

VD_OMNI PE.2009.0641 vom 17. Mai 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-05-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2009.0641

FR: VD_OMNI PE.2009.0641 du 17 mai 2010

IT: VD_OMNI PE.2009.0641 del 17 maggio 2010

Regeste

A. X. _____, B. X. _____ c/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi |
Les requérants, qui exploitent un service traiteur proposant des mets à consommer sur place ou à emporter, ont établi à satisfaction de droit qu'ils avaient besoin d'une personne qualifiée possédant des compétences spécifiques en matière de cuisine thaï. L'autorité intimée a dès lors abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de leur octroyer l'autorisation d'engager un cuisinier thaï disposant de compétences particulières dont le profil ne se trouve pas sur le marché du travail suisse ou d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE. Recours admis.

Erwägungen

E. 1

a) La nouvelle loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr; RS 142.20), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, abroge et remplace l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (aLSEE). A titre de droit transitoire, l'art. 126 al. 1 LEtr prévoit toutefois que les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr sont régies par l'ancien droit. Simultanément, l'ancienne 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 limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (aOLE; RO 1986 1791 et les modifications subséquentes). Les dispositions transitoires de la LEtr sont applicables par analogie à cette ordonnance. b) En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative ayant été déposée après l'entrée en vigueur de la LEtr, la validité matérielle de la décision attaquée doit être examinée à l'aune du nouveau droit.

E. 2

Exceptés les cas où une disposition légale prévoit expressément le contrôle de l'opportunité d'une décision, le tribunal de céans 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. 98 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA; RSV 173.36). La LEtr ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir de contrôle de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce motif ne saurait être examiné par le tribunal de céans. Une autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsque, exerçant les compétences dévolues par la loi, elle 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 (ATF 116 V 307 consid. 2 p. 310 et les arrêts cités).

E. 3

Les recourants ont sollicité l'autorisation d'engager un ressortissant thaïlandais en qualité de cuisinier pour l'exploitation de leur entreprise proposant un service traiteur et un commerce d'alimentation thaïlandaise. L'autorité intimée a refusé de délivrer l'autorisation requise au motif que l'admission de ce travailleur ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et qu'une autorisation ne peut être octroyée que pour l'engagement d'un cuisinier spécialisé exerçant son activité dans un restaurant. a) aa) Aux termes de l'art. 18 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée que si cela sert les intérêts économiques du pays (let. a), si son employeur a déposé une demande (let. b) et si les conditions fixées aux art. 20 à 25 de la loi sont remplies (let. c). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre de ces autorisations (art. 20 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 été trouvé (art. 21 al. 1 LEtr.). Selon le ch. 4.3.2 des directives édictées par l'ODM (ci-après: directives ODM), dans leur teneur du 20 août 2009, l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr exige que l'employeur ait annoncé le poste vacant auprès des offices régionaux de placement (ci-après: ORP) et entrepris en outre toutes les démarches nécessaires (annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement) pour trouver un travailleur disponible sur le marché suisse. L'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts produits, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste à des candidats disponibles en Suisse ou dans les Etats de l'Union européenne (ci-après: UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après: AELE). Des contacts avec des ressortissants d'Etats tiers ne seront établis que lorsque les efforts entrepris n'ont pas abouti. Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 aOLE (cf. arrêt PE.2008.0300 du 6 février 2009 consid. 2a p. 3). A teneur de l'art. 23 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de séjour (al. 1); en cas d'octroi, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel ou social (al. 2); en dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 let. c de cette disposition, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. Les directives ODM précisent qu'en règle générale, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne peut être autorisée que lorsque l'exigence relative aux qualifications personnelles existantes est satisfaite. Ces qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux (diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience, diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques). En ce qui concerne le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, l'ODM pose en outre les exigences suivantes pour l'engagement de cuisiniers de spécialités: "a) Uniquement les restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services et 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. b) Les établissements exploitant de surcroît un fast-food ou proposant des plats à emporter reçoivent une autorisation

uniquement si ces services ne représentent qu'une part minime du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite. c) L'effectif du personnel de l'établissement équivaut à cinq postes (500%) au moins. Les stagiaires des écoles hôtelières ne peuvent pas être intégrés dans le décompte des postes de travail occupés. d) L'établissement doit disposer de 40 places au moins à l'intérieur. e) Le salaire doit être conforme aux conditions en usage dans la localité et la profession et correspondre au moins aux normes fixées dans la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés, catégorie III, lettre b) ou c). f) L'établissement doit présenter un bilan et un compte de résultat sains, ne pas accuser de perte et être en mesure de rémunérer tous les employés conformément à la CCNT. g) S'agissant de l'engagement de cuisiniers suite à l'ouverture ou la reprise d'un établissement, l'on demande en outre un plan d'exploitation (avec bilan et compte de résultat escomptés, étude de marché et analyse de la concurrence, tableau d'effectifs comportant le nombre d'employés, leur nationalité et leur degré d'occupation, etc.)." Pour sa part, le professionnel dont l'engagement est demandé doit bénéficier d'une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et d'une expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse) . En cas d'absence de diplôme, une attestation du ministère du travail de l'Etat étranger concerné indiquant que les qualifications professionnelles sont suffisantes doit être transmise. Les cuisiniers spécialisés n'ayant pas achevé une formation assortie d'un diplôme ou ne disposant pas de l'attestation requise concernant leurs qualifications professionnelles peuvent cependant aussi être admis, à condition de pouvoir faire valoir une longue expérience professionnelle.

L'accomplissement d'études dans une école hôtelière n'est pas considéré comme une formation de cuisinier (directives ODM, ch. 4.3.4 et 4.7.9.1.). L'on rappellera par ailleurs que les directives ODM doivent servir de ligne de conduite aux autorités cantonales qui conservent par conséquent une certaine latitude. Elles 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; Pierre Moor, Droit administratif, 2^{ème} éd., Berne 1994, vol. I, pp. 264 ss; arrêt PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6 p. 6). bb) Le Tribunal administratif, puis, depuis le 1^{er} janvier 2008, la CDAP ont rendu une jurisprudence étoffée en matière de demandes d'autorisation pour l'engagement de cuisiniers, tant à l'aune de la LEtr que de l'aLSEE. Le refus de délivrer une autorisation de séjour a par exemple été confirmé s'agissant de l'engagement d'un ressortissant canadien, mais originaire du Liban, pour travailler dans un établissement de confection de kebabs (arrêt PE.2009.0260 du 26 août 2009). De même, le recours interjeté par une société exploitant un restaurant asiatique concernant l'engagement d'un ressortissant chinois a été rejeté, car ce dernier, qui se prévalait d'une expérience en qualité de serveur, ne possédait aucun diplôme relatif à une formation dans le domaine de la cuisine (arrêt PE.2008.0300 du 6 février 2009). Une société exploitant un restaurant japonais s'est également vu refuser l'autorisation d'engager une travailleuse malaisienne au motif que l'expérience dont elle se prévalait était sans rapport avec le type de cuisine proposé par l'établissement en question (arrêt PE.2008.0245 du 27 octobre 2008). En revanche, les recours interjetés contre le refus de délivrer une autorisation ont été admis s'agissant d'un cuisinier chinois possédant un diplôme et une très longue expérience professionnelle (arrêt PE.2004.0060 du 6 décembre 2004) et d'un cuisinier pakistanais qui avait, au terme d'une formation de trois ans, exercé son activité pendant plusieurs années dans son pays d'origine, puis aux Etats-Unis (arrêts PE.2003.0370 du 25 mai 2004). Par ailleurs, le tribunal de céans a jugé qu'il n'y avait

aucune raison objective de traiter différemment un cuisinier japonais dont les mets sont servis dans un restaurant de celui dont les mets sont livrés, voire même aussi servis, chez le client (arrêts PE.2007.0456 du 23 avril 2008; PE.2000.0358 du 27 octobre 2000). b) aa) En l'espèce, s'agissant de la condition de l'ordre de priorité, les recourants ont produit plusieurs documents attestant des démarches entreprises pour trouver un employé sur le marché local présentant le profil requis. Ils ont notamment publié une annonce mensuelle sur le site "petitesannonces.ch" depuis le mois de novembre 2008, ainsi qu'à la Migros le 29 avril 2009 et à la Coop le 15 mai 2009. Ils ont en outre inscrit leur offre d'emploi à l'ORP de la Riviera le 12 juin 2009. L'on peut dès lors considérer que les démarches effectuées en vue de trouver un employé qui satisfasse aux exigences du poste sont suffisantes. bb) Concernant les qualifications personnelles, l'on doit admettre, à l'instar de ce qui a été jugé dans la cause précédente concernant le même cas, que les recourants peuvent prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur d'un cuisinier thaï quand bien même ils n'exploitent pas un restaurant traditionnel répondant aux critères établis par l'ODM, mais un service de traiteur qui proposent également des mets à consommer sur place et qui nécessite l'intervention d'un cuisinier qualifié. Le cas diffère en effet d'un service de traiteur qui proposerait par exemple des plats préfabriqués dont l'élaboration finale avant le service au client ne requiert aucune compétence particulière. En l'espèce, les recourants ont établi à satisfaction de droit qu'ils ont besoin d'une personne qualifiée possédant des compétences spécifiques en matière de cuisine thaï. L'employé concerné par la demande des recourants doit dès lors être mis au bénéfice de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr qui prévoit une dérogation pour les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières si leur admission répond de manière avérée à un besoin. Dans ce cas, le travailleur concerné, qui n'est pas un cadre, un spécialiste ou un autre travailleur qualifié, ne doit pas nécessairement être titulaire d'un diplôme ou disposer d'une formation professionnelle spéciale assortie d'une expérience de plusieurs années. Il suffit qu'il détienne des compétences particulières qui répondent à un besoin. Il apparaît dès lors que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation en niant les connaissances et les capacités spéciales en matière de cuisine thaï en possession de C. Y._____, lesquelles répondent au besoin d'un service de traiteur thaï proposant des mets fraîchement cuisinés à ses clients. cc) L'admission de C. Y._____ paraît pour le surplus servir les intérêts économiques de la Suisse, dès lors qu'elle permet la poursuite de l'exploitation d'une entreprise qui, à défaut de cuisinier compétent, devrait fermer ses portes. De plus, il apparaît que les recourants devront quoiqu'il en soit recourir aux services d'un cuisinier thaï spécialisé, que ce soit C. Y._____ ou une autre personne. Or, aucun autre employé potentiel possédant les qualifications requises et la nationalité suisse ou d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE n'a pu être trouvé à ce jour (cf. supra consid. 3b aa).

E. 4

Les considérations qui précèdent conduisent à l'admission du recours. Les frais sont laissés à la charge de l'Etat. Il ne sera pas alloué de dépens aux recourants qui ont agi seuls (art. 49 et 55 LPA).