

# VD\_OMNI PE.2009.0423 vom 23. Februar 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2009.0423](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0423)

FR: VD\_OMNI PE.2009.0423 du 23 février 2010

IT: VD\_OMNI PE.2009.0423 del 23 febbraio 2010

## Regeste

A. X. \_\_\_\_\_ Y. \_\_\_\_\_, B. X. \_\_\_\_\_ Y. \_\_\_\_\_, C. Z. \_\_\_\_\_ c/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Refus d'accorder une autorisation de travail et de séjour à une ressortissant polonaise confirmé: la règle de la priorité en faveur des travailleurs locaux continue de s'appliquer pour les ressortissants polonais. Toutes les démarches de recherches effectives sur le marché du travail ont été entreprises postérieurement à la décision du SDE. Par ailleurs, les conditions de travail et de salaire proposées ne paraissent pas conformes aux usages en Suisse pour le poste en question. Finalement, lorsque le SDE refuse l'autorisation d'exercer une activité lucrative, cette décision s'impose au SPOP, saisi d'une demande d'autorisation de séjour. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

a) Ressortissante polonaise, l'employée recourante tombe sous le coup du régime transitoire prévu par l'art. 10 par. 2a de l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681). Selon cette disposition, la Suisse et, entre autres parties contractantes, la République de Pologne, peuvent maintenir, jusqu'au 31 mai 2007, à l'égard des travailleurs de l'autre partie contractante 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. Chacune des parties contractantes peut demander la prorogation du régime transitoire jusqu'au 31 mai 2009, faculté dont la Suisse a fait usage (cf. RO 2008 573). En vertu de l'art. 10 par. 4a ALCP, le régime transitoire a été prorogé une seconde fois (cf. RO 2009 3075) et demeurera en vigueur jusqu'au 30 avril 2011 (cf. aussi 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]). b) La mise en oeuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes est réglée par l'OLCP. Selon l'art. 26 OLCP, les autorités cantonales compétentes délivrent les autorisations visées par l'ordonnance. D'après l'art. 27 OLCP, intitulé "Décision préalable à l'octroi de l'autorisation", avant que les autorités cantonales compétentes n'accordent à un ressortissant d'un nouvel Etat membre de la Communauté européenne une autorisation en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée, l'autorité cantonale du marché du travail rend une décision précisant que les conditions relatives au marché du travail sont remplies. La procédure est régie par le droit cantonal. L'Office fédéral des migrations (ODM) a émis des directives sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (ci-après: Directives ALCP; état au 1 er

juin 2009), qui, s'agissant du contrôle de la priorité des travailleurs indigènes, en relation notamment avec l'art. 10 par. 2a ALCP, précisent en particulier ce qui suit : " 5.5.1 Contrôle des conditions de salaire et de travail Art. 10 al. 2a ALCP La procédure de contrôle des conditions de salaire et de travail correspond à celle qui a été appliquée dans la première phase de mise en oeuvre de l'accord sur la libre circulation des personnes (1er juin 2002 au 31 mai 2004), aux ressortissants des anciens Etats membres de la CE et qui s'applique encore aux ressortissants des pays tiers. Lorsqu'ils décident de l'octroi d'une autorisation, les cantons doivent continuer de vérifier systématiquement si les travailleurs provenant des Etats CE-8/CE-2, à l'exception de Malte et de Chypre, bénéficient des mêmes conditions de salaire et de travail en usage dans la branche et la localité que les indigènes. A cet effet, il faut se baser en premier lieu sur les prescriptions légales et sur les conditions de salaire et de travail offertes pour un travail comparable dans la même entreprise et dans la même branche. Il convient de tenir compte de l'expérience et des connaissances des commissions tripartites et des commissions paritaires concernées. Afin que les autorités puissent apprécier les conditions de travail, il y a lieu de leur remettre un document portant sur les principales conditions d'engagement, sous la forme d'un contrat de travail écrit. Y seront précisés la fonction et le lieu de travail, la durée du rapport de travail, le salaire, les prestations sociales et les déductions (une déclaration d'engagement ne suffit pas!). Conformément à l'art. 22 OASA, les autorités du marché du travail sont tenues d'exiger un contrat de travail écrit, signé au moins par l'employeur (offre de contrat contraignante comme condition d'autorisation), qu'elles doivent examiner avant l'octroi de l'autorisation. En ce qui concerne le contrôle du salaire, il convient d'y appliquer les mêmes prescriptions que pour les pays tiers. 5.5.2 Contrôle de la priorité des travailleurs indigènes Art. 10 al. 2a ALCP et 2b 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 Etats CE-8/CE-2. 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 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." c) Il ressort de la dernière phrase du paragraphe 5.5.2 des Directives ALCP que les règles ordinaires prévues par la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, entrée en vigueur le 1er 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<sup>er</sup> janvier 2008 (OASA; RS 142.20, qui a remplacé l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers [OLE; ci-après: aOLE]) s'appliquent. Le Tribunal fédéral, de même que le Tribunal de céans, l'ont par ailleurs confirmé régulièrement (voir ATF.2C\_217/2009 du 11 septembre 2009; PE.2008.0499 du 24 avril 2009; PE.2008.0219 du 22 janvier 2009). Aux termes de 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). Un étranger ne peut en outre être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEtr).

## **E. 2**

Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal 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. Il 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 (arrêt PE.2006.0692 du 29 janvier 2007). Le Tribunal s'est prononcé à plusieurs reprises sur les exigences de recherches (à noter que les arrêts rendus sous l'empire des art. 7 et 8 aOLE restent valables pour l'application des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers). Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, 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. 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 (arrêt 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 (arrêt 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 (arrêt 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 (arrêts PE.2006.0625 du 7 mai 2007; PE.2004.0352 du

10 novembre 2004 consid. 6a et les arrêts cités). Le Tribunal a régulièrement relevé que l'annonce dans la presse parue peu de temps avant le dépôt de la demande de prise d'emploi en faveur d'un ressortissant soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes, n'était pas décisive, dans la mesure où l'employeur doit prospecter suffisamment tôt le marché indigène du travail avant le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (arrêts PE.2007.0270 du 6 septembre 2007; PE.2007.0523 du 11 juin 2008, et très récemment, PE.2008.0219 du 22 janvier 2009). Confirmant un arrêt du Tribunal de céans (PE.2008.480 du 27 février 2009), le Tribunal fédéral a retenu qu'une société, qui avait fait paraître quatre annonces dans la presse et signalé par deux fois le poste à l'office régional de placement, n'avait pas apporté la preuve qu'elle avait fourni des efforts de recrutement suffisants et que ceux-ci ne lui avaient pas permis de trouver une employée intégrée sur le marché du travail suisse. En effet, les deux premières annonces dataient de plus d'une année au moment où la société avait déposé la demande tendant à l'engagement de la ressortissante polonaise. Quant à la troisième annonce, elle remontait à plus de cinq mois, tandis que la quatrième était parue seulement après le dépôt de la demande en question. Par ailleurs, le poste n'avait été annoncé à l'office régional de placement, pour la première fois, que deux semaines environ avant le dépôt de la demande et, pour la seconde fois, près de deux mois après. Au demeurant, les motifs avancés par la société pour expliquer pourquoi elle avait écarté neuf candidatures, par ailleurs, toutes postérieures au dépôt de la demande en vue d'engager la ressortissante polonaise, étaient pour certains lacunaires ou peu convaincants ou encore se trouvaient en contradiction avec les pièces du dossier (ATF 2 C\_217/2009 du 11 septembre 2009, consid. 3.2).

### **E. 3**

a) En l'espèce, la demande d'autorisation de travail en faveur de l'employée recourante a été déposée le 11 mai 2009. Les employeurs recourants ont exposé, dans la lettre du 18 juin 2009 adressée au SDE, avoir entrepris des recherches auprès d'organismes spécialisés dans la prise en charge des personnes âgées (Croix-Rouge, Pro Senectute, Centre médico-social de 2\*\*\*\*\*) et de deux agences de placement, mais que ces démarches n'avaient pas abouti. Toutefois, force est de constater qu'aucune pièce n'a été produite à l'appui de ces allégations, ni dans le cadre de l'instruction de la demande d'autorisation, ni dans le cadre du recours. Au contraire, toutes les pièces produites attestant de recherches effectives sur le marché du travail démontrent que les démarches ont été entreprises postérieurement à la décision du SDE du 29 juin 2009: la confirmation d'inscription d'un poste de gouvernante auprès de l'office régional de placement date du 3 juillet 2009 et les annonces ont paru dans la presse les 9, 16, 21 et 25-26 juillet 2009. Les employeurs ont par ailleurs reçu de nombreuses candidatures (18 dossiers ont été produits dans le cadre du recours), qui, outre le fait qu'elles ont été reçues alors que l'employée recourante était déjà en fonction, semblent avoir été rejetées principalement pour des motifs de convenance personnelle, dans la mesure où les recourants semblent vouloir concentrer sur une seule employée un travail destiné à au moins deux personnes (voir ci-dessous consid. 3 b). Quoiqu'il en soit, même à supposer que l'on puisse admettre les difficultés à recruter une personne remplissant toutes les qualités requises pour le poste sur le marché indigène, il n'en reste pas moins que les démarches ont été entreprises postérieurement à la demande d'autorisation formulée pour l'employée recourante, si bien qu'on ne peut admettre que les employeurs aient satisfait à leur obligation de prospecter suffisamment tôt le marché indigène du travail avant le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (cf. arrêts PE.2007.0270, PE.2007.0523 et PE.2008.0219 précités et le chiffre 5.5.2 des Directives ALCP). b) A cela s'ajoute la

question du salaire et des conditions de travail proposées. Si les employeurs ont adapté le salaire initialement proposé de 1'600 fr. brut par mois, suite à la lettre du SDE du 3 juin 2009 (3'490 fr. brut par mois, comprenant des prestations en nature) pour 40 heures hebdomadaires, il ressort de leurs différentes déclarations que le temps à consacrer à l'activité serait nettement supérieur. Il est en effet indiqué dans la lettre du 18 juin 2009 adressée au SDE: " Mon mari (...) nécessite une surveillance permanente ainsi que de l'aide à se déplacer " et " ces organismes n'ayant pas du personnel disponible 24h sur 24 à long terme ". Dans le recours, il est mentionné: " les époux X. \_\_\_\_\_ (...) ont besoin d'une aide à domicile en permanence " (allégué 2 p. 2); " C. Z. \_\_\_\_\_ (...) n'a pas d'enfants, ni d'autres activités. Elle peut se consacrer entièrement au service de ses employeurs " (allégué 5 p. 4); au sujet des motifs de rejet de différentes candidatures reçues, il est notamment précisé " la candidate ne peut venir habiter avec les époux X. \_\_\_\_\_. La candidate est mariée et ne peut consacrer tout son temps aux époux X. \_\_\_\_\_ " (allégué 14 p. 5); " la candidate doit s'occuper de ses enfants et ne peut consacrer tout son temps à ses employeurs " (allégué 19 p. 6); " cette candidate souhaite pouvoir prendre deux jours de congé par semaine, ce qui est incompatible avec le travail qu'on entend lui confier " (allégué 22 p. 7); " la candidate a un enfant scolarisé et ne peut donc pas consacrer tout son temps à ses employeurs " (allégué 25 p.7), etc. Compte tenu des heures de travail et de présence à effectuer, qui mettent d'ailleurs en doute la prise d'un repos hebdomadaire légal (art. 329 CO), on peut se demander si le poste proposé ne devrait pas être occupé par deux personnes au moins, afin d'assurer une permanence de surveillance 24 heures sur 24. Quant au salaire proposé, au vu de l'expérience requise pour le poste (notamment capacité de s'occuper à la fois d'une personne âgée présentant des problèmes de mobilité et de plusieurs animaux, dont un cheval), les conditions de travail et de salaire proposées ne paraissent pas conformes aux usages en Suisse. c) Dans ces circonstances, c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé d'autoriser l'engagement de l'employée recourante pressentie pour occuper le poste proposé par les recourants, dans la mesure où l'on ne saurait admettre que les employeurs ont satisfait à leurs obligations de prospecter suffisamment tôt le marché du travail indigène, ni qu'ils ont offert le poste aux conditions de travail et de salaire en usage dans le Canton de Vaud dans la branche concernée. Le recours sur ce point doit partant être rejeté et la décision du SDE confirmée.

#### **E. 4**

Suite à la décision du SDE du 29 juin 2009, le SPOP a refusé de délivrer l'autorisation de séjour sollicitée le 16 juillet 2009. a) Selon l'art. 40 al. 2 LEtr, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour admettre un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Cette disposition est précisée par l'art. 83 OASA, qui dispose en son alinéa premier: « Art. 83 Décision préalable des autorités du marché du travail (art. 40, al. 2, LEtr) 1 Avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente (art. 88, al. 1) décide si, les conditions sont remplies: a. pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr; b. pour qu'un individu ou une entreprise domicilié à l'étranger ou dont le siège est à l'étranger puisse fournir des prestations de service transfrontières au sens de l'art. 26 LEtr; c. pour que les personnes titulaires d'une autorisation de séjour puissent entreprendre une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 38, al. 3, LEtr ». Le système prévu par les art. 40 al. 2 LEtr et 83 OASA est comparable à celui de l'art. 42 aOLE, à savoir une décision préalable de l'autorité compétente en matière d'emploi, avant que l'autorité compétente en matière

d'étrangers ne délivre le titre requis. Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de la pratique constante selon laquelle le SDE statue d'abord, le SPOP ensuite; on ne voit pas quelle serait l'utilité de cette procédure si le SPOP pouvait librement s'écarter de la décision préalable rendue eu égard au marché du travail, domaine dans lequel il n'est pas compétent (voir PE.2009.0528 du 4 janvier 2010; PE.2009.0028 du 18 août 2009; PE.2008.0242 du 26 février 2009 et les références citées). b) En l'espèce, c'est à juste titre que le SPOP s'est estimé lié par la décision préalablement rendue par le SDE le 29 juin 2009. Il ne pouvait s'écarter de cette décision. Etant donné qu'il y a lieu de confirmer cette dernière, il convient également de confirmer la décision litigieuse du SPOP prise à la suite de la décision du SDE. Le recours déposé par la recourante C. Z. \_\_\_\_\_ à l'encontre de la décision du 16 juillet 2009 doit ainsi également être rejeté.

#### **E. 5**

Au vu de ce qui précède, tant le recours contre la décision du SDE du 29 juin 2009 que celui contre la décision du SPOP du 16 juillet 2009 doivent être rejetés aux frais des recourants qui succombent (art. 49 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]). Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 LPA-VD).

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