

VD_OMNI PE.2011.0162 vom 5. Oktober 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-10-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2011.0162

FR: VD_OMNI PE.2011.0162 du 5 octobre 2011

IT: VD_OMNI PE.2011.0162 del 5 ottobre 2011

Regeste

X. _____, Y. _____ c/Service de l'emploi | Recours contre un refus d'autorisation de prise d'emploi concernant un graphiste roumain. L'employeur n'a pas effectué toutes les démarches requises. Concernant tout d'abord la démarche auprès de l'ORP, elle semble avoir été accomplie uniquement pour la forme; la question n'a toutefois pas à être tranchée. Pour le reste, la publication d'une seule annonce dans un magazine spécialisé, qui comporte également une édition en ligne, accompagnée d'une seule annonce dans un quotidien romand, n'est pas suffisante. On peut en outre se demander si l'employeur n'a pas exclu certains dossiers sur la base de critères qui n'étaient pas indispensables pour exercer l'activité en question, Rejet du recours. Quant à la conclusion très subsidiaire tendant à la délivrance d'une autorisation de courte durée avec exercice d'une activité lucrative, elle doit être déclarée irrecevable.

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} mai 2011 (version quasiment identique aux versions des années précédentes), ce document prévoit en particulier ce qui suit: « 5.2.1 Contingents UE-2
5.2.1.1 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 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 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 (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 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 l'UE (Bulgarie et Roumanie) 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 » (notamment pts 4.3.2.1 et 4.3.2.2) prévoient des exigences similaires à celles fixées par la directive II précitée. En particulier, elles prévoient qu'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. 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). 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 consid. 3). 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 consid. 2; sur l'obligation de produire des preuves, cf. aussi PE.2006.0625 du 7 mai 2007 consid. 2). 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 pourvoir (arrêt PE.2009.0553 du 19 mars 2010 consid. 4, le tribunal considérant que même si les employeurs n'avaient pas formellement effectué toutes les démarches requises par la jurisprudence du tribunal, il ressortait du dossier qu'ils avaient fait leur possible pour trouver un autre employé qui corresponde aux exigences requises pour le poste concerné, et

que le recourant avait permis à l'établissement de retrouver une stabilité, après avoir rencontré de nombreux échecs en matière de recrutement du personnel). Ainsi, 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.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a et les arrêts cités).

E. 3

En l'espèce, il faut constater que l'employeur n'a pas effectué toutes les démarches requises par les textes légaux et la jurisprudence du tribunal rappelés ci-dessus. Concernant tout d'abord la démarche auprès de l'ORP, on peut se demander si elle n'a pas été accomplie uniquement pour la forme puisque non seulement la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative était antérieure, mais aussi le recourant avait déjà débuté son travail depuis quelques mois à ce moment-là et continue d'ailleurs à travailler malgré la procédure en cours (cf. courrier du 4 mai 2011 du directeur de l'entreprise recourante, site de l'entreprise www.*****.ch, profil ***** du recourant). Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher ce point dès lors que le SDE n'a pas mis en doute la sincérité de la démarche de l'entreprise recourante. Sur ce point, il convient d'ailleurs de relever que l'argument du SDE n'est pas convaincant. Il déduit en effet du fait qu'une dizaine de personnes ont pu être assignées au dit poste suite à l'annonce à l'ORP qu'il est possible de recruter un travailleur sur le marché indigène. Or il ressort des documents fournis par la recourante (en particulier les curriculum vitae d'une partie des personnes assignées par l'ORP) que les personnes assignées n'avaient manifestement pas le niveau de compétences nécessaire pour le poste proposé. Cela étant, il apparaît que, même en tenant compte de la démarche auprès de l'ORP, la publication d'une seule annonce dans un magazine spécialisé, qui comporte également une édition en ligne, accompagnée d'une seule annonce dans un quotidien romand (24 heures), n'est pas suffisante. Certes l'annonce dans le magazine spécialisé et en ligne sur un site spécialisé a donné lieu à de nombreuses candidatures, qui semblent avoir été étudiées avec soin. Dans les faits, elle n'était toutefois clairement pas suffisante puisqu'elle n'a abouti qu'à une seule candidature valable aux yeux de l'entreprise recourante. Il ressort en effet du dossier que le poste n'a été proposé qu'à un seul graphiste qui l'a refusé en date du 17 décembre 2010. On peut d'ailleurs se demander si l'entreprise recourante n'a pas exclu certains dossiers sur la base de critères qui n'étaient pas indispensables pour exercer l'activité en question, tant il paraît étonnant que, sur 128 offres, une seule ait pu convenir. Quoiqu'il en soit, on n'aurait pu attendre de l'entreprise recourante, si elle ne disposait d'aucun autre dossier de postulation convaincant, qu'elle publie quelques autres annonces en Suisse dans des journaux de plus grande envergure ou des revues spécialisées, voire qu'elle recoure à une agence de placement spécialisée. En outre, les recherches ayant débuté au courant du mois d'octobre 2010, il n'était pas excessif d'attendre de sa part qu'elle poursuive ses démarches au-delà du 17 décembre 2010. On pourrait enfin se poser la question de l'adéquation d'un salaire de 5000 fr. brut (x12) pour un graphiste à l'expérience et aux compétences exceptionnelles (selon son employeur). Celle-ci ne relève toutefois pas du présent litige. En conclusion, l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant le permis sollicité au motif que les recherches étaient insuffisantes.

E. 4

La conclusion très 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, 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 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. 5

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-VD).

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