

BVGer F-5531/2016 vom 2. Oktober 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-5531_2016

FR: TAF F-5531/2016 du 2 octobre 2017

IT: TAF F-5531/2016 del 2 ottobre 2017

Regeste

Décision préalable des autorités du marché du travail

Erwägungen

E. 1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le TAF, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative prononcées par le SEM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au TAF, qui statue définitivement (art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. cch. 2 LTF).

E. 1.2

A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (art. 37 LTAF).

E. 1.3

A. _____ et B. _____ ainsi que C. _____, ont qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, les recours sont recevables (art. 50 et art. 52 PA).

E. 2

Les recourants peuvent invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (cf. art. 49 PA). L'autorité de recours, qui applique le droit d'office, n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants juridiques de la décision attaquée. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait régnant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

E. 3

Dans la mesure où le droit national est seul applicable à la présente cause (cf. art. 2 al. 1, 2 et 3 LEtr), A. _____ et B. _____ ne disposent d'aucun droit à venir exercer une activité lucrative en Suisse. De même, C. _____ ne dispose d'aucun droit à faire venir les prénommés en Suisse pour leur faire exercer une activité lucrative (cf. dans ce sens l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_17/2010 du 16 juin 2010).

E. 4.1

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, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (cf. art. 40 al. 2 LEtr). Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 99 LEtr).

E. 4.2

En l'espèce, le SEM avait la compétence d'approuver la décision préalable de l'autorité cantonale vaudoise du marché du travail en application de l'art. 85 OASA (cf. al. 1 et 2; voir à ce sujet ATF 141 II 169 consid. 4; voir également arrêt du TF 2C_401/2015 du 12 novembre 2015 consid. 2.2). Il s'ensuit que ni le SEM ni le TAF ne sont liés par le prononcé du Service vaudois de l'emploi du 8 février 2016 et peuvent parfaitement s'écarter, dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette dernière autorité.

E. 5.1

Aux termes de l'art. 18 LEtr, 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 LEtr sont remplies, notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEtr), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEtr), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr). L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (cf. Lisa Ott, in : Caroni/Gächter/Thurnherr, [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, pp. 149/150 ch. 5, ad art. 18-29 LEtr).

E. 6

Conformément à l'art. 20 al. 1 LEtr, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (cf. art. 33 LEtr) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative.

E. 6.1

L'art. 20 LEtr consacre le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des Etats dits tiers, à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'ALCP ou à la Convention instituant l'AELE (cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 pp. 3536 et 3537, ad art. 19 du projet de loi). Dans ce cadre, les conditions d'admission s'appliquent en principe aussi aux étrangers qui séjournent déjà en Suisse sans activité lucrative, mais qui veulent par la suite en exercer une (par ex. les étudiants [cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi]). L'art. 20 al. 1 1^{ère} phrase LEtr prévoit que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33 LEtr) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative; cette compétence se trouve mise en oeuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA (cf. Ott, op. cit., p. 161 ch. 3, ad art. 20 LEtr). Plus particulièrement, l'art. 19 al. 1 OASA dispose que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour de courte durée pour des séjours limités en vue de l'exercice d'une activité lucrative d'un an au plus, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 1 ch. 1 let. a de l'OASA; selon l'art. 20 al. 1 OASA, ils 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 de l'OASA (cf. notamment arrêt du TAF C-5912/2011 consid. 8.1).

E. 6.2

A teneur de l'art. 21 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse, ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (al. 1). Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (al. 2).

E. 6.3

En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne (UE) ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3538, ad art. 20 du projet de loi ; cf. également ATAF 2011/1 consid. 6.3).

E. 7.1

Conformément à l'art. 22 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche.

E. 7.2

Pour ce qui est des qualifications personnelles, l'art. 23 al. 1 LEtr prévoit que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe être admis au bénéfice d'une autorisation de courte durée ou de séjour. La référence aux "autres travailleurs qualifiés" devrait permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte des exigences du marché de l'emploi que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, cela pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger concerné ne puissent être trouvées parmi la main-d'oeuvre résidante au sens de l'art. 21 LEtr (Spescha, in : Spescha/ Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, op. cit., p. 99 ch. 1, ad art. 23 LEtr). Il demeure toutefois que le statut de courte durée, comme celui du séjour durable, reste réservé à la main-d'oeuvre très qualifiée, et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait des connaissances spéciales et les qualifications requises (cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3540, ad art. 23 du projet de loi). C'est ainsi que l'admission sera, en principe, refusée pour des postes ne requérant aucune formation particulière (Ott, op. cit., pp. 179/180 ch. 6, ad art. 23 LEtr). A noter encore que la demande saisonnière ou propre à certaines branches en main-d'oeuvre peu qualifiée ne suffit pas à réaliser le critère de la qualification personnelle, sous réserve de l'art. 23 al. 3let. c LEtr (Spescha, op. cit., ibidem).

E. 7.3

En dérogation aux deux premiers alinéas de l'art. 23 LEtr, peuvent être admis les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (art. 23 al. 3 let. a LEtr), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b), les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c), les cadres transférés par des entreprises actives au plan international (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 (let. e). Peuvent se réclamer de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr les travailleurs moins qualifiés, mais qui disposent de connaissances et de capacités spécialisées indispensables à l'accomplissement de certaines activités, par exemple le travail du cirque, le nettoyage et l'entretien d'installations spéciales ou la construction de tunnels. Il doit toutefois s'agir d'activités ne pouvant pas, ou alors de manière insuffisante, être exécutées par un travailleur indigène ou un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3541, ad art. 23 du projet de loi [dérogations; al. 3]). Les qualifications personnelles en question constituent une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de jugement (cf. notamment arrêts du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.4 ; C-8717/2010 consid. 7.4).

E. 8

En l'espèce, C._____, qui a engagé les recourants en qualité de professeure de piano et de professeur de clarinette le [...] 2014, a sollicité du Service de l'emploi des autorisations de séjour avec activité lucrative en leur faveur. Cela étant, on rappellera que les intéressés, qui ont notamment obtenu un diplôme d'éducation supérieure et le titre professionnel de « musicienne licenciée pianiste », respectivement de « musicien licencié clarinettiste », ont bénéficié d'une bourse. Cette dernière leur a permis d'entrer sur le territoire helvétique par le biais d'une autorisation de séjour pour études, régulièrement renouvelée par la suite. En outre, les recourants ont terminé avec succès leurs études de master à la H._____ et ont suivi des cours de français à l'Institut Y._____. Par la suite, ils ont enseigné leur instrument respectif dans plusieurs écoles de musique. S'agissant de C._____, celle-ci a été créée en [...] 2014. De manière générale, l'activité que C._____ souhaite confier aux intéressés a pour objet l'intégration des ressortissants serbes demeurant en Suisse par le biais d'une approche musicale et culturelle. Des cours de solfège, de clarinette, de piano, de chants ethniques et de musique de chambre sont organisés à cet effet.

E. 8.1

En premier lieu, il convient de relever que, contrairement à leur avis, les recourants ne sauraient, à l'évidence, prétendre que l'activité lucrative pour laquelle ils ont été engagés (poste de professeure de piano et de professeur de clarinette dans une école de musique franco-serbe de Suisse romande) revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant qui permette d'admettre, conformément à l'art. 21 al. 3 LEtr, une dérogation à l'ordre de priorité prescrit par l'al. 1 de cette même disposition. En tout état de cause, C._____ n'a pas apporté d'éléments propres à démontrer que l'activité exercée par les intéressés les conduit à mettre en pratique à un haut niveau les connaissances acquises (cf. infra consid. 8.2.4. par. 2), qu'elle engendrerait la création immédiate de nouveaux emplois ou que le type d'emploi occupé par ces derniers connaît une véritable pénurie de main-d'oeuvre durable (cf. à ce sujet les arrêts du Tribunal administratif fédéral C-674/2011 du 2 mai 2012 consid. 6.3.1 et C-3859 du 6 janvier 2016 consid. 7.1). Au demeurant, l'examen des pièces du dossier cantonal ne laisse point entrevoir qu'une procédure d'admission ait été ouverte par le canton selon les formalités prévues par l'art. 21 al. 3 LEtr, dès lors qu'aucune autorisation de séjour provisoire d'une durée de six mois n'a été formellement délivrée par le canton aux recourants à l'issue de leurs études pour la recherche d'un emploi qualifié au motif que l'activité lucrative revêtait un intérêt scientifique ou économique prépondérant.

E. 8.2

Du moment qu'une dérogation à l'ordre de priorité ne saurait, dans le cadre de la demande d'autorisation de séjour pour activité lucrative, être admise en application de l'art. 21 al. 3 LEtr, il importe donc d'examiner si les conditions cumulatives posées par l'art. 18 LEtr sont remplies, notamment en ce qui concerne l'ordre de priorité prescrit par l'art. 21 al. 1 et 2 LEtr.

E. 8.2.1

A l'instar de l'autorité intimée, le Tribunal de céans ne remet pas en cause les qualifications personnelles et professionnelles dont disposent les recourants. Au vu de leurs connaissances linguistiques, de leur parcours académique et de leur expérience professionnelle, il ne fait pas de doute que leur capacité à s'intégrer durablement à l'environnement professionnel et social dans lequel ils entendent travailler ne peut être contestée.

E. 8.2.2

Quant à l'art. 21 al. 1 LEtr, celui-ci prévoit qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé. Pour déterminer si l'ordre de priorité prévu par cette dernière disposition a été respecté par l'employeur, il convient donc d'examiner si cette dernière a démontré à satisfaction de droit qu'elle avait entrepris des recherches suffisantes afin de repourvoir le poste en question par un musicien (ou de formation équivalente) indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEtr et s'est trouvée dans l'impossibilité de recruter, dans cette catégorie de personnes, un candidat apte à exercer l'emploi à repourvoir. Comme l'a précisé l'autorité intimée dans ses directives, il appartient en effet à l'employeur de procéder à des recherches actives pour trouver un travailleur disponible, notamment en indiquant le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, en faisant publier des offres d'emploi dans les quotidiens et la presse spécialisée, en diffusant des annonces dans les médias électroniques et en s'approchant des agences privées de placement, voire en offrant une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail. L'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'Etats tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Les démarches doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des aptitudes techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question (cf. ch. 4.3.2 des Directives du SEM).

E. 8.2.3

En l'espèce, l'autorité inférieure a considéré que C._____ n'avait pas fourni tous les efforts nécessaires pour trouver des candidats sur les marchés suisses et communautaires. Elle a précisé que la date figurant sur les formulaires cantonaux de demande, tout comme les contrats de travail, étaient datés du [...] 2014, soit le jour de la constitution de C._____, donc plusieurs mois avant la publication des annonces. Il sied ici de constater que, tant les premières recherches - qui s'étaient limitées à des annonces affichées dans les clubs serbes de Suisse romande -, que les recherches complémentaires accomplies en cours

de procédure (annonce des postes vacants auprès de l'Office [...] [ci-après [...]], publication des annonces pendant 90 jours sur plusieurs sites internet suisses et européens, dont [...], [...], [...] et [...]) sont insuffisantes au regard des exigences jurisprudentielles en la matière. En effet, lorsque les recherches complémentaires ont été effectuées, les intéressés étaient déjà engagés au sein de C._____. Or, comme relevé précédemment, les démarches auraient dû être engagées plus tôt, soit dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. Au demeurant, le faible niveau de rémunération offert est de nature à décourager d'éventuels intéressés (cf. infra consid. 8.2.4). Dès lors, le Tribunal de céans ne saurait suivre la CDAP lorsqu'elle affirme que C._____ a fait tout son possible pour trouver des candidats sur le marché indigène ou européen. En outre, les exigences posées pour les postes en question excluaient quasiment toute autre solution que l'admission des personnes déjà engagées. On précisera sur ce point que des professeurs ne maîtrisant pas la langue serbe auraient parfaitement pu enseigner au sein de C._____, dès lors qu'il s'agissait de faciliter l'intégration des ressortissants serbes en Suisse et non de les isoler en les regroupant dans un cercle limité aux personnes d'origine serbe. Sur ce point, on rappellera que les enfants, les jeunes et les adultes d'autres nationalités vivant en Suisse romande peuvent également participer aux cours dispensés par C._____ (cf. courrier du 31 octobre 2014), ce qui démontre que les exigences linguistiques et culturelles prévues dans le cahier des charges ne sont pas indispensables pour enseigner au sein de cette école de musique. Ainsi, l'avantage que constitue la connaissance de la langue et de la culture serbes, de même que les objectifs poursuivis par C._____, ne sont pas suffisants à eux seuls pour s'écarter de la pratique constante du Tribunal administratif fédéral. Il y a dès lors lieu de constater que les postes en question auraient pu être occupés par des enseignants disposant des qualités idoines et recrutés sur le marché suisse ou européen. Au vu des éléments précités, force est dès lors d'admettre que C._____ n'a pas respecté l'ordre de priorité dans le recrutement prescrit par l'art. 21 al. 1 LEtr.

E. 8.2.4

Egalement en défaveur des recourants, on constatera que l'école de musique franco-serbe ne saurait être assimilée à une Haute école de musique pour les raisons suivantes. Tout d'abord, si le cahier des charges des enseignants de C._____ exige bien plus que les connaissances habituellement demandées pour les professeurs de musique, il s'agit de tâches bénévoles et accessoires qui ne sont pas essentielles pour le bon fonctionnement de C._____ (cf. supra consid. 8.2.2). Au demeurant, on observera que si C._____ met actuellement en place toutes les mesures et l'investissement nécessaires pour créer un pôle de compétence de haut niveau (cf. pièce TAF 11 annexe 15), elle n'a pas acquis, à l'heure actuelle, le statut de Haute école de musique. Quant aux allégations selon lesquelles une nouvelle section professionnelle de musique traditionnelle balkanique ouvrira dès le mois de septembre 2017 en collaboration avec l'Université des Arts de Belgrade et l'Académie Suisse de musique et de pédagogie musicale en vue de l'obtention du bachelor, puis du master (cf. supra consid. 8.1 ; cf. également pce TAF 28), celles-ci ne sont étayées par aucun document pertinent. Les lettres adressées à un des juges traitant la présente affaire ainsi que les documents rédigés par C._____ elle-même n'apportent en effet aucune garantie quant auxdites déclarations. Par ailleurs, le Tribunal de céans observera que le montant relativement bas du salaire convenu initialement (à hauteur de Fr. 4'000.-) entre C._____ et les intéressés ne paraît point correspondre à un emploi de spécialiste hautement qualifié dans un secteur censé être confronté à une notoire pénurie de main-d'oeuvre (cf. pce TAF 11 annexes 8 et 9). En outre, même si le montant brut perçu annuellement a été augmenté à hauteur de Fr.

4'400.- par année pour un emploi à plein temps, il est nettement inférieur au montant usuellement versé pour le même poste (cf. pce TAF 11 annexes 10 et 11). Par conséquent, nonobstant leur augmentation depuis la création de C._____, les salaires versés aux intéressés ne répondent pas aux critères posés à l'art. 22 LEtr (cf. pce TAF 11 annexes 6 à 11 et 14). Dans ces conditions, l'on ne saurait déroger aux directives internes du SEM et à la jurisprudence en matière d'admission d'enseignants de musique provenant d'Etat tiers (cf. notamment arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3859/2014 du 6 janvier 2016). Par conséquent, C._____ ne peut être assimilée à une Haute école musicale.

E. 9

Il ressort de ce qui précède que, par ses décisions du 11 juillet 2017, l'autorité intimée n'a pas violé le droit fédéral, ni constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète. En outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA). En conséquence, le recours est rejeté. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure sont mis à la charge des recourants (cf. art. 63 al. 1 PA, en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens, et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Il convient ici d'attirer l'attention du recourant sur le fait que le Tribunal de céans statue définitivement conformément à l'art. 83 let. c ch. 2 LTF (cf. supra consid. 1.1). (dispositif page suivante)

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