

VD_OMNI PE.2019.0220 vom 3. Februar 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-02-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0220

FR: VD_OMNI PE.2019.0220 du 3 février 2020

IT: VD_OMNI PE.2019.0220 del 3 febbraio 2020

Regeste

A. _____/Service de l'emploi Contrôle du marché du travail, Service de la population (SPOP) | Refus du SDE de délivrer une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant pakistanais, en vue de lui permettre d'occuper un emploi de cuisinier. En l'occurrence, l'ordre de priorité, au sens de l'art. 21 al. 1 LEI, n'est pas respecté. Le dossier ne contient aucun document attestant de quelconques recherches effectuées par l'employeur pour trouver un travailleur indigène ou européen. En outre, de simples recherches orales ne sauraient être considérées comme suffisantes au regard des exigences posées par la jurisprudence. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile auprès de l'autorité compétente (art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]), le recours satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 79 LPA-VD par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

A titre de mesure d'instruction, le recourant sollicite l'audition de D. _____, associée gérante de la société E. _____, afin de démontrer que des recherches ont été effectuées auprès de la communauté afghane dans la perspective d'attribuer le poste de cuisinier litigieux. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) et 27 al. 2 de la Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst-VD; BLV 101.01), comprend notamment le droit pour l'administré d'offrir des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il y soit donné suite et de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 167 consid. 4.1 p. 170; 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; PE.2018.0117 du 7 janvier 2019 consid. 2a). Aux termes de l'art. 34 LPA-VD, les parties participent à l'administration des preuves (al. 1) et peuvent notamment présenter des offres de preuve (al. 2 let. d). L'autorité n'est toutefois pas liée par les offres de preuve formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD; cf. ég. art. 34 al. 3 LPA-VD); de jurisprudence constante en effet, le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299 et les références; TF 2C_954/2018 du 3 décembre 2018 consid. 5; PE.2018.0208 du 29 mai 2019 consid. 3a). b) En l'espèce, les éléments figurant au dossier, notamment les explications fournies par C. _____ au sujet des recherches entreprises

dans le but de pourvoir le poste de cuisinier en cause, permettent au tribunal de se faire une idée complète et précise des faits pertinents. Dès lors, par appréciation anticipée des preuves, le tribunal s'estime en mesure de statuer en connaissance de cause et renoncera en conséquence à l'audition de l'associée gérante de la société E. _____, sans qu'il n'en résulte une violation du droit d'être entendu des parties.

E. 3

Le litige porte sur le refus d'octroi d'une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant pakistanais. a) A teneur de l'art. 11 LEI, 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 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201) 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). b) Aux termes de l'art. 18 LEI, 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). Ces conditions sont cumulatives (cf. arrêt GE.2018.0063 du 12 mars 2019 consid. 2a et les références citées). aa) La notion d'intérêts économiques du pays, formulée de façon ouverte à l'art. 18 let. a LEI, concerne au premier chef le domaine du marché du travail et dépend en particulier de la situation effective du marché du travail (Message concernant la loi sur les étrangers et l'intégration du 8 mars 2002 [ci-après: Message LEI] 2002 3469, ch. 1.2.3.1 p. 3485 et ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (cf. Message LEI, ch. 2.4.2 p. 3536, ad art. 17 du projet de loi). Lors de l'appréciation du cas, il convient donc de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer (cf. les directives et commentaires intitulées "Domaine des étrangers" édictées par le Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM), dans leur version au 1^{er} juin 2019 [ci-après: directives LEI] ch. 4.3.1). Les étrangers nouvellement entrés dans notre pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social (cf. Message LEI, ch.1.2.3.1 p. 3486). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (cf. Marc Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 2^{ème} édition, Zurich 2015, p. 173 ch. 3.4.1; cf. également ATAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1.2; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1). bb) L'art. 21 al. 1 LEI institue un ordre de priorité: 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. En dérogation à l'al. 1, 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. Il est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de sa formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (al. 3). Concernant les efforts de recherche de l'employeur, les directives LEI prévoient en particulier ce qui suit: "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." (ch. 4.3.2.2). D'après la jurisprudence constante du Tribunal cantonal, il convient de 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 ou européens. Il y a ainsi lieu de refuser le permis de travail lorsqu'il apparaît que c'est par pure convenance personnelle que le choix de l'employeur s'est porté sur un étranger plutôt que sur des demandeurs d'emploi présentant des qualifications comparables. 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 par des annonces dans la presse et auprès de l'ORP pendant la période précédant immédiatement le dépôt de la demande de main-d'œuvre étrangère (cf. arrêt PE.2018.0193/PE.2018.0194 du 16 novembre 2018 consid. 4c et les références citées). cc) A cela s'ajoute que depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21a LEI, le 1^{er} juillet 2018, l'admission de ressortissants d'Etats tiers est soumise non seulement à la condition de la priorité des travailleurs en Suisse et des ressortissants de pays avec lesquels un accord sur la libre circulation des personnes a été conclu (selon l'art. 21 LEI) mais également à l'obligation de communiquer les postes vacants (art. 18 let. c et 21a LEI). Cette obligation doit contribuer à renforcer l'intégration dans le marché du travail des personnes inscrites auprès d'un service public de l'emploi en Suisse et, par extension, à réduire le chômage (Directives LEI, ch. 4.3.3, p. 22). L'obligation de communiquer les postes vacants concerne les professions, les domaines d'activité ou les régions économiques qui enregistrent un taux de chômage, au niveau suisse, supérieur ou égal à 5% (art. 21a al. 3 ss LEI). Dans les dispositions transitoires applicables du 1^{er} juillet 2018 au 31 décembre 2019, la valeur seuil est de 8%. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) dresse chaque année une liste des groupes de profession soumis à l'obligation de communiquer les postes vacants (Directives LEI, ch. 4.3.3, p. 22). dd) L'art. 22 LEI prévoit en outre qu'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. ee) Selon l'art. 23 LEI, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1). En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, 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 et social (al. 2). Peuvent être admis, en

dérogation aux al. 1 et 2, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c). Les conditions d'application de l'art. 23 al. 3 let. c LEI, dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, ont été précisées par les directives LEI (ch. 4.7.9.1.1 p. 64), 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 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.). Des conditions ont également été posées concernant les qualifications de la personne dont l'engagement est requis (directive LEI, ch. 4.7.9.1.2 p. 64). Celle-ci doit ainsi 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, de 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). La jurisprudence a précisé que le critère déterminant pour se prononcer sur le caractère spécialisé d'un restaurant reposait 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 (PE.2014.0266 du 17 septembre 2014 consid. 2b; PE.2012.0166 du 13 décembre 2012 consid. 3c; PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6bc). c) En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que le recourant serait au bénéfice d'un diplôme d'une haute école suisse, si bien qu'un éventuel droit à une autorisation de travail doit être examiné sous l'angle du principe de priorité. Il convient donc de déterminer si l'employeur du recourant a déployé tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui afin de trouver un travailleur sur le marché suisse ou européen. En l'occurrence, aux termes des explications données par C._____ pour le compte du restaurant B._____, les démarches visant à repourvoir le poste de cuisinier litigieux auraient été effectuées oralement, auprès de la communauté

afghane en Suisse et dans les pays avoisinants, ainsi qu'auprès de la communauté indo-pakistanaise. Pour sa part, le recourant fait valoir qu'il ressortirait des pièces remises à l'autorité intimée que son employeur aurait procédé aux recherches utiles, auprès des communautés précitées. En premier lieu, on constate que le dossier ne contient aucun document (annonces parues, recours aux services d'une agence de placement, dossiers de candidatures, etc.) permettant d'attester de quelconques démarches effectuées par l'employeur en vue d'attribuer le poste litigieux à un travailleur indigène ou à un ressortissant européen. En second lieu, s'agissant des recherches que l'employeur aurait effectuées oralement auprès des communautés afghane et indo-pakistanaise, elles ne sauraient être considérées comme suffisantes au regard de la jurisprudence précitée. Comme on l'a vu, il convient de se montrer strict quant à l'exigence des recherches faites sur le marché du travail, de sorte que de simples démarches orales ne permettent manifestement pas de retenir que l'employeur aurait entrepris toutes les démarches possibles pour trouver un candidat sur le marché suisse ou européen. Le recourant fait en outre valoir que si l'autorité intimée s'estimait insuffisamment renseignée sur les recherches effectuées, il lui incombait d'interpeller l'employeur sur ce point, en application de l'art. 28 al. 1 LPA-VD, aux termes duquel l'autorité établit les faits d'office. Cet argument ne lui est toutefois d'aucun secours: il ressort en effet du dossier que l'autorité intimée a interpellé le restaurant B. _____, le 16 avril 2019 (soit avant de rendre la décision attaquée), en l'invitant à fournir les preuves des démarches entreprises en vue de trouver un travailleur sur le marché indigène ou européen. Par ailleurs, le recourant fait valoir que l'autorité intimée aurait violé son obligation de motiver, découlant du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst-VD), en se contentant d'indiquer dans la décision attaquée qu'" on ne saurait considérer que l'employeur a fait tous les efforts pour trouver un travailleur sur le marché indigène et européen du travail ". A cet égard, il convient de relever qu'il ressort clairement de la décision attaquée que l'autorité intimée considère que les recherches alléguées sont problématiques en ce sens qu'elles n'ont relevés que du bouche-à-oreille, d'une part, et que le poste n'a pas été annoncé à l'ORP, d'autre part. Dans ces circonstances, contrairement à ce que soutient le recourant, il n'y a pas lieu de retenir une violation par l'autorité intimée de l'obligation de motiver. En définitive, le dossier ne contenant aucune preuve tangible de recherches effectuées par l'employeur, il convient de retenir que ce dernier n'a pas entrepris, en temps opportun et de manière appropriée, tous les efforts nécessaires afin que le poste à pourvoir soit attribué à un candidat issu du marché local ou européen. Partant, la condition relative au respect de l'ordre de priorité, au sens de l'art. 21 LEI, n'est pas remplie, ce qui suffit en soi à justifier le refus de l'autorisation sollicitée. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité intimée reproche au surplus à l'employeur de ne pas avoir annoncé le poste à l'ORP (en lien avec le taux de chômage enregistré dans la profession, le domaine d'activité ou la région économique concernée), en application de l'art. 21a LEI. Il en va de même de la question de savoir si l'autorité intimée a violé son obligation d'établir les faits pertinents d'office s'agissant de cette question (art. 28 al. 1 LPA-VD). d) Les différentes conditions posées à l'octroi d'une autorisation de travail (art. 20 à 25 LEI) étant cumulatives, la question de savoir si les autres conditions posées à l'octroi de l'autorisation litigieuse sont réalisées - en particulier celles liées aux conditions de travail, aux qualifications du recourant et au caractère spécialisé de l'établissement concerné - peut rester indéterminée.

E. 4

a) Il résulte des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. b) Compte tenu de ses ressources, le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire par décision du 19 juin 2019. L'avocat qui procède au bénéfice de l'assistance judiciaire dans le canton de Vaud peut prétendre à une rémunération au tarif horaire de 180 fr.; l'avocat-stagiaire peut prétendre, quant à lui, à une rémunération au tarif horaire de 110 fr. (art. 2 al. 1 let. a et b du règlement vaudois du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile [RAJ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Les débours du conseil commis d'office sont fixés forfaitairement à 5% du défraiment hors taxe en première instance judiciaire (art. 3bis al. 1 RAJ). En l'occurrence, compte tenu de la liste des opérations produite le 16 janvier 2020, l'indemnité de Me Mireille Lorocho peut être arrêtée à 929 fr. d'honoraires (0,33 h x 180 fr. et 7,9 h x 110 fr.), 46 fr. 45 de débours (929 fr. x 5%) et 75 fr. 10 de TVA (975 fr. 45 x 7,7%). c) Il se justifie de renoncer à la perception d'un émolument (art. 49 al. 1, 50, 91 et 99 LPA-VD). d) L'indemnité de conseil d'office est supportée provisoirement par le canton (cf. art. 122 al. 1 let. a CPC, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD), le recourant étant rendu attentif au fait qu'il est tenu de rembourser le montant ainsi avancé dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC, applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Il incombe au Service juridique et législatif de fixer les modalités de ce remboursement (art. 5 RAJ). e) Vu le sort du recours, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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