

VD_OMNI PE.2021.0012 vom 5. Januar 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-01-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2021.0012

FR: VD_OMNI PE.2021.0012 du 5 janvier 2022

IT: VD_OMNI PE.2021.0012 del 5 gennaio 2022

Regeste

A. _____/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi, Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs | Refus de l'autorité du marché du travail de délivrer l'autorisation préalable, en lien avec la "transformation" de l'autorisation de courte durée d'un cuisinier spécialisé, ressortissant du Bangladesh, en autorisation de séjour. Le refus est motivé par le seul fait que l'employeur n'a pas apporté la preuve que le salaire de l'employé a été versé sur un compte bancaire et non par la caisse. L'autorité intimée devant s'assurer du respect des conditions de rémunération usuelles, il peut se justifier d'exiger de l'employeur qu'il verse le salaire sur un compte bancaire et en apporte la preuve. En l'occurrence, le salaire a été payé quelque temps par la caisse; il est toutefois établi que, depuis une année environ, il est versé sur un compte bancaire, de sorte qu'il n'y a plus de motif de refuser l'autorisation préalable. Annulation de la décision attaquée et renvoi de la cause à l'autorité intimée, afin qu'elle délivre cette autorisation.

Erwägungen

E. 1

A teneur de l'art. 85 de la loi cantonale du 5 juillet 2005 sur l'emploi (LEmp; BLV 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 et l'intégration [LEI; 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; BLV 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

Le litige a trait au refus de l'autorité intimée d'accorder une autorisation préalable, en vue de l'octroi à B. _____, cuisinier qualifié, d'une autorisation de séjour annuelle. Pour l'autorité intimée, il n'y aurait pas lieu d'entrer en matière sur cette demande, dans la mesure où le recourant a continué à rémunérer son employé au comptant, par la caisse, au lieu de créditer son compte en banque. L'intéressé est ressortissant d'un Etat avec lequel la Suisse n'est liée par aucune convention, de sorte que cette question doit être résolue au regard du droit interne exclusivement, soit la LEI et ses ordonnances d'application, soit notamment 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). a) L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative est régie aux art. 18 ss LEI. 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). Même si les

conditions d'une autorisation sont toujours remplies, sa prolongation est en principe à nouveau soumise à l'appréciation des autorités. Bien qu'il n'y ait pas de droit à la prolongation du simple fait que l'admission initiale a été accordée, la diligence nécessaire restreint dans un tel cas la marge de décision des autorités, qui ne peuvent refuser cette demande de prolongation sans raison valable (Peter Uebersax, in : Code annoté de droit des migrations, Vol. II, Loi sur les étrangers, Nguyen/Amarelle [édit.], Berne 2017, n°18 ad art. 18, références citées). Selon l'art. 32 LEI, l'autorisation de courte durée est octroyée pour un séjour de durée limitée d'une année au plus (al. 1). Sa durée de validité peut être prolongée jusqu'à une durée totale de deux ans (al. 3; cf. en outre art. 19 OASA). Quant à l'autorisation de séjour, l'art. 33 LEI prévoit que celle-ci est octroyée pour un séjour de plus d'une année (al. 1). Elle est octroyée pour un séjour dont le but est déterminé et peut être assortie d'autres conditions (al. 3; cf. en outre art. 20 OASA).

b) Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives (cf. art. 89 OASA, aux termes duquel ces directives sont édictées par le SEM). Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 143 II 443 consid. 4.5.2 p. 450; 141 II 338 consid. 6.1 p. 346; 133 II 305 consid. 8.1). Le ch. 4.7 des Directives et commentaires du SEM, Chapitre 4, Séjour avec activité lucrative, état au 1^{er} novembre 2021 (ci-après: Directives LEI chapitre 4) contient un résumé des différentes branches, professions et fonctions pour lesquelles des qualifications personnelles spécifiques sont mentionnées et énonce les critères qu'il convient d'observer en matière de qualifications. Selon le ch. 4.7.9.1.1 des directives précitées, 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.)." Aux termes du ch. 4.7.9.1.3, intitulé "réglementation du séjour": "Le règlement initial du séjour des cuisiniers spécialisés s'effectue au moyen d'une autorisation au sens de

l'art. 19, al. 1, OASA, dont la durée peut être prolongée de douze mois (art. 32, al. 3, LEI). Pour les restaurants dont l'ouverture est récente, l'autorisation accordée aux cuisiniers spécialisés pour la première fois n'est prolongée qu'en cas de bonne marche de l'entreprise. Une autorisation de séjour au sens de l'art. 20, al. 1, OASA ne sera accordée que si les conditions suivantes sont remplies: - les conditions fixées au ch.4.7.9.1.1, let. a) à g) sont réunies de manière cumulative; - les connaissances de la langue nationale parlée sur le lieu de travail équivalant au niveau A2 (art. 23, al. 2 LEI)." c) 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). Aux termes de l'art. 40 al. 2 LEI, 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. Les dispositions d'exécution sont contenues au Chapitre 9 "Décision préalable des autorités du marché du travail et procédure d'admission" (art. 83 à 86) de l'OASA. Selon l'art. 83 al. 1 OASA, avant d'octroyer une première autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente (art. 88 al. 1) décide notamment si les conditions sont remplies pour exercer cette activité au sens des art. 18 à 25 LEI (let. a). Elle décide en outre si une autorisation de séjour de courte durée peut être prolongée ou renouvelée et, pour les titulaires d'une autorisation de séjour de courte durée et les requérants d'asile, si un changement d'emploi peut être autorisé (al. 2). La décision préalable des autorités du marché du travail peut être assortie de conditions, notamment concernant le type et la durée d'une activité lucrative de durée limitée en Suisse (al. 3). L'art. 84 OASA précise que la durée de validité des décisions préalables des autorités du marché du travail est de six mois et peut être prolongée pour des raisons majeures. L'art. 85 OASA confère au SEM la compétence d'approuver l'octroi et le renouvellement des autorisations de courte durée et de séjour, l'octroi de l'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail (art. 83 al. 1). Le Département fédéral de justice et police (DFJP) détermine dans une ordonnance les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement ainsi que les décisions préalables des autorités du marché du travail doivent être soumises à la procédure d'approbation (al. 2). L'autorité cantonale compétente en matière d'étranger (art. 88 al. 1) peut soumettre pour approbation une décision au SEM afin qu'il vérifie si les conditions prévues par le droit fédéral sont remplies (al. 3). Aux termes de l'art. 1^{er} let. a de l'ordonnance du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers, du 13 août 2015 (RS 142.201.1), sont soumis pour approbation au SEM notamment les décisions préalables des autorités du marché du travail concernant des ressortissants d'Etats non membres de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) lorsqu'elles portent sur: l'octroi d'une autorisation de courte durée en vertu de l'art. 19 al. 1 OASA (ch. 1) ou l'octroi d'une autorisation de séjour en vertu de l'art. 20 al. 1 OASA (ch. 2). La procédure d'approbation est décrite dans les Directives LEI. Si l'autorité cantonale du marché du travail a accordé l'autorisation préalable, elle transmet sa décision pour approbation au SEM, lequel procède à un contrôle non seulement des aspects économiques, mais aussi des conditions de police des étrangers (Directives LEI chapitre 4 ch. 4.6.3; cf. aussi Minh Son Nguyen, in : Code

annoté du droit des migrations, op. cit., n. 31-33 ad art. 40; voir toutefois Marc Spescha/Peter Bolzli/Fanny de Weck/Valerio Priuli, Handbuch zum Migrationsrecht, 4 e éd., Zurich 2020, p. 221, selon lesquels l'autorité fédérale examine seulement si les conditions liées au marché du travail sont réunies). Selon l'art. 88 OASA, chaque canton désigne les autorités chargées, dans son domaine de compétence cantonal, de l'exécution de la LEI et des ordonnances d'application (al. 1); le SEM se charge de toutes les tâches d'exécution de la LEI et des ordonnances d'application qui n'ont été attribuées ni à une autorité cantonale ni à une autre autorité fédérale (al. 2). En raison de la répartition des compétences décisionnelles en matière de délivrance d'autorisations de séjour avec activité lucrative, il appartient en premier lieu aux cantons, respectivement à leurs offices de l'emploi, de statuer sur le refus initial d'une autorisation d'exercer une activité lucrative alors que la Confédération est chargée, en cas de décision préalable positive de l'autorité cantonale du marché de l'emploi, de se prononcer aussi sur cette question par la voie de la procédure d'approbation (ATF 127 II 49 consid. 3a; 120 Ib 6 consid. 2 et 3a, applicables mutatis mutandis à la LEI et à l'OASA). En droit cantonal, le SDE est, vu l'art. 64 LEmp, l'autorité du marché du travail au sens de la LEI. A ce titre, il est notamment compétent pour: préavisier ou décider, après examen des demandes déposées par les entreprises ou les travailleurs étrangers, de l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité lucrative salariée ou indépendante, ainsi que des changements d'emploi ou de canton (let. a); contrôler la conformité des conditions d'emploi prévues dans les contrats de travail présentés à l'appui des demandes, au regard des normes des conventions collectives de travail, des contrats-types de travail et des usages professionnels et locaux, ainsi que du principe de la priorité de la main-d'œuvre résidente (let. b); décider si une activité doit être considérée comme lucrative (let. c). Pour sa part, le SPOP est, vu l'art.

E. 3

En l'occurrence, le recourant B. _____, cuisinier spécialisé, est soumis à une réglementation spéciale, comme cela ressort des Directives LEI et des indications figurant sur le site Internet du SEM (cf. consid. 2b ci-dessus). En vertu de cette réglementation, le recourant a d'abord obtenu une autorisation de courte durée (au sens de l'art. 19 al. 1 OASA), laquelle a été renouvelée à plusieurs reprises. Il importe de constater à cet égard que le permis L de l'intéressé, délivré en janvier 2018 et valable jusqu'au 29 janvier 2019, a été prolongé, respectivement renouvelé jusqu'au 31 janvier 2020, si bien que la durée maximale de deux ans prévue par l'art. 32 al. 3 LEI est d'ores et déjà atteinte. a) Le recourant conclut principalement à la réforme de la décision attaquée, en ce sens qu'une autorisation de séjour soit délivrée à B. _____. Dans ses dernières écritures, le recourant fait allusion au renvoi éventuel de ce dernier vers son pays d'origine, auquel il paraît s'opposer pour des motifs humanitaires. On rappelle sur ce point que la délivrance des autorisations de séjour et le prononcé des décisions de renvoi relèvent de la compétence du SPOP (cf. art. 3 al. 1 ch. 1 et ch. 2 bis LVLEI). Ces conclusions et les explications qui l'accompagnent excèdent par conséquent le cadre de la décision attaquée (cf. art. 79 al. 2, 1 ère phrase, LPA-VD). Il sera ainsi uniquement entré en matière sur les conclusions tendant à obtenir la réforme de la décision entreprise – soit le refus par l'autorité intimée de délivrer une autorisation préalable d'exercer une activité lucrative en Suisse (cf. consid. 2c) – ou l'annulation de celle-ci. b) Dans la décision attaquée – qui annule et remplace la précédente décision négative du 16 décembre 2020 –, l'autorité intimée ne retient plus qu'un seul motif de refus; elle a par conséquent renoncé aux autres motifs de refus opposés au recourant dans sa précédente décision. L'autorité intimée rappelle que, dans la décision du 9 août

2019 prolongeant le permis L de l'intéressé, il a expressément été indiqué que la "transformation" de l'autorisation de courte durée en autorisation de séjour ne pourrait être prise en considération, notamment, que si le recourant apportait la preuve que le salaire de B. _____ pour la période écoulée a été versé sur un compte bancaire. Constatant que, dans son courrier du 31 octobre 2020, le recourant avait lui-même reconnu que le salaire avait été versé en espèces depuis la caisse de l'établissement, l'autorité intimée a retenu que la condition précitée n'était pas remplie. Certes, il n'existe aucun indice que le recourant aurait versé à son employé un salaire inférieur aux minima prévus par la CCNT. Les explications de l'autorité intimée à cet égard sont d'autant moins convaincantes qu'elle se fonde sur le salaire versé à B. _____ et déclaré à la Caisse de compensation AVS en 2018, 36'580 fr.95. Or, cette rémunération a trait à une période de sept mois (du 1^{er} juin au 31 décembre 2018) et non douze, comme elle le retient hâtivement. Dans la mesure où, toutefois, l'autorité intimée doit s'assurer, avant de délivrer son autorisation préalable, de ce que la rémunération du cuisinier est bien conforme aux minima fixés par la CCNT, comme on l'a vu plus haut, il était certainement justifié d'exiger de l'employeur qu'il produise des extraits de compte attestant du paiement du salaire en faveur de l'employé. Il est patent en outre que l'autorité se doit de statuer sur la situation de fait prévalant au moment où elle prend sa décision (dans ce sens, arrêts PE.2019.0346 du 18 novembre 2020 consid. 4; PE.2019.0454 du 30 juillet 2020 consid. 4b/cc). Or, au début du mois de janvier 2021, le recourant avait, certes, pris l'engagement de verser le salaire de son cuisinier par voie bancaire, pour autant que la délivrance d'un permis de séjour soit subordonnée au respect de cette condition. Jusqu'au 31 décembre 2020 toutefois, B. _____ avait perçu son salaire au comptant, par la caisse. A ce moment-là, c'était à bon droit que l'autorité intimée a refusé de délivrer l'autorisation préalable requise. c) La situation a cependant évolué puisque, depuis le mois de janvier 2021, le salaire est versé chaque mois de façon régulière sur le compte en banque de B. _____, selon les extraits produits par le recourant à l'appui de son écriture spontanée du 16 septembre 2021. En outre, ce salaire – 4'910 fr. brut par mois, plus 409 fr. de part mensuelle au 13^e salaire – est conforme aux minima prévus par la CCNT jusqu'au 31 décembre 2021 (cf. art. 10 al. 1 ch. IV CCNT). Dès lors, plus aucun motif ne s'oppose désormais à ce que l'autorité intimée délivre à l'intéressé une autorisation préalable d'exercer une activité lucrative. Le fait, pour l'autorité intimée, de maintenir son refus est contraire au principe de proportionnalité (art. 96 LEI). Dans ces conditions, la décision attaquée ne peut être confirmée. Il convient de l'annuler et de renvoyer le dossier à l'autorité intimée pour qu'elle accorde une autorisation préalable en vue de l'octroi au recourant d'une autorisation de séjour, conformément à l'art. 40 al. 2 LEI.

E. 4

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis dans la mesure de sa recevabilité. La décision attaquée sera annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède dans le sens des considérants du présent arrêt. Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause, n'aura pas à supporter de frais de justice (cf. art. 49 al. 1, 52 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). De même, il y a lieu de lui allouer des dépens qui, cependant, seront réduits pour tenir compte du fait que l'admission du recours est due à des circonstances postérieures à la décision attaquée, que l'autorité intimée a, ceci nonobstant, maintenue (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Cette indemnité sera mise à la charge du Département dont dépend l'autorité intimée.

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