

VD_OMNI PE.2015.0118 vom 30. Juli 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-07-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2015.0118

FR: VD_OMNI PE.2015.0118 du 30 juillet 2015

IT: VD_OMNI PE.2015.0118 del 30 luglio 2015

Regeste

X. _____ Sàrl/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi Contrôle du marché du travail et | Confirmation du refus d'octroyer une autorisation de travail à une ressortissante roumaine pour un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise générale de la construction, parlant à la fois le roumain et le serbo-croate. Le poste a en réalité été taillé sur mesure pour l'intéressée, qui arrivait au terme de sa formation dans l'horlogerie et dont l'engagement résulte d'une pure convenance personnelle de l'employeur. L'autorité n'a donc pas violé la liberté économique de l'entreprise en refusant de délivrer le permis requis.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp, RSV 822.11), la loi sur la procédure administrative est applicable aux décisions rendues en application, notamment, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36], applicable 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 titre préliminaire, on rappelle que seuls les ressortissants des Etats tiers, avec lesquels la Suisse n'est liée par aucune convention, ayant droit au regroupement familial, peuvent invoquer le droit constitutionnel à l'exercice d'une activité lucrative (ATF 123 I 212 consid. 2c p. 216). 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 II 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 période transitoire, durant laquelle des contingents et des prescriptions relatives au marché du travail peuvent être appliqués (art. 10 § 1b et 2b), initialement prévue jusqu'au 31 mai 2011, a été prolongée jusqu'au 31 mai 2014 (cf. notification du 27 mai 2011 de la Suisse au Comité mixte Suisse - UE, institué par l'ALCP; RO 2011 4127). La période transitoire pourra, le cas échéant être prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (art. 10 § 4c al. 2 ALCP); elle l'a du reste été par notification de la Suisse du 28 mai 2014 (RO 2014 1893). Quant à la clause de sauvegarde spéciale de l'art. 10 § 4, ALCP, elle pourra être activée à l'égard des ressortissants roumains et bulgares jusqu'à 10 ans après l'entrée en vigueur du protocole II, soit jusqu'au 31 mai 2019. 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 alinéas 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) Il suit de ce qui précède que C.-D. E. _____, de nationalité roumaine, ne peut se prévaloir des dispositions de l'ALCP. Le sort de sa demande de permis dépend ainsi uniquement du contenu du droit interne.

E. 2.1

p. 9; ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183; arrêt 2C_402/2013 du 20 août 2013 consid. 4.5). On relève cependant que la recourante a elle-même fait fi des règles applicables et s'est affranchie de la procédure applicable en la matière, puisqu'elle a, d'emblée, engagé C.-D. E. _____ avant d'entreprendre les démarches nécessaires. Du reste, c'est postérieurement à son engagement que cette dernière a adressé à la recourante sa lettre de motivation et son dossier complet. En réalité, l'intention manifeste de la recourante était d'engager C.-D. E. _____, et elle seule. Cela ressort également du fait qu'elle a requis l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de cette dernière, sans avoir au préalable démontré qu'aucun travailleur en Suisse, ni aucun ressortissant de l'UE/AELE, Roumanie, Bulgarie et Croatie exceptées, correspondant au profil requis n'avait été trouvé. b) C'est seulement après avoir été invitée par l'autorité intimée à démontrer ce qui précède que la recourante a entrepris des recherches de candidats susceptibles de répondre aux exigences du poste. Elle s'est alors tournée vers l'ORP et a fait publier une annonce dans la presse. La recourante a reçu, pour cette seule annonce, cinquante-sept candidatures qu'elle a toutes écartées, au motif qu'elles n'émanaient pas d'une personne de sexe féminin, d'une part, ou ne parlant pas le roumain et le serbo-croate, d'autre part. Elle reproche dès lors à l'autorité intimée d'avoir porté atteinte à sa liberté économique en refusant de délivrer le permis requis. Bien que celle-ci soit protégée par les art. 27 al. 1, 94 al. 1 Cst. et 26 al. 1 de la Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003 (Cst./VD; RSV 101.01), les restrictions à la liberté économique reposant sur des mesures de police, des mesures de politique sociale ou des mesures dictées par la réalisation d'autres intérêts publics sont autorisées (ATF 136 I 197 consid. 4.4.1 p. 204; 131 I 223 consid. 4.2 p. 231; 125 I 322 consid. 3a p. 326, 335 consid. 2a p. 337, et les arrêts cités). Or il s'avère que les règles prescrites à l'art. 21 LEtr, précisément édictées dans des buts de politique migratoire et économique, n'ont pas été respectées en l'occurrence. En effet, la recourante s'est limitée au marché local et par

surcroît, s'est contentée de la parution d'une seule annonce. Il serait fort étonnant de constater que le recrutement d'une secrétaire-réceptionniste parlant à la fois le roumain et le serbo-croate soit impossible sur le marché indigène ou européen, comme la recourante paraît le soutenir. Ces éléments démontrent plutôt que, bien davantage que les explications laborieuses de la recourante, il appert que le poste était en réalité taillé sur mesure pour C.-D. E. _____ et que l'engagement de cette dernière, qui arrivait au terme de sa formation dans l'horlogerie, résulte d'une pure convenance personnelle de l'employeur. c) Quoi qu'il en soit, à supposer qu'il faille tenir pour suffisantes et adéquates les vaines recherches effectuées par la recourante, il n'est pas certain que l'on puisse considérer pour autant C.-D. E. _____ comme un travailleur qualifié au sens où l'entend l'art. 23 al. 1 LETr. Un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise de construction ne requiert en effet nullement des connaissances ou des capacités professionnelles particulières. Dans ces conditions, c'est bien à tort que la recourante reproche à l'autorité intimée, dont la décision doit être confirmée, un formalisme excessif et une violation du principe de la proportionnalité, ainsi que de sa liberté économique.

E. 3

Lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admettre en vue de l'exercice d'une telle activité (art. 40 al. 2 LETr). Selon l'art. 83 al. 1 let. a 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), avant d'octroyer une première autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale décide notamment si les conditions sont remplies pour exercer cette activité au sens des art. 18 à 25 LETr. a) A teneur de l'art. 11 LETr, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). L'art. 1a OASA précise qu'est considérée comme activité salariée toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire (al. 1); est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair (al. 2). Le service chargé, en vertu du droit cantonal, d'octroyer les autorisations de travail - le SDE en l'occurrence (cf. art. 64 al. 1 let. a LEmp) - décide si l'activité d'un étranger est considérée comme une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LETr et, en cas de doute, il soumet le cas, pour décision, à l'Office fédéral des migrations (ODM; cf. art. 4 OASA). b) 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). 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 (octobre 2013, version actualisée au 1 er juillet 2015): "(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement 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 (...)" (ch. 4.3.2.1). "L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles 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." (ch. 4.3.2.2). Ces règles correspondent à ce que prévoyait les art. 7 et 8 de l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), abrogée dès le 1 er janvier 2008. c) Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif puis la Cour de droit administratif et de droit public du Tribunal cantonal ont 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. Aussi la jurisprudence a-t-elle en principe consacré le rejet des 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, arrêts PE.2013.0474 du 13 août 2014; PE.2014.0006 du 1 er juillet 2014; PE.2012.0041 du 14 juin 2012; PE.2010.0106 du 11 mai 2010; PE.2009.0042 du 14 décembre 2009; PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Ainsi, le refus a été confirmé chaque fois qu'il est apparu que le poste décrit avait été créé de toutes pièces ou sur mesure pour le requérant (arrêts PE.2014.0208 du 22 janvier 2015; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014; PE.2013.0474 du 13 août 2014). A cela s'ajoute que 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.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (arrêt PE.2014.0006 du 1 er juillet 2014). 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, confirmé sur recours par ATF 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 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). 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). 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), de même qu'une unique annonce auprès de l'ORP local (arrêt PE.2013.0274 du 30 juillet 2014). d) A teneur de l'art. 23 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de séjour (al. 1); en cas d'octroi, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel ou social (al. 2). En dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 de cette disposition, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (let. a), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b), les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c), les cadres transférés par des entreprises actives au plan international (let. d), les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (let. e). Aux termes de la directive de l'ODM précitée (ch. 4.3.4): "(...) Les qualifications personnelles peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux: diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. Lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail. (...)")

E. 4

A la lumière des considérations qui précèdent, plusieurs constatations peuvent être faites dans le cas d'espèce. a) Selon ses explications, la recourante a développé une activité d'importation de matériaux de construction depuis la Roumanie et la Bosnie-Herzégovine. Elle explique avoir trouvé une candidate au poste de secrétaire-réceptionniste correspondant en tous points à ses exigences et qui, par surcroît, vivait déjà à 1***** et suivait une formation dans la région, pour laquelle une autorisation de séjour de courte durée lui avait été délivrée. Aussi reproche-t-elle à l'autorité intimée d'avoir refusé de délivrer un permis de travail en faveur de C.-D. E. _____, bien que cette dernière ait l'avantage de maîtriser à la fois le roumain, sa langue maternelle, le serbo-croate, langue parlée en Bosnie-Herzégovine, et le français. La recourante se plaint sans doute d'un formalisme excessif de la part de l'autorité intimée. On rappelle sans insister que le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 de la Constitution

fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101); il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (cf. ATF 135 I 6 consid.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Vu l'issue du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). En outre, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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