

# **VD\_OMNI PE.2013.0241 vom 28. November 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-11-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2013.0241](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2013.0241)

FR: VD\_OMNI PE.2013.0241 du 28 novembre 2013

IT: VD\_OMNI PE.2013.0241 del 28 novembre 2013

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et | Confirmation du refus du Service de l'emploi de délivrer une autorisation de séjour et de travail à une ressortissante roumaine pour exercer une activité de vendeuse dans le domaine de la confection. L'employeur n'a pas respecté l'ordre de priorité du recrutement sur le marché local de l'emploi. L'exigence de la maîtrise de la langue roumaine a été posée exclusivement pour favoriser l'engagement de la personne sur laquelle l'employeur avait d'emblée jeté son dévolu.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), le recours est intervenu en temps utile. L'acte respecte les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD (par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Le recours a été formé par l'employeur, destinataire de la décision attaquée, qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 75 let a LPA-VD, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 2**

Il convient à titre préalable d'examiner la requête de la recourante en fixation d'une audience. a) Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 133 I 270 consid. 3.1 p. 277). Ce droit ne s'oppose pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque toutes les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 s. ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148). En outre, les garanties minimales en matière de droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst ne comprennent en principe pas le droit d'être entendu oralement ou de faire entendre des témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; arrêt du TF 2C\_382/2011 du 16 novembre 2011 consid. 3.3) b) En l'espèce, la recourante a eu l'occasion d'articuler ses moyens dans deux écritures. Elle a pu faire valoir l'ensemble de ses arguments. La cour de céans estime dès lors qu'elle est en possession de tous les éléments utiles pour se prononcer. Au demeurant, l'audition de témoins – la recourante n'indique pas leur identité et l'on voit mal, à première vue, quelles sont les personnes susceptibles de fournir des renseignements

complémentaires utiles en dehors des responsables de la recourante – pour prouver la bonne foi de la recourante n'est pas nécessaire dès lors que l'autorité intimée n'a pas invoqué qu'elle aurait été de mauvaise foi. Le tribunal n'appointera donc pas d'audience.

### E. 3

a) L'intéressée B. Z. \_\_\_\_\_ étant de nationalité roumaine, il faut se prononcer sur la question de l'application des dispositions résultant de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 142.112.681). L'ALCP accorde en effet aux ressortissants des États 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'extension de la libre circulation à la Bulgarie et à la Roumanie, qui ont adhéré à l'Union européenne en 2007, a fait l'objet de négociations en vue de la signature le 27 mai 2008 d'un nouveau protocole (Protocole II ; RS 0.142.112.681.1) pour la mise en place progressive de la libre circulation. Ce protocole est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009. La période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués (art. 10 § 1b et 2b), initialement prévue jusqu'au 31 mai 2011, a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014 (cf. notification du 27 mai 2011 de la Suisse au Comité mixte Suisse - UE, institué par l'ALCP ; RO 2011 4127). La période transitoire pourra, le cas échéant être prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (art. 10 § 4c al. 2 ALCP). Quant à la clause de sauvegarde spéciale de l'art. 10 § 4, ALCP, elle pourra être activée à l'égard des ressortissants roumains et bulgare jusqu'à 10 ans après l'entrée en vigueur du protocole II, soit jusqu'au 31 mai 2019. L'art. 38 al. 4 de l'ordonnance fédérale sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP ; RS 142.203), en application des périodes transitoires aménagées par l'art. 10 ALCP, prévoit que les dispositions transitoires mentionnées au paragraphe précédent s'appliquent au plus durant les sept premières années suivant l'entrée en vigueur du Protocole du 27 mai 2008. En l'occurrence, B. Z. \_\_\_\_\_, ressortissante roumaine, est donc soumise aux contingents et aux prescriptions relatives au marché du travail suisse prévus par l'art. 10 ALCP. b) L'art. 21 LEtr 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 État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (2C\_633/2011 du 27 septembre 2011 ; 2C\_217/2009 du 11 septembre 2009, consid. 2.2), l'art. 21 LEtr est applicable, au moins par analogie et en ce qui concerne la priorité des travailleurs sur le marché suisse, à l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse des ressortissants des nouveaux États membres de l'Union européenne. En ce qui concerne l'art. 21 LEtr, dans leur jurisprudence constante, le Tribunal administratif puis la Cour de droit administratif et 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. Ainsi la jurisprudence a-t-elle en principe refusé l'octroi de l'autorisation 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. PE.2012.0427 du 26 février 2013, PE.2012.0392 du 12 février 2013 ; PE.2012.0285 du 4 décembre 2012 ; PE.2012.0041 du 14 juin 2012 ; PE.2010.0106 du 11 mai 2010, 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 les médias (il faut tenir compte du fait que les offres d'emploi sont aussi faites, dans certaines professions, via des sites web) 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 (PE.2012.0285 du 4 décembre 2012; PE.2012.0010 du 23 mars 2012). Ainsi, la cour de céans a jugé que les exigences de recherches suffisantes n'étaient manifestement pas remplies dans le cas d'un employeur qui n'avait pas effectué de recherches sur le marché local ; l'emploi proposé n'était au demeurant pas celui d'un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 3 LEtr (PE.2013.0002 du 12 février 2013). Elle a également 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 suisse. Les arguments avancés pour refuser les candidats qui s'étaient présentés étaient en outre lacunaires ou peu convaincants (PE.2008.0480 du 27 février 2009 et TF 2C\_217/2009 précité). 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'ORP ayant été effectuée postérieurement à la demande (PE.2009.0417 du 30 décembre 2009). 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'ORP (PE.2009.0244 du 27 novembre 2009). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, l'Office fédéral des migrations a édicté des directives intitulées "I. Domaine des étrangers" (version du 1<sup>er</sup> mai 2012 – état au 1<sup>er</sup> décembre 2012 ; pt. 4.3.2.1 ss) qui reprennent en substance la jurisprudence précitée. c) En l'espèce, la recourante a conclu un contrat de travail avec B. Z.\_\_\_\_\_ avant même le dépôt de la demande d'autorisation de séjour et de travail. Elle avait donc d'emblée décidé de collaborer avec cette vendeuse, sans prendre la peine de prospecter sur le marché local de l'emploi. Après que le SDE a attiré son attention sur les exigences légales en matière d'embauche de personnel roumain, elle a signalé le poste vacant, sans procéder par d'autres voies, telle que l'insertion d'annonces dans les médias. En dépit du court laps de temps entre cette annonce et la date de la décision attaquée, la recourante a reçu trois offres d'engagement qu'elle a écartées pour le seul motif que les candidates - dont les qualités en tant que vendeuses n'ont pas été mises en cause – ne maîtrisaient pas la langue roumaine. Or, cette exigence linguistique a manifestement été posée pour favoriser l'engagement d'B. Z.\_\_\_\_\_. Même si la recourante prétend entretenir des relations d'affaires avec la Roumanie, force est de constater que le poste réservé à B. Z.\_\_\_\_\_ est celui de vendeuse et non pas de cadre commercial susceptible d'apporter une aide décisive dans le développement de la société dans ses échanges avec la Roumanie. Pour le surplus, la maîtrise de la langue roumaine n'est assurément pas indispensable, à l'exception, pour une activité de vendeuse dans le prêt-à-porter et la décoration de vitrines. Pour le surplus, l'argument de la recourante selon lequel les stages perdraient leur utilité s'ils ne pouvaient pas déboucher sur un engagement durable, ne résiste pas à l'examen. Le stage effectué par B. Z.\_\_\_\_\_ n'a fait l'objet d'aucune demande d'autorisation, de sorte que la recourante ne saurait s'en prévaloir. S'il avait été autorisé, sa durée n'aurait pas été limitée à six jours; les stages poursuivent un but de formation et ne constituent pas un pré-requis en vue d'un engagement. Il faut donc constater que la recourante a d'emblée jeté son dévolu sur B.

Z.\_\_\_\_\_, dont elle appréciait les nombreuses qualités. Si ce choix peut se comprendre, il se heurte toutefois aux exigences légales en la matière, les convenances personnelles devant s'effacer devant le principe de la priorité des travailleurs disponibles sur le marché local de l'emploi.

#### **E. 4**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision du SDE du 17 mai 2013 confirmée. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires et n'a pas droit à des dépens (art. 49 et 55 LPA-VD).

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