

VD_OMNI PE.2007.0456 vom 23. April 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-04-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2007.0456

FR: VD_OMNI PE.2007.0456 du 23 avril 2008

IT: VD_OMNI PE.2007.0456 del 23 aprile 2008

Regeste

X. _____ c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Entraîne une rigueur excessive le refus de changement de place d'un cuisinier thai qui a dû quitter son emploi après avoir rencontré de graves problèmes avec son employeur, lequel a fait l'objet d'une condamnation pénale pour les faits reprochés. Une prolongation de l'autorisation de séjour de courte durée pour une année peut être octroyée, les conditions de l'art. 8 al. 3 let. a OLE relatives au personnel qualifié étant remplies. Rappel de la jurisprudence aux termes de laquelle des autorisations de séjour peuvent être octroyées à des cuisiniers spécialisés engagés par des traiteurs.

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 (LJPA; RSV 173.36), 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 du SPOP et de l'Office cantonal de la main-d'oeuvre et du placement rendues en matière de police des étrangers. Déposé en temps utile, selon les formes prescrites par la loi, le recours est formellement recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

La nouvelle loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) entrée en vigueur le 1er 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 présente demande ayant été formulée avant le 1er janvier 2008, le litige doit être examiné à l'aune des anciennes LSEE et OLE.

E. 3

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 127 II 161, cons. 1a et 60, cons. 1a; 126 II 377, cons. 2 et 335, cons. 1a; 124 II 361, cons. 1a), ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce. En particulier, le recourant n'est pas issu d'un Etat membre de la Communauté européenne, de sorte qu'il ne peut pas se prévaloir de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes entré en vigueur le 1er juin 2002 (ALCP; RS 0.142.112.681). Selon l'art. 3 al. 3 LSEE, un étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi en suisse, et un employeur ne peut l'occuper, que si une autorisation de séjour lui en donne la faculté. La procédure d'autorisation est réglée de telle manière que, lorsqu'il s'agit de la prise d'un emploi, l'autorité prendra au préalable l'avis de l'office de placement compétent (art. 16 al. 2 LSEE). Avant que les autorités cantonales de police des étrangers n'accordent l'autorisation d'exercer une activité, elles doivent ainsi requérir une décision préalable (dans le cas d'une première demande) ou un avis (en particulier en cas de prolongation d'une autorisation ou de changement de place) de l'office cantonal de l'emploi, qui déterminera si les conditions prévues par les art. 6 ss de l'Ordonnance limitant le nombre des étrangers (OLE; RS 823.21) sont remplies et si la situation de l'économie et du marché permet l'engagement (art. 42 al. 1 et 43 al. 2 OLE). Le changement de place, de profession et de canton est réglé par l'art. 29 OLE. Il postule une autorisation, avec préavis obligatoire de l'office cantonal de l'emploi. Celle-ci ne sera notamment pas accordée aux bénéficiaires d'une autorisation à l'année pour l'exercice d'une activité déterminée de durée limitée ou d'une autorisation de courte durée (art. 29 al. 2 let. b et c OLE). Des exceptions à ce principe ne peuvent être faites que si des motifs importants font apparaître qu'un refus entraînerait une rigueur excessive (art. 29 al. 3 OLE).

E. 4

En l'espèce, le travailleur concerné s'est vu délivrer une autorisation de courte durée (permis L) dont l'échéance était fixée au 19 septembre 2007, pour travailler dans le restaurant E._____ Sàrl à 3*****. Comme le prévoit la loi, il n'a par conséquent pas le droit de changer de place, à moins que ce refus n'entraîne pour lui une rigueur excessive. Si l'on reprend, par analogie, la notion du cas de rigueur développée par la jurisprudence en relation avec l'art. 13 let. f OLE, on constate qu'il faut, pour admettre un cas de rigueur, 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. Pour l'appréciation du cas d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier (ATF 130 II 39 consid. 3 et les arrêts cités). En l'occurrence, compte tenu des graves problèmes rencontrés avec son employeur, problèmes qui l'ont conduit à dénoncer celui-ci en janvier 2007 auprès du Tribunal des Prud'hommes, respectivement auprès de l'autorité pénale, l'intéressé n'a pas pu exercer son métier jusqu'à l'échéance de son permis. A cet égard, et compte tenu de la condamnation ultérieure dudit employeur, il n'était pas envisageable de lui imposer la continuation des rapports de travail. En outre, n'ayant été "recueilli" par le recourant que dès mi-août 2007, il est vraisemblable qu'il se soit trouvé sans emploi pendant plusieurs mois et n'ait pu

exploiter de manière optimale l'autorisation accordée. Force est donc d'admettre que le changement de place sollicité ne résulte pas de convenances personnelles mais d'une situation exceptionnelle. Dans ces circonstances, le refus d'autorisation de changement de place s'avérerait d'une rigueur excessive, justifiant l'application de l'art. 29 al. 3 OLE.

E. 5

Selon l'art. 20 al. 1 OLE, les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour de courte durée d'une durée d'un an au plus, dans les limites des nombres maximums fixés dans l'appendice 2, al.1, let. a. En vertu de l'art. 25 al. 4 OLE, les autorisations pour des séjours de courte durée selon l'art. 20 peuvent être exceptionnellement prolongées jusqu'à une durée totale de vingt-quatre mois au plus si l'employeur reste le même. En l'occurrence, n'ayant encore obtenu aucune prolongation à ce jour, et la demande de changement de place devant être acceptée, l'autorisation de séjour peut être prolongée jusqu'au 18 septembre 2008, pour autant que les conditions de l'art. 8 OLE soient remplies.

E. 6

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). D._____ est originaire de Thaïlande 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 D. _____ 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 du recourant. 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 recours déposé par une société ayant pour but la livraison à domicile de plats chinois 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, le recourant pourrait théoriquement bénéficier d'une autorisation de séjour en

faveur d'un cuisinier thaï, pour autant que l'engagement d'un tel collaborateur lui soit nécessaire. c) En l'occurrence, le recourant a démontré à satisfaction que tel était le cas. Après avoir engagé successivement trois cuisinières thaï qui, pour diverses raisons, n'ont pu être gardées, il s'est retrouvé sans personnel qualifié en cuisine (ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt TA PE.2005.0615 du 13 novembre 2006 où la demande d'autorisation avait essentiellement pour objectif de renforcer l'équipe de cuisine, l'établissement possédant déjà un cuisinier étranger spécialisé). En outre, malgré des recherches nombreuses et diversifiées, il n'a pas été en mesure de trouver, sur le marché local de l'emploi, un collaborateur ayant les connaissances requises pour le bon fonctionnement de son établissement.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision entreprise. Vu l'issue du pourvoi, les frais du présent arrêt seront mis à la charge de l'Etat.

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