

VD_OMNI PE.2008.0260 vom 24. Februar 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-02-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0260

FR: VD_OMNI PE.2008.0260 du 24 février 2009

IT: VD_OMNI PE.2008.0260 del 24 febbraio 2009

Regeste

c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Une ressortissante lettone est soumise au principe de priorité des travailleurs indigènes. In casu, l'employeur qui n'a effectué des recherches de candidats qu'en publiant l'offre d'emploi sur son propre site internet sans effectuer d'autres démarches, notamment sans annoncer le poste à l'ORP, n'a pas déployé d'efforts suffisants.

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. 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). En l'espèce, la demande de permis de travail en faveur de la ressortissante lettone a été déposée le 14 avril 2008, soit après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en matière de séjour des étrangers. C'est donc au regard des dispositions de la LEtr et de l'OASA qu'il convient d'examiner les conditions d'admission de cette demande.

E. 2

A teneur de l'art. 1 LEtr, la loi s'applique aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse. Elle n'est applicable aux ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne (CE) que dans la mesure où l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la CE d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) n'en dispose pas autrement ou lorsque la présente loi prévoit des dispositions plus favorables. a) Le protocole (d'extension) à l'ALCP du 26 octobre 2004 (ci-après: protocole à l'ALCP; RO 2006 995) 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 son intention de continuer à appliquer, à l'égard de la République tchèque, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, la Hongrie, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie et jusqu'au 31 mai 2009, 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) 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. 21 LEtr. Ainsi, l'autorisation pour l'exercice d'une première activité n'est accordée que si l'employeur démontre qu'aucun travailleur indigène correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 LEtr) et pour autant que les conditions de rémunération et de travail correspondent à ce qui est usuel dans le lieu, la profession et la branche (art. 22 LEtr) (CDAP, PE.2007.0237 du 10 mars 2008). Selon la jurisprudence, il faut 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. Il y a lieu ainsi de refuser le permis de travail 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). Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, il a été 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).

E. 3

En l'espèce, la recourante soutient que l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que ses recherches de candidats sur le marché indigène du travail étaient insuffisantes. a) La recourante a publié l'offre d'emploi sur son propre site Internet www.X._____ch « carrière » au début du mois d'avril 2008, sans effectuer

d'autres démarches de recrutement. Elle explique ce choix par le fait que la plateforme offerte par Internet est la moins discriminatoire et la plus accessible, qu'elle requiert un minimum d'effort des demandeurs d'emploi et qu'un grand pourcentage de la population a accès aujourd'hui à Internet. Elle considère par conséquent que la recherche de collaborateurs par Internet couvre efficacement le marché indigène du travail. Elle conteste qu'une annonce de la place vacante à l'ORP soit une mesure plus appropriée qu'une annonce sur Internet. Elle relève à cet égard que les ORP utilisent également la voie Internet à l'adresse www.ssi.ch laquelle renvoie à www.espace-emploi.ch qui présente l'ensemble des offres d'emploi récoltées par les ORP suisses et qu'il est par conséquent abusif de considérer que son offre n'a pas été offerte de manière appropriée sur le marché indigène du travail au seul motif qu'elle a été offerte sur un autre site que celui de l'ORP. b) Selon les directives et la jurisprudence rappelées ci-dessus, l'employeur doit déployer des efforts de recrutement sur le marché du travail indigène. Cette obligation implique de sa part une recherche active large et diversifiée, au moyen de tout mode de communication à disposition, soit l'annonce auprès des ORP, la presse quotidienne ou spécialisée, les médias électroniques ou les agences de placement (cf. directives OLCP). L'annonce du poste vacant auprès de l'ORP – qui est une mesure nécessaire mais non pas suffisante (cf. PE.2006.0439 déjà cité) – n'est pas un moyen de recrutement obsolète ou inapproprié. Cette exigence s'inscrit dans une politique globale tendant à combattre le chômage, en permettant à des demandeurs d'emploi indigènes de se réinsérer professionnellement. On note que cette démarche est prévue par les directives OLCP pour des postes « qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs des dix nouveaux Etats membres de la CE ». A fortiori doit-elle être faite lorsque le poste peut vraisemblablement être occupé par un travailleur indigène. En outre, cette obligation d'annonce à l'ORP ne devrait pas dépendre des qualifications requises pour le poste. Ainsi, la distinction faite par la recourante entre les postes ne nécessitant pas de formation universitaire et devant, selon elle, être annoncés à l'ORP et ceux exigeant ce niveau de formation et ne nécessitant pas d'annonce à l'ORP s'ils sont publiés sur un site Internet n'est pas pertinente. Au demeurant, une telle distinction ne serait quoiqu'il en soit pas favorable à la recourante, dans la mesure où selon l'offre publiée par celle-ci, le poste proposé ne requiert pas de formation universitaire et devrait donc, selon sa théorie, être annoncé à l'ORP. L'annonce d'un poste via le site Internet d'une entreprise n'est en soi pas critiquable et fait partie des démarches qu'on peut attendre aujourd'hui d'un employeur d'une certaine importance. La recourante ne saurait cependant être suivie lorsqu'elle soutient qu'elle pouvait s'en contenter, à l'exclusion de toutes autres démarches. Certes, les sites particuliers tels celui de la recourante peuvent s'avérer efficace pour recruter du personnel dans des domaines si particuliers qu'ils nécessitent d'être clairement ciblés. On peut imaginer par exemple qu'une personne disposant d'une formation de moniteur de fitness cible ses recherches d'emploi auprès de centres de fitness et qu'elle consulte par conséquent les sites tels que celui de la recourante (on relève à cet égard que l'une des candidatures reçues par la recourante avait un profil d'avantage sportif qu'administratif, la demandeuse d'emploi s'étant vraisemblablement fiée à la nature de l'entreprise plutôt qu'à celle du poste proposé). En revanche, il est peu probable qu'une personne cherchant un emploi dans le domaine administratif ou du management (soit un poste tel que celui offert en l'espèce) se rende nécessairement sur le site d'une entreprise comme celui de la recourante; celle-ci dirigera a priori plutôt ses recherches sur des sites généraux d'offres d'emploi tels ceux appartenant à des agences de placements ou sur celui de l'ORP. Le nombre d'offres reçues

par la recourante atteste de ce fait. Pour un poste requérant des connaissances générales en administration que de nombreux travailleurs disponibles sur le marché indigène de l'emploi sont à même de posséder, elle n'a reçu que quatre candidatures émanant respectivement de deux suissesses et de deux étrangères. Ceci confirme que, quand bien même l'usage d'internet s'est beaucoup développé ces dernières années, la seule utilisation du site internet de l'entreprise n'était pas suffisante dans le cas d'espèce.

E. 4

Il résulte de ce qui précède que la recourante n'a pas démontré avoir déployé des efforts suffisants de recrutement sur le marché du travail indigène. Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision attaquée confirmée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le second motif invoqué par l'autorité intimée relatif au montant de la rémunération. Vu le sort du recours, les frais de la cause sont mis à la charge de la recourante, qui n'a pas droit aux dépens requis.

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