

## **VD\_OMNI PE.2007.0237 vom 10. März 2008**

VD Tribunal cantonal, 2008-03-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2007.0237](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2007.0237)

FR: VD\_OMNI PE.2007.0237 du 10 mars 2008

IT: VD\_OMNI PE.2007.0237 del 10 marzo 2008

### **Regeste**

X c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi, Tempo Conseil Service Placement temporaire & fixe | Le recourant, ressortissant slovaque qui a perdu le bénéfice de son autorisation d'établissement pour avoir séjourné près de dix ans à l'étranger, ne peut se voir délivrer une nouvelle autorisation d'établissement sans être libéré de manière anticipée du contrôle fédéral par l'Office fédéral des migrations; or, cette autorité pose comme condition préalable à la réintégration, soit l'octroi d'une unité du contingent cantonal des permis annuels B, soit la transmission d'une demande de permis humanitaire sur la base de l'art. 13 let. f OLE; la réintégration d'un étranger dans son permis d'établissement suppose ainsi en premier lieu qu'il obtienne une autorisation de séjour et de travail, ce qui n'est pas le cas en l'espèce; par ailleurs, le recourant ne peut se fonder sur l'art. 24 al. 1 annexe I ALCP pour être mis au bénéfice d'une autorisation de séjour, à défaut de disposer de moyens financiers suffisants; enfin, le recourant, malgré la présence de ses deux enfants en Suisse, ne peut se prévaloir de l'art. 8 § 1 CEDH, car les relations entretenues avec ceux-ci ne sont ni étroites ni effectives.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ; elle a remplacé la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), abrogée au 31 décembre 2007, ainsi que ses ordonnances d'exécution. Il ressort toutefois de l'art. 126 al. 1 LEtr que, sur le plan matériel, l'ancien droit demeure applicable aux demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Simultanément, l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) a abrogé l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. En l'espèce, la demande litigieuse ayant été formée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008, elle doit être examinée à l'aune des anciennes LSEE et OLE.

#### **E. 2**

a) Le protocole (d'extension) du 26 octobre 2004 (ci-après : protocole à l'ALCP ; RO 2006 995) à 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 ou l'accord; RS 0.142.112.681), concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lettonie, de la République de Lituanie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovaquie et de la République slovaque, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne,

entré en vigueur par échanges de notes le 1<sup>er</sup> avril 2006, prévoit une réglementation transitoire à l'égard des huit nouveaux Etats membres d'Europe centrale. Ce protocole a notamment ajouté la disposition transitoire 2a suivante à l'art. 10 ALCP : "2a. La Suisse et la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Pologne, la République de Slovénie et la République slovaque peuvent maintenir, jusqu'au 31 mai 2007, 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 la partie contractante concernée. (...) Avant le 31 mai 2007, le comité mixte examine le fonctionnement des mesures transitoires prévues dans le présent paragraphe sur la base d'un rapport élaboré par chacune des parties contractantes qui les applique. A l'issue de cet examen, et au plus tard le 31 mai 2007, la partie contractante qui a appliqué les mesures transitoires prévues dans le présent paragraphe et qui a notifié au comité mixte son intention de continuer à les appliquer peut continuer à le faire jusqu'au 31 mai 2009. En l'absence de notification, la période transitoire prend fin le 31 mai 2007. A la fin de la période transitoire définie dans le présent paragraphe, toutes les restrictions visées ci-dessus dans le présent paragraphe sont supprimées." b) Le 29 mai 2007, la Suisse a communiqué au Comité mixte Suisse-CE, institué par l'ALCP, qu'elle continuera à appliquer jusqu'au 31 mai 2009 à l'égard de la République tchèque, la Pologne, la Slovaquie, la Slovénie, la Hongrie, l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie, les mesures transitoires prévues à l'art. 10, par. 1a et 2a de l'accord, tel qu'amendé par le protocole à l'ALCP (RO 2008 573). c) Les directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ainsi que ses vingt-cinq Etats membres, et entre la Confédération suisse et les Etats membres de l'AELE, la Norvège, l'Islande et la Principauté de Liechtenstein (Directives OLCP; état au 1<sup>er</sup> juin 2007) précisent en particulier ce qui suit : « 5.2.1 Principe Conformément au protocole à l'ALCP, la Suisse peut maintenir jusqu'au 30 avril 2011 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 des nouveaux Etats membres de la CE, à l'exception de Malte et de Chypre . 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. 8 al. 3 OLE) ne sont plus exigées. Toutefois, ce dernier point ne s'applique pas aux autorisations de courte durée de quatre mois au plus (...). (...) 5.6.2 Contrôle de la priorité des travailleurs indigènes Art. 10 al. 2a 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. Il n'est pas nécessaire de démontrer que des recherches ont été entreprises dans les anciens Etats membres de la CE , les ressortissants de ces pays ne bénéficiant d'aucune priorité par rapport aux ressortissants des nouveaux Etats membres de la CE. Toutefois, les travailleurs des anciens Etats membres de la CE doivent jouir de l'égalité de traitement avec les Suisses s'agissant de l'accès au marché du travail. Les employeurs doivent annoncer suffisamment tôt les postes vacants qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs des dix 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 (p. 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. (...) » d) Il ressort de ce qui précède que, selon les mesures transitoires, prolongées jusqu'au 31 mai 2009, prévues par le protocole à l'ALCP à l'égard des huit Etats d'Europe centrale membres de l'Union européenne depuis 2004, les travailleurs ressortissants des nouveaux pays concernés (hormis Chypre et Malte) demeurent soumis au principe de la priorité des travailleurs indigènes résultant de l'art. 7 OLE. Ainsi, l'autorisation pour l'exercice d'une première activité n'est accordée, en vertu de l'art. 7 al. 1 OLE, que si l'employeur ne trouve pas un travailleur indigène capable et désireux d'occuper le poste aux conditions de travail et de rémunération usuelles de la branche et du lieu. Selon l'art. 7 al. 4 OLE, l'employeur est tenu de prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène (let. a), qu'il a signalé la vacance du poste en question à l'office de l'emploi compétent et que celui-ci n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable (let. b), et que pour le poste en question, il ne peut pas former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail (let. c). L'employeur peut se limiter à démontrer qu'il a déployé des efforts de recrutement sur le marché du travail indigène uniquement (à l'exclusion du marché des anciens membres de la CE). Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal administratif a 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. Il rejette en principe les 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 arrêt TA PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Les efforts de recrutement ne peuvent être pris en considération que si les annonces parues correspondent au profil de l'employé étranger finalement pressenti. En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises dans la presse et auprès de l'office régional de placement 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). Le Tribunal administratif s'est en outre prononcé à plusieurs reprises sur les exigences de recherches. Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, il a jugé que l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement et la mention de quatre offres de services insatisfaisantes ne suffisaient pas. Outre l'annonce du poste vacant à l'office régional de placement, il aurait été nécessaire de faire paraître des annonces dans la presse quotidienne ou spécialisée (cf. arrêt PE.2006.0265 du 8 novembre 2006 consid. 1c). L'envoi de cinq télécopies à différents offices régionaux de placement 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 la ressortissante polonaise occupait déjà son poste sans autorisation (arrêt PE.2006.0439 du 15 novembre 2006 consid. 3b). En revanche, les recherches ont été estimées suffisantes 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 (cf. PE.2006.0625 du 7 mai 2007 ; PE.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a et les arrêts cités). e) En l'espèce, il ressort du dossier du Service de l'emploi que le contrat conclu par le recourant date du 9 mai 2007 et qu'il consiste en une mission temporaire de manœuvre sur un tronçon d'autoroute pour une durée maximale de trois mois ; ce contrat de mission peut toutefois être renouvelé par accord tacite à son expiration et dans ce cas, il sera considéré comme étant prolongé pour une durée indéterminée. Le 29 mai 2007, le Service de l'emploi a requis de la société de placement précitée les preuves de recherches effectuées en vue de trouver un travailleur sur le marché indigène du travail, ainsi que les résultats obtenus. La société de placement n'a fourni les renseignements requis que le 25 juillet 2007 ; elle a indiqué que le chantier se trouvant sur un tronçon d'autoroute, et l'entreprise locataire de service ne mettant aucun véhicule d'entreprise à disposition, elle n'avait pas trouvé d'employé possédant un véhicule et disposé à l'utiliser pour se rendre sur son lieu de travail, malgré une compensation rémunérée au kilomètre. En effet, elle n'avait reçu aucune offre spontanée ou transmise par les offices régionaux de placement. En revanche, le recourant, activement à la recherche d'un emploi de manœuvre, s'était immédiatement porté candidat à ce poste aux conditions exigées. La société de placement a en outre produit une confirmation d'inscription d'un emploi vacant du 26 juillet 2007 qui la remercie de son offre d'emploi du 21 mai 2007. Il en résulte que cette offre est postérieure au contrat de mission conclu par le recourant, et qu'ainsi, la preuve de recherches d'un travailleur indigène pour le poste en question n'a pas été apportée. En conséquence, le refus du Service de l'emploi doit être maintenu sur la base du protocole à l'ALCP.

### **E. 3**

a) Il n'est pas contesté en l'espèce que le recourant a perdu le bénéfice de l'autorisation d'établissement dont il était titulaire. En effet, aux termes de l'art. 9 al. 3 let. c LSEE, l'autorisation d'établissement prend fin lorsque l'étranger annonce son départ ou qu'il a séjourné effectivement pendant six mois à l'étranger ; ce délai peut être prolongé, sur demande, jusqu'à deux ans. Pour faciliter l'application de cette disposition, le législateur a utilisé deux critères formels, en évitant ainsi de se fonder sur la notion de transfert de domicile ou de centre des intérêts, vu les difficultés d'interprétation que cela aurait entraîné (ATF 120 Ib 369 consid. 2c). En cas de séjour effectif de plus de six mois à l'étranger (au maximum deux ans), l'autorisation d'établissement prend fin quels que soient les causes de cet éloignement et les motifs invoqués par l'intéressé. b) Lorsqu'un étranger a quitté la Suisse et interrompu son séjour pour un long séjour à l'étranger (cf. art. 9 al. 3 let. c LSEE), une autorisation d'établissement ne peut lui être délivrée, sans qu'il n'ait obtenu au préalable une autorisation de séjour, qu'à titre exceptionnel. Ainsi, une éventuelle réintégration d'un étranger dans son permis d'établissement implique toujours une libération préalable du contrôle fédéral. Par ailleurs, le système et la ratio legis de la LSEE commandent que l'étranger soit soumis au contrôle fédéral car il s'agit de régler ses conditions de séjour comme s'il s'agissait d'un étranger nouveau venu. En d'autres termes, l'étranger qui revient dans notre pays après une interruption de séjour importante (supérieure à six mois, voire à deux ans, cf. art. 9 al. 3 let. c LSEE) ne possède aucune autorisation. Une première autorisation, qu'elle soit une autorisation de séjour ou une autorisation d'établissement, est

ainsi soumise aux mesures de limitation en vigueur et nécessite par conséquent toujours, lorsque le requérant envisage de travailler, soit la mise à disposition d'une unité du contingent, soit une exception aux mesures de limitation (cf. notamment arrêt PE.2004.0388 du 31 août 2004 consid. 7). c) Selon l'art. 10 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase du règlement d'exécution du 1<sup>er</sup> mars 1949 de la LSEE (RSEE), l'étranger qui a déjà possédé un permis d'établissement pendant plusieurs années et qui a gardé, malgré son absence, d'étroites attaches avec la Suisse peut être mis au bénéfice de l'établissement sans avoir obtenu au préalable une autorisation de séjour. L'intéressé doit toutefois être libéré de manière anticipée du contrôle fédéral par l'Office fédéral des migrations, seule autorité compétente dans ce domaine. Celle-ci pose comme condition préalable à la réintégration soit l'octroi d'une unité du contingent cantonal des permis annuels B, soit la transmission d'une demande de permis humanitaire sur la base de l'art. 13 let. f OLE ; la réintégration d'un étranger dans son permis d'établissement suppose ainsi en premier lieu qu'il obtienne une autorisation de séjour et de travail (arrêt PE.2007.0230 du 9 octobre 2007 consid. 7a ; PE.2004.0662 du 10 mai 2005 consid. 3b). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce, vu la confirmation par le tribunal de la décision de refus du Service de l'emploi (cf. consid. 2c).

#### **E. 4**

Conformément à l'art. 2 al. 1 de l'annexe I ALCP, les ressortissants des parties contractantes n'exerçant pas une activité économique dans l'Etat d'accueil et qui ne bénéficient pas d'un droit de séjour en vertu d'autres dispositions du présent accord ont, pour autant qu'ils remplissent les conditions préalables requises par le chapitre V, un droit de séjour. A cet égard, l'art. 24 de l'annexe I ALCP prévoit que les personnes n'exerçant pas une activité lucrative doivent être en mesure de prouver aux autorités nationales compétentes qu'elles disposent pour elles-mêmes et les membres de leur famille des moyens financiers suffisants pour ne pas devoir faire appel à l'aide sociale pendant leur séjour et qu'une assurance-maladie couvre l'ensemble des risques. L'art. 16 de l'ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes du 22 mai 2002 (OLCP) précise que les moyens financiers du requérant doivent être réputés suffisants s'ils dépassent les prestations d'assistance qui seraient allouées selon les directives de l'aide sociale à un ressortissant suisse, éventuellement aux membres de sa famille, et compte tenu de sa situation personnelle (al. 1). En l'espèce, tel n'est pas le cas. En effet, le SPOP s'est montré disposé à délivrer au recourant une autorisation de séjour fondée sur l'art. 24 de l'annexe I ALCP, si son amie pouvait financièrement le prendre en charge. Or, cette dernière bénéficie des prestations de l'assistance publique. Une autorisation de séjour ne peut ainsi être délivrée au recourant sur la base de cette disposition, ce dernier ne bénéficiant d'ailleurs pas non plus personnellement de moyens financiers suffisants (cf. entre autres contrat de prêt du 30 octobre 2005 portant sur un montant de 9'000 fr. ; absence de versement de pension alimentaire pour les enfants).

#### **E. 5**

a) Un étranger peut se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 § 1 CEDH pour s'opposer à la séparation de sa famille. Encore faut-il que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de s'établir en Suisse (en principe nationalité suisse ou autorisation d'établissement) soit étroite et effective (ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3; 119 Ib 91 consid. 1c p. 93 ; 118 Ib 145 consid. 4 p. 152 et 153 consid. 1c p. 157). Le membre de la famille auprès duquel le regroupement familial est requis doit donc bénéficier d'un droit de présence assuré en Suisse. L'art. 8 CEDH s'applique en

particulier lorsque l'étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3 et arrêts cités). Il faut toutefois constater qu'un droit de visite peut en principe être exercé même si le parent intéressé vit à l'étranger, au besoin en aménageant les modalités de ce droit pour ce qui touche à sa fréquence et à sa durée. A la différence de ce qui se passe en cas de vie commune, il n'est pas indispensable que le parent au bénéfice d'un droit de visite et l'enfant vivent dans le même pays. Il faut prendre en considération l'intensité de la relation entre le parent et l'enfant, ainsi que la distance qui séparerait l'étranger de la Suisse au cas où l'autorisation de séjour lui serait refusée (ATF 120 Ib 22 consid. 4a p. 25 et les arrêts cités). b) En l'espèce, le tribunal a interpellé l'ex-épouse du recourant afin de connaître les relations existant entre ce dernier et ses enfants. Il en est ressorti que celles-ci sont quasiment inexistantes depuis le retour du recourant en Suisse et que les contacts lors de la détention de ce dernier étaient limités à une moyenne de deux visites par an. Le père n'a en outre jamais versé de contribution financière pour l'entretien de ses enfants. Invité à se déterminer à ce sujet, le recourant n'a pas réagi. Le tribunal constate ainsi que les relations en cause ne sont ni étroites ni effectives et qu'ainsi, le recourant ne peut s'en prévaloir pour obtenir une autorisation de séjour en Suisse.

## **E. 6**

a) Le recourant a en outre requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. L'art. 29 al. 3 2<sup>ème</sup> phrase de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst) prévoit que l'assistance judiciaire est accordée à la personne indigente, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. L'art. 40 al. 1 de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (LJPA) régit l'assistance judiciaire en matière administrative cantonale. Il dispose que lorsque les intérêts en cause le justifient et lorsque les difficultés particulières de l'affaire le rendent nécessaire, l'assistance judiciaire est accordée à toute personne physique dont la fortune et les revenus ne sont pas suffisants pour lui permettre d'assurer les frais de la procédure sans entamer la part de ses biens qui est nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. b) La jurisprudence fédérale a précisé que l'ancien art. 4 Cst offrait à la partie nécessiteuse le droit d'être dispensé des frais de procédure pour mener un procès non dénué de chances de succès et de bénéficier de l'assistance gratuite d'un avocat si elle s'avère nécessaire à la défense des intérêts en cause. Un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent guère être considérées comme sérieuses. En revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de chances de succès lorsque les perspectives de victoire et le risque d'échec s'équilibrent à peu près, ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les secondes. c) En l'espèce, le tribunal considère que l'assistance d'un avocat était nécessaire à la défense des intérêts du recourant qui est indigent. En application de l'art. 40 al. 3 LJPA, les dispositions de la loi du 24 novembre 1981 sur l'assistance judiciaire en matière civile (LAJ) sont applicables par analogie ; le montant de l'indemnité est fixé par le règlement d'exécution du 3 juin 1988 de la LAJ (RLAJ), applicable par renvoi de l'art. 17 al. 1 LAJ ; ce montant correspond au 80 % des montants calculés conformément aux art. 2 et 3 du Tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocats dus à titre de dépens (art. 1 al. 1 let. b RLAJ). Il apparaît ainsi, au vu des opérations de procédure accomplies, qu'une indemnité fixée à 1'000 fr. doit être allouée au conseil désigné d'office.

**E. 7**

Il résulte des considérants qui précèdent que les recours doivent être rejetés et les décisions attaquées confirmées. Compte tenu de la situation financière du recourant, l'arrêt sera rendu sans frais (art. 38 al. 2 LJPA), et au vu de l'issue du recours, il ne sera pas alloué de dépens.

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