

# VD\_OMNI PE.2009.0081 vom 8. September 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2009.0081](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0081)

FR: VD\_OMNI PE.2009.0081 du 8 septembre 2009

IT: VD\_OMNI PE.2009.0081 del 8 settembre 2009

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ /Conseil RH/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Refus de délivrer une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant roumain confirmé, la recourante n'ayant pas effectué des démarches suffisantes pour trouver un collaborateur sur le marché indigène (recherches effectuées plusieurs mois avant l'engagement du ressortissant roumain et pour un poste différent de celui pour lequel il devait être employé).

## Erwägungen

### E. 1

L'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union Européenne, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, n'a pas entraîné l'extension à ces Etats de l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part (ALCP; RS 0.142.112.681). Le 8 février 2009, le peuple suisse a cependant accepté, en même temps que la reconduction de cet accord, le protocole d'extension de ce dernier à la Bulgarie et à la Roumanie. Ce protocole (Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses états membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne; RS 0.142.112.681.1) est entré en vigueur par échanges de notes le 1<sup>er</sup> juin 2009. Il prévoit une réglementation transitoire à l'égard de ces deux nouveaux Etats en ajoutant notamment à l'art. 10 ALCP les alinéas 1b et 2b. L'al. 1b précise que jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole, la Suisse peut maintenir des limites quantitatives à l'accès des travailleurs salariés occupant un emploi en Suisse et des indépendants, qui sont ressortissants de la République de Bulgarie et de la Roumanie, pour les deux catégories de séjour suivantes: pour une durée supérieure à quatre mois et inférieure à une année et pour une durée égale ou supérieure à une année. L'al. 2b indique quant à lui que la Suisse, la République de Bulgarie et la Roumanie peuvent, jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole maintenir, à l'égard des travailleurs de l'une de ces parties contractantes employés sur leur territoire, les contrôles de la priorité du travailleur intégré dans le marché régulier du travail et des conditions de salaire et de travail applicables aux ressortissants de l'autre partie contractante en question. L'Office fédéral des migrations (ci-après: l'ODM) précise sous le ch. 5.2.2.1 de sa directive II Accord sur la circulation des personnes (version 01.6.09) que, conformément au protocole II à l'ALCP, la Suisse peut maintenir jusqu'au 31 mai 2016 au plus tard les restrictions relatives au marché du travail en vigueur jusqu'ici pour les autorisations de courte durée et de séjour destinées aux ressortissants de Bulgarie et Roumanie. Ces restrictions comprennent la priorité des travailleurs indigènes, le contrôle des conditions de travail et de salaire ainsi que les contingents annuels progressifs

d'autorisations de courte durée ou de séjour. Les qualifications professionnelles (bonnes qualifications et motifs particuliers au sens de l'art. 23 LEtr) ne sont plus exigées. Toutefois, ce dernier point ne s'applique pas aux autorisations de courte durée de quatre mois au plus.

## **E. 2**

Avant l'entrée en vigueur du protocole, les règles prévues par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) et par l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) s'appliquaient (v. art. 10 à 12 de l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes [OLCP; RS 142.203] cité dans l'arrêt du Tribunal administratif PE.2008.0480 du 27 mai 2009). Aux termes de l'art. 18 LEtr, 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). L'art. 21 al. 1 LEtr précise 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 été trouvé. L'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr implique que les employeurs annoncent le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants qu'ils présumant ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent en effet 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. Il importe aussi d'examiner l'opportunité de former ou de perfectionner les travailleurs disponibles sur le marché du travail suisse (Directive de l'ODM I Domaine des étrangers, ch. 4.3.2.1). 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. Il convient dès lors de veiller à ce que les efforts de recherche ne soient pas fournis à la seule fin de s'acquitter d'une exigence (p. ex. une fois le contrat de travail signé par le candidat) ou à ce que les personnes ayant la priorité ne soient pas exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger spécifiques ou des connaissances linguistiques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question (Directive de l'ODM I Domaine des étrangers, ch. 4.3.2.2). Il convient de relever que le ch.5.5.2 de la Directive de l'ODM II Accord sur la circulation des personnes fixe des exigences similaires.

## **E. 3**

Il découle de ce qui précède que, tant sous l'ancien régime applicable au moment où la décision attaquée a été rendue que sous le régime actuel, la recourante n'est en droit d'obtenir une autorisation de séjour avec activité lucrative pour son employé que si, malgré ses efforts, elle n'a pas trouvé de travailleur sur le marché indigène correspondant au profil recherché. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal administratif (auquel la CDAP a succédé après le 1<sup>er</sup> janvier 2008) a considéré qu'il fallait 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. 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. notamment arrêt PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Les efforts de recrutement ne peuvent être pris en considération que si les annonces parues correspondent au profil de l'employé étranger finalement 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 et non plusieurs mois auparavant (PE.2006.0692 du 29 janvier 2007). Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, le tribunal de céans a jugé que l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement et la mention de quatre offres de services insatisfaisantes ne suffisait pas. Outre l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement, il aurait été nécessaire de faire paraître des annonces dans la presse quotidienne ou spécialisée (PE.2006.0265 du 8 novembre 2006 consid. 1c). L'envoi de cinq télécopies à différents offices régionaux de placement et une seule annonce dans la presse n'ont pas davantage été jugés suffisants, d'autant moins que les démarches pour trouver une collaboratrice sur le marché indigène avaient été entreprises alors que la ressortissante polonaise occupait déjà son poste sans autorisation (PE.2006.0439 du 15 novembre 2006 consid. 3b). De même, la réponse à sept annonces spontanées de travailleurs sur Internet, la passation d'une unique annonce sur un site et le recours ponctuel à une agence de placement n'ont pas été jugés suffisants (PE.2006.0388 du 16 octobre 2007). En revanche, les recherches ont été estimées adéquates dans le cas d'un institut qui avait opté pour un ressortissant mexicain, trilingue et diplômé, destiné à enseigner la langue espagnole, après avoir passé des annonces par voie de presse en Suisse et en Grande-Bretagne, sur Internet et s'être adressé à une agence de placement spécialisée en Espagne. Sur 60 candidatures, l'employeur avait entendu une demi-douzaine de candidats avant de faire son choix (PE.2006.0625 du 7 mai 2007; PE.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a et les arrêts cités). Ces arrêts, rendus sous l'empire des art. 7 et 8 OLE, restent pleinement valables pour l'application des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers (PE.2009.0294 du 31 juillet 2009).

#### **E. 4**

En l'espèce, la recourante a produit une copie d'un courriel qu'elle a envoyé à l'adresse " 3.\*\*\*\*\* ", une copie d'un courriel envoyé une personne dont l'adresse est "4.\*\*\*\*\*" et une copie d'un courriel envoyé à une personne dont l'adresse est "5.\*\*\*\*\* " et qui selon la mention manuscrite figurant sur ce document travaille à l'Office régional de placement. Dans ces trois courriels, la recourante explique être à la recherche d'un " designer en processus pour la modélisation de la facturation " et envoie sous la forme d'un document attaché l'offre d'emploi. La recourante n'a cependant pas produit de copie du contenu de cette dernière. Ces trois courriels ont été envoyés les 5 et 7 mars 2008, soit plus de 10 mois avant que soit intervenu l'engagement de l'employé en cause. De plus, dans un de ses courriels, la recourante demande expressément s'il est possible de laisser l'offre d'emploi " seulement un mois " sur le site internet. La recourante produit également une copie d'annonce pour un " designer des processus facturation PostMail " qu'elle a fait paraître dans le journal " 24 heures " le \*\*\*\*\* et dans le journal " le Temps ". Le délai de postulation est fixé dans ces deux annonces au 24 avril 2008, soit également à une période éloignée de l'engagement de l'employé en cause. Concernant les autres annonces produites par la recourante et qui ont été publiées plus récemment, soit en décembre 2008

dans le journal " Alpha " et en \*\*\*\*\* dans les journaux " Le Temps " et " 24 Heures", elles concernent un poste de " responsable de la protection des Revenus ". La lecture de ces différentes annonces permet de constater que la recourante recherchait une personne au bénéfice d'un CFC de commerce et ayant effectué une formation supplémentaire d'organisateur ou une formation supérieure (HEC, HEG,...) pour le poste de " designer des processus de facturation PostMail" , respectivement une personne au bénéfice d'un CFC de commerce et ayant effectué une formation supplémentaire d'organisateur ou des études en économie d'entreprise pour le poste de " responsable de la protection des revenus" . Les annonces ne précisent pas que le poste est de durée limitée. Il est par contre demandé que le candidat dispose de plusieurs années d'expérience " dans la conduite " pour le poste de " responsable de la protection des revenus" et possède de bonnes connaissances de l'allemand. La recourante allègue que les nombreux entretiens ne lui ont pas permis de recruter le collaborateur recherché. Elle ne produit cependant aucune pièce prouvant ses déclarations. Elle déclare que " devant cette situation ", elle a " fixé des priorités dans un projet, et décidé de les traiter sous forme de projets partiels " . On en déduit qu'elle a engagé l'employé en cause pour traiter certains de ces projets partiels. Il occuperait dès lors un poste différent de ceux proposés dans les annonces précitées. Cet employé ne remplit d'ailleurs pas toutes les qualifications demandées dans les offres publiées, puisque, bien qu'au bénéfice d'un " Master en Management de la Technologie et Entrepreneuriat ", son curriculum vitae ne fait état d'aucune année d'expérience " dans la conduite " ni de connaissances de la langue allemande. De plus, alors que la recourante cherchait initialement une personne titulaire d'un CFC d'employé de commerce, elle souhaiterait maintenant employer un ingénieur. Elle fait d'ailleurs valoir dans son recours qu'elle compte sur les connaissances de cet employé dans " les domaines de la métallurgie-physique et de l'optimisation des procédés technologiques ". On ne peut dès lors que constater que la recourante n'a pas effectué pour le poste en question les démarches suffisantes pour trouver un collaborateur sur le marché indigène. On relèvera également qu'il est douteux qu'un salaire de 5'100 fr. par mois corresponde à la rémunération à laquelle peut prétendre pour un travail à 100% une personne titulaire d'un diplôme universitaire en science et génie des matériaux et d'un master obtenu à l'2.\*\*\*\*\*.

## **E. 5**

Conformément aux articles 49 al. 1, 91 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), un émolument sera mis à la charge de la recourante qui succombe.

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