



Cour VI
F-3286/2017

Arrêt du 18 décembre 2017

Composition

Gregor Chatton (président du collège),
Yannick Antoniazza-Hafner, Philippe Weissenberger, juges,
Anna-Barbara Adank, greffière.

Parties

A. _____,
représentée par Maître Rosaria Cirillo,
(...),
recourante,

contre

Secrétariat d'Etat aux migrations SEM,
Quellenweg 6, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Approbation d'une décision préalable cantonale relative à
l'autorisation d'exercer une activité lucrative concernant
B. _____.

Faits :**A.**

Par lettre du 17 juin 2016, A. _____ (ci-après : aussi la Société), une entreprise de construction métallurgique suisse, a requis auprès du Service des migrations du canton de (...) (ci-après : X. _____) de pouvoir engager B. _____ (ci-après : aussi l'Employé), ressortissant bosniaque né le (...) 1984, en tant que chef de projet technicien de façades. Plusieurs annonces dans diverses entreprises suisses et françaises seraient restées infructueuses. La Société aurait rencontré le prénommé chez un de ses fournisseurs à (...); étant « *dessinateur de façades et spécialisé dans l'anti-feu* », il correspondrait en tous points à ses besoins (pce SYMIC 1 p. 2).

B.

En février 2017, le X. _____ a, après plusieurs mesures d'instruction, préavisé favorablement la demande de la Société et a transmis le dossier au Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) pour approbation.

C.

Après avoir octroyé le droit d'être entendu à la Société, ce dernier a refusé son approbation par décision du 9 mai 2017. Il a retenu qu'il ne pouvait raisonnablement croire qu'il était extrêmement difficile de recruter une personne ayant le profil recherché sur le marché du travail suisse ou européen. En outre, une des spécialisations requises ne constituerait pas la base du métier ; il appartiendrait à l'entreprise de former un travailleur européen aux normes suisses du métier. Enfin, l'admission de l'intéressé ne serait pas indispensable pour les intérêts économiques du pays ou du canton.

D.

Par recours du 9 juin 2017 déposé auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal ou TAF), la Société a conclu, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision du SEM du 9 mai 2017, à l'approbation de la décision préalable du canton et à l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité lucrative en faveur de l'Employé. Elle a argué que le SEM avait constaté les faits de manière inexacte, puisqu'elle avait démontré très clairement que le marché du travail suisse et européen faisait face à une pénurie de travailleurs qualifiés dans le domaine concerné. Ainsi, en mars 2017, les offres d'emploi concernant des postes de dessinateurs en construction métallique auraient été plus de 70, alors qu'en suisse romande, seul le centre de Morges assurerait une telle formation. Le poste à pourvoir

aurait été publié, sans succès, à l'Office régional de placement (ci-après : ORP) ainsi que sur le portail européen EURES. De plus, le SEM aurait fait une interprétation trop restrictive de l'art. 18 LEtr (RS 142.20). En effet, les intérêts économiques de la Suisse seraient servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existait une demande durable à laquelle la main d'œuvre étrangère en cause était susceptible de répondre sur le long terme. Au vu des nombreuses offres d'emploi disponibles, il serait manifeste qu'une main d'œuvre qualifiée en provenance d'Etats tiers serait nécessaire. L'intéressé disposerait d'une formation et d'une expérience professionnelle pointue dans le domaine recherché ainsi que des systèmes façades « (...) » et des portes anti-feu « (...) ». Il pourrait d'ailleurs user de ses connaissances pour former, sur le long terme, des travailleurs suisses ou européens. Enfin, la recourante a soutenu que le principe de priorité ancré à l'art. 21 LEtr avait été respecté, dès lors que l'ORP avait délivré une attestation selon laquelle le poste de chef de projet en construction métallique, technicien, dessinateur, n'avait pas pu être repourvu, aucune candidature ne lui étant parvenue, et que l'offre d'emploi avait également été publiée, sans succès, auprès d'agences privées de placement, dans la presse spécialisée et sur divers sites de recherche d'emploi.

E.

Par réponse du 3 octobre 2017, transmise pour information à la recourante, le SEM n'a pas formulé de nouvelles observations quant au fond de l'affaire.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le TAF, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions en matière d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative prononcées par le SEM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au TAF, qui statue définitivement (art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 LTF).

1.2 A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le TAF est régie par la PA (art. 37 LTAF).

1.3 La recourante a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, les recours sont recevables (art. 50 et art. 52 PA).

2.

La partie recourante peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (cf. art. 49 PA). L'autorité de recours, qui applique le droit d'office, n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants juridiques de la décision attaquée. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait régnant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

3.

Dans la mesure où le droit national est seul applicable à la présente cause (cf. art. 2 al. 1, 2 et 3 LEtr), l'Employé ne dispose d'aucun droit à venir exercer une activité lucrative en Suisse. De même, la Société ne dispose d'aucun droit à faire venir l'intéressé en Suisse pour lui faire exercer une activité lucrative (cf., dans ce sens, les arrêts du TF 2D_16/2013 du 8 juillet 2013 consid. 1.1 et 2 et 2D_17/2010 du 16 juin 2010).

4.

4.1 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, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (cf. art. 40 al. 2 LEtr).

Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du SEM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (cf. art. 99 LEtr).

4.2 En l'espèce, le SEM avait la compétence d'approuver la décision préalable de l'autorité cantonale vaudoise du marché du travail en application de l'art. 85 OASA.

Il s'ensuit que ni le SEM ni le TAF ne sont liés par le préavis favorable d[e] X._____ et peuvent parfaitement s'écarter, dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette dernière autorité.

5.

5.1 Aux termes de l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes :

- a. son admission sert les intérêts économiques du pays ;
- b. son employeur a déposé une demande ;
- c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies, notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEtr), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEtr), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr).

L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation, lequel n'est cela dit pas illimité (cf. PETER UEBERSAX, in : Nguyen/Amarelle, Code annoté du droit des migrations, volume II : Loi sur les étrangers (LEtr), ad art. 18 n. 8s)

5.2 A teneur de l'art. 21 LEtr, 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 (al. 1). Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (al. 2).

5.3 En d'autres termes, 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 (UE) 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 (cf. Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469ss, p. 3538 ch. 2.4.2 ; cf. également ATAF 2011/1 consid. 6.3).

6.

En l'espèce, la Société souhaite engager l'Employé en tant que chef de

projet technicien de façades. Elle serait à la recherche d'un tel cadre depuis 2013 (pce SYMIC 1 p. 2). Il existerait une pénurie dans ce domaine et l'intéressé correspondrait parfaitement au poste à pourvoir (pce TAF 1 p. 4 et pce SYMIC 1 p. 16).

6.1 Il importe donc d'examiner si les conditions cumulatives posées par l'art. 18 LEtr sont remplies, en particulier en ce qui concerne l'ordre de priorité prescrit par l'art. 21 al. 1 et 2 LEtr.

6.2 L'art. 21 al. 1 LEtr prévoit qu'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. Pour déterminer si l'ordre de priorité prévu par cette dernière disposition a été respecté par l'employeur, il convient donc d'examiner si la Société a démontré à satisfaction de droit qu'elle avait entrepris des recherches suffisantes afin de repourvoir le poste en question par un dessinateur (ou de formation équivalente) indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, conformément à l'art. 21 al. 1 LEtr, et s'est trouvée dans l'impossibilité de recruter, dans cette catégorie de personnes, un candidat apte à exercer l'emploi à repourvoir.

Comme l'a précisé l'autorité intimée dans ses directives, le principe de la priorité des travailleurs indigènes doit être en général appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail. Il appartient en effet à l'employeur de procéder à des recherches actives pour trouver un travailleur disponible, notamment en indiquant le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants, en faisant publier des offres d'emploi dans les quotidiens et la presse spécialisée, en diffusant des annonces dans les médias électroniques et en s'approchant des agences privées de placement, voire en offrant une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail. L'employeur doit être en mesure de rendre crédible 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. Les démarches 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 aptitudes

techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question et 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. ch. 4.3.2 de la Directive du SEM I. Domaine des étrangers, état au 3 juillet 2017 < <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-f.pdf> >, consulté en décembre 2017 et réf. citées).

6.3 En l'espèce, l'autorité inférieure a considéré que la Société n'avait pas fourni tous les efforts nécessaires pour trouver des candidats sur les marchés suisses et français.

La recourante ne s'est à juste titre pas prévalue d'une exception à l'ordre de priorité (art. 21 al. 3 LEtr). Dans un premier temps, elle a simplement allégué avoir émis plusieurs annonces dans diverses entreprises suisses et françaises (pce SYMIC 1 p. 2). Par la suite, elle a ajouté avoir entrepris diverses recherches par le biais d'annonces dans des agences privées, dans la presse spécialisée et sur quelques sites internet, et avoir annoncé l'emploi à l'ORP (...) (pce SYMIC 1 p. 9). Ensuite d'un refus informel d[e] X._____, elle a versé en cause trois annonces qu'elle aurait publiées (SYMIC 1 p. 35 à 37).

Tout d'abord, on constatera à leur égard, à l'instar des autorités cantonales, que ni la date ni le lieu de publication ne ressortent desdites pièces, de sorte que leur valeur probante reste limitée.

Ensuite, aucune justification concernant l'annonce ORP alléguée en juin 2016 n'a été versée en cause (pce SYMIC 1 p. 9) ; il semble d'ailleurs que, contrairement à ses dires, la recourante n'a pas entrepris cette démarche avant 2017, faisant ainsi uniquement suite à une demande expresse des autorités cantonales (pce SYMIC 1 p. 13 [datée de juillet 2016], selon laquelle aucune demande pour un chef de projet n'aurait été traité par l'ORP [...], voir aussi pce SYMIC 1 p. 16). Ainsi, la demande faite en juin 2016 en vue d'engager l'intéressé précédait de plusieurs mois la première publication auprès de l'ORP, laquelle n'a d'ailleurs duré qu'environ deux semaines, soit du 24 janvier au 9 février 2017 (pce SYMIC 1 p. 49). Une nouvelle publication a eu lieu du 16 mai au 7 juin 2017 (pce TAF 1 annexe 3). En outre, l'emploi n'a été publié qu'à l'ORP (...), alors que la recourante relève elle-même que la seule école dans ce domaine en Suisse romande se trouve à Morges (pce TAF 1 p. 4).

De surcroît, la recourante semble avoir aligné le poste à pourvoir, du moins celui annoncé auprès de l'ORP, aux qualifications de l'intéressé. Ainsi, pour ce poste, la maîtrise du (...) est plus importante que celle du français et le candidat doit avoir (...) années d'expérience et une connaissance des façades « (...) » et « (...) » et des portes coupe-feu « (...) » et « (...) » ; dans les annonces que la recourante aurait publiées avant de déposer une demande [à] X. _____ en juin 2016, seuls (...) ans d'expérience étaient requis et ni les façades « (...) » ni les portes coupe-feu « (...) » n'étaient mentionnées (pce SYMIC 1 p. 48 et 35 à 37). La recourante a d'ailleurs indiqué que les candidats issus du marché indigène présentaient un manque de spécialisation dans les normes du marché suisse et dans les systèmes « (...) » et « (...) » (pce SYMIC 1 p. 9). Or, il y lieu de retenir, à l'instar du SEM, que ces spécialisations ne constituent pas la base du métier et qu'il appartient à l'entreprise de former ou faire former les travailleurs européens qui nécessiteraient un ajustement aux normes suisses du métier (pce SYMIC 6 p. 69), ce que la recourante ne semble pas contester. Elle se contente de souligner à quel point l'intéressé correspondrait parfaitement au poste à pourvoir.

Enfin, l'intéressé détient deux attestations émises par l'entreprise (...) SA en Suisse, selon lesquelles il aurait suivi une formation les (...) et (...) avril 2016 pour se parfaire notamment en applications coupe-feu (...) (pce SYMIC 1 p. 26 et 27). On remarquera que ces formations ont été suivies, apparemment en Suisse, moins de deux mois avant que la Société ne dépose une demande pour employer l'intéressé, lequel travaillerait d'ailleurs depuis 2015 au sein d'une entreprise appartenant à la recourante (pce SYMIC 1 p. 2 et 40).

On relèvera encore à toutes fins utiles que ce poste n'est pas annoncé sur le site internet de la Société dans la catégorie « jobs » (< (...) >, site consulté en décembre 2017).

6.4 Ainsi, force est de constater que, tant les premières recherches, que les recherches complémentaires accomplies en cours de procédure (annonce auprès de l'ORP) sont insuffisantes au regard des exigences jurisprudentielles en la matière. En effet, les démarches auraient dû être engagées plus tôt, soit avant qu'une demande ait été déposée. Lorsque les recherches complémentaires ont été effectuées, la recourante souhaitait déjà engager uniquement l'intéressé (à ce sujet voir aussi pce SYMIC 1 p. 16). Dès lors, le Tribunal de céans ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle affirme avoir fait tout son possible pour trouver des candidats sur les marchés indigène ou européen.

A l'instar de l'autorité intimée, le Tribunal de céans ne remet pas en cause les qualifications personnelles et professionnelles dont dispose l'intéressé. Cependant, au vu des éléments précités, il y a lieu de retenir que la recourante n'a pas respecté l'ordre de priorité prescrit par l'art. 21 al. 1 LEtr.

7.

Il ressort de ce qui précède que, par sa décision du 9 mai 2017, l'autorité intimée n'a pas violé le droit fédéral, ni constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète. En outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA).

En conséquence, le recours est rejeté.

8.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure sont mis à la charge de la recourante (cf. art. 63 al. 1 PA, en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens, et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'200 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont couverts par l'avance de frais versée le 16 août 2017.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante, par l'entremise de son mandataire (recommandé) ;
- à l'autorité inférieure, dossier SYMIC (...) en retour ;
- en copie, aux autorités cantonales (...), dossier cantonal en retour.

Le président du collège :

La greffière :

Gregor Chatton

Anna-Barbara Adank

Expédition :