

VD_OMNI PE.2020.0196 vom 4. März 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-03-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2020.0196

FR: VD_OMNI PE.2020.0196 du 4 mars 2021

IT: VD_OMNI PE.2020.0196 del 4 marzo 2021

Regeste

A. _____, B. _____/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Recours d'un employeur et de son employé contre la décision du SDE refusant la prise d'emploi du second auprès du premier. Engagé en qualité de plâtrier, l'employé ne peut être qualifié de spécialiste ou de travailleur qualifié au sens de l'art. 23 LEI. La solution ne serait pas différente si, comme il le soutient, il devait par la suite être engagé en tant que cadre par son employeur, à savoir une société active dans le second-oeuvre. Par ailleurs, l'employeur n'a pas recherché un travailleurs suisse ou ressortissant UE/AELE correspondant au profil souhaité, de sorte qu'il n'a pas respecté l'ordre de priorité de l'art. 21 LEI. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de trente jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), le recours est intervenu en temps utile. Il respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD (par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a dès lors 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 d'C. _____. Ce dernier est ressortissant d'Etats (Moldavie et Canada) avec lesquels la Suisse n'est liée par aucune convention, de sorte que cette question doit être résolue au regard du droit interne exclusivement, soit la LEI et ses ordonnances d'application.

E. 3

a) Aux termes de l'art. 40 al. 2 LEI, 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 LEI. Cette compétence est attribuée au SDE, vu l'art. 64 let. a de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11). b) En vertu 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). Ces conditions sont cumulatives (cf . arrêts PE.2020.0105 du 19 septembre 2020 consid. 3b; GE.2018.0063 du 12 mars 2019 consid. 3b et la référence citée). Parmi les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI, 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 Spescha, in : Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck, Migrationsrecht Kommentar, 5 e éd., Zurich 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 (cf . TAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.4.1). c) Le ch. 4.3.5 des Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers (Directives LEI), état au 1 er janvier 2021, du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) donne les précisions suivantes sur les qualifications personnelles requises par l'art. 23 LEI (cf . également arrêt PE.2019.0169 du 15 novembre 2019 consid. 3a et les références citées): " 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). Concernant spécifiquement le domaine de la construction, les directives précitées prévoient ce qui suit (ch. 4.7.13.1 et 4.7.13.2): " 4.7.13.1 Généralités L'engagement de main-d'oeuvre étrangère ne relevant pas de l'ordonnance sur la libre circulation des personnes (OLCP, RS 142.203) n'est possible qu'à titre exceptionnel, dans des cas dûment motivés, et pour les activités précisées au ch. 4.7.13.2. [...] 4.7.13.1 Spécialistes de la construction Pour des engagements de durée déterminée dans le cadre d'un projet, l'admission de ces spécialistes est possible si l'entreprise apporte la preuve

qu'elle a des besoins particuliers et si les spécialistes disposent de la qualification technique requise. La demande doit être accompagnée des documents décrivant le mandat ainsi que du plan de réalisation du projet (cf. arrêt du TAF C-2216/2010 du 12 août 2010, consid. 7.7.). [...] Pour le reste, on précisera que la plâtrerie ne fait pas partie des activités spécifiquement traitées au ch. 4.7.13.2. 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 . arrêts PE.2020.0105 précité consid. 3d; PE.2014.0006 du 1 er juillet 2014; PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Les efforts de recrutement ne peuvent par ailleurs 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).

E. 4

a) En l'espèce, l'employé a été engagé en qualité de " plâtrier ", soit un travail dans le domaine de la construction, plus précisément dans le second-œuvre, pour les besoins résultant du démarrage de nouveaux chantiers. Il ne s'agit à l'évidence pas d'une activité pour laquelle un employeur peut, à titre exceptionnel et pour autant qu'il motive dûment sa demande, obtenir une dérogation, conformément au ch. 4.7.13 des Directives LEI précitées. Quoi qu'en pense l'employeur, le fait qu'C. _____ dispose par ailleurs de connaissances pratiques étendues dans le domaine de la construction, ainsi que dans la gestion et l'entreprenariat puisqu'il a également travaillé à son compte au Canada, ne modifie pas cette appréciation. S'il n'est pas question de mettre en doute la qualité de sa formation et de son expérience professionnelle, il n'en demeure pas moins qu'elles ne lui confèrent en effet pas la qualité de travailleur très qualifié au sens de l'art. 23 LEI, ni ne font de lui un spécialiste. Ce constat vaut du reste tant pour le poste de plâtrier pour lequel il a été engagé, que pour celui de "cadre" qu'il serait prétendument destiné à obtenir prochainement au sein de l'employeuse. Pour ce motif déjà, l'autorisation sollicitée ne pouvait être délivrée. b) C'est également à raison que l'autorité intimée a considéré que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté, ce qui constitue un deuxième motif de refus. En effet, comme exposé ci-dessus, le poste de plâtrier offert, voire de cadre, ne nécessitait pas de qualifications professionnelles particulières et des travailleurs suisses ou des ressortissants de l'UE/AELE étaient en mesure de remplir les critères d'engagement. Il incombait donc à l'employeuse de rechercher des travailleurs sur le marché indigène avant de se tourner vers C. _____. Aucune pièce au dossier n'atteste cependant de telles démarches. Quant aux affirmations des recourants, selon lesquelles l'employeuse n'aurait pu conserver les preuves de ses efforts de recrutement en raison de l'espace de stockage que cela aurait impliqué, elles ne sont tout simplement pas crédibles. La parution d'annonces dans des médias physiques ou dématérialisés nécessite une correspondance papier ou électronique pour le moins limitée, dont le stockage n'est guère difficile. Par ailleurs, en sollicitant de l'autorité intimée qu'elle contacte divers ORP pour qu'ils attestent des démarches de recrutement effectuées par l'employeuse, cette dernière méconnaît manifestement que si l'autorité établit certes les faits

d'office (art. 28 LPA-VD), les parties n'en sont pas moins tenues de collaborer à la constatation des faits dont elles entendent déduire des droits (art. 30 LPA-VD). Ainsi pouvait-on attendre de l'employeuse – si elle l'estimait nécessaire – qu'elle contacte directement les ORP prétendument approchés lors de son recrutement, afin d'étayer ses dires dans la présente procédure. Elle ne pouvait en revanche affirmer s'être conformée à ses obligations, sans apporter aucun indice en ce sens, ni entreprendre aucune démarche propre à le démontrer. c) Enfin, le raisonnement de l'autorité intimée concernant l'hypothétique investissement financier d'C._____ s'avère tout aussi convaincant et doit également être confirmé sans réserve. D'une part, les recourants se bornent, ici encore, à affirmer qu'un investissement serait prévu, sans fournir aucun élément susceptible de corroborer leurs dires, de sorte qu'il s'agit de conjectures dont il ne peut raisonnablement être tenu compte en l'état. D'autre part, comme l'a pertinemment relevé l'autorité intimée, l'autorisation sollicitée ne pourrait quoi qu'il en soit être octroyée à l'intéressé quel que soit son statut postérieurement à son investissement (indépendant ou dépendant, cf. sur ce point voir arrêt PE.2020.0103 du 17 novembre 2020 consid. 2b). A supposer qu'il revête toujours la qualité de travailleur dépendant, l'appréciation de son dossier du point de vue des qualifications professionnelles exigées ne serait pas différente de celle exposée ci-dessus. A supposer qu'il doive au contraire être qualifié d'indépendant, son admission en vue d'une activité dans la construction ne servirait pas les intérêts économiques du pays au sens de l'art. 19 al. 1 let. a LEI. En effet, selon les Directives LEI, les requêtes tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour pour activité lucrative indépendante peuvent être admises selon l'art. 19 LEI s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail (intérêts économiques du pays). Il est considéré que le marché suisse du travail tire durablement profit de l'implantation lorsque la nouvelle entreprise contribue à la diversification de l'économie régionale dans la branche concernée, obtient ou crée des places de travail pour la main-d'œuvre locale, procède à des investissements substantiels et génère de nouveaux mandats pour l'économie helvétique (ch. 4.7.2.1; cf. arrêt PE.2020.0103 précité consid. 3a/bb; arrêt du Tribunal administratif fédéral [ATAF] C-4160/2013 du 29 septembre 2014 consid. 5.3). Selon la doctrine, l'activité indépendante prévue doit être associée à des effets utiles pour l'économie suisse; il faut prendre en considération la situation générale de la branche et du marché concernés; l'activité indépendante est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance. L'admission de l'étranger ne doit pas avoir pour objectif ses seuls intérêts individuels ou uniquement le maintien ou le renouvellement structurel d'une branche (arrêt PE.2020.0103 précité consid. 3a/bb; Peter Uebersax, in: Code annoté de droit des migrations, vol. II, Berne 2017, n. 11 ad art. 19 LEI; Marc Spescha, in: Migrationsrecht, Kommentar, 5^{ème} éd., Zurich 2019, n. 1 ad art. zu 19 AIG). En l'occurrence, l'activité présentement litigieuse, savoir la construction, la transformation et la rénovation de bâtiments telle que pratiquée et envisagée par les recourants étant déjà plus qu'abondante sur le marché, elle ne permettrait pas une diversification de l'économie régionale dans la branche concernée. Sous cet angle également, le recours est par conséquent voué à l'échec.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, 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). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (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.