RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1146/2021 JTAPI/1118/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 5 novembre 2021

dans la cause

Monsieur A_____ et B_____, représentés par Me Ludovic JORDAN, avocat, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1978, est ressortissant pakistanais.

2. Par décision du 7 mai 2018, le service de l'emploi du canton de Vaud a accepté, sous réserve de l'approbation des autorités fédérales, la demande déposée le 4 janvier 2018 par la société C_____ Sàrl – inscrite au registre du commerce vaudois - en vue d'employer M. A_____ en qualité de « cuisinier de spécialités » au sein du restaurant D _____, situé dans le canton de Vaud.

3. Par décision du 18 mai 2018, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), a approuvé la décision préalable rendue par les autorités vaudoises le 7 mai 2018 et octroyé l'autorisation requise par C _____ Sàrl en faveur de M. A_____ pour une durée initiale de douze mois, durant laquelle « le changement d'emploi n'[était], en règle générale pas accordé ». La durée de cette autorisation pouvait être « prolongée par l'autorité cantonale compétente si les conditions d'exploitation le permett[ai]ent ».

4. Il ressort du dossier que M. A_____ s'est vu délivrer, le 15 août 2019, dans le canton de Vaud, une autorisation de séjour avec activité lucrative de type B, valable jusqu'au 17 mai 2020. La rubrique « Observations » précisait notamment que « une activité indépendante [était] soumise à autorisation. Séjour limité à 24 mois ».

5. Suite à la réception de l'avis de fin de validité de son titre de séjour avec activité lucrative émis par le contrôle des habitants vaudois, M. A_____ a demandé, auprès de cette autorité, le 18 mai 2020, la prolongation de ce titre, en vue de travailler pour le compte de l'entreprise individuelle B_____ (ci-après : restaurant B_____), inscrite au registre du commerce genevois depuis le 13 septembre 2018, qui a pour but l'exploitation du restaurant B _____ à Genève, événement et livraison de nourriture.

6. Par formulaire K du 17 juillet 2020, le restaurant B _____ a requis auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le renouvellement du titre de séjour de M. A_____, tout en annonçant le changement d'employeur de ce dernier en sa faveur.

7. Par formulaire M du 3 août 2020, le restaurant B _____ a annoncé à l'OCPM l'arrivée, le 2 mars 2020, en provenance d'un autre canton, de M. A_____, engagé à temps plein en qualité de cuisinier, pour une durée indéterminée à compter du 1er novembre 2019, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 3'700.-, plus 13ème salaire.

Étaient notamment joints : le contrat de travail conclu avec M. A_____ le 20 septembre 2019, les fiches de salaire de ce dernier de mai à juillet 2020 et le contrat de bail à loyer au nom du précité portant sur un appartement de 1,5 pièces à Genève à compter du 1er mars 2020.

8. Selon l'attestation établie par le contrôle des habitants vaudois le 21 août 2020, M. A_____ était arrivé, tant en Suisse que dans le canton de Vaud, le 13 décembre 2015. Il avait quitté ce canton le 1er mars 2020 pour aller vivre à Genève.

9. M. A_____ a également annoncé sa nouvelle adresse à Genève à l'OCPM à compter du 1er mars 2020, par formulaire du 5 septembre 2020.

10. Par courriel du 30 novembre 2020, la directrice du service de la main-d'œuvre de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a informé le service de l'emploi vaudois avoir été saisi d'une requête de changement d'employeur et de canton concernant M. A_____. Elle a demandé aux autorités vaudoises si ce dernier disposait de la mobilité professionnelle et si l'autorisation concernée pouvait être prolongée par ses soins « sur la base de l'unité prélevée par le canton de Vaud ».

    Par réponse du 23 février 2021, l'adjoint au chef de section du service de l'emploi vaudois a indiqué, se référant notamment à leur conversation téléphonique du même jour, « s'agissant d'une activité dans un autre canton, nous ne revenons pas sur les limites d'un permis que nous avons limité, sauf si nous recevons une demande de libération de dite limite de la part d'un autre canton et moyennant la confirmation de ce dernier d'un intérêt à la libération de cette limite, ce qui ne semble en effet pas être le cas dans le dossier en question ».

11. Par pli du 2 décembre 2020, l'OCIRT, auquel l'OCPM avait transmis la requête de permis de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A_____ pour raisons de compétence, a informé le restaurant B _____ que l'autorisation du précité ne pouvait être prolongée sur la base de l'unité prélevée par le canton de Vaud que si les conditions d'admission des cuisiniers de spécialités étaient remplies.

    Il a imparti un délai au 11 décembre 2020 au restaurant B _____ pour lui transmettre divers renseignements et documents, notamment la preuve de l'annonce du poste auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), les recherches effectuées sur les marchés suisses et européens de l'emploi ainsi que leurs résultats, l'effectif précis de son personnel, la capacité du restaurant en terme de places, les comptes 2019 et 2020 (1er semestre), le niveau de français de l'intéressé (résultat du test), le chiffre d'affaires des ventes à l'emporter/livraisons en 2019, un nouveau contrat de travail prévoyant une rémunération conforme et tout élément démontrant l'intérêt économique de la demande.

12. Par courrier du 9 février 2021, soit dans la prolongation de délai octroyée par l'OCIRT, le restaurant B _____ a indiqué, sous la plume de son conseil, que les deux candidatures reçues suite à l'annonce du poste à l'OCE ne correspondaient pas au profil visé, les intéressés cherchant des postes d'aide-cuisinier. L'offre d'emploi avait également été publiée en ligne sur les sites internet « petitesannonces.ch » et « Jobup » mais les candidatures reçues ne correspondaient pas davantage au poste. Le cuisinier étant le « garant de la bonne marche du restaurant », une expérience de cinq ans dans la préparation des plats était nécessaire, ce que possédait M. A_____, compte tenu de son activité dans le même domaine durant cinq ans dans le canton de Vaud. C'était d'ailleurs la raison pour laquelle son permis B avait été régulièrement renouvelé par les autorités vaudoises, jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel employeur à Genève. Le restaurant, d'une capacité de cinquante-cinq places, employait cinq personnes et M. A_____, au vu de son parcours, permettait de donner la plus-value attendue aux plats proposés. Les comptes de l'année 2020 n'étaient pas encore finalisés. M. A_____ n'avait passé aucun test de français, langue qu'il maîtrisait « passablement », et dans la pratique de laquelle il continuait de s'améliorer. Ce critère n'était toutefois pas déterminant, le précité n'ayant pas de contact direct avec la clientèle. Le chiffre d'affaires des ventes à l'emporter / livraisons en 2019 représentait la moitié du chiffre d'affaire, soit environ CHF 265'000.-. Un nouveau contrat de travail avec une rémunération conforme était joint. Enfin, il n'avait pas réussi à mettre d'annonce sur le portail « EURES » et son conseil, sur recommandations du service d'assistance EURES, allait récolter les informations requises pour publier une annonce et communiquerait le résultat obtenu à l'OCIRT.

    Plusieurs documents étaient joints, notamment :

    - un document non daté portant le titre « Publier un poste vacant » et la mention « Merci d'avoir annoncé le poste vacant que l'office régional de placement (ORP) va examiner. Vous recevrez un courriel dès sa publication. » ;

    - deux annonces relatives à un chef de cuisine indienne, la première, non datée, ayant été postée sur le site internet « petitesannonces.ch » et la seconde, datée du 4 janvier 2021, ayant été publiée sur le site internet « Jobup » ;

    - les curriculum vitae de deux candidats, de nationalité portugaise et sri lankaise (permis F), ayant respectivement travaillé en qualité de cuisinier dans un restaurant indien à Genève et d'aide de cuisine à Fribourg ;

    - la liste du personnel, soit un ressortissant suisse (« admin et marketing ») à 50 %, M. A_____ (« cuisiner specialist cuis ») à 100 %, un ressortissant pakistanais titulaire d'un permis B (« cuisiner ») à 100 %, un ressortissant belge au bénéfice d'un permis C (« service ») à 100 % et un ressortissant philippin (« plounger ») titulaire d'un permis Ci à 50 % ;

- les comptes annuels 2019 établis le 16 juin 2020 faisant état d'un actif total de CHF 295'091.- et d'un résultat d'exercice de CHF 85'645.-, étant précisé que, pour l'année 2018, l'actif total était de CHF 295'260.- et le résultat d'exercice de CHF 34'303.-;

- le contrat de travail précédemment produit, modifié en ce sens que le salaire mensuel brut de M. A_____ s'élevait à CHF 3'900.- à compter du 1er février 2021.

13. Par décision du 24 février 2021, l'OCIRT a informé le restaurant B _____ qu'il ne lui était pas possible de rendre une décision favorable. Le dossier de M. A_____ était retourné à l'OCPM.

La demande ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse. L'ordre de priorité n'avait pas été respecté. Les exigences relatives à l'admission des cuisiniers de spécialités n'étaient pas remplies. Ainsi, l'établissement ne se distinguait pas par une haute qualité de l'offre. La vente à l'emporter représentait une part importante du chiffre d'affaires (près de 50 % en 2019) et l'effectif de l'établissement n'équivalait pas à cinq postes au moins. M. A_____ ne disposait pas des connaissances linguistiques requises (niveau A2) et la rémunération proposée n'était pas conforme au minimum prescrit. Les conditions d'admission n'étant pas remplies, « la prolongation de l'autorisation (séjour limité à 24 mois) sur la base de l'unité prélevée par les autorités vaudoises n'était pas accordée. Pour ces mêmes raisons, aucune nouvelle unité du contingent genevois ne saurait être prélevée ».

14. Par acte du 29 mars 2021, M. A_____ et le restaurant B _____ ont interjeté recours, sous la plume de leur conseil, devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), à l'encontre de cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'il soit ordonné à cet office d'accorder le renouvellement de l'autorisation de séjour requis, sous suite de frais et dépens. La comparution personnelle des parties était requise.

Les faits avaient été constatés de manière inexacte et incomplète, dès lors que la décision attaquée, hautement lacunaire, n'exposait aucun état de fait. Cette décision, qui ne présentait aucune motivation et ne prenait pas en compte les éléments transmis par leurs soins, contrevenait également à leur droit d'être entendu et à l'interdiction de l'arbitraire.

L'activité de M. A_____ servait les intérêts économiques de la Suisse. Fort d'une expérience de plus de vingt ans dans le domaine de la cuisine de spécialités indiennes et pakistanaises, ce dernier bénéficiait de nombreux certificats et attestations élogieux. La rémunération de M. A_____ n'avait cessé d'augmenter, passant d'un salaire mensuel de CHF 3'700.- à CHF 5'200.- dès le 1er avril 2021, ce dernier salaire étant supérieur au minimum fixé par la convention collective

nationale de travail. Une demande considérable de la clientèle locale s'agissant des spécialités indiennes proposées par le restaurant, qui alliait la cuisine traditionnelle, artistique et moderne, était observée, ce d'autant en période de pandémie, la cuisine indienne se prêtant particulièrement bien à la vente à l'emporter. Les saveurs authentiques des spécialités proposées ressortaient des commentaires élogieux rédigés par la clientèle sur les sites internet de référencement. Le bilan de la société pour l'année 2019 était bien plus important que celui de l'année précédente, ce qui démontrait l'impact bénéfique de la présence de M. A_____ et l'intérêt économique qu'il représentait pour le restaurant. De surcroit, l'octroi d'autorisations successives par les autorités compétentes vaudoises depuis l'arrivée en Suisse de M. A_____ démontrait que ce dernier servait, depuis plusieurs années, les intérêts économiques du pays.

L'ordre de priorité avait été respecté. Outre l'annonce effectuée auprès de l'ORP, des publications avaient été postées sur les sites internet Jobup et Petites annonces, sans succès quant à la qualité des candidatures reçues, et aucun dossier n'avait été reçu par le biais de la plateforme EURES, ce qui démontrait bien la difficulté de trouver, sur le marché local, des candidats présentant des qualifications dans le domaine des spécialités culinaires indiennes. Le poste nécessitait des compétences particulières très peu répandues chez les travailleurs suisses ou européens et le fait que M. A_____ bénéficiait déjà d'un titre de séjour pour un poste identique démontrait qu'aucun travailleur suisse ni européen n'avait pu être engagé auparavant. Le restaurant proposait une offre de haute qualité, composée de mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitaient des connaissances particulières qui ne pouvaient être acquises en Suisse avec une qualité similaire, étant rappelé qu'il était notoire que les connaissances techniques de la gastronomie indienne étaient acquises en Inde, sur le terrain et le long terme.

Les comptes 2019 n'établissaient pas de distinction permettant d'estimer la part du chiffre d'affaires attribué uniquement à la vente à l'emporter. En tout état, cette condition ne présentait plus d'intérêt, à l'heure où la principale source de revenus des restaurants ne pouvait découler que des ventes à l'emporter. Le but de cette condition devait être analysé à l'aulne de la situation sanitaire actuelle et il serait arbitraire de conditionner le renouvellement d'une autorisation de travail à la part du chiffre d'affaires relative aux vente à l'emporter, au vu de la situation sanitaire particulière. De même, la condition selon laquelle le nombre de postes devrait équivaloir à 500 % s'inscrivait dans une époque « pré-Covid » et de nombreux milieux professionnels avaient dû réduire leur effectif. S'agissant des connaissances linguistiques, comme le démontrait l'attestation jointe, M. A_____ avait suivi régulièrement des cours depuis septembre 2017 et possédait alors un niveau A1 en français, étant précisé qu'il avait bénéficié de deux ans de pratique depuis. Pour le surplus, M. A_____ avait vu son autorisation de séjour régulièrement renouvelée par le canton de Vaud durant plus de cinq ans. Il

jouissait de moyens financiers suffisants, avait signé un nouveau contrat de travail pour un revenu mensuel de CHF 5'200.- et disposait d'un logement. Ainsi, dès lors que l'art. 30 al. 1 let. k de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) tendrait à faciliter son admission s'il avait quitté la Suisse depuis moins de deux ans, il n'était pas acceptable qu'il ne puisse voir son autorisation de travail renouvelée, alors qu'il remplissait les conditions d'admission.

Enfin, l'OCIRT avait violé l'art. 96 LEI, en ne prenant en compte ni les intérêts publics, notamment les intérêts économiques du pays, ni la situation personnelle de M. A_____ et son intégration, dès lors qu'il était « hautement contestable » qu'après plus de cinq ans en Suisse, il puisse, sans aucun motif valable, se voir refuser le renouvellement de son autorisation de séjour. De plus, les contingents des cantons de Genève et de Vaud n'étaient pas atteints, comme le reconnaissait l'OCIRT, qui avait relevé qu'«aucune nouvelle unité du contingent genevois ne saurait être prélevée », ce qui démontrait l'existence d'unités disponibles.

Plusieurs pièces étaient jointes à ce recours, notamment :

- le contrat de travail conclu le 10 mars 2021 prévoyant une rémunération mensuelle de CHF 5'200.-, à compter du 1er avril 2021, en faveur de M. A_____ ;

- une attestation établie par Madame E_____ le 17 juin 2019, indiquant qu'elle donnait des cours de français à M. A_____ depuis septembre 2017, en lien surtout avec le langage, notamment dans son domaine professionnel de la cuisine indienne, mais aussi « la lecture, l'écriture, parler et comprendre ». Il possédait un niveau A1 dans cette langue ;

- des extraits des sites internet du restaurant et d'avis positifs y relatifs ;

- une attestation de travail établie le 10 mars 2021 par le restaurant, selon laquelle M. A_____ faisait partie de son personnel en qualité de chef cuisinier depuis le 1er novembre 2019. Ce dernier avait « une très grande expérience en domaine de Restauration Indien /Pakistanais. Il joue un rôle principal dans notre équipe » ;

- des attestations élogieuses rédigées en décembre 2009 et novembre 2010 en anglais par la « F_____ » en faveur de M. A_____ ; des certificats émanant de « G_____ » au bénéfice de M. A_____ en qualité de « tandoorchi » en 2010 et 2012 et de « bread man » en 2003 ; des attestations établies par le G_____ en 2009, 2012 et 2015 selon lesquelles M. A_____ avait travaillé en son sein à satisfaction en qualité de « Cook-I » et de « Tandoorchi » et une attestation rédigée par l'hôtel « H_____ » le 27 avril 2012 selon laquelle M. A_____ avait travaillé pour son compte du 18 au 28 avril 2012 pendant le

« Lahori Food Festival » à satisfaction ainsi que des articles de presse du 21 avril 2012 relatifs à cet établissement, comportant notamment une photographie de M. A_____.

15. Par observations du 31 mai 2021 accompagnées de son dossier, l'OCIRT a conclu, sur le fond, au rejet de ce recours et à la confirmation de la décision attaquée, sous suite de frais.

M. A_____ était arrivé en Suisse le 13 décembre 2015 au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée de type L, valable du 13 décembre 2015 au 12 décembre 2017, puis d'une autorisation de séjour de type B, valable du 18 mai 2018 au 17 mai 2020, accordées par le canton de Vaud afin de lui permettre de travailler dans un restaurant à Nyon. En raison notamment des incertitudes liées à l'évolution du restaurant nyonnais et du contrôle des exigences linguistiques, l'autorisation de séjour avait été accordée pour une durée limitée et sa prolongation était conditionnée à l'examen des autorités vaudoises. En outre, la décision du SEM du 18 mai 2018 précisait que l'autorisation était accordée pour une durée initiale de douze mois, durant lesquels le changement d'emploi n'était en règle générale pas accordé. L'autorisation de M. A_____ avait été prolongée par les autorités vaudoises le 19 mai 2019, toujours pour une durée limitée de douze mois, car il n'avait pas obtenu le niveau A2 en français. L'employeur basé dans le canton de Vaud n'avait ensuite plus sollicité la prolongation de l'autorisation de M. A_____, lequel avait, le 1er novembre 2019, changé d'employeur sans autorisation et commencé à travailler pour le restaurant B_____. Depuis le 17 mai 2020, M. A_____ résidait et travaillait en Suisse sans autorisation. Ne bénéficiant pas de la mobilité professionnelle, M. A_____ devait être considéré comme un « nouveau demandeur d'emploi » et il convenait d'examiner si les conditions d'octroi d'une autorisation, impliquant le prélèvement d'une unité du contingent cantonal, étaient remplies.

16. Par réplique du 25 juin 2021, les recourants ont persisté dans leurs conclusions et arguments.

Les allégations selon lesquelles c'était en raison des incertitudes liées à l'évolution du restaurant nyonnais et du contrôle des exigences linguistiques que l'autorisation de séjour de M. A_____ ne lui avait été octroyée que pour une durée limitée et conditionnée, qui ne reposaient sur aucun élément au dossier et relevaient de la pure spéculation. Selon le permis délivré le 15 août 2019, le séjour du précité était limité à vingt-quatre mois, soit une durée standard pour un tel permis, et ne faisait l'objet d'aucune restriction particulière. De même, il était erroné de retenir que M. A_____ avait changé d'emploi sans autorisation, dès lors qu'il bénéficiait à ce moment-là d'un titre de séjour valable et de la mobilité professionnelle. Au bénéfice d'un permis de séjour de type B, valable du 15 août 2019 au 17 mai 2020, sans aucune restriction, M. A_____ pouvait changer d'emploi sans autorisation et bénéficiait de la mobilité professionnelle entre les

cantons de Vaud et de Genève, à tout le moins entre les deux dates précitées. M. A_____ ne pouvait ainsi nullement être considéré comme un nouveau demandeur d'emploi, ce d'autant que la décision attaquée précisait expressément que « la prolongation de l'autorisation » n'était pas accordée. Ainsi, compte tenu du fait que M. A_____ était titulaire d'un permis B lors de son embauche par le restaurant B _____ le 1er novembre 2019, il était, à ce moment-là, considéré comme prioritaire sur le marché du travail.

Les qualifications professionnelles de M. A_____ n'étaient pas contestées par l'OCIRT. Les ventes à l'emporter en 2019 étaient sans pertinence, seules les conditions d'octroi au jour de la décision devant être examinées. L'attestation de niveau A1 précédemment produite – qui émanait de Mme E_____, enseignante auprès de Caritas Vaud, institution labélisée par la « FIDE » et autorisée à certifier le niveau de français - démontrait la maîtrise suffisante de la langue française par ce dernier, étant rappelé que son permis de séjour avait été régulièrement renouvelé par le canton de Vaud, sur la base du même critère de langue. Enfin, comme le démontrait le certificat de travail intermédiaire joint, M. A_____ pouvait lire les commandes seul, de sorte qu'il était en mesure de lire et de comprendre le français.

Étaient notamment jointes à cette écriture :

- les fiches de salaire de M. A_____ pour les mois d'avril et mai 2021, faisant état d'un salaire mensuel brut de CHF 5'200.- ;

- une attestation de travail établie par le restaurant B _____ le 23 juin 2021, indiquant que le poste de « chef cuisine des grillades » occupé par M. A_____, qui pouvait « lire les commandes tout seul », était très important. Les clients étaient habitués à la qualité de sa cuisine et le chiffre d'affaires du restaurant diminuait pendant ses congés. Il était très difficile, surtout après la crise économique et sanitaire subie, de trouver un employé au bénéfice d'une expérience lui permettant de réaliser une cuisine de qualité et le renouvellement du permis de M. A_____ aiderait le restaurant à « récupérer son chiffre d'affaires ».

17. Par duplique du 21 juillet 2021, l'OCIRT a maintenu ses conclusions.

Ce n'était pas le permis B en tant que tel - qui n'indiquait généralement pas les restrictions à la mobilité professionnelle, hormis pour l'exercice d'une activité indépendante – qui faisait foi, mais la décision du SEM, qui limitait l'autorisation à douze mois et restreignait la mobilité professionnelle de l'intéressé sur la base de l'art. 33 al. 2 LEI. Les autorités vaudoises avaient confirmé que M. A_____ bénéficiait d'une autorisation limitée, de sorte que ce dernier avait changé d'emploi sans autorisation. La capacité des autorités cantonales de limiter la mobilité professionnelle des travailleurs permettait d'assurer une plus grande

protection du marché du travail et des intérêts économiques du canton, étant précisé que l'OCIRT délivrait régulièrement des titres de séjour avec une limitation à la mobilité professionnelle.

La brève durée d'ouverture, durant sept jours seulement, du poste de cuisinier auprès de l'OCE, ne permettait pas d'identifier les candidats disponibles, étant précisé que, selon la pratique de cet office, le dossier restait ouvert au moins trente jours pour le recrutement d'un ressortissant d'État tiers. C'était en se basant sur le chiffre d'affaires de 2019, soit avant la crise sanitaire, que l'on pouvait avoir une idée plus proche de la réalité et l'augmentation de la part du chiffre d'affaires liée aux ventes à l'emporter durant cette crise avait été prise en compte. L'exigence d'un taux d'activité cumulé de 500 %, destinée à protéger l'économie suisse quant à l'exploitation de restaurants de spécialités, s'appliquait au restaurant B_____, comme à tous les autres restaurants du canton. Le niveau A1 en français de M. A_____ était insuffisant.

Plusieurs pièces étaient jointes à cette écriture, notamment un courriel de l'OCE du 27 mai 2021 indiquant à l'OCIRT qu'un poste de cuisinier requérant cinq ans minimum d'expérience dans la cuisine indienne et grill avait été ouvert auprès de l'OCE concernant le restaurant B_____. Il était encore précisé « Avis du 15.01.2021 ; fermé au 22.02.2021 ; pas d'assignation ».

18. Par écriture spontanée du 4 août 2021, les recourants ont persisté dans leurs conclusions et arguments.

La décision du SEM du 18 mai 2018 invoquée par l'autorité intimée pour en déduire que le titre de séjour de M. A_____ était limité à douze mois et restreignait sa mobilité était dénuée de pertinence, dès lors qu'elle correspondait à l'octroi d'un permis antérieur et non à celui délivré par les autorités vaudoises le 15 août 2019, dont le renouvellement était requis dans le cadre de la présente procédure. Il ressortait de la copie - jointe - du permis délivré par les autorités vaudoises le 5 avril 2017 à M. A_____, en exécution d'une décision préalable du SEM, que les limitations figuraient bel et bien sur les permis, étant rappelé que l'autorisation de séjour du 15 août 2019 ne faisait état d'aucune limitation de mobilité. Aucune conclusion ne pouvait être tirée des échanges de courriels entre le service de l'emploi vaudois et l'OCIRT, confus et rédigés en termes généraux, quant à une potentielle limitation du permis de M. A_____. L'ordre de priorité avait été respecté, M. A_____ étant alors titulaire d'un permis B sans restriction de mobilité.

Était jointe une copie de l'autorisation de courte durée (L) délivrée à M. A_____ le 5 avril 2017 par les autorités vaudoises, valable jusqu'au 12 décembre 2017, indiquant, dans la rubrique « Observations » : « C_____ Sàrl 1279. Changement de place et profession soumis à permis. Séjour limité à 24 mois. ».

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

   Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

4. Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

5. Les recourants sollicitent la comparution personnelle des parties.

6. Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle

puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2 et les références citées).

Le droit de faire administrer des preuves 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 qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 134 I 140 consid. 5.3).

Le droit d'être entendu ne confère pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (art. 41 in fine LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_901/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3 ; 8C_8/2012 du 17 avril 2012 consid. 1.2).

7. En l'espèce, le tribunal estime que le dossier contient les éléments suffisants et nécessaires, tel qu'ils ressortent des écritures des parties, des pièces produites et du dossier de l'autorité intimée, pour statuer sur le litige, de sorte qu'il n'apparaît pas utile de procéder à la comparution personnelle des parties. En tout état, les recourants ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments, dans le cadre de leur recours, puis de leur réplique, et enfin de leur écriture spontanée, et de produire tout moyen de preuve utile en annexe de ces écritures. Quoi qu'il en soit, les recourants n'expliquent pas quels éléments la procédure écrite les aurait empêché d'exprimer de manière pertinente et complète. Par conséquent, cette demande d'instruction, en soi non obligatoire, sera rejetée.

8. Les recourants invoquent, dans un premier grief, une violation de leur droit d'être entendu, sous l'angle d'un défaut de motivation et du caractère arbitraire de la décision attaquée.

9. L'art. 46 al. 1 LPA fait obligation aux autorités administratives de rendre des décisions motivées. L'obligation de motivation constitue un principe général du droit administratif découlant du droit d'être entendu (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_478/2017 du 8 mai 2018 consid. 2.1).

Selon une jurisprudence constante, l'obligation de motiver n'impose pas à l'autorité d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_298/2017 du 30 avril 2018 consid. 2.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd. 2018, p. 531 n. 1573). Elle peut, au contraire, se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents. Une motivation est suffisante lorsque le destinataire de la décision est en mesure de se rendre compte de la portée de cette dernière, d'en comprendre les raisons et de la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; ATA/661/2018 du 26 juin 2018 et les arrêts cités ; Pierre TSCHANNEN/Ulrich

ZIMMERLI/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., 2014, p. 272 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 348 ss n. 2.2.8.3). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 138 IV 81 consid. 2.2; 134 I 83 consid. 4.1 et les références citées). L'autorité peut passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 126 I 97 consid. 2b). Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si elle ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 126 I 97 consid. 2b et les références).

10. En l'espèce, la décision litigieuse fait mention des dispositions légales sur lesquelles l'autorité intimée s'est fondée pour se prononcer. Elle indique également sa position, soit qu'il ne lui est pas possible de rendre une décision favorable, la demande ne servant pas les intérêts économiques de la Suisse, l'ordre de priorité n'ayant pas été respecté et les exigences relatives aux cuisiniers de spécialités n'étant pas remplies. Par conséquent, le tribunal constate que la décision attaquée, qui mentionne les bases légales topiques applicables ainsi que les motifs de refus, est claire, quand bien même elle serait erronée. Par ailleurs, s'il est exact que la décision litigieuse ne contient pas une partie consacrée exclusivement à un "état de fait" – ce qui n'est au demeurant pas une exigence légale – elle mentionne néanmoins les faits qui auraient dû être réunis pour aboutir à une décision favorable. On en déduit donc facilement quels sont les faits que l'autorité intimée a pris en considération (p. ex. le fait que le restaurant ne compte pas l'équivalent de 5 postes à plein temps).

    Ces éléments ont d'ailleurs permis aux recourants, représentés par leur conseil, de motiver leur recours de manière complète. L'autorité intimée s'est expliquée plus en détail dans ses observations du 31 mai 2021 puis dans sa duplique du 21 juillet 2021. Il sera rappelé à cet égard qu'un éventuel défaut de motivation peut être réparé par la prise de position de l'autorité intimée, suite à un recours, si l'administré se voit offrir la possibilité de s'exprimer à son sujet et que l'autorité de recours peut examiner librement les questions de fait et de droit (cf. ATF 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_272/2010 du 16 mars 2011 consid. 2.6.2 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1577 p. 522 et les arrêts cités), tel qu'en l'espèce.

    En conclusion, infondé, le grief de violation du droit d'être entendu et d'arbitraire sera écarté.

11. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie de Suisse des

étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui n'est pas le cas du recourant, qui est ressortissant du Pakistan.

12. Selon 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).

13. À teneur de l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a), son employeur a déposé une demande (let. b) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c), notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEI), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEI). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

    En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit au recourant (arrêt du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b ; cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_860/2011 du 25 octobre 2011 consid. 2).

14. 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 État 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).

    En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2C_434/2014 du 8 août 2014 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c).

15. Les conditions d'admission ont matériellement pour but de gérer de manière « restrictive » l'immigration ne provenant pas de la zone UE/AELE, de servir conséquemment les intérêts économiques à long terme et de tenir compte de

manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (cf. notamment ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; C-6198/2014 du 18 mai 2015 consid. 6.1).

16. 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c et les arrêts cités).

    Il revient à l'employeur de démontrer qu'il a entrepris des recherches à une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE/AELE et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

17. 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. (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2 ; F-1992/2015 du 10 mars 2017 consid. 5.5 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c).

    Même si la recherche d'un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l'employeur peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient, à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l'art. 21 LEI (arrêt

du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11).

18. La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, concerne au premier chef le domaine du marché du travail. 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 (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, in FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 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'oeuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5d). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (cf. ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6b ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 s. et les références citées).

Selon les directives et commentaires du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM ; Séjour avec activité lucrative [ci-après : directives LEI], état au 1er août 2021, ch. 4.3.1, qui ne lient pas le juge, mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 ; ATA/896/2018 du 4 septembre 2018), il convient 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 à s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'oeuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans le 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 8.3 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015 consid. 12).

19. S’agissant plus spécifiquement des cuisiniers de restaurants de spécialités, conformément aux directives LEI (ch. 4.7.9.1.1), l’engagement de ces derniers peut être autorisé aux conditions suivantes : « 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 ; 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 minime 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 […] ».

20. Selon l'art. 20 al. 1 1ère phr. LEI, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et les autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Cette compétence se trouve mise en oeuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA (cf. ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 8). En particulier, à teneur de l'art. 20 al. 1 OASA, les cantons peuvent délivrer aux étrangers qui ne sont pas couverts par le champ d'application de l'ALCP ou de la Convention instituant l'AELE des autorisations de séjour dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2, ch. 1, let. a. Selon celle-ci, le nombre maximum de telles autorisations pour l’année 2021 est de nonante s’agissant du canton de Genève et de cent-onze pour le canton de Vaud.

    L'art. 20 LEI consacre le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers, à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Échange (AELE - RS 0.632.31).

21. À teneur de l’art. 40 al. 1 LEI, les autorisations prévues aux art. 32 à 35 et 37 à 39 LEI sont octroyées par les cantons. Les compétences de la Confédération sont réservées en matière de mesures de limitation (art. 20), de dérogations aux conditions d’admission (art. 30) et de procédure d’approbation (art. 99).

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 activité lucrative, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (art. 40 al. 2 LEI).

22. L'art. 38 al. 2 LEI précise que le titulaire d'une autorisation de séjour admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante peut l'exercer dans toute la Suisse. Il peut changer d'emploi sans autre autorisation.

23. En l'espèce, la décision litigieuse retient tout d'abord que l'ordre de priorité n'a pas été respecté. Les recourants, après avoir allégué dans un premier temps que cette condition était remplie au vu des diverses offres d'emploi publiées sans succès, ont indiqué que l'ordre de priorité ne trouvait pas application in casu, M. A_____ étant titulaire d'une autorisation de séjour avec activité lucrative sans restriction au moment où il avait été engagé par le restaurant B_____. Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, si la condition du respect de l'ordre de priorité s'applique au présent cas.

Le titre de séjour avec activité lucrative délivré le 15 août 2019 à M. A_____ tel qu'il apparaît au dossier ne fait état d'aucune limitation de mobilité. La décision d'approbation du SEM produite prévoit, quant à elle, que le changement d'emploi n'est, en règle générale, pas accordé. Il convient toutefois de relever qu'elle n'interdit pas celui-ci. En outre, aucun élément au dossier ne démontre que la mobilité professionnelle de M. A_____ aurait été explicitement restreinte dans le cadre de la délivrance du titre de séjour avec activité lucrative du 15 août 2019. Par conséquent, le tribunal constate que M. A_____ était autorisé, sur la base de l'art. 38 al. 2 LEI précité, à exercer une activité lucrative dans toute la Suisse, sans autorisation particulière supplémentaire, durant la validité du titre délivré par les autorités vaudoises, soit jusqu'au 17 mai 2020. Cependant, à l'échéance de ce délai, le renouvellement de ce titre de séjour – qui n'était pas définitif mais soumis à prolongation, comme cela ressort de la mention « séjour limité à 24 mois » qui figure sur ce titre - devait être examiné. Or, au moment où le restaurant B _____ a sollicité le renouvellement du titre de séjour de M. A_____ auprès de l'OCPM, soit le 17 juillet 2020, ce dernier ne bénéficiait d'aucune autorisation en cours de validité. La date effective de prise d'emploi de M. A_____ à Genève, soit le 1er novembre 2019 selon les déclarations des recourants, qui est antérieure à l'échéance de la validité de l'autorisation de séjour du précité, n'est pas déterminante, dès lors qu'à ce moment, les autorités du lieu d'exercice de cette activité lucrative n'en avaient pas été informées. Par conséquent, si M. A_____ avait le droit de travailler pour un restaurant – tant genevois que vaudois - jusqu'au 17 mai 2020, sur la base de l'unité de contingent octroyée par les autorités vaudoises, il faut cependant retenir qu'à compter de cette date, les autorités compétentes, soit celles du lieu d'exercice de l'activité lucrative,

devaient examiner si les conditions de renouvellement étaient remplies. La demande de prolongation de son titre, déposée par M. A_____ auprès du service de l'habitant vaudois le 18 mai 2020 ne saurait conduire à une autre conclusion, dès lors que cette requête aurait dû être déposée auprès des autorités compétentes du canton dans lequel ce dernier souhaitait déployer son activité lucrative, soit Genève, ce qui a d'ailleurs été fait ultérieurement. Par conséquent, force est de constater que la prise d'emploi de M. A_____ auprès du restaurant genevois B _____ à l'issue de la période de validité de l'autorisation délivrée par les autorités vaudoises devait respecter l'ordre de priorité au moment de la requête déposée en ce sens par cet employeur auprès de l'OCPM le 17 juillet 2020.

S'agissant du respect de l'ordre de priorité, il apparaît que les annonces sur les sites internet JobUp et auprès de l'OCE ont été postées, selon les éléments au dossier, en janvier 2021, soit près de six mois après le dépôt de la demande de titre de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A_____. L'annonce publiée sur le site Petitesannonces.ch est, quant à elle, non datée et les problèmes rencontrés pour publier l'offre d'emploi sur la plateforme EURES, qui, de l'aveu même des recourants, étaient dus à des informations manquantes, ne sauraient justifier le dépôt tardif de l'offre d'emploi sur ce support. Ainsi, aucun élément au dossier ne laisse à penser que le restaurant B _____ aurait procédé à des recherches afin de déterminer si un travailleur indigène, originaire de la zone UE/AELE ou au bénéfice d'un titre de séjour en Suisse aurait pu convenir pour ce poste avant de déposer sa requête en faveur de M. A_____. Or, il découle des jurisprudences rappelées ci-dessus qu'il n'est non seulement pas admissible de chercher à justifier a posteriori les efforts faits pour pourvoir le poste en question, comme l'ont fait les recourants, mais qu'il est également nécessaire d'étendre les recherches, via la presse, internet et les sociétés de placement de personnel, en dehors du territoire cantonal et même en dehors du territoire suisse. Or, le restaurant B _____ s'est contenté d'une annonce auprès de Jobup et de Petitesannonces.ch, ce qui est largement insuffisant en regard des exigences qui viennent d'être rappelées. En outre, s'agissant de la publication auprès de l'OCE, force est de constater qu'une durée de sept jours ne peut être considérée comme étant suffisante pour tenter de trouver un candidat, a fortiori si, comme relevé par les recourants eux-mêmes, les qualifications requises sont particulièrement spécifiques et nécessitent une expérience conséquente. Par conséquent, le fait que l'employeur n'a prétendument reçu que deux réponses suite à ses annonces, respectivement aucune s'agissant de la publication auprès de l'OCE et d'EURES, est, quoi qu'il en soit, non relevant et ne permet nullement de démontrer la difficulté de trouver des candidats suffisamment qualifiés sur le marché local, contrairement à ce que prétendent les recourants.

Pour le surplus, le fait que l'ordre de priorité ait été considéré comme respecté par les autorités vaudoises dans le cadre d'une demande ultérieure ne saurait signifier qu'il l'est également lors de la demande de renouvellement dans un autre canton.

En effet, il y a lieu de relever que l'employé au bénéfice d'un permis de travail soumis à renouvellement qui fait le choix de changer d'employeur doit accepter qu'à l'issue de la validité de ce titre, l'autorité compétente examine si l'ordre de priorité a été respecté par ce nouvel employeur, étant rappelé que la décision de délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative prend en compte la situation globale, tant de l'employé que de l'employeur. Ainsi, les spécificités du restaurant qui souhaite l'employer ainsi que celles du canton dans lequel il déploie ses activités doivent être prises en compte et il ne peut être considéré que l'octroi d'un titre de séjour avec activité lucrative en faveur d'un ressortissant étranger par un canton suisse lui donne le droit, à l'échéance de la validité de son titre de séjour, d'œuvrer dans toute la Suisse pour n'importe quel autre employeur sans examiner si les conditions d'octroi d'un tel titre de séjour sont remplies, sauf à vider de leur sens les dispositions légales et réglementaires applicables en matière de prise d'emploi par les ressortissants étrangers. En conclusion, c'est à bon droit que la décision attaquée retient l'absence de respect de l'ordre de priorité.

S'agissant de l'intérêt économique, les recourants mettent principalement en avant les compétences culinaires spécifiques du recourant, qui ne sont pas contestées, ainsi que son expérience et la plus-value que celles-ci apportent au restaurant. Or, ces questions ne concernent que l'intérêt du restaurant B _____ à pouvoir garder M. A_____ parmi ses employés, et non l'intérêt qu'il y aurait pour la place économique suisse à ce que M. A_____ puisse conserver son emploi. Même si M. A_____ est, à teneur des attestations et certificat de travail intermédiaire produits, un cuisinier compétent en matière de cuisine indienne et pakistanaise, il ne ressort pas du dossier que les tâches qui lui sont confiées relèveraient d'un haut niveau de spécialisation. Quant aux arguments selon lesquels la cuisine proposée par le restaurant B _____ répond à une demande de la clientèle genevoise, dès lors qu'elle se prête notamment bien à la dégustation à l'emporter, qui ne sont pas contestés non plus, il ne peut toutefois pas être retenu que l'activité de M. A_____ au sein de ce restaurant se déploie dans un secteur dans lequel régnerait une pénurie de main-d'oeuvre. Ainsi, il ne peut être exclu que des ressortissants suisses, des personnes au bénéfice d'un titre de séjour ou des ressortissants UE / AELE soient en mesure d'occuper le poste de M. A_____. En outre, s'agissant de l'intérêt économique du restaurant pour le canton et la Suisse, le tribunal constate qu'il n'a pas été démontré que l'existence et l'exploitation du restaurant B _____ – qui ne sont pas remises en cause dans le cadre de la présente procédure – dépendraient de la présence de M. A_____, étant relevé que ce restaurant déployait déjà son activité dans le canton avant d'employer le recourant en son sein et qu'il compte parmi son personnel un ressortissant pakistanais au bénéfice d'un permis B au poste de cuisinier, ce qui démontre qu'il n'est pas impossible de trouver des candidats prioritaires pour ce type de postes. Enfin, contrairement aux allégations des recourants, le fait que les autorités compétentes vaudoises aient considéré, antérieurement, que l'activité déployée par le recourant au sein du restaurant vaudois D _____ présentait un intérêt économique pour la

Suisse, ne signifie pas que cet intérêt doive également être reconnu - sans autre – s'agissant d'une activité lucrative déployée en faveur d'un autre employeur et dans un autre canton. Il sera en effet rappelé que le droit fédéral applicable prévoit la compétence des cantons en matière d'octroi d'autorisations d'activité lucrative et attribue à ces derniers, dans ce cadre, des unités de contingents dont le nombre diffère selon le canton concerné. Ainsi, conformément au système choisi par le législateur suisse, les cantons bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si une requête rempli les conditions légales et le fait que celles-ci aient été considérées comme réunies par les autorités vaudoises, qui disposent de cent-onze unités de contingent pour l'année 2021, dans le cadre de l'activité déployée par le recourant pour le compte d'un restaurant vaudois au sein d'une région donnée, ne signifie pas que ces mêmes conditions seraient forcément remplies dans le cas d'une prise d'emploi du précité à Genève, canton disposant de nonante unités pour 2021, dans une région avec des spécificités différentes et pour un autre employeur. Enfin, la progression du bilan de l'entreprise recourante est un fait établi, mais cette évolution, certes positive, ne saurait conduire à faire abstraction des chiffres absolus liés aux résultats de l'entreprise, qui restent très inférieurs à ce qui peut être considéré comme économiquement important pour la Suisse. Par conséquent, sous l'angle du critère de l'intérêt économique au sens de l'art. 18 let. a LEI, la décision litigieuse constate à bon escient que le poste mis au concours ne justifie pas de prélever une unité sur le contingent cantonal des personnes étrangères autorisées à séjourner pour activité lucrative.

Pour le surplus, l'analyse, par l'autorité intimée, des critères complémentaires posés par les directives LEI s'agissant des cuisiniers de spécialités et des conditions personnelles du recourant ne prête pas flanc à la critique. En effet, s'il n'est pas contesté que ce dernier perçoit désormais une rémunération supérieure au minimum requis, qu'il bénéficie d'une expérience importante dans le domaine de la cuisine indienne et pakistanaise et que l'établissement qui l'emploie compte un nombre total de places supérieur à celui exigé, il n'en demeure pas moins que certaines des conditions posées ne sont pas remplies. Ainsi, il n'a pas été démontré que le recourant possède un niveau A2 en français, étant précisé qu'il s'agit d'une exigence objective et que la question de savoir si des connaissances dans cette langue sont nécessaires pour l'exercice de son activité lucrative n'est pas déterminante. L'appréciation différente des autorités vaudoises à ce sujet ne constitue pas un élément déterminant en faveur de l'admission du recours, la décision litigieuse reposant de façon valable sur plusieurs autres aspects. La prise en compte des recettes des ventes à l'emporter pour l'année 2019 qui, selon les explications des recourants – qu'ils ont nuancées par la suite en expliquant qu'il était difficile de distinguer les recettes relatives aux ventes à l'emporter sur la base du bilan – se montaient à 50 % du chiffre d'affaires pour cette année-là, ne saurait être relativisée en raison de la crise sanitaire, la fermeture y relative des établissements ayant débuté au printemps 2020. Quant au fait qu'un taux de quatre postes – au lieu de cinq – devait être considéré comme suffisant au vu des

difficultés économiques en lien avec cette pandémie, le tribunal constate qu'il n'apparaît pas illégitime, dans l'intérêt économique de la Suisse, de prendre en compte la pérennité prévisible d'une entreprise en posant certaines conditions avant de délivrer un titre de séjour avec activité lucrative en faveur d'un nouvel employé, en particulier eu égard aux problématiques financières particulières en lien avec le Covid-19. En tout état, cet élément n'est, à lui seul, pas déterminant et l'autorité intimée n'a pas fondé sa décision de refus sur ce point uniquement.

Enfin, l'argument des recourants, selon lequel il ne serait pas acceptable que des ressortissants étrangers puissent, sur la base de l'art. 30 al. 1 let. k LEI, voir leur réadmission en Suisse facilitée alors que le recourant ne pouvait, quant à lui, voir son autorisation renouvelée, tombe à faux, la disposition légale précitée visant un tout autre cas de figure que celui faisant l'objet du présent recours et ne trouvant pas application, mutatis mutandis, au recourant.

24. En conclusion, au vu des développements qui précèdent, c'est à bon droit que l'autorité intimée a rendu la décision attaquée, qui doit être confirmée.

Mal fondé, le recours est rejeté.

25. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), les recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent, sont condamnés au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 800.- ; il est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

26. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 29 mars 2021 par Monsieur A_____ et B_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 24 février 2021 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 800.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

4. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

Le président

Olivier BINDSCHEDLER TORNARE

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière