

VD_OMNI PE.2008.0003 vom 22. Mai 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0003

FR: VD_OMNI PE.2008.0003 du 22 mai 2008

IT: VD_OMNI PE.2008.0003 del 22 maggio 2008

Regeste

X. SARL c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Confirmation d'une sommation (avertissement écrit) infligée à l'employeur ayant engagé pour la première fois une ressortissante étrangère sans requérir d'autorisation de travail

Erwägungen

E. 1

Le recours porte en premier lieu sur la décision du Service de l'emploi du 6 décembre 2007 refusant la demande de permis de séjour pour B._____.

E. 2

La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 a remplacé la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), abrogée au 31 décembre 2007, ainsi que ses ordonnances d'exécution. Il ressort toutefois de l'art. 126 al. 1 LEtr que, sur le plan matériel, l'ancien droit demeure applicable aux demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Simultanément, l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) a abrogé l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. En l'espèce, la demande litigieuse ayant été formée avant le 1^{er} janvier 2008, elle doit être examinée à l'aune des anciennes LSEE et OLE (arrêt CDAP PE.2007.0237 du 10 mars 2008).

E. 3

a) Le protocole (d'extension) du 26 octobre 2004 (ci-après: protocole à l'ALCP; RO 2006 995) à 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 ou l'accord; RS 0.142.112.681), concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, entré en vigueur par échanges de notes le 1^{er} avril 2006, prévoit une réglementation transitoire à l'égard des huit nouveaux Etats membres d'Europe centrale. Ce protocole a notamment ajouté la disposition transitoire 2a suivante à l'art. 10 ALCP : "La Suisse et la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Pologne, la République de Slovénie et la République slovaque peuvent maintenir, jusqu'au 31 mai 2007, 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 la partie contractante concernée. [...] Avant le 31 mai 2007, le comité mixte examine le fonctionnement des mesures transitoires prévues dans le présent paragraphe sur la base d'un rapport élaboré par chacune des parties contractantes qui les applique. A l'issue de cet examen, et au plus tard le 31 mai 2007, la partie contractante qui a appliqué les mesures transitoires prévues dans le présent paragraphe et qui a notifié au comité mixte son intention de continuer à les appliquer peut continuer à le faire jusqu'au 31 mai 2009. En l'absence de notification, la période transitoire prend fin le 31 mai 2007. A la fin de la période transitoire définie dans le présent paragraphe, toutes les restrictions visées ci-dessus dans le présent paragraphe sont supprimées." Le 29 mai 2007, la Suisse a communiqué au Comité mixte Suisse-CE, institué par l'ALCP, qu'elle continuerait à appliquer jusqu'au 31 mai 2009 à l'égard de la République tchèque, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, la Hongrie, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie, les mesures transitoires prévues à l'art. 10, par. 1a et 2a de l'accord, tel qu'amendé par le protocole à l'ALCP (RO 2008 573). b) Les directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses vingt-cinq Etats membres, et entre la Confédération suisse et les Etats membres de l'AELE, la Norvège, l'Islande et la Principauté de Liechtenstein (Directives OLCP; état au 1^{er} juin 2007) précisent en particulier ce qui suit : "5.2.1 Principe Conformément au protocole à l'ALCP, la Suisse peut maintenir jusqu'au 30 avril 2011 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 des nouveaux Etats membres de la CE, à l'exception de Malte et de Chypre . 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. 8 al. 3 OLE) ne sont plus exigées. Toutefois, ce dernier point ne s'applique pas aux autorisations de courte durée de quatre mois au plus [...]. [...] 5.5.2 Contrôle de la priorité des travailleurs indigènes Art. 10 al. 2a ALCP Lors de la décision préalable relative au marché du travail (ch.4.5), le contrôle de la priorité des travailleurs indigènes est également effectué. L'employeur doit prouver qu'il a déployé des efforts de recrutement sur le marché du travail indigène et n'y a pas trouvé de travailleur (suisse ou étranger intégré dans le marché du travail suisse) ayant le profil recherché. Il n'est pas nécessaire de démontrer que des recherches ont été entreprises dans les anciens Etats membres de la CE , les ressortissants de ces pays ne bénéficiant d'aucune priorité par rapport aux ressortissants des nouveaux Etats membres de la CE. Toutefois, les travailleurs des anciens Etats membres de la CE doivent jouir de l'égalité de traitement avec les Suisses s'agissant de l'accès au marché du travail. Les employeurs doivent annoncer suffisamment tôt les postes vacants qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs des dix nouveaux Etats membres de la CE aux offices régionaux de placement (ORP) en vue de leur mise au concours dans PLASTA. Les employeurs doivent également attester les efforts de recrutement au moyen d'annonces publiées dans la presse quotidienne et/ou spécialisée, des médias électroniques ou d'une agence de placement privée. Dans le cadre de son obligation de collaborer, l'employeur est tenu de prouver ses efforts de recherche. Un refus général des demandes, basé sur une appréciation globale de la situation de l'économie et du marché du travail (p. ex. indication générale du nombre de demandeurs d'emploi dans le canton ou la

branche) et sans référence à un cas précis, est irrecevable en raison du droit prévu dans l'ALCP. Par conséquent, les mêmes prescriptions que pour les ressortissants d'Etats tiers s'appliquent en matière de respect de la priorité des travailleurs indigènes. [...] c) Comme l'a déjà jugé la CDAP (PE.2007.0237 du 10 mars 2008), il ressort de ce qui précède que, selon les mesures transitoires, prolongées jusqu'au 31 mai 2009, prévues par le protocole à l'ALCP à l'égard des huit Etats d'Europe centrale membres de l'Union européenne depuis 2004, les travailleurs ressortissants des nouveaux pays concernés (hormis Chypre et Malte) demeurent soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes résultant de l'art. 7 OLE. Ainsi, l'autorisation pour l'exercice d'une première activité n'est accordée, en vertu de l'art. 7 al. 1 OLE, que si l'employeur ne trouve pas un travailleur indigène capable et désireux d'occuper le poste aux conditions de travail et de rémunération usuelles de la branche et du lieu. Selon l'art. 7 al. 4 OLE, l'employeur est tenu de prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène (let. a), qu'il a signalé la vacance du poste en question à l'office de l'emploi compétent et que celui-ci n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable (let. b), et que, pour le poste en question, il ne peut pas former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail (let. c). L'employeur peut se limiter à démontrer qu'il a déployé des efforts de recrutement sur le marché du travail indigène uniquement (à l'exclusion du marché des anciens membres de la CE). Dans sa jurisprudence constante, la CDAP (qui a succédé au Tribunal administratif) 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. Elle rejette en principe les 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). La CDAP s'est prononcée à plusieurs reprises sur les exigences de recherches. Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, elle a jugé que l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement et la mention de quatre offres de services insatisfaisantes ne suffisaient 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). d) En l'espèce, la recourante doit démontrer qu'elle a procédé à des recherches suffisantes sur le marché indigène. A cet égard, elle a prétendu avoir tout d'abord fait appel à son réseau de connaissances. Elle n'expose cependant pas en quoi consiste ce réseau ni la nature des démarches qu'elle aurait entreprises dans ce cadre, de sorte que le tribunal ne peut retenir qu'elle aurait effectué des recherches concrètes par ce biais. La recourante a annoncé le poste vacant à l'ORPOL le 27 avril 2007; dix candidats ont été assignés, mais aucun n'a finalement été retenu. Même si elle ne l'allègue pas strictement, la recourante s'est également adressée, au moins à une reprise, au service emploi de l'Université de Lausanne; c'est en effet par ce biais qu'elle a engagé B._____. Hormis ces deux démarches avérées, la recourante n'a pas utilisé d'autres voies de recherche. En particulier, elle n'a pas fait état d'annonces offrant le poste dans la presse locale ou régionale. Elle n'a pas non plus recouru aux services d'une agence de placement ni n'a effectué une publication du poste sur Internet. On observe de surcroît que la période sur laquelle s'est déroulée la recherche est courte, dès lors qu'elle a duré moins d'un mois, à savoir du 27 avril 2007 - date d'annonce à l'ORPOL - au 21 mai 2007 - date à laquelle B._____ a débuté son activité (v. à ce propos PE.2006.0388 précité). Dans ces circonstances, il appert que les recherches effectuées sur le marché indigène ne sont pas suffisantes. La décision du Service de l'emploi du 6 décembre 2007 est donc pleinement justifiée, la demande ne remplissant ni les conditions de l'art. 7 OLE, ni celle de l'art. 8 OLE. Le Service de l'emploi n'a donc pas abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation litigieuse.

E. 4

Le recours porte également sur la décision du Service de l'emploi du 12 décembre 2007 adressant une sommation à la recourante pour infraction aux prescriptions de l'OLE. L'autorité intimée reproche à la précitée d'avoir engagé une travailleuse sans avoir demandé une autorisation de main-d'oeuvre étrangère. La recourante expose qu'elle ignorait qu'il fallait entreprendre une telle démarche vu que son employée était titulaire d'une autorisation de séjour pour études. Elle invoque sa bonne foi. a) Conformément aux règles générales de droit transitoire consacrant le principe de non rétroactivité des lois, la LSEE et l'OLE sont applicables aux faits survenus alors qu'elles étaient en vigueur, soit avant le 1^{er} janvier 2008. b) Aux termes de l'art. 1a LSEE, tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement. L'art. 3 al. 3 LSEE énonce que l'étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi, et un employeur ne peut l'occuper, que si l'autorisation de séjour lui en donne la faculté. Le permis octroyé sur la base de l'art. 32 OLE, qui concerne les autorisations accordées à des étudiants qui désirent faire des études en Suisse, ne comporte pas la faculté de travailler en Suisse. En conséquence, en employant une ressortissante hongroise titulaire d'une autorisation de séjour pour études, la recourante a enfreint les prescriptions de la LSEE et de l'OLE. L'art. 55 OLE prévoit ce qui suit à ses alinéas 1 et 2: " 1 Si un employeur a enfreint à plusieurs reprises ou gravement les prescriptions du droit des étrangers, l'office cantonal de l'emploi rejettera totalement ou partiellement ses demandes, indépendamment de la procédure pénale. 2 L'office cantonal de l'emploi peut également mettre en garde le contrevenant par sommation écrite, sous menace d'application de sanctions." Les directives LSEE édictées par l'Office fédéral des migrations (ODM) consacrent leur chiffre 487 aux dispositions pénales et aux sanctions (art. 54 et 55 OLE) et rappellent notamment ce qui suit au sujet des avertissements: "[...] Les sanctions peuvent

donc varier selon la gravité de l'infraction et les circonstances. En règle générale, l'entreprise recevra d'abord un avertissement écrit concernant les sanctions qu'elle encourt, surtout s'il s'agit d'une première infraction ou d'une infraction mineure. La sanction - blocage des autorisations - peut ne s'appliquer qu'à certaines catégories d'étrangers ou à certains secteurs de l'entreprise, ou encore valoir pour un temps plus ou moins long selon les cas (trois, six, douze mois). Les sanctions ne devraient en principe pas porter sur les prolongations d'autorisations, car de tels refus pénaliseraient les travailleurs innocents. [...]" La CDAP a rappelé la nécessité pour l'autorité d'adresser à l'entreprise un avertissement écrit, intitulé sommation selon la terminologie de l'art. 55 OLE, concernant les sanctions qu'elle pourra encourir, surtout s'il s'agit d'une première infraction ou d'une infraction mineure, avant que ne soit prononcé à son encontre un blocage des autorisations. Elle a jugé que le principe de la proportionnalité était violé en l'absence de sommation préalable (PE.2005.0434 du 25 avril 2006 et PE.2005.0416 du 28 mars 2006). Elle a toutefois relevé que la gravité de la faute - cinq travailleurs étrangers en situation irrégulière, dont certains pendant plusieurs années - pouvait justifier sans sommation une sanction de trois à six mois (PE.2005.0416 précité). Elle a aussi jugé que l'emploi sans permis de travail d'une personne autorisée à séjourner en Suisse sur la base d'un regroupement familial constituait une infraction mineure qui devait néanmoins être sanctionnée d'une sommation, ceci malgré la bonne foi de la société recourante (PE.2007.0473 du 27 décembre 2007). c) En l'espèce, l'infraction reprochée est mineure. La recourante paraît de bonne foi dans son étonnement quant à la nécessité de requérir une autorisation de travail pour son employée; elle a en effet spontanément requis la prolongation du permis de séjour de sa collaboratrice une fois celui-ci parvenu à échéance. Toutefois, il n'en demeure pas moins que la recourante a fait preuve de négligence en omettant de se renseigner correctement sur le droit de B. _____ à exercer une activité lucrative en Suisse. Ayant enfreint les dispositions légales applicables, c'est à juste titre que la recourante s'est vu mettre en garde par l'autorité intimée sur les conséquences liées à de futures infractions. Les directives LSEE de l'ODM prévoyant que, même en cas d'infraction mineure, un avertissement écrit peut être signifié, la décision litigieuse n'apparaît ainsi pas critiquable.

E. 5

En conséquence, le recours doit être rejeté et les décisions attaquées maintenues. Vu l'issue du pourvoi, les frais du présent arrêt seront mis à la charge de la recourante (art. 55 de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives, LJPA; RSV 173.36).

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