

VD_OMNI PE.2016.0028 vom 9. Mai 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-05-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2016.0028

FR: VD_OMNI PE.2016.0028 du 9 mai 2016

IT: VD_OMNI PE.2016.0028 del 9 maggio 2016

Regeste

X. _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Recours contre le refus du SDE d'autoriser la prise d'emploi d'une ressortissante chinoise en qualité de pianiste-accompagnatrice de classe de danse en filière. En ne procédant pas à des recherches sur les marchés tant suisse et qu'eupéen ainsi qu'auprès de l'ORP, l'employeur n'a pas respecté l'ordre de priorité (art. 21 al. 1 LEtr; consid. 1) et n'a par ailleurs pas établi qu'il existait sur le marché du travail un besoin avéré de main d'oeuvre dans le secteur concerné (art. 21 al. 3 LEtr, critère de l'intérêt économique prépondérant), alors que l'activité en question ne présente pas un intérêt scientifique prépondérant, la musique n'étant pas pratiquée au plus haut niveau (art. 21 al. 3 LEtr; consid. 3). On ne saurait en outre considérer que l'activité de pianiste accompagnateur de cours de danse serait une fonction de cadre ou de spécialiste ou occupant un travailleur qualifié (consid. 2). Recours rejeté avec opinion minoritaire d'un juge assesseur. Recours déclaré irrecevable par arrêt TF du 10 juin 2016 (2C_531/2016).

Erwägungen

E. 1

L'autorité intimée a refusé la prise d'emploi d'une ressortissante chinoise en qualité de pianiste-accompagnatrice de classe de danse dans la filière "Danse-Etudes" d'un établissement scolaire. a) Aux termes de l'art. 18 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes: son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a); son employeur a déposé une demande (let. b); les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies (let. c). Parmi les conditions mentionnées à l'art. 18 let. c LEtr, l'art. 21 al. 1 LEtr 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. Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les ch. 4.3.2.1 et 4.3.2.2 des directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) intitulées "Domaine des étrangers" prévoient, dans leur version d'octobre 2013 actualisée le 6 janvier 2016 (ci-après: les directives SEM), 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 (cf. arrêts du TAF C-2638/2010 du 21 mars 2011, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4. et C-106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6). [...] 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." Selon la jurisprudence, 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 dans la presse et auprès de l'Office régional de placement (ORP) pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (cf. notamment arrêts PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014 consid. 2b; PE.2013.0125 du 16 octobre 2013 consid. 3). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, la cour de céans 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 consid. 2c, confirmé sur recours par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, la cour 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'ORP ayant été effectuée postérieurement à la demande (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009 consid. 3). 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'ORP (arrêt PE.2009.0244 du 27 novembre 2009 consid. 2c). 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 consid. 3). Selon l'art. 22 LEtr, un étranger ne peut en outre 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. b) En l'espèce, la recourante a déposé une demande de prise d'emploi pour une ressortissante chinoise, ressortissante d'un Etat tiers et donc soumise à

l'ordre de priorité institué par l'art. 21 LETr. S'agissant de la recherche de candidats pour son poste de pianiste-accompagnateur de cours de danse, la recourante soutient avoir sans succès publié son offre d'emploi sur le site Internet de l'association ARTOS (Association romande technique organisation spectacle), spécialisée dans le domaine artistique, ainsi qu'au Conservatoire de Lausanne. Or, au vu de la jurisprudence précitée, qui exige notamment que le poste ait également été, d'une part, signalé après d'un office régional de placement (ORP) et, d'autre part, publié sur le marché européen, les recherches effectuées par la recourante apparaissent manifestement insuffisantes afin qu'il soit possible de retenir 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 (art. 21 al. 1 LETr). Quand bien même le poste en question nécessiterait une spécialisation en accompagnement de danseurs professionnels, comme elle le soutient, il n'en demeure pas moins que les recherches effectuées par la recourante tant sur le marché local que sur le marché européen ne sauraient être considérées comme suffisantes.

E. 2

L'autorité intimée a également considéré que les conditions de l'art. 23 al. 3 LETr n'étaient pas réunies. a) A teneur de l'art. 23 al. 1 LETr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir 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'œuvre résidente au sens de l'art. 21 LETr (arrêt du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.1 et les réf. cit.). Il ressort des directives SEM que les qualifications 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. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également 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 (directives SEM, ch. 4.3.4). En dérogation à l'art. 23 al. 1 et 2 LETr, peuvent être admis, selon l'al. 3 let. c de cette disposition, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. 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 précité consid. 8.3 et les réf. cit.). b) En l'occurrence, la personne que la recourante cherche à engager est une musicienne, pianiste, titulaire notamment d'un Master en interprétation musicale avec orientation en accompagnement ainsi que d'un Master en pédagogie musicale avec orientation en enseignement instrumental ou vocal avec piano. Or, on ne saurait considérer que l'activité de pianiste accompagnatrice de cours de danse serait une fonction de cadre ou de spécialiste ou occupant un travailleur qualifié. Quoi qu'en dise la recourante, s'il est

certes possible que cette activité requiert des compétences de pianiste accompagnateur conjuguées à certaines connaissances de la danse, il n'en demeure pas moins que ces connaissances pouvaient, selon les termes que la recourante a elle-même choisis dans son offre d'emploi, se limiter à "connaître un minimum la danse classique afin de comprendre l'accompagnement", ce qui ne confère encore pas à la personne exerçant cette activité le caractère de spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr. Quant aux différentes catégories prévues par l'art. 23 al. 3 LEtr, on ne saurait considérer que les cas de figure des let. a, b, d et e seraient remplis; quant à la let. c, qui vise les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, on ne saurait retenir, en l'absence de recherches suffisantes effectuées par la recourante (cf. ci-dessus consid. 1), que l'admission de l'intéressée réponde de manière avérée à un besoin.

E. 3

Il convient encore d'examiner si la recourante pouvait se prévaloir de l'art. 21 al. 3 LEtr. a) Aux termes de cette disposition, il peut être dérogé à l'al. 1^{er} - selon lequel les ressortissants suisses ou d'un Etat de l'UE ou de l'AELE ont la priorité dans le recrutement - si un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école ou d'une haute école spécialisée suisse souhaite exercer une activité lucrative qui revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de son perfectionnement en Suisse pour trouver une telle activité. Les directives SEM prévoient ce qui suit (ch. 4.4.7, pp. 101-102): "Cette réglementation permet, notamment, aux entreprises suisses et aux milieux académiques suisses de recruter des spécialistes qui ont terminé avec succès leurs études en Suisse et qui sont bien ou hautement qualifiés. Entrent en ligne de compte les titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse dans les domaines où ils peuvent mettre en pratique à un haut niveau les connaissances qu'ils ont acquises et où il n'existe effectivement pas d'offre de main-d'œuvre suffisante. Il s'agit, en règle générale, d'activités dans les domaines de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou encore pour mettre en application le savoir-faire acquis dans des domaines d'activités qui revêtent un intérêt économique prépondérant. Une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation et que l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste à pourvoir. De même, l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse (ATAF du 2 mai 2012 / C-674/2011). Demeurent exclus les secteurs d'activités qui n'ont aucun lien direct avec les études accomplies (par exemple tâches administratives ou emploi n'ayant aucun rapport avec les études accomplies)." Dans ce cas, l'employeur ne doit notamment plus démontrer qu'il n'a pu trouver une personne correspondant au profil requis en dépit de ses recherches (arrêt du TAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.2). b) En l'occurrence, la personne que la recourante souhaite engager a obtenu, en Suisse, le ***** 2013 un Master of Arts HES-SO en Interprétation musicale avec orientation en Accompagnement auprès de la Haute Ecole de Musique de Lausanne (HEMU) ainsi que, le ***** 2015, un Master of Arts HES-SO en Pédagogie musicale avec orientation en Enseignement instrumental ou vocal avec Piano en discipline principale auprès de la Haute école de musique de Genève. Aux termes de l'art. 21 al. 3 LEtr, elle pouvait donc demeurer en Suisse durant six mois à compter du 25 juin 2015, soit jusqu'au 25 décembre 2015, pour trouver une activité lucrative qui revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. La demande déposée par la recourante est bien intervenue dans ce délai. Il convient

toutefois encore d'examiner si l'activité lucrative en question revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (art. 21 al. 3, première phrase, in fine LEtr). En premier lieu, on ne saurait retenir que l'accompagnement musical de cours de danse à de jeunes adolescents, certes en filière "Danse-Etudes" mais toutefois pas danseurs professionnels, présenterait un intérêt scientifique prépondérant, la musique n'y étant pas pratiquée au plus haut niveau (cf. arrêt du TAF C-3859/2014 du 6 janvier 2016 consid. 7.4 concernant l'enseignement de la musique dans une école de musique privée). Quant à l'intérêt économique prépondérant, il n'est en l'état pas établi qu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'œuvre dans le secteur de l'accompagnement musical de cours de danse, dès lors que la recourante n'a pas établi avoir effectué des recherches suffisantes demeurées sans succès (cf. ci-dessus, consid. 1), ni que l'occupation du poste litigieux permettrait de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse. Par conséquent, on ne saurait considérer que les conditions posées par l'art. 21 al. 3 LEtr, permettant de déroger à l'ordre de priorité, seraient réunies.

E. 4

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Succombant, la recourante supporte les frais de justice. Il n'est pas alloué de dépens (art. 49, 55, 91 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]).

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