

VD_OMNI PE.2012.0166 vom 13. Dezember 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-12-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2012.0166

FR: VD_OMNI PE.2012.0166 du 13 décembre 2012

IT: VD_OMNI PE.2012.0166 del 13 dicembre 2012

Regeste

X. _____ SA /Service de l'emploi, Service de la population (SPOP) | Recours d'une société exploitant un restaurant thaï, contre une décision du Service de l'emploi refusant d'autoriser l'engagement d'une cuisinière thaïlandaise, au motif que l'établissement en cause ne comporte que 20 places. Dans le cas d'espèce, le caractère spécialisé de la cuisine qui y est servie de même que l'importance du chiffre d'affaires réalisé permettent de s'écarter de l'exigence de 40 places assises posée dans les directives de l'ODM. Une exception au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr doit dès lors être admise. Recours admis.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), le recours est intervenu en temps utile. Il satisfait également aux conditions formelles énoncées par l'art. 79 LPA-VD. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

a) Aux termes de l'art. 18 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20), 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 de ces 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.). Selon les directives édictées par l'ODM (directive " I. Domaine des étrangers " , version 30.09.11, ch. 4.3.2 p. 10 s.), l'ordre de priorité fixé à l'art. 21 al. 1 LEtr exige que l'employeur ait annoncé le poste vacant auprès des ORP et entrepris en outre 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 sur le marché suisse. A teneur de 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, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel ou social (al. 2); en dérogation à ces règles, peuvent être admis, selon l'al. 3 let. c de cette disposition, notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin. b) Les conditions d'application de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr ont été précisées dans les directives

émises par l'ODM. En particulier, pour le domaine de l'hôtellerie et de la restauration, les établissements qui souhaitent engager du personnel doivent répondre aux exigences suivantes (directive " I. Domaine des étrangers " , version 30.09.11, ch. 4.7.9.1.1 p. 52): "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 résultats 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.)." Des conditions ont également été posées concernant les qualifications de la personne dont l'engagement est requis (directive " I. Domaine des étrangers " , version 30.09.11, ch. 4.7.9.1.2 p. 53). Celle-ci doit ainsi bénéficier d'une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et d'une expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse). c) L'on rappellera encore que selon la jurisprudence, de telles directives doivent servir de ligne de conduite aux autorités cantonales, qui conservent par conséquent une certaine latitude. Elles ne lient pas le tribunal qui n'en tient compte qu'en tant qu'elles visent une application uniforme du droit fédéral (ATF 131 V 42 consid. 2.3; 128 I 171 consid. 4.3; 121 II 478 consid. 2b; arrêt du TAF C-4642/2007 du 7 décembre 2007 consid. 5.1; arrêt PE.2007.0456 du 23 avril 2008 consid. 6; Pierre Moor et al. , Droit administratif, vol. I, Les fondements, 3 ème éd., Berne 2012, p. 427 ss).

E. 3

a) En l'espèce, la question des conditions de formation et d'expérience professionnelle que doit remplir le travailleur étranger n'est pas remise en cause par l'autorité intimée. Le dossier complet transmis par la recourante à l'autorité intimée démontre d'ailleurs que A. Y. _____ remplit ces conditions, également sous l'angle des critères fixés dans les directives de l'ODM. b) C'est en revanche sur la base des exigences que doit remplir l'établissement concerné que l'autorité intimée a pris sa décision de refus. Se fondant sur les directives de l'ODM, celle-ci considère que l'exigence de 40 places au moins que doit comporter l'établissement désireux d'engager du personnel n'est pas remplie. La recourante retient pour sa part que ce critère ne saurait être appliqué strictement, au vu des particularités du cas d'espèce. En substance, elle relève d'abord que son restaurant sert des mets de façon continue entre 11h30 et 22h00, sur place et à l'emporter; l'activité de traiteur a par ailleurs constitué 7 % du chiffre d'affaire pour l'exercice 2011. La recourante insiste ensuite sur le chiffre d'affaires global du restaurant, qui équivaudrait à un établissement de

85 personnes, et enfin sur les montants investis dans cet établissement. A ces éléments s'ajoute l'octroi d'une nouvelle licence, qui porte désormais sur un établissement d'une capacité de 40 personnes. c) Le Tribunal administratif, puis, depuis le 1^{er} janvier 2008, la CDAP ont rendu une jurisprudence étoffée en matière de demandes d'autorisation pour l'engagement de cuisiniers, tant à l'aune de la LEtr que de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE). Ainsi, le tribunal de céans a en particulier jugé qu'il n'y avait aucune raison objective de traiter différemment un cuisinier japonais dont les mets sont servis dans un restaurant de celui dont les mets sont livrés, voire également servis chez le client (PE.2000.0358 du 27 octobre 2000). Dans un arrêt plus récent, la CDAP s'est prononcée sur le cas d'un restaurant-traiteur, lequel offrait des mets à l'emporter et ne contenait que neuf places assises (PE.2007.0456 du 23 avril 2008; ég. PE.2009.0641 du 17 mai 2010). La cour de céans s'est d'abord prononcée sur la première exigence mentionnée dans les directives de l'ODM, à la let. a (ci-dessus consid. 2b), à savoir le caractère de "restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services", en retenant ce qui suit: "Ce faisant, sont inévitablement exclus de cette catégorie d'établissements les fast food et autres établissements de plats à l'emporter qui se caractérisent en général par une cuisine rapide, un choix de mets limité et variant peu, dont les composants de base sont préparés à l'avance et souvent même ailleurs (on pense par exemple aux stands de kebab ou aux établissements proposant une variété de hamburgers) et dont on ne saurait admettre que la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières. Il s'avère manifeste que les éléments mis en évidence dans les exigences auxquelles doivent satisfaire les établissements pour obtenir une autorisation sont les "connaissances particulières qui ne peuvent être acquises dans notre pays". De ce point de vue, il paraît admissible d'octroyer des autorisations à des cuisiniers spécialisés dont les connaissances sont nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement qui souhaite les engager, alors même que celui-ci ne serait pas un restaurant au sens classique du terme. On pense notamment aux services traiteurs qui peuvent, tout comme un autre restaurant, suivre "une ligne cohérente" et se distinguer "par la haute qualité de l'offre et des services, étant rappelé que les autorités cantonales conservent une marge d'appréciation dans l'examen de cas particuliers." Selon cette jurisprudence, le critère déterminant est ainsi le caractère spécialisé de l'établissement ainsi que les connaissances particulières nécessaires à l'élaboration de la cuisine, dans le but de garantir un standard de qualité (cf. ég. arrêt du TAF C-8763/2007 du 28 mai 2008 consid. 7 et 8). C'est dans ce sens également que doit être comprise l'exigence posée à la let. b des directives de l'ODM (ci-dessus consid. 2b), selon laquelle "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". Pour les mêmes motifs, la cour de céans avait également retenu, dans l'arrêt précité (PE.2007.0456 du 23 avril 2008), qu'il convenait de s'écarter de l'exigence de 40 places assises. d) Dans le cas de la recourante, les pièces produites au cours de la procédure démontrent que la cuisine servie par cet établissement nécessite effectivement des connaissances spécialisées. En particulier, le business plan établi le 4 octobre 2011 insiste tout particulièrement sur le fait que tous les produits sont préparés dans le laboratoire de l'établissement, en respectant "scrupuleusement les codes de la cuisine thaïe", ce qui permet de ne pas être tributaire de fournisseurs industriels et d'offrir une protection sur l'originalité des produits (cf. p. 4 de la pièce 2 produite à l'appui du recours). Par ailleurs, l'activité de vente à l'emporter et de

traiteur n'a pas à être traitée différemment de l'activité de restauration servie assise, dans la mesure où ce sont les mêmes produits qui sont servis dans ces différents contextes. Cet établissement ne saurait dès lors être qualifié de fast food au sens mentionné ci-dessus, quand bien même il déploie également une activité de vente à l'emporter. Concernant la taille du restaurant, si celui-ci ne comporte actuellement que 20 places, force est de constater, comme l'a soulevé la recourante, que son fonctionnement ne correspond pas à un établissement traditionnel, dans le sens où il est ouvert de façon continue entre 11h30 et 22 heures et emploie quatre personnes à temps plein en cuisine. La recourante relève que l'établissement sert ainsi bien plus de 2 x 20 mets par jours. Cette affirmation est confirmée par les données figurant au dossier relatives au chiffre d'affaires. Celui-ci s'est élevé à 657'402.20 fr. pour l'année 2011. La recourante soutient qu'un tel montant équivaut à celui d'un restaurant de 85 places. Sur la base des statistiques établies par GastroSuisse, on peut à tout le moins affirmer avec certitude que ce chiffre d'affaires est supérieur à celui d'un établissement comportant 40 places. Ces chiffres confirment ainsi que l'établissement de la recourante compense largement les limitations liées à son faible nombre de places assises par son activité continue entre 11h30 et 22 heures, par le service à l'emporter et par son activité accessoire de traiteur. Au vu de ce qui précède, on doit retenir que l'établissement de la recourante remplit les conditions posées pour l'engagement de personnes possédant des connaissances particulières dans le domaine de la restauration. Le caractère spécialisé de la cuisine qui y est servie de même que l'importance du chiffre d'affaires réalisé permettent de s'écarter de l'exigence de 40 places assises posée dans les directives de l'ODM. Une exception au sens de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr doit dès lors être admise.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi du dossier au SDE pour qu'il délivre une décision préalable permettant à A. Y. _____ d'exercer une activité lucrative en qualité de cuisinière au service de la recourante. Vu l'issue du pourvoi, les frais seront laissés à la charge de l'Etat. La recourante, qui obtient gain de cause en ayant procédé assistée d'un mandataire professionnel, se verra allouer des dépens (art. 49, 55, 91 et 99 LPA-VD).

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