

VD_OMNI PE.2019.0196 vom 4. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0196

FR: VD_OMNI PE.2019.0196 du 4 mai 2020

IT: VD_OMNI PE.2019.0196 del 4 maggio 2020

Regeste

A. _____, B. _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Demandes d'autorisation de séjour et de travail en qualité dépendante puis indépendante pour un ressortissant d'un état tiers. Le recours soutient que le recourant dispose de qualités personnelles particulières au sens de l'art. 23 LEI. Il n'est cependant pas démontré que le précité dispose réellement des compétences alléguées. En outre, il n'est pas démontré que la pose de systèmes anti-incendie soit d'une complexité telle que des compétences particulières soient nécessaires. Les conditions de l'art. 21 LEI, pour le cas où l'activité envisagée en l'espèce devrait être qualifiée de dépendante, ne sont pas réalisées, aucune démarche n'ayant été effectuée avant la demande pour trouver un employé compétent en Suisse ou dans l'UE. La proximité familiale entre les associés de la recourante et le recourant constitue en fait le principal motif fondant la demande.

Erwägungen

E. 1

Déposés dans le délai de trente jours suivant la notification des décisions litigieuses, les recours sont intervenus en temps utile (cf. art. 95 de la loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]). Par ailleurs, les recourants ont un intérêt digne de protection au recours, la recourante en tant que destinataire des décisions et le recourant car il est directement touché par celles-ci. Au surplus, l'acte de recours respecte les autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 LPA-VD par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière au fond.

E. 2

Le litige porte sur le refus du SDE d'octroyer au recourant une autorisation de séjour avec exercice d'une activité lucrative dépendante ou indépendante. La première décision dont est recours, du 25 avril 2019, porte sur une demande liée à une activité salariée. La seconde, du 26 septembre 2019, a considéré que l'autorisation demandée était liée à une activité indépendante. On examinera en conséquence ci-dessous les conditions d'octroi des deux types d'autorisation.

E. 3

a) Aux termes de l'art. 18 LEI, 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 LEI). Parmi ces conditions, l'art. 23 al. 1 LEI relatif aux "qualifications personnelles" de la personne étrangère, prévoit que 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 résidante au sens de l'art. 21 LEI (Marc S PESCHA , in : Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, Migrationsrecht, 2015, p. 99, ch. 1 ad art. 23 LEtr). Il n'en demeure pas moins que le statut de courte durée, comme celui du séjour durable, reste réservé à la main-d'œuvre très qualifiée et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait les connaissances spéciales et les qualifications requises (Message concernant la loi sur les étrangers [ci-après: Message LEtr], du 8 mars 2002, FF 2002 3469, p. 3540). C'est ainsi que l'admission sera, en principe, refusée pour des postes ne requérant aucune formation particulière (Lisa O TT , in: Caroni/Gächter/Thurnherr, [édit.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, pp. 179-180, ch. 6 ad art. 23 LEtr) (cf. TAF arrêt C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.4.1). Le ch. 4.3.5 des Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers (Directives LEI), état au 1 er avril 2020, du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) (cf. également CDAP PE.2016.0379 du 5 janvier 2017 consid. 3a; PE.2013.0265 du 19 août 2014 consid. 2c et PE.2013.420 du 13 février 2014 consid. 4d) précise ce qui suit: 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. Quant à l'art. 23 al. 3 LEI, il prévoit, en dérogation aux deux premiers alinéas de l'art. 23 LEI, que peuvent être admises notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c). Peuvent se réclamer de cette disposition des 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 ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (Message LEtr, p. 3541; cf. TAF arrêt C-5184/2014 précité consid. 5.4.2). b) L'art. 19 LEI prévoit ce qui suit : " Un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions suivantes : a. son admission sert les intérêts économiques du pays ; b. les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies ; c. les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 sont remplies. " L'art. 20 LEI, auquel renvoie l'art. 19 let. d LEI, dispose que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (al. 1). Il peut fixer un nombre maximum d'autorisations pour la Confédération et pour chaque canton (al. 2). L'art. 20 al. 1 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) précise que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour pour des séjours en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2 ch. 1, let. a. 23 LEI. c) En l'espèce, il

est constant que le recourant B. _____ est de nationalité kosovare et qu'il ne peut se prévaloir d'un titre de séjour actuel en Suisse ou des droits issus de l'Accord sur la libre circulation des personnes. Sa situation doit donc être envisagée au regard des art. 18 et suivants LEI. Deux demandes séparées ont été déposées afin d'obtenir une autorisation de séjour et d'exercice d'une activité lucrative pour le recourant. L'autorité intimée paraît avoir admis dans le cadre de la première que ce dernier exercerait une activité salariée, ce qui ne paraît pas contesté. Toutefois, dans la seconde décision, dite autorité se réfère aux dispositions relatives aux activités indépendantes, en se référant sans nul doute au fait qu'alors le recourant avait acquis quatre parts sociales de la recourante et était inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé-gérant avec signature collective à deux. Cette interprétation paraît contestée par les recourants dans la mesure où, dans le recours du 30 octobre 2019, il est évoqué que B. _____ n'est pas le seul associé, qu'il ne dispose que d'une signature collective à deux alors que G. _____ a une signature individuelle tout comme H. _____, qui n'est pas associé, ou encore qu'il n'apportera pas de fonds dans la société mais uniquement ses compétences professionnelles. Toutefois, ces mêmes recourants évoquaient précédemment, dans le recours du 27 mai 2019 que l'on envisageait justement son intégration comme associé-gérant afin de le distinguer d'autres employés, en lui confiant du reste des fonctions de directions de chantier. Au demeurant, il est constant que le recourant est le frère, respectivement le beau-frère, des gérants actuels de la société. Il paraît ainsi peu probable que la situation du recourant soit véritablement celle d'un employé dépendant. La question peut cependant rester ouverte dans la mesure où le recours doit être rejeté pour les motifs figurant ci-dessous, quel que soit le statut de l'emploi envisagé. L'art. 23 LEI est applicable tant aux activités dépendantes qu'indépendantes (par les renvois des art. 18 et 19 LEI). Comme évoqué plus haut, il ressort de cette disposition que la personne objet de l'autorisation doit disposer de qualités personnelles particulières adéquates pour le poste envisagé. Les recourants soutiennent que B. _____ disposerait d'une longue expérience et de compétences particulières dans la poste des systèmes anti-incendie Sprinkler ainsi que dans l'appréciation des employés et des besoins d'un chantier. S'il ressort des pièces produites que le recourant a travaillé en Suisse, on ne sait en revanche pas du tout en quelle qualité et pour quel type de tâche. En effet, aucune description des postes, certificats de travail ou autre document exposant les activités du recourant lors de ses précédents emplois n'ont été produits. Les seules allégations des recourants à ce sujet sont insuffisantes à démontrer la réalité des compétences prétendues. Pour ce motif déjà, les conditions fixées tant à l'art. 23 al. 1 LEI qu'à son al. 3 ne sont pas réalisées. Au surplus, si l'on peut admettre que la pose de systèmes Sprinkler puisse nécessiter certaines compétences, les recourants n'exposent en aucune façon la complexité de cette pose ou les raisons pour lesquelles les compétences concernées ne pourraient être transmises. A ce titre, ils se contentent de déclarations de principe qui ne sont étayées par aucun élément objectif. De l'aveu même de la recourante, les compétences qu'elle prête au recourant peuvent être acquises « sur le tas » sans formation particulière. Il en va de même pour les compétences relatives à la direction d'équipe ou de chantier, dont il n'est même pas établi que le recourant en serait pourvu. En effet, aucun document produit n'atteste que le précité aurait occupé un tel poste auparavant ou qu'il disposerait d'expérience dans un tel domaine. En définitive, les recourants ne démontrent ni que le poste visé nécessite des compétences particulières au sens de l'art. 23 LEI ni que le recourant en disposerait. Le grief doit donc être rejeté.

a) En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, qui prévoit un ordre de priorité entre les travailleurs, 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. Selon l'art. 21 al. 2 LEI, sont considérés comme travailleurs en Suisse, les Suisses (let. a), les titulaires d'une autorisation d'établissement (let. b), les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (let. c). L'employeur potentiel doit apporter la preuve qu'il a effectué des recherches suffisantes afin de trouver un employé déjà disponible sur le marché du travail. Le SEM donne les précisions suivantes dans les Directives LEI précitées: 4.3.2 Ordre de priorité (art. 21 LEtr) 4.3.2.1 Principe [...] 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). [...] 4.3.2.2 Efforts de recherche 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 de l'emploi. 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 extra-européen plutôt que sur des demandeurs d'emploi suisses ou européens présentant des qualifications comparables (cf. notamment CDAP PE.2018.0434 du 11 avril 2019 consid. 2b; PE.2016.0379 du 5 janvier 2017 consid. 2b; PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014 consid. 2b et les références). b) Dans le cas d'espèce, les conditions fixées par l'art. 21 LEI ne doivent être réalisées que dans le cas où l'activité lucrative est de nature dépendante. En effet, l'art. 19 LEI, qui traite des activités indépendantes, ne renvoie pas à l'art. 21 LEI, qui ne saurait donc s'appliquer. Cela étant, et par surabondance, il convient d'examiner les conditions de cette disposition pour le cas où l'activité de B. _____ devrait être qualifiée de dépendante. L'autorité intimée considère, dans sa décision du 25 avril 2019, qu'il ne devait pas être impossible de trouver sur le marché indigène et européen un profil analogue à celui du recourant ou de former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail. Elle relève en outre dans ses déterminations que le poste concerné n'a été annoncé à l'ORP que le 8 mars 2019 alors que la demande d'autorisation

l'avait été le 7 février 2019 déjà. La recourante expose quant à elle n'avoir eu que deux offres par l'intermédiaire de l'ORP pour des profils qui ne convenaient pas et que les compétences de B. _____ seraient très particulières. Force est de constater que les recourants ne se déterminent pas clairement sur les motifs évoqués par l'autorité intimée. En effet, il est constant que la première demande d'autorisation concernant le recourant a été déposée avant toute annonce du poste auprès de l'ORP. Les conditions fixées par l'art. 21 LEI n'ont ainsi clairement pas été respectées comme l'indique à juste titre l'autorité intimée dans sa première décision. A ce stade, la recourante n'avait fait aucune démarche pour vérifier l'existence, sur le marché suisse ou européen, d'un profil permettant d'obtenir les compétences recherchées. L'annonce à l'ORP par la suite n'est pas suffisante pour démontrer l'impossibilité de trouver sur dit marché une personne adéquate. La recourante se contente d'ailleurs d'alléguer de manière très générale que les candidatures reçues ne convenaient pas. En particulier, elle ne décrit pas de manière précise les compétences désirées et dont le recourant serait doté, les résumant par une expérience dans la pose de système Sprinkler, ce qui ne permet pas de déterminer quelles sont les qualités dont devrait être pourvu un éventuel candidat et, ainsi, de déterminer l'éventuelle rareté sur le marché. Au demeurant, la recourante n'évoque aucunement les raisons pour lesquelles elle ne pourrait pas former un candidat à la pose de ces systèmes, dans la mesure où elle dispose actuellement à tout le moins d'une personne les maîtrisant, soit H. _____. A ce titre, on peine à comprendre que la société puisse se développer si les compétences nécessaires à l'accomplissement des mandats qui lui sont confiés ne peuvent être transmises aux nouveaux employés engagés. Il est en effet difficilement imaginable que le seul gérant de la société doive procéder à l'installation de tous les systèmes seuls alors même que le nombre d'employés augmente. En définitive, plus que les compétences spécifiques du recourant, c'est sa proximité familiale avec l'associée et le gérant qui paraît être le motif justifiant son engagement. Les conditions de l'art. 21 LEI n'étaient donc manifestement pas réalisées au moment du dépôt de la première demande d'autorisation. Pour autant que l'on doive considérer que l'activité du recourant soit une activité dépendante, il sied donc d'analyser les conditions d'octroi d'une autorisation également au moment du dépôt de la seconde demande d'autorisation. Celle-ci datant du 25 mars 2019, elle est donc postérieure à l'annonce effectuée auprès de l'ORP. Cela étant, la recourante n'a pas donné plus d'informations sur les compétences recherchées et sur l'impossibilité de former un tiers que dans le cadre de la première procédure. Les éléments exposés ci-dessus peuvent donc être repris mutatis mutandis. En ce qui concerne l'indisponibilité de personnel adéquat, les explications données par la recourante recoupent celles évoquées dans la première procédure. Or, en définitive, on ne sait aucunement quelles démarches ont été entreprises en dehors de l'annonce auprès de l'ORP, et en particulier si des annonces ont été publiées dans des journaux locaux ou européens. Ainsi, on ne saurait considérer que l'inadéquation éventuelle de quelques candidatures justifierait l'engagement d'un employé extra-européen. A nouveau, les conditions prescrites par l'art. 21 LEI ne sont pas remplies.

E. 5

En définitive, les recours doivent être rejetés et les décisions confirmées. Les frais, arrêtés à 600 fr. pour chaque recours, soit 1'200 fr. au total, sont mis à la charge des recourants, solidairement entre eux. Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens.