

VD_OMNI PE.2023.0070 vom 14. Dezember 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2023.0070

FR: VD_OMNI PE.2023.0070 du 14 décembre 2023

IT: VD_OMNI PE.2023.0070 del 14 dicembre 2023

Regeste

A. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP), B. _____ | Confirmation du refus de délivrer une autorisation de travail à un ressortissant israélien. L'employeur n'est pas à la recherche d'un cadre ou d'un spécialiste, mais bien d'un responsable des ventes qui connaisse au mieux ses produits; il ne s'agit pas d'une profession particulièrement touchée par une pénurie de main-d'œuvre qualifiée et le poste peut être repourvu sur le marché local. En outre, on peut se demander si les critères du poste mis au concours n'ont pas été définis en fonction du profil de l'intéressé, qui a travaillé par le passé à temps partiel pour cet employeur durant sa formation en Suisse, de sorte que cet engagement résulterait principalement de la convenance personnelle de celui-ci. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp, RSV 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

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 LEI et ses ordonnances d'application.

E. 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 à la DGEM, 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. On peut supposer que le potentiel offert par la main-d'œuvre présente en Suisse a été épuisé dans les genres de professions touchés par une forte pénurie structurelle de main-d'œuvre qualifiée (Directives LEI, ch. 4.3.2.2.1). 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). En dérogation à l'al. 1, 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). 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 (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 (cf. arrêts du TAF C-2638/2010 du 21 mars 2011, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4., et 6.7, C-679/2011 du 27 mars 2012, consid. 7.2, C-4873/2011 du 13 août 2013, consid. 5.3 et C- 106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6 et 7.1)" (ch. 4.3.3, références citées). En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21a LEI, le 1^{er} juillet 2018, l'admission de ressortissants d'États 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.2020.0168 du 5 janvier 2021 consid. 3d; 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.2020.0233 du 12 août 2021 consid. 2a; 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 résidente 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 LEI). 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).

E. 4

En la présente espèce, les considérations suivantes doivent, à la lumière de ce qui précède, être opposées à la demande et conduisent à la confirmation de la décision attaquée. a) La recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir tenu compte du fait qu'elle avait, préalablement à l'engagement de B. _____, effectué des recherches sur le marché du travail, en vue de recruter des demandeurs d'emploi indigènes ou communautaires et de leur conférer la priorité. Or, ces recherches n'auraient, selon elle, rien donné, de sorte qu'elle a préféré engager un ressortissant d'un Etat tiers. Sans doute, ces recherches précèdent la conclusion du contrat de travail avec B. _____ et le dépôt de la demande d'autorisation de travail en faveur de ce dernier. On relève cependant que moins de dix jours séparent la publication de l'unique annonce auprès des ORP, le 20 février 2023, de l'engagement de B. _____ le 1^{er} mars 2023. Ces démarches paraissent dès lors avoir été entreprises à la seule fin de s'acquitter de l'exigence résultant de l'art. 21 al. 1 LEI. Sur ce point, la recourante fait sans doute valoir qu'aucun des autres candidats ne répondait au profil du poste mis au concours. Or, elle n'est pas à la recherche d'un cadre ou d'un spécialiste, mais bien d'un responsable des ventes qui connaisse au mieux ses produits. Il ne s'agit pas d'une profession particulièrement touchée par une pénurie de main-d'œuvre qualifiée, ce que ne soutient du reste pas la recourante. Il serait étonnant que la recourante ne trouve pas, sur le "marché local" du travail un candidat suffisamment expérimenté correspondant à un tel profil, susceptible de répondre à ses attentes, voire un candidat moins expérimenté mais qu'elle puisse former. Il est douteux que la recourante ait entrepris à cet égard tous les efforts nécessaires pour être en mesure d'attribuer le poste en question à des candidats

indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. b) En réalité, on peut se demander avec l'autorité intimée si la recourante n'a pas défini, pour le poste en question, des critères qui correspondent plutôt au profil de B._____. Dans son annonce, la recourante a exigé du candidat qu'il bénéficie d'une formation complète dans le domaine de la vente, idéalement deux à trois ans d'expérience professionnelle dans la vente de produits cosmétiques, d'appareils et de soins esthétiques. Or, cette formation est précisément celle qu'a reçue l'intéressé, que la recourante décrit comme "(...) un expert supérieur et reconnu dans ce domaine et possède une vaste expérience dans la manipulation de tous types de cosmétiques, en particulier les produits et technologies". On gardera à l'esprit que ce dernier a travaillé à temps partiel pour la recourante comme assistant à la direction de la vente, de 2018 à 2022. Dans son curriculum vitae, il se prévaut du reste de son expérience professionnelle dans ce dernier poste en précisant: "s uperviser les opérations commerciales quotidiennes sur le plan des ventes en favorisant des relations professionnelles approfondies avec les contacts en gros et les clients". A cela s'ajoute qu'outre l'anglais et le français, la recourante a ajouté dans son annonce que la connaissance de la langue russe était un avantage pour le candidat; or, bien que l'hébreu soit la langue maternelle de l'intéressé, ce dernier est né en Russie dont il parle couramment ("fluent") la langue. Enfin, la recourante sous-loue depuis 2017 à B._____ un appartement à *****; si ce bail a été reconduit pour une année supplémentaire, il faut y voir l'intention de la recourante de s'attacher durablement les services de l'intéressé. Il apparaît ainsi que le poste en question a bien été taillé sur mesure pour B._____, compte tenu de ses compétences particulières et de son expérience. Dès lors, il apparaît que la recourante n'envisageait nullement d'engager une tierce personne, de sorte que l'engagement de B._____ résulte principalement, voire exclusivement de sa convenance personnelle. Or, ce faisant, la recourante devait au préalable respecter l'ordre de priorité auquel est soumis l'engagement d'un ressortissant israélien, ce dont elle s'est affranchie.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise. Vu le sort du recours, les frais de justice seront mis à la charge de la recourante (art. 49 al. 1 LPA-VD). Pour le même motif, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (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.