

VD_OMNI PE.2010.0196 vom 16. September 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-09-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0196

FR: VD_OMNI PE.2010.0196 du 16 septembre 2010

IT: VD_OMNI PE.2010.0196 del 16 settembre 2010

Regeste

2.***** et A. _____ c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi |
Décision du SDE refusant d'admettre en Suisse un ressortissant russe en vue d'une activité lucrative annulée par la CDAP et renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Le fait pour le SDE de n'invoquer, comme motifs de rejet, que le défaut d'intérêt économique de la demande de prise d'emploi, ainsi que l'exiguïté du contingent, constitue une motivation trop indigente qui ne permet pas au Tribunal de contrôler l'utilisation du pouvoir d'appréciation, certes large, de l'autorité compétente dans ce domaine (confirmation de jurisprudence). La question de savoir si l'activité envisagée en qualité de directeur - non associé - d'une SàRL est dépendante ou indépendante a été laissée indécise.

Erwägungen

E. 1

a) Selon l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le recours au Tribunal cantonal s'exerce dans les 30 jours dès la notification de la décision ou du jugement attaqués. L'art. 96 let. a LPA-VD prévoit que, sauf dispositions légales contraires, les délais fixés en jours par la loi ou par l'autorité ne courent pas du septième jour avant Pâques au septième jour après Pâques inclusivement. b) En l'espèce, le recours a été interjeté le 30 avril 2010 à l'encontre d'une décision du SDE, datée du 12 mars 2010, expédiée le 15 mars suivant et reçue le mercredi 17 mars 2010. Compte tenu des fêtes de Pâques (soit du dimanche 28 mars au dimanche 11 avril 2010, Pâques étant le 4 avril 2010), le recours a été formé le 29^{ème} jour, soit en temps utile.

E. 2

Les parties sont divisées sur la question de savoir si l'activité devant être exercée par le recourant A. _____ le serait à titre dépendant (selon les recourants) ou indépendant (d'après l'autorité intimée). a) Selon l'art. 1a de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201), est considérée comme activité salariée 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 (al. 1). Est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair (al. 2). A teneur de l'art. 2 OASA, est considérée comme activité lucrative indépendante toute activité exercée par une personne dans le cadre de sa propre organisation, librement choisie, dans un but lucratif, soumise à ses propres instructions matérielles et à ses propres risques et périls. Cette organisation librement choisie peut être gérée par exemple sous la forme d'un commerce, d'une fabrique, d'un prestataire de service, d'une industrie ou d'une autre affaire

(al. 1). Est également considérée comme activité lucrative indépendante l'exercice d'une profession libérale telle que celle de médecin, d'avocat et d'agent fiduciaire (al. 2). Selon les directives de l'ODM intitulées " I. Domaine des étrangers ", état au 1^{er} juillet 2010, les définitions de l' " activité lucrative indépendante " utilisées par d'autres autorités dans leurs champs de compétences (impôts, assurances sociales, etc.) n'entrent pas en considération: est déterminante en matière migratoire, la définition figurant à l'art. 2 OASA . b) Les éléments caractéristiques du contrat de travail sont au nombre de quatre: à savoir la prestation de travail ou de services, le rapport de subordination juridique (l'activité du travailleur est déployée sous la direction et selon les instructions de l'employeur), la rémunération (salaire) et l'élément de durée (v. Rémy Wyler, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 57 ss). Cet auteur rappelle que selon la jurisprudence, le double statut de travailleur et d'organe de la société doit être examiné et qualifié sur la base de circonstances concrètes. Dans la mesure où l'organe supérieur est dans un rapport de subordination et qu'il reçoit des instructions (par exemple du conseil d'administration pour une société anonyme), et à condition que l'activité soit exercée à titre principal, il y a lieu de reconnaître l'existence d'un contrat de travail. En revanche, on ne saurait en aucun cas retenir un rapport de travail entre l'administrateur ou le dirigeant d'une entreprise et cette même entreprise lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et celui qui assume la fonction d'organe dirigeant de cette société. Inversement, lorsque la personne se trouve dans un rapport de dépendance avec la société et qu'elle est un organe, il se crée un double rapport de droit du travail et de droit des sociétés et non pas un rapport juridique uniforme. Il découle du double rapport juridique qu'il convient de dissocier les règles applicables à la nomination, à la résiliation, à la fixation de la rémunération, à la responsabilité et à la " Corporate Governance ", selon que l'on est dans le rapport d'organe ou de travail (Wyler, op. cit., p. 66 ss et réf. cit. s'agissant de la situation particulière des organes et dirigeants). c) Le code des obligations définit l'assemblée des associés comme étant l'organe suprême de la Sàrl (art. 804 CO); les associés exercent collectivement la gestion de la société, les statuts pouvant régler la gestion de manière différente (art. 809 CO). La Sàrl est enfin dotée d'un organe de révision (art. 818 CO). L'assemblée des associés nomme les directeurs, les fondés de procuration et les mandataires commerciaux, ce droit pouvant aussi être conféré par les statuts aux gérants (art. 804 al. 3 CO). Les gérants ainsi que les tiers chargés de la gestion exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société (art. 812 al. 1 CO). Les gérants peuvent à tout moment suspendre de ses fonctions un directeur, un fondé de procuration ou un mandataire commercial (art. 815 al. 3 CO). d) Les recourants relèvent que A._____, directeur de la société qu'il engage par sa signature individuelle, n'a toutefois pas investi de capitaux dans la Sàrl, dont il n'est pas associé; il n'assume ainsi pas le risque de l'entreprise, contrairement aux associés qui ont investi le capital social et répondent personnellement de la part non libérée. De surcroît, il est soumis à l'assemblée des associés et plus particulièrement aux instructions de l'associée gérante. e) A._____ n'est pas un associé de la Sàrl, mais il s'est vu confier la direction de celle-ci et le pouvoir de représenter et d'engager seul la société vis-à-vis des tiers, partant d'agir en tant qu'organe de la société (v. dans ce sens, ATF 5C.83/2005 du 18 juillet 2005 consid. 3.3, concernant un gérant de la société en faillite). Toutefois, cette qualité de représentant de la société ne dit rien encore sur le pouvoir décisionnel dont il dispose au sein de celle-ci. Or, les recourants affirment sur ce point que A._____ est soumis aux instructions de l'associée gérante. En l'état, il apparaît que le recourant doit être considéré plutôt comme un travailleur. Plaident également pour cette thèse les rapports

de travail fondant la demande de permis de séjour litigieuse (v. dans ce sens, ATF 2C_23/2009 du 25 mai 2009 en matière fiscale, qui relevait que le directeur en cause n'exerçait pas d'activités au nom de la société à ses propres risques et profits; contra, ATF C 247/06 du 27 décembre 2007 en matière de chômage, admettant, au vu de l'ensemble des circonstances du cas, que si l'intéressé n'était pas lui-même un associé de la société ou détenteur d'une participation financière, il avait une position de fait assimilable à celle d'un employeur dans la Sàrl, par le biais de son père, associé âgé de 80 ans, non salarié par la société et domicilié dans un canton éloigné). Quoi qu'il en soit, la question souffre de rester incertaine. En effet, même si le recourant devait être assimilé à une personne exerçant une activité lucrative à titre indépendant, l'issue du recours ne serait pas différente en raison des considérations qui suivent.

E. 3

a) Dans l'hypothèse où le recourant doit être tenu pour un salarié, est applicable l'art. 18 LEtr régissant l'exercice d'une activité lucrative salariée, qui a la teneur suivante: "Un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes: a. son admission sert les intérêts économiques du pays; b. son employeur a déposé une demande; c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies." A supposer que l'intéressé doive être considéré comme un indépendant, son statut est soumis à l'art. 19 LEtr, selon lequel: "Un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions suivantes: a. son admission sert les intérêts économiques du pays; b. les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies; c. les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 LEtr sont remplies." b) Il en résulte que, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la demande doit servir les " intérêts économiques du pays ". En outre, elle doit dans les deux cas respecter les conditions de l'art. 20 LEtr (auquel renvoient les art. 18 let. c et 19 let. c LEtr), à savoir les mesures de limitation des étrangers exerçant une activité lucrative (les indépendants n'étant en revanche pas soumis à l'ordre de priorité prévu par l'art. 21 LEtr); à cet égard, l'art. 20 al. 1 OASA précise que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour pour des séjours 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. Selon cette annexe, le nombre maximum d'autorisations de séjour attribué au canton de Vaud pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010 est de 79, nombre augmenté à partir du 1^{er} juillet 2010 de 39 unités. c) S'agissant du contingentement et de l'intérêt économique de la demande, ces deux critères étant intimement liés, les directives de l'ODM précitées ont la teneur suivante: " 4.2.1 Fixation des nombres maximums (annexes 1 et 2 OASA) Les nombres maximums mentionnés d'autorisations de courte durée (annexe 1 OASA) et d'autorisations de séjour (annexe 2 OASA) sont répartis par moitié entre la Confédération et les cantons. La répartition des nombres maximums entre les cantons s'effectue selon les besoins de l'économie et du marché du travail, compte tenu des intérêts économiques du pays (art. 19 et 20 OASA). Il y a lieu de prendre en compte de manière appropriée les besoins durant toute la période de contingentement. Les contingents fédéraux sont avant tout destinés à la couverture de besoins particuliers, qui ne pourraient être pris en compte par les contingents cantonaux. Lorsque les autorités cantonales constatent en cours d'exercice que leurs propres contingents ne suffiront pas, elles peuvent déposer une demande d'attribution de contingents fédéraux. Adressée à l'ODM, cette demande - dûment motivée - sera assortie d'un rapport circonstancié sur l'utilisation du contingent initialement attribué. La Confédération peut libérer en premier lieu des unités supplémentaires de son propre contingent (annexes 1 et 2

OASA) dans les cas suivants : • implantation d'entreprises ou agrandissements importants • structure économique sensible, promotion économique régionale • grands projets d'importance nationale • recherche • transferts de cadres (notamment en vertu du GATS/OMC) et transferts importants de savoir-faire • considérations de réciprocité • institutions et organisations internationales • institutions culturelles et religieuses dont l'importance est suprarégionale A la différence de la répartition, purement indicative des contingents préférentiels prévus dans l'ALCP, la répartition des nombres maximums des ressortissants des Etats tiers selon l'OASA conserve un caractère contraignant. La période de contingentement débute le 1^{er} janvier et se termine le 31 décembre de l'année. (...)

4.3.1 Intérêts économiques du pays Les ressortissants d'Etats tiers sont admis sur le marché du travail suisse si leur admission sert les intérêts économiques du pays (art. 18 et 19 LEtr). Lors de l'appréciation du cas, il convient de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'oeuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans notre pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social. (...)

4.7.2 Implantation d'entreprises et indépendants

4.7.2.1 Généralités Les personnes provenant d'Etats tiers ne peuvent se prévaloir d'un droit d'exercer une activité indépendante que si elles sont titulaires d'une autorisation d'établissement (art. 38, al. 4, LEtr), leur conjoint(e) ainsi que le/la conjoint(e) de citoyennes ou citoyens suisses. Les conjoints de personnes titulaires d'une autorisation de séjour (art. 46 LEtr) peuvent exercer une activité lucrative indépendante sans passer par aucune procédure d'autorisation supplémentaire (art. 27 OASA). S'agissant de faits relevant du GATS, il existe, dans le cadre des engagements pris par la Suisse (cf. ch. I 4.8.1), certains droits à obtenir une autorisation de séjour de durée déterminée pour les personnes provenant d'Etats tiers. Les autres cas de figure sont soumis à un examen des conditions relatives au marché du travail selon article 19 LEtr et peuvent être admis s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail. On considère que le marché suisse du travail tire durablement profit de l'implantation lorsque la nouvelle entreprise contribue à la diversification de l'économie régionale dans la branche concernée, obtient ou crée des places de travail pour la main-d'oeuvre locale, procède à des investissements substantiels et génère de nouveaux mandats pour l'économie helvétique. (...)" d) L'art. 30 al. 1 let. i LEtr stipule enfin qu'il est possible de déroger aux conditions d'admission (art. 18 à 29) dans le but de faciliter l'exercice d'une activité lucrative aux titulaires d'un diplôme universitaire suisse, dans la mesure où l'activité revêt un intérêt scientifique prépondérant. Cette disposition est complétée par l'art. 47 OASA qui prévoit que de s autorisations de séjour ou de courte durée peuvent être octroyées à des étrangers titulaires d'un diplôme universitaire suisse si leur activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant et sert notamment la recherche scientifique fondamentale ou l'application de nouvelles technologies (let. a); s'il existe une demande d'un employeur (art. 18, let. b, LEtr) ou, pour les activités lucratives indépendantes, si les conditions financières sont remplies et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont satisfaites (let. b); si les nombres maximums sont respectés (let. c); si les conditions de rémunération et de travail sont remplies (let. d); et si le logement du requér ant est approprié (art. e) .

En l'occurrence, le SDE a rejeté la requête en se fondant sur le caractère restreint du contingent cantonal des autorisations de séjour annuelles et sur le défaut d'intérêt économique de la demande. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire des anciennes réglementations (initiée par les arrêts PE.2000.0620 du 19 mars 2001 et PE.2001.0108 du 7 mai 2001) et qui demeure valable (du reste adaptée au nouveau droit par l'arrêt PE.2010.0116 du 31 août 2010, auquel il est intégralement renvoyé), l'argument de l'exiguïté du contingent ne constitue pas, en tant que tel, un motif pour rejeter valablement une requête de prise d'emploi, en l'absence de toute indication sur la manière dont sont gérées les unités à disposition. Le SDE ne peut pas se réfugier derrière la situation de fait résultant du contingentement des autorisations pour refuser une demande car, ce faisant, il prive la décision attaquée de tout contrôle judiciaire effectif. L'autorité intimée ne peut davantage refuser une demande de main-d'œuvre étrangère sans préciser en quoi consiste l'intérêt économique ni indiquer la manière dont elle l'applique. En l'espèce, le prononcé querellé affirme, sans plus d'explication, que l'admission du recourant en vue de l'exercice d'une activité indépendante ne sert pas les intérêts économiques du pays et que l'office est extrêmement sollicité au regard du nombre d'unités du contingent d'autorisation annuelles à sa disposition. La décision attaquée ne respecte donc pas les exigences de motivation mentionnées ci-dessus, de sorte qu'elle doit être annulée et le dossier renvoyé à l'autorité intimée pour qu'elle développe une argumentation permettant au tribunal d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère. Les recourants obtenant gain de cause, ils ont droit à des dépens (art. 49 et 55 LPA-VD). Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

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