

## **VD\_OMNI PE.2017.0348 vom 9. April 2018**

VD Tribunal cantonal, 2018-04-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2017.0348](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2017.0348)

FR: VD\_OMNI PE.2017.0348 du 9 avril 2018

IT: VD\_OMNI PE.2017.0348 del 9 aprile 2018

### **Regeste**

A. \_\_\_\_\_/Service de la population (SPOP) | Confirmation de la décision du SPOP, refusant de délivrer une autorisation de séjour à un ressortissant kosovar, entré illégalement en Suisse, qui, après avoir accompli un apprentissage de deux ans, a intégré l'école des métiers de Sainte-Croix. L'apprentissage de deux ans effectué auprès d'une entreprise doit être qualifié d'activité lucrative. En revanche, le cursus entamé par le recourant auprès de l'école des métiers, dont les enseignements pratiques et théoriques sont dispensés exclusivement au sein de l'école, doit être qualifié de formation au sens de l'art. 27 LEtr. La demande d'autorisation de séjour pour études doit toutefois être rejetée dans la mesure où elle est abusive, le recourant ne démontrant pas son intention de retourner dans son pays d'origine à l'issue de sa formation. La situation du recourant n'est pour le surplus pas constitutive d'un cas de rigueur. Recours rejeté. Recours au TF déclaré irrecevable (arrêt 2C\_392/2018 du 8 mai 2018).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait aux conditions formelles de recevabilité de l'art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

#### **E. 2**

al. 4 LEtr et art. 2 al. 1 OEV). Les ressortissants de certains pays doivent être en possession d'un visa valable (cf. art. 4 al. 1 OEV et règlement [CE] n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa [JO L 81 du 21 mars 2001, p. 1-7]). En tant que ressortissant kosovar, le recourant est soumis à l'obligation du visa selon l'art. 1 par. 1 et l'annexe I du règlement précité. b) Le recourant est entré en Suisse en 2014, puis à nouveau en 2015, sans le moindre visa; il y est demeuré depuis lors de manière illégale, sans être au bénéfice de la moindre autorisation, ni y avoir droit. Dès lors, pour ce premier motif, le recours devrait être rejeté, à moins que le recourant puisse démontrer que les conditions d'une dérogation à la règle de l'art. 5 al. 1 OEV sont en l'occurrence réalisées (v. dans le même sens, arrêts PE.2016.0396 du 8 février 2017 consid. 1b; PE.2016.0259 du 26 septembre 2016 consid. 4).

#### **E. 3**

Le recourant demande à pouvoir être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour, pour lui permettre d'achever son apprentissage. a) A teneur de l'art. 11 LEtr, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail

envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). L'art. 1a de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) précise qu'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). Le service chargé, en vertu du droit cantonal, d'octroyer les autorisations de travail - le Service de l'emploi (SDE) en l'occurrence (cf. art. 64 al. 1 let. a de la loi du 5 juillet 2005 sur l'emploi - LEmp; RSV 822.11) - décide si l'activité d'un étranger est considérée comme une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LEtr et, en cas de doute, il soumet le cas, pour décision, au Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM; cf. art. 4 OASA). Les directives du SEM (I. Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état au 16 mars 2018) précisent ce qui suit (ch. 4.1.1): La distinction entre apprenti et étudiant n'est pas toujours facile à opérer. Les apprentis sont considérés en principe comme des personnes exerçant une activité lucrative et partant, sont soumis au contingentement (art. 20 LEtr, art. 19 et 20 OASA). En vertu de l'art. 21 LEtr, l'apprentissage ne constitue pas un motif d'exception aux priorités de recrutement. En revanche, l'admission d'écoliers/étudiants ne fait l'objet d'aucune limitation quantitative à condition que l'établissement de formation dispense un enseignement à plein temps et que l'activité pratique obligatoire en entreprise ne représente pas plus de la moitié de la formation totale (art. 39 OASA). L'ordre de priorité s'appliquant aux apprentis, des ressortissants d'Etats, avec lesquels aucun accord sur la libre circulation des personnes n'a été conclu, ne peuvent en principe pas obtenir d'autorisation de séjour avec activité lucrative, à moins qu'il ne soit démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat avec lequel un tel accord a été conclu correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (arrêts PE.2016.0371 du 20 mars 2017 consid. 2e; PE.2016.0070 du 11 août 2016 consid. 2e; PE.2015.0366 du 25 janvier 2016 consid. 2e, ainsi que les arrêts cités). On rappelle à cet égard qu'en la matière, l'employeur ne peut se prévaloir d'un besoin avéré, le contrat d'apprentissage ayant pour principale finalité l'acquisition par l'apprenant de connaissances dispensées par l'entreprise, et non l'intérêt économique de l'employeur, respectivement de la Suisse (arrêts PE.2016.0070, précité consid. 2 e; PE.2013.0265 du 19 août 2014). De même, il a été jugé qu'un employeur ne pouvait se satisfaire, comme en l'espèce, de l'approbation du contrat par la Direction générale de l'enseignement postobligatoire pour en conclure qu'il était en droit d'employer un étranger, sans requérir préalablement l'autorisation du SDE (arrêts précités PE.2016.0070, consid. 2e; PE.2015.0366 consid. 2e; arrêt PE.2012.0089 du 30 juillet 2012). b) En l'occurrence, il ne fait aucun doute que l'apprentissage accompli par le recourant entre 2015 et 2017, lui ayant permis d'obtenir une attestation de formation professionnelle (AFP), doit être qualifié d'activité salariée. L'apprentissage s'effectuant majoritairement en entreprise, la composante de formation au sein d'un établissement n'apparaît pas déterminante. L'autorité intimée, lorsqu'elle a rendu sa décision attaquée le 5 juillet 2017, était dès lors fondée à considérer que le recourant exerçait une activité salariée et examiner sa demande à l'aune des art. 18ss LEtr. Le recourant ne conteste pour le surplus pas que les conditions posées par ces dispositions ne

sont pas réunies. c) Depuis lors, le recourant a toutefois entamé une nouvelle formation auprès de l'Ecole des Métiers de Sainte-Croix, dans la filière informatique. Cette formation est dispensée exclusivement au sein de l'école, tant pour les enseignements pratiques que théoriques, lesquels sont dispensés à plein temps. Le recourant n'est en outre rémunéré, ni par un employeur, ni par l'établissement de formation. Dans de telles circonstances, l'élément de formation revêt une portée déterminante, en dépit du fait que cette formation est qualifiée d'"apprentissage". On peut dès lors se demander si le suivi de cette nouvelle formation par le recourant peut donner lieu à l'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 27 LEtr.

#### **E. 4**

a) Les autorisations de séjour pour études sont régies par l'art. 27 LEtr et par les art. 23 et 24 OASA. L'art. 27 al. 1 LEtr prévoit ce qui suit: " 1 Un étranger peut être admis en vue d'une formation ou d'un perfectionnement aux conditions suivantes: a. la direction de l'établissement confirme qu'il peut suivre la formation ou le perfectionnement envisagés; b. il dispose d'un logement approprié; c. il dispose des moyens financiers nécessaires; d. il a le niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou le perfectionnement prévus." L'art. 23 al. 2 OASA précise que les qualifications personnelles au sens de l'art. 27 al. 1 let. d LEtr sont suffisantes notamment lorsqu'aucun séjour antérieur, aucune procédure de demande antérieure ni aucun autre élément n'indique que la formation ou le perfectionnement invoqués visent uniquement à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers. Les conditions spécifiées à l'art. 27 LEtr étant cumulatives, une autorisation de séjour pour l'accomplissement d'une formation ne saurait être délivrée que si l'étudiant étranger satisfait à chacune d'elles (arrêts PE.2015.0336 du 24 février 2016 consid. 1a; PE.2015.0322 du 10 février 2016 consid. 1a; PE.2014.0002 du 30 juin 2014 consid. 2a et les références). Même dans l'hypothèse où toutes ces conditions seraient réunies, l'étranger n'a pas un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour (l'art. 27 LEtr étant rédigé en la forme potestative), à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une disposition particulière du droit fédéral ou d'un traité lui conférant un tel droit (arrêt du TAF C-2525/2009 du 19 octobre 2009 consid. 5.3; ATF 133 I 185 consid. 2.3; 131 II 339 consid. 1 et les réf. cit.; voir également TF 2D\_28/2009 du 12 mai 2009 et le Message du Conseil fédéral, FF 2002 3485, ad ch. 1.2.3), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les autorités, qui disposent d'un très large pouvoir d'appréciation, ont la possibilité, en relation avec l'examen relatif aux qualifications personnelles, de vérifier que la demande n'a pas pour unique but d'obtenir, en quelque sorte frauduleusement, un visa pour entrer en Suisse ou dans l'espace Schengen (cf. notamment arrêts du TAF C-4995/2011 du 21 mai 2012, consid. 6.2.2, et C-4733/2011 du 25 janvier 2013, consid. 7.1; arrêt PE.2013.0259 du 19 septembre 2013, consid. 3c). La directive intitulée " Domaine des étrangers " du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM; version d'octobre 2013 actualisée le 26 janvier 2018) prévoit à ses chiffres 5.1.1 et 5.1.2 que: " Vu le grand nombre d'étrangers qui demandent d'être admis en Suisse en vue d'une formation ou d'un perfectionnement, les conditions d'admission fixées à l'art. 27 LEtr, de même que les exigences en matière de qualifications personnelles et envers les écoles (art. 23 et 24 OASA) doivent être respectées de manière rigoureuse. [...] En plus des autres conditions à remplir en vertu de l'art. 27 LEtr, l'étranger qui souhaite se former en Suisse doit posséder le niveau de formation et les qualifications personnelles requis pour suivre la formation ou la formation continue prévues (art. 27, al.1, let. d, LEtr). Il doit présenter un plan d'étude personnel et préciser le but recherché (diplôme, maturité, master, licence, doctorat, etc.). Sa

demande est comparée au programme officiel de l'établissement concerné. La direction de l'école doit confirmer qu'elle estime que le requérant possède le niveau de formation requis et dispose de connaissances linguistiques suffisantes pour suivre l'enseignement visé. Un étranger possède les qualifications personnelles requises, notamment, lorsqu'aucun séjour antérieur, aucune procédure de demande antérieure ni aucun autre élément n'indique que la formation ou la formation continue invoqués visent uniquement à éluder les prescriptions générales sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 23, al. 2, OASA). Le séjour en vue d'une formation ou d'une formation continue étant temporaire, l'intéressé doit également avoir l'intention de quitter la Suisse après avoir atteint le but du séjour, c'est-à-dire au terme de la formation (art. 5, al. 2, LEtr). Cette disposition s'applique également aux étudiants qui souhaitent séjourner en Suisse pour y fréquenter une haute école ou une haute école spécialisée. Même s'ils peuvent rester six mois en Suisse pour y chercher un emploi après avoir terminé leur formation et peuvent, dans certaines conditions, avoir un accès facilité au marché du travail (cf. ch. 5.1.3), le séjour effectué en vue d'une formation ou d'une formation continue est un séjour temporaire. Si le but du séjour est atteint au terme de la formation, une nouvelle autorisation est requise pour effectuer un nouveau séjour (art. 54 OASA). L'intéressé doit en principe quitter la Suisse et attendre à l'étranger la décision portant sur l'éventuel octroi d'une nouvelle autorisation, à moins que l'autorité compétente en matière d'étrangers n'estime que les conditions au séjour sont manifestement réunies (art. 17 LEtr). Lors de l'examen des qualifications personnelles requises visées à l'art. 23, al. 2, OASA, aucun indice ne doit par conséquent porter à croire que la demande poursuivrait pour objectif non pas un séjour temporaire en vue de suivre la formation, mais viserait en premier lieu à éluder les prescriptions sur les conditions d'admission en Suisse afin d'y séjourner durablement. Aussi convient-il de tenir notamment compte, lors de l'examen de chaque cas, des circonstances suivantes: situation personnelle du requérant (âge, situation familiale, formation scolaire préalable, environnement social), séjours ou demandes antérieurs, région de provenance (situation économique et politique, marché du travail indigène pour les diplômés des hautes écoles). Si le requérant provient d'une région vers laquelle il serait difficile voire impossible de procéder à un rapatriement sous contrainte, les exigences doivent être relevées en conséquence. Il s'agit alors de détecter, en fonction des qualifications personnelles requises et de l'ensemble des circonstances, des indices concrets susceptibles de faire apparaître comme assuré, selon toute vraisemblance, le retour volontaire dans le pays d'origine au terme de la formation. Les ressortissants de pays soumis à l'obligation du visa souhaitant suivre une formation ou une formation continue en Suisse doivent se présenter personnellement auprès de la représentation suisse à l'étranger compétente, et ce, qu'ils aient ou non déjà entrepris personnellement des démarches auprès d'un prestataire de services externe et qu'ils aient ou non déjà soumis une demande d'entrée (cf. ch. 2.2.4.2.1 directives SEM VII)." On rappellera que les directives du SEM constituent des ordonnances administratives adressées aux organes chargés de l'application du droit des étrangers et du droit d'asile, afin d'assurer une pratique uniforme en la matière. Dans ce but, elles indiquent l'interprétation généralement donnée à certaines dispositions légales. Elles n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux. Toutefois, du moment qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, ces derniers ne s'en écartent que dans la mesure où elles ne restitueraient pas le sens exact de la loi (ATF 138 V 50 consid. 4.1 et les références citées). b) En l'espèce, la demande du recourant avait initialement pour but d'effectuer un apprentissage au sein d'une entreprise, soit en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Ce n'est qu'après que l'autorité

intimée l'ait informé de son intention de rejeter sa requête que le recourant a entrepris la formation dispensée au sein de l'Ecole des Métiers de Sainte-Croix. Le recourant n'explique pas pour quelles raisons il a entamé un apprentissage en Suisse, alors que le diplôme d'études supérieures qu'il a obtenu au Kosovo lui a permis d'intégrer des études de niveau universitaire dans son pays d'origine. Pour une personne déjà âgée de près de 27 ans, la volonté de se former ne peut s'expliquer exclusivement par l'encadrement apporté par un membre de la famille. A cela s'ajoute que le recourant ne prétend pas qu'il souhaiterait mettre à profit dans son pays d'origine le diplôme qu'il convoite. Au contraire, en demandant à être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur, le recourant démontre qu'il n'entend pas retourner au Kosovo à l'issue de sa formation. Dans la mesure où elle se fonderait sur l'art. 27 LEtr, la demande du recourant à obtenir une autorisation de séjour devrait être manifestement rejetée. La décision du SPOP ne peut dès lors qu'être confirmée, en tant qu'elle refuse au recourant de lui délivrer une autorisation de séjour.

#### **E. 5**

Le recourant demande encore à être mis au bénéfice d'une autorisation pour des raisons personnelles majeures. a) Selon l'art. 30 al. 1 let. b LEtr, il est possible de déroger aux conditions d'admission dans le but de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité. Cette disposition est concrétisée à l'art. 31 OASA, dont l'al. 1 impose la prise en considération, lors de l'appréciation, notamment de l'intégration du requérant (let. a), du respect de l'ordre juridique suisse par le requérant (let. b), de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants (let. c), de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation (let. d), de la durée de la présence en Suisse (let. e), de l'état de santé (let. f) et des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance (let. g). Selon la jurisprudence, les conditions auxquelles la reconnaissance d'un cas de rigueur est soumise doivent être appréciées restrictivement. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, respectivement que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte, pour lui, de graves conséquences. Lors de l'appréciation d'un cas personnel d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un cas personnel d'extrême gravité n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. Par ailleurs, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité; il faut encore que la relation du requérant avec la Suisse soit si étroite qu'on ne saurait exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine. A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (ATF 130 II 39 consid. 3; ATF 128 II 200 consid. 4 et les références; cf. également arrêt PE.2014.0383 du 18 novembre 2015 consid. 6a et les références). b) En l'occurrence, il n'est pas contesté que le recourant a vécu les 25 premières années de sa vie au Kosovo, où il a accompli avec succès l'intégralité de sa scolarité. Le recourant est de surcroît au bénéfice d'un diplôme d'études secondaires qui lui permet

d'intégrer les établissements de formation supérieure, telles que les universités. Le fait que le recourant se soit bien intégré en Suisse et soit parvenu, durant la procédure d'octroi d'autorisation de séjour, à obtenir une attestation de formation professionnelle, n'est pas décisif. Cela découle de son choix de venir en Suisse sans attendre qu'une autorisation lui soit délivrée et ne saurait donc revêtir une portée déterminante, sous peine d'encourager la politique du fait accompli (TF 2C\_115/2016 du 31 mars 2016 consid. 6). Cela reviendrait par ailleurs à défavoriser les personnes qui agissent conformément au droit (ATF 129 II 249 consid. 2.3 p. 255). Il est vrai que, comme le relève le recourant, l'autorité intimée a quelque peu tardé, sans explication, à rendre la décision attaquée. Le recourant ne s'est toutefois soucié du traitement de sa requête qu'une année après l'avoir déposée. C'est en outre à sa demande que le délai qui lui a été octroyé par le SPOP pour se déterminer a été prolongé. Une fois les déterminations du recourant connues, l'autorité intimée a certes encore attendu près de huit mois pour rendre sa décision attaquée, ce qui peut paraître long, du fait qu'aucune mesure d'instruction n'a été ordonnée. Cela étant, le recourant, pourtant assisté d'un mandataire professionnel, n'a pas requis du SPOP qu'il accélère le traitement de sa demande. Le recourant ne saurait ainsi déduire de ces lenteurs un quelconque avantage. Le recourant relève que, en résidant en Suisse auprès de son oncle, il a pour la première fois acquis une certaine stabilité. On ne voit toutefois pas ce qui empêcherait l'oncle du recourant de soutenir un éventuel projet de formation du recourant au Kosovo, dès lors qu'il semble déjà qu'il assume, en Suisse, les charges de son entretien. Le recourant étant désormais âgé de 27 ans, la seule absence de soutien et de relation avec ses parents ne devraient pas compromettre l'intégration professionnelle du recourant au Kosovo. Le recourant, encore jeune, en bonne santé et sans charge familiale, qui a passé la majorité de sa vie au Kosovo, ne devrait ainsi rencontrer aucune difficulté à retourner y vivre.

#### **E. 6**

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la cause (art. 49 LPA-VD) et n'a pas 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.