

VD_OMNI PE.2019.0007 vom 31. Juli 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-07-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0007

FR: VD_OMNI PE.2019.0007 du 31 juillet 2019

IT: VD_OMNI PE.2019.0007 del 31 luglio 2019

Regeste

A. _____, B. _____/Service de l'emploi (SDE), Service de la population (SPOP) |
Demande de main d'oeuvre étrangère déposée en faveur d'un ressortissant chinois pour un poste de cuisinier dans un restaurant spécialisé dans la cuisine asiatique. Principe de l'ordre de priorité pas respecté, l'employeur n'ayant effectué des recherches pour un spécialiste qu'une seule fois sur un site internet général de petites annonces en Suisse et sur un site chinois; de plus, le cercle des personnes recherchées a été trop limité (candidat masculin de moins de 45 ans). Par ailleurs, le candidat en question ne peut pas être considéré comme ressortissant indigène même s'il possède un permis de travail et de séjour pour un pays de l'UE. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Le litige porte sur la délivrance d'une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant chinois, engagé comme chef de cuisine dans un restaurant asiatique à *****, proposant selon sa carte des mets des spécialités chinoises, japonaises, vietnamiennes et thaïlandaises. a) Aux termes de l'art. 18 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20; intitulée jusqu'au 31 décembre 2018 loi fédérale sur les étrangers, LEtr), un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée si son admission 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 LEI). 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 (art. 21 al. 1 LEI). L'art. 21 al. 2 LEI définit le cercle des personnes qui sont considérées comme " travailleurs en Suisse " au sens de l'art. 21 al. 1 LEI. En dérogation à l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (art. 21 al. 3, 1 ère phrase, LEI). 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 (art. 22 LEI). Selon l'art. 23 al. 1 LEI, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. En dérogation à cette disposition, peuvent notamment être admises 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 LEI). b) aa) Le ch. 4.7.9.1.1 des directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) dans le " Domaine des étrangers " (directives LEI), dans leur version au 1 er juin 2019 - au demeurant strictement identiques sur ce point

à celles applicables au moment du dépôt de la demande d'autorisation -, prévoit par rapport à la restauration et plus particulièrement pour des cuisiniers engagés dans un restaurant de spécialités une série d'exigences cumulatives auxquelles doivent satisfaire les établissements souhaitant embaucher de la main-d'œuvre étrangère: "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 [selon le ch. 4.3.2 des mêmes directives] . c) Les établissements exploitant de surcroît un fast-food ou proposant des plats à l'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 dispose de 40 places au moins à l'intérieur. f) L'établissement présente un bilan et un compte de résultat 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 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.)." S'agissant des qualifications que doit présenter le travailleur étranger dont l'engagement est requis en qualité de cuisinier spécialiste, les directives LEI indiquent encore (ch. 4.7.9.1.2) qu'il doit bénéficier d'une formation de cuisinier de plusieurs années achevée par un diplôme (ou une formation équivalente reconnue) et d'une expérience professionnelle d'au moins sept ans dans le secteur cuisinier spécialisé (durée de la formation comprise). A défaut de diplôme de cuisinier, une expérience professionnelle de plusieurs années, dix ans en règle générale, peut valoir comme preuve d'une qualification professionnelle équivalente, si elle est attestée par le ministère étranger compétent, une association professionnelle ou une attestation similaire (par exemple certificats de travail).

bb) Au sujet des efforts de recherche, les directives LEI retiennent ce qui suit au ch. 4.3.2, auquel renvoie le ch. 4.7.9.1.1 let. b des directives : " 4.3.2 Ordre de priorité (art. 21 LEI)

4.3.2.1 Principe Le recours, en priorité, aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers. Le principe de la priorité des travailleurs indigènes doit être en principe appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (cf. arrêts du TAF [réd.: Tribunal administratif fédéral] C-106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4. et C-679/2011 du 27 mars 2012, consid. 7.1.). Il est retenu en faveur des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE, dont le statut est régi par l'ALCP et qui ont droit à l'admission. Sont considérés comme travailleurs indigènes, outre les citoyens suisses, les étrangers établis, les demandeurs d'emploi étrangers se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler (art. 21, al. 2, LEI). Par conséquent, les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'espace

UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question. [...] Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) 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 (cf. arrêts du TAF C-2638/2010 du 21 mars 2011, consid. 6.3., C-1123/2013 du 13 mars 2014, consid. 6.4. et C-106/2013 du 23 juillet 2014, consid. 6). [...] 4.3.2.2 Efforts de recherche L'employeur doit être en mesure de rendre crédible 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. [...] " c) Dans leur jurisprudence constante, l'ancien Tribunal administratif (TA) puis la CDAP 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 apparaissait que c'était par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'était 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 références). Ainsi, le refus a été confirmé à chaque fois qu'il est apparu que le poste décrit avait été créé de toutes pièces ou sur mesure pour le requérant (CDAP 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 ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère, et non plusieurs mois auparavant (CDAP PE.2012.0010 du 23 mars 2012) ni, a fortiori, après la demande de permis (CDAP PE.2014.0006 du 1^{er} juillet 2014; cf. ég. PE.2010.0357 du 4 avril 2011). 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 (CDAP 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 de plus été effectuée postérieurement à la demande (CDAP PE.2009.0417 du 30 décembre 2009; cf. 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 (CDAP 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 (TA PE.2006.0388 du 16 octobre 2007), pas davantage qu'une unique annonce auprès de l'ORP local (CDAP PE.2013.0274 du 30 juillet 2014). A en outre été confirmé le refus de délivrer des autorisations de séjour et de travail à deux étudiantes roumaines, engagées par les parents de trois enfants en bas âge en qualité d'employées de maison pour une durée de douze mois. Une seule annonce était préalablement parue à l'ORP et le poste, exigeant des candidates qu'elles parlent l'italien ou le roumain et possèdent leur propre voiture, paraissait avoir été taillé sur mesure pour ces deux étudiantes. En outre, il était possible aux parents de trouver sur le marché du travail indigène une personne italienne ou roumaine d'origine, disposant d'une autorisation de séjour et de qualifications en rapport avec celles recherchées (CDAP PE.2014.0214 du 10 septembre 2014). En revanche, les recherches ont été estimées adéquates dans le cas d'un institut qui avait opté pour un ressortissant mexicain, trilingue et diplômé, destiné à enseigner la langue espagnole, après avoir passé des annonces par voie de presse en Suisse et en Grande-Bretagne, sur Internet et s'être adressé à une agence de placement spécialisée en Espagne. Sur 60 candidatures, l'employeur avait entendu une demi-douzaine de candidats avant de faire son choix (TA PE.2006.0625 du 7 mai 2007; PE.2004.0352 du 10 novembre 2004 consid. 6a).

E. 2

En l'espèce, le SDE reproche à la recourante de ne pas avoir déployé suffisamment d'efforts pour rechercher des candidats en Suisse, dans l'Union européenne (UE) et d'autres pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE). La recourante est d'avis qu'il suffisait qu'elle ait annoncé le poste à l'ORP et publié des annonces sur les sites Internet " petitesannonces.ch " et " swissant.com ". Il est constaté que le site " swissant.com " est pour l'essentiel rédigé en chinois. Dans cette mesure, il s'adresse en premier lieu à des personnes d'origine chinoise et non pas à des indigènes ou des personnes de l'UE et de l'AELE. Sont ainsi exclues toutes les personnes qui ne comprennent pas le chinois, notamment les personnes parlant une langue européenne, mais également celles qui parlent le japonais, le vietnamien ou le thaïlandais, alors que le restaurant de la recourante propose aussi des plats de ces pays. Les personnes maîtrisant la cuisine asiatique ne parlent pas forcément le chinois. Dès lors, la majeure partie des candidats potentiels sur sols suisse et européen ne pouvait être atteinte par une telle annonce. En définitive, il doit être considéré que ce site s'adresse prioritairement à des ressortissants chinois qui cherchent des emplois en Suisse ou en Europe. Cela ne suffit de loin pas pour prouver des efforts de recherche requis par la jurisprudence et les directives LEI, même s'il n'est pas exclu que certains travailleurs en Suisse au sens de l'art. 21 al. 2 LEI ou ressortissants d'Etats de l'UE et de l'AELE consultent également ce site. La recourante aurait à tout le moins dû effectuer également des recherches dans la presse et sur des sites spécialisés suisses et européens, voire avoir encore

recours à des agences de placement. Certes, la recourante fait valoir qu'elle a publié des annonces également sur le site " petitesannonces.ch " et a annoncé le poste à l'ORP. Le site " petitesannonces.ch " se limite au marché de la Suisse romande et ne fait pas partie d'un média électronique spécialisé sur l'offre de postes dans la restauration. Avant de conclure le contrat avec le recourant et de déposer sa demande d'autorisation fin septembre 2018, elle n'a par ailleurs publié qu'une seule annonce le 14 août 2018, les précédentes annonces de 2016 et 2017 ne pouvant pas être retenues dans ce cadre; la recourante n'a par ailleurs même pas exposé le contenu de ces annonces. Quant à l'annonce du poste de cuisinier à l'ORP, la recourante ne peut s'en contenter pour des recherches au niveau suisse et européen, même si cette annonce constitue une des exigences pour attester des efforts de recherche entrepris. De plus, la recourante n'a pas renouvelé cette annonce déposée le 22 décembre 2017 à l'ORP avant de déposer sa demande d'autorisation fin septembre 2018. Elle pouvait s'imaginer qu'une annonce de 2017 n'était plus d'actualité en été et automne 2018, d'autant plus qu'elle avait dans un premier temps engagé deux cuisiniers. On relèvera encore que l'annonce à l'ORP se rapporte à des candidats masculins, si possible de moins de 45 ans. Les annonces sur Internet s'adressent également à des personnes de moins de 45 ans. On ne voit pas la nécessité de telles restrictions, à la limite discriminatoire, du cercle de candidats potentiels que cela soit par le critère du sexe ou celui de l'âge. En limitant de la sorte ses recherches, la recourante ne remplit pas non plus les exigences requises. Du reste, nonobstant la requête dans ce sens du SDE du 22 octobre 2018, la recourante n'a à aucun moment donné des indications sur d'autres candidats et s'est contentée de déclarer, sans autres précisions, que ceux-ci ne remplissaient pas les critères requis. En conclusion, il ne peut pas être reproché au SDE d'avoir considéré que la recourante n'avait pas déployé des efforts de recherche suffisants. Le grief du formalisme excessif est également mal fondé.

E. 3

Les recourants invoquent encore dans leur mémoire complémentaire du 21 janvier 2019 que le recourant devrait être considéré comme un ressortissant de l'UE compte tenu de l'autorisation de travail et de séjour dont il bénéficie en Hongrie. Si ce dernier pays est un Etat de l'UE, le recourant n'est pas ressortissant hongrois et le fait de disposer d'une autorisation de séjour et de travail dans ledit pays ne lui confère pas la qualité de ressortissant de l'UE. Selon l'art. 9 du Traité sur l'Union européenne conclu le 7 février 1992, est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre. La Chine, dont le recourant est ressortissant, n'est pas un Etat membre de l'UE. N'étant pas en possession d'un titre de séjour en Suisse avec un droit d'y exercer une activité lucrative, le recourant ne peut pas non plus être considéré comme travailleur indigène au sens de l'art. 21 al. 2 LEI. Les ressortissants d'Etats ne faisant pas partie de l'UE et de l'AELE avec des autorisations de séjour et de travail d'un Etat de l'UE ou de l'AELE ne peuvent pas invoquer en Suisse l'art. 21 al. 2 LEI en leur faveur.

E. 4

Vu ce qui précède, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté, la décision du SDE du 6 décembre 2018 étant confirmée. Succombant, les recourants supporteront solidairement les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (art. 49 et 51 LPA-VD; art. 4 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative, du 28 avril 2015 - TFJDA; BLV 173.36.5.1). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (cf. art. 55, 56, 91 LPA-VD).

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