

VD_OMNI PE.2008.0332 vom 21. August 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-08-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2008.0332

FR: VD_OMNI PE.2008.0332 du 21 août 2009

IT: VD_OMNI PE.2008.0332 del 21 agosto 2009

Regeste

A. X. _____, Y. _____ SA/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Ne se trouve pas dans un cas de détresse personnelle grave le ressortissant kosovar célibataire et sans enfant dont les attaches personnelles avec la Suisse consistent dans la présence d'un oncle et de la famille de celui-ci, de connaissances et d'une activité non particulièrement qualifiée de matelassier sur futons apprise directement auprès de son actuel employeur et qui a résidé la majeure partie de son existence dans son pays d'origine où il a encore de la famille (consid. 3).

Erwägungen

E. 1

Les autorités intimées ont appliqué aux demandes d'autorisations litigieuses la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr; RS 142.20), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 et qui abroge et remplace l'ancienne loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), ainsi que l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA; RS 142.201), entrée simultanément en vigueur et qui abroge et remplace l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Or, à titre de droit transitoire, l'art. 126 al. 1 LEtr prévoit que les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit. Les dispositions transitoires relatives à la LEtr doivent être en outre appliquées par analogie à cette ordonnance. En l'espèce, la demande de permis de séjour avec activité lucrative a été déposée par l'employeur du recourant auprès du Contrôle des habitants de la Commune de 2***** le 3 juin 2007, soit avant l'entrée en vigueur de la LEtr. Peu importe que cette demande n'ait été transmise au Service de l'emploi que par le tribunal de céans à une date postérieure à l'entrée en vigueur de la LEtr, c'est la date du dépôt de la demande qui importe pour déterminer le droit applicable. Par ailleurs, étant sans nouvelle de sa demande, le recourant avait précédemment écrit directement au Service de la population pour régulariser sa situation, le 19 décembre 2007 et provoqué la décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour, également attaquée. La date du dépôt de cette demande au Service de la population est également antérieure à l'entrée en vigueur des LEtr et OASA. Dans ces circonstances, le litige doit être examiné à l'aune des anciennes LSEE et OLE.

E. 2

Avant que les autorités cantonales de police des étrangers n'accordent à un étranger l'autorisation d'exercer une activité, l'office de l'emploi examine si les conditions pour l'exercice d'une activité lucrative sont remplies (art. 42 al. 1 OLE). Le recours dirigé contre la décision du Service de l'emploi doit être examiné au regard des articles 7 et 8 OLE. a) Aux termes de l'art. 7 al. 1 OLE, les autorisations pour l'exercice d'une première activité,

pour un changement de place ou de profession ou pour une prolongation du séjour, ne peuvent être accordées 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. Dans une telle hypothèse, l'art. 7 al. 4 OLE dispose que l'employeur est tenu, sur demande, de prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène et au sein de l'UE/AELE, qu'il a signalé la vacance du poste en question à l'office de l'emploi compétent, que celui-ci n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable et qu'enfin 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. Dans sa jurisprudence constante, la CDAP (qui a succédé au 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. Elle 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 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 (PE.2006.0692 du 29 janvier 2007). La CDAP s'est prononcée à plusieurs reprises sur les exigences de recherches. Dans le cas d'une ressortissante polonaise, proposée pour un poste d'aide de cuisine, elle 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 (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 (PE.2006.0439 du 15 novembre 2006 consid. 3b). 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). Les recherches effectuées sur le marché indigène n'ont pas davantage été jugées suffisantes s'agissant de recherches qui ont consisté en une annonce du poste vacant à l'ORP, par le biais duquel dix candidats ont été assignés mais aucun n'a finalement été retenu, et une annonce au service emploi de l'Université de Lausanne, pour l'engagement d'une ressortissante hongroise à 50 % en qualité d'employée de commerce par une société immobilière (PE.2008.0003 du 22 mai 2008). En revanche, 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). Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que le recourant, kosovar, n'est pas ressortissant d'un pays appartenant à la région dite traditionnelle de recrutement (à savoir, notamment, membre de l'UE ou de l'AELE). Le principe de la

priorité des demandeurs d'emploi indigènes ou ressortissant des Etats membres de l'UE/AELE lui est en conséquence pleinement opposable. L'employeur fait valoir qu'avant d'engager le recourant, il a fait maintes recherches pendant plus de 24 mois, par annonces et auprès de l'Office régional de placement de 2*****, afin de trouver quelqu'un capable de confectionner des matelas futons, sans succès, aucun candidat n'ayant voulu accepter ce travail, car les conditions sont assez difficiles (beaucoup de poussière, l'activité est très physique et demande beaucoup de doigté). Ne figure cependant au dossier qu'une seule attestation de l'Office régional de placement de 2***** confirmant l'inscription d'un emploi de matelassier vacant pour l'employeur recourant à compter du 5 mai 2009. Le document confirmant cette inscription, daté du 2 juin 2009, porte la mention manuscrite : "A ce jour, nous n'avons proposé aucun candidat correspondant au profil désiré; ORP 2*****". Aucune autre pièce au dossier n'atteste des démarches de Y. _____ SA sur le marché local de l'emploi pour repourvoir le poste qu'elle a confié à A. X. _____. En particulier, l'employeur n'a pas produit les copies des annonces auxquels il se réfère à l'appui du recours. Dans ces circonstances, il appert que les recherches effectuées sur le marché indigène ne sont pas suffisantes. La décision du Service de l'emploi attaquée est donc justifiée sous cet angle. b) L'art. 8 OLE, consacré à la priorité dans le recrutement, dispose à son alinéa 1 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'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) 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. A. X. _____, originaire du Kosovo, ne peut pas se prévaloir de cette disposition. L'alinéa 3 let. a de l'art. 8 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, la CDAP s'est toujours montrée relativement stricte (cf. notamment arrêts TA 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. En l'occurrence, A. X. _____ ne peut se prévaloir d'un certificat professionnel de matelassier. Sa formation et son expérience dans ce domaine ont été acquises certes rapidement mais exclusivement auprès de son actuel employeur, grâce à la pratique. Bien qu'il s'agisse d'une technique ancestrale japonaise, le recourant ne se prévaut pas avoir été formé par un spécialiste en la matière, ayant tiré son savoir de son prédécesseur. Même si le recourant paraît avoir rapidement développé un don pour la production de futons (jamais vu en 20 ans de commerce dans la branche selon l'employeur) et même si la confection de ce genre de matelas est complexe et exigeante, on ne saurait considérer que cela dénote des connaissances si spécifiques et si pointues qu'il soit impossible de trouver un travailleur en Suisse ou dans les pays membres de l'Union européenne ou de l'AELE. En témoigne également la rémunération de cette activité, décrite comme physiquement très dure, de 4'200 fr. brut en 2008, qui reste modeste. L'employeur n'a par ailleurs pas démontré qu'il avait fait des recherches approfondies en Suisse et dans l'Union européenne pour trouver un employé répondant aux spécificités du poste. Au vu de ce qui précède, la demande ne

remplit pas les critères de l'art. 8 OLE, de sorte que le Service de l'emploi n'a ni abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation litigieuse.

E. 3

Reste à examiner si le cas relèverait de l'art. 13 let. f OLE. Selon cette disposition, ne sont pas comptés dans les nombres maximums les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale. Dans la pratique, on parle, pour les permis de séjour délivrés dans les cas de rigueur, de permis "humanitaires". a) D'après les art. 52 let. a et 53 OLE, l'ODM est seul compétent pour accorder de telles exceptions (ATF 122 II 186 consid. 1b p. 188; 119 Ib 33 consid. 3a p. 39). Autrement dit, le canton qui entend délivrer une autorisation de séjour sans l'imputer sur son contingent peut uniquement proposer aux autorités fédérales d'exempter l'intéressé des mesures de limitation du nombre des étrangers, il n'est en revanche pas habilité à statuer lui-même à cet égard (ATF 122 II 186 consid. 1d/bb p. 191). Pratiquement, l'application de l'art. 13 let. f OLE suppose donc deux décisions, soit celle de l'autorité fédérale sur l'exception aux mesures de limitation et celle de l'autorité cantonale qui est la délivrance de l'autorisation de séjour proprement dite. Dans un arrêt de principe (PE.2006.0451 du 23 avril 2007), la jurisprudence a précisé que le SPOP est tenu de transmettre le dossier à l'ODM comme objet de sa compétence selon l'art. 52 let. a OLE, mis en relation avec l'art. 13 let. f OLE, lorsque l'octroi d'une autorisation conformément aux dispositions de l'ancienne LSEE n'entre pas en ligne de compte, mais que les conditions d'un cas de rigueur au sens de l'art. 13 let. f OLE - suivant les critères développés par l'ODM et le Tribunal fédéral - sont apparemment remplies. b) Les mesures de limitation visent, en premier lieu, à assurer un rapport équilibré entre l'effectif de la population suisse et celui de la population étrangère résidente, ainsi qu'à améliorer la structure du marché du travail et à assurer un équilibre optimal en matière d'emploi (art. 1er let. a et c OLE). L'art. 13 let. f OLE soustrait aux mesures de limitation «les étrangers qui obtiennent une autorisation de séjour dans un cas personnel d'extrême gravité ou en raison de considérations de politique générale». Cette disposition a pour but de faciliter la présence en Suisse d'étrangers qui, en principe, seraient comptés dans les nombres maximums fixés par le Conseil fédéral, mais pour lesquels cet assujettissement paraîtrait trop rigoureux par rapport aux circonstances particulières de leur cas ou pas souhaitable du point de vue politique. Il découle de la formulation de l'art. 13 let. f OLE que cette disposition dérogatoire présente un caractère exceptionnel et que les conditions mises à la reconnaissance d'un cas de rigueur doivent être appréciées restrictivement. Il est nécessaire que l'étranger concerné se trouve dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de soustraire l'intéressé aux restrictions des nombres maximums comporte, pour lui, de graves conséquences. Lors de l'appréciation d'un cas personnel d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La reconnaissance d'un cas personnel d'extrême gravité n'implique pas forcément que la présence de l'étranger en Suisse constitue l'unique moyen pour échapper à une situation de détresse. Par ailleurs, le fait que l'étranger ait séjourné en Suisse pendant une assez longue période, qu'il s'y soit bien intégré socialement et professionnellement et que son comportement n'ait pas fait l'objet de plaintes ne suffit pas, à lui seul, à constituer un cas d'extrême gravité; il faut encore que la relation du requérant avec la Suisse soit si étroite qu'on ne saurait exiger qu'il aille vivre dans un autre pays, notamment dans son pays d'origine (ATF 124 II 110 consid. 2 p. 112).

A cet égard, les relations de travail, d'amitié ou de voisinage que le requérant a pu nouer pendant son séjour ne constituent normalement pas des liens si étroits avec la Suisse qu'ils justifieraient une exemption des mesures de limitation du nombre des étrangers (ATF 130 II 39 consid. 3 p. 41/42 et la jurisprudence citée). L'art. 13 let. f OLE n'a pas pour but de soustraire le requérant aux conditions de vie de son pays d'origine, mais implique que celui-ci se trouve personnellement dans une situation si rigoureuse qu'on ne peut au contraire exiger de lui qu'il tente de s'y réinsérer. On ne saurait ainsi tenir compte des circonstances générales (économiques, sociales, sanitaires ou scolaires) affectant l'ensemble de la population restée sur place, auxquelles les requérants seront exposés à leur retour, sauf si ceux-ci allèguent d'importantes difficultés concrètes propres à leur cas particulier (ATF 123 II 125 consid. 5b/dd p. 133). c) Le Tribunal fédéral a jugé que la longue durée d'un séjour en Suisse n'est pas, à elle seule, un élément constitutif d'un cas personnel d'extrême gravité dans la mesure où ce séjour est illégal. Sinon, l'obstination à violer la législation en vigueur serait en quelque sorte récompensée. Dès lors, il appartient à l'autorité compétente d'examiner si l'intéressé se trouve pour d'autres raisons dans un état de détresse justifiant de l'exempter des mesures de limitations. Pour cela, il y a lieu de se fonder sur les relations familiales de l'intéressé en Suisse et dans sa patrie, sur son état de santé, sur sa situation professionnelle, sur son intégration sociale, etc. Il convient aussi de prendre en compte le retard des autorités à décider du sort de la demande d'asile du requérant ou leur laxisme lorsqu'elles ont négligé d'exécuter une décision prononçant le renvoi de Suisse de l'intéressé (ATF 130 II 39 consid. 3). Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que l'art. 13 let. f OLE n'est pas destiné au premier chef à régulariser la situation d'étrangers vivant clandestinement en Suisse, mais à permettre à tout étranger entré ou vivant déjà en Suisse d'obtenir un statut légal pour y poursuivre son séjour au cas où son départ de ce pays pourrait créer un cas personnel d'extrême gravité. Dès lors, il n'est pas contradictoire d'examiner la situation d'un étranger sous l'angle de l'art. 13 let. f OLE et de tenir compte à cette occasion d'infractions aux prescriptions de police des étrangers. Il est vrai cependant qu'il ne faut pas exagérer l'importance des infractions inhérentes à la condition de travailleur clandestin, à savoir entrée, séjour et travail sans autorisation (ATF 130 II 39 précité, consid. 5.2). d) En l'espèce, le recourant est arrivé en Suisse le 5 novembre 1998 et a été refoulé dans son pays d'origine le 18 août 2000, après que sa demande d'asile eut été refusée. Le 15 octobre 2004, il est revenu en Suisse. Depuis lors, il y séjourne et travaille sans autorisation. La durée du séjour du recourant en Suisse n'est ainsi pas négligeable. Il ne s'agit cependant pas du seul élément à prendre en considération. Les attaches personnelles du recourant avec la Suisse résident dans la présence d'un oncle et de la famille de celui-ci, auprès duquel le recourant vit et, sans doute, de connaissances. Le recourant n'a pas d'enfant et ses parents vivent toujours dans le pays d'origine du Kosovo. Il n'a pas bénéficié de l'aide sociale et, au 14 mai 2008, il ne faisait l'objet d'aucune poursuite en cours, ni d'acte de défauts de biens après saisie. Il subvient à ses propres besoins au moyen d'une activité non autorisée dont son employeur est grandement satisfait. Cette activité, qui ne nécessite pas de qualifications professionnelles élevées, n'est toutefois pas constitutive d'une intégration sociale particulièrement marquée. Le recourant a vécu la majeure partie de son existence dans son pays d'origine, où il y a encore de la parenté, de sorte que l'on peut retenir, comme l'a fait l'autorité intimée, qu'il a conservé avec lui des attaches culturelles et sociales importantes. Vu ce qui précède, les circonstances du dossier permettent d'exclure que le recourant puisse se trouver dans un cas de détresse personnelle grave. Partant, l'autorité intimée n'a pas violé le droit fédéral, ni abusé de son pouvoir d'appréciation, en refusant la transmission du

dossier à l'autorité fédérale pour qu'elle statue sur l'octroi éventuel d'une exception aux mesures de limitation. C'est à juste titre qu'elle a refusé l'octroi d'une autorisation de séjour et ordonné le renvoi du recourant.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet des recours aux frais des recourants, qui succombent. Vu l'issue des pourvois, le Service de la population est chargé de fixer au recourant un nouveau délai de départ et de veiller à l'exécution de sa décision.

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