

VD_OMNI PE.2015.0366 vom 25. Januar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-01-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2015.0366

FR: VD_OMNI PE.2015.0366 du 25 janvier 2016

IT: VD_OMNI PE.2015.0366 del 25 gennaio 2016

Regeste

X. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et | Confirmation du refus de l'autorité de délivrer à un ressortissant mauricien ayant interrompu sa formation dans le management commercial une autorisation de travail pour effectuer un apprentissage de cuisinier dans un restaurant. L'employeur n'a pas tenu compte de la procédure applicable en la matière, puisqu'il a, d'emblée, engagé l'intéressé sans avoir au préalable effectué des recherches sur le marché local. En outre, cet employeur avait déjà requis en vain l'octroi d'un permis en faveur de l'intéressé pour une activité accessoire de cuisinier à mi-temps; il n'est donc pas exclu que cet engagement résulte en réalité d'une pure convenance personnelle de sa part.

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 loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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

Aux termes de l'art. 40 al. 2 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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 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 7 décembre 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) Aux termes de 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. 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 résidente 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 requérait 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) Ces règles s'imposent également lors de l'engagement d'apprentis. En effet, ceux-ci sont considérés en principe comme des personnes exerçant une activité lucrative (cf. art. 1a al. 2 OASA) et partant, sont soumis au contingentement. Dès lors, en vertu de l'art. 21 LETr, l'apprentissage ne constitue pas un motif d'exception aux priorités de recrutement (v. Directive SEM, ch. 4.1.1). Ainsi, l'ordre de priorité s'appliquant aussi 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.2010.0281 du 14 octobre

2010; PE.2009.0627 du 19 janvier 2010; PE.2009.0429 du 27 octobre 2009). 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 (arrêt PE.2013.0265 du 19 août 2014). De même, il a été jugé qu'un employeur ne pouvait se satisfaire de l'approbation du contrat par la DGEP pour en conclure qu'il était en droit d'employer un étranger, sans requérir préalablement l'autorisation du SDE (arrêt PE.2012.0089 du 30 juillet 2012).

E. 3

En l'espèce, l'intention de la recourante est d'engager comme apprenti cuisinier un ressortissant d'un Etat avec lequel la Suisse n'est liée par aucun traité. C'est par conséquent à juste titre que sa demande a été examinée par l'autorité intimée au regard des dispositions rappelées ci-dessus. a) La recourante rappelle qu'elle forme régulièrement des apprentis et qu'elle est inscrite à cet effet sur tous les sites officiels de recherche de places d'apprentissage et de placement des apprentis. Elle expose avoir effectué une douzaine d'essais avec des candidats durant l'année 2015, avant d'engager un apprenti de nationalité suisse. Selon ses explications, Y.Z._____ lui aurait été recommandé alors que la place d'apprentissage était déjà repourvue et au terme d'un entretien avec lui, la recourante aurait été convaincue, au vu de ses qualités, de l'engager et de former un second apprenti. Ce faisant, la recourante n'a cependant pas tenu compte de la procédure applicable en la matière, puisqu'elle a, d'emblée, engagé l'intéressé sans avoir au préalable effectué des recherches sur le marché local, ni démontré qu'aucun candidat en Suisse, ou aucun ressortissant de l'UE/AELE correspondant au profil requis n'avait été trouvé par elle pour ce second poste. Du reste, la recourante se garde de soutenir que seul Y.Z._____ répondait au profil requis pour un apprentissage de cuisinier dans son établissement. En aucun cas, la recourante ne pouvait s'affranchir de la priorité du marché du travail indigène en invoquant la circonstance qu'elle venait d'engager un apprenti de nationalité suisse pour le premier poste. On relève du reste que ce n'est pas la première fois que la recourante requiert la délivrance d'une autorisation de travail en faveur de Y.Z._____. Elle l'avait déjà fait le 5 mars 2013 pour une activité accessoire d'aide de cuisine à mi-temps, avant d'essuyer un refus de l'autorité intimée, le 25 mars 2013. Or, depuis lors, l'intéressé a interrompu la formation au bénéfice de laquelle une prolongation de l'autorisation de séjour lui avait été délivrée; il courait donc concrètement le risque de se voir refuser une nouvelle prolongation et d'être exposé au renvoi de Suisse. Il n'est donc pas exclu que son engagement résulte en réalité d'une pure convenance personnelle de l'employeur. b) 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 les conditions des art. 22 LEtr (rémunération suffisante) et 23 LEtr (qualifications personnelles) sont également respectées, ce qui est le cas s'agissant de la rémunération. A cela s'ajoute qu'il est douteux, comme l'autorité intimée le relève dans sa réponse, qu'un candidat à une place d'apprentissage puisse être considéré comme un spécialiste ou un travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr, quelles que soient les qualités dont Y.Z._____ pourrait se prévaloir.

E. 4

Par surabondance de moyens, ce point n'ayant pas été abordé durant la procédure par les autorités intimée et concernée, il s'avère qu'une autorisation de séjour ne peut pas

davantage être délivrée au recourant en application de l'art. 30a al. 1 OASA, à teneur duquel: «Afin de permettre à un étranger en séjour irrégulier de suivre une formation professionnelle initiale, une autorisation de séjour peut lui être octroyée pour la durée de la formation aux conditions suivantes: a. le requérant a suivi l'école obligatoire de manière ininterrompue durant cinq ans au moins en Suisse et a déposé une demande dans les douze mois suivants; la participation à des offres de formation transitoire sans activité lucrative est comptabilisée comme temps de scolarité obligatoire; b. l'employeur du requérant a déposé une demande conformément à l'art. 18, let. b, LEtr; c. les conditions de rémunération et de travail visées à l'art. 22 LEtr sont respectées; d. le requérant est bien intégré; e. il respecte l'ordre juridique; f. il justifie de son identité». Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} février 2013, fait suite à une motion du conseiller national Luc Barthassat demandant au Conseil fédéral de mettre en œuvre un mode d'accès à la formation professionnelle initiale pour les jeunes sans statut légal ayant effectué leur scolarité en Suisse. Elle permet de délivrer une autorisation de séjour pour cas de rigueur au sens des art. 30 al. 1 let. b LEtr et 14 al. 2 LAsi. Elle énonce les critères déterminants à prendre en compte lors de la délivrance d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur aux personnes en séjour irrégulier qui désirent effectuer une formation professionnelle initiale et/ou accéder à une offre de formation transitoire nécessitant l'exercice d'une activité lucrative (cf. Directives SEM, ch. 5.6.5.1). La personne concernée doit avoir fréquenté l'école obligatoire en Suisse durant les cinq dernières années précédant le dépôt de la demande d'autorisation de séjour et ce, de manière ininterrompue. Elle doit apporter la preuve qu'elle a accompli les années de scolarité requises en Suisse (ibid., ch. 5.6.5.5.1). In casu, comme on le voit, le recourant est venu de Maurice, au terme de sa scolarité obligatoire effectuée dans son pays d'origine, pour suivre des études en Suisse. Il ne remplit par conséquent pas cette première condition, de sorte que l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur n'entre pas en considération.

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.