

# VD\_OMNI GE.2018.0063 vom 12. März 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2018.0063](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2018.0063)

FR: VD\_OMNI GE.2018.0063 du 12 mars 2019

IT: VD\_OMNI GE.2018.0063 del 12 marzo 2019

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi, PENG, Service de la population (SPOP) | Recours d'un employeur contre le refus d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur d'une ressortissante chinoise. En l'espèce, les recherches entreprises par l'employeur de manière à donner la priorité aux demandeurs d'emploi indigènes ou européens sont jugées insuffisantes et comportant des critères peu pertinents. De plus, l'employeur n'a pas démontré que l'occupation du poste par l'intéressée permette de créer de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse. Il apparaît plutôt que le choix de l'employeur s'est porté sur l'intéressée pour des motifs de convenance personnelle. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente (art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]), le recours satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 79 LPA-VD par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

A titre préalable, il convient de relever que la novelle du 16 décembre 2016 modifiant la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) est entrée en vigueur le 1er janvier 2019. Elle a eu pour effet de modifier le titre de la loi qui s'intitule désormais la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI), ainsi qu'un certain nombre de dispositions. L'ancien droit reste toutefois applicable au cas d'espèce, la demande ayant été déposée avant l'entrée en vigueur de la novelle (art. 126 al. 1 LEI).

### E. 3

Le litige porte sur le refus d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur d'une travailleuse de nationalité chinoise. a) A teneur de l'art. 11 LEI, 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 du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; 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). b) Aux termes de l'art. 18 LEI, 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). Ces conditions sont cumulatives (cf. arrêt PE.2018.0391 du 30 novembre 2018 consid. 2a et les références citées). aa) La notion d'intérêts économiques du pays, formulée de façon ouverte à l'art. 18 let. a LEI, concerne au premier chef le domaine du marché du travail et dépend en particulier de la situation effective du marché du travail (Message concernant la loi sur les étrangers et l'intégration du 8 mars 2002 [ci-après: Message LEI] 2002 3469, ch. 1.2.3.1 p. 3485 et ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (cf. Message LEI, ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Lors de l'appréciation du cas, il convient donc 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 (cf. les directives et commentaires intitulées "Domaine des étrangers" édictées par le Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM), dans leur version au 1er janvier 2019 [ci-après: directives LEI] ch. 4.3.1). 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 (cf. Message LEI, ch.1.2.3.1 p. 3486). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (cf. Marc Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 2ème édition, Zurich 2015, p. 173 ch. 3.4.1; cf. également ATAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1.2; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1). bb) L'art. 21 al. 1 LEI institue un ordre de priorité: 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. En dérogation à l'al. 1, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de sa formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (al. 3). Concernant les efforts de recherche de l'employeur, les directives LEI prévoient en particulier ce qui suit: "(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement – pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (...)" (ch. 4.3.2.1). "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. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles 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 séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc." (ch. 4.3.2.2). D'après la jurisprudence constante du Tribunal cantonal, il convient de se montrer strict quant à l'exigence des recherches faites sur le marché du travail de manière à donner la priorité aux demandeurs d'emploi indigènes ou européens. Il y a ainsi lieu de refuser le permis de travail lorsqu'il apparaît que c'est par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'est porté sur un étranger plutôt que sur des demandeurs d'emploi présentant des qualifications comparables. Les efforts de recrutement ne peuvent être pris en considération que si les annonces parues correspondent au profil de l'employé étranger pressenti. En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises par des annonces dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (cf. arrêt PE.2018.0193/PE.2018.0194 du 16 novembre 2018 consid. 4c et les références citées). cc) L'art. 22 LEI prévoit en outre qu'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. Selon l'art. 22 al. 1 OASA, pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche; il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires. L'appréciation des conditions de travail implique que les autorités compétentes disposent d'informations écrites sur les données essentielles et les éléments constitutifs de la rémunération, par exemple le lieu de travail et la fonction, la durée du rapport de travail, le temps de travail, le salaire de base et les compléments éventuels, les prestations sociales et les déductions (cf. directives LEI, ch. 4.3.4). dd) Selon l'art. 23 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, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c), ainsi que 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). c) En l'espèce, comme l'a relevé à juste titre l'autorité intimée, l'intéressée n'est pas au bénéfice d'un diplôme d'une haute école suisse, si bien qu'un éventuel droit à une autorisation de séjour avec activité lucrative doit être examinée sous l'angle du principe de priorité. Il convient donc de déterminer si la recourante a déployé tous les efforts que l'on pouvait attendre d'elle afin de trouver un travailleur sur le marché suisse ou européen. En l'occurrence, le dossier présente plusieurs manquements à cet égard. En premier lieu, on

observe que la recourante s'est limitée à faire paraître une annonce dans le " 24 heures Emploi " et à annoncer le poste auprès de l'ORP. Il ne ressort en revanche pas du dossier qu'elle ait fait appel aux services d'une agence privée de placement, ni qu'elle ait publié l'offre sur d'autres plateformes, généralistes ou spécialisées, de manière à élargir son cercle de recherches. Il s'ensuit qu'au regard de la jurisprudence stricte en la matière, les recherches entreprises doivent être considérées, à cet égard déjà, comme insuffisantes (cf. pour comparaison arrêt PE.2014.0214 du 10 septembre 2014 consid. 3a, dans le cadre duquel la parution d'une annonce par l'intermédiaire de l'ORP local et la prise de contact avec une seule agence de placement ont été jugées insuffisantes dans le cadre de la recherche d'une employée de maison; pour un résumé de la casuistique, cf. ég. arrêt PE.2018.0193/PE.2018.0194 précité consid. 4c). A cela s'ajoute que les annonces précitées font état d'exigences linguistiques laissant le tribunal quelque peu perplexe. Il en ressort en effet que la recourante recherche un candidat qui maîtrise - en plus du chinois et de l'anglais - le thaïlandais et le vietnamien; or, la recourante insiste dans ses écritures sur le fait que le poste à pourvoir s'inscrit essentiellement dans le cadre du développement de ses activités d'exportation vers la Chine. Dans cette mesure, on peine à voir en quoi la maîtrise du thaïlandais et du vietnamien serait indispensable. En tout état, les exigences linguistiques en cause pourraient expliquer que la recourante n'ait reçu aucune candidature à la suite de la parution des annonces précitées, si l'on s'en tient à ses déclarations. On ne saurait dès lors exclure qu'en posant de telles exigences, qui doivent être considérées comme des critères professionnels peu pertinents, la recourante ait cherché à exclure du processus de recrutement, les personnes ayant la priorité au sens de l'art. 21 LEI. Par ailleurs, l'on constate une inadéquation manifeste entre les recherches effectuées par la recourante - portant sur un poste de " directeur de ventes et d'achats " (selon l'annonce parue dans le " 24 heures Emploi ") ou d'" acheteur de produits asiatiques " mentionnant notamment des négociations de prix, la gestion des commandes et du stock (selon l'annonce de poste auprès de l'ORP) - et le poste ayant fait l'objet de la demande soumise à l'autorité intimée, s'apparentant, selon les explications apportées par la recourante, à un poste d'assistante de gestion. Le contrat de travail signé par l'intéressée le 29 septembre 2017 fait en effet mention d'un poste de " gérant-assistant " et la demande déposée auprès de l'autorité intimée, d'un poste de " gérant-assistant, relation investisseur et développement marché chinois ". Dans ces conditions, il sied de retenir que les recherches entreprises n'ont - en réalité - pas porté sur le poste indiqué dans la demande litigieuse. Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de retenir que la recourante n'a pas valablement démontré qu'elle aurait entrepris, en temps opportun et de manière appropriée, tous les efforts nécessaires afin que le poste à pourvoir soit attribué à un candidat issu du marché local ou européen. Partant, la condition relative au respect de l'ordre de priorité n'est pas remplie, ce qui suffit en soi à justifier le refus de l'autorisation sollicitée. d) Par surabondance, il convient de relever, sans minimiser les qualités du profil de l'intéressée, que rien n'indique que les qualifications requises pour le poste à pourvoir - qu'il s'agisse du poste désigné dans les annonces parues ou du poste objet de la demande soumise au SDE - seraient en adéquation avec la formation de l'intéressée, qui a obtenu un diplôme en " Hospitality and Events Management ". La recourante semble en effet vouloir s'assurer la collaboration de l'intéressée davantage pour son réseau de connaissances personnelles en Chine - qui ouvrirait la voie à un important commerce avec des grossistes chinois - que pour ses qualifications professionnelles. Au demeurant, on ne voit pas pour quel motif ce travail d'intermédiaire devrait nécessairement s'exercer en Suisse. Cet aspect ne semble du reste

pas être reflété dans le salaire proposé à l'intéressée, qui s'élève à un montant brut de 4'983 fr. 35 (treizième salaire compris) et qui correspond à la fourchette basse de l'estimation de salaire résultant du calculateur de salaire en ligne pour un poste du type d'employé de bureau. Selon le contrat de travail produit, le salaire ne comprend pas de compléments, liés au chiffre d'affaires réalisé ou à d'autres paramètres. La rémunération prévue paraît ainsi modeste eu égard au rôle attendu de l'intéressée, visant à développer les affaires de la recourante en Chine grâce à son réseau de contacts. De plus, comme le relève à juste titre l'autorité intimée, on ne saurait, à ce stade, prendre en considération une hypothétique augmentation de salaire en fonction de la croissance de la société. Enfin, s'agissant de l'intérêt économique de l'activité envisagée, la recourante fait mention de contacts et de pourparlers avec des entreprises en Suisse et en Chine en vue de l'exportation de denrées alimentaires. Or, elle ne produit pas d'étude de marché, ni de business plan à cet égard. Elle n'a en outre pas démontré que l'occupation du poste par l'intéressée permette de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse. Dans ces circonstances, l'appréciation de l'autorité intimée, selon laquelle le projet de la recourante est formulé en des termes très généraux et qu'il n'est pas possible, en l'état, d'apprécier son impact réel sur le marché suisse, ne prête pas le flanc à la critique. En définitive, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, il apparaît que le choix de la recourante s'est délibérément porté sur l'intéressée et répond avant tout à un motif de convenance personnelle. Les conditions posées à l'art. 18 LEI n'étant pas réalisées, c'est à juste titre, et sans violation du droit fédéral, que l'autorité intimée a refusé d'octroyer l'autorisation sollicitée.

#### **E. 4**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Succombant, la recourante supportera les frais de justice et n'a pas le droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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