

# VD\_OMNI PE.2021.0066 vom 1. April 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-04-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2021.0066](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2021.0066)

FR: VD\_OMNI PE.2021.0066 du 1 avril 2022

IT: VD\_OMNI PE.2021.0066 del 1 aprile 2022

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Engagement d'une ressortissante colombienne en qualité d'aide-soignante et de personne de compagnie. Or, cette dernière ne remplit pas les conditions posées par le régime particulier dans le recrutement du personnel appelé à apporter des soins aux personnes handicapées. Le fait qu'un employeur souhaite engager en priorité un travailleur qu'il connaît et en qui il a pleine confiance relève de la pure convenance personnelle et n'est pas déterminant. Rejet du recours et confirmation de la décision de refus de l'autorisation préalable de travail.

## Erwägungen

### E. 1

a) A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11), la loi sur la procédure administrative est applicable aux décisions rendues en application de la LEI ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. b) 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; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD).

### E. 2

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). b) En l'occurrence, le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé d'accorder une autorisation préalable de travail 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 loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20) 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. A cet égard, on rappelle que les autorités du marché du travail prennent une décision préalable

pour toute demande concernant les autorisations de séjour initiales en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ainsi que pour toutes les autorisations de courte durée (cf. SEM, Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers [Directives LEI], état au 1<sup>er</sup> novembre 2021, ch. 4.6.1). L'art. 98 al. 3 LEI laisse aux cantons le soin de désigner les autorités compétentes à raison de la matière pour les tâches qui leur sont attribuées. Cette disposition est complétée par l'art. 88 al. 1 OASA qui précise que chaque canton désigne les autorités chargées, dans son domaine de compétence cantonal, de l'exécution de la LEI et des ordonnances d'application. La compétence de préavis ou décider, après examen des demandes déposées par les entreprises ou les travailleurs étrangers, de l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité lucrative salariée est attribuée au SDE, autorité du marché du travail, vu l'art. 64 al. 1 let. a LEmp. b) On rappelle qu'aux termes de l'art. 11 al. 1 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 (1<sup>ère</sup> phrase). Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (2<sup>ème</sup> phrase). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (art. 11 al. 2 LEI). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEI). Selon l'art. 1a OASA, 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). 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 cela 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). aa) La notion d'"intérêts économiques du pays" est formulée de façon ouverte ; elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, p. 3485 et 3536). 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 précité, p. 3536). 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. CDAP arrêt PE.2018.0151 du 23 juillet 2018 consid. 1b; v. en outre Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2020, p. 202; Peter Uebersax, in : Code annoté de droit des migrations, vol. II, Nguyen/Amarelle [édit.], Berne 2017, n. 25 ad art. 18 LEtr). Selon les Directives LEI, il convient, lors de l'appréciation du cas, 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. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers (ch. 4.3.1; cf. aussi Message précité, ch.1.2.3.1, p. 3486). bb) 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 LEI). L'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs

résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5912/2011 du 25 août 2015 consid. 8.3; C-4989/2011 du 23 janvier 2013 consid. 4.3.1; C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 6.3). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEI, les Directives LEI prévoient en particulier ce qui suit: «(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement 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, références citées).

«L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles 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, références citées). » En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21a LEI, le 1<sup>er</sup> juillet 2018, l'admission de ressortissants d'Etats tiers est soumise non seulement à la condition de la priorité des travailleurs en Suisse et des ressortissants de pays avec lesquels un accord sur la libre circulation des personnes a été conclu (selon l'art. 21 LEI) mais également à l'obligation de communiquer les postes vacants (art. 18 let. c et 21a LEI). Cette obligation doit contribuer à renforcer l'intégration dans le marché du travail des personnes inscrites auprès d'un service public de l'emploi en Suisse et, par extension, à réduire le chômage (Directives LEI, ch. 4.3.3). cc) A teneur de l'art. 23 LEI, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation 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 ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 de cette disposition, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (let. a), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b), les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c), les cadres transférés par des entreprises actives au plan international (let. d), les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (let. e). Aux termes des directives LEI précitées (ch. 4.3.5): «(...) 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. (...)» La référence aux "autres travailleurs qualifiés" de l'art. 23 al. 1 LEI 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 (ATAF C-5420 du 15 janvier 2014, consid. 8.1 et les réf. cit.). Il reste toutefois 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 ( ATAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.4.1, réf. citée ). dd) Pour ce qui a par ailleurs trait aux qualifications personnelles, les directives LEI stipulent que des exceptions au sens de l'art. 23 al. 3 LEI peuvent être admises dans certains cas en faveur du personnel de maison. 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 (Directives LEI, ch. 4.7.15.2). c) S'agissant plus particulièrement 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 (Directives LEI, 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.» Selon la pratique du SEM, dans l'hypothèse où toutes les conditions cumulatives énumérées ci-dessus sont remplies, une autorisation préalable de travail pourrait être délivrée (v. sur ce point arrêt TAF C-1223/2006 du 26 novembre 2007 consid. 8.2.1 à propos de l'art. 8 al. 3 OLE). D'après la jurisprudence constante de la CDAP, il convient cependant 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.2020.0219 du 8 juin 2021 consid. 2b; PE.2020.0105 du 18 septembre 2020 consid. 3d; PE.2018.0412 du 12 avril 2019 consid. 2b; PE.2014.0006 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 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.2018.0151 du 13 juillet 2018; 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; v. s'agissant plus particulièrement du personnel de maison, arrêts PE.2017.0274 du 24 novembre 2017; PE.2017.0073 du 6 juillet 2017; PE.2016.0291 du 18 octobre 2016; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014). Plus récemment, a été confirmé le refus de préavis favorablement la délivrance d'une autorisation de séjour et de travail en faveur d'une ressortissante irakienne, engagée comme employée de maison pour s'occuper de l'épouse, elle-même suisse d'origine irakienne, atteinte dans sa santé; il n'a pas été démontré que la candidate à l'engagement ait suivi une formation de deux ans au moins dans le domaine des soins, d'une part, et qu'elle pouvait 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. En outre, il est apparu que les employeurs avaient pris la décision de l'engager avant même la publication des annonces qu'ils ont fait paraître, lesquelles étaient au surplus adaptées à son profil (cf. arrêt PE.2018.0151 du 23 juillet 2018, déjà cité; dans le même sens, arrêt PE.2018.0391 du 30 novembre 2018, s'agissant d'un "proche aidant").

#### **E. 4**

En la présente espèce, C.\_\_\_\_\_ ne remplit pas les conditions posées par le SEM, s'agissant du régime particulier dans le recrutement du personnel appelé à apporter des soins aux personnes handicapées, emploi auquel celui que le recourant souhaite lui confier doit être assimilé. a) En admettant tout d'abord que l'intéressée soit engagée non seulement comme employée de maison, mais en qualité de personnel soignant au service du recourant, 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. Sans doute, C.\_\_\_\_\_ est titulaire d'un diplôme de pharmacienne dans son pays, ainsi que d'un certificat d'infirmière auxiliaire. L'octroi d'une autorisation requiert en général un diplôme reconnu dans le domaine des soins et une expérience pratique de deux ans sous surveillance professionnelle (cf. Directives LEI, ch. 4.7.15.5). On peut laisser indécis le point de savoir si cette condition est remplie in casu. b) En outre et surtout, C.\_\_\_\_\_ est entrée en Suisse et y séjourne depuis plus de trois ans sans autorisation; elle y a par ailleurs travaillé, toujours sans la moindre autorisation. On relève que, par décision du 13 décembre 2021, le SPOP a refusé de délivrer une autorisation de séjour en sa faveur et lui a enjoint de quitter la Suisse. C.\_\_\_\_\_ n'a ni prouvé, ni même allégué avoir résidé depuis deux ans au moins de manière régulière dans l'un des pays membres de l'UE/AELE avant d'entrer en Suisse. c) A cela s'ajoute que ce n'est que postérieurement au dépôt de la demande que le recourant a entrepris des démarches en vue de recruter un ou une candidate sur le marché du travail local. Sans doute, celles-ci ont échoué mais l'art. 21 LEI implique que les recherches d'un candidat soient, en cas d'insuccès sur le marché indigène, étendues aux pays traditionnels de recrutement. On relève par ailleurs qu'un contrat de travail avec

C.\_\_\_\_\_ avait déjà été conclu lorsque ces démarches ont été entreprises. Or, il convient d'observer sur ce point que le fait qu'un employeur souhaite engager en priorité un travailleur qu'il connaît et en qui il a pleine confiance relève de la pure convenance personnelle et n'est pas déterminant. d) Quand bien même les circonstances d'espèce sont d'autant moins dénuées d'intérêt que l'état de santé du recourant semble s'être amélioré, il n'en demeure pas moins que les conditions lui permettant d'engager C.\_\_\_\_\_ à son service ne sont pas remplies. Il en résulte que la décision attaquée ne relève pas d'un abus de la part de l'autorité intimée dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation.

#### **E. 5**

Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Le sort du recours commande que le recourant en supporte les frais (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Pour le même motif, l'allocation de dépens ne saurait entrer 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.