

# VD\_OMNI PE.2012.0392 vom 12. Februar 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-02-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2012.0392](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2012.0392)

FR: VD\_OMNI PE.2012.0392 du 12 février 2013

IT: VD\_OMNI PE.2012.0392 del 12 febbraio 2013

## Regeste

X. \_\_\_\_\_, Y. \_\_\_\_\_ SA/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail | Confirmation du refus d'octroyer à une ressortissante bulgare une autorisation de séjour en vue de prendre un emploi de comptable. L'employeur aurait notamment dû apporter la preuve qu'il n'avait pas trouvé sur le marché indigène un travailleur correspondant au profil recherché et les éléments fournis sont à cet égard nettement insuffisants. En outre, c'est postérieurement à la demande d'autorisation de séjour que cet employeur a annoncé le poste vacant à l'ORP et à la suite de cette annonce, plusieurs candidatures lui ont été adressées sans qu'il y ait donné suite. L'essentiel est de retenir que l'employeur a d'emblée porté son choix sur cette ressortissante bulgare, sans faire la moindre recherche sérieuse sur le marché local, ni revenir ultérieurement sur son choix initial.

## Erwägungen

### E. 1

a) Aux termes de l'art. 18 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre de ces autorisations (art. 20 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 été trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les directives intitulées " I. Domaine des étrangers " de l'Office fédéral des migrations (ci-après: ODM) prévoient en particulier ce qui suit (version 30.09.2011): "(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement 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 (ch. 4.3.2.1) L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles 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 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. (ch. 4.3.2.2) " Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 de l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), abrogée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008. A teneur de l'art. 23 LEtr., 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). Sont considérés comme travailleurs qualifiés en premier lieu les personnes au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée et disposant d'une expérience professionnelle de plusieurs années. Selon la profession ou la spécialisation, des personnes disposant d'une formation spécialisée particulière ainsi que d'une expérience professionnelle de plusieurs années peuvent également être admises. Lors de l'octroi d'une autorisation de séjour, il y a lieu de tenir compte, outre des qualifications professionnelles, des critères d'intégration de l'étranger: sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social suisse (ODM, directives, ch. 4.3.4). b) L'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 142.112.681) accorde aux ressortissants des Etats contractants un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée et d'établissement en tant qu'indépendant, ainsi que le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes (art. 1 let. a, 3 et 4 ALCP). L'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union Européenne, le 1<sup>er</sup> janvier 2007, n'a toutefois pas entraîné l'extension à ces Etats de l'ALCP. Le 8 février 2009, le peuple suisse a 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 Etats 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 [protocole à l'ALCP], 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'alinéa 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'alinéa 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 (ODM) précise ce qui suit au ch. 5.2.1.1 de sa directive " II. Accord sur la circulation des personnes " (version 01.05.11, p. 52): "Conformément au protocole 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." Aussi bien l'ALCP que le protocole à l'ALCP qui l'a complété se fondent sur le critère de la nationalité pour déterminer le cercle des personnes qui entrent dans leur champ d'application. Ainsi, les art. 1, 2 et 3 de l'ALCP prévoient par exemple que l'accord s'applique aux "ressortissants" des parties contractantes (voir not. Alvaro Borghi, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE*, Editions universitaires suisses 2010, n. 39 ad art. 2 p. 22; Véronique Boillet, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, thèse, Lausanne 2010, p. 38) . De même, dans sa directive, l'ODM retient que les restrictions relatives au marché du travail peuvent être maintenues jusqu'au 31 mai 2016 au plus tard pour les autorisations destinées aux "ressortissants" de Bulgarie et Roumanie (v. dans ce sens, arrêts PE.2012.0165 du 28 septembre 2012; PE.2012.0022 du 13 juillet 2012). Il n'est ainsi nullement question d'un traitement différencié lorsque les ressortissants de Bulgarie et de Roumanie résident dans un Etat membre de l'Union européenne pour lequel l'ALCP est applicable sans réserve. Dans le même sens, la cour de céans a considéré que les restrictions prévues par le protocole à l'ALCP consistant, pour les ressortissants roumains et bulgares, dans la priorité des travailleurs indigènes et le contrôle des conditions de salaire et de travail étaient opposables à une ressortissante roumaine, bien que celle-ci fût domiciliée en Espagne depuis sept ans où elle bénéficiait d'une autorisation de séjour (arrêt PE.2012.0039 du 16 octobre 2012). De même, il a été jugé qu'un ressortissant du Kosovo au bénéfice d'une autorisation de séjour italienne ne pouvait se prévaloir de l'ALCP pour séjourner en Suisse (arrêt PE.2011.0379 du 24 novembre 2011). c) Dans leur jurisprudence constante, le Tribunal administratif puis la Cour de droit administratif et de droit public du Tribunal cantonal ont 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, arrêts PE.2012.0041 du 14 juin 2012; PE.2010.0106 du 11 mai 2010; PE.2009.0042 du 14 décembre 2009; 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 pressenti. En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (arrêt PE.2012.0010 du 23 mars 2012). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, la Cour a jugé que la parution de quatre annonces dans un quotidien régional, dont deux dataient de plus d'une année au moment du dépôt de la demande et l'une était postérieure à cette demande, et l'annonce du poste à l'ORP seulement deux semaines avant l'engagement de l'étrangère, ne pouvaient être considérées comme conformes à l'exigence de recherches suffisantes sur le marché indigène. Les arguments avancés pour refuser les candidats qui s'étaient présentés étaient en outre lacunaires ou peu convaincants (arrêt PE.2008.0480 du 27 février 2009, confirmé sur recours par ATF 2C\_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, elle a jugé que la seule annonce du poste sur le site Internet de l'employeur et sur les présentoirs de grands magasins n'était pas suffisante, l'inscription auprès de l'office régional de placement ayant été effectuée postérieurement à la demande (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009; dans le même sens, arrêt PE.2010.0106 du 11 mai 2010). Ont aussi été considérées comme insuffisantes, des recherches par voie d'une ou deux annonces dans la presse, un ou deux ans avant le dépôt de la demande pour l'engagement d'un ressortissant bulgare, et l'absence d'annonce à l'office régional de placement (arrêt PE.2009.0244 du 27 novembre 2009).

## E. 2

a) Souhaitant engager X. \_\_\_\_\_, ressortissante bulgare au bénéfice d'une autorisation de séjour sans activité lucrative, Y. \_\_\_\_\_ SA est, en l'occurrence, soumise au contrôle des conditions de salaire et de travail et de la priorité des travailleurs indigènes. Les recourantes ne se prévalent pas, à juste titre de l'exception de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr, aux termes duquel peuvent être admises les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. Dès lors, Y. \_\_\_\_\_ SA aurait notamment dû apporter la preuve qu'elle n'avait pas trouvé sur le marché indigène un travailleur correspondant au profil recherché. Force est de constater que les éléments fournis sont à cet égard nettement insuffisants. Sans doute, Y. \_\_\_\_\_ SA fait valoir que le poste de comptable avait déjà été annoncé à l'ORP une première fois en 2010 et une deuxième fois en 2011. Or, les nombreuses candidatures reçues au demeurant ne lui ont pas permis de recruter le candidat recherché. Y. \_\_\_\_\_ SA met en avant sur ce point le désintérêt des candidats pour le poste de comptable au sein de son entreprise, ce qui paraît a priori surprenant. Quoiqu'il en soit, on doit d'emblée objecter aux recourantes qu'une annonce effectuée plusieurs mois, voire plusieurs années avant la demande d'autorisation de séjour, doit être considérée comme insuffisante au regard de la jurisprudence citée au considérant précédent, qui exige des recherches effectuées immédiatement avant le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère. b) Y. \_\_\_\_\_ SA reconnaît avoir cherché des candidats par d'autres voies que la publication d'annonces. On constate à cet égard qu'elle a engagé X. \_\_\_\_\_ sans effectuer la moindre recherche préalable sur le marché indigène. En effet, c'est postérieurement à la demande au SDE, datée du 15 juin 2012, qu'elle a annoncé le poste vacant à l'ORP. Une seule offre a été publiée le 10 août 2012 pour le poste de comptable à pourvoir. A la suite de cette annonce, Y. \_\_\_\_\_ SA doit avoir reçu plusieurs candidatures puisque douze demandeurs d'emploi ont été assignés par l'ORP

à offrir leurs services. Au demeurant, aucune suite n'y a été donnée puisque le 13 août 2012, Y. \_\_\_\_\_ SA a renouvelé sa demande afin d'être autorisée à engager X. \_\_\_\_\_. L'essentiel est de retenir à cet égard que Y. \_\_\_\_\_ SA a d'emblée porté son choix sur cette dernière, sans faire la moindre recherche sérieuse sur le marché local, et n'est jamais revenu ultérieurement sur son choix initial, ce malgré les candidatures reçues par l'intermédiaire de l'ORP. Sans nier les qualités personnelles d'X. \_\_\_\_\_, on ne peut tout de même se demander si son engagement ne résulte pas en la présente circonstance d'une pure convenance personnelle de Y. \_\_\_\_\_ SA.

c) En dehors de ces éléments, Y. \_\_\_\_\_ SA ne démontre pas que des démarches concrètes en vue de trouver du personnel auraient été accomplies. En particulier, on aurait pu s'attendre, en sus de nouvelles annonces dans la presse, à ce que cette offre d'emploi soit annoncée auprès d'agences de placement privées ou sur des sites Internet de recherche d'emploi. Dans ces circonstances, au vu des exigences élevées posées par la jurisprudence en la matière, on ne saurait retenir que tous les efforts ont été déployés en vue de trouver un travailleur sur le marché indigène.

### **E. 3**

De ce qui précède, il s'ensuit que le recours ne peut qu'être rejeté et la décision confirmée, ceci aux frais des recourantes (art. 49 et 91 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36). Au surplus, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, a contrario, et 91 LPA-VD).

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