

# VD\_OMNI PE.2010.0161 vom 30. September 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-09-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2010.0161](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0161)

FR: VD\_OMNI PE.2010.0161 du 30 septembre 2010

IT: VD\_OMNI PE.2010.0161 del 30 settembre 2010

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ Sàrl 1\*\*\*\*\*/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Les qualifications professionnelles du cuisinier sont déterminantes. L'exigence d'un restaurant de 40 places figurant dans la directive de l'ODM n'est pas transposable sans autre à un service de traiteur consistant à préparer et à livrer des plats japonais à domicile.

## Erwägungen

### E. 1

a) L'art. 18 de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) prévoit qu'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). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre des autorisations (art. 20 LEtr). 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 LEtr). b) Les directives édictées par l'Office fédéral des migrations (ODM; I Domaine des étrangers, 4 Séjour avec activité lucrative, 4.3 Conditions d'admission, 4.3.2 Ordre de priorité [art. 21 LEtr]; Etat au 1<sup>er</sup> juillet 2010) prévoient notamment que les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) 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 crédible 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 ressortissantes de l'UE/AELE. 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). c) En l'espèce, la recourante a certes évoqué les difficultés à trouver un cuisinier spécialisé en sushis en Suisse ou même dans la

Communauté européenne, compte tenu du succès de la cuisine asiatique et japonaise en particulier. Elle a relevé avoir procédé à des recherches de personnel dès le mois de novembre 2009, dans les journaux, sur internet et par le biais de son cercle de connaissances dans le milieu asiatique, sans succès, raison pour laquelle elle avait étendu ses recherches à l'étranger. Il est vrai que la recourante n'a pas produit les documents attestant de ses recherches mais l'autorité intimée ne conteste pas l'existence des démarches et n'a pas requis la production de preuves des recherches. Le fait que deux des cuisiniers de la recourante aient été débauchés par la concurrence est d'ailleurs un indice confirmant la difficulté de recrutement en Suisse de personnel qualifié et spécialisé dans la préparation des sushi.

## E. 2

a) Selon l'art. 23 al. 1 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. Il est précisé à l'art. 23 al. 2 LEtr qu'en cas d'octroi d'une autorisation de séjour, 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 et social. L'art. 23 al. 3 let. c LEtr précise que peuvent être admises en dérogation aux al. 1 et 2 les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. Les directives ODM (ch. 4.7) donnent des précisions sur la réglementation par branche. Dans l'hôtellerie et la restauration (ch. 4.7.9), pour les cuisiniers de spécialités (ch. 4.7.9.1), les exigences auxquelles doivent satisfaire les établissements (ch. 4.7.9.1.1) sont les suivantes : "a) Uniquement les restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services et proposent, 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) Les établissements exploitant de surcroît un fast-food ou proposant des plats à emporter reçoivent une autorisation uniquement si ces services ne représentent qu'une part minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite. c) 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. d) L'établissement doit disposer de 40 places au moins à l'intérieur. e) Le salaire doit être conforme aux conditions en usage dans la localité et la profession et doit correspondre au moins aux normes fixées dans la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés, catégorie III, lettre b) ou c). f) L'établissement doit présenter un bilan et un compte de résultats sains, ne pas accuser de perte et être en mesure de rémunérer tous les employés conformément à la CCNT. g) S'agissant de l'engagement de cuisiniers suite à l'ouverture ou à la reprise d'un établissement, l'on demande en outre un plan d'exploitation (avec bilan et compte de résultat escomptés, étude de marché et analyse de la concurrence, tableau d'effectifs comportant le nombre d'employés, leur nationalité et leur degré d'occupation, etc.)." Les directives ODM précisent aussi les exigences auxquelles doit satisfaire le "professionnel", respectivement ses qualifications (ch. 4.7.9.1.2) : "Une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse) doivent être prouvées. Faute de diplôme, une attestation du ministère du travail de l'Etat étranger concerné indiquant que les qualifications professionnelles sont suffisantes doit être transmise. Les cuisiniers spécialisés n'ayant pas achevé une formation

assortie d'un diplôme ou ne disposant pas de l'attestation requise concernant leurs qualifications professionnelles peuvent cependant aussi être admis, à condition de pouvoir faire valoir une longue expérience professionnelle. L'accomplissement d'études dans une école hôtelière n'est pas considéré comme une formation de cuisinier. " b) L'autorité intimée reproche à la recourante de ne pas disposer d'un établissement qui puisse accueillir au moins 40 personnes (places assises) à l'intérieur. Cette exigence est mentionnée dans les directives ODM (ch. 4.7.9.1.1 let. d) et figurait déjà dans les directives avant l'entrée en vigueur de la LEtr, sous l'empire de l'ancienne OLE. Selon la jurisprudence (PE.2005.0615 du 13 novembre 2006), les tables d'hôtes pouvaient être assimilées à des restaurants quand bien même elles ne posséderaient pas le nombre de places imposées par les directives. L'exigence des 40 places n'apparaît pas essentielle dans la délivrance des autorisations exceptionnelles. La jurisprudence a précisé qu'il n'y a aucune raison objective de traiter différemment un restaurant classique japonais d'un service de traiteur consistant à préparer, livrer et aussi servir des plats japonais. Un service de traiteur à domicile peut, bien que n'étant pas un restaurant traditionnel, bénéficier d'une autorisation de séjour en faveur d'un cuisinier chinois, à condition que l'engagement d'un tel collaborateur soit nécessaire (arrêt PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6 bc et arrêt PE.2000.0358 du 27 octobre 2000). c) Ainsi, le motif du refus de l'autorité intimée, lié à l'exigence des 40 places ne peut être retenu. De même, l'exigence selon laquelle l'activité exercée par l'établissement en relation avec le service traiteur (cuisine à emporter et livraison à domicile) ne devrait représenter qu'une part minime du chiffre d'affaire par rapport à la restauration proprement dite ne se justifie pas dès que ce type d'activité peut précisément justifier l'engagement d'un personnel spécialisé. La décision attaquée doit donc être annulée et le dossier retourné à l'autorité intimée pour accorder l'autorisation requise dans les limites du contingent à disposition et pour autant que les autres conditions requises pour l'octroi de l'autorisation soient remplies.

### **E. 3**

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Le dossier est retourné au Service de l'emploi qui est invité à statuer à nouveau dans le sens des considérants. En outre, il n'est pas perçu de frais de justice et il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

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