

VD_OMNI PE.2005.0615 vom 13. November 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-11-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2005.0615

FR: VD_OMNI PE.2005.0615 du 13 novembre 2006

IT: VD_OMNI PE.2005.0615 del 13 novembre 2006

Regeste

c/Service de l'emploi Office cantonal de la main-d'oeuvre, Service de la population (SPOP) | Refus confirmé de délivrer une autorisation de séjour et de travail à un ressortissant chinois, cuisinier de son état, les conditions de l'art. 8 al. 3 let. a OLE et des directives ODM relatives à l'hôtellerie et la restauration n'étant pas remplies. Les autorisations pouvant être octroyées aux cuisiniers spécialisés devant oeuvrer dans des restaurants peuvent être étendues à tout établissement qui suit une ligne cohérente et se distingue par la haute qualité de l'offre et des services, soit notamment les services de traiteurs et les tables d'hôtes même inférieures à 40 places assises. In casu, refus, la recourante n'ayant pas établi son besoin d'engager un second cuisinier chinois dont le travail pourrait être exercé par une personne disponible sur le marché local du travail.

Erwägungen

E. 1

Aux termes de l'art. 4 al. 1 de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (ci-après LJPA), le Tribunal administratif connaît en dernière instance cantonale de tous les recours contre les décisions administratives cantonales ou communales lorsque aucune autre autorité n'est expressément désignée par la loi pour en connaître. Il est ainsi compétent pour statuer sur les recours interjetés contre les décisions de l'Office cantonal de la main-d'oeuvre et du placement rendues en matière de police des étrangers.

E. 2

Selon l'art. 31 LJPA, le recours s'exerce dans les 20 jours à compter de la communication de la décision attaquée. En l'espèce, le recours, déposé en temps utile par l'employeur potentiel de l'intéressé auquel il faut reconnaître la qualité pour agir en vertu de l'art. 53 al. 4 de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (ci-après OLE), satisfait par ailleurs aux conditions formelles énoncées à l'art. 31 LJPA de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 3

En dehors des cas où une disposition légale prévoit expressément le contrôle de l'opportunité d'une décision, le Tribunal administratif n'exerce qu'un contrôle en légalité, c'est-à-dire examine si la décision entreprise est contraire à une disposition légale ou réglementaire expresse, ou relève d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation (art. 36 litt. a et c LJPA). La loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (ci-après LSEE) ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir de contrôle de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce grief ne saurait donc être examiné par le tribunal de céans (cf. parmi d'autres arrêt TA PE 98/0135 du 30 septembre 1998, RDAF 1999 I 142, c.

4). Conformément à la jurisprudence, il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsqu'une autorité, usant des compétences qui lui sont dévolues par la loi, se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables, ou statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi et la proportionnalité (cf. notamment ATF 116 V 307, c. 2; 110 V 360, c. 3b).

E. 4

Selon l'art. 1a LSEE, tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Selon l'art. 4 LSEE, l'autorité statue librement, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger, sur l'octroi de l'autorisation de séjour. Elle tiendra compte des intérêts moraux et économiques du pays, du degré de surpopulation étrangère et de la situation du marché du travail (art. 16 al. 1 LSEE et 8 du Règlement d'exécution de la LSEE du 1er mars 1949 [RSEE]). Ainsi, les ressortissants étrangers ne bénéficient en principe d'aucun droit à l'obtention d'une autorisation de séjour et de travail, sauf s'ils peuvent le déduire d'une norme particulière du droit fédéral ou d'un traité international (cf. parmi d'autres ATF 126 II 377, c. 2; 126 II 335, c. 1a; 124 II 361, c. 1a), ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. De même l'employeur suisse n'a en principe aucun droit à ce qu'une autorisation soit délivrée en faveur d'un employé étranger qu'il désire engager (cf. notamment ATF 114 Ia 307, c. 2a).

E. 5

La société recourante sollicite l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail annuelle en faveur d'un ressortissant chinois qui serait engagé en qualité de cuisinier spécialisé dans la fabrication de nouilles chinoises. a) Selon l'art. 8 al. 1 OLE, une autorisation initiale peut être accordée aux travailleurs ressortissants des Etats de l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE) et de l'Union Européenne (UE). Y. _____ est originaire de Chine et il est constant que ce pays ne fait partie ni de l'association ni de l'union susmentionnées. Cela étant, il convient d'examiner si une exception au principe de l'art. 8 al. 1 OLE peut être consentie. Aux termes de l'art. 8 al. 3 litt. a OLE, les offices de l'emploi peuvent admettre des exceptions à l'art. 8 al. 1 OLE lorsqu'il s'agit de personnel qualifié et que des motifs particuliers le justifient. Les deux conditions précitées sont cumulatives. b) L'ODM a émis des directives et commentaires en matière de marché du travail en novembre 1998 (ci-après : les directives). Celles-ci ont été transmises aux autorités cantonales par lettre circulaire de décembre 1998 dont la teneur est partiellement reprise ci-après : « Nous vous faisons parvenir en annexe les directives et commentaires relatifs au marché du travail concernant l'art. 8 OLE, qui prennent en considération la décision du Conseil fédéral du 21 octobre 1998 d'introduire un système de recrutement binaire. Nous avons également apporté, sur la base des expériences faites et des informations reçues, quelques précisions dans l'optique de faciliter l'application de cette disposition. Les exemples détaillés décrits dans l'annexe pourront servir de lignes directrices et vous fournir une certaine marge d'appréciation lors de l'examen de cas particuliers (...). » Ces directives ont été remaniées en mai 2006. ba) On rappelle en préambule, comme l'a indiqué l'ODM, que ces directives fédérales doivent servir de ligne de conduite aux autorités cantonales qui conservent par conséquent une certaine latitude. Par ailleurs, ces directives ne lient pas le tribunal qui n'en tient compte qu'en tant qu'elles visent une application uniforme du droit fédéral (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3; 128 I 171 consid. 4.3; 121 II 478 consid. 2b; P. Moor, Droit administratif, vol. I, 2^{ème} éd., Berne

1994, p. 264 ss ; dans ce sens, TA, arrêt PE.2005.0300 du 30 décembre 2005 qui rappellent les directives précitées). bb) Les directives fixent des critères spéciaux pour le traitement des exceptions dans diverses branches d'activité, soit notamment dans celle de l'hôtellerie et de la restauration. Dans les deux secteurs précités, des autorisations de durée limitée ou des autorisations à l'année peuvent ainsi être octroyées à du personnel spécialisé lorsque celui-ci travaille dans un établissement ou un secteur d'établissement offrant exclusivement des spécialités du pays d'origine dudit personnel (restaurants chinois, indiens, etc.). A noter que les directives de novembre 1998 excluaient les "fast food" ou les "take away" alors que la version remaniée de mai 2006 prévoit désormais que les établissements exploitant de surcroît un fast food ou proposant des plats à emporter reçoivent une autorisation, si ces services représentent uniquement une part minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite. Les personnes en question doivent posséder une formation de base (apprentissage de trois ans sanctionné par un diplôme ou une formation reconnue équivalente), ainsi que plusieurs années d'expérience professionnelle. Une formation élémentaire ne suffit pas. Au surplus, les conditions des art. 7 et 9 OLE relatives au principe de la priorité des travailleurs indigènes et aux conditions d'engagement doivent être remplies. En l'occurrence, la formation et l'expérience professionnelle de Y. _____ apparaissent suffisantes. Elles n'ont d'ailleurs pas été contestées par l'autorité intimée. Reste à savoir si les exceptions prévues par les directives s'appliquent exclusivement aux restaurants ou si elles peuvent s'étendre à d'autres formes d'établissements, tels celui de la recourante. bc) A teneur des directives, respectivement de l'annexe 4/8a, font exception au principe de la priorité dans le recrutement les cuisiniers de spécialités. Les directives précisent même « uniquement les restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services (les restaurants de spécialités proposent pour l'essentiel des mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières, qui ne peuvent être acquises dans notre pays) ». Ce faisant, sont inévitablement exclus de cette catégorie d'établissements les fast food et autres établissements de plats à l'emporter qui se caractérisent en général par une cuisine rapide, un choix de mets limité et variant peu, dont les composants de base sont préparés à l'avance et souvent même ailleurs (on pense par exemple aux stands de kebab ou aux établissements proposant une variété de hamburgers) et dont on ne saurait admettre que la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières. Il s'avère manifeste que les éléments mis en évidence dans les exigences auxquelles doivent satisfaire les établissements pour obtenir une autorisation sont les « connaissances particulières qui ne peuvent être acquises dans notre pays ». De ce point de vue, il paraît admissible d'octroyer des autorisations à des cuisiniers spécialisés dont les connaissances sont nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement qui souhaite les engager, alors même que celui-ci ne serait pas un restaurant au sens classique du terme. On pense notamment aux services de traiteurs qui peuvent, tout comme un restaurant, suivre « une ligne cohérente » et se distinguer « par la haute qualité de l'offre et des services », étant rappelé que les autorités cantonales conservent une marge d'appréciation dans l'examen de cas particuliers. Il est vrai que selon les directives, seuls les établissements disposant de 40 places assises au moins à l'intérieur peuvent bénéficier de l'exception de l'art. 8 al. 3 OLE. L'ODM avait toutefois admis, dans le cadre d'un précédent recours de X. _____ (cf. notice de mai 1999), que les tables d'hôtes pouvaient être assimilées à des restaurants quand bien même elles ne posséderaient pas le nombre de places imposées par les directives. Cette condition relative au nombre de places

assises, dont on comprend mal au demeurant l'objectif d'intérêt public, n'apparaît donc pas comme essentielle dans la délivrance des autorisations exceptionnelles. Au surplus, le critère des « connaissances particulières » respecte le principe de la liberté du commerce et le principe de l'égalité de traitement s'il est applicable à différents types d'établissements. A cet égard, le tribunal de céans avait déjà jugé, dans un arrêt PE. 2000.0358 du 27 octobre 2000, qu'il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment un restaurant classique japonais d'un service de traiteur consistant à préparer, livrer et parfois servir des plats japonais. En conséquence, bien que n'étant pas un restaurant traditionnel, la recourante pourrait théoriquement bénéficier d'une autorisation de séjour en faveur d'un cuisinier chinois, pour autant que l'engagement d'un tel collaborateur lui soit nécessaire. Or, tel n'est pas le cas pour les raisons qui vont suivre.

E. 6

La recourante justifie son besoin par le fait qu'elle souhaiterait, d'une part, créer une salle à manger et proposer une démonstration de fabrication de nouilles et, d'autre part, renforcer son équipe de cuisine. Le motif pris de la création d'une salle à manger ou table d'hôtes ne peut être retenu faute d'actualité, aucune autorisation de construire n'ayant été délivrée à l'intéressée, ce qui n'était pas le cas lors de l'octroi de l'autorisation de séjour admis par le tribunal de céans dans l'arrêt du 29 décembre 1999 déjà cité. De ce point de vue, la nécessité d'engager un spécialiste en pâtes chinoises paraît dès lors douteuse, faute de lieu approprié pour permettre à l'intéressé de procéder aux démonstrations envisagées. Quant au droit d'obtenir une autorisation à seule fin de renforcer l'équipe de cuisine dans le cadre de son activité principale qui est la livraison à domicile, il doit être nié. En effet, indépendamment du type d'activité exercé par la recourante (traiteur, fast food ou à l'emporter), force est de constater que les mets proposés par la recourante, s'ils nécessitent la présence d'un cuisinier chinois, ne requièrent certainement pas en revanche la présence d'un second cuisinier chinois. En dehors de son projet de démonstration de fabrication de nouilles, la recourante n'a en tous les cas nullement pas démontré l'existence de ce besoin. Il paraît au surplus vraisemblable qu'une personne disponible sur le marché local du travail puisse acquérir dans notre pays les compétences nécessaires, notamment avec l'aide de la personne déjà en place. Enfin, compte tenu des contingents à disposition des cantons, octroyer une deuxième autorisation exceptionnelle à la recourante léserait d'autres établissements remplissant les conditions de l'OLE.

E. 7

Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté et la décision de l'OCMP, qui ne relève au surplus nullement d'un abus ni d'un excès du pouvoir d'appréciation, confirmée. Vu l'issue du pourvoi, les frais du présent arrêt seront mis à la charge de la recourante déboutée (art. 55 al. 1 LJPA).