

VD_OMNI PE.2022.0105 vom 15. Dezember 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-12-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2022.0105

FR: VD_OMNI PE.2022.0105 du 15 décembre 2022

IT: VD_OMNI PE.2022.0105 del 15 dicembre 2022

Regeste

A. _____, B. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP) | Confirmation du refus de l'autorité du marché du travail de délivrer une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant kosovar, engagé successivement par le même entrepreneur en qualité d'aide-menuisier-charpentier, puis installateur de panneaux photovoltaïques ayant des connaissances dans la charpente: - l'entrepreneur ne démontre pas avoir entrepris des efforts suffisants de recherche sur le marché local du travail d'un collaborateur qui connaît le travail de charpentier et maîtrise la pose et l'installation de panneaux solaires; - l'engagement de l'intéressé semble répondre avant tout à des motifs de convenance personnelle. Confirmation de l'émolument administratif mis à la charge des recourants par la décision négative.

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 B. _____. Ce dernier est ressortissant 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]; jusqu'au 31 décembre 2018: loi fédérale sur les étrangers [LEtr]) 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. Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM], Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers [Directives LEI], état au 1^{er} 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^{ère} phrase). Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (2^{ème} 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^e 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 résidants 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^{er} 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. Si le poste n'a pas été annoncé, l'autorité cantonale compétente en matière de marché du travail rejette la demande dans le cadre de la procédure d'autorisation sur la base de l'art. 21a LEI (Directives LEI, ch. 4.3.3). 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 du 19 septembre 2020 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). 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 " 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 : Migrationsrecht, Kommentar, 5 e éd., Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/de Weck [édit.], 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, in : FF 2002 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). dd) Concernant spécifiquement le domaine de la construction, les directives précitées (ch. 4.7.13.1) prévoient que l'engagement de main-d'œuvre 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.

E. 4

En l'espèce, plusieurs objections doivent être opposées à la demande des recourants. a) Les recourants mettent en avant le fait que B._____ vient d'achever dans son pays un cours d'installateur en panneaux solaires et chauffage et y a obtenu, le 20 juin 2022, un certificat attestant de ses compétences professionnelles. On peut laisser ouverte la question de savoir si l'intéressé peut être assimilé à un travailleur qualifié, au sens où l'entend l'art. 23 al. 1 LEI. En effet, B._____ vient d'obtenir dans son pays un diplôme professionnel de

monteur de panneaux solaires. On relèvera simplement que l'installation et le montage de panneaux solaires ne fait pas partie du champ d'application du ch. 4.7.13.2 des Directives LEI. Même si ces dernières n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration (v. sur ce point, arrêt PE.2019.0243 du 5 mars 2020 consid. 3a/aa), on peut douter qu'il s'agisse d'une activité pour laquelle une autorisation de séjour de courte durée puisse être délivrée. De même, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si cette activité requière des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, comme l'exige l'art. 23 al. 3 let. c LEI, de sorte que A. _____ puisse, à titre exceptionnel et pour autant qu'il motive dûment sa demande, obtenir une dérogation pour engager B. _____. b) A. _____ ne démontre pas avoir entrepris des efforts suffisants de recherche d'un collaborateur qui connaît à la fois le travail de charpentier et maîtrise la pose et l'installation de panneaux solaires. Dans sa demande, A. _____ a, certes, indiqué qu'il avait contacté l'ORP local; il n'est cependant pas démontré qu'il ait annoncé le poste vacant auprès de cet organisme. En outre, il est arrivé hâtivement à la conclusion, à l'issue de ses recherches sur le site www.arbeit.swiss.ch, qu'aucun poseur de panneaux solaires n'était qualifié. Or, il ressort du dossier de l'autorité intimée qu'au 14 juillet 2022, vingt-deux demandeurs d'emploi disposant d'une expérience en la matière étaient annoncés aux ORP du canton. Comme l'observe l'autorité intimée, A. _____ aurait pu lui-même former ou faire former un candidat disponible sur le marché indigène. Peu importe à cet égard qu'une seule entreprise de travail temporaire lui ait indiqué qu'elle ne disposait pas de personnel certifié pour la pose de panneaux solaires. Ce deuxième motif exclut que la demande puisse être accueillie de manière favorable. c) Enfin, il importe de se demander sérieusement si l'engagement de B. _____ ne répond pas avant tout à des motifs de convenance personnelle de A. _____. En effet, l'autorité intimée a été saisie le 25 février 2022 d'une première demande concernant l'intéressé, que A. _____ comptait alors engager pour l'agencement de cuisine, la menuiserie et la pose d'escaliers. Or, après le refus définitif de l'autorité intimée d'accueillir favorablement cette demande, contre lequel il n'a pas recouru, A. _____ n'a pas cherché à pourvoir au poste au demeurant vacant dans son entreprise en effectuant des recherches sur le marché indigène. Il a réengagé B. _____, mais pour l'exercice d'une nouvelle activité, à savoir la pose et l'installation de panneaux solaires et la connaissance du travail de charpentier. Bien qu'il explique que son entreprise est en quelque sorte contrainte à se diversifier pour rester compétitive, on ne peut s'empêcher de penser que ce réengagement tient davantage à la personne de B. _____ qu'à des impératifs conjoncturels. d) L'autorité intimée n'a dès lors pas abusé du pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu en la présente matière en refusant d'accorder une autorisation préalable de travail en faveur de B. _____.

E. 5

Les recourants demandent l'annulation de l'émolument de 80 fr. mis à leur charge par l'autorité intimée. a) On rappelle qu'aux termes de l'art. 45 LPA-VD, hormis dans les cas où la loi prévoit la gratuité, les autorités peuvent percevoir un émolument et des débours en recouvrement des frais occasionnés par l'instruction et la décision. L'art. 46 al. 1 LPA-VD ajoute qu'un règlement du Conseil d'Etat fixe les frais dus en procédure administrative devant les autorités administratives cantonales. Le Conseil d'Etat a adopté sur la base de cette dernière disposition le règlement du 8 janvier 2001 fixant les émoluments en matière administrative (RE-Adm; BLV 172.55.1). Ce règlement, qui s'apparente à un tarif, liste pour chaque département les émoluments qui peuvent être perçus et précise leurs montants, soit par un montant fixe soit par une fourchette soit encore par un tarif horaire, qui varient

selon les prestations ou décisions. Il prévoit, à l'art. 5 ch. 23, que le Département de l'économie et du sport (actuellement Département de l'économie, de l'innovation, de l'emploi et du patrimoine [DEIP], cf. art. 5 de l'arrêté sur la composition des départements et les noms des services de l'administration [AdésA BLV 172.215.1.1]), dont fait partie la DGEM, perçoit un émoluments de 80 fr. pour une décision négative. Le principe de légalité, qui s'applique à toutes les contributions publiques, dont font partie les émoluments administratifs, apparaît dès lors comme étant respecté (v. sur ce point, arrêt FI.2021.0073 du 27 juin 2022 consid. 3a). b) La décision attaquée entre dans le champ d'application de l'art. 5 ch. 23 RE-Adm. C'est par conséquent à juste titre qu'un émoluments de 80 fr. a été mis à la charge de A._____. La conclusion des recourants ne peut, dans ces conditions, qu'être rejetée.

E. 6

a) Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. b) La requête d'octroi de l'effet suspensif, qui, s'agissant d'une décision négative, s'apparente plutôt à une requête de mesures provisionnelles (cf. art. 86 LPA-VD) tendant à ce que A._____ puisse employer B._____ jusqu'à droit jugé sur le recours, est par conséquent dépourvue d'objet. c) Le sort du recours commande de mettre les frais de justice à la charge des recourants, solidairement entre eux (cf. art. 49 al. 1, 51 al. 2, 91 et 99 LPA-VD). L'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (cf. 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.