

Audience publique du 8 juin 2018

Recours formé par Madame ..., ...
contre deux décisions du ministre de l'Immigration et de l'Asile,
en matière de police des étrangers

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 39585 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 17 mai 2017 par Maître Nicky Stoffel, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ..., demeurant à L-..., agissant au nom et pour le compte de Madame ..., demeurant en République Populaire de Chine, ..., de nationalité chinoise, tendant, d'après son dispositif, à l'annulation d'une décision du ministre de l'Immigration et de l'Asile du 23 mars 2017 portant confirmation de sa décision du 10 novembre 2016 ayant rejeté la demande tendant à l'obtention d'une autorisation de séjour en vue d'une activité salariée dans le chef de Madame ... ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 25 juillet 2017 ;

Vu le mémoire en réplique déposé le 6 septembre 2017 au greffe du tribunal administratif par Maître Nicky Stoffel pour le compte de sa mandante, préqualifiée ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les décisions attaquées ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître Ardavan Fatholahzadeh en remplacement de Maître Nicky Stoffel, et Madame le délégué du gouvernement Elisabeth Pesch en leurs plaidoiries respectives.

En date du 23 mai 2016, Madame ..., de nationalité chinoise, fit introduire par l'intermédiaire de Madame ..., auprès du ministère des Affaires étrangères et européennes, direction de l'Immigration, ci-après dénommé « le ministère », une demande tendant à l'obtention d'une autorisation de séjour temporaire en qualité de travailleur salarié, tout en joignant divers documents dont notamment, un certificat délivré le 17 mars 2016 par l'Agence pour le Développement de l'Emploi (ADEM) autorisant la société à responsabilité limitée Restaurant ... SARL, ci-après « le restaurant ... », à « *recruter une personne de son choix, sans préjudice des dispositions de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration pour le poste de : cuisinier qualifié expérimenté (...)* » et une copie

du contrat de travail conclu à durée indéterminée entre le restaurant ... et Madame ... pour un travail hebdomadaire de 40 heures en qualité de cuisinière.

Suite à un avis négatif de la commission consultative pour travailleurs salariés du 12 juillet 2016, le ministre de l'Immigration et de l'Asile, ci-après désigné par « le ministre », refusa de faire droit à la demande susvisée de Madame ... par une décision du 10 novembre 2016, libellée comme suit :

« (...) J'ai l'honneur de me référer à votre demande en obtention d'une autorisation de séjour temporaire en qualité de travailleur salarié conformément à l'article 42 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration qui m'est parvenue en date du 30 mars 2016.

J'attire votre attention sur le fait que l'octroi de l'autorisation de séjour est subordonné à la condition prévue par l'article 42, paragraphe (1), point 2. de la loi du 29 août 2008 précitée. L'autorisation de séjour ne peut être accordée que si l'exercice de l'activité visée sert les intérêts économiques du pays.

Cette condition s'apprécie en fonction des besoins économiques du pays et plus précisément des besoins spécifiques du marché du travail. Force est cependant de constater que votre dossier ne renseigne pas davantage sur une future intégration durable dans le marché de l'emploi luxembourgeois étant donné que le domaine spécifique dans lequel vous êtes spécialisé, à savoir la cuisine asiatique, constitue une branche bien limitée du secteur de la restauration. Votre activité en tant que « cuisinier qualifié expérimenté » ne ramène en effet pas de savoir-faire apportant un avantage compétitif pour le secteur de l'activité visée.

Partant il n'est pas établi en quoi l'activité salariée visée sert les intérêts économiques du pays de sorte que la condition énoncée à l'article 42 paragraphe (1) point 2 de la loi précitée n'est pas remplie.

A titre subsidiaire, il n'est pas prouvé que vous remplissez les conditions afin de pouvoir bénéficier d'une autorisation de séjour dont les différentes catégories sont fixées à l'article 38 de la loi modifiée du 29 août 2008 précitée.

Par conséquent, la commission consultative pour travailleurs salariés a, en date du 12 juillet 2016, émis un avis négatif quant à la délivrance d'une autorisation de séjour en qualité de travailleur salarié dans votre chef, avis auquel je me rallie.

Au vu de ce qui précède, l'autorisation de séjour en qualité de travailleur salarié vous est refusée sur base de l'article 101, paragraphe (1), point 1 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et de l'immigration.(...) ».

Par courrier de son litismandataire du 5 décembre 2016, Madame ... fit introduire un recours gracieux à l'encontre de la décision précitée du 10 novembre 2016 auquel le ministre refusa de faire droit par décision du 23 mars 2017, laquelle est libellée en ces termes :

« (...) J'ai l'honneur de me référer à votre courrier du 5 décembre 2016 relatif à l'objet sous rubrique.

Après avoir procédé au réexamen du dossier de votre mandant, je suis au regret de vous informer qu'à défaut d'éléments pertinents nouveaux, je ne saurais réserver une suite favorable à votre demande et je ne peux que confirmer ma décision du 10 novembre 2016.

En effet, alors que vous estimez qu'il est erroné de dire que la cuisine asiatique constitue une branche bien limitée du secteur de la restauration, vous n'argumentez pas pour autant en quoi l'exercice de l'activité visée par votre mandante servirait l'intérêt économique du pays et donc en quoi la condition prévue à l'article 42, paragraphe (1), point 2. serait remplie.

En outre, le dossier de votre mandante ne renseigne toujours pas sur les raisons pour lesquelles son embauche serait justifiée pour l'activité de son employeur alors que ce dernier dispose de cuisiniers pour garantir le bon fonctionnement de son entreprise. Les raisons pour l'embauche de votre mandante ne sont donc toujours pas établies, ni motivées.

Par ailleurs, je tiens à vous informer que l'arrêt de la Cour administrative du 28 juin 2016, inscrit sous le numéro 37493C du rôle, a réformé le jugement du 11 janvier 2016, n° 36417 du rôle. Dans son arrêt, la Cour administrative argumentait notamment que « la condition sous analyse, telle que interprétée par le tribunal, revient à boucler une boucle en ce sens qu'il suffirait de mener l'analyse qu'un acteur de l'économie luxembourgeoise, à travers un poste déclaré vacant suivant un profil par lui tracé avec précision, en exprimant de la sorte un besoin économique, vise à travers cette démarche une activité servant les intérêts économiques du pays et remplirait ainsi également la condition énoncée sub 2 au paragraphe ter de l'article 42 de la loi du 29 août 2008. En d'autres termes, cette condition ne revêtirait aucun caractère autonome et sa raison d'être se réduirait de la sorte à zéro. Dans l'absolu, cette condition ne ferait aucun sens ni ne présenterait aucune valeur ajoutée par rapport aux trois autres conditions cumulatives mentionnées au même paragraphe. ».

Au vu de ce qui précède, je suis au regret de vous informer que ma décision du 10 novembre 2016 reste maintenue dans son intégralité (...)».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 17 mai 2017, Madame ... a fait introduire, au nom et pour le compte de Madame ..., un recours tendant d'après le dispositif de sa requête introductive d'instance auquel le tribunal est seul tenu, à l'annulation des deux décisions ministérielles, précitées, des 10 novembre 2016 et 23 mars 2017.

Etant donné que l'article 113 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, ci-après dénommée « la loi du 29 août 2008 », par renvoi à l'article 109 de la même loi, prévoit un recours en annulation en la présente matière, le tribunal est valablement saisi pour connaître du recours en annulation qui, par ailleurs, est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

A l'appui du recours, la demanderesse expose les faits et rétroactes à la base des décisions déferées telles que reprises ci-avant.

En droit, elle conteste tout d'abord la légalité externe des décisions en soutenant qu'elles seraient manifestement dépourvues de motivation en ce qu'elles seraient essentiellement basées sur l'avis de la Commission consultative pour les travailleurs salariés, et ce, contrairement au prescrit de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, ci-après « le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 ». Par voie de réplique, elle complète son argumentation en précisant que les décisions ne préciseraient pas pourquoi l'activité salariée de Madame ... ne servirait pas les intérêts économiques du pays alors qu'elle disposerait d'un contrat de travail pour un poste déclaré vacant par l'ADEM ce qui démontrerait qu'un besoin serait bien présent dans le domaine de la restauration asiatique de sorte à servir les intérêts économiques du pays.

Quant à la légalité interne des décisions, elle donne tout d'abord à considérer que la jurisprudence invoquée par le ministre ne serait pas transposable au cas d'espèce étant donné qu'il ne ressortirait pas des pièces et éléments versés au dossier administratif que le restaurant ... serait impliqué dans des pratiques telles que celles visées dans l'arrêt invoqué. Il s'y ajouterait que le ministre n'établirait pas la raison pour laquelle le recrutement de Madame ... serait contraire aux intérêts économiques, politiques et sociaux du Luxembourg. Elle reproche au ministre d'avoir considéré que le secteur de la restauration asiatique ne jouerait pas un rôle important au Luxembourg, ce qu'elle conteste. Par voie de réplique, elle précise, premièrement, que le restaurant ... de Chine serait arrivé à la conclusion qu'un seul cuisinier ne serait plus suffisant pour faire face à la demande des clients, deuxièmement, que la décision d'embaucher un deuxième cuisinier démontrerait l'existence d'un besoin dans le domaine de la restauration asiatique et, troisièmement, que l'accroissement prévisible de touristes chinois au Luxembourg irait de pair avec une augmentation du besoin en repas asiatiques.

Le délégué du gouvernement conclut au rejet du recours en tous ses moyens.

Quant à la légalité externe des décisions attaquées, il échet de rappeler qu'en application de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, toute décision administrative doit baser sur des motifs légaux et une décision refusant de faire droit à la demande de l'intéressé doit formellement indiquer les motifs par l'énoncé au moins sommaire de la cause juridique qui lui sert de fondement et les circonstances de fait à sa base. En l'espèce, c'est à juste titre que la partie gouvernementale relève que les décisions attaquées se basent tant sur l'avis négatif de la Commission consultative pour travailleurs salariés du 12 juillet 2016 qui en fait partie intégrante que sur la constatation que les conditions prévues par l'article 42, paragraphe (1), point 2. de la loi du 29 août 2008 ne sont pas remplies en l'espèce, citation jurisprudentielle à l'appui. Il s'ensuit que le moyen tiré du défaut d'indication suffisante des motifs est à rejeter.

Quant à la légalité interne des décisions attaquées, force est de constater que les arguments soulevés par les parties à l'instance, pertinents pour la solution du présent litige, tournent en substance autour de la question de l'interprétation à donner à l'article 42, paragraphe (1), point 2 de la loi du 29 août 2008, selon lequel l'exercice de l'activité visée doit servir les intérêts économiques du pays, et de celle de savoir si le ministre a pu, à juste titre, retenir que cette condition n'était pas remplie en l'espèce, les autres conditions imposées par ledit article n'étant pas litigieuses en la cause.

Aux termes de l'article 42 de la loi du 29 août 2008, « (1) L'autorisation de séjour et l'autorisation de travail dans les cas où elle est requise, sont accordées par le ministre au ressortissant de pays tiers pour exercer une activité salariée telle que définie à l'article 3, après avoir vérifié si, outre les conditions prévues à l'article 34, les conditions suivantes sont remplies:

1. il n'est pas porté préjudice à la priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs en vertu de l'article L. 622-4, paragraphe (4) du Code du travail ;

2. l'exercice de l'activité visée sert les intérêts économiques du pays;

3. il dispose des qualifications professionnelles requises pour l'exercice de l'activité visée;

4. il est en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi dans les formes et conditions prévues par la législation afférente en vigueur. (...) ».

L'octroi, à un ressortissant d'un Etat tiers, d'une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité salariée est partant, en sus des conditions prévues par l'article 34 de la loi du 29 août 2008, soumis aux conditions cumulatives selon lesquelles, premièrement, il ne soit pas porté préjudice à la priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs, deuxièmement, l'exercice de l'activité visée serve les intérêts économiques du pays, troisièmement, la personne concernée dispose des qualifications professionnelles requises pour l'exercice de l'activité visée et, quatrièmement, l'intéressé soit en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'ADEM dans les formes et conditions prévues par la législation afférente en vigueur, la deuxième condition étant seule litigieuse en l'espèce.

Il se dégage d'un arrêt de la Cour administrative du 28 juin 2016, inscrit sous le numéro 37493C du rôle, ayant réformé le jugement du 11 janvier 2016, inscrit sous le n° 36417 du rôle, invoqué par la demanderesse, que l'interprétation faite par le tribunal en première instance de la condition posée au point 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 42 de la loi du 29 août 2008 et telle qu'elle est aussi préconisée par la partie demanderesse dans la présente affaire, réduirait cette condition à zéro et impliquerait que celle-ci ne présenterait aucune valeur ajoutée par rapport aux trois autres conditions cumulatives mentionnées à cette disposition. Après avoir relevé qu'une telle analyse constituerait un non-sens, la Cour administrative a retenu qu'il conviendrait de donner à cette condition un sens adéquat dans le contexte donné en ayant égard à la fois à la *ratio legis* et au but que le législateur entendait atteindre en exprimant cette condition, pour conclure que les intérêts économiques du pays visés par la condition litigieuse seraient à lire comme recouvrant également la nécessité d'un contrôle par le ministre compétent en matière d'immigration à l'entrée sur le territoire d'un ressortissant d'un pays tiers au biais d'une autorisation de travail.

Au regard de l'interprétation ainsi retenue par la Cour administrative de l'article 42, paragraphe (1), point 2 de la loi du 29 août 2008, le critère suivant lequel l'exercice de l'activité

doit servir les intérêts économiques du pays est à interpréter en ce sens qu'une activité salariée revêt un intérêt économique pour le pays lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation du demandeur d'un titre de séjour en qualité de travailleur salarié.

Ainsi, le fait pour le ministre d'avoir apprécié cette condition par rapport au marché de l'emploi luxembourgeois n'est pas sujet à critique, étant donné que ce n'est que s'il existe effectivement une pénurie de travailleurs dans un certain domaine de spécialité sur le marché de l'emploi que l'engagement d'un ressortissant de pays tiers répondant à ces qualifications est susceptible de servir les intérêts économiques du pays¹.

Il convient encore de relever que dans le cadre d'un recours en annulation, le juge n'est pas, comme en matière de réformation, appelé à refaire l'acte en substituant son appréciation à celle de l'auteur de la décision administrative entreprise en ayant égard à des éléments d'opportunité autant que de légalité, son pouvoir se confinant à contrôler si, eu égard à la situation en fait et en droit ayant existé au moment où il a statué, l'auteur de la décision n'a pas commis une erreur en droit et, dans la mesure où il dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il n'est pas sorti de sa marge d'appréciation.

La situation à prendre en compte est celle existant objectivement au moment où l'auteur de la décision administrative a statué. Le juge de l'annulation ne saurait prendre en considération ni des éléments de fait, ni des changements législatifs ou réglementaires s'étant produits postérieurement à la prise de la décision².

Force est au tribunal de relever que si la demanderesse fait état dans le cadre de son mémoire en réplique de l'existence d'un besoin d'embauche « *vu[...]la hausse constante de la demande de la cuisine asiatique* » et « *qu'un seul cuisinier ne [serait] plus suffisant afin de faire face à la demande des clients* », cette affirmation au regard des contestations y relatives soulevées par la partie gouvernementale n'est ni autrement étayée ou documentée par des pièces probantes démontrant l'augmentation réelle et concrète du nombre de repas servis par jour dans le restaurant ... de Chine et l'impossibilité pour le cuisinier actuellement embauché de faire face à la demande croissante, de sorte à devoir effectuer en toute vraisemblance des heures supplémentaires, voire l'impossibilité pour un aide-cuisinier non asiatique de seconder le cuisinier, de sorte que le ministre doit être confirmé dans son argumentation suivant laquelle les raisons de l'embauche de Madame ... ne sont pas établies en l'espèce.

Dans ces conditions, le tribunal est amené à retenir, par analogie avec la jurisprudence de la Cour administrative précitée, qu'en refusant l'autorisation de séjour pour travailleur salarié à Madame ... introduite par l'intermédiaire de Madame ... sur le fondement du constat que son occupation ne répond pas à des besoins économiques du pays et plus spécifiquement à des besoins du marché du travail en raison de l'absence de besoin de main d'œuvre dans le chef de la demanderesse, le ministre n'a pas dépassé sa marge d'appréciation.

¹ trib. adm. 22 mars 2017, n° 37393 du rôle, disponible sous www.jurad.etat.lu

² cf. Cour adm. 11 février 2014, n° 33597C du rôle, disponible sous www.jurad.etat.lu.

Il s'ensuit que le ministre a *a priori* valablement pu refuser l'autorisation litigieuse sur base de la considération que la condition inscrite au point 2 du paragraphe (1) de l'article 42 de la loi du 29 août 2008 n'est pas remplie, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus en avant les autres contestations soulevées par la demanderesse et plus particulièrement celles tenant à une future intégration durable dans le marché de l'emploi.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent et à défaut d'autres moyens, que le recours sous analyse est rejeté comme étant non fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, quatrième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

condamne la demanderesse aux frais.

Ainsi jugé par :

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Anne Gosset, premier juge,
Olivier Poos, premier juge,

et lu à l'audience publique du 8 juin 2018 par le premier vice-président en présence du greffier Marc Warken.

s.Marc Warken

s.Carlo Schockweiler

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 8 juin 2018
Le greffier du tribunal administratif