



---

Cour III  
C-5420/2012

## Arrêt du 15 janvier 2014

---

Composition

Jean-Daniel Dubey (président du collège),  
Ruth Beutler, Antonio Imoberdorf, juges,  
Christelle Conte, greffière.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
représentée par Maître Etienne Laffely, (...),  
recourante,

contre

**Office fédéral des migrations,**  
Quellenweg 6, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Refus d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative concernant B. \_\_\_\_\_.

**Faits :****A.**

**A.a** Par lettre du 22 novembre 2011 et formulaire du 19 décembre 2011, la société A.\_\_\_\_\_ a requis, respectivement du Service de la population (ci-après : le SPOP/VD) et du Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs du canton de Vaud (ci-après : le CMTPT/VD), l'octroi d'un permis de séjour avec activité lucrative en faveur de B.\_\_\_\_\_, ressortissant chinois né le 24 septembre 1974, afin de l'engager en qualité de cuisinier spécialisé dans son restaurant japonais (...) à Lausanne.

A.\_\_\_\_\_ a produit plusieurs documents concernant B.\_\_\_\_\_, dont des autorisations de séjour avec activité lucrative octroyées en Allemagne (pour la période du 3 juin 2008 au 19 mai 2012), un certificat de cuisinier du 5 juillet 1993 de la Nanjing nutrition school en Chine, un certificat d'aptitudes professionnelles ("*Occupational qualification certificate, third level/senior skill level*") délivré le 14 novembre 2007 par le Ministère du travail et de la sécurité sociale chinois, un certificat de travail du 9 octobre 2011 du restaurant chinois et japonais (...) à Waldshut-Tiengen en Allemagne, un certificat de formation de l'Etat chinois du 12 novembre 2007 pour travailleurs chinois désirant être employés à l'étranger, trois curriculums vitae intitulés "*work experience*", "*resume*" (non datés) et "*Berufspraxis : job experience*" (du 16 novembre 2007), ainsi qu'un contrat de travail à durée indéterminée entre A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ du 19 décembre 2011.

**A.b** Par décision du 15 mai 2012, le CMTPT/VD a accepté la demande de l'intéressé relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative, sous réserve de l'approbation des autorités fédérales.

**B.**

**B.a** Sur demande de l'Office fédéral des migrations (ci-après : l'ODM), via le CMTPT/VD, A.\_\_\_\_\_ a complété son dossier par la production d'un curriculum vitae non daté et intitulé "*working resume*" rédigé par la société X.\_\_\_\_\_ Ltd, à Nanjing (Chine), d'un certificat de travail également non daté de la société Y.\_\_\_\_\_ Ltd, à Nanjing (Chine), selon lequel B.\_\_\_\_\_ y avait travaillé, en qualité de cuisinier, du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 30 mars 2008, et d'un autre certificat de travail de l'hôtel Z.\_\_\_\_\_, à Jiangsu (Chine), du 12 juin 2012 attestant avoir employé le prénommé comme cuisinier du 15 janvier 2001 au 31 décembre 2004.

**B.b** Par lettre du 18 juillet 2012 adressée à A.\_\_\_\_\_, l'ODM a relevé certaines incohérences et contradictions entre les divers curriculums vitae et certificats de travail produits concernant les périodes de travail et les établissements auprès desquels B.\_\_\_\_\_ aurait travaillé. Aussi, il a accordé à l'intéressée un délai pour faire valoir ses observations dans le cadre du droit d'être entendu.

Par courrier du 3 août 2012, A.\_\_\_\_\_, agissant par l'intermédiaire de son mandataire, a expliqué qu'il ne s'agissait pas de contradictions, mais de différentes traductions possibles du mandarin vers l'anglais. Elle a précisé rester à disposition de l'autorité fédérale pour de plus amples explications et pour la production d'éventuels autres documents nécessaires à l'approbation de la décision cantonale préalable du 15 mai 2012.

**C.**

Par décision du 18 septembre 2012, l'ODM a refusé d'approuver la décision cantonale du 15 mai 2012 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative dans le canton de Vaud. Il a tout d'abord cité les directives d'application, selon lesquelles une autorisation ne peut être délivrée à des cuisiniers de spécialités que s'ils bénéficient d'une formation complète de plusieurs années et d'une expérience professionnelle pluriannuelle dans le domaine de spécialités (sept ans, formation incluse). Il a ensuite estimé que B.\_\_\_\_\_ ne remplissait pas les conditions pour être admis en qualité de cuisinier de spécialités au vu des contradictions figurant au dossier. L'ODM a repris les arguments développés dans ses lignes du 18 juillet 2012.

**D.**

A.\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision précitée par acte du 17 octobre 2012. Elle a conclu à l'annulation du prononcé de l'ODM et à l'approbation de la décision cantonale préalable du 15 mai 2012. A l'appui de son pourvoi, elle a reproché à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit fédéral (art. 49 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]) et d'avoir constaté les faits pertinents de manière inexacte (art. 49 let. b PA) pour n'avoir pas tenu compte des différentes manières de traduire du chinois vers l'anglais les noms des établissements dans lesquels B.\_\_\_\_\_ aurait travaillé. La recourante a également soutenu que l'ODM avait violé son droit d'être entendue, car il ne s'était pas prononcé sur ses déterminations du 3 août 2012, n'avait pas donné suite aux offres de preuves mentionnées dans cet acte et n'avait pas suffisamment instruit les faits de la cause. Enfin, elle a affirmé que la décision querellée était arbitraire et qu'elle violait les art. 85 al. 2

de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201) et 23 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20). A.\_\_\_\_\_ a en outre requis du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) l'audition de son administrateur, C.\_\_\_\_\_.

#### **E.**

Le 5 novembre 2012, à la demande du Tribunal, la recourante a versé à la procédure une déposition écrite de C.\_\_\_\_\_ datée du 2 novembre 2012, dans laquelle celui-ci a déclaré maîtriser le mandarin, l'anglais et le français et confirmé que les différences de traduction étaient dues au fait que les idéogrammes en cause pouvaient être traduits de plusieurs manières vers les langues européennes selon les circonstances.

#### **F.**

Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM a, par préavis du 3 janvier 2013, considéré que les éléments apportés n'étaient pas de nature à lui permettre de modifier son point de vue. Il a, en substance, expliqué de manière circonstanciée qu'à l'analyse des différentes pièces du dossier, soit des quatre curriculums vitae et des trois certificats de travail, les incohérences et contradictions persistaient, malgré les explications fournies par la recourante dans ses lignes du 3 août 2012, son recours du 17 octobre 2012 et sa lettre du 5 novembre 2012. Il en a conclu que les qualifications personnelles de B.\_\_\_\_\_ n'avaient pas été établies à satisfaction de droit.

#### **G.**

Invitée à se déterminer sur ce préavis, la recourante a, par écrit du 28 mars 2013, persisté dans ses conclusions du 17 octobre 2012. Elle a relevé, à titre liminaire, avoir affirmé par erreur, dans son pourvoi, que le document intitulé "*working experience*" était une traduction attestée par notaire, alors qu'en réalité, c'est le document intitulé "*working resume*" qui a fait l'objet d'une telle attestation. Elle a ensuite donné des explications détaillées sur les pièces produites et contesté les incohérences et contradictions relevées par l'ODM dans sa réponse du 3 janvier 2013.

En annexe à sa réplique, la recourante a produit un nouveau bordereau de pièces accompagné notamment d'une pièce 6c (son certificat professionnel) initialement produite sous la pièce 6b avec son diplôme de l'école professionnelle.

**H.**

Les autres arguments invoqués par la recourante dans le cadre de la procédure de recours seront examinés, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-après.

**Droit :****1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

En particulier, les décisions en matière d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative prononcées par l'ODM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au Tribunal, qui statue définitivement (art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

**1.2** A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA (art. 37 LTAF).

**1.3** A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Le recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (art. 50 et 52 PA).

**2.**

La recourante peut invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA). Dans le cadre de la procédure de recours, le Tribunal applique d'office le droit fédéral.

Conformément à l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués (sur la substitution de motifs, cf. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER / MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich / Bâle / Genève 2013, n° 1136). Dans son arrêt, elle prend en

considération l'état de fait régnant au moment où elle statue (ATAF 2012/21 consid. 5.1, ATAF 2011/1 consid. 2).

### 3.

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue. Elle estime qu'en ne s'étant pas prononcée sur ses lignes du 3 août 2012, en n'ayant pas donné suite à ses prétendues offres de preuves et en n'ayant pas suffisamment instruit les faits de la cause, l'autorité inférieure a violé ce principe général de procédure.

**3.1** Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 28 avril 1999 (Cst. ; RS 101), comprend notamment le droit de s'exprimer, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves et de participer à leur administration, le droit d'obtenir une décision motivée et le droit de se faire représenter ou assister. Il est consacré, en procédure administrative fédérale, par les art. 26 à 28 (droit de consulter les pièces), les art. 29 à 33 (droit d'être entendu *stricto sensu*) et l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée). L'art. 30 al. 1 PA prévoit en particulier que l'autorité entend les parties avant qu'une décision ne soit prise touchant leur situation juridique. C'est le droit pour le justiciable d'exposer ses arguments de droit, de fait ou d'opportunité, de répondre aux objections de l'autorité et de se déterminer sur les autres éléments du dossier.

Quant au devoir de motiver une décision, il vise à permettre au justiciable de la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et d'exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 138 IV 81 consid. 2.2, ATF 138 I 232 consid. 5.1 et les arrêts cités). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_587/2013 du 29 août 2013 consid. 2.1 et les arrêts cités). En revanche, une autorité se rend coupable d'une violation du droit d'être entendu si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une cer-

taine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 133 III 235 consid. 5.2 et ATF 126 I 97 consid. 2b).

**3.2** Le droit d'être entendu est de nature formelle. Sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le plan matériel (ATF 137 I 195 consid. 2.2). Ce principe doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu en première instance peut exceptionnellement être réparée lorsque l'administré a eu la possibilité de s'expliquer librement devant une autorité de recours, dont la cognition est aussi étendue que celle de l'autorité inférieure (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2, ATF 136 V 117 consid. 4.2.2.2, ATF 133 I 201 consid. 2.2). Si le principe de l'économie de procédure peut justifier que l'autorité de recours s'abstienne de retourner le dossier à l'autorité de première instance pour la réparation de ce vice formel, il convient néanmoins d'éviter que les violations des règles de procédure soient systématiquement réparées par l'autorité de recours, faute de quoi les règles de procédure auxquelles sont tenues de se soumettre les autorités de première instance perdraient de leur sens (cf. PATRICK SUTTER, in : Auer / Müller / Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich / Saint-Gall 2008, ch. 18 ad art. 29 PA ; cf. également ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2<sup>ème</sup> éd., Lausanne / Zurich / Berne 2013, p. 193s., ch. 3.112, et les références citées).

**3.3** En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a pu s'exprimer, par ses lignes du 3 août 2012, sur l'objet et le contenu prévisible de la décision querellée. En revanche, dans cet écrit, elle n'a pas formellement demandé l'audition de C.\_\_\_\_\_, contrairement à ce qu'elle soutient à tort dans son recours, mais a simplement précisé que le prénommé se tenait à disposition de l'ODM pour fournir de plus amples explications lors d'une séance que cet office pourrait souhaiter. Par ailleurs, l'autorité fédérale s'étant forgée son opinion sur la base du dossier alors en sa possession, elle pouvait, sans violer l'interdiction de l'arbitraire, renoncer à demander la production d'autres documents, mettre fin à l'instruction et rendre sa décision.

Dans la décision querellée, l'ODM s'est certes contenté de reprendre la motivation contenue dans sa lettre du 18 juillet 2012 sans tenir compte des explications fournies par la recourante dans sa prise de position du 3 août 2012. La question de savoir si cette informalité constitue une viola-

tion du droit d'être entendue de l'intéressée peut demeurer indéterminée, car l'autorité intimée a complété sa motivation dans ses observations circonstanciées du 3 janvier 2013 et la recourante s'est déterminée à ce sujet dans sa réplique du 28 mars 2013.

Pour les motifs ci-dessus, le grief du recours, tendant à contester la violation du droit d'être entendue de l'intéressée, doit être écarté.

#### **4.**

Dans la mesure où le droit national est seul applicable au cas d'espèce (art. 2 al. 1, 2 et 3 LETr), B.\_\_\_\_\_ ne dispose pas d'un droit à venir exercer une activité lucrative en Suisse (cf. dans ce sens l'arrêt du Tribunal fédéral 2D\_17/2010 du 16 juin 2010).

#### **5.**

**5.1** 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, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (art. 40 al. 2 LETr).

Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation de l'ODM. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (art. 99 LETr).

Les décisions préalables des autorités du marché du travail (art. 83 OASA) doivent être soumises à l'ODM pour approbation avant l'octroi d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 33 LETr avec activité lucrative (art. 85 al. 2 OASA).

**5.2** En l'occurrence, la recourante se prévaut de la décision préalable rendue par le CMTPT/VD le 15 mai 2012. A ce propos, il convient de relever qu'en raison de la répartition des compétences décisionnelles en matière de limitation du nombre des étrangers, il appartient en premier lieu aux cantons, respectivement à leurs offices de l'emploi, de statuer sur le refus initial d'une autorisation d'exercer une activité lucrative alors que la Confédération est chargée, en cas de décision préalable positive de l'autorité cantonale du marché de l'emploi, de se prononcer aussi sur cette question par la voie de la procédure d'approbation (ATF 127 II 49

consid. 3a, 120 lb 6 consid. 2 et 3a, applicables *mutatis mutandis* aux nouvelles dispositions). Dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, les autorités doivent tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier (Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 *in* FF 2002 3578). Il s'ensuit que ni l'ODM ni le Tribunal de céans ne sont liés par le prononcé de l'autorité cantonale vaudoise du marché de l'emploi du 15 mai 2012 et peuvent parfaitement s'écarter, dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette dernière autorité.

## 6.

**6.1** Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes:

- a. son admission sert les intérêts économiques du pays ;
- b. son employeur a déposé une demande ;
- c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies.

La notion d' "*intérêts économiques du pays*" est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (message du Conseil fédéral précité, FF 2002 p. 3485s. et p. 3536). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (*ibidem*, p. 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (MARC SPESCHA / ANTONIA KERLAND / PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010, p. 137 ; cf. également art. 23 al. 3 LEtr et consid. 8.3 *infra*).

**6.2** L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (MARC SPESCHA *in* Spescha / Thür / Zünd / Bolzli [éds.], Migrationsrecht, Zurich 3<sup>e</sup> éd. 2012, n° 2 *ad* art. 18 LEtr p. 62 ; cf. dans le même sens LISA OTT, *in* Caroni / Gächter / Thurnherr [éds.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n° 5 *ad* art. 18-29 LEtr p. 149s.; cf. SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, *op. cit.*, pp. 123 et 134).

## 7.

Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (art. 33 LEtr) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 20 al. 1 LEtr).

**7.1** L'art. 20 LEtr prévoit le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des Etats dits tiers (message du Conseil fédéral précité, p. 3536), à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE, RS 0.632.31). L'art. 20 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LEtr prévoit plus particulièrement que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et celui des autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33 LEtr) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative ; cette compétence se trouve mise en œuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA (LISA OTT, op. cit., n° 3 *ad* art. 20 LEtr p. 161). Plus particulièrement, l'art. 19 al. 1 OASA dispose que les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour de courte durée pour des séjours limités en vue de l'exercice d'une activité lucrative d'un an au plus, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 1 ch. 1 let. a de l'OASA ; selon l'art. 20 al. 1 OASA, ils peuvent délivrer des autorisations de séjour pour des séjours en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2 ch. 1 let. a de l'OASA.

**7.2** A teneur de l'art. 21 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 pu être trouvé (al. 1). Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (al. 2).

**7.3** En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (*ibidem*, p. 3537s. ; cf. également les arrêts du Tribunal

C-4989/2011 du 23 janvier 2013 consid. 4.3.1, C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 6.3).

## 8.

**8.1** Pour ce qui est des qualifications personnelles, l'art. 23 al. 1 LETr énonce que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe être admis, que ce soit au bénéfice d'une autorisation de courte durée ou de séjour.

La référence aux «*autres travailleurs qualifiés*» devrait permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte des exigences du marché de l'emploi que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, cela pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger concerné ne puissent être trouvées parmi la main-d'œuvre résidante au sens de l'art. 21 LETr (MARC SPESCHA, op. cit., n° 1 ad art. 23 LETr p. 70). Il demeure toutefois que le statut de courte durée, comme celui du séjour durable, reste réservé à la main-d'œuvre très qualifiée et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait les connaissances spéciales et les qualifications requises (message du Conseil fédéral précité, p. 3540). C'est ainsi que l'admission sera, en principe, refusée pour des postes ne requérant aucune formation particulière (LISA OTT, op. cit., n° 6 ad art. 23 LETr p. 180). A noter encore que la demande saisonnière ou propre à certaines branches en main-d'œuvre peu qualifiée ne suffit pas à réaliser le critère de la qualification personnelle, sous réserve de l'art. 23 al. 3 let. c LETr (MARC SPESCHA, loc. cit.).

**8.2** 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 (art. 23 al. 2 LETr). *A contrario*, ces critères, qu'il s'agit d'apprécier dans le cadre d'un examen global de la situation de la personne concernée, n'ont pas à être examinés pour des autorisations de séjour de courte durée (MARC SPESCHA, op. cit., n° 2 ad art. 23 LETr p. 70 ; LISA OTT, op. cit., n° 8 et 9 ad art. 23 LETr p. 180).

**8.3** Selon l'art. 23 al. 3 LETr, peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2 :

- a. les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois ;
- b. les personnalités reconnues des domaines scientifique,

- culturel ou sportif ;
- c. les personnes possédant des connaissances ou capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin ;
- d. les cadres transférés par des entreprises actives au plan international ;
- e. les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse.

Peuvent profiter de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr les travailleurs moins qualifiés, mais qui disposent de connaissances et de capacités spécialisées indispensables à l'accomplissement de certaines activités, par exemple le travail du cirque, le nettoyage et l'entretien d'installations spéciales ou la construction de tunnels. Il doit toutefois s'agir d'activités ne pouvant pas, ou alors de manière insuffisante, être exécutées par un travailleur indigène ou un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE (message du Conseil fédéral précité, p. 3541).

**8.4** Les qualifications personnelles en question constituent une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de jugement.

**8.4.1** Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci 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, ATF 123 II 16 consid. 7, et les références citées ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 2<sup>ème</sup> édition, Berne 1994, n° 3.3.5.2, p. 266).

**8.4.2** C'est ainsi que l'ODM, au chiffre 4.3.4 de sa directive "*Séjour avec activité lucrative*", version du 25 octobre 2013 (en ligne sur son site internet > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Séjour avec activité lucrative, consulté en décembre 2013), précise que 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.

Pour le surplus, ladite directive contient, sous chiffre 4.7, un résumé des différentes branches, professions et fonctions pour lesquelles des qualifications personnelles spécifiques sont mentionnées. Elle énonce les critères qu'il convient d'observer particulièrement en matière de qualifications.

En ce qui a trait plus particulièrement au domaine des cuisiniers de spécialités (ch. 4.7.9.1), elle énonce tout d'abord une série d'exigences cumulatives auxquelles doivent satisfaire les établissements souhaitant embaucher de la main-d'œuvre étrangère (ch. 4.7.9.1.1).

En outre, s'agissant des critères que doit réaliser le travailleur étranger, l'ODM indique, dans sa directive (ch. 4.7.9.1.2), qu'une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et une expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (comprenant une durée de formation d'au moins sept ans) 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.

**8.4.3** Dans le cas d'espèce, aucun motif particulier ne justifie que le Tribunal s'écarte de cette pratique, au risque de créer une inégalité de traitement.

## 9.

**9.1** L'ODM a considéré que B.\_\_\_\_\_ ne remplissait pas les conditions d'admission en qualité de cuisinier de spécialités, au vu des multiples contradictions contenues dans son dossier. Il a mis en évidence des in-

cohérences au niveau des périodes d'embauche et s'agissant des établissements pour lesquels le prénommé aurait travaillé en Chine (lettre du 18 juillet 2012, décision du 18 septembre 2012 et préavis du 3 janvier 2013), qui empêcheraient l'approbation de la décision préalable cantonale. La recourante a contesté ce point de vue par ses lignes du 3 août 2012, son recours du 17 octobre 2012, son courrier du 5 novembre 2012 et sa réplique du 28 mars 2013.

Le Tribunal peut se dispenser d'examiner la question de savoir si les quatre curriculums vitae et les certificats de travail de B.\_\_\_\_\_ contiennent des erreurs ou contradictions, et s'il y a lieu d'écarter ces documents de la procédure ou de douter de ce qu'ils attestent. En effet, comme il sera exposé ci-dessous, le recours doit de toute manière être rejeté pour d'autres motifs (sur la substitution de motifs, cf. consid. 2 *supra*).

**9.2** Comme exposé précédemment (cf. consid. 7.2 et 7.3 *supra*), l'art. 21 al. 1 LETr prévoit qu'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 pu être trouvé. Or, à la lecture des dossiers de l'ODM et du SPOP/VD, le Tribunal constate qu'il n'existe aucun élément démontrant que la recourante a effectué des démarches pour essayer de trouver un cuisinier spécialisé dans la cuisine japonaise parmi les personnes entrant prioritairement en ligne de compte, à savoir les travailleurs en Suisse au sens de l'art. 21 al. 2 LETr ou des ressortissants d'un des Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE et que ces démarches sont restées vaines. Le fait que B.\_\_\_\_\_ est au bénéfice d'un titre de séjour en Allemagne ne dispensait pas la recourante de chercher en priorité des travailleurs indigènes ou des ressortissants de l'Union européenne ou de l'AELE. B.\_\_\_\_\_ est en effet un ressortissant d'un pays tiers puisqu'il est de nationalité chinoise, et il ne peut, en tant que tel, se prévaloir ni de l'ALCP ni de l'accord du 21 juin 2001 amendant la convention instituant l'AELE (cf. art. 2 al. 2 et 3 LETr et l'arrêt du Tribunal C-679/2011 du 27 mars 2012 consid. 7.1). L'ordre de priorité imposé par l'art. 21 al. 1 et 2 LETr n'ayant pas été respecté, le prénommé ne peut être admis en Suisse en vue d'exercer une activité lucrative en tant que cuisinier spécialisé au service de la recourante.

**9.3** Au surplus, la recourante n'a pas démontré que B.\_\_\_\_\_ avait acquis une expérience de plusieurs années comprenant une formation d'au moins sept ans dans le domaine spécialisé (cf. consid. 8.4.2 *supra*), en

l'occurrence la cuisine japonaise et plus particulièrement la fabrication de sushis (cf. demande d'octroi d'un permis de séjour avec activité lucrative du 22 novembre 2011 de la recourante).

En réalité, l'examen des pièces du dossier révèle que B.\_\_\_\_\_ s'est spécialisé, au sens de la directive de l'ODM, dans la cuisine chinoise et non japonaise. Il a étudié dans une école de cuisine en Chine durant trois ans de septembre 1990 à juillet 1993 (cf. "*Graduation Certificate*" du 5 juillet 1993). Le 14 novembre 2007, le Ministère chinois du travail et de la sécurité sociale lui a délivré un certificat d'aptitudes professionnelles précisant sous la rubrique "*Occupation*" : "*Chinese Traditional Style Cook*" (cf. "*Occupational Qualification Certificate Third Level / Senior Skill Level*"). De même, il ressort des documents produits que l'intéressé a acquis son expérience professionnelle dans une très large mesure dans la cuisine chinoise. Il a en effet travaillé (en qualité de chef ou de cuisinier, selon les documents) dans des restaurants de cuisine chinoise à Nanjing en Chine de septembre 1993 à janvier 2001 (cf. les documents non datés "*work experience*" et "*resume*"), puis du 15 janvier 2001 au 31 décembre 2004 (cf. "*Certification*" du 12 juin 2012 de l'hôtel Z.\_\_\_\_\_) et enfin du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 30 mars 2008 (cf. "*Certification*" non daté de la société Y.\_\_\_\_\_ Ltd). Il a ensuite quitté son pays d'origine pour aller travailler, dès le 20 août 2008, dans un restaurant en Allemagne où, selon une attestation du 9 octobre 2011 émanant du China Restaurant (...) de Waldshut-Tiengen, il aurait (eu) un poste de cuisinier de spécialités dans les domaines tant de la cuisine chinoise que japonaise. Malgré cette dernière affirmation peu précise, étayée par aucun autre document, l'attestation en question n'établit pas, à elle seule, que B.\_\_\_\_\_ dispose d'une expérience suffisante dans la cuisine japonaise, étant rappelé que sa formation porte exclusivement sur la cuisine chinoise (cf. directive "*Séjour avec activité lucrative*" déjà citée, ch. 4.7.9.1.2). Le prénommé ne remplit donc pas les conditions exigées pour un cuisinier de spécialité japonaise.

**9.4** Les conditions de l'art. 21 al. 1 et 2 LETr n'étant pas réalisées en l'espèce et B.\_\_\_\_\_ ne satisfaisant pas aux exigences minimales requises pour être engagé en qualité de cuisinier de spécialité en cuisine japonaise, c'est à juste titre que l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable du 15 mai 2012 de l'autorité cantonale vaudoise du marché du travail.

## 10.

Dans la mesure où l'état de fait pertinent est suffisamment établi, le Tribunal peut se dispenser de procéder à des mesures d'instruction complémentaires dans le cadre de la présente cause, telle l'audition de l'ad-

ministre de la recourante, C.\_\_\_\_\_ (sur l'appréciation anticipée des preuves, cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3). En outre, comme cela a déjà été précisé dans la décision incidente du 24 octobre 2012, la procédure de recours en droit administratif est en principe écrite et le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas un droit de s'exprimer oralement devant l'organe de décision ; ce n'est donc que dans des circonstances exceptionnelles et pour autant qu'une telle mesure apparaisse indispensable à l'établissement des faits qu'il est procédé à l'audition de parties ou de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148, ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157, ATF 125 I 209 consid. 9b p. 219, et la jurisprudence citée). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. La demande tendant à l'audition de C.\_\_\_\_\_ est dès lors rejetée.

#### **11.**

Il ressort de ce qui précède que la décision querellée du 18 septembre 2012 est conforme au droit. En conséquence, le recours doit être rejeté.

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge de la recourante (art. 63 al. 1 PA en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

(dispositif page suivante)

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'100.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance versée le 29 octobre 2012.

**3.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante, par l'entremise de son mandataire (recommandé) ;
- à l'autorité inférieure, avec le dossier n° de réf. Symic (...) en retour ;
- en copie au Service de l'emploi du canton de Vaud (Contrôle du marché du travail et protection des travailleurs), pour information;
- en copie au Service de la population du canton de Vaud, pour information et avec dossier VD (...) en retour.

Le président du collège :

La greffière :

Jean-Daniel Dubey

Christelle Conte

Expédition :