

VD_OMNI PE.2023.0184 vom 14. Juni 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-06-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2023.0184

FR: VD_OMNI PE.2023.0184 du 14 juin 2024

IT: VD_OMNI PE.2023.0184 del 14 giugno 2024

Regeste

A. _____, B. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail - DGEM, Service de la population (SPOP) | Refus de la DGEM de délivrer une autorisation de travail en faveur d'une ressortissante indienne en vue de lui permettre d'exercer une activité de "responsable de séminaires" dans un établissement hôtelier 4 étoiles. L'ordre de priorité est respecté au sens de l'art. 21 al. 1 LEI. La recourante, titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse aurait même pu bénéficier de la dérogation prévue à l'art. 21 al. 3 LEI, le caractère économique prépondérant du poste convoité ne pouvant être exclu d'emblée. La qualité de travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 LEI est reconnue compte tenu de la formation accomplie, malgré le salaire modeste proposé. Recours admis.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 822.11), la loi 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, auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (notamment art. 79 LPA-VD, par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, art. 92 et 95 LPA-VD). Il y a ainsi lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé de délivrer une autorisation de travail en faveur d'une ressortissante indienne engagée comme responsable de séminaires dans un établissement hôtelier de 4 étoiles. 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 135 II 1 consid. 1.1; 130 II 281 consid. 2.1). Il n'existe pas de traité entre l'Inde et la Suisse réglant le droit de séjour des ressortissants de ces pays. Le recours s'examine ainsi uniquement au regard du droit interne, soit essentiellement la LEI et ses ordonnances d'application. b) L'art. 11 LEI prévoit que tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). 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. L'art. 83 al. 1 let. a de

l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) confirme qu'avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente décide si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEI. Dans le canton de Vaud, cette compétence est attribuée à la DGEM en vertu de l'art. 64 al. 1 let. a LEmp. c) Selon l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative 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 LEI soient remplies. La notion d'"intérêts économiques du pays" retenus notamment aux art. 18, 19 et 20 LEI (cf. ég. art. 3 al. 1 LEI) 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, pp. 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 PE.2021.0070 du 8 avril 2022 consid. 3b/cc; PE.2018.0151 du 23 juillet 2018 consid. 1b; Marc Spescha et al. , op. cit., p. 202; Marc Spescha/Andreas Zünd et al. , op. cit., n. 1 ad art. 18 LEtr; cf. Uebersax, op. cit., n. 25 ad art. 18 LEtr). Selon les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après: le SEM) dans le domaine des étrangers, dans leur version actualisée au 1^{er} avril 2024 (ci-après: 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 (ch. 4.3.1; cf. aussi Message précité, ch.1.2.3.1, p. 3486). La doctrine précise que la condition de l'intérêt économique du pays correspond aux intérêts globaux de la Suisse, mentionnés à l'art. 121a al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst; RS 101). A cet égard, on peut surtout se référer à l'art. 3 al. 1 LEI qui concrétise le terme en ce sens que les chances d'intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes (Uebersax, op. cit., n. 25 ad art. 18 LEtr et n. 11 ad art. 19 LEtr et les références). d) En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI qui 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. L'art. 21 al. 2 LEI précise que sont considérés comme travailleurs en Suisse: a. les Suisses; b. les titulaires d'une autorisation d'établissement; c. les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative; d. les étrangers admis à titre provisoire; e. les personnes auxquelles une protection provisoire a été octroyée et qui sont titulaires d'une autorisation d'exercer une activité lucrative. Ainsi, 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 résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (TAF F-4226/2017 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.2; C-5912/2011 du 25 août 2015 consid. 8.3; CDAP PE.2023.0070 du 14 décembre 2023 consid. 3b/bb; PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b/bb). e) 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). Dans le cas de l'art. 21 al. 3 LEI, l'employeur ne doit notamment plus démontrer qu'il n'a pu trouver une personne correspondant au profil requis en dépit de ses recherches (TAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.2). aa) A leur ch. 5.1.2, les directives LEI prévoient ce qui suit: "Le terme « haute école » se réfère aussi bien aux hautes écoles universitaires (universités cantonales, écoles polytechniques fédérales [EPF], ou institutions universitaires ayant droit aux subventions) qu'aux hautes écoles spécialisées (cf. art. 3 de la loi fédérale sur l'aide aux universités et la coopération dans le domaine des hautes écoles ; RS 414.20). Sont également considérés comme étrangers diplômés d'une haute école suisse au sens de l'art. 21, al. 3, LEI les étrangers qui n'ont étudié en Suisse que pour obtenir leur master ou leur doctorat." Les directives LEI, à leur ch. 4.4.6, prévoient en outre ce qui suit: "Cette réglementation permet, notamment, aux entreprises suisses 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. [...] Il s'agit, en règle générale, d'activités dans les domaines de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou encore pour mettre en application le savoir-faire acquis dans des domaines d'activités qui revêtent un intérêt économique prépondérant. Une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main-d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation et que l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste à pourvoir. De même, l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse (ATAF du 2 mai 2012 / C-674/2011). [...] Demeurent exclus les secteurs d'activités qui n'ont aucun lien direct avec les études accomplies (par exemple tâches administratives ou emploi n'ayant aucun rapport avec les études accomplies)." Il convient de rappeler que les directives dans lesquelles l'administration explicite l'interprétation qu'elle donne à certaines dispositions légales n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (CDAP PE.2013.0041 du 27 mai 2013 consid. 2c et les références; TAF F-4018/2016 du 28 septembre 2017 consid. 3.4; ATF 133 II 305 consid. 8.1). C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les directives précitées du Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après: le SEM) . bb) Dans l'esprit du législateur, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main-d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation. Cette précision garantit que ce régime particulier ne s'applique que lorsqu'il y a effectivement pénurie de travailleurs dans un certain domaine de spécialité et que des personnes au chômage établies en Suisse ou provenant des pays de l'UE ou de l'AELE ne peuvent accomplir cette activité (cf. Rapport de la Commission des institutions publiques du Conseil national du 5 novembre 2009 relatif

à l'initiative parlementaire visant à faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse, in : FF 2010 373, ch. 3.1 p. 384). Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que la modification législative précitée ne visait, selon sa finalité, qu'une seule partie des personnes susceptibles de solliciter une autorisation de séjour aux fins de formation et perfectionnement (étudiants hautement qualifiés souhaitant obtenir un diplôme d'une haute école ou d'une haute école spécialisée suisse; cf. rapport précité, p. 383). Il tombe sous le sens que pour l'autre partie, majoritaire, de ces candidats formés en Suisse, l'accès au marché du travail une fois leurs études terminées n'entre pas en considération. Dans ce cas, leur séjour en Suisse, pour autant qu'ils en remplissent les conditions, restera temporaire (CDAP PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b; cf. TAF C-7180/2014 du 7 juillet 2015 consid. 6.2 et les références; cf. en outre TAF F-5531/2016 du 2 octobre 2017 consid. 8.1; C-674/2011 du 2 mai 2012 consid. 6.3.1). 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 advanced studies' " (CDAP PE.2022.0137 du 8 juin 2023 consid. 3a/cc; PE.2022.0026 du 9 août 2022 consid. 4b/cc; PE.2021.0068 du 28 janvier 2022 consid.3b; Peter Uebersax, in: Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle, Code annoté de droit des migrations, Vol. II, Loi sur les étrangers, Berne 2017, n. 25 ad art. 21 LEtr et les références). cc) Il ressort de la doctrine que, si l'étranger qui remplit les conditions de l'art. 21 al. 3 LEI trouve un emploi dans le délai légal de six mois, il serait contraire au principe de la bonne foi de lui refuser le permis de séjour en vue d'occuper ce poste (cf. Uebersax, op. cit., n. 30 ad art. 21 LEtr; Marc Spescha et al. , Handbuch zum Migrationsrecht , 4 e éd., Zürich 2020, p. 212; Marc Spescha/Andreas Zünd et al. , Migrationsrecht , 5 e éd., Zurich 2019, n. 8 ad art. 21 LEI). f) 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 et social (al. 2). En dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 let. c de cette disposition, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. 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 spécifiques (CDAP PE.2023.0057 du 27 octobre 2023 consid. 2d; PE.2023.0011 du 2 mars 2023 consid. 2a/cc). Les directives LEI précisent ce qui suit à leur ch. 4.3.5: " [...] 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. 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 (CDAP PE.2023.0057 précité consid. 2d; PE.2023.0011 précité consid. 2a/cc; PE.2021.0020 du 26 juillet 2021 consid. 2d; TAF F-4226/2017 du 8 octobre 2019 consid. 4.3.3 et les références ; C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.4.1 et les références; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.1 et les références). C'est ici le lieu de relever que la délivrance de l'autorisation requise repose sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité du marché du travail; ainsi, le Tribunal n'intervient que si cette appréciation est abusive ou excessive (CDAP PE.2023.0057 précité consid. 2e; PE.2021.0029 du 2 août 2021 consid. 2c).

E. 3

LEI, on ne saurait d'emblée exclure cette qualification pour le poste requis: il s'agit ici de gérer la tenue de séminaires dans un établissement hôtelier de standing, ce qui nécessite manifestement une formation dans le domaine de l'hôtellerie et du tourisme, voire une expérience dans le domaine. Or la recourante B._____ peut se prévaloir d'une telle formation, qui plus est dans une haute école suisse reconnue, comme on l'a vu ci-dessus. Le poste pressenti est ainsi en lien direct avec les études suivies par B._____. La formation suivie par la précitée apparaît en outre spécialisée en ce sens qu'elle a obtenu un bachelor, un master, puis deux postgrades dans le secteur hôtelier. Dans cette mesure, l'appréciation de l'autorité intimée selon laquelle les conditions de l'art. 21 al. 3 LEI ne seraient pas remplies, n'apparaît pas soutenable et ne saurait être confirmée. c) Quoi qu'il en soit, même à supposer que les conditions de l'art. 21 al. 3 LEI ne seraient pas remplies, il convient de relever que l'ordre de priorité au sens de l'art. 21 al. 1 LEI a été respecté dans le cas présent. L'autorité intimée reconnaît d'ailleurs que des recherches d'emploi sur le marché local du travail ont bien été effectuées. Elle estime toutefois qu'il ne devrait pas être impossible de trouver sur le marché indigène et européen du travail un profil analogue ou de former ou de faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur ce marché. Cette appréciation ne résiste pas à l'examen: comme on l'a vu, l'emploi pressenti est prévu au sein d'un établissement hôtelier de standing et il ne saurait être contesté qu'un poste de responsable de séminaires justifie une formation hôtelière telle que celle accomplie par B._____. En effet, selon la description du poste produite à l'appui de la demande d'autorisation, le responsable des séminaires convoité implique en particulier de disposer de compétences d'organisation et de gestion, d'être titulaire d'un baccalauréat dans un domaine tel que la gestion hôtelière, d'avoir de l'expérience dans le domaine de l'hôtellerie, une connaissance en matière d'organisation d'événements et de l'aisance dans la communication en plusieurs langues. Ainsi, dans la mesure où les recherches au sens de l'art. 21 al. 1 LEI ont été effectuées et que la candidate présente le degré de qualification nécessaire, l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté.

E. 4

L'autorité intimée met encore en doute les qualifications personnelles de la recourante B._____. Elle se réfère en particulier au salaire offert qui apparaît trop bas pour qu'il s'agisse d'un emploi de cadre ou de travailleur qualifié au sens de l'art. 23 LEI. Au vu de la formation accomplie par la recourante B._____, celle-ci doit se voir reconnaître la qualité de travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 LEI. Compte tenu de la durée de son séjour antérieur en Suisse, de sa formation et de ses connaissances linguistiques, il n'y a pas

lieu de mettre en doute, vu également son âge, qu'elle s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social pressenti en Suisse. Certes, l'autorité intimée relève le salaire relativement modeste prévu pour l'emploi litigieux. Au regard de la jurisprudence constante sur ce point (CDAP PE.2022.0137 précité consid. 4a; PE 2023.0011 précité consid. 2b/bb), un salaire mensuel brut de 4'733 fr. 08, treizième compris, offert pour le poste concerné ne semble en effet pas correspondre à la rétribution d'une personne spécialisée. Cet élément ne plaide pas en faveur des recourantes. Toutefois, comme le relèvent ces dernières, la rémunération dans le secteur de l'hôtellerie est particulier et les conditions salariales sont en général plus basses dans une région de montagne où le tourisme est saisonnier. L'établissement hôtelier en question, repris par la recourante A. _____ en 2019, a connu une phase de transition, sans oublier les conséquences défavorables liées à la pandémie de coronavirus. Enfin, le salaire offert dans le cas d'espèce s'aligne aux minimums fixés dans la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (ci-après: la CCNT) et la recourante A. _____ indique que les conditions salariales seront amenées à évoluer. Elle souligne encore sa volonté d'assurer un emploi sur le long terme, dès lors qu'elle s'est engagée par un contrat de durée indéterminée, de tels contrats n'entrant en ligne de compte que pour des postes de cadre. Au vu des éléments précités et tout bien pesé, nonobstant le salaire relativement modeste prévu, le tribunal ne voit pas de raison de mettre en doute que la recourante B. _____ réalise les conditions de travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 et 2 LEI.

E. 5

Au regard de ce qui précède, les conditions de l'art. 18 let. a LEI doivent être considérées comme réalisées. Le recours est en conséquence admis et la décision attaquée annulée. La cause sera renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle délivre l'autorisation requise. Compte tenu de l'issue du recours, les frais de justice seront laissés à la charge de l'Etat (art. 49, 52 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Il y a lieu d'allouer des dépens aux recourantes qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (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.