

VD_OMNI PE.2024.0076 vom 19. September 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-09-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2024.0076

FR: VD_OMNI PE.2024.0076 du 19 septembre 2024

IT: VD_OMNI PE.2024.0076 del 19 settembre 2024

Regeste

A. _____/Direction générale de l'emploi et du marché du travail (DGEM), Service de la population (SPOP), B. _____ | Refus d'autoriser la prise d'emploi d'un cuisinier chinois. Son expérience professionnelle a fait l'objet de plusieurs versions communiquées au consulat de Suisse concerné lors de ses vérifications téléphoniques, si bien qu'il n'est pas possible de l'établir avec certitude. Recours rejeté.

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 chinois 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 tiers intéressé. 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'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). 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 minime 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

L'autorité intimée retient en premier lieu que compte tenu des investigations menées par le consulat général de Suisse à Guangzhou en 2019 et conformément à ses précédents refus du 17 février 2000 et du 3 novembre 2022, il ne peut être établi avec certitude que B. _____ a acquis près de dix ans d'expérience professionnelle en tant que cuisinier auprès de l'hôtel D. _____ [recte: C. _____] à ***** entre septembre 2011 et janvier 2021. a) Dès lors que la demande déposée par la recourante a déjà fait l'objet de deux refus - sur lesquels l'autorité intimée fonde partiellement la décision attaquée -, elle aurait vraisemblablement dû être traitée - à tout le moins en partie - comme une demande de réexamen d'une précédente décision entrée en force, conformément à l'art. 64 LPA-VD. Cela n'exerce toutefois aucune influence sur le sort du recours, celui-ci devant quoi qu'il en soit être rejeté pour les motifs qui suivent. b) Dans sa première décision négative du 17 février 2022, l'autorité intimée a déjà retenu qu'il n'était pas établi que l'intéressé avait effectivement travaillé auprès de l'établissement figurant dans son curriculum vitae et qu'il n'était ainsi pas possible de retenir qu'il avait exercé l'activité de cuisinier durant un nombre d'années suffisant pour être conforme aux exigences figurant dans les directives du SEM. Cette décision étant entrée en force sans avoir même été contestée, le tribunal se fondera sur les faits qui en ressortent. Il n'est à cet égard pas inutile de relever que, alors que la demande était accompagnée d'un document traduit comme un certificat de travail émanant de l'hôtel C. _____ attestant le 27 août 2019 que l'intéressé y travaillait depuis septembre 2011, ce ne sont toutefois pas moins de quatre versions différentes qui ont été présentées par le personnel en charge des ressources humaines de cet établissement à l'occasion de quatre conversations téléphoniques initiées par le consulat général de Suisse en vue de vérifier l'expérience professionnelle du candidat. Ainsi, lors d'un premier contact effectué au plus tard le 5 décembre 2019, la responsable des ressources humaines depuis 2011, Madame F. _____, a affirmé à plusieurs reprises ne pas avoir d'employé à ce nom alors qu'elle avait accès aux dossiers de tous les employés depuis cette même année (version 1). Après que la recourante ait pu se déterminer sur ce point, un nouveau contact a été établi le 10 janvier 2020 avec la même responsable des ressources humaines qui a alors affirmé que l'intéressé avait été recruté deux mois auparavant en tant que cuisinier (version 2). Ne recevant pas les documents demandés en guise de preuve, le consulat a repris contact avec l'hôtel le 13 janvier 2020 et a cette fois pu discuter avec une Madame H. _____ qui a affirmé durant la même conversation téléphonique que l'intéressé avait quitté l'hôtel où il avait travaillé depuis septembre 2011 (version 3) puis, suite à une demande de production du contrat de travail de l'intéressé et d'autres documents pouvant servir de preuve, elle a demandé à être recontactée le jour suivant, le temps de contrôler que l'intéressé était bien employé à l'hôtel, contredisant ce qu'elle avait affirmé quelques minutes plus tôt. Enfin, le 14 janvier 2020, Madame H. _____ a indiqué avoir trouvé les documents de l'intéressé et, après s'être rendue en cuisine, a affirmé qu'il y travaillait (version 4). A l'appui de sa troisième demande, qui a abouti à la décision ici litigieuse, la recourante a produit un certificat de travail établi le 8 novembre 2023 par le directeur général de l'hôtel C. _____ et attestant que B. _____ y a travaillé comme cuisinier de septembre 2011 à janvier 2021. Force est toutefois de constater qu'à l'exception de la date de fin, ce certificat n'est pas différent de celui produit avec la première demande et qui attestait que l'intéressé était depuis septembre 2011 employé de l'hôtel où il exerçait la fonction de maître cuisinier. Or, au vu des informations et des versions successives pour le moins contradictoires obtenues auprès de cet hôtel par le Consulat général de Suisse, l'autorité intimée avait déjà constaté, dans sa première décision négative du 17 février 2000, qu'il était difficile d'affirmer avec

certitude que l'intéressé avait travaillé pour cet établissement. Cette nouvelle pièce, de même que la pièce semblable produite avec la première demande, ne parvient pas à renverser le doute instillé par les déclarations contradictoires du personnel en charge des ressources humaines; il est sur ce point relevé que ce n'est qu'une fois que la recourante a pu se déterminer, et après que la personne de contact auprès de l'hôtel n'ait plus été la responsable des ressources humaines mais une autre personne travaillant dans le même service, que les déclarations faites au Consulat général de Suisse sont devenues conformes aux allégations de la recourante. On ne saurait d'ailleurs suivre la recourante lorsqu'elle soutient dans son acte de recours que la responsable RH de l'hôtel avait confirmé que l'intéressé avait été recruté en septembre 2011 et y travaillait alors encore: elle se fonde en effet sur sa pièce 7, à savoir le courriel du 15 janvier 2020 du Consulat général de Suisse dans lequel les noms des deux interlocutrices du service des ressources humaines de l'établissement hôtelier ont été caviardés, si bien qu'il en ressort que les déclarations qu'elle prête à la responsable des ressources humaines, Madame F. _____, émanent en réalité d'une autre interlocutrice, Madame H. _____; à la lecture des courriels non caviardés du Consulat général de Suisse figurant au dossier de l'autorité intimée, on constate en réalité que la responsable des ressources humaines depuis 2011, Madame F. _____, avait au contraire déclaré qu'il n'y avait pas d'employé de ce nom (au plus tard le 5 décembre 2019) puis qu'il avait été recruté deux mois auparavant (10 janvier 2020). c) Il s'ensuit que c'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu qu'il ne pouvait être établi que l'intéressé avait bien acquis l'expérience nécessaire pour obtenir une autorisation de travailler en Suisse en tant que cuisinier dans un restaurant de spécialités.

E. 4

Dans la décision attaquée, l'autorité intimée constate en outre à la lecture des éléments au dossier que le salaire envisagé ne correspond pas aux normes fixées dans la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés, catégorie IV, dès le 1^{er} janvier 2024. Vu que la décision attaquée doit de toute manière être confirmée, il n'est pas nécessaire d'examiner ce point. On se limitera à relever que la recourante a produit devant le tribunal de céans un nouveau contrat de travail dans lequel le salaire a été adapté, apparemment conformément aux exigences de la nouvelle CCNT.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, qui confine à la témérité, et à la confirmation de la décision attaquée. Le présent arrêt doit être rendu selon la procédure simplifiée de l'art. 82 LPA-VD, sans qu'il y ait lieu de compléter l'instruction. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice et n'a 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.