

VD_OMNI PE.2022.0056 vom 28. November 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-11-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2022.0056

FR: VD_OMNI PE.2022.0056 du 28 novembre 2022

IT: VD_OMNI PE.2022.0056 del 28 novembre 2022

Regeste

A. _____ /Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM,
B. _____, Service de la population (SPOP) | Une société d'import de denrées pour restaurants asiatiques demande une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de la fille de l'administrateur de la société, ressortissante malaisienne, pour occuper le poste de responsable de l'administration et de la comptabilité. Refus du Service de l'emploi confirmé. Les recherches entreprises par l'employeur de manière à donner la priorité aux demandeurs d'emploi indigènes ou européens sont insuffisantes et comportent des critères peu pertinents. Il apparaît plutôt que le choix de l'employeur s'est porté sur l'intéressée pour des motifs de convenance personnelle.

Erwägungen

E. 1

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, notamment, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; 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; BLV 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

Le litige porte sur la question de savoir si l'autorité intimée a refusé à bon droit l'autorisation de séjour avec activité lucrative sollicitée par A. _____ en faveur de B. _____, de nationalité malaisienne. a) A défaut d'accord entre la Suisse et la Malaisie sur la libre circulation des travailleurs, la question s'examine exclusivement au regard du droit interne, soit de la LEI. b) Selon l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée à condition que son admission serve les intérêts économiques du pays, que son employeur ait déposé une demande et que les conditions fixées aux art. 20 à 25 soient remplies. Aux termes de l'art. 21 al. 1 LEI, qui instaure un ordre de priorité, 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'alinéa 2 de cette disposition, 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); les étrangers admis à titre provisoire (let. d) et les personnes auxquelles une protection provisoire a été octroyée et qui sont titulaires d'une autorisation d'exercer

une activité lucrative (let. e). Les directives intitulées **■**Domaine des étrangers, Chapitre 4 Séjour avec activité lucrative (Directives LEI)” du Secrétariat d’Etat aux migrations (SEM; version d’octobre 2013, actualisée le 1^{er} novembre 2021) indiquent en particulier ce qui suit au sujet des efforts de recherches : **■**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) 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. arrêts CDAP PE.2019.0402 du 2 mars 2020 consid. 2a; PE.2019.0143 du 25 novembre 2019 consid. 2c et les références citées). 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 CDAP PE.2021.0066 du 1^{er} avril 2022, consid. 4c; PE.2014.0208 du 22 janvier 2015; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014; PE.2013.0474 du 13 août 2014). c) Par ailleurs, conformément à l'art. 23 LEI (intitulé "Qualifications personnelles"), seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1). En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, 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 et social (al. 2). Peuvent notamment être admises, en dérogation aux al. 1 et 2, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c). Le ch. 4.3.5 des directives du SEM, qui se rapporte aux qualifications personnelles selon l'art. 23 LEI, précise que: "(...) 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] C-5420 du 15 janvier 2014 consid. 8.1 et les réf. cit.). Sur ce point, il a été jugé qu'un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise de construction ne requerrait pas des connaissances ou des capacités professionnelles particulières (CDAP PE.2015.0118 du 30 juillet 2015). Il a également été jugé qu'un pizzaiolo n'était pas un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEI (CDAP PE.2012.0427 du 26 février 2013), de même qu'un "chargé d'événements" (CDAP PE.2013.0002 du 12 février 2013), un serveur, même pourvu de connaissances en matière de cocktails brésiliens, dans un bar brésilien, parlant espagnol et portugais (CDAP PE.2010.0184 du 31 décembre 2010), une responsable commerciale, plus précisément spécialiste en gestion des déchets (CDAP PE.2009.0492 du 14 décembre 2009), ou même un œnologue (CDAP PE.2009.0119 du 17 septembre 2009; cf. en outre, dans le même sens CDAP PE.2014.0331 du 17 août 2015; PE.2009.0173 du 24 août 2009; PE.2009.0225 du 20 juillet 2009). Dans l'arrêt PE.2017.0084 du 16 août 2017, la CDAP a jugé que la rémunération contractuellement servie à l'intéressé, 5'000 fr. brut par mois, ne correspondait pas à la rétribution d'une personne hautement spécialisée; en outre, l'employeur n'avait pas établi qu'il y ait actuellement pénurie de travailleurs en Suisse dans le génie civil, de telle sorte que l'engagement de l'intéressé soit absolument indispensable d'un point de vue économique. Quant à l'art. 23 al. 3 let. c LEI, il concerne les 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 en Suisse ou un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE (arrêt du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014). 9. a) En l'espèce, selon son curriculum-vitae, B. _____, née en 1996, a suivi sa scolarité en Malaisie puis a entrepris des études à l'Université de l'Ouest de l'Angleterre, à Bristol, où elle a reçu, le 25 janvier 2018, un bachelor en arts incluant le suivi d'un programme en comptabilité et en finance. De janvier 2018 à janvier 2019, elle a étudié à la Sunway University, à Kuala Lumpur, où elle a obtenu un diplôme en comptabilité. Du 1^{er} août 2019 au 31 juillet 2020, elle a travaillé pour la société E. _____ PLT, à Petaling Jaya, en Malaisie, en qualité d'"audit associate". Du 26 septembre 2020 au 24 décembre 2020, elle a séjourné en Suisse en tant que touriste et, le 17 février 2021, elle a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études afin de suivre un cours de français intensif auprès de l'école Swiss Language Group, à Lausanne. Dans le dossier, figure une lettre de la société F. _____, à Petaling Jaya, en Malaisie, du 25 juin 2020, engageant B. _____ en qualité "d'account and operation manager" à 100 % dès le 1^{er} septembre 2020. La recourante se prévaut d'ailleurs, dans sa lettre du 23 mars 2022 accompagnant sa demande, d'avoir travaillé pour cette société "au cours de ces deux dernières années". Il n'apparaît toutefois pas que cet engagement ait été effectif dès lors que depuis le 26 septembre 2020, B. _____ séjourne en Suisse. On retiendra donc que celle-ci, après avoir obtenu un bachelor incluant le suivi

d'un programme en comptabilité et en finance de l'Université de l'Ouest de l'Angleterre et un diplôme en comptabilité de la Sunway University, peut se prévaloir d'une unique expérience professionnelle d'une année auprès de la société E. _____ PLT. b) Dans son recours, la recourante fait valoir qu'elle souhaite engager B. _____ car celle-ci a de très bonnes connaissances des produits et des fournisseurs sis à l'étranger ainsi que de très bonnes connaissances des langues asiatiques pratiquées par les fournisseurs et les clients. De plus, étant la fille du fondateur de la société, elle bénéficie également de la confiance des fournisseurs sis à l'étranger. La recourante explique qu'a vant de déposer la demande de permis de séjour pour B. _____, elle a mis le poste au concours sur le site de l'ORP et a reçu des dossiers, que trois candidats ont été auditionnés mais qu' aucun n'avait toutes les compétences nécessaires exigées. d) Il ressort du dossier que la recourante a effectué des recherches en publiant deux annonces, l'une auprès de l'ORP le 27 janvier 2022 et l'autre sur le site de recherche d'emploi Indeed emploi le 31 janvier 2022. Le résultat de ces recherches (le nombre exact de dossiers de personnes ayant postulé et les dossiers des trois personnes auditionnées) ne figure pas au dossier. S'agissant des motifs du non engagement de celles-ci, la recourante explique dans sa lettre du 23 mars 2022 qui accompagnait sa demande qu'elles n'avaient pas de solide expérience et/ou de connaissances comptables. Or, dès lors que les démarches auprès de l'ORP et par le site Indeed emploi ne portaient pas leurs fruits, il appartenait à la recourante d'élargir son champ de recherches. Il eût fallu en effet qu'elle publie des annonces dans la presse, auprès d'agences de placement privées ou en annonçant le poste vacant sur d'autres sites Internet de recherches d'emploi. Dès lors qu'elle n'a pas procédé à de telles démarches, la recourante ne satisfait pas à son obligation de recherches sur le marché du travail indigène ou européen posée par l'art. 21 al. 1 LEI. À cela s'ajoute que les annonces précitées font état d'exigences linguistiques qui n'apparaissent pas pertinentes pour le poste. Selon celles-ci en effet, le poste de responsable de l'administration et de la comptabilité que la recourante souhaite pourvoir requiert la maîtrise de l'anglais et du chinois et une bonne connaissance du malais, du vietnamien et du thaïlandais. La recourante fait valoir que la connaissance de ces langues est nécessaire dans les relations avec les fournisseurs sis à l'étranger dès lors que de nombreux documents (bons de livraison, factures, etc) sont souvent dans la langue de ceux-ci. Elle explique également (dans sa lettre du 23 mars 2022 qui accompagnait sa demande) que les produits qu'elle importe étant destinés à des restaurants asiatiques et la clientèle parlant peu la langue française, il est nécessaire d'employer un collaborateur maîtrisant certaines langues. Or, si l'on conçoit que la connaissance des langues des fournisseurs sis à l'étranger peut s'avérer utile lors de contacts avec ceux-ci, ces contacts peuvent néanmoins très certainement avoir lieu en anglais. De même, les documents commerciaux et administratifs émis par ces fournisseurs ou adressés à ceux-ci existent très certainement en anglais. Quant à l'argument selon lequel il serait nécessaire de maîtriser ces différentes langues asiatiques dans le cadre des relations avec les clients de la recourante sis en Suisse, dès lors qu'il s'agit de restaurants asiatiques dont les tenanciers parleraient peu la langue française, il n'est pas pertinent, ces tenanciers étant également très certainement capables de s'exprimer, sinon en français, à tout le moins en anglais. On peine dès lors à voir en quoi la connaissance - en plus de l'anglais - des langues chinoise, malaisienne, vietnamienne et thaïlandaise serait indispensable. En tout état, les exigences linguistiques en cause pourraient expliquer que la recourante n'ait trouvé aucun candidat adéquat. On ne saurait dès lors exclure qu'en posant de telles exigences, qui doivent être considérées comme des critères professionnels peu pertinents, la recourante ait cherché à exclure du processus de recrutement les personnes

ayant la priorité au sens de l'art. 21 LEI. Enfin, la recourante met en avant, pour justifier son choix d'engager B._____, qu'elle a confiance en elle, dès lors qu'elle est la fille du fondateur de A._____. Or, selon la jurisprudence, 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 (arrêt CDAP PE.2021.0066 déjà cité, consid. 4c). En définitive, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, il apparaît que les conditions posées par l'art. 21 al. 1 LEI n'étant pas réalisées, c'est à juste titre, et sans violation du droit fédéral, que l'autorité intimée a refusé d'octroyer l'autorisation sollicitée.

E. 3

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Succombant, la recourante supportera les frais de justice et n'a pas le droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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