

VD_OMNI PE.2016.0465 vom 6. April 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-04-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2016.0465

FR: VD_OMNI PE.2016.0465 du 6 avril 2017

IT: VD_OMNI PE.2016.0465 del 6 aprile 2017

Regeste

A. _____, B. _____/Service de l'emploi (SDE), Service de la population (SPOP) | Confirmation du refus de l'autorité de délivrer en faveur d'un ressortissant indien, engagé par un restaurant de spécialités exotiques en qualité de cuisinier non qualifié. L'employeur n'établit pas avoir entrepris, en vain, tous les efforts nécessaires et suffisants afin que le poste en question puisse être attribué à des candidats issus du marché local. Le poste que cet employeur cherche à pourvoir dans son établissement et pour lequel elle a engagé un ressortissant indien ne nécessite pas des compétences particulières qui ne peuvent s'acquérir que dans un Etat tiers. Enfin, il n'est pas démontré que ce dernier dispose de compétences particulières, au point qu'il faille le considérer comme un spécialiste. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp, RSV 822.11), la loi sur la procédure administrative est applicable aux décisions rendues en application, notamment, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), ainsi qu'aux recours contre lesdites décisions. Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Aux termes de l'art. 40 al. 2 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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 telle activité. Selon l'art. 83 al. 1 let. a de l'ordonnance fédérale du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201), avant d'octroyer une première autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale décide notamment si les conditions sont remplies pour exercer cette activité au sens des art. 18 à 25 LEtr. a) A teneur de l'art. 11 LEtr, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3). L'art. 1a OASA précise qu'est considérée comme activité salariée toute activité exercée pour un employeur dont le siège est en Suisse ou à l'étranger, indépendamment du fait que le salaire soit payé en Suisse ou à l'étranger et que l'activité

soit exercée à l'heure, à la journée ou à titre temporaire (al. 1); est également considérée comme activité salariée toute activité exercée en qualité d'apprenti, de stagiaire, de volontaire, de sportif, de travailleur social, de missionnaire, de personne exerçant une activité d'encadrement religieux, d'artiste ou d'employé au pair (al. 2). Le service chargé, en vertu du droit cantonal, d'octroyer les autorisations de travail - le SDE en l'occurrence (cf. art. 64 al. 1 let. a LEmp) - décide si l'activité d'un étranger est considérée comme une activité lucrative au sens de l'art. 11 al. 2 LEtr et, en cas de doute, il soumet le cas, pour décision, au Secrétariat d'Etat aux migrations ([SEM]; cf. art. 4 OASA). b) 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). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEtr, les directives intitulées "I. Domaine des étrangers " du SEM prévoient en particulier ce qui suit (octobre 2013, version actualisée au 6 mars 2017): «(...) Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre 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. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (...)» (ch. 4.3.2.1). «L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'Etats tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc.» (ch. 4.3.2.2). Ces règles correspondent à ce que prévoyaient les art. 7 et 8 de l'ordonnance fédérale du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE), abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2008. c) Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif puis la Cour de droit administratif et de droit public du Tribunal cantonal ont 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. Aussi la jurisprudence a-t-elle en principe consacré le rejet des 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, arrêts PE.2013.0474 du 13 août 2014; PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014; PE.2012.0041 du 14 juin

2012; PE.2010.0106 du 11 mai 2010; PE.2009.0042 du 14 décembre 2009; PE.2006.0405 du 19 octobre 2006 et les arrêts cités). Ainsi, le refus a été confirmé chaque fois qu'il est apparu que le poste décrit avait été créé de toutes pièces ou sur mesure pour le requérant (arrêts PE.2014.0208 du 22 janvier 2015; PE.2014.0214 du 10 septembre 2014; PE.2013.0474 du 13 août 2014). A cela s'ajoute que les efforts de recrutement ne peuvent être pris en considération que si les annonces parues correspondent au profil de l'employé étranger pressenti. En outre, les recherches requises doivent avoir été entreprises dans la presse et auprès des offices régionaux de placement (ORP) pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (arrêt PE.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (arrêt PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014). Ainsi, dans le cas d'un employeur qui souhaitait engager une ressortissante polonaise, le tribunal a considéré que la parution de quatre annonces dans un quotidien régional, dont deux dataient de plus d'une année au moment du dépôt de la demande et l'une était postérieure à cette demande, et l'annonce du poste à l'ORP seulement deux semaines avant l'engagement de l'étrangère, ne pouvaient être considérées comme conformes à l'exigence de recherches suffisantes sur le marché indigène. Les arguments avancés pour refuser les candidats qui s'étaient présentés étaient en outre lacunaires ou peu convaincants (arrêt PE.2008.0480 du 27 février 2009, confirmé sur recours par arrêt du Tribunal fédéral 2C_217/2009 du 11 septembre 2009 consid. 3.2). S'agissant d'une ressortissante roumaine, le tribunal a jugé que la seule annonce du poste sur le site internet de l'employeur et sur les présentoirs de grands magasins n'était pas suffisante, l'inscription auprès de l'office régional de placement ayant été effectuée postérieurement à la demande (arrêt PE.2009.0417 du 30 décembre 2009; v. dans le même sens arrêt PE.2014.0295 du 5 juin 2015 consid. 2d). Ont aussi été considérées comme insuffisantes des recherches par voie d'une ou deux annonces dans la presse, un ou deux ans avant le dépôt de la demande pour l'engagement d'un ressortissant bulgare, et l'absence d'annonce à l'office régional de placement (arrêt PE.2009.0244 du 27 novembre 2009). 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 (arrêt PE.2006.0388 du 16 octobre 2007), de même qu'une unique annonce auprès de l'ORP local (arrêt PE.2013.0274 du 30 juillet 2014). Plus récemment, le Tribunal cantonal a confirmé le refus de délivrer un permis de travail à une ressortissante roumaine pour un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise générale de la construction, parlant à la fois le roumain et le serbo-croate. C'est seulement après avoir été invité par le SDE à démontrer ce qui précède que l'employeur avait entrepris des recherches de candidats susceptibles de répondre aux exigences du poste et avait fait publier une annonce dans la presse. Il en est ressorti que le poste avait en réalité été taillé sur mesure pour l'intéressée, qui arrivait au terme de sa formation dans l'horlogerie et dont l'engagement résultait d'une pure convenance personnelle de l'employeur (arrêt PE.2015.0018 du 30 juillet 2015; dans le même sens, arrêts PE.2015.0069 du 6 août 2015; PE.2012.0285 du 4 décembre 2012). d) Aux termes de l'art. 22 LETr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. 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 de cette disposition, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (let. a), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b), les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c), les cadres transférés par des entreprises actives au plan international (let. d), les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (let. e). Aux termes de la directive du SEM précitée (ch. 4.3.4): «(...) Les qualifications personnelles 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. Lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail. (...)» La référence aux "autres travailleurs qualifiés" de l'art. 23 al. 1 LETr devrait permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte des exigences du marché de l'emploi que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, cela pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger concerné ne puissent être trouvées parmi la main-d'œuvre résidente au sens de l'art. 21 LETr (arrêt du TAF C-5420 du 15 janvier 2014, consid. 8.1 et les réf. cit.). Sur ce point, il a été jugé qu'un poste de secrétaire-réceptionniste dans une entreprise de construction ne requerrait pas des connaissances ou des capacités professionnelles particulières (arrêt PE.2015.0118, déjà cité), de même qu'une responsable commerciale, plus précisément spécialiste en gestion des déchets (arrêt PE.2009.0492 du 14 décembre 2009), ou même un œnologue (arrêt PE.2009.0119 du 17 septembre 2009; cf. en outre, dans le même sens, arrêts PE.2014.0331 du 17 août 2015; PE.2009.0173 du 24 août 2009; PE.2009.0225 du 20 juillet 2009). e) Peuvent notamment être admis, en dérogation aux al. 1 et 2, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (art. 23 al. 3 let. c LETr). Dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, les conditions d'application de cette disposition ont été précisées par les directives du SEM (ch. 4.7.9.1.1), de la manière suivante : "Les cuisiniers engagés par des restaurants de spécialités peuvent être autorisés si les conditions suivantes sont remplies: a) L'employeur (restaurant de spécialités) suit une ligne cohérente, se distingue par la haute qualité de l'offre et des services et propose, 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) L'employeur démontre qu'il a déployé tous les efforts de recherche possibles (voir ch. 4.3.2). c) 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 minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite. d) 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. e) L'établissement doit disposer de 40 places au moins à l'intérieur. f) L'établissement présente un bilan et un compte de résultats sains, n'accuse pas de pertes et est en mesure de rémunérer tous les employés conformément à la CCNT. g) 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 IV. h) 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 résultats 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.)." Des conditions ont également été posées concernant les qualifications de la personne dont l'engagement est requis (directive précitée, ch. 4.7.9.1.2). Celle-ci doit ainsi 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). Selon la jurisprudence, le critère déterminant pour se prononcer sur le caractère spécialisé d'un restaurant repose sur la haute qualité de l'offre et des services proposés des mets, pour l'essentiel exotiques, dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières qui ne peuvent pas être acquises dans notre pays, ainsi que les connaissances particulières nécessaires à l'élaboration de la cuisine, dans le but de garantir un standard de qualité (arrêt PE.2012.0166 du 13 décembre 2012 consid. 3c ; PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6bc). C'est dans ce sens que doivent être appréciés les critères posés par les directives du SEM qui n'ont pas force de loi (cf. arrêt du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 ; consid. 8.4.2.1 ; C-8763/2007 du 28 mai 2008 consid.

E. 7

et 8 ; arrêts PE.2013.0041 du 27 mai 2013 consid. 2b ; PE.2012.0166 du 13 décembre 2012 consid. 3c). Il résulte de ces considérants que l'autorisation de séjour, avec activité lucrative en faveur de cuisiniers spécialisés est soumise à la triple condition que l'établissement soit un restaurant de spécialité, c'est-à-dire un restaurant de haute qualité dont la cuisine, pour l'essentiel exotique nécessite des compétences particulières qui ne peuvent s'acquérir ni en Suisse ni dans l'Union européenne (cf. ordre de priorité de l'art. 21 LETr), que le travailleur étranger dispose des compétences particulières et qu'il existe un besoin avéré de l'engager (arrêt PE.2014.0266 du 17 septembre 2014). Toujours s'agissant des métiers de la restauration, il a été jugé que la préparation de kebabs ne nécessitait pas de connaissances ou compétences professionnelles particulières au sens des art. 23 al. 1 et 3 let. c LETr (arrêts PE.2016.0398 du 20 décembre 2016 ; PE.2013.0041 du 27 mai 2013), qu'un pizzaiolo n'était pas un spécialiste au sens de la même disposition (arrêts PE.2012.0427 du 26 février 2013 ; PE.2012.0002 du 29 mai 2013), de même qu'un «chargé d'événements» (arrêt PE.2013.0002 du 12 février 2013), un serveur, même pourvu de connaissances en matière de cocktails brésiliens, dans un bar brésilien, parlant espagnol et portugais (arrêt PE.2010.0184 du 31 décembre 2010). Il a en outre été jugé qu'un ressortissant indien, ne pouvant se prévaloir d'une formation de cuisinier et titulaire d'un diplôme hôtelier, sans expérience, n'était pas un spécialiste susceptible d'être engagé par un restaurant servant notamment des spécialités indiennes (arrêt PE.2011.0130 du 25 août 2011). Dans le même sens, l'autorisation de séjour requise en faveur d'un ressortissant indien, engagé dans un restaurant pour la mise en place d'une cuisine italo-indienne, a été refusée, les critères arrêtés pour ce poste semblant avoir été taillés sur mesure pour l'intéressé, qui en outre n'était titulaire d'aucun diplôme professionnel de cuisinier (arrêt PE.2012.0285, déjà cité). 3. En l'occurrence, c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu que les conditions permettant à B. _____ d'obtenir une autorisation de séjour n'étaient pas réunies. a) On relève tout d'abord qu'A. _____ s'est contentée de publier pour le poste de travail en question cinq offres d'emploi sur Facebook, dont une postérieurement à la demande

d'autorisation de séjour en faveur de l'intéressé. Il n'est pas démontré qu'elle se soit tournée en outre vers l'ORP afin de pourvoir à sa recherche d'un cuisinier non qualifié. Ainsi, A. _____ n'établit pas avoir entrepris, en vain, tous les efforts nécessaires et suffisants afin que le poste en question puisse être attribué à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Or, c'est seulement si cette condition préalable avait été réalisée qu'une autorisation de séjour en faveur d'un ressortissant d'un Etat tiers aurait pu être délivrée à l'intéressé (cf. art. 21 al. 1 LEtr). Peu importe à cet égard qu'il s'agisse d'un contrat d'une durée déterminée d'une année. Une autorisation de courte durée peut en effet être délivrée, sans être impactée sur les nombres maximums (contingents), pour des événements importants sur le plan économique et qui requièrent un engagement à court terme de cuisiniers spécialisés qualifiés, qui exercent une activité en Suisse durant un total de quatre mois au maximum sur une période de douze mois (cf. art. 19 al. 4 let. a OASA ; directives précitées, ch. 4.7.9.3.1). En l'occurrence, l'on ne se trouve pas dans une situation de ce genre. b) Le poste qu'A. _____ cherche à pourvoir dans son établissement et pour lequel elle a engagé B. _____ ne nécessite pas des compétences particulières qui ne peuvent s'acquérir que dans un Etat tiers. Dans ses écritures, A. _____ insiste sans doute sur le fait qu'elle recherche des «personnes possédant des connaissances en cuisine internationale/exotique traditionnelle, mais disposant également de techniques de cuisine française et européenne» . On gardera cependant à l'esprit que les offres d'emploi publiées sur Facebook ont toutes trait à la recherche d'un second en cuisine, ne justifiant pas de compétences professionnelles particulièrement étendues. En outre, la demande du

E. 12

octobre 2016 concerne un emploi de cuisinier non qualifié. Il est plus que douteux que des candidats répondant aux conditions du marché de travail local ne puissent correspondre à un tel profil. c) Il n'est pas démontré en troisième lieu que B. _____ dispose de compétences particulières au point qu'il faille le considérer comme un spécialiste au sens de l'art. 23 al. 1 et 3 let. c LEtr. Il dispose sans doute d'un diplôme en gestion culinaire («culinary management»), qui lui a été attribué par une école hôtelière de renom. On gardera à l'esprit cependant qu'un diplôme hôtelier ne constitue pas une formation de cuisinier; voir à ce sujet, directives du SEM, ch. 4.7.9.1.2). En outre et surtout, B. _____ ne peut se prévaloir d'aucune expérience professionnelle dans le secteur cuisinier spécialisé. Les quatre expériences dont il a fait état à l'appui de la demande ont exclusivement trait à des stages professionnels de durée déterminée, dont l'un chez A. _____, ce qui est à cet égard insuffisant. On relève du reste que, dès lors que B. _____ venait d'effectuer un stage de six mois dans son établissement, le choix d'A. _____ pourrait, d'emblée en quelque sorte, s'être porté sur lui. Quoi qu'il en soit, on peut laisser ce dernier point indécis. 4. Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Vu l'issue du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge des recourants, qui succombent (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). En outre, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).