

VD_OMNI PE.2009.0509 vom 21. Dezember 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0509

FR: VD_OMNI PE.2009.0509 du 21 décembre 2010

IT: VD_OMNI PE.2009.0509 del 21 dicembre 2010

Regeste

A. X. _____ c/Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Refus confirmé d'une demande de main d'oeuvre étrangère en faveur d'un ressortissant roumain. L'employeur, soumis à la règle de l'ordre de priorité, n'a entrepris aucune démarche sur le marché du travail suisse en vue d'y trouver un candidat correspondant au profil recherché. L'ordre de priorité s'applique également aux autorisations de courte durée avec exercice d'une activité lucrative.

Erwägungen

E. 1

Déposé en temps utile, le recours satisfait aux conditions formelles énoncées à l'art. 79 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

a) L'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, le 1^{er} janvier 2007, n'a pas entraîné l'extension à ces Etats de l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part (ALCP; RS 0.142.112.681). Le 8 février 2009, le peuple suisse a cependant accepté, en même temps que la reconduction de cet accord, le Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne (protocole II; RS 0.142.112.681.1), entré en vigueur par échanges de notes le 1^{er} juin 2009. Le protocole II prévoit une réglementation transitoire à l'égard de ces deux nouveaux Etats en ajoutant notamment à l'art. 10 ALCP les al. 1b et 2b. L'al. 1b précise que jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole, la Suisse peut maintenir des limites quantitatives à l'accès des travailleurs salariés occupant un emploi en Suisse et des indépendants, qui sont ressortissants de la République de Bulgarie et de la Roumanie. L'al. 2b indique quant à lui que la Suisse, la République de Bulgarie et la Roumanie peuvent, jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole maintenir, 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 l'autre partie contractante en question. La Suisse a fait usage de cette possibilité à l'art. 38 al. 4 de l'ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP; RS 142.203). Cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2009, prévoit que les dispositions transitoires mentionnées ci-dessus s'appliquent au plus durant les sept premières années qui suivent l'entrée en vigueur du

protocole du 27 mai 2008 relatif à l'extension de l'accord sur la libre circulation des personnes à la Bulgarie et la Roumanie. L'Office fédéral des migrations (ci-après: l'ODM) a édicté une directive II sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes. Dans sa version du 1^{er} juin 2009, ce document prévoit en particulier ce qui suit: "5.2.2 Contingents CE-2 5.2.2.1 Principe "Conformément au protocole II à l'ALCP, la Suisse peut maintenir jusqu'au 31 mai 2016 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 de Bulgarie et de Roumanie. 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 et 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 (voir ch. II.5.4.2) ni aux prestataires de services dans les quatre secteurs économiquement sensibles (voir ch. II.7.3.3). (...) 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 qu'il 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." Dans un arrêt du 11 septembre 2009, le Tribunal fédéral a relevé qu'il ressortait du dernier paragraphe précité que l'art. 21 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), intitulé "Ordre de priorité", était 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 (ATF 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 2.2; voir également l'arrêt PE.2010.0154 du 9 septembre 2010 consid. 2b). Partant, cette dernière disposition est applicable à la présente affaire, dès lors que le recourant est de nationalité roumaine. b) 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 il a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé. S'agissant de l'ordre de priorité au sens de l'art. 21 LEtr, les directives de l'ODM intitulées " I. Domaine des étrangers " prévoient en particulier ce qui suit dans leur version du 1^{er} juillet 2010: "4.3.2.1 Principe (...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans

l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires - annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement - pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail. (...) 4.3.2.2 Efforts de recherche L'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'Etats tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. " Il sied de relever que le ch. 5.5.2 de la Directive de l'ODM II "Accord sur la circulation des personnes" fixe des exigences similaires. c) Selon la jurisprudence cantonale constante, il convient de se montrer strict quant à l'exigence des recherches effectuées sur le marché du travail de manière à donner la priorité aux demandeurs d'emploi indigènes. Il y a ainsi lieu 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 plutôt que sur des demandeurs d'emploi présentant des qualifications comparables (cf. arrêts PE.2010.0154 du 9 septembre 2010 consid. 3a; PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 consid. 2). Les efforts de recrutement ne peuvent être pris en considération que si les annonces parues correspondent au profil de l'employé étranger pressenti. En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (arrêts PE.2010 du 20 mai 2010 consid. 2a; PE.2006.0692 du 29 janvier 2007 consid. 2). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, le tribunal a considéré que la parution de quatre annonces dans un quotidien régional, dont deux dataient de plus d'une année au moment du dépôt de la demande et l'une était postérieure à cette demande, et l'annonce du poste à l'ORP seulement deux semaines avant l'engagement de l'étrangère, ne pouvaient être considérées comme conformes à l'exigence de recherches suffisantes sur le marché indigène. Les arguments avancés pour refuser les candidats qui s'étaient présentés étaient en outre lacunaires ou peu convaincants (arrêt PE.2008.0480 du 27 février 2009 consid. 2c, confirmé sur recours par le Tribunal fédéral dans l'ATF 2C_217/2009 précité consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, le tribunal a jugé que la seule annonce du poste sur le site internet de l'employeur et sur les présentoirs de grands magasins n'était pas suffisante, l'inscription auprès de l'office régional de placement ayant été effectuée postérieurement à la demande (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009 consid. 3). Ont aussi été considérées comme insuffisantes des recherches par voie d'une ou deux annonces dans la presse, un ou deux ans avant le dépôt de la demande pour l'engagement d'un ressortissant bulgare, et l'absence d'annonce à l'office régional de placement (arrêt PE.2009.0244 du 27 novembre 2009 consid. 2c). Enfin, ne satisfait pas à l'obligation d'effectuer des recherches sur le marché indigène le restaurateur qui ne produit aucune preuve de recherches d'emploi et fait valoir qu'en une année, une

dizaine de personnes ne sont pas restées à son service (arrêt PE.2009.0589 du 29 décembre 2009). En revanche, l'ordre de priorité ne peut être opposé au requérant qui a fait tout son possible, certes sans succès, pour trouver une personne qui corresponde au poste à repourvoir (arrêt PE.2009.0553 du 19 mars 2010).

E. 3

a) En l'espèce, force est de constater, et le recourant ne prétend du reste pas le contraire, que l'entreprise Y. _____ n'a entrepris aucune démarche sur le marché indigène du travail en vue d'y trouver un candidat répondant au profil requis avant de déposer la demande litigieuse, ni après d'ailleurs. Elle n'a ainsi pas publié d'annonce ou informé l'ORP du poste vacant, ni même tenté de former un travailleur disponible sur le marché suisse du travail. Le recourant soutient toutefois que la pénurie notoire et récurrente de main d'œuvre qualifiée dans les domaines de la construction et de la maçonnerie en Suisse ne permettait pas à son employeur de trouver ou de former un autre candidat dans un délai raisonnable, produisant à cet effet plusieurs annonces de postes de maçon à repourvoir en Suisse romande. Il fait valoir que le but visé par l'autorité intimée dans sa décision, soit d'éviter une main d'œuvre étrangère peu qualifiée et non nécessaire sur le marché du travail suisse, n'est en l'espèce pas atteint dans la mesure où le recourant est qualifié et le marché indigène précisément en carence de main d'œuvre qualifiée. Tout d'abord le recourant a été engagé comme ouvrier de la construction (classe de salaire C), soit comme travailleur de la construction sans connaissances professionnelles (cf. art. 42 de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse [CN 2008]), et non comme employé qualifié. Ensuite, le besoin de main d'œuvre que le recourant tente d'établir a trait à l'ensemble des branches du bâtiment et de la construction. Les annonces produites s'adressent en effet à un large éventail de corps de métier tels que maçons, coffreurs, dessinateurs, installateurs sanitaires, grutiers, couvreurs ferblantiers, charpentiers ou encore carreleurs. Cette démonstration générale ne permet à l'évidence pas encore d'établir un besoin de main d'œuvre particulier pour les activités de " charpentier de coffrage " (coffreur?) et de " forgeron béton " (ferrailleur?) dans lesquelles le recourant se prévaut d'une expérience professionnelle de plusieurs années, comme en atteste un certificat de travail établi en Moldavie en 2009 joint à l'acte de recours. Partant, l'employeur du recourant ne pouvait raisonnablement inférer de ce qui précède qu'il était dispensé de respecter les obligations que la loi lui imposait en matière de priorité donnée aux travailleurs indigènes. Quoi qu'il en soit, le tribunal de céans a déjà eu l'occasion de relever qu'une pénurie d'employés dans un certain corps de métier ne signifiait pas encore leur absence totale du marché du travail et, conséquemment, l'impossibilité de recruter la personne désirée. La preuve de recherches concrètes était précisément exigée pour établir l'échec pratique des démarches de l'employeur, et non simplement théorique ou probable (arrêt PE.2009.0568 du 30 juin 2010 consid. 1c; voir également l'arrêt PE.2010.0042 du 11 mars 2010 consid. 2b). Il s'ensuit que le choix d'engager le recourant résulte d'une pure convenance personnelle de l'employeur et nullement du fait que ce dernier, en dépit d'efforts suffisants, n'aurait trouvé personne sur le marché indigène correspondant au profil recherché. A cet égard, le seul fait que le recourant remplisse à satisfaction les tâches qui lui sont dévolues, aux dires de l'employeur, ne suffit à l'évidence pas à éluder le principe de priorité des travailleurs indigènes. b) Invoquant sa bonne foi et celle de son employeur, le recourant argue du fait que le défaut de preuves de recherche d'un travailleur sur le marché du travail suisse résulte de la méconnaissance des dispositions légales traitant du séjour des étrangers en Suisse. Cet argument ne lui est d'aucun secours dès lors que nul ne peut tirer avantage de sa propre méconnaissance du

droit (ATF 126 V 308 consid. 2b p. 313; 124 V 215 consid. 2b/aa p. 220; ATF 9C_448/2010 du 16 août 2010 consid. 4.2.3.1 prévu pour la publication; 2P.191/2006 du 25 juillet 2006 consid. 2.2; C.273/2004 du 13 juillet 2005 consid. 5). A cet égard, dans un arrêt du 2 février 2004, le Tribunal fédéral relevait précisément que, sous peine de contestations sans fin sur le degré de connaissance des textes et de controverses interminables sur la bonne ou la mauvaise foi des administrés, le principe fondamental gouvernant les rapports entre ces derniers et l'administration restait celui selon lequel nul n'est censé ignorer la loi (ATF 2A.439/2003 consid. 9.2). Il incombait à l'employeur qui entendait engager le recourant de se renseigner en temps utile sur les exigences légales liées à cette démarche, notamment sous l'angle de la priorité des travailleurs indigènes. N'ayant à l'évidence pas pris connaissance de la réglementation juridique pertinente, il lui revient, ainsi qu'au recourant, de supporter les conséquences de sa propre négligence. c) Enfin, le recourant qualifie de disproportionné le rejet pur et simple de la demande. Il fait valoir que l'autorité intimée aurait dû opter pour une solution moins radicale et délivrer une autorisation de courte durée avec exercice d'une activité lucrative, à laquelle le recourant a droit en tant que ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne au bénéfice d'un contrat de travail. Il convient en premier lieu de relever que, clairement saisie d'une demande de permis de séjour ordinaire avec activité lucrative, comme il en ressort du formulaire 1350, l'autorité intimée n'avait pas à statuer sur une requête qui ne lui avait pas formellement été soumise et examiner, en sus, si le recourant avait droit à une autorisation de courte durée avec exercice d'une activité lucrative. Partant, le refus prononcé par l'autorité intimée n'apparaît nullement disproportionné sur ce point. Il en résulte que la conclusion subsidiaire formulée par le recourant devant le tribunal de céans tendant à la délivrance d'une autorisation de courte durée avec exercice d'une activité lucrative doit être déclarée irrecevable. En effet, comme relevé ci-dessus, la décision attaquée ne traite que de la délivrance d'une autorisation de séjour ordinaire pour activité lucrative. Une demande tendant à l'octroi d'une autorisation de courte durée avec exercice d'une activité lucrative sort par conséquent du cadre de la décision attaquée qui détermine l'objet du litige. Elle ne peut être traitée en première instance par le tribunal (voir en ce sens les arrêts PE.2010.0085 du 30 avril 2010 consid. 3; PE.2009.0627 du 19 janvier 2010 consid. 2; PE.2009.0236 du 24 septembre 2009 consid. 2). Cas échéant, il appartiendra au recourant de déposer une nouvelle demande dans ce sens. Enfin, il convient enfin de rappeler au recourant que l'ordre de priorité des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE au sens de l'art. 21 LEtr est pareillement applicable aux autorisations de courte durée avec exercice d'une activité lucrative (voir sur ce point la directive II sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes de l'ODM précitée ch. 5.4.2, ainsi que les directives "I. Domaine des étrangers " de l'ODM précitées ch. 4.2.2.1.1).

E. 4

En résumé, l'entreprise Y. _____ n'a pas apporté la preuve lui incombant d'avoir fourni des efforts suffisants, mais demeurés vains, en vue d'engager un travailleur indigène pour le poste vacant. A défaut pour l'employeur d'avoir respecté l'ordre de priorité auquel était soumis l'engagement d'un ressortissant roumain, c'est à juste titre que l'autorité intimée a refusé de délivrer l'autorisation sollicitée.

E. 5

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable, et la décision attaquée confirmée. Un émoulement de justice sera mis à la

charge du recourant qui, succombant, n'a pas droit à des dépens (art. 49 al. 1, 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD et art. 4 du tarif du 11 décembre 2007 des frais judiciaires en matière de droit administratif et public [TFJAP; RSV 173.36.5.] .

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