

VD_OMNI PE.2016.0070 vom 11. August 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-08-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2016.0070

FR: VD_OMNI PE.2016.0070 du 11 août 2016

IT: VD_OMNI PE.2016.0070 del 11 agosto 2016

Regeste

A. X. _____, B. Y. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi
Contrôle du marché du travail | Confirmation du refus de l'autorité de délivrer à un
ressortissant tunisien une autorisation de travail pour effectuer un apprentissage de
dessinateur en bâtiment, dans un bureau d'architecture, malgré l'approbation du contrat
d'apprentissage par l'autorité compétente. Le recourant avait obtenu en 2013 une
autorisation de séjour en Suisse en vue d'une formation universitaire et avait demandé fin
2015 de pouvoir changer en argumentant notamment que la formation de dessinateur
s'achèverait de toute manière avant celle déjà débutée en architecture et qu'il rentrerait
ensuite en Tunisie. L'employeur n'avait pas effectué des recherches d'emploi sur le marché
local. Le recourant ne peut pas invoquer l'Accord entre la Confédération suisse et la
République tunisienne du 11 juin 2012 relatif à l'échange de jeunes professionnels, puisqu'il
n'a pas achevé une formation professionnelle ou universitaire. Recours au TF rejeté
(2C_818/2016 du 26 septembre 2016).

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. La question de savoir si B. Y. _____ pouvait encore déclarer se
joindre au recours par écriture du 29 mars 2016, alors que la décision attaquée date du 25
janvier 2016, peut rester ouverte, vu que le premier recourant est également légitimé à
recourir.

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) L'art. 18 LEtr prévoit qu'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 (ci-après: Directives LEtr) prévoient en particulier ce qui suit (octobre 2013, version actualisée au 18 juillet 2016): "(...) 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 des candidats ressortissants de l'UE/AELE. (...)" (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; RO 1986 1791), abrogée avec effet au 1 er janvier 2008. Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif (TA), puis la CDAP 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 CDAP 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; TA PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). c) De plus, 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. d) Enfin, à 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). 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 (Tribunal administratif fédéral [TAF] C-5420/2012 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 (CDAP PE.2015.0118 du 30 juillet 2015). Il a également été jugé qu'un pizzaiolo n'était pas un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr (CDAP PE.2012.0427 du 26 février 2013), de même qu'un «chargé d'événements» (CDAP 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 (CDAP PE.2010.0184 du 31 décembre 2010), une responsable commerciale, plus précisément spécialiste en gestion des déchets (CDAP PE.2009.0492 du 14 décembre 2009), ou même un œnologue (CDAP PE.2009.0119 du 17 septembre 2009; cf. en outre, dans le même sens CDAP 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-5420/2012 du 15 janvier 2014 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. A cet égard, les Directives LEtr précisent ce qui suit (ch. 4.1.1): "La distinction entre apprenti et étudiant n'est pas toujours facile à opérer. Les apprentis sont considérés en principe comme des personnes exerçant une activité lucrative et partant, sont soumis au contingentement (art. 20 LEtr, art. 19 et 20 OASA). En vertu de l'art. 21 LEtr, l'apprentissage ne constitue pas un

motif d'exception aux priorités de recrutement. En revanche, l'admission d'écoliers/étudiants ne fait l'objet d'aucune limitation quantitative à condition que l'établissement de formation dispense un enseignement à plein temps et que l'activité pratique obligatoire en entreprise ne représente pas plus de la moitié de la formation totale (art. 39 OASA)." 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 (CDAP PE.2015.0366 du 25 janvier 2016 consid. 2e; 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 (CDAP 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 (CDAP PE.2015.0366 du 25 janvier 2016 consid. 2e; PE.2012.0089 du 30 juillet 2012). Selon les Salaires indicatifs des apprentis – édition 2016 édictée par la DGEP, le salaire mensuel recommandé pour un apprenti dessinateur CFC, orientation architecture, s'élève à 1'025 fr. en 3^{ème} année et 1'325 fr. en 4^{ème} année. f) Le 11 juin 2012 a été signé un Accord entre la Confédération suisse et la République tunisienne relatif à l'échange de jeunes professionnels (RS 0.142.117.587; ci-après: l'Accord du 11 juin 2012), lequel règle l'échange de citoyens suisses et de citoyens tunisiens prenant dans l'autre pays, pour un temps limité, un emploi dans la profession qu'ils ont apprise, ce qui leur permet de parfaire leurs connaissances professionnelles et linguistiques (art. 2). Selon l'art. 2 al. 1 de cet Accord, les jeunes professionnels doivent être âgés de 18 ans au moins et, en règle générale, ne pas avoir plus de 35 ans (1^{ère} phrase). Ils doivent avoir achevé une formation professionnelle de deux ans au moins ou une formation universitaire et être titulaires d'un document de fin d'études dans le domaine requis (2^e phrase).

E. 3

a) Les recourants invoquent le fait que B. Y. _____ était autorisé à rester sur sol helvétique jusqu'en 2019, de sorte que le fait d'entamer une nouvelle formation, à terminer en 2017, implique un séjour en Suisse plus court que prévu initialement. En outre, il aurait démontré sa motivation au niveau de ses résultats scolaires, et le fait de pouvoir entreprendre une formation accélérée serait également un gage de ses compétences. Le recourant soutient par ailleurs que "l'aspect formation prédomine largement sur l'aspect rentabilité" dans le cas de son apprentissage et qu'il a démontré avoir pour unique objectif de se former en Suisse, raison pour laquelle il conviendrait de faire une exception au principe selon lequel l'apprentissage est considéré comme une activité lucrative. b) On ne voit pas en quoi l'aspect "formation" prédominerait dans l'apprentissage de B. Y. _____ par rapport à d'autres apprentissage. Certes, la voie de l'apprentissage accéléré se terminerait en 2017 alors que la formation choisie initialement se termine en 2019. Il n'en demeure pas moins que c'est pour une formation d'architecte spécifiquement auprès de l'HEPIA qu'une autorisation de séjour avait été octroyée à B. Y. _____, après une procédure relative à cette formation uniquement. En outre, le salaire d'apprenti prévu pour B. Y. _____, qui s'élève à 1'025 fr. en 1^{ère} (ou 3^{ème}) année et à 1'325 fr. en 2^{ème} (ou

4 ème) année, correspond aux salaires recommandés pour les apprentis de la branche et a été approuvé par la DGEP, de sorte que l'argument des recourants selon lequel le salaire serait trop bas pour considérer qu'il s'agit d'un emploi rémunéré ne vaut pas. Du reste, l'art. 1a al. 2 OASA prévoit explicitement que toute activité exercée en qualité d'apprenti, pour laquelle la rémunération est régulièrement basse, est considérée comme activité salariée au sens de l'art. 11 LEtr. Dès lors, il y a lieu d'appliquer les art. 18 à 24 LEtr. A ce sujet, le recourant A. X. _____ ne soutient même pas avoir recherché une autre personne pour la place d'apprentissage à pourvoir dans sa société. Le recourant n'a ainsi manifestement 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, ni démontré qu'aucun candidat en Suisse, ou aucun ressortissant de l'UE/AELE correspondant au profil requis n'avait été trouvé par lui pour ce second poste. Du reste, il se garde de soutenir que seul B. Y. _____ répondait au profil requis pour un apprentissage d'architecte dans sa société. En aucun cas, il ne pouvait s'affranchir de la priorité du marché du travail indigène. 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 B. Y. _____ pourrait se prévaloir. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les recourants, l'indépendance financière de B. Y. _____ n'est pas certaine, dès lors qu'il ressort du rapport d'inspection du SDE du 5 janvier 2016 qu'il a travaillé, de plus sans autorisation de travail, dès juillet 2015 pendant plusieurs mois au service d'un bar restaurant lausannois, tandis que la dernière attestation d'études (du 15 septembre 2014) de l'HEPIA produite par les recourants ne porte que sur une période se terminant le 15 février 2015. c) Force est aussi de constater que B. Y. _____ ne peut pas non plus se prévaloir de l'Accord du 11 juin 2012 dès lors qu'il n'est titulaire d'aucun document de fin d'études dans le domaine de l'architecture et n'a pas non plus achevé une autre formation professionnelle d'au moins deux ans, bien qu'il soit titulaire d'un baccalauréat en sciences techniques (cf. art. 2 al. 1, 2 e phrase, de l'Accord du 11 juin 2012).

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 de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS 142.31). 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 LEtr, 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. La fréquentation d'une offre de formation transitoire purement théorique après l'école obligatoire doit être comptabilisée dans le calcul de la durée des cinq ans de scolarité obligatoire exigée. La fréquentation d'offres de formation transitoire qui nécessitent, quant à elles, l'exercice d'une activité lucrative ne peut en revanche pas être comptabilisé (ibid., ch. 5.6.5.5.1). In casu, comme on le voit, B. Y. _____ est venu de Tunisie pour suivre des études en Suisse. Il avait auparavant effectué sa scolarité obligatoire en Tunisie. La durée d'études en Suisse n'atteint pas cinq ans et ne pourrait, du reste, pas être reconnu comme fréquentation d'une offre de formation transitoire au sens de l'art. 30a al. 1 let. a OASA. B. Y. _____ ne remplit par conséquent pas la première condition posée à l'art. 30a al. 1 OASA, de sorte que l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur dans le but de suivre un apprentissage n'entre pas en considération.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté, la décision attaquée du SDE étant confirmée. Vu l'issue du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge des recourants, solidairement entre eux (art. 49 al. 1, 51 al. 2, 91 et 99 LPA-VD). En outre, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 56 al. 3, 91 et 99 LPA-VD).

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