

VD_OMNI PE.2010.0154 vom 9. September 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-09-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0154

FR: VD_OMNI PE.2010.0154 du 9 septembre 2010

IT: VD_OMNI PE.2010.0154 del 9 settembre 2010

Regeste

A. X. _____ c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Refus confirmé d'une demande de main-d'oeuvre étrangère en faveur d'une ressortissante roumaine engagée en tant que serveuse dans un restaurant italien. Ne satisfait pas à l'obligation d'effectuer des recherches sur le marché indigène du travail l'employeur qui n'en effectue pas avant le dépôt de la demande de permis de travail, sinon par le bouche à oreille, et qui, après le dépôt de la demande, se contente d'une inscription auprès de l'ORP et d'une annonce ponctuelle dans un journal quotidien.

Erwägungen

E. 1

La recourante requiert la tenue d'une audience, afin notamment que soient entendues en qualité de témoins les personnes qui avaient l'intention de l'engager. Devant la cour de céans, la procédure est en principe écrite (art. 27 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36). Les parties participent à l'administration des preuves (art. 34 al. 1 LPA-VD). L'autorité peut recourir à l'audition des parties et à l'expertise (art. 29 al. 1 let. a et c LPA-VD). Elle n'est toutefois pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD); elle doit examiner les allégués de fait et de droit et administrer les preuves requises, si ces moyens n'apparaissent pas d'emblée dénués de pertinence (art. 34 al. 3 LPA-VD). Les art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst-VD n'accordent en effet pas à la partie dans la procédure devant la juridiction administrative le droit inconditionnel d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins ou la mise en œuvre d'une expertise, à moins que soit en cause l'examen personnel de la partie en cause (ATF 122 II 464 consid. 4c). b) En l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la requête de la recourante tendant à la tenue d'une audience, respectivement à l'audition de témoins. En effet, les démarches de l'employeur en tant que telles, lorsqu'elles ont été menées avec toute la diligence requise, elles peuvent en principe être aisément établies par pièces; dès lors, sauf circonstances particulières, l'absence de tels documents ne peut être palliée par l'audition de l'employeur, et doit bien plutôt conduire à retenir que les recherches qui n'ont pas été prouvées n'ont pas été effectuées (cf. arrêt PE.2010.0042 du 11 mars 2010 consid. 2b). Les faits pertinents devant ainsi être considérés comme établis, seules demeurent litigieuses des questions d'ordre exclusivement juridique, que l'autorité de céans examine avec un plein pouvoir d'examen (art. 76 LPA-VD). En conséquence, le tribunal s'estime en mesure de statuer en connaissance de cause, par appréciation anticipée des preuves, en se dispensant de l'audience et des témoignages requis par la recourante.

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 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; 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 d'extension de celui-ci à la Bulgarie et à la Roumanie. Le protocole en cause (Protocole du 27 mai 2008 à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses états 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; RS 0.142.112.681.1), entré en vigueur par échanges de notes le 1^{er} juin 2009, prévoit une réglementation transitoire à l'égard de ces deux nouveaux Etats, en ajoutant notamment à l'art. 10 ALCP les al. 1b, 2b et 4c. L'al. 2b, premier paragraphe, prévoit 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 fédérale sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP; RS 142.203). Cette disposition, tenant compte des possibilités de prolongation ménagées par les al. 2b, deuxième paragraphe, et 4b, deuxième paragraphe, de l'art. 10 ALCP, prévoit que les dispositions transitoires mentionnées ci-dessus s'appliquent au plus durant les sept premières années suivant l'entrée en vigueur du Protocole du 27 mai 2008.

b) S'agissant du contrôle de la priorité des travailleurs indigènes – en relation notamment avec l'art. 10 al. 2b ALPC –, les Directives sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes émises par l'Office fédéral des migrations (ODM) prévoient ce qui suit (ch. 5.5.2, version 01.06.09): " 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 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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 (ATF 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 2.2). Cette

dernière disposition est ainsi applicable au cas particulier, dès lors que la recourante est roumaine.

E. 3

a) 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. Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les directives intitulées " I. Domaine des étrangers " de l'ODM prévoient en particulier ce qui suit (ch. 4.3.2.2, version 01.07.10): " 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. " Selon la jurisprudence cantonale, il convient de 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 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. notamment arrêt PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 consid. 2 et les références citées). 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 (arrêt 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'ORP et la mention de quatre offres de service insatisfaisantes ne suffisaient pas; outre l'annonce du poste vacant à l'ORP, 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 ORP 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 l'employée en cause, ressortissante polonaise, occupait déjà son poste sans autorisation (arrêt 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 (arrêt PE.2006.0388 du 16 octobre 2007 consid. 3). Il a également été jugé que 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 prendre contact avec une quelconque agence de placement, n'avait pas déployé des efforts de recrutement suffisants sur le marché indigène (arrêt PE.2008.0219 du 22 janvier 2009). 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 (arrêt PE.2004.0352 du 10 novembre 2004). Les arrêts auxquels il est fait référence, rendus par le Tribunal administratif (auquel a succédé, le 1^{er} janvier 2009, la CDAP) sous l'empire des art. 7 et 8 de l'ancienne ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (aOLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes) – ordonnance abrogée lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) –, restent pleinement valables dans le cadre de l'application des dispositions de la nouvelle loi sur les étrangers (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009 consid. 3). b) En l'espèce, force est de constater que la société Y._____ SA n'a pas effectué de recherches sérieuses sur le marché indigène du travail avant de déposer la demande litigieuse. La recourante soutient à cet égard que, dans la mesure où la société n'a été inscrite au Registre du commerce que le 8 octobre 2009, les démarches de l'employeur n'ont pu débiter avant l'automne 2009, et que tel a bien été le cas, dans un premier temps par le bouche à oreille. Toutefois, et même si cette méthode de recherche peut dans certains cas se révéler fructueuse, un tel procédé ne jouit pas d'une diffusion aussi large que les offres d'emploi par voie de presse ou les annonces de poste auprès de l'ORP, de sorte que l'on ne saurait considérer, sur cette seule base, que l'employeur a effectué des recherches suffisantes avant de déposer la demande de main-d'œuvre étrangère en cause (cf. arrêt PE.2009.0568 du 30 juin 2010 consid. 1c). Ainsi, l'employeur n'était pas dispensé de procéder à de nouvelles recherches approfondies pour l'attribution du poste à pourvoir, recherches qui auraient dû être entreprises avant le dépôt de la demande. S'agissant par ailleurs des recherches effectuées par la société Y._____ SA après le dépôt de la demande de permis de travail litigieuse, elles ne sont pas non plus suffisantes. On ne saurait en effet considérer qu'un employeur qui se contente d'une inscription auprès de l'ORP et d'une seule annonce ponctuelle dans un journal quotidien a déployé tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène. Au demeurant, l'employeur n'a pas exposé les motifs pour lesquels les quatre demandeurs d'emploi assignés par l'ORP entre le 5 janvier et le 5 février 2010 n'avaient pas été retenus, et n'a jamais repris contact avec cet office pour donner ou prendre des nouvelles – se bornant à indiquer, dans son courrier du 2 mars 2010, qu'il n'avait eu "aucun résultat de la part des intéressés ni par téléphone ni par courrier". Dans ces conditions, il apparaît que l'employeur a d'emblée porté son choix sur la recourante, avec laquelle il a conclu un contrat de travail dès le 22 décembre 2009, sans avoir effectué préalablement la moindre recherche sérieuse sur le marché local, et qu'il n'a jamais manifesté l'intention de revenir sur son choix initial. En d'autres termes, force est de constater que l'engagement de la recourante résulte d'une pure convenance personnelle de l'employeur, dont les démarches tardives n'ont été entreprises qu'à la seule fin de s'acquitter de l'exigence en ce sens. Cela semble d'autant plus vrai dans le cas d'espèce que l'on ne saurait considérer que l'activité en cause, consistant à accueillir les clients et à gérer le stock d'un restaurant italien (selon l'annonce inscrite à l'ORP), respectivement à accueillir les clients et à les servir au buffet et au bar (selon l'annonce parue dans le "24 Heures)", ceci dans un pays où les deux langues dont la maîtrise est requise sont des langues nationales, relèverait d'un poste particulièrement qualifié, de sorte que l'on peine à croire qu'aucun travailleur n'était disponible sur le marché indigène. Il est ainsi pour le moins vraisemblable que la réitération

de démarches adéquates, telles qu'annonces dans la presse, inscription de la place vacante à l'ORP ou encore, le cas échéant, recours à une agence de placement, permettrait à l'employeur de trouver sur le marché local l'employée qu'il recherche. Il s'ensuit que les démarches entreprises tardivement par la société Y. _____ SA pour trouver un employé sur le marché indigène du travail doivent être qualifiées d'insuffisantes. Partant, la décision refusant la demande d'autorisation pour la recourante est justifiée.

E. 4

Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. Les frais de justice, par 500 fr., doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à titre de dépens (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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