

VD_OMNI PE.2015.0162 vom 5. November 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-11-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2015.0162

FR: VD_OMNI PE.2015.0162 du 5 novembre 2015

IT: VD_OMNI PE.2015.0162 del 5 novembre 2015

Regeste

A _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et, Service de la population (SPOP) | Rejet du recours contre le refus de délivrer une autorisation de travail en faveur d'une ressortissante cubaine ayant mis un terme à ses études en Suisse pour entrer au service d'une entreprise de restauration rapide, en qualité de cadre dans les ressources humaines. L'employeur n'a pas suivi la procédure applicable en la matière, puisqu'il a, d'emblée, engagé la recourante avant d'entreprendre les démarches nécessaires aux fins de recruter, le cas échéant, de la main d'oeuvre locale ou communautaire. En outre, il apparaît que le poste en question a été taillé sur mesure pour la recourante. Par ailleurs, celle-ci ne peut se prévaloir ni d'une formation professionnelle spéciale, ni de plusieurs années d'expérience, ni même de connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. Enfin, il est hautement improbable qu'un poste impliquant des responsabilités dans les ressources humaines ne puisse pas être occupé par un travailleur indigène ou par un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp, RSV 822.11), la loi sur la procédure administrative est applicable aux décisions rendues en application, notamment, de la LEtr, ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 de la loi cantonale 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

La recourante Y. _____, destinataire de l'autorisation requise, est de nationalité cubaine; elle n'est pas ressortissante d'un Etat avec lequel la Suisse est liée par un traité international. Par conséquent, le sort de sa demande de permis dépend uniquement du contenu du droit interne.

E. 3

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 (art. 40 al. 2 LEtr). Selon l'art. 83 al. 1 let. a 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), 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 LEtr. 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 OASA 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 SDE en l'occurrence (cf. art. 64 al. 1 let. a LEmp) - 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). b) Aux termes de l'art. 18 LEtr, 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). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre de ces autorisations (art. 20 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 été trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les directives intitulées "I. Domaine des étrangers " du SEM prévoient en particulier ce qui suit (octobre 2013, version actualisée au 1 er juillet 2015): "(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement 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 crédibles 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). Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 de l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), abrogée avec effet au 1

er janvier 2008. c) Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif puis la Cour de droit administratif et de droit public du Tribunal cantonal ont considéré qu'il fallait 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. Aussi la jurisprudence a-t-elle en principe consacré le rejet des recours lorsqu'il apparaît que c'est par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'est porté sur un étranger et non sur des demandeurs d'emploi présentant des qualifications comparables (cf. notamment, arrêts PE.2013.0474 du 13 août 2014; PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014; PE.2012.0041 du 14 juin 2012; PE.2010.0106 du 11 mai 2010; PE.2009.0042 du 14 décembre 2009; PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Ainsi, le refus a été confirmé chaque fois qu'il est apparu que le poste décrit avait été créé de toutes pièces ou sur mesure pour le requérant (arrêts PE.2014.0208 du 22 janvier 2015; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014; PE.2013.0474 du 13 août 2014). A cela s'ajoute que 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 dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (arrêt PE.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (arrêt PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, le tribunal a considéré que la parution de quatre annonces dans un quotidien régional, dont deux dataient de plus d'une année au moment du dépôt de la demande et l'une était postérieure à cette demande, et l'annonce du poste à l'ORP seulement deux semaines avant l'engagement de l'étrangère, ne pouvaient être considérées comme conformes à l'exigence de recherches suffisantes sur le marché indigène. Les arguments avancés pour refuser les candidats qui s'étaient présentés étaient en outre lacunaires ou peu convaincants (arrêt PE.2008.0480 du 27 février 2009, confirmé sur recours par arrêt du Tribunal fédéral 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, le tribunal a jugé que la seule annonce du poste sur le site internet de l'employeur et sur les présentoirs de grands magasins n'était pas suffisante, l'inscription auprès de l'office régional de placement ayant été effectuée postérieurement à la demande (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009; v. dans le même sens arrêt PE.2014.0295 du 5 juin 2015 consid. 2d). Ont aussi été considérées comme insuffisantes des recherches par voie d'une ou deux annonces dans la presse, un ou deux ans avant le dépôt de la demande pour l'engagement d'un ressortissant bulgare, et l'absence d'annonce à l'office régional de placement (arrêt PE.2009.0244 du 27 novembre 2009). De même, la réponse à sept annonces spontanées de travailleurs sur Internet, la passation d'une unique annonce sur un site et le recours ponctuel à une agence de placement n'ont pas été jugés suffisants (arrêt PE.2006.0388 du 16 octobre 2007), de même qu'une unique annonce auprès de l'ORP local (arrêt PE.2013.0274 du 30 juillet 2014). Plus récemment, le Tribunal cantonal a confirmé le refus de délivrer un permis de travail à une ressortissante roumaine pour un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise générale de la construction, parlant à la fois le roumain et le serbo-croate. C'est seulement après avoir été invité par le SDE à démontrer ce qui précède que l'employeur avait entrepris des recherches de candidats susceptibles de répondre aux exigences du poste et avait fait publier une annonce dans la presse. Il en est ressorti que le poste avait en réalité été taillé sur mesure pour l'intéressée, qui arrivait au terme de sa formation dans l'horlogerie et dont l'engagement résultait d'une pure convenance personnelle de l'employeur (arrêt PE.2015.0018 du 30 juillet 2015; dans le même sens, PE.2015.0069 du 6 août 2015). d) A

teneur de l'art. 23 LETr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de séjour (al. 1); en cas d'octroi, 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 ou social (al. 2). En dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 de cette disposition, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (let. a), 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), 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). Aux termes de la directive du SEM précitée (ch. 4.3.4): "(...) Les qualifications personnelles peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux: diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. Lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail. (...)" La référence aux "autres travailleurs qualifiés" de l'art. 23 al. 1 LETr 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'œuvre résidante au sens de l'art. 21 LETr (arrêt du TAF C-5420 du 15 janvier 2014, consid. 8.1 et les réf. cit.). Sur ce point, il a été jugé qu'un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise de construction ne requerrait pas des connaissances ou des capacités professionnelles particulières (arrêt PE.2015.0118, déjà cité). Il a également été jugé qu'un pizzaiolo n'était pas un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LETr (arrêt PE.2012.0427 du 26 février 2013), de même qu'un «chargé d'événements» (arrêt PE.2013.0002 du 12 février 2013), un serveur, même pourvu de connaissances en matière de cocktails brésiliens, dans un bar brésilien, parlant espagnol et portugais (arrêt PE.2010.0184 du 31 décembre 2010), une responsable commerciale, plus précisément spécialiste en gestion des déchets (arrêt PE.2009.0492 du 14 décembre 2009), ou même un œnologue (arrêt PE.2009.0119 du 17 septembre 2009; cf. en outre, dans le même sens PE.2014.0331 du 17 août 2015; PE.2009.0173 du 24 août 2009; PE.2009.0225 du 20 juillet 2009). Peuvent profiter 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'Union européenne ou de l'AELE (arrêt du TAF C-5420 déjà cité, consid. 8.3 et les réf. cit.).

E. 4

A la lumière des considérations qui précèdent, plusieurs éléments font obstacle, dans le cas d'espèce, à la délivrance de l'autorisation requise. a) Alors qu'elle était au service de

X. _____ SA à temps partiel, Y. _____ a mis un terme à ses études universitaires et a requis la prolongation de son permis de séjour qu'elle avait obtenu au bénéfice desdites études. Alors que Y. _____ était confrontée à un refus probable du SPOP de donner suite à sa demande X. _____ SA, satisfaite au demeurant de ses services, a proposé de l'engager à temps complet pour un poste d'«Administration & Partenaire RH». Il est vrai, ceci étant, que le SPOP avait indiqué à Y. _____, dans sa correspondance du 29 décembre 2014, que son employeur avait la possibilité de déposer une nouvelle demande de permis de séjour pour activité, pour autant que l'engagement hebdomadaire soit supérieur à 20 heures. Les recourantes ne peuvent cependant rien en déduire, sous l'angle de la protection de la bonne foi. Le fait que le SPOP ait informé les recourantes que, s'agissant de l'activité accessoire de Y. _____, son employeur avait la possibilité de déposer une nouvelle demande de permis de séjour pour activité, pour autant que l'engagement hebdomadaire soit supérieur à 20 heures, ne saurait constituer une promesse ni, a fortiori, une assurance dont celles-ci puissent revendiquer l'exécution. A cela s'ajoute que le SPOP n'est de toute façon pas l'autorité compétente en matière de délivrance de permis de travail, celle-ci relevant de l'autorité intimée (v. sur ce point, ATF 138 I 49 consid. 8.3.1; 129 I 161 consid. 4.1; 128 II 112 consid. 10b/aa; 126 II 377 consid. 3a et les arrêts cités). b) On relève cependant que X. _____ SA a fait fi des règles applicables et s'est affranchie de la procédure applicable en la matière, puisqu'elle a, d'emblée, engagé Y. _____ avant d'entreprendre les démarches nécessaires. En réalité, son intention était d'engager cette dernière à temps complet, et elle seule. Cela ressort également du fait qu'elle a requis l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de Y. _____ sans avoir au préalable démontré qu'aucun travailleur en Suisse, ni aucun ressortissant de l'UE/AELE correspondant au profil requis n'avait été trouvé. En effet, c'est le jour suivant l'envoi de la demande de permis que X. _____ SA a entrepris des recherches de candidats susceptibles de répondre aux exigences du poste. Elle s'est alors tournée vers l'ORP et a fait publier une annonce dans la presse, qu'elle a également affichée dans ses deux établissements. Selon ses explications, X. _____ SA aurait reçu huit candidatures pour cette seule annonce, qu'elle a cependant toutes écartées, au motif que Y. _____ était la seule candidate qui répondait aux critères posés dans cette offre d'emploi. La recourante s'est limitée au marché local et par surcroît, s'est contentée de la parution d'une seule annonce. Il serait fort étonnant de constater que le recrutement d'un ou une responsable des ressources humaines trilingue, parlant à la fois le français, l'anglais, l'espagnol ou le portugais, et connaissant la CCT applicable, de même que le droit du travail, soit impossible sur le marché indigène ou européen, comme les recourantes paraissent le soutenir. En outre, comme le fait à juste titre observer l'autorité intimée, le profil du candidat recherché pour le poste en question diffère selon les annonces. Dans l'annonce publiée à l'ORP, il a en effet été demandé au candidat de posséder un CFC d'employé de commerce ou équivalent, alors que dans celle affichée dans les restaurants, le candidat devait être titulaire d'une licence dans l'administration. Ces éléments démontrent plutôt que le poste en question était en réalité taillé sur mesure Y. _____. On en veut pour démonstration que l'employeur a demandé, entre autres exigences, que le candidat soit titulaire d'une licence dans l'administration et au bénéfice d'une expérience minimale de cinq ans dans l'administration et la comptabilité, ainsi que d'une expérience d'un an au moins de travail dans l'hôtellerie et la restauration, sans parler de la connaissance préalable du logiciel informatique utilisé par l'entreprise. Or, c'est précisément le parcours de l'intéressée. Dès lors, il apparaît que l'engagement de Y. _____, qui courait le risque de se voir refuser la prolongation de

l'autorisation de séjour pour études, résulte d'une pure convenance personnelle de l'employeur. c) L'ordre de priorité (art. 21 LEtr) n'ayant pas été respecté en l'occurrence, il n'est pas nécessaire, pour l'issue du litige, d'examiner si Y._____ remplit au surplus les conditions des art. 22 LEtr (rémunération suffisante) et 23 LEtr (qualifications personnelles). Même si les recourantes ne le font pas expressément valoir, l'on relève cependant, par surabondance de motifs, qu'il est douteux que Y._____ puisse être considérée comme une spécialiste ou un travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr. Certes, un poste de responsable des ressources humaines dans une entreprise de restauration rapide exploitant plusieurs établissements et employant près de 120 personnes requiert des connaissances ou des capacités professionnelles particulières. A cet égard, Y._____ possède sans doute une licence en économie délivrée par l'Université de 2*****. Elle a cependant interrompu ses études à HEC pour entreprendre des cours de management, auxquels elle a finalement renoncé. Sans doute, Y._____ a travaillé dans les services administratifs de X._____ SA, mais à temps partiel et de façon accessoire. Elle n'a jamais exercé des responsabilités du genre de celles qu'implique le poste en question. Dès lors, elle ne peut se prévaloir ni d'une formation professionnelle spéciale, ni de plusieurs années d'expérience, ni même de connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. A fortiori, c'est bien à tort que Y._____ se prévaut de connaissances ou de capacités professionnelles particulières, au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr. En effet, il est hautement improbable qu'un poste impliquant des responsabilités dans les ressources humaines ne puisse pas être occupé par un travailleur indigène ou par un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (v. sur ce point, arrêt du TAF C-5420 déjà cité, consid. 8.3 et les réf. cit.; v. également arrêt PE.2014.0331 du 17 août 2015 consid. 5b).

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Vu l'issue du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). En outre, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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