

# VD\_OMNI PE.2019.0041 vom 31. Juli 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-07-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2019.0041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0041)

FR: VD\_OMNI PE.2019.0041 du 31 juillet 2019

IT: VD\_OMNI PE.2019.0041 del 31 luglio 2019

## Regeste

A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_/Service de l'emploi (SDE), Service de la population (SPOP) | Demande de main d'oeuvre étrangère déposée en faveur d'un ressortissant russe pour un poste d'acquisiteur de clientèle dans des Etats de l'Europe centrale et de l'ancienne Union soviétique. Recherches de candidats (par deux annonces dans des journaux régionaux) insuffisantes vu le profil recherché. De plus, qualifications du candidat en question pas suffisamment démontrées. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Dans un premier grief, les recourants reprochent au SDE un défaut de motivation de sa décision du 17 janvier 2019. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101) et 27 al. 2 de la Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst-VD; BLV 101.01), implique pour l'autorité notamment l'obligation de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 139 IV 179 consid. 2.2; 134 I 83 consid. 4.1 et réf. cit.). Pour le reste, dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté et ce même si, par hypothèse, la motivation présentée est erronée. La motivation peut en outre être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et réf. cit.; Tribunal fédéral [TF] 2C\_382/2017 du 13 décembre 2018 consid. 4.1; CDAP PE.2018.0413 du 16 janvier 2019 consid. 3a). Selon l'art. 42 let. c LPA-VD, une décision doit indiquer, exprimé en termes clairs et précis, les faits, les règles juridiques et les motifs sur lesquels elle s'appuie. b) En l'espèce, les recourants font valoir qu'ils avaient indiqué qu'avant de confier le poste à un ressortissant d'un Etat tiers, la recourante avait procédé " aux démarches nécessaires " afin de recruter un travailleur indigène ou un ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, sans pour autant parvenir à " dénicher la perle rare ", soit un candidat au bénéfice des formations adéquates, ayant des compétences analogues à celles du recourant pour l'activité envisagée d'acquisiteur de clientèle. Or, la décision attaquée ne contiendrait aucune motivation et se contenterait de mentionner un paragraphe de doctrine sans en citer les références, ni aucune base légale justifiant la décision et ne prendrait pas soin de se prononcer sur tous les griefs soulevés par la recourante. Comme exposé (ci-dessus let. D in fine ), l'autorité intimée a

estimé qu'aucune des hypothèses qu'elle avait exposées n'était remplie pour entrer en matière sur la demande de réexamen. Il est vrai que la décision du SDE est plutôt succincte, voire à la limite de ce qui peut être accepté. Mais la décision contient tout de même une motivation, en ce sens que le SDE est d'avis qu'il n'y a aucun motif de réexamen ou de révision par rapport à la précédente décision du 27 juillet 2018. Quand il s'agit de savoir s'il y a une motivation suffisante, n'est pas déterminante la question de savoir si la motivation exposée par l'autorité est juste ou erronée. Il est bien plus déterminant de savoir si la motivation exposée dans la décision permet au justiciable de se rendre compte de sa portée et de l'attaquer en connaissance de cause. Ces exigences sont remplies puisque les recourants ont pu comprendre que le SDE estimait qu'il n'y avait pas de motif de réexamen ou de révision. Dans cette mesure, les recourants font également valoir que le SDE a fait preuve d'arbitraire puisque la décision " ne repose sur aucun fait établi par l'autorité qui pourrait justifier un refus de la demande de réexamen à la suite de faits nouveaux établis, eux de manière concrète, par la recourante " (p. 4/5 de l'acte de recours). En tout cas, tout lecteur moyen peut comprendre de la motivation de la décision du SDE du 17 janvier 2019 que celui-ci estime que les recourants n'ont pas fait valoir de motif de réexamen ou de révision suffisant. Certes, la décision attaquée n'indique aucune disposition ou référence explicite. Cela n'empêche toutefois pas un avocat vaudois d'attaquer cette décision en connaissance de cause. En effet, la décision litigieuse a été adressée à un mandataire professionnel qui a son étude dans le Canton de Vaud et qui a agi depuis le début s'agissant des demandes déposées par les recourants. Le SDE évoque des règles qui font partie non pas d'un domaine spécial du droit, mais de la partie générale du droit administratif dont le mandataire des recourants est censé avoir connaissance. Dans cette mesure, il apparaît contraire à la bonne foi d'invoquer un tel défaut de motivation. Annuler la décision pour de tels motifs s'apparenterait à du formalisme excessif et serait aussi contraire au principe de l'économie de la procédure.

## **E. 2**

Dans un second grief, les recourants font en substance valoir une application arbitraire du droit par le SDE. a) Aux termes de l'art. 64 LPA-VD, une partie peut demander à l'autorité de réexaminer sa décision (al. 1). L'autorité entre en matière sur la demande si l'état de fait à la base de la décision s'est modifié dans une mesure notable depuis lors (al. 2 let. a) ou si le requérant invoque des faits ou des moyens de preuve importants qu'il ne pouvait pas connaître lors de la première décision ou dont il ne pouvait ou n'avait pas de raison de se prévaloir à cette époque (al. 2 let. b) ou si la première décision a été influencée par un crime ou un délit (al. 2 let. c). L'hypothèse prévue par l'art. 64 al. 2 let. a LPA-VD permet de prendre en compte un changement de circonstances ou de droit et d'adapter en conséquence une décision administrative correcte à l'origine. L'intéressé doit donc invoquer des faits qui se sont réalisés après le prononcé de la décision attaquée, plus précisément après l'ultime délai dans lequel, suivant la procédure applicable, ils pouvaient encore être invoqués (vrais nova). Quant à l'hypothèse envisagée à l'art. 64 al. 2 litt. b LPA-VD, elle vise les cas où une décision administrative entrée en force repose sur un état de fait incorrect dès l'origine et s'avère subséquemment inexacte; le requérant doit dans ce cadre invoquer des faits ou des moyens de preuve qui existaient déjà lorsque l'autorité a statué (pseudo-nova), à tout le moins qui pouvaient encore être utilement invoqués vu l'avancement de la procédure et de l'instruction, mais qu'il a découverts postérieurement (ATF 136 II 177 consid. 2.1; 129 V 200 consid. 1.1; CDAP PE.2017.0307 du 12 septembre 2017 consid. 3a; PE.2016.0126 du 29 juin 2016 consid. 2a). Dans ces deux hypothèses, les faits invoqués doivent être

importants, soit de nature à modifier l'état de fait à la base de l'acte attaqué et à aboutir à un résultat différent en fonction d'une appréciation juridique correcte (CDAP PE 2019.0132 du 29 mai 2019 consid. 2a; PE.2010.0620 du 30 mars 2011 consid. 3a et réf. cit.). De manière générale, le réexamen de décisions administratives entrées en force ne doit pas être admis trop facilement. Les demandes de réexamen ne sauraient en effet servir à remettre continuellement en cause des décisions exécutoires ni surtout à éluder ou détourner les dispositions légales sur les délais de recours (ATF 136 II 177 précité; TF 2C\_225/2014 du 20 mars 2014 consid. 5.1; 2C\_481/2013 du 30 mai 2013 consid.2.2; CDAP PE.2018.0115 du 15 octobre 2018 consid. 1b; PE.2017.0307 du 12 septembre 2017 consid. 3b). b) Par ailleurs, lorsque l'autorité refuse d'entrer en matière sur une demande de réexamen, estimant que les conditions requises ne sont pas réunies, l'administré ne peut pas remettre en cause, par la voie d'un recours, la première décision sur laquelle l'autorité a refusé de revenir; il peut seulement faire valoir que l'autorité a nié à tort l'existence de conditions justifiant un réexamen (CDAP PE 2019.0132 du 29 mai 2019 consid. 2b). Dès lors, la conclusion principale des recourants visant à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée n'est pas recevable dans la présente procédure judiciaire. Si le Tribunal de céans admet le recours, il ne pourra qu'annuler la décision attaquée du 17 janvier 2019 et renvoyer la cause au SDE, afin que celui-ci entre en matière sur la demande d'autorisation. c) aa) Aux termes de l'art. 18 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20; intitulée jusqu'au 31 décembre 2018 loi fédérale sur les étrangers [LEtr] ), un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée si son admission 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 LEI). 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 (art. 21 al. 1 LEI). L'art. 21 al. 2 LEI définit le cercle des personnes qui sont considérées comme " travailleurs en Suisse " au sens de l'art. 21 al. 1 LEI. 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 (art. 21 al. 3 1<sup>ère</sup> phrase LEI). Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEI). Selon l'art. 23 al. 1 LEI, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. En dérogation à cette disposition, peuvent notamment être admises, selon l'art. 23 al. 3 LEI, 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) ou 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). bb) Au sujet des efforts de recherche, les directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) dans le domaine des étrangers (directives LEI), dans leur version au 1<sup>er</sup> juin 2019 – au demeurant strictement identiques sur ce point à celles applicables au moment du dépôt des demandes d'autorisation et de réexamen – retiennent ce qui suit au ch. 4.3.2: " 4.3.2 Ordre de priorité (art. 21 LEI) 4.3.2.1 Principe

Le recours, en priorité, aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers. Le principe de la priorité des travailleurs indigènes doit être en principe appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (cf. arrêts du TAF [réd.: Tribunal administratif fédéral] C-106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4. et C-679/2011 du 27 mars 2012, consid. 7.1.). Il est retenu en faveur des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE, dont le statut est régi par l'ALCP et qui ont droit à l'admission. Sont considérés comme travailleurs indigènes, outre les citoyens suisses, les étrangers établis, les demandeurs d'emploi étrangers se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler (art. 21, al. 2, LEI). Par conséquent, les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'espace UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question. [...] Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) 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 (cf. arrêts du TAF C-2638/2010 du 21 mars 2011, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4. et C-106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6). [...] 4.3.2.2 Efforts de recherche 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 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. " cc) Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif vaudois (TA) puis la CDAP 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.2013.0474 du 13 août 2014; PE.2014.0006 du 1<sup>er</sup> juillet 2014; 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). Ainsi, le refus a été confirmé chaque fois qu'il est apparu que le poste décrit avait été créé de toutes pièces ou sur mesure pour le requérant (CDAP PE.2014.0208 du 22 janvier 2015; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014; PE.2013.0474 du 13 août 2014). A cela s'ajoute que 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 des offices régionaux de placement (ORP) pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (CDAP PE.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (CDAP PE.2014.0006 du 1<sup>er</sup> juillet 2014; cf. aussi PE.2010.0357 du 4 avril 2011). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, le tribunal a considéré 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 (CDAP PE.2008.0480 du 27 février 2009, confirmé sur recours par arrêt du Tribunal fédéral 2C\_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, le tribunal 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 de plus été effectuée postérieurement à la demande (CDAP PE.2009.0417 du 30 décembre 2009; v. dans le même sens arrêt PE.2014.0295 du 5 juin 2015 consid. 2d). 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 (CDAP PE.2009.0244 du 27 novembre 2009). 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 (TA PE.2006.0388 du 16 octobre 2007), de même qu'une unique annonce auprès de l'ORP local (CDAP PE.2013.0274 du 30 juillet 2014). A en outre été confirmé le refus de délivrer des autorisations de séjour et de travail à deux étudiantes roumaines, engagées par les parents de trois enfants en bas âge en qualité d'employées de maison pour une durée de douze mois. Une seule annonce était préalablement parue à l'ORP et le poste, exigeant des candidates qu'elles parlent l'italien ou le roumain et possèdent leur propre voiture, paraissait avoir été taillé sur mesure pour ces deux étudiantes. En outre, il était possible aux parents de trouver sur le marché du travail indigène une personne italienne ou roumaine d'origine, disposant d'une autorisation de séjour et de qualifications en rapport avec celles recherchées (CDAP PE.2014.0214 du 10 septembre 2014). 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 (TA PE.2006.0625 du 7 mai 2007; PE.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a). d) En substance, les recourants critiquent le fait que le SDE n'ait pas retenu que la recourante avait, depuis la première décision de refus du 27 juillet 2018, procédé aux recherches nécessaires selon l'art. 21 LEI. Pour le reste, le recourant répondait aux exigences de l'art. 23 LEI. Le SDE explique dans sa réponse au recours qu'il peinait à comprendre quels étaient les éléments nouveaux dont il n'aurait pas tenu compte. Il renvoie à l'écriture complémentaire du mandataire des recourants du 18 décembre 2018 dans laquelle celui-ci indiquait qu'il n'était pas en possession d'autres documents que ceux qui avaient déjà été transmis lors de la demande d'autorisation de séjour et dans la demande

de réexamen. Ce raisonnement du SDE dans sa réponse au recours est trop court et ne peut être suivi puisqu'il se limite à l'écriture complémentaire du 18 décembre 2018, sans tenir compte des éléments invoqués avec la demande de réexamen déposée le 14 novembre 2018.

e) En ce qui concerne l'art. 21 LEI et les recherches nécessaires, la recourante a en effet procédé à deux annonces, l'une dans le journal \*\*\*\*\* et l'autre dans une publication commune des journaux \*\*\*\*\* et \*\*\*\*\*. Elle a produit ces annonces avec sa demande de réexamen du 14 novembre 2018. Elle y a encore produit des documents de quatre candidats qui avaient répondu aux annonces. Lorsque la recourante avait déposé sa première demande en mai 2018, la recourante n'avait entrepris aucune recherche. Dans cette mesure, il pourrait y avoir des nouveaux éléments justifiant d'entrer en matière sur la base de l'art. 64 al. 2 let. a LPA-VD. Cependant, au vu de la jurisprudence précitée et des directives du SEM (cf. ci-dessus consid. 2c/bb et cc) ainsi que des circonstances du cas d'espèce, il est manifeste que les recherches entreprises par la recourante sont insuffisantes et ne peuvent être reconnues comme nouvel élément important, de nature à modifier l'état de fait à la base de la première décision du 27 juillet 2018. En effet, la recourante a déclaré à plusieurs reprises qu'elle travaillait avec la plupart des banques en \*\*\*\*\* et ne pouvait et ne voulait pas démarcher leurs collaborateurs. Dans cette mesure, elle ne pouvait pas limiter ses recherches d'emploi à la \*\*\*\*\* , respectivement à des journaux publiés dans cette région. Vu le genre de poste et profil en question, il apparaît de plus nécessaire que la recourante déploie bien plus d'efforts pour trouver des candidats en Suisse ou dans l'UE et l'AELE que de se contenter de deux annonces dans des journaux régionaux limités à la Suisse et qui ne sont pas véritablement spécialisés dans le domaine de la finance en question. Pour le surplus, il semble que la recourante n'a même pas annoncé le poste à l'ORP. En définitive, il apparaît que la recourante n'a publié deux annonces dans des journaux \*\*\*\*\* que pour la forme. Elle n'a d'ailleurs pas donné d'explications sur les raisons pour lesquelles les quatre candidats domiciliés en \*\*\*\*\* ne correspondaient pas à ses exigences, respectivement n'avaient pas des qualifications au moins comparables à celles du recourant. A cela s'ajoute le fait que les recourants n'ont apporté aucun nouvel élément s'agissant de l'art. 23 LEI et des qualifications du recourant. Du reste, malgré les demandes réitérées du SDE, les recourants n'ont à ce jour pas produit de certificat pour le titre d'" Executive MBA avec concentration sur la Gestion Operationnelle " de l'INSEAD dont ce prévaut le recourant. Les recourants se sont finalement contentés de dire que la solide expérience dont disposait ce dernier lui conférait un statut équivalent à celui de spécialiste et qu'il n'existait pas en Suisse de travailleurs correspondant aux critères recherchés. Dans cette mesure, les recourants n'ont pas non plus fait valoir de nouveaux éléments. Il apparaît que la recourante veut surtout bénéficier du carnet d'adresses du recourant et de ses connaissances de personnes de la région de l'ancienne Union soviétique. Sans que cela soit encore déterminant, on peut se demander pour quelle raison le recourant doit alors travailler et résider en Suisse. f) Vu ce qui précède, le SDE était en droit de refuser d'entrer en matière sur la nouvelle demande, de sorte que le recours s'avère mal fondé, dans la mesure où il est recevable, et doit être rejeté, la décision du SDE du 17 janvier 2019 étant confirmée.

### **E. 3**

Succombant, les recourants doivent supporter, solidairement entre eux, les frais judiciaires, fixés à 600 fr. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. art. 49, 51 et 55 LPA-VD, 4 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; BLV 173.36.5.1]).

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