

## **VD\_OMNI PE.2009.0553 vom 19. März 2010**

VD Tribunal cantonal, 2010-03-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2009.0553](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0553)

FR: VD\_OMNI PE.2009.0553 du 19 mars 2010

IT: VD\_OMNI PE.2009.0553 del 19 marzo 2010

### **Regeste**

X c/ Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Recours admis contre le refus de délivrer un permis de travail à un ressortissant bulgare dans le domaine de la restauration; malgré le fait que les employeurs n'ont pas formellement effectué toutes les démarches requises par la jurisprudence du tribunal pour recruter un travailleur sur le marché indigène du travail, ils ont toutefois fait leur possible, sans succès, pour trouver un employé qui corresponde aux exigences requises pour le poste concerné; le recourant remplit ainsi les conditions de l'art. 7 al. 4 OLE au vu des difficultés démontrées à recruter du personnel donnant satisfaction sur le marché du travail indigène; renvoi du dossier au Service de l'emploi afin qu'il examine la possibilité de délivrer une unité du contingent en faveur du recourant.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

er juin 2009. Dès cette date, la Bulgarie et la Roumanie sont devenues parties contractantes 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). L'ALCP s'applique immédiatement aux procédures pendantes lors de l'entrée en vigueur du protocole II (art. 37 de l'ordonnance du 22 mai 2002 sur l'introduction de la libre circulation des personnes; OLCP; RS 142.203; ATF 129 II 249 consid. 3.3 in fine p. 258 et 130 II 1 consid. 3.1 p. 5). a) Le protocole II à l'ALCP prévoit des dispositions transitoires concernant l'accès au marché du travail. Ce protocole a notamment ajouté les dispositions transitoires 1b et 2b suivantes à l'art. 10 ALCP: "(1b) Jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole au présent accord concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, 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. Les séjours inférieurs à quatre mois ne sont pas limités. Avant la fin de la période susmentionnée, le comité mixte examine, sur la base d'un rapport établi par la Suisse, le fonctionnement de la période transitoire appliquée aux ressortissants des nouveaux Etats membres. A l'issue de cet examen, et au plus tard à la fin de la période susmentionnée, la Suisse notifie au comité mixte si elle continuera à appliquer des limites quantitatives aux travailleurs employés en Suisse. La Suisse peut continuer à appliquer de telles mesures jusqu'à la fin de la cinquième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole susmentionné. En l'absence de notification, la période transitoire prend fin au terme de la période de deux ans visée à l'al. 1. A la fin de la période transitoire définie au

présent paragraphe, toutes les limites quantitatives applicables aux ressortissants de la République de Bulgarie et de la Roumanie sont supprimées. Ces Etats membres sont habilités à introduire les mêmes limites quantitatives à l'égard des ressortissants suisses pour les mêmes périodes." " (2b) 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 au présent accord concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, 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. (...) Pendant les périodes transitoires mentionnées (...), la Suisse donne la préférence aux travailleurs ressortissants des nouveaux Etats membres par rapport aux travailleurs ressortissants de pays hors UE et hors AELE en ce qui concerne l'accès à son marché du travail. (...) Dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur du protocole au présent accord concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, le comité mixte examine le fonctionnement des mesures transitoires prévues au présent paragraphe sur la base d'un rapport établi par chacune des parties contractantes qui les appliquent. A l'issue de cet examen, et au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur du protocole susmentionné, la partie contractante qui a appliqué les mesures transitoires prévues au présent paragraphe et qui a notifié au comité mixte son intention de continuer à les appliquer peut continuer à le faire jusqu'à la fin de la cinquième année à compter de l'entrée en vigueur du protocole susmentionné. En l'absence de notification, la période transitoire prend fin au terme de la période de deux ans visée à l'al. 1. A la fin de la période transitoire définie au présent paragraphe, toutes les restrictions visées ci-dessus au présent paragraphe sont supprimées." b) Dans ses directives sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes (directives OLCP; état au 1 er juin 2009), l'Office fédéral des migrations (l'ODM) indique que, conformément au protocole d'extension, 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 notamment la priorité des travailleurs indigènes et le contrôle des conditions de travail et de salaire; en revanche, les qualifications professionnelles ne sont plus exigées (ch. 5.2.2.1).

## **E. 2**

La nouvelle loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) entrée en vigueur le 1 er janvier 2008 abroge et remplace l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE). Selon l'art. 126 al. 1 LEtr, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit. Simultanément, la nouvelle ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) abroge et remplace l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être appliquées par analogie à cette ordonnance. La demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative ayant été déposée avant le 1 er janvier 2008, les dispositions de l'ancienne LSEE et de l'OLE sont applicables.

## **E. 3**

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). Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal administratif (actuellement la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal) 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. arrêt PE.2006.0625 du 7 mai 2007 ; arrêt PE.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a et les arrêts cités). L'art. 8 al. 1 OLE, consacré à la priorité dans le recrutement, dispose qu'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative est accordée en premier lieu aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, conformément à l'ALCP, et aux ressortissants des Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE), conformément à la convention du 4 juin 1990 instituant l'AELE. L'art. 8 al. 3 let. a OLE prévoit cependant qu'une exception au principe de l'art. 8 al. 1 OLE peut être admise " lorsqu'il s'agit de personnel qualifié et que des motifs particuliers justifient une exception" . Dans sa jurisprudence relative à l'application de cette disposition, le tribunal s'est toujours montré relativement strict (cf. notamment arrêts PE.2006.0202 du 31 août 2006 et PE.2000.0466 du 21 novembre 2000). Il faut ainsi entendre par personnel qualifié les ressortissants étrangers

au bénéfice de connaissances professionnelles si spécifiques qu'il ne serait pas possible de les recruter au sein de l'UE ou de l'AELE. Des motifs particuliers peuvent être des motifs économiques ayant des conséquences durables pour le marché du travail suisse.

#### **E. 4**

a) En l'espèce, il ressort du dossier que les employeurs du recourant C.Z. \_\_\_\_\_ ont rencontré de nombreuses difficultés à trouver un employé leur donnant satisfaction. Ils ont en effet notamment fait appel à la société de placement 16.\*\*\*\*\* SA, qui leur a proposé plusieurs personnes à titre temporaire durant les années 2006 et 2007 (cf. pièces 2a à 2i, 3a et 3b du bordereau du 28 décembre 2009). L'un des employés proposé par cette société a malheureusement donné sa démission après quelques mois (cf. courrier de L. \_\_\_\_\_ du 30 mars 2007, produit dans le dossier du Service de l'emploi). Les employeurs ont également fait appel à une autre agence de placement 17.\*\*\*\*\* SA dès l'année 2007, qui a également proposé plusieurs personnes, toujours à titre temporaire (cf. pièces 4a à 4h du bordereau du 28 décembre 2009). Les employeurs ont cependant indiqué que ces démarches avaient aussi été soldées par des échecs. L'engagement de personnel temporaire s'est en effet révélé peu concluant (cf. lettre explicative de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ Y. \_\_\_\_\_ du 7 septembre 2009, produite dans le dossier du Service de l'emploi). Les employeurs ont également passé des annonces dans des magasins d'alimentation (Coop et Migros), ce qui a conduit à l'engagement d'un employé qui se trouvait au chômage le 2 avril 2006; ce dernier n'a toutefois pas donné satisfaction, en particulier au motif qu'il connaissait de sérieux problèmes de dépendance à l'alcool, ce qui a finalement conduit à son licenciement (cf. avertissement du

#### **E. 8**

octobre 2007 et courrier d'M. \_\_\_\_\_ du 4 septembre 2009, produits dans le dossier du Service de l'emploi, ainsi que lettre de licenciement du 18 février 2008 produit dans le bordereau du 28 décembre 2009). En revanche, l'arrivée du recourant C.Z. \_\_\_\_\_ au sein de l'établissement a apporté la stabilité et les compétences que les employeurs recherchaient depuis un certain temps. Cet apport positif a d'ailleurs eu des effets sur le reste du personnel, puisqu'une ancienne stagiaire s'est décidée à rester au service de A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ Y. \_\_\_\_\_ à l'issue de sa formation, en raison de l'équipe soudée au sein du personnel (cf. courrier d'M. \_\_\_\_\_ du 4 septembre 2009, produit dans le dossier du Service de l'emploi). En outre, I. \_\_\_\_\_, ancien chef du Service de la sécurité civile et militaire, ainsi que J. \_\_\_\_\_, chef de la Division support du Service de la sécurité civile et militaire, qui représentent l'Etat de Vaud en tant que propriétaire du restaurant X. \_\_\_\_\_, ont confirmé que le personnel mis à disposition par les agences de placement ne convenait souvent pas aux besoins des employeurs ou manquait de régularité en ne se présentant pas au travail après quelques jours, voire un jour; cette situation désorganisait ainsi la gestion de l'établissement et avait des conséquences désagréables sur le bien-être de la clientèle. Ces deux responsables ont également constaté que le recourant C.Z. \_\_\_\_\_ donnait entière satisfaction à ses employeurs par son professionnalisme, sa régularité et son engagement assidu au travail, et qu'il devait ainsi être maintenu dans son poste pour la stabilité de l'équipe de cuisine et le bien-être de la clientèle (cf. courrier de I. \_\_\_\_\_ et de J. \_\_\_\_\_ du 3 septembre 2009, produits dans le dossier du Service de l'emploi). I. \_\_\_\_\_ a d'ailleurs également indiqué lors de l'audience du tribunal du 2 avril 2009 que le restaurant X. \_\_\_\_\_ avait rencontré à répétition des problèmes avec le personnel (alcool, relations avec la clientèle), et qu'il n'était pas évident de recruter du

personnel sérieux et consciencieux, alors que le recourant C.Z. \_\_\_\_\_ réunissait toutes les qualités d'un employé modèle. J. \_\_\_\_\_ a de même indiqué lors de cette audience que le recourant était un élément précieux pour le restaurant (cf. compte rendu résumé de l'audience du 2 avril 2009). b) L'audience tenue par le tribunal a également apporté un éclairage important sur les responsabilités confiées au recourant dans le cadre de son activité professionnelle et sur la confiance dont il bénéficie à l'égard de son employeur qui a déclaré qu'il le considérait comme son bras droit. Le recourant ne saurait en effet être assimilé à un employé subalterne qui se limite à exercer des tâches peu qualifiées, puisqu'il s'occupe de l'ouverture du restaurant, qu'il est chargé d'intégrer et de former le personnel intérimaire, et que même les paiements lui ont été confiés lors de la dernière absence de ses patrons; il dispose par ailleurs de toutes les clés de l'établissement. Il ressort en outre de l'audience tenue par le tribunal que son employeur lui a enseigné les règles de base en matière de cuisine lorsqu'ils travaillaient tous deux à l'hôtel-restaurant "11.\*\*\*\*\*" à 12.\*\*\*\*\*. Leur collaboration remonte ainsi à 1998; une relation de travail fondée sur une confiance mutuelle testée au cours de plusieurs années unit dès lors le recourant à son employeur, ce qui explique aussi les responsabilités confiées. L'épouse de l'employeur connaît également le recourant depuis longtemps, car elle travaillait de même à l'hôtel-restaurant "11.\*\*\*\*\*". Le recourant forme ainsi avec ses employeurs une équipe soudée. L'expérience et les connaissances acquises au fil des années dans le domaine de la restauration ont ainsi fait du recourant un employé modèle, et la relation de travail qui l'unit à son employeur et l'épouse de ce dernier repose sur des bases solides qui n'existent pas dans n'importe quelle relation professionnelle. Enfin, il a été indiqué lors de l'audience qu'il était difficile de trouver du personnel de cette qualité, ce qui ne saurait être mis en doute. Le secteur de la restauration est en effet un domaine d'activité pénible, mal rémunéré, et dans lequel les employeurs peinent souvent à recruter de la main-d'œuvre indigène. Il est vrai que les employeurs n'ont pas formellement effectué toutes les démarches requises par la jurisprudence du tribunal (rappelée ci-dessus au consid. 3). Mais il ressort du dossier qu'ils ont fait leur possible pour trouver un autre employé qui corresponde aux exigences requises pour le poste concerné, et que le recourant C.Z. \_\_\_\_\_ a permis à l'établissement, en particulier par ses compétences, son engagement assidu et la confiance dont il bénéficie de la part de ses employeurs, de retrouver une stabilité, après avoir rencontré de nombreux échecs en matière de recrutement du personnel. Il faut en outre rappeler l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009 du protocole d'extension à l'ALCP concernant la Bulgarie et la Roumanie. Il serait en effet déraisonnable de demander aux employeurs de se séparer du recourant C.Z. \_\_\_\_\_ qui leur donne entièrement satisfaction pour les motifs développés ci-dessus, pour finalement le rappeler plus tard lorsque les restrictions transitoires auront été levées, au risque probable que, comme par le passé, plusieurs employés ne leur donnent pas satisfaction dans l'intervalle. Cette situation ne serait pas satisfaisante, car l'engagement du recourant n'est pas contraire aux buts de l'accord sur la libre circulation des personnes ainsi que des dispositions transitoires, celles-ci consistant à éviter un afflux massif de travailleurs ressortissants des nouveaux Etats contractants, puisqu'on rappelle que ce sont les circonstances particulières du cas qui permettent de constater en l'espèce que le recourant C.Z. \_\_\_\_\_ remplit les conditions de l'art. 7 al. 4 OLE au vu des difficultés démontrées à recruter du personnel donnant satisfaction sur le marché du travail indigène. c) Toutefois, l'autorisation de travail ne peut être délivrée que dans les limites des contingents disponibles. En effet, les autorités suisses ne sont pas tenues de délivrer un nombre plus élevé d'autorisations que celui fixé à l'art. 10 al. 3b ALCP. C'est pourquoi le dossier sera

retourné au Service de l'emploi afin qu'il examine la possibilité de délivrer une unité du contingent en faveur du recourant C.Z. \_\_\_\_\_, dans la mesure où le tribunal estime que l'employeur a effectué les recherches appropriées afin de recruter du personnel sur le marché du travail indigène (cf. consid. 4a et 4b ci-dessus). Dans l'intervalle, la question du cas de rigueur (dossier PE.2008.0339) peut demeurer ouverte, et sera examinée en cas de décision négative du Service de l'emploi. 5. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours déposé contre la décision du Service de l'emploi doit être admis et cette décision annulée; le dossier sera retourné au Service de l'emploi afin qu'il examine la possibilité de délivrer une unité du contingent en faveur du recourant C.Z. \_\_\_\_\_ et statue à nouveau. Au vu de ce résultat, il convient de laisser les frais de justice à la charge de l'Etat (art. 49 al. 1 LPA-VD). Au surplus, une indemnité est allouée aux recourants, solidairement entre eux, à titre de dépens (art. 55 LPA-VD).

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