

VD_OMNI PE.2008.0159 vom 22. Januar 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-01-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0159

FR: VD_OMNI PE.2008.0159 du 22 janvier 2009

IT: VD_OMNI PE.2008.0159 del 22 gennaio 2009

Regeste

X. _____ Sàrl, Y. _____ c/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Confirmation du refus d'une demande de main-d'oeuvre étrangère en faveur d'une ressortissante slovaque pour un poste non-qualifié. En vertu de l'art. 10 al. 2 ALCP, les ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne restent soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes, résultant de l'art. 7 OLE. En l'espèce, les recherches sur le marché indigène du travail sont non seulement totalement insuffisantes mais encore elles n'ont pas été accomplies pour le poste effectivement occupé par l'employée slovaque. La relation intime qu'elle entretient avec son employeur n'est pas, en l'absence de tout indice de mariage sérieusement voulu et imminent, de nature à modifier la décision entreprise. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

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 a été déposée le 14 décembre 2007, soit avant l'entrée en vigueur de la LEtr. Elle doit donc être examinée à l'aune des anciennes LSEE et OLE.

E. 2

La loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, a abrogé et remplacé la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administrative (LJPA). Conformément à l'art. 117 LPA-VD, les causes pendantes à l'entrée en vigueur de cette loi sont traitées selon cette dernière. Aux termes de l'art. 98 LPA-VD, le recourant peut invoquer la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. La LSEE ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir de contrôle de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce grief ne saurait donc être examiné par le tribunal.

E. 3

a) Les nouveaux Etats membres de l'Union européenne (UE), dont la Slovaquie, reprennent l'acquis communautaire, y compris les accords conclus avec les pays tiers. Ainsi, les accords bilatéraux ont été automatiquement étendus aux nouveaux Etats membres, à la date de leur adhésion, à l'exception de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre-circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681). Le protocole d'extension du 26 octobre 2004 à l'ALCP (RO 2006 995), concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la Tchéquie, l'Estonie, Chypre, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, Malte, la Pologne, la Slovénie et la Slovaquie, à la suite de leur adhésion à l'UE, entré en vigueur par échanges de notes du 1^{er} avril 2006, prévoit une réglementation transitoire à l'égard des nouveaux Etats membres, à l'exclusion de Chypre et Malte. Selon l'art. 2 let. b du protocole, les paragraphes suivants sont ajoutés 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 des huit nouveaux états membres concernés les mesures transitoires prévues à l'art. 10 paragraphes 1a et 2a de l'accord, tel qu'amendé par le protocole à l'ALCP (RO 2008 573).

b) L'Office fédéral des migrations (ODM) a édicté des 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 OLC; état au 1^{er} juin 2007, disposent 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. [...]" Ainsi, les travailleurs ressortissants des huit nouveaux Etats membres précités demeurent soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes résultant de l'art. 7 OLE. En vertu de l'art. 7 al. 1 OLE, l'autorisation pour l'exercice d'une première activité n'est accordée 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). Selon la jurisprudence constante du tribunal, il faut se montrer strict quant à l'exigence des recherches faites sur le marché du travail, afin de donner la priorité aux travailleurs indigènes. Lorsque c'est par pure convenance personnelle que l'employeur souhaite engager un étranger plutôt qu'un demandeur d'emploi présentant des qualifications comparables, la demande est en principe rejetée (Tribunal administratif PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités ; CDAP, PE.2007.0237 du 10 mars 2008 et PE.2007.0573 du 11 juin 2008). Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, la cour 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). 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). 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). Par ailleurs, 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).

c) En l'espèce, dans le cadre de l'instruction de la demande de permis de travail, la recourante a expliqué, le 8 avril 2008, avoir eu de nombreux contacts, soit par des offres spontanées, soit par diverses démarches auprès de relations, mais que les personnes auditionnées n'étaient pas à la recherche d'un emploi à plein temps, alors même que le contrat de travail fourni initialement à l'appui de la demande du 14 décembre 2007 mentionnait une durée de travail hebdomadaire de 20h. L'entreprise n'a fourni aucune preuve des démarches précitées. La décision de refus de délivrer une autorisation de travail a été rendue le 14 avril 2008. Ce n'est que postérieurement à cette décision, et alors que la recourante occupait déjà son poste, que la société a entrepris de recherches sur le marché indigène du travail. Ainsi, ce n'est que le 9 juin 2008 qu'elle a inscrit un poste de chef de chantier/chef d'équipe de nettoyage auprès de l'ORP. Cette annonce mentionne « En qualité de chef de chantier. Rendez-vous avec les clients et architectes. Etablissement de devis. Suivi et contrôle des chantiers. Surveillance et contrôle des heures des ouvriers. Prospection de nouveaux clients. Connaissance du domaine du nettoyage. Prendre contact par tél. » et que la préférence sera donnée à une personne de sexe masculin. La description de ce poste ne correspond pas à celui effectivement occupé par la recourante. Au vu des pièces produites, seule une personne semble s'être annoncée; elle ne se serait par ailleurs jamais présentée. Quant à l'annonce d'offre d'emploi pour « un chef d'équipe avec expérience à 50%, une cheffe d'équipe avec expérience à 100% », elle n'a été publiée dans un quotidien régional que le 31 juillet 2008, soit 7 mois après l'entrée en vigueur du contrat de travail de la recourante. Cette annonce concerne également un poste différent de celui occupé par la recourante. Selon le courrier du conseil de la recourante du 24 octobre 2008, seules deux personnes, qui ne présentaient absolument pas le profil nécessaire, se seraient présentées suite à ces deux annonces. Il ressort de ce qui précède que non seulement les recherches sur le marché indigène du travail ont été totalement insuffisantes au regard des exigences posées par les directives ALCP et la jurisprudence précitée, mais encore qu'elles n'ont pas été faites pour le poste occupé effectivement par l'employée recourante. De plus, les deux annonces sont nettement postérieures à la requête de main-d'œuvre étrangère, alors même que l'employeur est tenu de prospecter suffisamment tôt sur le marché indigène du travail, avant le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (PE.2007.0270 du 6 septembre 2007). Force est donc de conclure que la société n'a pas entrepris tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène. La société invoque encore que son gérant et l'employée recourante se fréquentent depuis quatre ans, que cette dernière le seconde efficacement dans son travail, dans l'organisation de chantiers ainsi que pour diverses petites tâches de bureau et qu'ils vivent ensemble depuis 6 mois. La confiance qu'il lui accorde ne pourrait être octroyée à d'autres, notamment en raison de la confidentialité des contacts professionnels et des relations bancaires. L'employée recourante indique, par l'intermédiaire de son conseil, qu'elle est responsable de l'administration, de la comptabilité

et l'organisation du travail et qu'elle est la compagne du gérant, raison pour laquelle il aurait beaucoup de peine à trouver une personne ayant toutes les qualités requises sur le marché indigène. Si ces arguments sont dignes d'intérêt, ils ne constituent en aucun cas un motif permettant de déroger à la règle de la priorité du travailleur indigène. De nombreuses fonctions exigent la confidentialité la plus totale de la part des collaborateurs; à ce titre, il est usuel que les contrats de travail contiennent des clauses de confidentialité, sous peine de sanctions. Tel est d'ailleurs le cas du contrat de travail de l'employée recourante. Finalement, les fiançailles ou le concubinage ne permettent pas, sous réserve de circonstances particulières, d'invoquer le respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH. C'est ainsi que l'étranger fiancé à une personne ayant droit de présence en Suisse ne peut, en principe, prétendre à une autorisation de séjour, à moins que le couple n'entretienne depuis longtemps des relations étroites et effectivement vécues et qu'il existe des indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent (ATF 2C_90/2007 du 27 août 2007 consid. 4, 2A.305/2006 du 2 août 2006 consid. 5.2; 2A.64/2005 du 4 février 2005; arrêt CDAP PE.2008.0166 du 23 octobre 2008). En l'occurrence, les recourants n'ont ni allégué, ni démontré se trouver dans une telle situation. Dans ces conditions, l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que les recherches accomplies étaient, en l'état, insuffisantes pour considérer que l'employeur avait fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours aux frais des recourantes prises solidairement (art. 49 LPA-VD). Elles ont pas droit à des dépens.

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