

VD_OMNI PE.2016.0228 vom 21. Juni 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2016.0228

FR: VD_OMNI PE.2016.0228 du 21 juin 2017

IT: VD_OMNI PE.2016.0228 del 21 giugno 2017

Regeste

A. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs, B. _____ | Confirmation du refus du SDE de délivrer à une ressortissante brésilienne une autorisation d'exercer une activité lucrative pour un poste de gestionnaire en intendance dans un EMS. Détermination de l'objet du litige au regard des conclusions de la recourante. Rappel des compétences respectives du SDE et du SPOP dans le cas d'espèce (consid. 2). En l'occurrence, il n'apparaît pas que l'activité de gestionnaire en intendance précitée ne puisse pas être effectuée par un travailleur issu de la main-d'oeuvre résidente au sens de l'art. 21 LEtr, de sorte que le recrutement de la recourante semble relever plutôt de motifs de convenance personnelle de l'employeur concerné. En outre, l'employeur ne démontre pas qu'il aurait suivi la procédure de recrutement applicable conformément à la loi (consid. 4). Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale sur l'emploi du 5 juillet 2005 (LEmp, RSV 822.11), la loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 [LPA-VD; RSV 173.36] est applicable aux décisions rendues en application, notamment, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr; RS 142.20), ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 LPA-VD, 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

Il convient en premier lieu de déterminer l'objet du litige. a) Aux termes de l'art. 79 al. 2 LPA-VD, le recourant ne peut pas prendre de conclusions qui sortent du cadre fixé par la décision attaquée. Il peut en revanche présenter des allégués et moyens de preuve qui n'ont pas été invoqués jusque-là. L'objet du litige est par conséquent défini par trois éléments: la décision attaquée, les conclusions du recours et les motifs de celui-ci. Selon le principe de l'unité de la procédure, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous forme de décision. L'objet du litige peut être réduit devant l'autorité de recours, mais pas étendu, ni modifié (ATF 136 V 362 consid. 3.4.2). Le juge administratif n'entre pas en matière sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet du litige qui lui est soumis (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1; 125 V 413 consid. 1a et les références citées). b) En l'occurrence, le litige porte sur le refus d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative pour un travailleur étranger. La décision attaquée a été rendue par le SDE, qui est l'autorité cantonale en matière de marché du travail au sens de la LEtr; à ce titre, il est notamment compétent pour préavisier ou décider, après examen des demandes

déposées par les entreprises ou les travailleurs étrangers, de l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité lucrative salariée ou indépendante, ainsi que des changements d'emploi ou de canton (art. 64 let. a LEmp). En revanche, l'admission d'étrangers pour cas de rigueur au sens des art. 30 al. 1 let. b LEtr et 31 OASA relève de la compétence du SPOP, conformément à l'art. 3 ch. 1 et 2 de la loi d'application dans le Canton de Vaud de la législation fédérale sur les étrangers du 18 décembre 2007 (LVLEtr; RSV 142.11). Cela étant, les conclusions de la recourante tendant à ce que sa situation soit examinée sous l'angle de ces dispositions sortent de l'objet du litige porté devant le tribunal de céans, dans la mesure où l'autorité intimée, le SDE, ne s'est pas prononcée sur l'application de ces dispositions légales dans la décision attaquée et n'est pas non plus compétente pour le faire, la compétence cantonale relevant à ce sujet au SPOP qui devra encore statuer (cf. aussi ci-après consid. 5).

E. 3

a) Les ressortissants étrangers ne bénéficient en principe d'aucun droit à l'obtention d'une autorisation de séjour et de travail, sauf s'ils peuvent le déduire d'une norme particulière du droit fédéral ou d'un traité international (ATF 131 II 339 consid. 1; 130 II 281 consid. 2.1, 493 consid. 3.1). En l'espèce, il n'existe pas de traité entre la République fédérative du Brésil et la Suisse réglant le droit de séjour des ressortissants de ces pays. Le recours s'examine ainsi uniquement au regard du droit interne, soit essentiellement de la LEtr. b) 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). c) 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). Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants dudit pays, les titulaires d'une autorisation d'établissement et les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (cf. art. 21 al. 2 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 12 avril 2017) : "[...] 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. d) 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 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). 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 (CDAP 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 (cf. notamment CDAP PE.2016.0291 du 18 octobre 2016 consid. 3a; PE.2015.0253 du 31 août 2015 consid. 1a; PE.2014.0230 du 24 avril 2015 consid. 2a; PE.2014.0483 du 14 avril 2015 consid. 2c; PE.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (CDAP PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014). e) 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 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. 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 Tribunal administratif fédéral [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 (CDAP 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 (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 précité consid. 8.3 et les réf. cit.).

E. 4

a) En l'espèce, B. _____ entend engager la recourante en qualité de gestionnaire en intendance, poste qui correspond au CFC obtenu par cette dernière. Il ressort de la lettre de l'employeur du 13 septembre 2016 que le cahier des charges de ce poste comprend notamment l'entretien, la mise en place et le rangement des salles à manger, le service à table ainsi que le rangement et le nettoyage de la vaisselle, des chariots de repas, des machines à café, l'entretien des moyens auxiliaires tels que chaises roulantes, tintébins, pèse-personnes, cigognes, la gestion complète du linge, la gestion des déchets, etc. L'employeur indique par ailleurs que la recourante " possède de manière intrinsèque les qualités requises à l'activité particulière qu'est l'accompagnement des personnes âgées ". Sans mettre en doute la réalité de la compétence professionnelle et la valeur des qualités personnelles de la recourante, il n'apparaît pas que l'activité de gestionnaire en intendance telle qu'envisagée ci-dessus ne puisse pas être exécutée par un travailleur indigène ou un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE disposant des qualifications professionnelles recherchées et disponible sur le marché suisse du travail. Cela étant, le recrutement de la recourante n'apparaît pas indispensable, mais semble plutôt relever de motifs de convenance personnelle de l'employeur, qui avait déjà formé la recourante en qualité d'apprentie pour la même fonction. Il y a ainsi lieu de considérer, avec l'autorité intimée, que la condition posée à l'art. 23 al. 3 let. c LETr n'est pas remplie. b) Dès lors que la recourante ne peut se prévaloir d'une exception à l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LETr, il convient d'examiner la demande d'autorisation de travailler sous l'angle de ce

principe. A cet égard, B._____ ne démontre nullement qu'elle aurait tenu compte de la procédure applicable en la matière, puisqu'elle n'invoque pas avoir effectué des recherches sur le marché local avant d'engager la recourante. Elle n'a en effet fourni aucune pièce démontrant qu'elle aurait annoncé l'emploi à pourvoir auprès de l'ORP et par le biais de la presse ou de plateformes de recrutement. Elle ne soutient pas non plus qu'aucun candidat en Suisse, ou aucun ressortissant de l'UE/AELE correspondant au profil requis n'avait été trouvé par elle pour ce poste, même si elle prétend, dans sa demande du 2 mai 2016, manquer " cruellement de candidats qualifiés ". c) Partant, en refusant d'accorder une autorisation de séjour avec activité lucrative à la recourante, force est d'admettre que l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. La décision attaquée ne prête donc pas le flanc à la critique.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD; art. 4 al. 1 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; RSV 173.36.5.1]). Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 al. 1, 56 al. 3, 91 et 99 LPA-VD). Cela étant, à toutes fins utiles et sans préjuger, le tribunal relève à l'attention du SPOP que le cas de la recourante paraît justifier un examen approfondi des conditions légales sur la base desquelles l'intéressée peut prétendre à la délivrance d'une autorisation de séjour, en particulier de l'application des art. 30 al. 1 let. b LEtr et 31 OASA, au regard des arguments que l'intéressée soulève au sujet de sa bonne intégration en Suisse, de sa situation en cas de retour au Brésil et de ses liens avec ce pays, la future prolongation d'une éventuelle autorisation de séjour pouvant par la suite être reconsidérée au cas où la recourante devrait rester sans emploi, dépendre de l'aide sociale ou conclure le mariage avec un ressortissant de son pays d'origine dont elle demanderait le regroupement familial.

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