



RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA

TRIBUNAL CANTONAL

COUR ADMINISTRATIVE

ADM 66 / 2012

Présidente : Sylviane Liniger Odiet
Juges : Pierre Broglin et Philippe Guélat
Greffière : Gladys Winkler Docourt

ARRET DU 21 FEVRIER 2013

en la cause liée entre

X. SA,

- représentée par **Me Yves Maître**, avocat à Delémont,

recourante,

et

le Service des arts et métiers et du travail (SAMT), Rue du 24-Septembre 1,
2800 Delémont,

intimé,

relative à la décision sur opposition de l'intimé du 29 mai 2012.

CONSIDÉRANT

En fait :

- A. X. SA, exploite un atelier de terminaison et de diamantage de produits d'horlogerie à dans le canton du Jura. Elle réalise principalement des travaux de polissage.
- B. Y., ressortissant turc, est entré en France en 1998. Il bénéficie d'un titre de séjour français valable de novembre 2008 au novembre 2018 et attestant qu'il est domicilié en France voisine. Il travaille depuis le 24 janvier 2012 au sein de l'entreprise X. SA en qualité de polisseur. Son salaire mensuel brut de base se monte à CHF 5'100.-, sans 13^e salaire, pour 40 heures de travail par semaine selon contrat de travail du 13 février 2012.

- C. Le 26 mars 2012, X. SA a présenté au SAMT une demande d'autorisation pour l'occupation de main-d'œuvre frontalière (nationalité des pays UE25/AELE) pour son employé.
- D. Par décision préalable du 10 mai 2012, le SAMT a refusé de donner une suite favorable à cette demande, aux motifs que X. SA n'a pas démontré que l'admission de son employé sert les intérêts économiques de la Suisse au sens de l'article 18 de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) et que l'ordre de priorité de l'article 21 LEtr n'avait pas été respecté, dès lors que l'employeur n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE ou de l'AELE n'avait pu être recruté. Le Service de la population du canton du Jura (SPOP) a refusé l'autorisation de travail requise, en se basant sur le préavis défavorable émis par le SAMT (PJ 7 recourante).

Le 16 mai 2012, X. SA a formé opposition contre cette décision, précisant qu'elle avait effectué en vain plusieurs recherches en Suisse pour trouver une personne capable d'effectuer le travail confié à Y. Elle demande au SAMT de revoir sa décision pour éviter des pertes de clientèle et des licenciements. Y. est un travailleur très adroit de ses mains et il s'acquitte parfaitement de ses tâches. Il est la pièce maîtresse de la chaîne humaine puisqu'il effectue le travail final au sein de l'entreprise.

- E. Le 29 mai 2012, le SAMT a rejeté l'opposition, considérant que la société n'a fourni aucune preuve de recherche de personnel et n'expose pas les raisons pour lesquelles elles sont demeurées vaines. Il relève en outre qu'en faisant appel à une des prestations qu'offre l'assurance-chômage, à savoir l'initiation au travail, X. SA aurait eu la possibilité de former une personne dans un délai raisonnable. Or elle ne mentionne nullement avoir entrepris de telles démarches, avant de recruter Y. Enfin, X. SA n'expose pas les raisons pour lesquelles les qualifications professionnelles d'Y. sont telles qu'elles sont introuvables sur le marché suisse au sens de la législation sur les étrangers. Le SAMT précise en outre que la société a engagé un ressortissant d'un pays extra-européen, sans en avoir reçu l'autorisation, et que l'intéressé poursuit son activité après qu'une décision négative lui a été adressée, contrevenant à l'article 116 al. 1 let. b LEtr, de sorte qu'elle sera dénoncée auprès des autorités compétentes.
- F. Le 29 juin 2012, X. SA (ci-après : la recourante) a recouru contre cette décision concluant à son annulation, principalement à l'octroi de l'autorisation de travail sollicitée pour Y., subsidiairement au renvoi du dossier de la cause à l'intimé pour nouvelle décision, sous suite de frais et dépens.

Elle fait valoir que la décision initiale et celle sur opposition n'ont pas été rendues par la même autorité, ce qui paraît contraire au Code de procédure administrative. S'agissant de la recherche de polisseurs, des preuves n'ont pas été requises formellement par l'intimé. D'autre part, elle a effectué, courant 2011, de nombreuses démarches qui sont restées vaines pour l'engagement d'un polisseur aviseur qualifié

sur boîtes de montres avec minimum trois ans d'expérience et sachant travailler de manière autonome. Sachant que la formation d'un polisseur en emploi avec comme seul titre une attestation de formation professionnelle dure 3 ans et qu'il en faut deux de plus pour obtenir un CFC, on ne saurait lui reprocher de ne pas s'être approchée du chômage pour former un polisseur. Enfin, dans la mesure où elle a effectué plusieurs recherches d'emploi, elle a satisfait aux obligations découlant de l'article 21 LEtr. Le fait qu'elle ait adressé sa demande quelque deux mois après le début de l'activité de son employé résulte uniquement d'un oubli de l'administration de l'entreprise. Elle a plusieurs frontaliers sous contrat et n'a jamais eu le moindre problème pour obtenir les autorisations de travail. La décision du SAMT est enfin inopportune et risque de mettre en péril un secteur de production très important.

- G. Dans sa réponse du 5 septembre 2012, l'intimé a conclu au maintien du refus de l'autorisation requise. Il relève que les compétences du SAMT et du Service de la population (SPOP) en matière décisionnelle relève de la LEtr et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA).
- H. Les parties ont répliqué et dupliqué les 5 et 15 novembre 2012 en précisant leur argumentation.
- I. A la demande de la présidente de la Cour administrative, la recourante a produit le 14 janvier 2013 différents documents relatifs à la nationalité de l'épouse et des enfants de Y., dont il ressort qu'ils sont ressortissants français.
- J. Le SAMT a confirmé sa position le 22 janvier 2013, en soulignant que dans la mesure où Y. n'a pas la nationalité de l'un des Etats membres de l'Union européenne, il ne peut pas se prévaloir de l'ALCP et qu'il convient donc de faire application de l'article 25 LEtr.
- K. Il sera revenu ci-après dans la mesure nécessaire sur les allégués des parties.

En droit :

1. La compétence de la Cour administrative est donnée pour connaître du présent recours en vertu de l'article 160 let. b Cpa, dès lors que la décision attaquée a été rendue par un organe de l'administration cantonale.

Le recours a été déposé dans les formes et délai légaux et la recourante, en tant que destinataire de la décision attaquée, a manifestement la qualité pour recourir.

Toutes les conditions de recevabilité étant ainsi remplies, il convient d'entrer en matière sur le présent recours.

2.

2.1

A titre liminaire, il sied de préciser qu'un ressortissant turc au bénéfice d'un titre de séjour délivré par les autorités françaises, comme en l'espèce, ne bénéficie pas du statut de travailleur frontalier salarié au sens des articles 7 et 28 de l'Annexe I (Libre circulation des personnes) 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), la Turquie n'étant pas partie à l'Accord. Il est à cet égard sans pertinence que l'épouse de l'intéressé et ses enfants soient de nationalité française. Ils n'ont en effet pas fait usage de leur droit à la libre circulation, si bien qu'on peut douter qu'ils puissent se prévaloir de l'ALCP, et par extension l'intéressé, en sa qualité de proche. En effet, les droits prévus par la Directive 2004/38/CE, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, ne s'appliquent pas en Suisse par le biais de l'ALCP, car celui-ci se base sur l'ancienne réglementation communautaire en vigueur au moment de la signature de l'accord en 1999 (Nathalie CHRISTEN, Le développement du regroupement familial inversé par la jurisprudence suisse et européenne, in Cesla Amarelle/Nathalie Christen/Minh Son Nguyen, Migrations et regroupement familial, 2010, p. 71ss, p. 84). La Suisse a d'ailleurs renoncé à lancer des négociations pour reprendre la directive 2004/38/CE qui regroupe toutes les règles fixées en matière de libre circulation des personnes et confère davantage de droits que l'ALCP (cf. Communiqué de presse de l'Office fédéral des migrations du 14 juin 2011, www.bfm.admin.ch > Documentation > Communiqués > 2011 > Suisse - UE : onzième rencontre du Comité mixte sur la libre circulation des personnes, consulté le 18.02.2013). Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en matière de libre circulation des personnes, en particulier les arrêts Zambrano (aff. C-34/09) et McCarthy (aff. C-434/09), ne peut pas être reprise telle quelle pour l'interprétation de l'ALCP. La jurisprudence la plus récente de la Cour se fonde essentiellement sur la notion de citoyenneté européenne, notion qui n'est pas connue de l'ALCP (cf. Véronique BOILLET, La détermination du champ d'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes au regard de la jurisprudence de la Cour européenne de justice : les implications des arrêts Zambrano et McCarthy, in PJA 2012 p. 49, p. 55 ; Nathalie CHRISTEN, Le développement du regroupement familial inversé par la jurisprudence suisse et européenne, in Cesla AMARELLE/Nathalie CHRISTEN/Minh Son NGUYEN, Migrations et regroupement familial, 2010, p. 71ss, p. 90).

Il s'ensuit que Y. ne peut se prévaloir ni de l'ALCP (art. 7 de l'Annexe I précitée), ni de la jurisprudence de la CJUE en relation avec la Directive 2004/37/CE pour prétendre bénéficier d'un droit à l'exercice d'une activité lucrative en Suisse ; le recourant est exclusivement soumis à la LEtr (cf. art. 2 LEtr).

2.2

S'agissant de la notion de frontalier, l'Accord entre le Gouvernement français et le Conseil fédéral du 11 août 1983 relatif à l'imposition des travailleurs frontaliers (RSJU 649.751) auquel se réfère la recourante ne lui est d'aucune utilité dans la présente affaire. Selon l'article 3 de cet accord, l'expression "travailleur frontalier"

désigne toute personne résidente d'un Etat qui exerce une activité salariée dans l'autre Etat chez un employeur établi dans cet autre Etat et qui retourne, en règle générale, chaque jour dans l'Etat dont elle est le résident. Cette convention n'a certes pas la même définition de la notion de frontalier que l'ALCP, dans la mesure où est utilisé le terme de résident et non pas de ressortissant. Toutefois, elle ne règle pas le droit à l'exercice d'une activité lucrative en Suisse pour un frontalier. La notion de frontalier selon le droit fiscal et le droit des étrangers ne concorde ainsi pas (dans ce sens, directives du 1er août 2012 de l'ODM [chapitre 4] sur les conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse, p. 9, www.bfm.admin.ch > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Accord sur la libre circulation des personnes > Chapitre 4 : Conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse, consulté le 18.02.2013).

3. La recourante relève que la décision sur opposition n'émane pas de la même autorité administrative, en l'occurrence le SAMT, que celle qui a rendu la décision initiale du 10 mai 2012, en l'occurrence le SPOP, et qu'en ce sens elle viole les dispositions du Code de procédure administrative en la matière. Cela étant, elle conteste la compétence du SAMT pour rendre la décision sur opposition.

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 activité lucrative, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (art. 40 al. 2 LEtr). Dans la mesure où l'autorisation à requérir par la recourante pour Y. relève notamment des articles 18 à 26 LEtr, ainsi que cela a été relevé plus haut, les articles 83 et 88 de l'ordonnance du 25 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201) s'appliquent à la procédure. Les autorités cantonales sont ainsi compétentes pour rendre la décision (art. 83 OASA) et chaque canton désigne les autorités chargées, dans son domaine de compétence cantonal, de l'exécution de la LEtr et des ordonnances d'application (art. 88 al. 1 OASA). Le canton du Jura n'a pas déterminé, par une disposition particulière, quelle est cette autorité. Il découle toutefois de l'article 40 let. a du décret d'organisation du Gouvernement et de l'administration (DOGA ; RSJU 172.111) que le SAMT est chargé de l'exécution de la législation sur le travail (arrêt de Cour administrative ADM 72/2011 du 7 mai 2012). Dans ces conditions, il apparaît que le SAMT est compétent pour rendre la décision préalable en matière de marché du travail, respectivement pour statuer sur l'opposition à cette décision préalable, la décision du SPOP dépendant de celle du SAMT. La décision initiale du 10 mai 2012 précise du reste que le SPOP refuse l'autorisation requise en raison du préavis négatif du SAMT. Le grief de la recourante est ainsi mal fondé.

4. La recourante allègue que le refus de l'autorisation sollicitée risquerait de mettre en péril l'un de ses secteurs d'activité très important. Elle reproche à l'intimé d'avoir violé l'article 21 LEtr.

- 4.1 Conformément à l'article 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue d'exercer une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux articles 20 à 25 LEtr sont remplies (let. c). La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle vise en premier lieu le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 p. 3469 ss, spéc. p. 3485 s. et 3536). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier. En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.1 et les réf. citées).

L'article 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (cf. ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.2).

- 4.2 En vertu de l'article 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. Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (al. 2). Il peut être dérogé à l'alinéa 1^{er} - selon lequel ont la priorité dans le recrutement les ressortissants suisses ou d'un Etat de l'UE ou de l'AELE - si un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école ou d'une haute école spécialisée suisse souhaite exercer une activité lucrative qui revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (al. 3).

Il ressort de l'article 21 al. 1 LEtr que l'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. L'employeur doit apporter la preuve qu'il n'a pas trouvé en Suisse de travailleur bénéficiant de la priorité de recrutement en présentant des offres d'emplois et des mises au concours vaines dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emploi (PLASTA). Etant donné qu'il est difficile de prouver l'impossibilité de recruter des ressortissants de l'espace UE et AELE, il suffit que l'employeur la rende vraisemblable (Message précité, FF 2002 3537 s. ; TAF C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 à 7.3 et les réf. citées ; N. BUENO, L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse, Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, in : RDAF 2010 I 113 ss, spéc. p. 148; M. SPESCHA, n. 4 ad art. 21 LEtr, in Spescha et alii [édit.], Migrationsrecht, 2^e éd., Zurich 2009). Il s'ensuit que le principe de l'ordre de priorité

s'applique à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail.

- 4.3 En l'espèce, Y. ne peut pas se prévaloir de l'application de l'article 21 al. 3 LETr, car il n'est pas diplômé d'une haute école suisse. Dès lors, il reste à examiner si la recourante a rendu vraisemblable qu'elle a entrepris des recherches à grande échelle (cf. TAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3) afin de repourvoir le poste en question par un polisseur indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE, conformément à l'article 21 al. 1 LETr, et qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité de trouver une personne capable d'exercer cette activité.

Au cas particulier, la recourante n'a pas entrepris les démarches nécessaires suffisantes pour trouver un travailleur disponible. En effet, parmi les sept annonces d'emploi produites en procédure de recours (PJ n°9 à 11 recourante), seules trois annonces ont été publiées avant le dépôt de la demande d'autorisation pour occuper de la main-d'œuvre frontalière. La première annonce a été publiée dans un journal suisse en juin 2011, les deuxième et troisième annonces en France voisine en dates en septembre 2011 et courant décembre 2011. La recourante se limite à indiquer que ces annonces sont restées lettre morte. En ce sens, la recourante n'a pas procédé à des recherches actives, par exemple au moyen d'offres d'emploi très largement publiées dans la presse (cf. ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3), notamment en Suisse, puisqu'une seule annonce concerne une publication dans un journal suisse. A ce sujet, l'intimé a établi en procédure de recours que les offices régionaux de placement (ORP) comptent près de cent personnes inscrites pour ce corps de métier, dont les trois-quarts sont disponibles de suite, selon information du responsable des réductions d'horaires de travail rattaché au secteur des Mesures du marché du travail (PJ n°6 intimé). Certes, on ignore si ces cent personnes disposent des qualifications suffisantes pour le poste. Il n'en demeure pas moins que la recourante n'a effectué aucune démarche auprès des ORP.

Or, conformément aux directives de l'Office fédéral des migrations (ODM) en la matière (www.bfm.admin.ch > Documentation > Bases légales > Directives et circulaires > Séjour avec activité lucrative, chiffre 4.3.2.1, consulté le 18.02.2013), une des démarches de l'employeur en cette matière doit être d'annoncer le poste vacant le plus tôt possible aux ORP (ég. dans ce sens : OTT, n. 6 ad art. 21, in M. Caroni et alii [édit.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010 ; SPESCHA, op. cit., n. 4 ad art. 21 LETr). Au cas d'espèce, la recourante connaissait cette incombance pour l'avoir déjà respectée dans le passé, ce qu'elle ne conteste pas. Toutefois, pour ce poste spécifique, aucune annonce aux ORP n'a été effectuée. On comprend d'autant moins que la recourante ne se soit pas approchée des ORP dès lors qu'elle n'avait fait paraître que trois annonces dont une seule en Suisse pour le poste en cause.

Ainsi, quand bien même la recherche d'un polisseur idoine peut nécessiter diverses démarches auprès de candidats potentiels, les difficultés qui en résulteraient ne sauraient à elles seules justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé par l'article 21 al. 1 LEtr, conformément à la pratique constante des autorités en ce domaine (cf. not. TAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3 et les réf. citées).

5. Au vu de ce qui précède, la recourante n'a pas apporté la preuve lui incombant en rendant vraisemblable qu'elle a fourni des efforts de recrutement suffisants et que ceux-ci ne lui ont pas permis de trouver un employé en respectant l'ordre de priorité de l'article 21 LEtr. Pour cette raison, le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée. Pour le surplus, les autres griefs soulevés par la recourante n'ont pas besoin d'être examinés, en particulier ceux relatifs à l'article 116 LEtr dont l'application relève des autorités pénales et non pas administratives.
6. Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante (art. 219 al. 1 Cpa). Il n'est pas alloué de dépens à la recourante qui succombe (art. 227 al. 1 Cpa), ni à l'intimé (art. 230 al. 1 Cpa).

**PAR CES MOTIFS
LA COUR ADMINISTRATIVE**

rejette

le recours ; partant

confirme

la décision attaquée ;

met

les frais de la procédure, par CHF 1'000.-, à la charge de la recourante, à prélever sur son avance ;

informe

les parties des voies et délai de droit selon avis ci-après ;

ordonne

la notification du présent arrêt :

- à la recourante, X. SA, par son mandataire Me Yves Maître, avocat à 2800 Delémont ;

- à l'intimé, le Service des arts et métiers et du travail, Rue du 24-Septembre 1, 2800 Delémont ;
- à l'Office fédéral des migrations, Case postale, 3003 Berne-Wabern ;

et l'envoi d'une copie pour information au Service de la population, rue du 24-Septembre, 2800 Delémont.

Porrentruy, le 21 février 2013

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE

La présidente : La greffière :

Sylviane Liniger Odiet

Gladys Winkler Docourt

Communication concernant les moyens de recours :

*Le présent arrêt peut faire l'objet, **dans les trente jours** suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.*