

VD_OMNI PE.2020.0177 vom 19. Februar 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2020.0177

FR: VD_OMNI PE.2020.0177 du 19 février 2021

IT: VD_OMNI PE.2020.0177 del 19 febbraio 2021

Regeste

A. _____ /Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Confirmation du refus du SDE de délivrer au recourant, ressortissant albanais, une autorisation de travail en vue de lui permettre de s'associer avec son oncle pour exploiter une entreprise de construction générale active dans la fourniture et la pose de protections solaires. L'autorité intimée a traité la demande d'autorisation comme tendant à l'exercice d'une activité lucrative indépendante; il n'y a pas lieu de revenir sur cette qualification, dans la mesure où les circonstances n'amènent pas à considérer qu'elle serait erronée; en effet, le recourant détient 49% des parts de la société anonyme et dispose d'une signature individuelle, ce qui tend à exclure qu'il se trouve dans un rapport de subordination déterminant envers son associé (consid. 3c). L'entreprise à laquelle est lié le recourant ne se démarque guère des nombreuses structures du même type déjà présentes sur le marché; en outre, les indications fournies sur le développement envisagé de ses activités demeurent trop générales pour en apprécier concrètement les effets sur le marché; tout au plus peut-on en considérer l'impact comme marginal. L'appréciation de l'autorité intimée, selon laquelle l'activité en cause ne présente pas un intérêt économique particulier pour le canton, ni pour la Suisse, n'apparaît ainsi pas abusive ou excessive, de sorte que la condition de servir les intérêts économiques du pays posée par l'art. 19 let. a LEI n'est pas remplie (consid. 4b).
Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

La loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36] est applicable aux décisions rendues par le Service de l'emploi (SDE) en application, notamment, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20), ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions (cf. art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi [LEmp; BLV 822.11]). Le recourant, qui est directement touché par la décision attaquée et qui a un intérêt digne de protection à la contester, a qualité pour recourir (art. 75 al. 1 let. a et 99 LPA-VD). Le recours a été exercé en temps utile (art. 95 LPA-VD) et il satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 79 al. 1 et 99 LPA-VD). Il y a lieu d'entrer en matière.

E. 2

Est litigieux le refus de l'autorité intimée de délivrer une autorisation d'exercer une activité lucrative en faveur du recourant. a) L'art. 79 al. 2 LPA-VD prévoit que le recourant ne peut pas prendre de conclusions qui sortent du cadre fixé par la décision attaquée; il peut en revanche présenter des allégués et moyens de preuve qui n'ont pas été invoqués jusque-là. Selon le principe de l'unité de la procédure, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative s'est prononcée

préalablement, d'une manière qui la lie sous forme de décision. L'objet du litige peut être réduit devant l'autorité de recours, mais pas étendu, ni modifié (ATF 136 V 362 consid. 3.4.2). Le juge administratif n'entre pas en matière sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet du litige qui lui est soumis (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1; 125 V 413 consid. 1a et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée a été rendue par le SDE, qui est l'autorité cantonale en matière de marché du travail au sens où l'entendent les art. 11 LEI et 83 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); à ce titre, le SDE est notamment compétent pour préavisier ou décider, après examen des demandes déposées par les entreprises ou les travailleurs étrangers, de l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité lucrative salariée ou indépendante, ainsi que des changements d'emploi ou de canton (art. 64 let. a LEmp). En revanche, l'octroi ■ cas échéant la prolongation ■ ou le refus des autorisations de courte durée, frontalières, de séjour et d'établissement relèvent de la compétence du SPOP, conformément à l'art. 3 ch. 1 et 2 de la loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 18 décembre 2007 (LVLEtr; BLV 142.11). Au chiffre III des conclusions de son recours, le recourant a demandé à être " mis au bénéfice d'une autorisation pour exercer une activité indépendante en Suisse ". Il a également pris, au chiffre IV suivant, une conclusion tendant à être " mis au bénéfice du permis correspondant ". Or, dans la mesure où la décision attaquée ne traite que de la délivrance d'une autorisation d'exercer une activité lucrative, cette dernière conclusion sort du cadre du litige. Elle est par conséquent irrecevable.

E. 3

a) Aux termes de son art. 2 al. 1, la LEI 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. En l'espèce, ressortissant albanais, le recourant ne peut se prévaloir d'aucun traité que la Suisse aurait conclu avec son pays d'origine. Le recours s'examine par conséquent principalement au regard du droit interne, soit essentiellement de la LEI et ses ordonnances d'application. b) Les art. 38 al. 4 et 46 LEI, qui régissent le droit d'exercer une activité lucrative du titulaire d'une autorisation d'établissement, respectivement du conjoint d'une ressortissante suisse ou de la titulaire d'une autorisation d'établissement ou de séjour, ne sont pas applicables au recourant. A teneur de l'art. 40 al. 2 LEI, 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 telle activité. Selon l'art. 83 al. 1 let. a OASA, avant d'octroyer une première autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale décide notamment si les conditions sont remplies pour exercer cette activité au sens des art. 18 à 25 LEI. c) aa) L'art. 18 LEI énumère les conditions auxquelles un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée. Selon l'art. 1a al. 1 OASA, est considérée comme telle 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. L'art. 19 LEI énumère les conditions auxquelles un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante. Selon l'art. 2 al. 1 OASA, est notamment considérée comme telle 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. bb) Lorsque le recourant et la société D. _____ SA ont saisi l'autorité intimée de leur demande en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ils ont exposé que le recourant était un des deux administrateurs de la société, dont il détenait en outre 49% du capital-actions. Parallèlement, parmi les documents accompagnant la demande, ils ont initialement remis à l'autorité intimée un contrat de travail par lequel la société engageait le recourant en qualité de cadre, à un taux d'activité de 80%, pour un salaire mensuel brut de 3'600 francs. La nature juridique de la relation entre un membre du conseil d'administration et la société anonyme fait l'objet de controverses; elle présente un double aspect, relevant à la fois du droit des sociétés et du droit contractuel (CDAP, arrêt PE.2020.0103 du 17 novembre 2020 consid. 2b et la référence de jurisprudence citée). 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. De même, l'existence d'un contrat de travail a été niée entre une personne qui était l'un des deux administrateurs et actionnaires (à hauteur de 49%) d'une société et la société en question, au motif que l'actionnaire majoritaire n'exerçait pas sur lui un pouvoir de contrôle et de direction (cf. sur ce point, Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 4^{ème} éd., Berne 2019, pp. 40/41 et les références citées; cf. aussi arrêt PE.2020.0103 précité consid. 2b). Selon la jurisprudence, lorsque l'associé d'une raison de commerce disposant de la grande majorité des parts de celle-ci est seul gérant et titulaire de la signature individuelle, l'on ne saurait voir un lien de subordination entre celui-ci et la société pour laquelle il travaille, de sorte qu'il doit être considéré comme un indépendant et non pas comme un "travailleur" (PE.2018.0047 du 12 novembre 2018 consid. 2a et les références de jurisprudence citées). En l'occurrence, le recourant ne fait pas grief à l'autorité intimée d'avoir traité la demande d'autorisation comme tendant à l'exercice d'une activité lucrative indépendante. Au contraire, l'argumentation qu'il développe tend à critiquer le refus par l'autorité intimée de lui délivrer une autorisation d'exercer une telle activité. Cela étant, il n'y a pas lieu de revenir sur la qualification de l'activité lucrative retenue par l'autorité intimée, dans la mesure où les circonstances du cas d'espèce n'amènent pas à considérer que celle-ci serait manifestement erronée. En effet, si le recourant n'est pas actionnaire et administrateur unique de la société, il détient cependant pratiquement la moitié des parts sociales; à cela s'ajoute qu'il dispose également d'une signature individuelle, de sorte qu'il a toujours le pouvoir de représenter et d'engager seul la société vis-à-vis de tiers. Ces faits tendent à exclure qu'il se trouve dans un rapport de subordination déterminant envers son associé, quand bien même ce dernier, avec 51% du capital social et une voix prépondérante en sa qualité d'administrateur président de la société, dispose d'un pouvoir décisionnel plus important que le recourant. En outre, en présence de deux associés seulement, les rapports internes entre ceux-ci sont manifestement étroits ■ ceci d'autant plus que, dans le cas présent, l'autre associé est l'oncle du recourant ■, et l'activité de la société trouve essentiellement son fondement dans l'activité du recourant.

E. 4

a) Aux termes de l'art. 19 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a), les conditions financières et les exigences relatives à

l'exploitation de l'entreprise sont remplies (let. b), il dispose d'une source de revenus suffisante et autonome (let. c), et les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 LEI sont remplies (let. d). aa) De nature potestative (Kann-Vorschrift), l'art. 19 LEI ne confère aucun droit à l'étranger de se voir délivrer une autorisation de prise d'emploi en qualité d'indépendant. Les autorités ont dans cette mesure un large pouvoir d'appréciation (cf. Peter Uebersax, in Nguyen/Amarelle, Code annoté de droit des migrations, vol. II, Berne 2017, n. 3 ad art. 19 LEI avec renvoi à n. 10 ad art. 18 LEI; Marc Spescha, in Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck, Migrationsrecht, Kommentar, 5^{ème} éd., Zurich 2019, n. 2 ad Vorbemerkungen zu Art. 18-26 AIG; cf. aussi arrêts PE.2020.0054 du 29 octobre 2020 consid. 6a/aa; PE.2020.0110 du 4 août 2020 consid. 2b; PE.2018.0122 du 15 novembre 2018 consid. 4b; PE.2017.0493 du 13 juillet 2018 consid. 5a). bb) La notion d'" intérêts économiques du pays " (art. 19 al. 1 let. a LEI) est formulée de façon ouverte; elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, pp. 3485 et 3536). D'après les Directives et commentaires "Domaine des étrangers " édictées par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), les requêtes tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour pour activité lucrative indépendante peuvent être admises selon l'art. 19 LEI s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail (intérêts économiques du pays). Il est considéré 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'œuvre locale, procède à des investissements substantiels et génère de nouveaux mandats pour l'économie helvétique (Directives LEI; version d'octobre 2013 actualisée au 1^{er} janvier 2021; ch. 4.7.2.1). Selon la doctrine, l'activité indépendante prévue doit être associée à des effets utiles pour l'économie suisse; il faut prendre en considération la situation générale de la branche et du marché concernés; l'activité indépendante est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance. L'admission de l'étranger ne doit pas avoir pour objectif ses seuls intérêts individuels ou uniquement le maintien ou le renouvellement structurel d'une branche (Uebersax, op. cit., n. 11 ad art. 19 LEI; Spescha, op. cit., n. 1 ad art. 19 AIG; cf. ég. PE.2020.0054 précité consid. 6a/bb; PE.2020.0110 précité consid. 2c; PE.2018.0122 précité consid. 4c; PE.2017.0493 précité consid. 5b). cc) Afin de permettre à l'autorité d'examiner les conditions financières et les exigences liées à l'exploitation de l'entreprise (cf. art. 19 let. b LEI), les demandes doivent être motivées et accompagnées des documents conformément à la liste de vérification des annexes à fournir et d'un plan d'exploitation. Celui-ci devra notamment fournir des indications sur les activités prévues, l'analyse de marché (business plan), le développement de l'effectif du personnel (plans quantitatif et qualitatif) et les possibilités de recrutement, ainsi que les investissements prévus, le chiffre d'affaires et le bénéfice escomptés. Les liens organisationnels avec d'autres entreprises sont également à indiquer. L'acte constitutif de l'entreprise et/ou extrait du registre du commerce doit être joint (Directives LEI, ch. 4.7.2.3; voir aussi ch. 4.8.11 relatif aux annexes à joindre à la demande). dd) L'art. 20 LEI, auquel renvoie l'art. 19 let. d LEI, dispose que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (al. 1, 1^{ère} phrase); il peut fixer un nombre maximum d'autorisations pour la Confédération et pour chaque canton (al. 2). L'art. 20 al. 1 OASA précise que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour dans les limites des nombres maximums fixés à son annexe 2,

ch. 1 let. a (ce nombre était de 110 pour le canton de Vaud pour l'année 2020).

Conformément à l'art. 23 LEI, auquel renvoie également l'art. 19 let. d LEI, 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 être admis, en dérogation aux al. 1 et 2, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (al. 3 let. a), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (al. 3 let. b), 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 cadres transférés par des entreprises actives au plan international (al. 3 let. d), et les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (al. 3 let. e). b) En l'espèce, l'autorité intimée considère que la condition posée par l'art. 19 let. a LEI, aux termes duquel l'admission de l'étranger doit servir les intérêts économiques de la Suisse, n'est pas remplie. Il y a lieu de rappeler que la délivrance de l'autorisation requise repose sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité du marché du travail; ainsi, l'autorité de céans n'intervient que si cette appréciation est abusive ou excessive (PE.2018.0087 du 19 novembre 2018 consid. 5c; PE.2017.0493 du 13 juillet 2018 consid. 5c; PE.2015.0335 du 30 novembre 2015 consid. 2b). La société dans laquelle le recourant est associé est une petite entreprise familiale de construction générale qui, selon l'extrait du registre du commerce, est active dans la fourniture et la pose de protections solaires ■ notamment stores en tous genres ■ ainsi que dans l'acquisition, la vente, la détention et l'administration d'immeubles de tous types. Le recourant a produit les bilans et comptes annuels de la société pour les années 2018 et 2019, d'où il ressort que le chiffre d'affaires s'est élevé à 465'920 fr. pour un résultat positif de 833 fr. en 2018, et à 600'884 fr. pour un résultat positif de 80'961 fr. en 2019. Le recourant expose que "l'entreprise fonctionne actuellement avec son aide et celle de son oncle" et qu'elle "emploie cinq ouvriers et engage des tâcherons" (cf. mémoire complémentaire, p. 3). Il ne produit toutefois aucune pièce (telles des fiches de salaire, par exemple) pour étayer ses allégations. Le nombre d'employés ne ressort pas non plus de la comptabilité présentée; à la lecture de cette dernière, on observera notamment que les charges inscrites au titre des salaires apparaissent peu élevées en regard du nombre de collaborateurs invoqués. Telle que décrite ci-dessus, l'entreprise de construction générale à laquelle est lié le recourant ne se démarque guère des nombreuses structures de ce type déjà présentes sur le marché. Le recourant fait valoir que l'entreprise a le projet de construire dans le canton de Vaud une usine pour produire des stores à lamelles, de façon à ne plus avoir à importer ces derniers depuis l'étranger pour les assembler en Suisse avant de les monter auprès de ses clients. Il précise qu'une fois la construction achevée, la société engagerait quinze personnes dans un premier temps. Il ajoute que la société aurait l'intention de créer par la suite une ligne de production pour fabriquer des fenêtres au lieu de les importer toutes faites depuis l'étranger; le nombre d'employés pourrait alors être augmenté de quinze personnes supplémentaires. Selon le recourant, les débouchés commerciaux se trouveraient auprès des clients des sociétés avec lesquelles l'entreprise travaille déjà. Le chiffre d'affaires attendu serait de deux millions et demi de francs par an (cf. mémoire complémentaire, p. 3). Certes, le recourant a produit un contrat de vente immobilière selon lequel la société D. _____ SA a acquis en juillet 2020 un

terrain à ***** (VD), un contrat d'un établissement bancaire accordant à la société précitée un crédit de construction de 1'462'000 fr. au mois de septembre 2020, un lot de plans de construction relatifs à une halle d'une surface de 1'600 m² environ, ainsi qu'un permis de construire "plusieurs halles multifonctionnelles" délivré en janvier 2020 à un ancien propriétaire du terrain acquis par la société. Cependant, contrairement à ce que lui avait demandé l'autorité intimée dans un courriel du 13 juillet 2020 ■ en conformité avec la pratique en la matière (cf. consid. 4a/cc ci-dessus) ■, le recourant n'a pas fourni de " plan d'exploitation sur trois ans avec organisation projetée et chiffrée de l'entreprise, développement du personnel et finances (budget / investissements / rendement / CA et bénéfices escomptés) et indications sur le marché dans le secteur économique concerné (concurrence) ". Or, en l'absence d'un tel "business plan" pour les étayer et les préciser, les indications fournies par le recourant sur le développement des activités de l'entreprise demeurent très générales, et il n'est pas possible d'en apprécier concrètement les effets sur le marché. Tout au plus peut-on considérer, comme l'autorité intimée, que l'impact relatif au développement de la nouvelle entité envisagée apparaît marginal, que cela soit en matière de création de postes de travail, de production de nouveaux mandats et, plus globalement, de retombées économiques. Du reste, les perspectives de développement de la société paraissent pour le moins aléatoires dans un secteur ■ la production locale de stores et de fenêtres ■ dont rien n'indique qu'il soit particulièrement porteur dans le canton de Vaud et en Suisse. Par ailleurs, le fait que le recourant, comme il l'allègue, aurait consenti, avec l'aide de son père, des investissements financiers pour un total de 469'000 francs dans l'entreprise, n'est pas déterminant. Dans ces conditions, l'appréciation de l'autorité intimée, selon laquelle la société concernée ne présenterait pas – au sens de la jurisprudence restrictive citée plus haut – un intérêt économique particulier pour le canton de Vaud, ni pour la Suisse en général, doit être confirmée. La condition posée par l'art. 19 let. a LEI n'étant pas remplie, il n'y a pas lieu d'examiner si les autres conditions prévues par cette disposition sont réalisées. Vu ce qui précède, la décision de ne pas octroyer d'autorisation pour une activité en qualité d'indépendant, en puisant dans les unités réduites à disposition du canton de Vaud selon l'annexe 2 à l'OASA, ne prête pas le flanc à la critique.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité et à la confirmation de la décision attaquée. Le recourant, qui succombe, supporte les frais de justice, arrêtés à 600 francs (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD; art. 4 al. 1 du tarif cantonal du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; BLV 173.36.5.1]). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 a contrario, 91 et 99 LPA-VD).

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