

# VD\_OMNI PE.2023.0185 vom 9. August 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-08-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2023.0185](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2023.0185)

FR: VD\_OMNI PE.2023.0185 du 9 août 2024

IT: VD\_OMNI PE.2023.0185 del 9 agosto 2024

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP) | Le refus d'octroyer une autorisation de travail en faveur d'un ressortissant chinois comme cuisinier dans un restaurant de spécialités est confirmé. Le profil de l'intéressé ne correspond pas aux annonces publiées (consid. 3b/aa), les recherches de l'employeuse ne peuvent pas être considérées comme suffisantes dès lors qu'elle s'est contentée d'une publication dans un quotidien et d'une seule annonce à l'ORP (consid. 3b/bb) et il n'est pas possible de vérifier qu'aucune candidature indigène n'était à même d'occuper le poste, le dossier ne comportant que celle de l'intéressé (consid. 3b/cc).

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté dans les délai et forme prescrits auprès de l'autorité compétente, le recours satisfait aux conditions formelles de recevabilité de l'art. 79 de la loi vaudoise 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 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 de l'intéressé. Ce dernier 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. a) aa) Aux termes de l'art. 18 LEI, 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). 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). Seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (art. 23 al. 1 LEI). En dérogation à cette disposition, peuvent 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). 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 résidente au

sens de l'art. 21 LEI (TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.1 et les réf. cit.). bb) Selon la jurisprudence, il convient de se montrer strict quant à l'exigence des recherches faites sur le marché du travail. 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 extra-européen plutôt que sur des demandeurs d'emploi suisses ou européens présentant des qualifications comparables (CDAP PE.2022.0001 du 13 juillet 2022 consid. 2b/aa; PE.2022.0030 du 31 mai 2022 consid. 2a/aa; PE.2019.0402 du 2 mars 2020 consid. 2a). 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 (CDAP PE.2020.0052 du 21 juillet 2020 consid. 4a; PE.2021.0066 du 1er avril 2022 consid. 3c; PE.2018.0151 du 23 juillet 2018 consid. 3d). 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.2022.0026 précité consid. 4b/bb; PE.2020.0219 du 8 juin 2021 consid. 1d; PE.2012.0010 du 23 mars 2012 consid. 2b) ni, a fortiori, après la demande de permis (CDAP PE.2019.0143 du 25 novembre 2019 consid. 2c; PE.2019.0041 du 31 juillet 2019 consid. 2c/cc).

b) S'agissant plus particulièrement de l'hôtellerie et de la restauration, il ressort des directives du Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après: SEM) dans le domaine des étrangers (ci-après: Directives LEI), dans leur version au 1er juin 2024 – au demeurant strictement identiques sur ce point à celles applicables au moment du dépôt de la demande d'autorisation – 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; voir à ce sujet CDAP PE.2023.0182 du 14 juin 2024 consid. 3), 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, toujours selon les directives précitées, 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), 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).

c) 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; CDAP 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). d) En définitive, il résulte des considérants qui précèdent 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 al. 1 LEI), que le travailleur étranger dispose des compétences particulières et qu'il existe un besoin avéré de l'engager (CDAP PE.2020.0095 du 8 avril 2021 consid. 3b; PE.2019.0346 du 18 novembre 2020 consid. 2b/aa; PE.2018.0253 du 8 février 2019 consid. 3e).

### **E. 3**

Dans sa décision du 17 novembre 2023, l'autorité intimée a notamment considéré qu'il n'existait aucun besoin avéré d'engager B.\_\_\_\_\_ dès lors qu'au vu du nombre de cuisiniers occupés au sein du restaurant, il ne semblait pas exclu de former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail. Dans ses déterminations du 29 janvier 2024, elle ajoutait que la recourante n'avait pas démontré avoir effectué des recherches suffisantes sur le marché indigène et européen dès lors qu'elle n'expliquait pas pourquoi aucun autre dossier n'avait été retenu. a) La Cour applique le droit d'office (art. 41 LPA-VD) et n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 89 al. 1 LPA-VD). Elle privilégie une application du droit objectivement correcte, au détriment de la position subjective des parties (Exposé des motifs et projet de lois sur la procédure administrative, mai 2008, p. 45). L'application d'office du droit par l'autorité de recours signifie aussi que celle-ci n'est pas liée par la motivation juridique de l'autorité inférieure (Bovay/Blanchard/Grisel Rapin, Procédure administrative vaudoise annotée, 2e éd., Bâle 2021, no 3.3 ad art. 41 LPA-VD; CDAP GE.2023.0005 du 18 avril 2023 consid. 5). b) En l'espèce, la demande de la recourante est problématique à plusieurs égards. aa) D'une part, le profil de B.\_\_\_\_\_ ne correspond pas aux annonces parues dans le 24Heures ou par l'ORP (pour le surplus différentes). En effet, il n'est ni titulaire d'un permis de séjour (exigence de la publication dans le 24Heures) ni au bénéfice d'une expérience de chef de cuisine (exigence de la publication par l'ORP). bb) A cela s'ajoute que les recherches de la recourante ne peuvent pas être considérées comme suffisantes dès lors qu'elle s'est contentée d'une publication dans un quotidien (24Heures) et d'une seule annonce à l'ORP (uniquement sur Job-Room avec Login, à laquelle seuls les chômeurs inscrits à l'ORP pouvaient avoir l'accès exclusif pendant cinq jours ouvrables) sans procéder par l'intermédiaire d'autres canaux d'informations tels que d'autres journaux (quotidiens ou presse spécialisée), les sites internet dédiés à la publication d'offres d'emploi, les réseaux sociaux, ou encore les agences de placement (voir CDAP PE.2023.0080 du 11 septembre 2023 consid. 4b pour un raisonnement similaire). cc) Enfin, il n'est pas possible de vérifier qu'aucune candidature indigène que la recourante a reçu n'était à même d'occuper le poste.

En effet, le dossier ne comporte aucune autre candidature que celle de B.\_\_\_\_\_ et la seule explication fournie par la recourante au moment du dépôt de la demande d'autorisation est qu'elle avait cherché des cuisiniers spécialisés sur le marché suisse mais n'en avait pas trouvé. c) Dans ces circonstances, il n'est ainsi pas possible d'établir à satisfaction si la demande d'engager un ressortissant chinois, soit d'un Etat tiers, de préférence à un travailleur en Suisse au sens de l'art. 21 LEI, correspond véritablement à un manque de main-d'œuvre indigène ou si la recourante a préféré, parmi d'autres candidatures aptes à remplir le poste, porter son choix sur B.\_\_\_\_\_ par pure convenance personnelle. Vu l'issue du recours, il n'est pas nécessaire de déterminer si la DGEM pouvait exiger de la recourante qu'elle forme dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail.

#### **E. 4**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Succombant, les recourants supportent les frais de justice et n'ont pas droit à des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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