

# **VD\_OMNI PE.2010.0394 vom 25. März 2011**

VD Tribunal cantonal, 2011-03-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PE.2010.0394](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2010.0394)

FR: VD\_OMNI PE.2010.0394 du 25 mars 2011

IT: VD\_OMNI PE.2010.0394 del 25 marzo 2011

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ Sàrl, Mme A. Y. \_\_\_\_\_, B. B. \_\_\_\_\_/Service de la population (SPOP), Service de l'emploi | Demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour un cuisinier, ressortissant argentin, qui allègue être d'origine italienne et en passe d'être réintégré dans cette nationalité. En l'absence d'éléments permettant de confirmer cette allégation, seule la nationalité argentine est établie, de sorte que la demande est examinée exclusivement sous l'angle de la LEtr. Cuisinier de profession, ne bénéficiant pas d'une expérience professionnelle particulière s'agissant d'un emploi pour un restaurant semi-gastronomique, les conditions de l'art. 23 LEtr ne sont pas remplies. L'autorité intimée n'ayant pas à se prononcer sur l'intégration du recourant et sur une possible dérogation aux conditions d'admission au sens de l'art. 30 LEtr, ce grief est irrecevable. Recours rejeté dans la mesure où il est recevable.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Aux termes de l'art. 92 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSV 173.36), le Tribunal cantonal connaît, en dernière instance cantonale, de tous les recours contre les décisions rendues par les autorités administratives lorsqu'aucune autre autorité n'est expressément désignée par la loi pour en connaître. Il est ainsi compétent pour statuer sur les recours interjetés contre les décisions du Service de l'emploi. Déposé en temps utile, selon les formes prescrites par la loi, le présent recours est formellement recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 2**

Les recourants ont requis la fixation d'une audience et l'assignation de témoins. Le droit d'être entendu tel que garanti par l'art. 29 al. 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) comprend le droit pour l'intéressé de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 129 II 497 consid. 2.2 ; 124 I 49 consid. 3a et les réf. cit.). En particulier, le droit de faire administrer des preuves suppose notamment que le fait à prouver soit pertinent et que le moyen de preuve proposé soit apte et nécessaire à prouver ce fait. L'autorité peut donc mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 et les réf. cit.). Le dossier de la cause paraît suffisamment complet en l'espèce pour permettre au tribunal de céans de trancher, au vu des considérants qui suivent. Il y a

dès lors lieu de rejeter la requête des recourants tendant à fixer une audience et à entendre des témoins.

### **E. 3**

A teneur de l'art. 98 LPA-VD, le recourant peut invoquer la violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) ne prévoyant aucune disposition étendant le pouvoir d'examen de l'autorité de recours à l'inopportunité, ce grief ne saurait être examiné par le tribunal de céans. Une autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsque, exerçant les compétences dévolues par la loi, elle se laisse guider par des considérations non pertinentes ou étrangères au but des dispositions applicables ou statue en violation des principes généraux du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, l'égalité de traitement, la bonne foi ou la proportionnalité (ATF 1\_C 294/2007 du 30 novembre 2007 consid. 3.4 ; 116 V consid. 2 p. 310 et les arrêts cités).

### **E. 4**

Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si c'est à bon droit que l'autorité intimée a refusé d'accorder au recourant B.\_\_\_\_\_ une autorisation de permis de séjour avec activité lucrative aux motifs qu'il n'est pas ressortissant d'une région dite de recrutement traditionnelle et qu'il ne bénéficie pas de qualifications particulières, d'une formation complète ou qu'il ne peut pas justifier d'une large expérience professionnelle. a) Selon l'art. 2 al. 1 LEtr, cette dernière est applicable aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse. L'art. 2 al. 2 LEtr dispose qu'elle n'est pas applicable aux ressortissants membres des Etats membres de la Communauté européenne (CE), aux membres de leur famille et aux travailleurs détachés par un employeur ayant son siège ou son domicile dans un de ces Etats que dans la mesure où l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) n'en dispose pas autrement ou lorsque la présente loi prévoit des dispositions plus favorables. b) En l'espèce, les recourants estiment que c'est à tort que l'autorité intimée a considéré que les dispositions plus favorables de l'ALCP ne s'appliquaient pas, le recourant B.\_\_\_\_\_ étant sur le point de réintégrer une nationalité d'un Etat membre de la Communauté européenne. Il ne s'agirait que d'une question de temps qui ne devrait pas prêter le recourant B.\_\_\_\_\_, ce dernier devant au minimum pouvoir bénéficier d'une autorisation provisoire. Les éléments au dossier ne permettent pas d'afficher le même optimisme que les recourants. Ces derniers se sont limités à alléguer qu'une demande de reconnaissance de la nationalité italienne du recourant B.\_\_\_\_\_ serait en cours. A l'appui de cette allégation, ils n'ont toutefois produit aucun document permettant d'établir ce fait. On ne peut en effet rien conclure sur la base du document en langue espagnole émanant du « Juzgado de Familia N° 1 » de Tandil, de la Province de Buenos Aires du 17 juin 2010, soit une autorité argentine. Quant aux documents italiens non traduits, ils ne comportent aucune indication permettant de conclure au dépôt ou à l'enregistrement d'une demande formelle du recourant B.\_\_\_\_\_ auprès des autorités italiennes. Ainsi, et en l'absence d'élément contraire, il y a lieu d'admettre que le recourant B.\_\_\_\_\_ est de nationalité argentine exclusivement et que son statut en Suisse doit être examiné à la seule lumière de la LEtr.

## E. 5

Reste à déterminer si, en tant que ressortissant argentin, le recourant peut prétendre à une autorisation d'exercer une activité lucrative. a) Conformément à l'art. 40 al. 2 LEtr, lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admettre en vue de l'exercice d'une telle activité. L'art. 83 al. 1 let. a OASA précise que l'autorité cantonale compétente – en l'occurrence le Service de l'emploi (cf. art. 64 de la loi sur l'emploi du 5 juillet 2005 ; LEmp ; RSV 822.11) – décide si les conditions pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr sont remplies. Ainsi, si la demande d'autorisation de séjour de l'intéressé ne se fonde pas sur un autre motif que l'exercice d'une activité lucrative, le Service de la population est lié par le refus du Service de l'emploi. A teneur de l'art. 11 LEtr, 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). Aux termes de l'art. 18 LEtr, 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 cumulatives fixées aux art. 20 à 25 de la loi sont remplies (let. c). L'art. 18 LEtr ne confère pas de droit à l'étranger d'être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse. L'autorité administrative compétente dispose d'un libre pouvoir d'examen en cette matière. Conformément à l'art. 23 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1). 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 (al. 2). Peuvent notamment être admis, 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 (al. 3 let. c). b) Les directives de l'Office fédéral des migrations (ci-après : ODM) précisent les critères qu'il convient d'observer notamment en matière de qualifications personnelles : Les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux : diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (directives de l'ODM, version du 1<sup>er</sup> juillet 2010, I. Domaine des étrangers, ch. 4.3.4). La même directive pose des critères en fonction des différentes branches de l'économie. Ainsi, en ce qui concerne les cuisiniers : 4.7.9.1.1 Exigences auxquelles doivent satisfaire les établissements 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 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 résultat 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 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.). 4.7.9.2.2 Exigences auxquelles doit satisfaire le professionnel (qualifications) 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. c) En l'espèce, la société recourante allègue exploiter un restaurant semi gastronomique (lettre à l'autorité intimée du 29 juin 2010). Elle ne précise en revanche pas en quoi le recourant B. \_\_\_\_\_ disposerait de qualifications particulières à cet égard. Ce dernier est au bénéfice d'un CFC de cuisinier. Il ressort toutefois de ses certificats de travail qu'il a travaillé en tant que garçon de cuisine ou aide de cuisine, puis sous-chef de cuisine. Son expérience en tant que cuisinier, tel que cela ressort de son curriculum vitae, se limite à quelques mois en 1992 à 3\*\*\*\*\*, puis à quelques années dans son pays d'origine. Le recourant B. \_\_\_\_\_ ne démontre ainsi pas disposer d'une expérience professionnelle particulière dans le domaine semi gastronomique en tout cas. Dans ces circonstances, il convient de retenir que l'autorité intimée n'a pas abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation en refusant de lui accorder un permis de séjour pour activité lucrative.

## **E. 6**

Les recourants estiment que l'autorité intimée aurait dû tenir compte de la situation privée et familiale du recourant B. \_\_\_\_\_, à savoir que son renvoi éventuel de Suisse le mettrait dans une situation de détresse grave et qu'il s'agit donc d'un cas de rigueur au sens de l'art. 30 al. 1 let. d LEtr. Les recourants se méprennent sur la portée du recours ; l'autorité intimée n'a pas à se prononcer sur l'intégration du recourant B. \_\_\_\_\_ et sur une possible dérogation aux conditions d'admission au sens de l'art. 30 LEtr. Cette compétence appartient au SPOP et cette question excède l'objet de la présente procédure. Ce grief est partant irrecevable.

## **E. 7**

Il résulte des considérants qui précèdent que la décision entreprise du 13 juillet 2010 doit être confirmée et le recours rejeté dans la mesure où il est recevable. Le présent arrêt sera rendu aux frais des recourants qui succombent et qui n'ont pas droit à des dépens (art. 49 al. 1, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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