurs, selon le recourant, pas reçu la décision. Il paraît critiquable que la décision n'ait pas également été envoyée au travailleur dès lors que celui-ci a signé la demande aux côtés de son employeur, a un domicile en Suisse qu'il a indiqué sur le formulaire et est directement atteint par la décision. Cette question peut toutefois être laissée ouverte pour les motifs qui suivent. S'il s'agit d'un acte émanant d'une autorité, le fardeau de la preuve de la notification et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 122 I 97, consid. 3b p. 100 ; Yves Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, no 1231 et les références citées). L'autorité supporte ainsi les conséquences de l'absence de preuve en ce sens que si la notification, ou sa date, sont contestées, et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, comme cela peut se présenter lors de la notification d'un acte sous pli simple, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 103 V 63 consid. 2a p. 65). Si une autorité veut se prémunir contre ce risque, elle doit communiquer ses actes sous pli recommandé; la preuve de la notification pourra en effet, le cas échéant, être aisément rapportée par la présentation d'un récépissé et la confirmation par la poste de la réception de l'envoi. En l'espèce, le SDE n'a pas été en mesure d'apporter la preuve de la notification de sa décision à C. _____ Sàrl. Dans ces circonstances, il y a lieu de retenir que le recourant n'a eu connaissance de l'existence de la décision du SDE qu'au moment où il a reçu la décision du SPOP. b) Les considérations qui précèdent ne conduisent pas encore au constat que le recours a été déposé en temps utile. En effet, si la notification irrégulière d'une décision ne doit pas nuire à la personne qui a le droit de recourir et si le délai de recours ne commence ainsi à courir qu'au moment où elle a eu connaissance de cette décision, celle-ci ne peut toutefois retarder ce moment selon son bon plaisir. Ainsi, lorsque le destinataire reçoit un acte entaché d'un vice de transmission, il ne saurait indéfiniment se prévaloir d'un tel vice sans réagir avec une diligence minimale : selon le principe de la bonne foi, il est tenu de se renseigner sur l'existence et le contenu de la décision dès qu'il peut en soupçonner l'existence, à défaut de quoi il risque de se voir opposer l'irrecevabilité de son recours pour cause de tardiveté (cf. ATF du 18 octobre 1999 in SJ 2000 p. 118, consid. 4, p. 121 ; ATF 107 Ia 72, consid. 4, p. 76). Pour juger d'un tel cas, la réaction du destinataire de la décision sera analysée de manière concrète, en prenant en compte toutes les circonstances (Yves Donzallaz, op. cit., no 1207, p. 570). En l'espèce, le recourant a réagi dans son recours contre la décision du SPOP, soit dans les 30 jours à compter de sa connaissance de l'existence de la décision du SDE. Un tel délai peut être qualifié de raisonnable, de sorte que le délai de recours contre la décision du SDE peut être considéré comme respecté.

E. 4

Le recourant fait tout d'abord valoir qu'il n'a jamais reçu la décision rendue par le SDE, de sorte que la décision du SPOP, qui motivait son refus d'octroi d'une autorisation de séjour pour le seul motif que le SDE avait refusé la prise d'emploi, violait le principe du droit d'être entendu et ne lui était donc pas opposable. a) Selon la jurisprudence, lorsque l'autorité motive sa décision dans le cadre de sa réponse au recours, le Tribunal fédéral admet que le défaut de motivation de la décision attaquée peut être réparé si le recourant a la possibilité de présenter un mémoire complémentaire pour prendre position sur les motifs contenus dans la réponse de l'autorité cantonale de dernière instance et qu'il n'en résulte, pour lui, aucun préjudice (notamment ATF 107 Ia 1, consid. 1, p. 2 ; ATF 125 I 209, consid. 9a, p. 219). b) En l'espèce, le recourant a pris connaissance de la décision et de la réponse du SDE en cours de procédure, ces dernières lui ayant été transmises le 16 septembre 2010.

Il a ensuite eu la faculté de déposer des observations complémentaires au sujet de ces documents, de sorte que son droit d'être entendu a été respecté et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour lui. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 5

Le recourant invoque ensuite une violation du principe de la bonne foi au motif qu'il avait reçu des indications erronées du SPOP et du Consulat suisse au Brésil, lui faisant croire à tort que sa demande d'autorisation de travail aboutirait dans les meilleurs délais et qu'il n'avait pas besoin de posséder de visa pour séjourner en Suisse. A l'appui de ce grief, il allègue en particulier qu'il s'est rendu le 23 novembre 2009 au SPOP pour s'informer des exigences requises et des démarches à entreprendre pour prolonger son séjour en Suisse et y travailler. Dans ce cadre-là, le SPOP lui aurait dit qu'un visa était nécessaire pour rester en Suisse pendant plus de trois mois et obtenir une autorisation de séjour. Sur recommandation du SPOP, il s'était alors rendu au Brésil, au Consulat suisse, pour requérir l'octroi d'un visa pour travailler en Suisse. Celui-ci lui aurait alors répondu qu'aucun visa n'était nécessaire. De retour en Suisse, il aurait alors rapporté au SPOP ce que le Consulat suisse lui avait dit, celui-ci lui ayant répondu qu'il ne s'opposait en aucun cas à ce qu'il séjourne et travaille en Suisse. A aucun moment il n'avait pu se rendre compte de l'erreur et penser que le Consulat suisse et le SPOP avaient pu se tromper en lui disant qu'il n'avait pas besoin de visa et qu'il allait recevoir une autorisation de séjour dans les semaines à venir. C'était d'ailleurs sur la base de ces informations qu'il avait décidé de rester en Suisse et la décision de refus lui créait un important préjudice du fait qu'il était momentanément interdit de travailler en Suisse et qu'il ne pouvait pas gagner sa vie. a) Le droit à la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) peut selon les circonstances, mais à des conditions strictes, conférer un droit à l'autorisation. Tel est le cas notamment si l'étranger s'est fondé sur des renseignements erronés de l'autorité compétente et a pris en conséquence des dispositions irréversibles (ATF 126 II 377 consid. 3a p. 387; arrêt 2C_126/2007 précité consid. 2.7; Peter Uebersax, in *Ausländerrecht*, 2e éd., 2009, no 7.148; Marc Spescha, in *Migrationsrecht*, 2e éd., 2009, p. 499 no 29; Alain Wurzbürger, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers*, RDAF 1997 I p. 305 s.). b) En l'espèce, il y a tout d'abord lieu de relever que le recourant n'a apporté aucun indice quant à la véracité de ses allégations. Il n'a d'ailleurs pas été en mesure de produire un document attestant de son retour au Brésil, ce malgré deux prolongations de délai accordées, ce qui le rend peu crédible quant à ses affirmations. Ces questions de fait peuvent toutefois être laissées ouvertes. En effet, le fait de rester en Suisse ne peut pas être considéré comme une disposition irréversible et le fait d'être momentanément privé de travailler en Suisse est une conséquence de la décision elle-même et non du renseignement erroné allégué. Pour ces motifs, le grief de la violation du principe de la bonne foi soulevé par le recourant doit également être rejeté.

E. 6

Sur le fond, le recourant a sollicité l'autorisation d'être engagé en qualité de serveur pour le restaurant B. _____ à 1*****. Le SDE a refusé de délivrer l'autorisation requise au motif que l'intéressé, n'étant pas ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange et n'étant pas au bénéfice de qualifications particulières, d'une formation complète ou d'une large expérience professionnelle, ne remplissait ni les conditions de l'art. 21 LEtr, ni celles de l'art. 23 LEtr. Dans son recours, A. X. _____ Y. _____ fait valoir que les exigences posées par la loi sont remplies en raison de son profil particulier qui est le suivant : - Il parle très bien le portugais, le français

et l'espagnol et la clientèle du restaurant est largement composée de personnes venant d'Espagne, du Portugal et d'Amérique du Sud (notamment du Brésil). - Il possède des connaissances particulières et dispose d'une expérience essentielle à la fabrication de la gamme variée de cocktails typiquement brésiliens que propose le restaurant. - Il est détenteur d'un certificat de capoeira qui lui permet d'enseigner cet art typiquement brésilien ; or, le restaurant B. _____, qui propose déjà des cours d'initiation au Flamenco, a l'intention d'élargir ses cours à une initiation à la capoeira en proposant un atelier dans le cadre du restaurant.

a) Aux termes de l'art. 18 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée que si cela sert les intérêts économiques du pays (let. a), si son employeur a déposé une demande (let. b) et si les conditions fixées aux art. 20 à 25 de la loi sont remplies (let. c). L'art. 18 LEtr ne confère pas de droit à l'étranger d'être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse. L'autorité administrative compétente dispose d'un libre pouvoir d'examen en cette matière. En cas de recours, la cognition du tribunal est donc limitée à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation, la LEtr ne prévoyant aucune disposition étendant le contrôle du tribunal à l'inopportunité. Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsqu'une autorité, usant des compétences qui lui sont dévolues par la loi, se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou encore lorsqu'elle 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 (cf. entre autres ATF 116 V 307, consid. 2). A noter encore que les conditions émises aux art. 20 à 25 LEtr sont cumulatives. En l'espèce, le SDE est d'avis que le recourant ne remplit ni les conditions de l'art. 21, ni celles de l'art. 23. La cour ne peut donc se limiter à examiner si le recourant remplit les conditions de l'un des deux articles de loi, comme il semble l'admettre dans son recours.

b) Conformément à l'art. 23 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1). En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, 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 (al. 2). Peuvent notamment être admis, en dérogation aux al. 1 et 2, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c). Les directives de l'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM) précisent les critères qu'il convient d'observer notamment en matière de qualifications personnelles : 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 spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (directives de l'ODM, version du 1^{er} juillet 2010, I. Domaine des étrangers, ch. 4.2.4). Sur le principe, il est incontestable qu'un emploi de serveur ne requiert pas de qualification professionnelle spéciale au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr.

c) Il s'agit dès lors de déterminer si les qualifications du recourant et les exigences du poste en question sont particulières au point d'admettre une dérogation au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr. A cet égard, il y a lieu de relever que les langues parlées

par le recourant ne sont pas exceptionnelles en Suisse. D'ailleurs, de nombreuses personnes d'origine brésilienne sont domiciliées à Lausanne ou dans ses environs, qu'elles aient la nationalité suisse ou qu'elles soient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Quant aux connaissances requises en matière de cocktails, il est indéniable qu'elles peuvent s'acquérir rapidement par un employé, même peu expérimenté. Finalement, le contrat de travail présenté fait mention d'une fonction de serveur et non de professeur de capoeira, de sorte que les compétences du recourant dans ce domaine ne sont pas pertinentes. On peut tout de même préciser à cet égard, par surabondance de motifs, que la fonction de serveur n'est pas forcément liée à celle de professeur de capoeira, de sorte que C._____ Sàrl peut engager une personne extérieure à son restaurant pour donner les cours envisagés. Dans ces circonstances, la cour retient que le SDE n'a pas abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation en considérant que l'engagement du recourant ne répondait pas à un réel besoin au sens de l'art. 23 al. 3 let.c LEtr. d) Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les conditions émises par l'art. 21 LEtr sont remplies et si l'argument supplémentaire invoqué par surabondance de motifs par le SPOP, soit les infractions commises aux prescriptions de police de étrangers, était justifié. En ce qui concerne l'art. 21 LEtr, il y a toutefois lieu de relever que le recourant n'a pas produit les pièces attestant des recherches effectuées par son employeur.

E. 7

Le recourant invoque finalement que l'interdiction d'entrer en Suisse que le SPOP propose à l'autorité compétente de rendre à son encontre est disproportionnée, au motif qu'il est entré en Suisse sur la base des indications erronées que lui a données le Consulat, qu'il s'est présenté au contrôle des habitants, qu'il a pris des dispositions pour être en Suisse et qu'à aucun moment il a eu l'intention de violer les prescriptions de police des étrangers dont il est accusé et qui lui portent préjudice. Conformément à l'art. 67 LEtr et 88 al. 1 OASA, l'Office fédéral des migrations est l'autorité compétente pour prononcer une interdiction d'entrée en Suisse. Le fait, pour le SPOP, de porter à la connaissance de l'ODM des faits susceptibles d'entraîner une telle sanction n'est pas une décision au sens de l'art. 3 LPA-VD. Le grief du recourant à ce sujet est ainsi irrecevable, la voie du recours n'étant ouverte qu'à l'encontre de décisions (art. 92 al. 1 LPA-VD). Le recourant pourra faire valoir ses droits dans le cadre de la procédure ouverte par l'ODM.

E. 8

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et les décisions des autorités intimées confirmées. Vu le sort de la cause, les frais seront mis à la charge du recourant qui n'a par ailleurs pas droit à l'octroi de dépens.