

VD_OMNI PE.2009.0126 vom 6. Oktober 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-10-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0126

FR: VD_OMNI PE.2009.0126 du 6 octobre 2009

IT: VD_OMNI PE.2009.0126 del 6 ottobre 2009

Regeste

X. _____ Sàrl, Y. _____ c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Déploie des efforts suffisants de recrutement sur le marché indigène du travail au sens de l'art. 10 par. 2a ALCP l'employeur qui inscrit le poste auprès de l'ORP et procède à des recherches auprès de l'ANPE française et de deux bureaux de placement privés avant d'engager une ressortissante polonaise en qualité de monitrice de fitness. L'autorité intimée ne conteste par ailleurs pas que parmi les douze candidatures proposées par l'ORP aucune ne correspondait au profil recherché. Recours admis et dossier retourné au Service de l'emploi pour qu'il statue dans le sens des considérants et poursuive l'examen de la demande d'autorisation.

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 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) Le protocole à l'accord a aussi introduit la disposition transitoire suivante à l'art. 10 par. 4a al. 2 ALPC: En cas de perturbations graves ou de menace de perturbations graves de son marché de l'emploi, la Suisse et chacun des nouveaux Etats membres qui a appliqué des mesures transitoires notifient ces circonstances au comité mixte pour le 31 mai 2009. Dans ce cas, le pays notifiant peut continuer à appliquer aux travailleurs salariés occupant un emploi sur son territoire les mesures décrites aux par. 1a, 2a et 3a jusqu'au 30 avril 2011. Dans ce cas, le nombre annuel de titres de séjour visé au par. 1a est le suivant: (...)" La Suisse a fait usage de la seconde possibilité de prolongation du régime transitoire ouverte par cette disposition. En effet, par notification du 29 mai 2009, la Suisse a communiqué au Comité mixte Suisse-UE qu'elle continuera à appliquer, jusqu'au 30 avril 2011, aux ressortissants de la République tchèque, de la République de Pologne, de la République slovaque, de la République de Slovénie, de la République de Hongrie, de la République d'Estonie, de la République de Lettonie et de la République de Lituanie, les mesures transitoires prévues à l'art. 10, par. 4a, al. 2 (RO 2009 3075). Ces règles transitoires ont été retranscrites à l'art. 38 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange [ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes; OLCP; RS 142.203; entrée en vigueur le 1er juin 2002]).

E. 2

Dans un très récent arrêt qui concernait une ressortissante polonaise dans la cause PE.2008.0480 jugée par le tribunal de céans (2C_217/2009 du 11 septembre 2009, consid. 2.2), le Tribunal fédéral a rappelé que l'Office fédéral des migrations a émis des directives sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes («http://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/themen/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_und_rundschreiben.html»). S'agissant du contrôle de la priorité des travailleurs indigènes - en relation notamment avec l'art. 10 par. 2a ALCP -, ces directives prévoient ce qui suit (pt 5.5.2 de la version du 1er juin 2009, identique au pt 5.6.2 de la version du 30 juin 2008, sous réserve de la mention au 2e par. du nombre des nouveaux Etats membres, qui a été supprimée): "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. [...] Les employeurs doivent annoncer suffisamment tôt les postes vacants qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs des 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 (par 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." Selon le Tribunal fédéral, il ressort du dernier paragraphe ci-dessus que l'art. 21 LEtr, intitulé "Ordre de priorité", est applicable, au moins par analogie, à l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse des ressortissants des nouveaux Etats membres de l'Union européenne. Aux termes de l'art. 21 al. 1 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 pu être trouvé.

E. 3

Selon la jurisprudence cantonale, 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). Il a également été jugé que l'employeur qui n'a effectué des recherches de candidats qu'en publiant l'offre d'emploi sur son propre site internet sans faire d'autres démarches, notamment sans annoncer le poste à l'ORP, n'a pas déployé d'efforts de recrutement suffisants sur le marché indigène (PE.2008.0260 du 24 février 2009). Il a été jugé de même de l'employeur qui n'a passé qu'une annonce dans la presse, peu de temps avant le dépôt de la demande de prise d'emploi litigieuse, sans jamais annoncer le poste vacant à l'ORP ni pris contact avec une quelconque agence de placement (PE.2008.0219). 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). Les arrêts, rendus sous l'empire des art. 7 et 8

aOLE, restent pleinement valables pour l'application des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers.

E. 4

Les recourantes soutiennent que l'employeur a tout mis en œuvre pour trouver le profil recherché sur le marché indigène. Ses démarches ont duré plus de sept mois et lorsque le besoin d'embauche s'est cruellement fait sentir, la recourante a choisi une stagiaire d'origine polonaise qui oeuvrait au sein du groupe. Cette candidate donnait entière satisfaction et remplissait tous les critères requis, à savoir une formation de "Aérobic et Fitness" et de "Personal Trainer" lui permettant d'effectuer un suivi complet des clients en salle et de donner des cours collectifs tout en gérant l'accueil. Quant à l'autorité intimée, elle se borne à conclure, sans autre précision, que les recherches effectuées ne paraissent pas suffisantes au regard de la jurisprudence. En l'espèce, l'employeur a annoncé le poste vacant à l'ORP de Lausanne le 15 juillet 2008. Il ne s'est pas borné à cette seule démarche de recrutement, puisqu'il a pris contact, en juillet 2008 également, avec l'ANPE du Haut-Doubs et de Thonon Les Bains, en France. Deux agences de placement privées ont également été contactées, l'une à Lausanne, dès le mois d'octobre 2008, et l'autre à Yverdon-les-Bains, à une date indéterminée. Ces modes de recrutement, publics et privés, sont diversifiés et témoignent des réels efforts de l'employeur de recruter une personne sur le marché indigène du travail. Cela étant, les recherches ont duré plusieurs mois avant que l'employeur n'engage A. _____ au poste recherché. Le poste, dont la description correspond au demeurant à celui recherché, a été fermé à l'ORP de Lausanne au bout de deux mois, après que douze assignations aient été effectuées. Les recourantes expliquent (sans être contredites par l'autorité intimée) que les candidats proposés ne correspondaient pas au profil recherché en terme de polyvalence (suivi des clients en salle et enseignement collectif) mais que l'une des personnes proposées par l'ORP a tout de même été engagée dans l'un des centres "Y. _____" du groupe eu égard à sa formation restreinte. Dans ces circonstances, on peut considérer que ce n'est pas par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'est porté sur A. _____ et non sur des demandeurs d'emploi qui auraient présenté des qualifications comparables. En définitive, on doit considérer qu'en inscrivant le poste auprès de l'ORP et en procédant à des recherches auprès de l'ANPE française et de deux bureaux de placement privés, l'employeur recourant a déployé des efforts de recrutement satisfaisants sur le marché indigène. En conséquence, c'est à tort que l'autorité intimée a retenu que les recherches sur le marché indigène étaient insuffisantes. Partant, la décision attaquée, mal fondée, doit être annulée, le dossier étant renvoyé à l'autorité intimée pour qu'elle statue dans le sens des considérants et examine si les autres conditions posées à l'octroi de l'autorisation demandée sont remplies, examen auquel elle n'a pas encore procédé.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours. Les frais sont laissés à la charge de l'Etat. Les recourantes, qui ont procédé par l'intermédiaire d'un avocat, ont droit à des dépens (art. 55 al. 1 LPA).