

VD_OMNI PE.2019.0313 vom 20. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PE.2019.0313

FR: VD_OMNI PE.2019.0313 du 20 mai 2020

IT: VD_OMNI PE.2019.0313 del 20 maggio 2020

Regeste

A. _____, B. _____/Service de l'emploi (SDE), Service de la population (SPOP) |
Recours contre le refus de transformer le permis de courte durée (L) en permis de séjour (B) d'un ressortissant malaisien engagé par un restaurant asiatique sur la base de l'art. 23 al. 3 let. c LEI. Les trois motifs invoqués par le SDE pour refuser l'autorisation, sur la base des let. c, e et f du ch. 4.7.9.1.1 des Directives LEI, ne sont pas fondés: d'une part, vu les pièces produites par les recourants, l'établissement n'accuse plus de pertes depuis deux ans de sorte que la condition de la let. f des Directives LEI est remplie: en deuxième lieu, c'est à tort que le SDE a assimilé une partie de l'activité de l'établissement à un fast-food dont le chiffre d'affaire dépasserait nettement celui du restaurant; enfin compte tenu de l'activité de l'établissement considérée dans son ensemble, il faut considérer que le volume d'affaires atteint largement celui qui serait engendré par l'exploitation de 40 places assises dans un restaurant. Admission du recours.

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision attaquée (cf. art. 95 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]), le recours a été déposé en temps utile. Il satisfait par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. notamment art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Sont considérés comme travailleurs en Suisse: a. les Suisses; b. les titulaires d'une autorisation d'établissement; c. les titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative; d. les étrangers admis à titre provisoire; e. les personnes auxquelles une protection provisoire a été octroyée et qui sont titulaires d'une autorisation d'exercer une activité lucrative.

E. 3

let. c LEI, sont le caractère spécialisé de l'établissement et les connaissances particulières nécessaires à l'élaboration de la cuisine, dans le but de garantir un standard de qualité (CDAP PE.2012.0166 du 13 décembre 2012 consid. 3c; PE.2007.0456 du 23 avril 2008; cf. également TAF arrêt C-8763/2007 du 28 mai 2008 consid. 7 et 8). Le critère déterminant pour se prononcer sur le caractère spécialisé d'un restaurant repose sur la haute qualité de l'offre et des services proposés des mets, pour l'essentiel exotiques, dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières qui ne peuvent pas être acquises dans notre pays, ainsi que les connaissances particulières nécessaires à l'élaboration de la cuisine, dans le but de garantir un standard de qualité (PE.2018.0167 du 17 décembre 2018

consid. 2b; PE.2016.0398 du 20 décembre 2016 consid. 2b et les réf. cit.). D'après la jurisprudence, il est donc 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. Sont notamment visés les 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". Ainsi, les termes de "fast-food" et de "plat à l'emporter" au sens du ch. 4.7.9.1.1, let. c, des Directives LEI ne visent pas ces dernières situations, mais doivent être réservés aux établissements qui se caractérisent 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 (comme par exemple les stands de kebab) et dont on ne saurait admettre que la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières (CDAP PE.2012.0166 consid. 3c et 3d et PE.2007.0456 consid. 6b/bc précités; cf. également PE.2009.0641 du 17 mai 2010 consid. 3b/bb où la CDAP a admis que les recourants pouvaient prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur d'un cuisinier thaï quand bien même ils n'exploitaient pas un restaurant traditionnel répondant aux critères établis par l'ODM, mais un service de traiteur proposant également des mets à consommer sur place et nécessitant l'intervention d'un cuisinier qualifié; le cas différait en effet d'un service de traiteur qui aurait proposé, par exemple, des plats préfabriqués dont l'élaboration finale, avant le service au client, n'aurait requis aucune compétence particulière). Dans le même sens, la CDAP a jugé que 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 minimale du chiffre d'affaire par rapport à la restauration proprement dite ne se justifiait pas, dès lors que ce type d'activité pouvait précisément justifier l'engagement d'un personnel spécialisé (PE.2010.0161 du 30 septembre 2010 consid. 2c). Dans l'arrêt PE.2012.0166 précité, la CDAP a encore précisé que dès lors que l'on se trouvait dans un établissement servant des spécialités, il n'y avait pas lieu de traiter différemment l'activité de vente à l'emporter et de traiteur de la restauration assise dans la mesure où les mêmes produits étaient servis dans les différents contextes (consid. 3d). En ce qui concerne le nombre de places assises (let. e ch. 4.7.9.1.1. des Directives LEI), après avoir considéré que l'exigence des 40 places n'apparaissait pas essentielle dans la délivrance des autorisations exceptionnelles (cf. CDAP PE.2010.0161 précité consid. 2b et c; PE.2007.0456 consid. 6b/bc), la CDAP a précisé sa jurisprudence en ce sens qu'il se justifiait de s'écarter de l'exigence des 40 places posée par la Directive LEI, dans le cas d'un restaurant ne disposant que de 20 places assises, car son fonctionnement ne correspondait pas à un établissement traditionnel, dans le sens où il était ouvert de façon continue entre 11h30 et 22 heures et employait quatre personnes à temps plein en cuisine. Le fait que l'établissement servait ainsi bien plus de 2 x 20 mets par jour était confirmé par le chiffre d'affaires qui était supérieur à celui d'un établissement comportant 40 places, vu les données statistiques établies par GastroSuisse. Ces chiffres confirmaient ainsi que l'établissement recourant compensait 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 (PE.2012.0166 précité consid. 3d). f) Il convient de rappeler que les directives dans lesquelles l'administration explicite l'interprétation qu'elle donne à certaines dispositions légales n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées

concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1; a rrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] F-4018/2016 du 28 septembre 2017 consid. 3.4; cf. aussi PE.2013.0041 du 27 mai 2013 consid. 2c et les références). C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les directives précitées du SEM. g) En vertu de l'art. 32 LEI, l'autorisation de courte durée est octroyée pour un séjour de durée limitée d'une année au plus, dont le but est déterminé et elle peut être assortie d'autres conditions (al. 1 et 2). Sa durée de validité peut être prolongée jusqu'à une durée totale de deux ans. Un changement d'emploi n'est accordé que pour des raisons majeures (al. 3). Une nouvelle autorisation de courte durée ne peut être octroyée qu'après une interruption de séjour en Suisse d'une durée appropriée. L'autorisation de séjour est quant à elle octroyée pour un séjour de plus d'une année, dont le but est déterminé et elle peut être assortie d'autres conditions (art. 33 al. 1 et 2 LEI). Sa durée de validité est limitée, mais peut être prolongée s'il n'existe aucun motif de révocation au sens de l'art. 62 al. 1 (art. 33 al. 3 LEI). Pour fixer la durée de sa validité et de sa prolongation, les autorités tiennent compte de l'intégration de l'étranger (art. 33 al. 4 LEI). L'octroi et la prolongation d'une autorisation de séjour peuvent être subordonnés à la conclusion d'une convention d'intégration lorsque se présentent des besoins d'intégration particuliers conformément aux critères définis à l'art. 58 a (art. 33 al.

E. 5

LEI). 3. En l'occurrence, le SDE a refusé de délivrer l'autorisation de séjour à l'intéressé pour trois motifs, à savoir que l'établissement A. _____ essayait des pertes, que le chiffre d'affaire réalisé par l'exploitation de l'épicerie à ***** dépassait nettement celui du restaurant et enfin qu'un contrôle effectué au restaurant avait démontré qu'il disposait de 30 places assises au lieu des 40 places exigées, ce qui était contraire au ch. 4.7.9.1.1 des Directives LEI (let. c, e et f). a) S'agissant de la condition liée au ch. 4.7.9.1.1, let. f, des Directives LEI, selon laquelle l'établissement doit présenter un bilan et un compte de résultats sains et ne pas accuser de pertes, s'il est vrai que durant les années 2016 et 2017, A. _____ a essuyé des pertes (s'élevant à 86'253 fr. 22 au 31 décembre 2016 et à 25'288 fr. au 31 décembre 2017 compte tenu des profits et pertes reportés, cf. document comptable intitulé "proposition du conseil d'administration concernant l'emploi du bénéfice"), tel n'était plus le cas au 31 décembre 2018 où le bénéfice net de l'entreprise s'élevait à 171'948 fr. 35 (cf. document comptable intitulé "proposition du conseil d'administration concernant l'emploi du bénéfice" produit par les recourants à l'appui de leur réplique du 16 décembre 2019). Par ailleurs, selon le compte de résultat provisoire de 2019 (cf. courriel du 31 janvier 2020 de F. _____ à l'avocate des recourants versé dans la cause liée PE.2019.0396), le chiffre d'affaire brut de l'entreprise (à savoir le produit de la vente de la production, sans les charges) s'élevait à 1'312'438 fr. contre 1'040'197 fr. en 2018, ce qui représente une progression d'environ 270'000 francs. Il apparaît donc que depuis l'année 2018, A. _____ présente des comptes sains et n'accuse pas de pertes, de sorte que l'argument du SDE à cet égard est mal fondé. b) Le SDE a également refusé l'autorisation aux motifs que selon le ch. 4.7.9.1.1 let. c des Directives LEI, les établissements exploitant de surcroît un fast-food ou qui proposent des plats à l'emporter reçoivent une autorisation uniquement si ces services ne représentent qu'une part minime du chiffre d'affaire par rapport à la restauration proprement dite et qu'en l'occurrence, A. _____ exploitait sur son site de ***** , non pas un fast-food mais une épicerie proposant des plats chauds à l'emporter et dont le chiffre d'affaire dépassait celui du restaurant, ce qui était contraire aux Directives précitées. aa) En

l'occurrence, dans la présente procédure, le SDE n'a pas remis en cause le fait que l'établissement G. _____ est un restaurant de spécialités, c'est-à-dire un restaurant de spécialités de haute qualité dont la cuisine, pour l'essentiel exotique, nécessite des compétences particulières qui ne peuvent s'acquérir ni en Suisse ni dans l'Union européenne. Vu les pièces du dossier, en particulier la carte des mets produite par les recourants et les explications fournies notamment dans leur réplique, ces exigences sont remplies. Les recourants ont par ailleurs bien précisé que le restaurant à ***** et le take-away à ***** (offrant également des produits d'épicerie) proposent les mêmes plats asiatiques de qualité, confectionnés par les mêmes cuisiniers dans les locaux de ***** , ceux de ***** ne disposant pas de cuisine. Il n'y a donc pas lieu de traiter différemment l'activité de vente à l'emporter de la restauration assise dans la mesure où les mêmes produits sont servis dans les différents contextes et que l'on se trouve dans un établissement servant des spécialités (cf. PE.2012.0166 précité consid. 3d). On ne saurait donc suivre le SDE qui assimile l'activité de l'établissement de ***** à un fast-food au sens de la let. c du ch. 4.7.9.1.1 des Directives LEI (cf. supra consid. 2 e in fine) en exigeant que l'activité de celui-ci ne représente qu'une part minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite. On rappellera encore qu'il est admissible selon la jurisprudence 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 (cf. supra consid. 2 e in fine). En définitive, le motif de refus de prolongation basé sur la let. c du ch. 4.7.9.1.1 des Directives LEI n'est pas fondé. bb) En ce qui concerne les qualifications professionnelles du recourant 2, l'autorité intimée n'a pas non plus contesté que ce dernier disposait des compétences particulières nécessaires à l'élaboration des mets servis par l'établissement. Ces conditions sont remplies, vu les pièces produites par les recourants (curriculum vitae et certificats de travail de l'intéressé), dont il ressort que l'intéressé a été employé durant 7 ans comme cuisinier (chef ou sous-chef) dans des restaurants asiatiques en Malaisie (soit 2 ans auprès de H. _____, 4 ans auprès de l'établissement I. _____ et 1 an auprès du restaurant J. _____). A cela s'ajoute qu'il a travaillé à son compte durant 5 ans entre 2010 et 2015 (selon les termes de son curriculum vitae en exploitant un "Street food market Self business"). Le recourant 2 remplit ainsi la condition des qualifications professionnelles requises pour les cuisiniers, au sens du ch. 4.7.9.1.2 des Directives LEI , car bien que ne disposant apparemment pas de diplôme de cuisinier, il peut se prévaloir d'une expérience professionnelle de plus de dix ans. c) En dernier lieu, le SDE a fondé son refus sur le fait qu'un contrôle effectué au restaurant à ***** avait démontré que celui-ci disposait de 30 places assises au lieu des 40 places exigées par le ch. 4.7.9.1.1, let. e, desdites Directives . Cet argument est également mal fondé. En effet, l'activité de l'établissement considérée dans son ensemble – à savoir l'activité de take-Away à ***** , dont le chiffre d'affaire et le résultat d'exploitation dépassent celui du restaurant à ***** , ajoutée aux 30 places dudit restaurant – représente selon toute vraisemblance un volume d'affaires atteignant largement celui qui serait engendré par 40 places assises dans un restaurant (cf. PE.2012.0166 précité consid. 3d). 4. a) Vu ce qui précède, le recours est admis, B. _____ étant autorisé à poursuivre l'exercice de son activité lucrative pour le compte de A. _____. b) Il n'est pas perçu de frais de justice (cf. art. 49 al. 1 et 52 al. 1 et LPA-VD). c) Les recourants, qui obtiennent gain de cause, ont droit à des dépens à hauteur de 2'000 fr., à la charge du SDE qui succombe (cf. art. 55 al. 1 et 2 LPA-VD).

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