

VD_OMNI PE.2020.0002 vom 1. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2020.0002

FR: VD_OMNI PE.2020.0002 du 1 mai 2020

IT: VD_OMNI PE.2020.0002 del 1 maggio 2020

Regeste

A. _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Confirmation du refus du SDE d'autoriser l'engagement, par une entreprise de jardinage, d'un ressortissant du Nigéria en qualité d'aide-jardinier sans expérience. Pas de qualifications personnelles ou professionnelles au sens de l'art. 23 LEI nécessitées par cette activité (consid. 1). L'employeur n'a pas effectué les démarches requises afin de trouver un employé indigène ou ressortissant de l'UE/AELE (consid. 2). Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La décision attaquée refuse la prise d'emploi d'un ressortissant du Nigéria. 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 et les références). A teneur de l'art. 2 al. 1 LEI, celle-ci 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. En l'espèce, le recourant étant ressortissant du Nigéria, soit d'un Etat tiers, il ne saurait se prévaloir de l'accord du 21 juin 1999 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 0.142.112.681), ni d'un autre traité, tel que celui avec l'Association européenne de libre-échange (AELE) (cf. art. 2 al. 2 et 3 LEI). Il est par conséquent soumis aux dispositions de la LEI. Le fait qu'il bénéficiait, voire bénéficie encore d'un titre de séjour en Italie, qui était valable jusqu'au 26 septembre 2019, n'y change rien. L'ALCP assure en effet une libre circulation aux ressortissants de ses Etats membres uniquement, et non aux membres de la famille de ses ressortissants, s'ils n'accompagnent pas le ressortissant d'un Etat membre faisant usage de la libre circulation. En l'occurrence, le recourant n'accompagne pas en Suisse son épouse ressortissante italienne mais s'y est rendu seul. b) Aux termes de l'art. 11 LEI, 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). 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 "qualités 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, 2019, p. 131, 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 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 novembre 2019, du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) (cf. également arrêts 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 C-5184/2014 précité consid. 5.4.2). c) En l'espèce, la recourante a engagé le recourant, ressortissant du Nigéria, pour un poste d'aide-jardinier sans CFC et sans expérience professionnelle. Or, on ne saurait considérer que cette activité nécessite, sur le principe, des qualifications personnelles et professionnelles particulières au sens de l'art. 23 LEI, que ce soit selon son al. 1 ou son al. 3. En effet, il ressort du contrat de travail que le poste concerné est celui d'"aide-jardinier sans CFC avec 0 années d'expérience (C2)". Cette catégorie C2 regroupe selon la convention collective de travail "Paysagistes et entrepreneurs de jardins du canton de Vaud" les " AFP et aide-jardinier sans CFC dans la branche mais au bénéfice d'une expérience de 2 ans dans le métier", ce qui paraît même encore surévalué par rapport au recourant qui ne bénéficie d'aucune expérience dans le domaine. Il n'apparaît ainsi pas que cette activité requiert de compétences particulières au

sens de l'art. 23 LEI.

E. 2

a) Au demeurant, 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) et 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 LEI) 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 arrêts 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) En l'espèce, il n'apparaît pas que la recourante ait effectué les démarches requises par la loi et la jurisprudence afin de trouver un employeur indigène ou ressortissant de l'UE/AELE. Seule figure au dossier une offre publiée sur un site romand de petites annonces (www.anibis.ch) pour un "paysagiste africain" et qui se trouvait encore en ligne le 6 décembre 2019, jour où elle a été imprimée, soit plus de trois mois après que le contrat de travail avec le recourant ait été signé. La recourante ne soutient pas avoir annoncé le poste à l'ORP ou mis des annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, ni avoir recouru aux médias électroniques avant d'avoir engagé l'intéressé. On

ne saurait dès lors considérer qu'elle a fourni tous les efforts que l'on pouvait attendre d'elle afin de trouver un travailleur disponible sur le marché indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, avec le profil requis, au besoin à l'issue d'un délai raisonnable de formation. Sur ce point, la recourante paraît avoir assimilé le fait que le recourant est titulaire d'un titre de séjour en Italie avec un statut de ressortissant d'un Etat membre lui conférant la libre circulation en Suisse également. Or, le recourant est ressortissant d'un Etat tiers et il ne peut ainsi bénéficier de la libre circulation garantie par l'ALCP. Dans ces conditions, la recourante paraît avoir eu la volonté d'engager le recourant et lui seul plutôt qu'une autre personne, par pure convenance personnelle. Les conditions de l'art. 21 LEI ne sont donc pas réunies.

E. 3

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Succombant, les recourants supportent les frais de justice. Il n'est pas alloué de dépens (art. 49, 55, 91 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

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