

VD_OMNI PE.2008.0480 vom 27. Februar 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-02-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0480

FR: VD_OMNI PE.2008.0480 du 27 février 2009

IT: VD_OMNI PE.2008.0480 del 27 febbraio 2009

Regeste

XY. c/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Recherches sur le marché du travail indigène jugées insuffisantes. Les annonces dans la presse sont anciennes ou postérieures à la date prévue pour l'engagement de l'employée étrangère, ressortissante polonaise, en tant que sommelière. Le poste vacant a été certes annoncé deux fois à l'ORP, mais la première fois peu de jours avant la signature du contrat avec la prénommée et la deuxième fois deux mois plus tard. De surcroît, certaines des candidatures ont été écartées pour des motifs peu convaincants. Il n'a en outre pas été fait appel à une agence de placement.

Erwägungen

E. 1

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 Slovaquie 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 Slovaquie 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 de l'Office fédéral des migrations (ODM) sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (version du 30 juin 2008) (ci-après : les directives) prévoient 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. 23 LEtr) ne sont plus exigées. Toutefois, ce dernier point ne s'applique pas aux autorisations de courte durée de quatre mois au plus [...]. (...) 5.6.2 Contrôle de la priorité des travailleurs indigènes Art. 10 al. 2a ALCP Lors de la décision préalable relative au marché du travail, 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. (...)"

E. 2

a) Le tribunal a jugé qu'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 règles ordinaires prévues par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, entrée en vigueur le 1 er janvier 2008 (LEtr; RS 142.20) et par l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative également entrée en vigueur le 1 er janvier 2008 (OASA; RS 142.20; v. art. 10 à 12 de l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes [OLCP, RS 142.203]) s'appliquent (PE.2008.0219 du 22 janvier 2009 et l'arrêt cité). b) Selon l'art. 18 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée que si cela

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 LEtr). 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 été trouvé (art. 21 al. 1 LEtr.). Selon le chiffre 5.6.2 des directives l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr exige que l'employeur ait annoncé le poste vacant auprès des offices régionaux de placement et entrepris en outre toutes les démarches nécessaires (annonces dans la presse quotidienne et/ou spécialisée, recours aux médias électroniques ou à une agence de placement privée) pour trouver un travailleur disponible sur le marché suisse. Il n'est pas nécessaire qu'il démontre que des recherches ont été entreprises dans les anciens Etats membres de l'UE-CE. Il doit toutefois être en mesure de rendre crédible les efforts produits, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste à des candidats disponibles en Suisse. Des contacts avec des ressortissants d'Etats tiers ne seront établis que lorsque les efforts entrepris n'ont pas abouti. Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 de l'ancienne ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007. c) Le tribunal a rappelé 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. Il rejetait en principe les recours lorsqu'il apparaissait que c'était par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'était porté sur un étranger et non sur des demandeurs d'emploi présentant des qualifications comparables (v. notamment PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 consid. 2 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). Si l'annonce dans la presse est pratiquement contemporaine à la requête de main d'œuvre étrangère, voire postérieure, elle n'est pas décisive, car l'employeur doit prospecter suffisamment tôt le marché indigène du travail avant de porter son choix sur un travailleur étranger (PE.2007.0270 du 6 septembre 2007). Dans le cas d'une ressortissante polonaise, il 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. Il fallait en outre faire paraître des annonces dans la presse quotidienne ou spécialisée (arrêt 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). c) En l'espèce, le contrat de travail a été établi le 10 septembre 2008 et l'entrée en service prévue de suite. L'employeur a certes produit les factures pour des annonces passées dans la presse régionale, respectivement dans La Liberté de Fribourg. Deux d'entre elles sont toutefois relativement anciennes, la première étant parue le 25 novembre 2006 (v. date du paiement du 8.1.2007) et la deuxième le 9 juillet 2007. L'annonce parue le 29 mars 2008 est certes plus récente, mais date néanmoins de cinq mois avant la demande et celle du 7 novembre 2008 est postérieure à dite demande. Les candidatures mentionnées par l'employeur - au nombre de neuf - sont d'ailleurs toutes postérieures à la demande présentée pour Y._____. Quatre des candidates se sont annoncées à l'ORP suite à la deuxième annonce du poste à l'ORP le 17 novembre 2008. Pour l'une d'entre elles - E._____ - l'employeur a déclaré qu'elle ne s'était pas présentée, alors que les pièces au dossier mentionnent au contraire qu'elle a été reçue le 26 novembre 2008. Une autre candidate - F._____ - n'a pas été retenue au motif qu'elle n'était pas libre tout de suite, argument peu convaincant puisque la candidate a répondu à une offre d'emploi du 17 novembre 2008 et était libre dès le mois de janvier 2009. Pour deux des candidates mentionnées par l'employeur - G._____ et H._____ - aucune pièce ne figure au dossier. Enfin, l'argument de l'employeur, à savoir que le conseiller ORP lui aurait dit de présenter une demande pour Y._____, n'est pas déterminant puisque l'ORP n'était pas le seul moyen pour trouver le personnel recherché. Compte tenu de l'ensemble des circonstances - annonce du poste à l'ORP quelques jours avant la demande de main d'œuvre, puis deux mois plus tard, refus apparemment sans raison de certaines candidates, aucun contact avec une agence de placement, aucune annonce dans la presse dans un délai raisonnable avant la demande, puis annonce postérieure à la demande, recours à un seul quotidien (La Liberté de Fribourg), aucune recherche par voie de presse dans le canton de Vaud, aucune recherche sur internet - il convient d'admettre que les démarches effectuées par l'employeur pour trouver une collaboratrice sur le marché indigène sont insuffisantes. L'autorité intimée n'a donc pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant le permis sollicité au motif que les recherches étaient insuffisantes.

E. 3

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours aux frais des recourantes qui n'obtiennent pas gain de cause et qui n'ont pas droit à l'allocation de dépens (art. 49 LPA).

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