

VD_OMNI PE.2014.0509 vom 15. April 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-04-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2014.0509

FR: VD_OMNI PE.2014.0509 du 15 avril 2015

IT: VD_OMNI PE.2014.0509 del 15 aprile 2015

Regeste

X._____, Y._____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et, Service de la population (SPOP) | Refus confirmé d'une demande de main d'oeuvre étrangère déposée en faveur d'une ressortissante roumaine engagée comme aide de cuisine, l'employeur n'ayant pas démontré avoir déployé des efforts suffisants pour trouver un travailleur sur le marché indigène.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de trente jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) et régularisé dans le délai imparti par le juge instructeur, le recours est intervenu en temps utile et respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 LPA-VD (par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

A.X._____ conteste la décision attaquée en faisant valoir que, malgré les annonces passées, elle n'a reçu qu'une candidature qui ne correspondait qu'en partie au profil du poste, lequel exige de maîtriser les spécialités culinaires italiennes et roumaines. Elle ajoute que B.Y._____ vit en concubinage, de sorte que le salaire proposé pour cette activité à temps partiel lui suffirait pour vivre. a) 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) garantit aux ressortissants des Etats contractants un droit de séjour et d'accès à une activité économique (art. 1 let. a et 4 ALCP). L'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie à l'Union européenne, le 1 er janvier 2007, n'a toutefois pas entraîné l'extension à ces Etats de l'ALCP. Le 8 février 2009, le peuple suisse a accepté, en même temps que la reconduction de cet accord, le protocole d'extension de ce dernier à la Bulgarie et à la Roumanie. Ce protocole du 27 mai 2008 à l'ALCP, 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 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 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, pour les deux catégories de séjour suivantes: pour une durée supérieure à quatre mois et inférieure à une année et pour une durée égale ou supérieure à une année. L'al. 2b indique quant à lui que la Suisse, la République de Bulgarie et la Roumanie peuvent, dans ce même délai, 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. La période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués, initialement prévue jusqu'au 31 mai 2011, a été prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (RO 2014 1893; cf. également arrêt du TF 2C_434/2014 du 7 août 2014 consid. 1.1). L'art. 38 al. 4 de l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes (OLCP; RS 142.203), tenant compte des possibilités de prolongation ménagées par l'art. 10 ALCP, prévoit que les dispositions transitoires précitées 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 ALCP –, le ch. 5.5.2 des directives émises par l'ancien Office fédéral des migrations (devenu le 1^{er} janvier 2015 le Secrétariat d'Etat aux migrations, ci-après: SEM) concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes prévoit, dans sa version de janvier 2015, ce qui suit: "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 de l'UE-2 [ndlr: la Bulgarie et la 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 principe 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 (arrêt du TF 2C_434/2014 du 7 août 2014 consid. 2.2; arrêt du TF 2D_50/2012 du 1^{er} avril 2013 consid. 4.2). Cette dernière disposition est ainsi applicable au cas particulier, dès lors que l'employée dont l'engagement est souhaité par la recourante est de nationalité roumaine. c) 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. Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, le ch. 4.3.2.2 des directives du SEM intitulées "Domaine des étrangers" prévoit, dans sa version d'octobre 2013 actualisée le 13 février 2015, ce qui suit: "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, 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. 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 (cf. notamment arrêts CDAP PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014 consid. 2b; PE.2013.0125 du 16 octobre 2013 consid. 3). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, la cour de céans 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 (PE.2008.0480 du 27 février 2009 consid. 2c, confirmé sur recours par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). 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. Dans ce cas, aucune annonce n'avait été faite à l'ORP (PE.2009.0244 du 27 novembre 2009 consid. 2c). La cour de céans a aussi considéré que ne constituaient pas des recherches suffisantes sur le marché indigène la publication d'une annonce dans un hebdomadaire lausannois à trois reprises étalées sur trois mois avant d'engager une ressortissante roumaine, et l'annonce du poste auprès de l'ORP plus de deux mois après la conclusion du contrat de travail, respectivement un mois après le dépôt de la demande de permis de séjour (PE.2014.0191 du 15 septembre 2014). Dans l'arrêt PE.2014.0044 du 26 janvier 2015, la cour a également confirmé la décision du SDE refusant la demande de main d'œuvre étrangère en faveur d'une ressortissante roumaine engagée en qualité d'aide de cuisine aux motifs que l'employeur, même s'il prétendait avoir publié plusieurs annonces dans des commerces et restaurants de la région ainsi que sur un site internet, n'avait produit qu'une annonce publiée sur le site www.anibis.ch, quatre jours après la notification du refus de l'autorité intimée. Par ailleurs, parmi les 23 candidatures qui étaient parvenues à l'employeur suite à l'annonce effectuée auprès de l'ORP, il n'en avait retenu aucune, au motif que la seule personne qui s'était présentée ne répondait pas aux compétences requises. Or, il ressortait du dossier que le profil de ces 23 personnes était en adéquation avec le poste d'aide de cuisine proposé et que 19 d'entre elles disposaient d'une expérience au sein de restaurants vaudois (PE.2014.0044 du 26 janvier 2015). d) En l'occurrence, la recourante responsable du

restaurant allègue que le poste à pourvoir nécessite de maîtriser les spécialités culinaires italiennes et roumaines. Or, il est légitime de s'interroger sur cette exigence. En effet, le poste à pourvoir n'est pas celui d'un cuisinier, mais d'un aide de cuisine, soit un emploi qui peut être exercé par des personnes sans qualification particulière. Il paraît dès lors tout à fait réaliste de penser que, même si une personne ne maîtrise pas la cuisine roumaine, elle pourrait être formée et acquérir rapidement les connaissances suffisantes pour la fonction prévue dans la cuisine. Ceci dit, même dans l'hypothèse où ce poste nécessiterait des connaissances particulières, cela ne dispensait pas l'employeur de faire tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour trouver un travailleur sur le marché indigène.

Manifestement, tel n'a pas été le cas. En effet, l'employeur a adressé le 6 octobre 2014 à l'autorité intimée une demande d'autorisation de travail en faveur de B.Y._____. A cette époque, il n'avait entrepris aucune démarche pour trouver un travailleur indigène capable d'occuper le poste recherché; du moins n'apporte-t-il pas la preuve de telles recherches. En effet, ce n'est que le 15 octobre 2014 qu'il a fait paraître une annonce sur le site www.anibis.ch et qu'il a annoncé ce poste vacant à l'ORP, soit après avoir reçu la lettre de l'autorité intimée du 9 octobre 2014 l'invitant à lui transmettre les preuves de recherches récentes préalablement effectuées en vue de trouver un employé sur le marché indigène du travail et l'inscription du poste auprès de l'ORP. La recourante n'allègue pas non plus avoir fait paraître des annonces dans la presse régionale ou avoir recouru aux services d'agences de placement de personnel. En regard des cas jurisprudentiels rappelés ci-dessus, il faut admettre que les démarches entreprises par l'employeur étaient insuffisantes et impropres à établir que sur le marché indigène, personne ne répondait au profil recherché. A cela s'ajoute que la recourante fait valoir dans son recours que seul un candidat qui ne correspondait qu'" en partie " au profil du poste aurait postulé. Or, selon les indications du SDE, non contestées par les recourantes dans le délai de réplique, l'ORP a assigné 31 demandeurs d'emploi à postuler et l'employeur n'aurait pas répondu à treize de ces postulations. Dans ses écritures, A.X._____ ne démontre pas qu'aucun de ces candidats ne remplissait les qualifications requises ou, à tout le moins, qu'ils n'auraient pas pu être formés à ces fins. Dans ces circonstances, au vu des exigences élevées posées par la jurisprudence en la matière, on ne saurait retenir que tous les efforts ont été déployés par A.X._____ en vue de trouver un travailleur sur le marché indigène, mais que c'est par pure convenance personnelle qu'elle a arrêté son choix sur la personne de B.Y._____. Ce sentiment est renforcé par le fait que cette dernière est la compagne de son frère. A.X._____ n'a ainsi pas respecté l'ordre de priorité auquel est soumis l'engagement d'un ressortissant bulgare, en vertu du droit fédéral. C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a refusé d'octroyer l'autorisation sollicitée. Le recours devant être rejeté pour ce motif, il n'est pas nécessaire d'examiner la question du salaire offert à B.Y._____, et de déterminer s'il était insuffisant au regard des exigences applicables à l'engagement de travailleurs étrangers en Suisse.

E. 3

En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais de justice sont mis à la charge des deux recourantes, qui succombent (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD a contrario).