

VD_OMNI PE.2018.0151 vom 23. Juli 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-07-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2018.0151

FR: VD_OMNI PE.2018.0151 du 23 juillet 2018

IT: VD_OMNI PE.2018.0151 del 23 luglio 2018

Regeste

A. _____, B. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Confirmation de la décision négative refusant aux recourants, suisses d'origine irakienne, la possibilité d'engager à domicile une aide ménagère de nationalité irakienne. Il n'est pas démontré que cette dernière ait suivi une formation de deux ans au moins dans le domaine des soins, d'une part, et qu'elle puisse se prévaloir d'une expérience professionnelle attestée de deux ans au moins dans la prise en charge et soins auprès de personnes handicapées, ou ayant besoin de soins, d'autre part. A cela s'ajoute que les recourants ont pris la décision de l'engager avant même la publication des annonces qu'ils ont fait paraître, lesquelles sont au surplus adaptées à son profil.

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

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). Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé d'accorder une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de C. _____. Cette dernière est ressortissante d'un Etat avec lequel la Suisse n'est liée par aucune convention, de sorte que cette question doit être résolue au regard du droit interne exclusivement, soit la LEtr et ses ordonnances d'application.

E. 3

a) Aux termes de l'art. 40 al. 2 LEtr, 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. Cette compétence est attribuée au SDE, vu l'art. 64 let. a de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; RSV 822.11). 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 de la loi vaudoise sur l'emploi du 5 juillet 2005 [LEmp; RSV 822.11]) - 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 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). Ces conditions sont cumulatives (cf. Lisa Ott, in: Caroni/Gächter/Thurnherr [éditeurs], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n. 2 ad art. 18 LEtr). La notion d'intérêts économiques du pays, formulée de façon ouverte à l'art. 18 let. a LEtr, concerne au premier chef le domaine du marché du travail et dépend en particulier de la situation effective du marché du travail (Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 [ci-après: Message LEtr] 2002 3469, ch. 1.2.3.1 p. 3485 et ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (cf. Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Lors de l'appréciation du cas, il convient donc de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer (cf. les directives intitulées "Domaine des étrangers" du SEM, dans leur version au 1^{er} juillet 2018 [ci-après: directives du SEM] ch. 4.3.1). Les étrangers nouvellement entrés dans notre pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social (cf. Message LEtr, ch.1.2.3.1 p. 3486). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (cf. Marc Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 2^{ème} édition, Zurich 2015, p. 173 ch. 3.4.1; cf. également ATAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1.2; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1). Ainsi, 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 (art. 21 al. 1 LEtr). En outre, conformément à 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. Peuvent toutefois être admis, en dérogation à l'al. 1, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les directives du SEM, prévoient en particulier 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 (...)" (ch. 4.3.2.1). "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." (ch. 4.3.2.2). c) Pour ce qui a par ailleurs trait aux qualifications personnelles, les directives du SEM stipulent que des exceptions au sens de l'art. 23 al. 3 LEtr peuvent être admises dans certains cas en faveur du personnel de maison. La personne qui effectue les tâches domestiques et/ou qui a la garde des enfants sera en particulier considérée comme "qualifiée" si elle a déjà été employée, sur la base d'un contrat de travail ordinaire de deux ans au moins, dans la famille (et requérante) qui compte séjourner en Suisse à titre temporaire ou définitif (ch. 4.7.15.2). S'il s'agit d'un nouvel engagement, le travailleur doit apporter la preuve qu'il possède une expérience spécifique de cinq ans au moins (ménage et garde d'enfants) et qu'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail depuis cinq ans au moins dans l'un des Etats membres de l'UE/AELE (ibid.). S'agissant de la prise en charge, à leur domicile, de personnes gravement handicapées, il est possible d'engager à titre exceptionnel du personnel soignant ressortissant de pays non-membres de l'UE/AELE, à condition qu'il satisfasse aux critères cumulatifs suivants (ch. 4.7.15.5): «(...) - certificat médical (p. ex. une attestation de Pro Infirmis ou de l'autorité cantonale de santé publique), attestant que la personne handicapée est tributaire d'une prise en charge et de soins permanents et qu'aucune autre solution (ponctuelle), telle que des soins à domicile (SPITEX), n'est envisageable; - prise en compte des dispositions contractuelles visées au ch. 4.7.15.3. Les dispositions relatives à l'hébergement doivent tout particulièrement être observées (cf. ch. 4.7.15.3); - preuve que les efforts de recrutement requis ont été déployés sans succès en Suisse et dans les Etats membres de l'UE/AELE; - formation de deux ans au moins dans le domaine des soins; - attestation

d'une expérience professionnelle de deux ans au moins (prise en charge et soins auprès de personnes handicapées, ou ayant besoin de soins et gravement malades); - preuve que le soignant réside depuis deux ans au moins de manière régulière dans l'un des pays membres de l'UE/AELE.» d) D'après la jurisprudence constante de la CDAP, 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". 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). 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 pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (cf. notamment arrêts 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). S'agissant plus particulièrement du personnel de maison, il a notamment été jugé que pour un cadre brésilien appelé à venir en Suisse, avec son épouse et leurs deux petits-enfants, pour y prendre des fonctions dirigeantes, l'engagement de la gouvernante brésilienne de ceux-ci répondait à un pur motif de convenance personnelle, dans la mesure où il est possible de trouver sur le marché indigène du travail des personnes lusophones (cf. arrêt PE.2010.0389 du 29 novembre 2010; dans le même sens, arrêt PE.2008.0024 du 23 avril 2008). La demande de permis de travail a en revanche été acceptée dans la situation familiale particulière où l'un des quatre enfants était gravement handicapé et ne pouvait se faire comprendre facilement que par une gouvernante du même pays d'origine (cf. arrêt PE.2005.0656 du 20 juin 2006). A en outre été confirmé le refus de délivrer des autorisations de séjour et de travail à deux étudiantes roumaines, engagées par les parents de trois enfants en bas âge en qualité d'employées de maison pour une durée de douze mois. Une seule annonce était préalablement parue à l'ORP et le poste, exigeant des candidates qu'elles parlent l'italien ou le roumain et possèdent leur propre voiture, paraissait avoir été taillé sur mesure pour ces deux étudiantes. En outre, il était possible aux parents de trouver sur le marché du travail indigène une personne italienne ou roumaine d'origine, disposant d'une autorisation de séjour et de qualifications en rapport avec celles recherchées (arrêt PE.2014.0214 du 10 septembre 2014). A également été confirmé le refus de l'autorité cantonale de délivrer une autorisation de courte durée avec activité lucrative en faveur d'une employée de maison philippine, engagée au service d'une famille suisse comme employée de maison pour effectuer les tâches domestiques et garder les enfants et qui accompagnait ses employeurs des Emirats arabes unis en Suisse; il a été considéré que les circonstances invoquées constituaient des motifs de convenance personnelle, la seule offre d'emploi publiée sur Internet correspondant en tous points au profil de l'employée. En outre et surtout, la demande se heurtait au principe de priorité des travailleurs indigènes, l'employeur n'ayant pas effectué les démarches requises à cet égard (arrêt PE.2016.0291 du 18 octobre 2016). A également été confirmé le refus de délivrer une autorisation de travail à

une ressortissante de Croatie, engagée en qualité d'employée de maison, son employeur n'ayant pas été en mesure de démontrer avoir entrepris tous les efforts nécessaires en vue du recrutement d'une employée de maison avant d'engager l'intéressée. Cet employeur s'était limité à contacter ses connaissances et à leur faire passer le message qu'il était à la recherche d'une telle employée pour seconder son épouse, alors que près de 500 candidates pouvant justifier au moins une année d'expérience étaient inscrites à l'ORP. Au surplus, après avoir fait sa connaissance lors d'un voyage à l'étranger, cet employeur avait saisi l'opportunité d'engager l'intéressée à son service, ce qui pouvait faire apparaître des motifs de convenance personnelle (arrêt PE.2017.0073 du 6 juillet 2017; dans le même sens, arrêt PE.2017.0274 du 24 novembre 2017, s'agissant d'une ressortissante philippine).

E. 4

En la présente espèce, le Tribunal n'est pas insensible à la situation des recourants. Le besoin d'engager une aide-soignante à domicile pour A._____ est avéré mais leur désir d'un maintien à domicile de cette dernière, quelque légitime qu'il soit, ne saurait toutefois justifier qu'il soit dérogé aux exigences légales en matière de recrutement d'employés étrangers. Or à cet égard, plusieurs éléments s'opposent à ce que la demande en faveur de C._____ puisse recevoir une suite positive. a) En premier lieu, C._____ ne remplit pas les conditions posées par le SEM pour que l'autorité intimée puisse, sans abuser de la liberté d'appréciation qui lui est reconnue en la matière, entrer en matière sur une dérogation aux conditions d'admission des étrangers en Suisse. En admettant que l'intéressée soit engagée non seulement comme employée de maison, mais en qualité de personnel soignant, il ne ressort pas des pièces produites, ni de son curriculum vitae, qu'elle ait suivi une formation de deux ans au moins dans le domaine des soins, d'une part, et qu'elle puisse se prévaloir d'une expérience professionnelle attestée de deux ans au moins dans la prise en charge et soins auprès de personnes handicapées, ou ayant besoin de soins, d'autre part. Sur ce dernier point, C._____ mentionne seulement qu'elle s'est occupée de sa grand-mère de 2013 à 2014 comme aide-soignante, ce qui est insuffisant. Pour ce premier motif, l'autorité intimée était fondée à refuser d'accueillir la demande. b) Les recourants se sont adressés aux autorités communales de ***** le 13 décembre 2017, en expliquant vouloir engager à domicile une employée de maison pour s'occuper à temps complet de A._____. Toutefois, ils n'avaient, à cette époque, pas effectué de recherches, ni publié d'annonce; ils ont de suite envisagé la possibilité de se tourner vers C._____, en raison du fait que cette dernière est aussi d'ethnie kurde et qu'elle s'était déjà occupée de A._____ par le passé. C'est seulement après avoir saisi l'autorité compétente d'une demande de permis pour prise d'emploi en faveur de C._____, qu'ils ont entrepris des recherches sur le marché local du travail, sans résultat au demeurant. On constate cependant qu'ils ont imposé à la candidate, comme critère d'engagement, de parler le kurde irakien, ce qui limitait considérablement le choix des postulations. Sans doute, la candidate doit se faire comprendre de A._____, à qui elle doit apporter aide et assistance. On observe cependant que C._____ a déjà exercé son activité lorsque les recourants sont retournés dans leur pays d'origine durant les vacances, soit lorsque l'offre d'emploi a été rédigée. Par conséquent, on retient que la décision de l'engager avait en réalité déjà été prise avant même la publication des annonces, lesquelles sont au surplus adaptées à son profil. En outre, il n'est pas exclu que cette démarche n'ait été entreprise par les recourants qu'à seule fin de s'acquitter de l'exigence posée par l'art. 21 al. 1 LEtr.

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 des recourants, qui succombent (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.