

# VD\_OMNI PE.2017.0041 vom 7. Juni 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-06-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2017.0041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2017.0041)

FR: VD\_OMNI PE.2017.0041 du 7 juin 2017

IT: VD\_OMNI PE.2017.0041 del 7 giugno 2017

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs, B. \_\_\_\_\_ | Rejet du recours d'un ressortissant kosovar, résidant en Suisse sans autorisation de séjour, contre le refus du Service de l'emploi (SDE) de lui accorder une autorisation de travail. Pas de qualifications personnelles exceptionnelles selon l'art. 23 LEtr, ni respect de l'ordre de priorité selon l'art. 21 LEtr pour une activité d'aide de cuisine, même si le recourant invoque parler plusieurs langues et se charger de nombreuses tâches et même si l'employeur fait valoir que ses employés qui sont ressortissants de l'UE le quittent à chaque fois peu de temps après avoir reçu leur autorisation de séjour (consid. 4). Pas de violation du droit d'être entendu si le SDE ne donne pas au demandeur la possibilité de compléter sa requête d'octroi d'un permis de travail, ce d'autant moins que la décision attaquée n'a pas été fondée sur un motif dont aucune partie ne pouvait supputer la pertinence (consid. 5).

## Erwägungen

### E. 1

Déposé dans le délai légal de 30 jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le recours est intervenu en temps utile, compte tenu des fêtes de fin d'année (cf. art. 96 al. 1 let. c LPA-VD). Il respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD (par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Le litige porte sur le refus d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative pour un travailleur étranger.

### 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 130 II 281 consid. 2.1, 493 consid. 3.1; 128 II 145 consid. 1.1.1, et les arrêts cités). A teneur de son art. 2, la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) s'applique aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (al. 1). Elle n'est en principe applicable ni aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ni aux ressortissants des Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (al. 2 et 3). Il résulte de l'art. 1 er de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS.142.112.681) que l'objectif de cet accord est d'accorder en faveur " des ressortissants "

des Etats membres de la Communauté européenne et de la Suisse un droit de séjour, d'entrée, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes (let a). b) En l'espèce, A. \_\_\_\_\_ étant ressortissant kosovar, soit d'un Etat tiers, il ne saurait se prévaloir de l'ALCP. Il est par conséquent soumis aux dispositions de la LEtr.

#### **E. 4**

a) 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 son admission 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 Suisses, les titulaires d'une autorisation d'établissement, les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 LEtr). Selon les directives édictées par le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) (directive "I. Domaine des étrangers", état au 26 octobre 2016 et au 12 avril 2017, ch. 4.3.2), l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr exige que l'employeur ait annoncé le poste vacant auprès des ORP et entrepris en outre 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 sur le marché suisse. D'après la jurisprudence constante du Tribunal cantonal, 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 et 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 par des annonces dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (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). A teneur de l'art. 23 LEtr, "seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou 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 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. 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'expériences, diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire, ou encore 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 (CDAP PE.2013.0265 du 19 août 2014 consid. 2c et la référence citée; Directives "Domaine des étrangers" précitées ch. 4.3.4). b) aa) En l'espèce, le recourant met en avant le fait qu'il parle deux langues (italien et albanais), outre le français, et qu'il effectue de nombreuses tâches dans le cadre de son activité puisqu'il assure le service, la tenue de la caisse, tout en fournissant une aide à la cuisine et en fonctionnant comme pizzaiolo. Il estime ainsi remplir la condition des qualifications personnelles posée à l'art. 23 al. 3 let. c LEtr qui permet une dérogation au principe de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr. A cet égard, l'autorité intimée a estimé d'une part que la connaissance des langues albanaise et italienne constituait certes un atout mais que ces deux langues n'étaient pas indispensables à la pratique d'une activité d'aide de cuisine au sein d'un restaurant sis à \*\*\*\*\* et que, d'autre part, l'activité pour laquelle la demande d'autorisation de séjour avait été déposée correspondait à un emploi d'aide de cuisine, soit à un poste non qualifié, tel que cela ressortait du formulaire rempli à cet effet. Il y a en l'occurrence lieu de considérer, avec l'autorité intimée, que la condition posée à l'art. 23 al. 3 let. c LEtr n'est pas remplie. En effet, le fait que le recourant parle l'albanais et l'italien et qu'il doit effectuer des tâches diverses dans le cadre de son activité d'aide de cuisine ne suffit pas encore à considérer qu'il dispose de qualifications professionnelles particulières au sens de la disposition précitée. Du reste, comme l'a retenu l'autorité intimée, les deux langues parlées par le recourant ne sont pas indispensables à l'exercice de son activité d'aide cuisinier. Le fait que l'employeur ait engagé l'intéressé comme chef de cuisine à compter du 1<sup>er</sup> avril 2017 ne change rien à cette appréciation. bb) Dès lors que le recourant ne peut se prévaloir d'une exception à l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr, il convient d'examiner sa demande sous l'angle de ce principe. En l'occurrence, force est de constater que l'employeur n'a pas déployé tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour repourvoir le poste en question. A cet égard, le recourant admet lui-même qu'il est possible de trouver un travailleur en Suisse ou un ressortissant européen mais prétend que les candidats potentiels ne rempliraient pas tous les critères du profil requis (connaissance des langues et capacité d'effectuer diverses tâches). Or les qualités évoquées par le recourant pour le poste en question ne ressortent pas de la demande déposée par l'employeur, dans laquelle il est uniquement indiqué " aide de cuisine ". Le recourant ne saurait dès lors valablement se prévaloir du fait que seul son profil correspondrait au poste requis alors que l'employeur lui-même ne semble pas avoir exigé de qualités particulières. Cela étant, l'employeur n'a de toute manière pas établi avoir effectué des démarches suffisantes pour trouver un travailleur déjà disponible sur le marché indigène ou européen. Il n'a en effet fourni aucune pièce démontrant qu'il aurait annoncé l'emploi vacant auprès de l'ORP et par le biais de la presse ou de plateformes de recrutement. Quant à l'argument avancé tant par le recourant que par l'employeur, selon lequel les précédents employés de B. \_\_\_\_\_ ne restaient que rarement plus d'une année et seulement quelques mois après l'obtention de leur permis et que ceux-ci n'étaient pas en mesure d'effectuer toutes les tâches effectuées par le recourant, il tend plutôt à démontrer que l'employeur a porté son choix sur ce dernier par pure convenance personnelle et non du fait que les démarches – au demeurant inexistantes – entreprises auprès du marché indigène et européen n'auraient pas abouti. Enfin, le contrat de travail produit par le recourant dans le cadre de la présente procédure mentionnant une fonction de " chef de cuisine " ne change rien au fait que l'employeur n'a pas démontré avoir entrepris des recherches pour trouver un travailleur sur le marché indigène et européen correspondant au profil requis. Sans que cela soit encore

décisif pour le cas d'espèce, on peut par ailleurs se demander si un salaire brut de 3'800 fr. par mois pour une telle fonction ne présente pas une sous-enchère salariale qui ne peut pas bénéficier de l'octroi d'une autorisation sur le contingent prévu à l'art. 20 LEtr. Si le recourant laisse entendre que la connaissance de l'albanais est indispensable pour sa fonction en raison des langues parlées par les fournisseurs, ses employeurs n'avaient, d'une part, pas exigé cette condition puisqu'ils avaient auparavant engagé des ressortissants italiens qui ne maîtrisaient pas cette langue; dans le courrier de leur conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2016, ils n'avaient par ailleurs pas fait valoir cette nécessité, mais uniquement invoqué que les ressortissants italiens avaient résilié leur contrat aussitôt qu'ils avaient obtenu leur permis de séjour; on relèvera encore à ce sujet que presque tous les neuf employés d'origine italienne nommés sur la liste produite par le recourant (pièce 3 B) sont restés auprès du même employeur plusieurs mois, voire plus d'une année après l'obtention du permis de séjour. D'autre part, le marché suisse présente également des personnes qui parlent l'albanais. Enfin, comme déjà évoqué, on ne voit pas pourquoi la maîtrise de l'albanais serait indispensable pour l'activité en question, d'autant plus que l'intégration des travailleurs du troisième cercle suppose en principe aussi l'apprentissage de la langue du pays pour lequel un permis de travail et de séjour est requis; il n'a enfin pas été question que l'albanais soit nécessaire pour s'occuper de clients parlant cette langue. cc) Partant, en refusant d'accorder une autorisation de séjour avec activité lucrative au recourant, force est d'admettre que l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation.

## E. 5

Le recourant invoque encore une violation de son droit d'être entendu. Il reproche en particulier à l'autorité intimée de ne pas lui avoir laissé la possibilité de compléter la demande déposée par B.\_\_\_\_\_. Sur ce point, le SDE s'appuie, dans ses déterminations du 28 février 2017, sur un arrêt (PE.2014.0202 du 24 février 2015) rendu par la Cour de céans qui n'est pas pertinent en l'espèce, dans la mesure où il est question, dans cet arrêt, de défaut de motivation qui ne fait pas l'objet du présent grief. a) Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour toute partie de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur leur résultat lorsque ceci est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 136 I 265 consid. 3.2 et les références). Dans ce cadre, le droit d'être entendu comprend notamment le droit de consulter le dossier (ATF 127 V 431 consid. 3a), qui s'étend à toutes les pièces décisives (ATF 121 I 225 consid. 2a) et qui garantit que les parties puissent prendre connaissance des éléments fondant la décision et s'exprimer à leur sujet (ATF 129 I 85 consid. 4.1; TF 1C\_452/2009 du 19 mars 2010 consid. 2.1). En droit cantonal, ces garanties sont concrétisées par les art. 33 ss LPA-VD. Il en résulte en particulier qu'hormis lorsqu'il y a péril en la demeure, les parties ont le droit d'être entendues avant toute décision les concernant (art. 33 al. 1). Elles participent en outre à l'administration des preuves (art. 34 al. 1); elles peuvent notamment (art. 34 al. 2) assister aux audiences d'instruction et aux inspections locales (let. c), présenter des offres de preuve au plus tard jusqu'à la clôture de l'instruction (let. d) ou encore s'exprimer sur le résultat de l'administration des preuves (let. e) - l'autorité pouvant toutefois procéder à une mesure d'instruction en l'absence des parties s'il y a péril en la demeure ou si la sauvegarde d'un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 34 al. 4). Les parties et leurs mandataires

peuvent par ailleurs en tout temps consulter le dossier de la procédure (art. 35 al. 1), l'autorité ne pouvant exceptionnellement refuser la consultation de tout ou partie du dossier que si l'instruction de la cause ou un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 36 al. 1) Le droit d'être entendu étant un droit de nature formelle, sa violation conduit en principe à l'annulation de la décision attaquée, indépendamment du bien-fondé matériel de cette dernière (ATF 135 I 187 consid. 2.2). La jurisprudence admet toutefois que la violation du droit d'être entendu peut être réparée, conformément à la théorie dite de " la guérison ", lorsque le recourant a eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit, revoyant toutes les questions qui auraient pu être soumises à l'autorité inférieure si celle-ci avait normalement entendu la partie (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1); même en présence d'une grave violation du droit d'être entendu, il est possible de renoncer au renvoi de la cause à l'autorité précédente lorsqu'une telle mesure apparaît vide de sens et prolongerait inutilement la procédure, au détriment de l'intérêt des parties à recevoir une décision dans un délai raisonnable (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; TF 1C\_387/2014 du 20 juin 2016 consid. 3.1; CDAP AC.2015.0063 du 21 avril 2016 consid. 2a et les références). La réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois demeurer l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée; si par contre l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à cette violation (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3; 135 I 279 consid. 2.6.1; TF 1C\_387/2014 précité, consid. 3.1). Il ne faudrait pas en effet que, trop laxiste, la jurisprudence relative à la guérison de la violation du droit d'être entendu constitue pour l'autorité administrative un oreiller de paresse auquel celle-ci s'habituerait, le vice qu'elle commet étant réparé dans l'instance de recours (Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, ch. 2.2.7.4 p. 324; CDAP AC.2016.0385 du 8 décembre 2016 consid. 1a et les références). b) En l'occurrence, B.\_\_\_\_\_ et le recourant ont déposé une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative le 1<sup>er</sup> décembre 2016. Ils avaient cosigné cette demande. Le SDE a refusé de donner suite à cette demande par décision du 15 décembre 2016. Contrairement à ce que le recourant exige, l'intimé n'avait pas à lui donner l'occasion de compléter sa demande: Les conditions générales pour l'octroi d'un permis de travail sont connues et le recourant en tant que demandeur, ensemble avec son employeur, devait déposer une demande complète à ce sujet. Il ne pouvait pas attendre que l'intimé lui donne une occasion supplémentaire de se prononcer, ce d'autant plus que l'intimé n'a pas fondé sa décision sur un motif dont aucune partie ne pouvait supputer la pertinence (cf. ATF 130 III 35 consid. 5; 129 II 497 consid. 2.2; CDAP GE 2009.0147 du 18 septembre 2009 consid. 1). Le recourant n'a pas non plus fait valoir que le SDE aurait changé sa pratique ce qui n'est de toute évidence pas le cas. Par surabondance, même si on voulait admettre une violation du droit d'être entendu commise par l'intimé, celle-ci aurait été réparée dans le cadre de la procédure de recours, dans la mesure où le recourant a eu, à ce stade, tout loisir de s'exprimer et de fournir les compléments de preuves nécessaires. A cet égard, on relèvera que le recourant n'a produit aucune pièce nouvelle pendant la procédure de recours, si ce n'est la copie d'un contrat de travail daté du 29 mars 2017 qui n'a, en l'occurrence, pas d'incidence sur l'issue du recours. De plus, ce contrat a été conclu bien après le dépôt de la demande d'autorisation, voire même après le dépôt du recours. Enfin, comme il a été exposé au considérant 4, les explications complémentaires du recourant ne permettent pas d'arriver à un autre résultat.

6. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. Les

frais de justice, arrêtés à 600 fr. (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]), sont mis à la charge du recourant qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. art. 55 et 56 LPA-VD).

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