

VD_OMNI PE.2023.0080 vom 11. September 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-09-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2023.0080

FR: VD_OMNI PE.2023.0080 du 11 septembre 2023

IT: VD_OMNI PE.2023.0080 del 11 settembre 2023

Regeste

A. _____, B. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP) | Le refus d'octroyer une autorisation de travail en faveur d'une ressortissante tunisienne comme employée de hammam est confirmé. L'intéressée n'est pas une travailleuse qualifiée et ne peut pas non plus être assimilée à une travailleuse moins qualifiée mais possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières (consid. 4a). Par ailleurs, toutes les démarches nécessaires pour trouver une travailleuse disponible sur le marché du travail indigène n'ont pas été entreprises, l'engagement de l'intéressée relevant de la convenance personnelle (consid. 4b).

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 (art. 95 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]), le recours satisfait au surplus aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 79 LPA-VD 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 sollicitée par la recourante en faveur de B. _____.

E. 3

a) A défaut d'accord entre la Suisse et la Tunisie 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 (let. a), que son employeur ait déposé une demande (let. b) et que les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI soient remplies (let. c). aa) 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 autorisations d'établissement (let. b); les titulaires d'une autorisations 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 et commentaires, Domaine des étrangers (Directives LEI), état au 1^{er} février 2023, du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) indiquent notamment ce qui suit s'agissant de la preuve du respect de l'ordre de priorité : ch. 4.3.2.2.1 Domaines professionnels touchés par une forte pénurie de main-d'œuvre qualifiée 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. Il s'agit souvent de main-d'œuvre qui fait aussi totalement ou partiellement défaut dans les États membres de l'UE ou de l'AELE (demande supérieure à l'offre). Si la loi requiert d'apporter la preuve que l'ordre de priorité a bien été respecté, il est possible de faire preuve de souplesse dans l'application des dispositions en question lorsque les demandes d'autorisations de travail concernent des genres de professions manifestement touchés par une pénurie de main-d'œuvre qualifiée. Les autorités chargées d'examiner les demandes d'autorisations peuvent alors renoncer à exiger des entreprises qu'elles attestent des recherches qu'elles ont effectuées (interprétation au sens large). Ces dernières ont la possibilité de se contenter de faire valoir que leurs demandes concernent des professions frappées de pénurie de main-d'œuvre. Les autorités cantonales compétentes estimeront alors que le potentiel offert par la main-d'œuvre présente en Suisse est épuisé et, partant, que l'ordre de priorité est respecté. Vu les indicateurs du SECO et les valeurs empiriques tirées des procédures d'admission de main-d'œuvre (SEM), les assouplissements s'agissant de l'obligation d'apporter la preuve que le potentiel en question est épuisé peuvent s'appliquer aux domaines professionnels suivants: - les cadres dans les domaines des technologies de l'information et de la communication, du conseil, de la finance et de l'assurance, de l'industrie des machines, des équipements électriques et de la métallurgie, de la production chimique et pharmaceutique ainsi que de l'alimentaire ; - les ingénieurs, scientifiques et chercheurs dans les domaines des mathématiques, des sciences naturelles et techniques ainsi que les spécialistes de l'information et de la communication ; - les professions de la santé : médecins spécialistes, médecins assistants, personnel soignant spécialisé (par ex. en soins opératoires, en soins aigus et en soins d'urgence), personnel assistant en radiologie, et - le personnel enseignant des hautes écoles . En cas de situation critique et quand elle le juge utile (par ex. selon la situation du marché cantonal de l'emploi, les priorités économiques régionales et les intérêts économiques globaux), l'autorité cantonale compétente peut demander des justificatifs spéciaux ad hoc (mise au concours du poste vacant auprès de l'ORP ou au sein de l'espace de l'UE, prise en compte de la situation dans l'espace de l'UE/AELE en matière de main-d'œuvre, etc.). ch. 4.3.2.2.2 Autres domaines professionnels Dans les domaines professionnels où il n'est pas possible d'apporter la preuve objective d'une forte pénurie de main-d'œuvre qualifiée, il y a lieu d'examiner au cas par cas si l'ordre de priorité a bien été respecté. Demeurent également réservées les conditions spécifiques applicables aux branches, aux professions et aux fonctions mentionnées au ch. 4.7. En vertu de la jurisprudence, l'employeur doit alors être en mesure de rendre crédible qu'il a effectué des recherches, 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'États 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. 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). 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 (PE.2022.0137 du

E. 8

juin 2023 consid. 3a/bb; PE.2023.0011 du 2 mars 2023 consid. 2a/bb; PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b/bb, et les références citées). En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises dans la presse et auprès des ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (PE.2022.0035 précité consid. 3a/bb; PE.2022.0026 précité consid. 4b/bb; PE.2020.0219 du 8 juin 2021 consid. 1d) ni, a fortiori, après la demande de permis (CDAP PE.2022.0035 précité consid. 3a/bb; PE.2019.0143 du 25 novembre 2019 consid. 2c; PE.2019.0041 du 31 juillet 2019 consid. 2c/cc). A cet égard, le Tribunal a jugé insuffisantes une unique annonce auprès de l'ORP local (CDAP PE.2013.0274 du 30 juillet 2014), de même que des démarches infructueuses auprès de l'ORP ainsi que du site Indeed (PE.2022.0056 du 28 novembre 2022). bb) L'art. 23 LEI, qui a trait aux "qualifications personnelles" de l'étranger, prévoit que 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). A ce sujet, les Directives LEI précisent que: ch. 4.3.5 Qualifications personnelles (art. 23 LEI) En règle générale, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne peut être autorisée que lorsque l'exigence relative aux qualifications personnelles existantes est satisfaite. 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. [...] ch. 4.3.5.4 Connaissances de la langue nationale parlée au lieu de travail Dans le contexte d'un marché du travail de plus en plus globalisé (entreprises bénéficiant d'un réseau mondial) et de l'internationalisation de la recherche et du développement, de très bonnes connaissances de l'anglais, par exemple, peuvent suffire pour permettre une intégration durable des travailleurs qualifiés travaillant dans des branches et des entreprises hautement spécialisées. En effet, l'expérience montre que les étrangers qui sont employés dans ces branches et entreprises parviennent en règle générale à s'intégrer durablement dans le marché du travail grâce à leurs qualifications et à leur capacité d'adaptation professionnelle et sociale. Par conséquent, on peut se dispenser de vérifier si les cadres et les spécialistes opérant dans un environnement international possèdent des connaissances d'une langue nationale. Dans les branches et les catégories professionnelles dans lesquelles des connaissances de la langue nationale parlée sur le lieu de travail revêtent une certaine importance pour entretenir des contacts avec son environnement social et assurer une intégration durable dans le marché du travail (par ex., secteur de la santé ou hôtellerie et restauration), on peut considérer que ces connaissances constituent un critère supplémentaire déterminant pour l'admission en Suisse. Le niveau linguistique requis est fixé dans des réglementations spécifiques aux branches (cf. ch. 4.7). Afin de déterminer le niveau de qualification, une formation suivie à l'étranger doit être comparée à la formation correspondante en Suisse. Le seul fait qu'il n'existe pas en Suisse de formation permettant d'acquérir les connaissances de l'intéressé ne suffit pas à qualifier celui-ci de spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 LEI (TAF C-388/2021 du 21 février 2012, consid. 8.3 à 8.5 et 9.1; Guillaume Vianin, in: Nguyen/Amarelle [éd.], Code annoté de droit des migrations, vol. II: Loi sur les étrangers, 2017, n. 7 ad art. 23 LEtr). 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. 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 (PE.2023.0011 précité consid. 2a/cc, et les références citées; PE.2022.0056 précité consid. 2c; PE.2022.0026 précité 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 (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 (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 que 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 (PE.2023.0011 précité consid. 2a/cc, et les références citées; PE.2022.0056 précité consid. 2c). 4. a) En l'espèce, la recourante soutient avoir recruté B. _____ précisément en raison de son savoir-faire et de ses connaissances spécifiques relatives aux soins dispensés dans les hammams, de sorte qu'elle doit être considérée comme une "travailleuse qualifiée" au sens de l'art. 23 al. 1 LEI. À la lecture du cahier des charges figurant dans le contrat de travail conclu entre la recourante et B. _____, les tâches requises pour l'emploi en cause sont le gommage, l'épilation du corps entier au sucre oriental, le tatouage au Henné ou Harkous, le massage relaxant, divers soins esthétiques, la beauté des mains et des pieds essentiellement pour personnes âgées, la préparation des boissons, la prise de rendez-vous, le nettoyage quotidien, le lavage et le rangement du linge, etc. Dans le cadre de son dossier de candidature, B. _____ a fourni à la recourante plusieurs diplômes attestant du suivi et de la réussite de diverses formations en Tunisie, notamment de soins des mains et des pieds, de masseuse, d'épilation au sucre oriental et de tatouage au henné et harkous, ce qui correspond en partie aux qualifications spéciales requises énumérées dans le cahier des charges. Il n'apparaît en revanche nulle part que B. _____ ait suivi une formation destinée à la technique du gommage. Pourtant, dans sa lettre de motivation, cette dernière a indiqué être au bénéfice de plusieurs expériences au sein de hammams traditionnels en Tunisie et ainsi disposer d'un savoir-faire dans la pratique du rituel du hammam traditionnel dit "en plusieurs étapes", soit la sudation, le gommage au savon noir ainsi que l'enveloppement du corps au ghassoul, au henné, aux algues ou à l'argile. Elle n'a cependant produit aucun certificat de travail permettant d'établir la véracité de ces multiples expériences professionnelles, de sorte que ses compétences dans ce domaine ne peuvent être tenues pour avérées. En outre, dans son mémoire de recours, la recourante met en avant qu'il s'agit d'une des tâches principales de cet emploi. Toutefois, elle n'a pas su démontrer que la candidate pressentie pour le poste d'employée de hammam disposait de qualifications professionnelles particulièrement poussées dans la pratique du rituel du hammam traditionnel. Force est ainsi de constater que B. _____ n'entre dans aucune des catégories de travailleurs au sens de l'art. 23 al. 1 LEI, à tout le moins s'agissant de ses compétences pour ce qui a trait au gommage dans le cadre du rituel du hammam. Quant aux autres tâches spéciales énumérées dans le cahier des charges, telles que l'épilation au sucre oriental et le tatouage au henné ou harkous, il ressort du dossier qu'aucune des autres candidates ayant suivi une formation d'esthéticienne n'avait de compétence en la matière et que, pour cette raison, la recourante n'a pas retenu leur dossier de candidature. Bien que B. _____ ait précisément été formée pour ces deux types de prestations, cela ne fait pas pour autant d'elle une spécialiste ni une travailleuse qualifiée au sens de l'art. 23 al. 1 LEI. En effet, il existe en Suisse des formations spécifiques pour l'épilation au sucre orientale (<https://swiss-beauty-academy.ch/fr/ecole-esthetique-ecole-estheticienne/cours-de-sugaring/>). De même, il est possible de se former à l'art du tatouage au henné en France voisine (par exemple: <https://www.reshana-henne.fr/formations>). De ce fait, il n'apparaît pas impossible de trouver une travailleuse suisse ou une ressortissante d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE dotée des mêmes qualifications particulières que B. _____. Partant, la recourante ne saurait se prévaloir des exigences du marché de l'emploi actuel pour prétendre à l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de B. _____. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'examiner au surplus les critères du jeune âge de l'intéressée et de sa maîtrise de la langue française invoqués par la recourante au regard de l'art. 23 al. 2 LEI. Se pose dès lors la

question de savoir si B. _____ peut être admise en dérogation à l'art. 23 al. 1 et 2 LEI, en tant que personne possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, et si, dans cette hypothèse, son admission répond de manière avérée à un besoin, conformément à l'art. 23 al. 3 let. c LEI. En l'occurrence, B. _____ a notamment suivi une formation d'épilation au sucre oriental du 1 juillet 2020 au 31 août 2020 et une formation de tatouage au henné et harkous du 2 juillet 2021 au 20 août 2021, dont la durée est supérieure à celles proposées en Suisse ou en France, de respectivement une journée pour l'épilation au sucre et de 14 à 28 heures pour le tatouage au henné. On peut ainsi supposer que l'intéressée a pu bénéficier d'une formation plus approfondie que les personnes ayant suivi une formation similaire en Suisse ou en France, ce qui conduirait à admettre qu'elle dispose de connaissances particulières supérieures à celles d'une personne suisse ou ressortissante d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE. Néanmoins, la recourante ne démontre pas que son admission répondrait de manière avérée à un besoin. Quant aux prestations de soins relatives au rituel traditionnel du hammam, comme exposé ci-avant, il n'est pas démontré que B. _____ aurait suivi une formation pour ce type de prestations et la preuve de ses expériences professionnelles n'est pas non plus établie, de sorte qu'il ne saurait en être tenu compte. Dans ces circonstances, la prénommée ne peut pas non plus être assimilée à un travailleur moins qualifié mais possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEI. b) Dans le cas présent, la recourante a effectué trois annonces auprès de l'ORP. La première en date du 21 avril 2022 avec une publication uniquement sur Job-Room avec Login, à laquelle seuls les chômeurs inscrits à l'ORP pouvaient avoir l'accès exclusif pendant cinq jours ouvrables. La seconde le 5 décembre 2012, avec cette fois-ci une publication de l'annonce sur EURES (réseau européen de services de l'emploi destiné à faciliter la libre circulation des travailleurs) en plus de la publication sur Job-Room. La troisième le 9 janvier 2023 avec des publications sur Job-Room avec Login, Job-Room /Job-Desk public et EURES. En revanche, elle n'a aucunement démontré avoir procédé à davantage d'annonces par l'intermédiaire d'autres canaux d'informations tels que les journaux (quotidiens ou presse spécialisée), les sites internet dédiés à la publication d'offres d'emploi, les réseaux sociaux, ou encore les agences de placement. Il y a ainsi lieu de constater que la recourante n'a pas entrepris toutes les démarches nécessaires pour trouver une travailleuse disponible. Par conséquent, elle ne satisfait à l'évidence pas à son obligation de recherches sur le marché du travail indigène. Par ailleurs, la recourante n'établit pas l'existence de difficulté véritable pour recruter sur le marché suisse du travail une travailleuse indigène ou ressortissante d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE présentant les qualifications professionnelles requises pour le poste en question. En outre, quand bien même il en aurait été ainsi, il n'en demeure pas moins qu'on aurait raisonnablement pu attendre de la recourante qu'elle déploie des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleuses disponibles sur le marché suisse du travail au regard de la jurisprudence précitée. A plus forte raison que, comme relevé précédemment, il existe en Suisse des formations spécifiques pour le gommage selon les techniques traditionnelles orientales (<https://mioletambreformation.ch/soins-orientaux/>) ainsi que pour l'épilation au sucre qui durent respectivement une journée et deux demi-journées. De même, il est possible de suivre des formations sur l'art du tatouage au henné en France dont la durée varie entre 14 et 28 heures de formation. Il n'apparaît ainsi pas disproportionné d'exiger de la recourante qu'elle participe à la formation d'une travailleuse indigène ou ressortissante d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, dans l'éventualité où il lui manquerait une ou quelques-unes des qualifications requises. De

surcroît, l'argumentation de la recourante selon laquelle elle n'aurait pas le temps de former son employée en raison de la surcharge de travail n'est pas convaincante dès lors que cette personne pourrait être formée par l'intermédiaire d'autres institutions en dehors de son lieu de travail. De tels motifs relèvent ainsi de la convenance personnelle de la recourante et ne sauraient être déterminants. Dans ces circonstances, les exigences posées par l'art. 21 al. 1 LEI ne sont pas remplies et la recourante ne peut par conséquent pas prétendre en l'état à une autorisation de séjour avec activité lucrative fondée sur les art. 18 ss LEI. Il appert ainsi que l'autorité intimée n'a nullement abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de donner une suite positive à la demande dont elle a été saisie en la présente espèce. 5. 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 des recourantes qui succombent, solidairement entre elles (art. 51 al. 2, 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.