

# VD\_OMNI PE.2022.0137 vom 8. Juni 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-06-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2022.0137](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2022.0137)

FR: VD\_OMNI PE.2022.0137 du 8 juin 2023

IT: VD\_OMNI PE.2022.0137 del 8 giugno 2023

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP), B. \_\_\_\_\_ | Association gérant une unité d'accueil pour enfants qui recourt contre la décision de la DGEM lui refusant l'autorisation d'engager une ressortissante canadienne en qualité d'auxiliaire socio-éducative à 80%. - La ressortissante canadienne ne remplit pas les exigences relatives aux qualifications personnelles telles que définies par l'art. 23 LEI (consid. 4a). - L'association recourante n'a pas respecté les conditions relatives à l'ordre de priorité et une dérogation à ces conditions n'est pas envisageable (consid. 4b et 4c). - Le Protocole d'entente avec le Canada sur le statut juridique accordé par un pays aux ressortissants de l'autre ne permet pas non plus la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative (consid. 5). Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

À teneur de l'art. 85 de la loi vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11), la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) est applicable aux décisions rendues en application, notamment, de la LEI ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. Déposé en temps utile (cf. art. 95 LPA-VD), le recours satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (notamment l'art. 79 LPA-VD, par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Il sied tout d'abord de définir l'objet du litige. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. Le juge n'entre donc pas en matière, sauf exception, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation (ATF 144 II 359 consid. 4.3, et les références citées; cf. aussi TF 1C\_192/2022 du 26 janvier 2023 consid. 2.1). En droit vaudois, l'art. 79 al. 2, 1<sup>ère</sup> phr., LPA-VD prévoit que le recourant ne peut pas prendre de conclusions qui sortent du cadre fixé par la décision attaquée. b) Le recours porte en l'occurrence uniquement sur le refus prononcé par la DGEM le 19 octobre 2022 sur la base de la LEI relatif à la demande de prise d'emploi déposée par la recourante en faveur du tiers intéressé. L'objet du présent litige ne porte donc pas également sur la demande d'octroi d'autorisations de séjour telle que déposée auprès du SPOP le 27 janvier 2023 par B. \_\_\_\_\_ pour elle et sa famille, voire à ce qu'une procédure d'admission provisoire soit entamée en leur faveur.

### E. 3

Sur le fond, le litige porte ainsi sur le refus de la DGEM de délivrer une autorisation de travail en faveur d'une ressortissante canadienne engagée en qualité d'auxiliaire socio-éducative à 80% dans une unité d'accueil pour enfants. a) aa) Aux termes de l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes: son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a); son employeur a déposé une demande (let. b); les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c). bb) Parmi les conditions mentionnées à l'art. 18 let. c LEI, l'art. 21 al. 1 LEI institue 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). Le ch. 4.3.2.2.2 des Directives et commentaires, Domaine des étrangers (Directives LEI), état au 1<sup>er</sup> février 2023, du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) précise que: "[...] 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 [...]" . Selon la jurisprudence 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.2023.0011 du 2 mars 2023 consid. 2a/bb; PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b/bb, et les références citées). cc) En dérogation à l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il est admis à titre provisoire pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de sa formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21 al. 3 LEI). Les Directives LEI, à leur ch. 4.4.6, prévoient ce qui suit: "[...] Cette réglementation permet, notamment, aux entreprises suisses (grandes entreprises, petites et moyennes entreprises et start-up) et aux milieux académiques suisses de recruter des spécialistes qui ont terminé avec succès leurs études en Suisse et qui sont bien ou hautement qualifiés. Entrent en ligne de compte les titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse dans les domaines où ils peuvent mettre en pratique à un haut niveau les connaissances qu'ils ont acquises et où il n'existe effectivement pas d'offre de main-d'œuvre suffisante. [...] Demeurent exclus les secteurs d'activités qui n'ont aucun lien direct avec les études accomplies (p. ex. tâches administratives ou emploi n'ayant aucun rapport avec les études accomplies). L'admission de cette catégorie de personnes a lieu sans examen de règle sur

l'ordre de priorité des travailleurs (art. 21, al. 3, LEI). Restent en revanche applicables les autres conditions d'admission pour l'exercice d'une activité lucrative, prévues aux art. 20 ss LEI ". La dérogation ne vise ainsi que les étudiants hautement qualifiés et qui ont obtenu le diplôme correspondant " comme un bachelor, un master, un doctorat, un post-doctorat, un autre titre équivalent ou encore un diplôme ou master in advance studies " (arrêts PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b/cc; PE.2021.0068 du 28 janvier 2022 consid.3b, et les références citées). b) Par ailleurs, conformément à l'art. 23 LEI ( " 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 admis, 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 LEI 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 spécialisés 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 résidente au sens de l'art. 21 LEI. 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 (arrêt PE.2023.0011 du 2 mars 2023 consid. 2a/cc, et les références citées; cf. aussi arrêt PE.2022.0056 du 28 novembre 2022 consid. 2c; PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4 b/ee). Sur ce point, il a été jugé qu'un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise de construction ne requérait pas des connaissances ou des capacités professionnelles particulières (arrêt PE.2015.0118 du 30 juillet 2015). Il a également été jugé qu'un "chargé d'événements" n'était pas un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEI (arrêt PE.2013.0002 du 12 février 2013) . 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. Peuvent se réclamer de l'art. 23 al. 3 let. c LEI les travailleurs moins qualifiés, (ne remplissant pas les conditions des al. 1 et 2), 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 (arrêts PE.2023.0011 du 2 mars 2023 consid. 2a/cc, et les références citées;

#### **E. 4**

En l'espèce, la recourante vise l'obtention en faveur de B. \_\_\_\_\_ d'une autorisation de séjour pour l'exercice d'une activité lucrative d'auxiliaire socio-éducative à 80%. a) Si les qualifications personnelles de la prénommée pour ce poste ne sont pas remises en cause, celle-ci n'occupe ni la fonction de cadre ni celle de spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEI. Elle ne saurait non plus être considérée comme une " autre travailleuse qualifiée " au sens de cette même disposition. L'emploi en cause, comme permet notamment de le constater le cahier des charges, est une activité d'auxiliaire qui ne requiert manifestement pas de connaissances ou de capacités professionnelles particulières ni de compétences spécialisées qui ne puissent être trouvées parmi la main-d'œuvre résidente au sens de l'art. 21 LEI. Un salaire mensuel brut de près de 4'200 fr., 13<sup>ème</sup> salaire compris, à 80% ne correspond par ailleurs pas à la rétribution d'une personne hautement spécialisée. La recourante relève toutefois qu'elle a pu engager B. \_\_\_\_\_, qui, selon elle, est au bénéfice d'une formation et d'une large expérience professionnelle, en tant qu'auxiliaire socio-éducative et bénéficiaire de ses compétences et expérience justement du fait que sa formation n'est pas reconnue en Suisse; si tel avait été le cas, elle n'aurait alors pas pu l'engager. Ces explications attestent toutefois bien du fait qu'un tel poste ne requiert pas de qualifications personnelles au sens de l'art. 23 al. 1 et 2 LEI et qu'il peut être occupé par du personnel moins qualifié, mais apte à répondre aux exigences du cahier des charges. L'on ne saurait non plus considérer comme déterminantes, ainsi que l'invoque la recourante, les spécificités de son métier, soit en particulier d'avoir affaire à une population vulnérable et sensible, pour laquelle une attention particulière doit être apportée, et les contraintes qui lui sont imposées, soit de devoir compléter son équipe avec du personnel auxiliaire. La recourante ne peut davantage se prévaloir de l'art. 23 al. 3 let. c LEI. L'on ne saurait en effet considérer que l'activité en cause ne peut pas, ou alors de manière insuffisante, être exécutée par un travailleur en Suisse ou un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE. B. \_\_\_\_\_ ne remplit donc pas les exigences relatives aux qualifications personnelles. b) Sous l'angle des conditions relatives à l'ordre de priorité (art. 21 al. 1 LEI), il n'est pas établi ni même allégué par la recourante qu'elle a cherché en vain un travailleur en Suisse ou dans un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis. La recourante fait toutefois valoir qu'étant une association privée subventionnée, aucune obligation ne lui est faite, en matière de procédure d'engagement, de publier une annonce ou de faire un appel d'offres. Une telle obligation s'impose cependant à l'intéressée en application de l'art. 21 al. 1 LEI si elle souhaite engager une personne étrangère qui n'est pas considérée comme un travailleur en Suisse au sens de l'art. 21 al. 1 et 2 LEI. La recourante explique également recevoir sans cesse des offres d'emploi, mais qui ne seraient pas adaptées, en particulier au poste en cause. Ces offres d'emploi proviendraient ainsi soit de personnes trop qualifiées pour ce poste, soit demandant un taux d'occupation trop faible, manquant d'expérience professionnelle ou ayant des lacunes en français notamment. Ayant reçu une offre spontanée de B. \_\_\_\_\_, elle a ainsi pu lui proposer quelques heures de remplacement, avant de pouvoir l'engager, ayant apprécié ses qualités personnelles et professionnelles, lorsque l'opportunité s'est présentée. C'est ainsi bien par pure convenance personnelle que la recourante a porté son choix sur l'intéressée, qui avait déjà effectué quelques heures de remplacement en son sein et donné satisfaction. L'on ne voit par ailleurs pas pourquoi la recourante ne pourrait pas entreprendre toutes les démarches nécessaires sur le marché du travail de manière à donner

la priorité à un demandeur d'emploi indigène ou européen, et ce d'autant plus si elle est insatisfaite des nombreuses offres d'emploi qu'elle reçoit. c) L'on ne voit enfin pas que, conformément à l'art. 21 al. 3 LEI, une dérogation à l'ordre de priorité tel que défini à l'art. 21 al. 1 LEI puisse être envisagée. Outre le fait que la recourante ne prétend pas que le diplôme obtenu en Suisse par B.\_\_\_\_\_ y est reconnu, l'activité d'auxiliaire socio-éducative en cause n'a pas de lien direct avec les études en théologie accomplies en Suisse par la prénommée. d) Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre et sans violer le droit fédéral que l'autorité intimée a, sous l'angle des art. 21 et 23 LEI, refusé d'octroyer l'autorisation de séjour avec activité lucrative sollicitée.

#### **E. 5**

a) Selon le Protocole d'entente, la Suisse s'efforcera d'accorder aux citoyens canadiens une autorisation de séjour à l'année ou une autorisation de séjour de courte durée conformément à la législation sur les étrangers pertinente. Les personnes appartenant aux catégories suivantes pourront aussi demander ces permis même si elles ne satisfont pas dans chaque cas au critère de personnes qualifiées stipulé dans le droit suisse des étrangers: les sportifs de haut niveau, les entraîneurs sportifs (entraîneurs professionnels et maîtres de sport), les jeunes gens au pair, les titulaires d'un diplôme universitaire sans expérience de travail, les missionnaires d'églises reconnues, les personnes exerçant une activité dans le domaine culturel et les professionnels de la santé dans le secteur hospitalier (chapitre II, point 1 du Protocole d'entente). Ce protocole d'entente, s'il vise à accorder une certaine souplesse dans l'interprétation du critère de travailleur qualifié visé à l'art. 23 LEI, ne permet en revanche pas de déroger à l'ordre de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 LEI (cf. arrêts PE.2014.0165 du 11 août 2014 consid. 1b; PE.2008.0345 du 13 février 2009 consid. 3b; voir aussi Directives LEI, ch. 4.8.8). b) Dans sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative du 14 juillet 2022, la recourante a fait valoir qu'à l'obtention de son diplôme en théologie appliquée en juillet 2019 en Suisse, B.\_\_\_\_\_ était alors " sans expérience professionnelle " jusqu'à son engagement par la Paroisse Evangélique réformée de \*\*\*\*\*, puis par elle-même. Elle requerrait une autorisation de séjour avec activité lucrative en se fondant aussi sur le Protocole d'entente. Si la DGEM ne s'est pas prononcée sur cette question dans la décision attaquée, la recourante ne l'a pas non plus invoquée dans son acte de recours. Quoi qu'il en soit, au vu des activités exercées par B.\_\_\_\_\_ depuis de nombreuses années (cf. supra faits let. B) et du fait que la recourante admet dans son recours que celle-ci dispose d'une large expérience professionnelle, l'on ne saurait considérer que l'intéressée est une diplômée universitaire sans expérience professionnelle. Le Protocole d'entente ne permet dès lors pas non plus la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Les frais de justice seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49, 91 et 99 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à titre de dépens (art. 55, 91 et 99 LPA-VD).

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