

VD_OMNI PE.2023.0182 vom 14. Juni 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-06-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2023.0182

FR: VD_OMNI PE.2023.0182 du 14 juin 2024

IT: VD_OMNI PE.2023.0182 del 14 giugno 2024

Regeste

A. _____, B. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP) | Refus de délivrer une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant chinois, engagé comme cuisinier par un restaurant de spécialités japonaises. Application de la jurisprudence de la CDAP, selon laquelle l'exigence d'une part seulement minimale de la restauration à l'emporter par rapport à la restauration sur place doit être nuancée. Recours admis et dossier renvoyé pour nouvelle décision examinant également les autres conditions à l'octroi d'une autorisation de travail.

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 de la LEI 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. 95 et 79, applicable par renvoi de l'art. 99 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

E. 2

La décision attaquée refuse de délivrer une autorisation de travail en qualité de cuisinier de spécialités asiatiques, et plus spécifiquement japonaises, en faveur d'un ressortissant chinois. a) Les ressortissants étrangers ne bénéficient en principe d'aucun droit à l'obtention d'une autorisation de séjour et de travail, sauf s'ils peuvent le déduire d'une norme particulière du droit fédéral ou d'un traité international (ATF 130 II 281 consid. 2.1, 493 consid. 3.1; 128 II 145 consid. 1.1.1 et les arrêts cités). En l'occurrence, le litige porte sur la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé d'accorder une autorisation préalable de travail en faveur du recourant. Celui-ci est ressortissant de la République populaire de Chine, soit 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 loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20) et ses ordonnances d'application. b) 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. 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 LEI. A cet égard, on rappelle que les autorités du marché du travail prennent une décision préalable pour toute demande

concernant les autorisations de séjour initiales en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ainsi que pour toutes les autorisations de courte durée (cf. SEM, Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers [Directives LEI], 4. Séjour avec activité lucrative, état au 1^{er} avril 2024, ch. 4.6.1). L'art. 98 al. 3 LEI laisse aux cantons le soin de désigner les autorités compétentes à raison de la matière pour les tâches qui leur sont attribuées. Cette disposition est complétée par l'art. 88 al. 1 OASA qui précise que chaque canton désigne les autorités chargées, dans son domaine de compétence cantonal, de l'exécution de la LEI et des ordonnances d'application. La compétence de préavis 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 est attribuée à la DGEM, autorité du marché du travail, vu l'art. 64 al. 1 let. a LEmp. c) On rappelle qu'aux termes de l'art. 11 al. 1 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 (1^{ère} phrase). Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (2^{ème} phrase). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (art. 11 al. 2 LEI). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEI). Selon l'art. 1a OASA, 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). 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). aa) La notion d'"intérêts économiques du pays" est formulée de façon ouverte; elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, p. 3485 et 3536). 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 précité, p. 3536). 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. arrêt PE.2018.0151 du 23 juillet 2018 consid. 1b; v. en outre Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 4^e éd., Zurich 2020, p. 202; Peter Uebersax, in Code annoté de droit des migrations, vol. II, Nguyen/Amarelle [édit.], Berne 2017, n. 25 ad art. 18 LEtr). Selon les Directives LEI, il convient, lors de l'appréciation du cas, 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. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers (ch. 4.3.1; cf. aussi Message précité, ch.1.2.3.1, p. 3486). bb) 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 LEI). L'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs

résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (TAF C-5912/2011 du 25 août 2015 consid. 8.3; C-4989/2011 du 23 janvier 2013 consid. 4.3.1; C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 6.3). Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21a LEI, le 1^{er} juillet 2018, l'admission de ressortissants d'États 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). Concernant les efforts de recherche de l'employeur dans le cadre de l'art. 21 LEI, les Directives LEI prévoient ainsi ce qui suit: "(...) 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'États 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). cc) A teneur de l'art. 23 LEI, 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 des Directives LEI précitées (ch. 4.3.5): "(...) 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 LEI 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 résidante au sens de l'art. 21 LEI (TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.1 et les réf. cit.). Il reste toutefois que le statut de courte durée, comme celui du séjour durable, reste réservé à la main-d'œuvre très qualifiée et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait les connaissances spéciales et les qualifications requises (TAF C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.4.1, réf. citée).

d) S'agissant plus particulièrement de l'hôtellerie et de la restauration, il ressort des directives LEI que les cuisiniers engagés par des restaurants de spécialités peuvent être autorisés si certaines conditions sont remplies, parmi lesquelles le fait que 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 (let. a), que l'employeur démontre qu'il a employé tous les efforts de recherche possibles (let. b), que 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 (let. c), que l'effectif du personnel de l'établissement équivaut à cinq postes (500%) au moins (let. d) et que l'établissement dispose de 40 places au moins à l'intérieur (let. e) (Directives LEI, ch. 4.7.9.1.1). En outre, il ressort des directives précitées qu'une formation de cuisinier de plusieurs années achevée par un diplôme (ou une formation équivalente reconnue) et une expérience professionnelle d'au moins sept ans dans le secteur cuisinier spécialisé (durée de formation comprise) doivent être démontrées. Selon le TAF (cf. arrêts C-388/2010 et C-391/2010 du 21 février 2012 consid. 8 cités par le SEM), le contenu matériel de la formation professionnelle est déterminant pour juger de la qualification professionnelle. 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) (Directives LEI, ch. 4.7.9.1.2). e) Les directives administratives s'adressent aux organes d'exécution et, ne constituant pas des règles de droit, n'ont pas d'effets contraignants pour le juge. Le juge peut en tenir compte lorsqu'elles permettent une application correcte des normes légales dans un cas concret, mais il doit s'en écarter lorsqu'elles posent des règles qui ne sont pas conformes à l'ordre juridique (ATF 141 III 173 consid. 3.2.2.2 p. 183; arrêt GE.2016.0182 du 19 avril 2017 consid. 2a). Toutefois, dès lors qu'elles tendent à une application uniforme et égale du droit, il convient de ne s'en écarter que dans la mesure où elles ne traduisent pas une concrétisation convaincante des dispositions légales applicables (ATF 140 II 88 consid. 5.1.2 p. 95). S'agissant spécifiquement des directives édictées par le SEM, le Tribunal fédéral retient que si elles n'ont certes pas force de loi en tant que simples ordonnances administratives, il en tient toutefois en principe compte lorsqu'elles sont conformes à l'ordre juridique (ATF 146 II 359 consid. 5.3 p. 363 et 142 II 182 consid. 2.3.2

p. 190 s.; TF 2C_119/2022 du 13 avril 2022 consid. 3.4).

E. 3

a) En l'espèce, sans remettre en question les qualifications personnelles du recourant ni les recherches effectuées par la recourante, l'autorité intimée s'est limitée, tant dans la décision attaquée que dans sa réponse au recours, à retenir que le chiffre d'affaires des plats à l'emporter de la recourante était de plus de 40%, qu'elle qualifiait de part considérable de son chiffre d'affaires. Il ressort du dossier de la DGEM, composé des différentes pièces produites par la recourante à l'appui de sa demande, que le chiffre d'affaires de la recourante se répartit, pour l'année 2022 (année produite la plus récente), à 57% pour la restauration sur place et à 43% pour la restauration à l'emporter ou avec livraison. On ne saurait ainsi retenir que le chiffre d'affaires réalisé avec la vente à l'emporter ne constituerait qu'une "part minimale" par rapport à la restauration proprement dite, comme l'exigent les directives LEI précitées à leur ch. 4.7.9.1.1 let. c. b) Toutefois, la CDAP a déjà eu l'occasion de préciser que les critères déterminants, pour l'engagement de personnel au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEI, sont le caractère spécialisé de l'établissement et les connaissances particulières nécessaires à l'élaboration de la cuisine, dans le but de garantir un standard de qualité (CDAP PE.2012.0166 du 13 décembre 2012 consid. 3c; PE.2007.0456 du 23 avril 2008; cf. également TAF arrêt C-8763/2007 du 28 mai 2008 consid. 7 et 8). 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 (CDAP PE.2018.0167 du 17 décembre 2018 consid. 2b; PE.2016.0398 du 20 décembre 2016 consid. 2b et les réf. cit.). D'après la jurisprudence, il est donc admissible d'octroyer des autorisations à des cuisiniers spécialisés dont les connaissances sont nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement qui souhaite les engager, alors même que celui-ci ne serait pas un restaurant au sens classique du terme. Sont notamment visés les services traiteurs qui peuvent, tout comme un autre restaurant, suivre "une ligne cohérente" et se distinguer "par la haute qualité de l'offre et des services". Ainsi, les termes de "fast-food" et de "plat à l'emporter" au sens du ch. 4.7.9.1.1 let. c des Directives LEI ne visent pas ces dernières situations, mais doivent être réservés aux établissements qui se caractérisent par une cuisine rapide, un choix de mets limité et variant peu, dont les composants de base sont préparés à l'avance et souvent même ailleurs (comme par exemple les stands de kebab) et dont on ne saurait admettre que la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières (CDAP PE.2012.0166 consid. 3c et 3d et PE.2007.0456 consid. 6b/bc précités; cf. également PE.2009.0641 du 17 mai 2010 consid. 3b/bb où la CDAP a admis que les recourants pouvaient prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur d'un cuisinier thaï quand bien même ils n'exploitaient pas un restaurant traditionnel répondant aux critères établis par l'ODM, mais un service de traiteur proposant également des mets à consommer sur place et nécessitant l'intervention d'un cuisinier qualifié; le cas différait en effet d'un service de traiteur qui aurait proposé, par exemple, des plats préfabriqués dont l'élaboration finale, avant le service au client, n'aurait requis aucune compétence particulière). Dans le même sens, la CDAP a jugé que l'exigence selon laquelle l'activité exercée par l'établissement en relation avec le service traiteur (cuisine à emporter et livraison à domicile) ne devrait représenter qu'une part minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite ne se justifiait pas, dès lors que ce type d'activité

pouvait précisément justifier l'engagement d'un personnel spécialisé (CDAP PE.2010.0161 du 30 septembre 2010 consid. 2c; cf. ég. PE.2019.0396 du 20 mai 2019 consid. 2e). Il n'y avait ainsi aucune raison objective de traiter différemment un restaurant classique japonais d'un service de traiteur consistant à préparer, livrer et aussi servir des plats japonais (CDAP PE.2010.0161 précité consid. 2b, qui cite les arrêts PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6 bc et arrêt PE.2000.0358 du 27 octobre 2000). Dans l'arrêt PE.2012.0166 précité, la CDAP a encore précisé que dès lors que l'on se trouvait dans un établissement servant des spécialités, il n'y avait pas lieu de traiter différemment l'activité de vente à l'emporter et de traiteur de la restauration assise dans la mesure où les mêmes produits étaient servis dans les différents contextes (consid. 3d). c) Cette appréciation peut être confirmée dans le cas présent: il ressort en effet d'une comparaison entre le site Internet de la recourante (*****) et le menu disponible au restaurant produit par la recourante que les plats peuvent tous être commandés à l'emporter ou livrés à domicile. Comme l'explique la recourante, c'est la même cuisine qui prépare les mêmes plats, qu'ils soient consommés sur place au restaurant ou qu'ils soient emportés par les clients ou encore livrés à domicile. Ce critère du chiffre d'affaires peut donc en l'occurrence être relativisé, le restaurant offrant par ailleurs avec 65 places un nombre bien supérieur au minimum exigé de 40 places, alors que la cuisine japonaise se prête particulièrement bien à la vente à emporter ou à la livraison à domicile. L'effectif du personnel de l'établissement - de 520% sans compter les deux personnes employées à l'heure pour le service - répond aux exigences des directives LEI. d) Il apparaît ainsi que le recours doit être admis. Le dossier sera renvoyé à l'autorité intimée pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants, si nécessaire après complément d'instruction. Il lui appartiendra de se déterminer sur le respect des autres conditions posées dans les directives LEI, dès lors qu'elle n'en a pas fait mention dans sa décision, en particulier la suffisance de la formation et de l'expérience du recourant, ainsi que des conditions d'engagement. Elle se prononcera également sur le respect des conditions de priorité des travailleurs suisses et européens, étant précisé que, dans un arrêt déjà ancien toutefois, la cour de céans avait relevé la difficulté de recrutement en Suisse de personnel qualifié et spécialisé dans la préparation des sushis (CDAP PE.2010.0161 du 30 septembre 2020 consid. 1c).

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée, le dossier étant renvoyé à l'autorité intimée pour éventuel complément d'instruction et nouvelle décision. Vu le sort du recours, les frais seront laissés à la charge de l'Etat. Les recourants, qui obtiennent gain de cause, ont droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).