



Cour III
C-5717/2013

Arrêt du 11 août 2014

Composition

Jenny de Coulon Scuntaro (présidente du collège),
Ruth Beutler, Antonio Imoberdorf, juges,
Georges Fugner, greffier.

Parties

A. _____,
représentée par Maître Laurent Kohli, avocat,
Avenue Nestlé 8, Case postale 299, 1820 Montreux 2,
recourante,

contre

Office fédéral des migrations (ODM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Refus d'approbation de la décision préalable relative à
l'autorisation d'exercer une activité lucrative concernant

B. _____

Faits :**A.**

Par formulaire signé le 27 mai 2013, la société A._____ (ci-après: A._____) a requis du Service de l'emploi du canton de Vaud (ci-après: Service de l'emploi) l'octroi d'une autorisation de séjour pour prise d'emploi en faveur de B._____, ressortissant chinois né le ..., afin de l'engager en qualité de cuisinier spécialisé dans son restaurant "C._____" à Vevey.

A._____ a produit plusieurs documents concernant B._____, dont un certificat de cuisinier établi le 1^{er} juin 2009 par la "D._____", un certificat de travail établi le 15 octobre 2012 par l'Hôtel E._____ à F._____, selon lequel le prénommé y avait travaillé de mars 2001 à juillet 2009, ainsi qu'une attestation de travail confirmant qu'il avait été employé dans un restaurant asiatique à G._____ (Allemagne) du 1^{er} juillet 2011 au 31 décembre 2012.

B.

Par décision du 9 juillet 2013, le Service de l'emploi a accepté la demande de l'intéressé relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative, sous réserve de l'approbation de l'Office fédéral des migrations (ci-après: ODM), auquel il a transmis le dossier pour décision.

C.

Complétant son information, l'ODM a chargé la représentation suisse à Pékin de procéder à des vérifications au sujet de l'authenticité du certificat de travail établi le 15 octobre 2012 par l'Hôtel E._____ à F._____.

Selon les informations qu'une employée de l'Ambassade de Suisse à Pékin a recueillies par téléphone, le 13 août 2013, auprès d'un hôtel de F._____, l'Hôtel E._____ était fermé depuis près de 5 ans.

D.

Le 13 août 2013, l'ODM a informé A._____ que les recherches effectuées par la représentation suisse à Pékin avait établi que l'hôtel E._____ était fermé depuis cinq ans, que le certificat de travail concernant l'expérience professionnelle de B._____, établi le 15 octobre 2012, n'avait ainsi guère de valeur probante et que la condition des qualifications professionnelles de l'intéressé n'était en conséquence pas respectée. L'autorité inférieure a accordé à A._____ un délai pour faire valoir ses observations dans le cadre du droit d'être entendu.

E.

Dans les observations qu'elle a adressées à l'ODM le 4 septembre 2013 par l'entremise de son mandataire, A._____ a affirmé que B._____ avait bien travaillé au restaurant de l'hôtel E._____ à F._____ jusqu'au 31 juillet 2009, comme le démontraient d'ailleurs les déclarations écrites de trois de ses anciens collègues qu'elle a produites au dossier. La requérante a expliqué à cet égard que le restaurant de l'Hôtel E._____, d'abord fermé pour rénovation, a été exploité depuis 2010 sous un autre nom, mais que le certificat de travail établi le 15 octobre 2012 par H._____ (portant le timbre "manager général de l'Hôtel E._____ à F._____") gardait toute sa valeur probante.

F.

Par décision du 11 septembre 2013, l'ODM a refusé d'approuver la décision cantonale du 9 juillet 2013 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative dans le canton de Vaud. Dans la motivation de sa décision, l'autorité inférieure s'est référée aux directives d'application de la LEtr, selon lesquelles une autorisation ne peut être délivrée qu'aux titulaires d'une formation de cuisinier de plusieurs années achevée par un diplôme et d'une expérience professionnelle de plusieurs années dans le secteur cuisinier spécialisé. L'ODM a considéré à cet égard que l'attestation produite par la requérante pour démontrer que B._____ remplissait ces conditions était, soit un document falsifié, soit un document de complaisance, et que le prénommé n'avait ainsi pas établi qu'il bénéficiait de la formation et de l'expérience requises en vue d'une prise d'emploi en Suisse en qualité de cuisinier spécialisé.

G.

Agissant par l'entremise de son mandataire, A._____ a recouru contre cette décision le 9 octobre 2013, en concluant à son annulation et à l'approbation de la décision préalable de l'autorité cantonale du marché du travail du 9 juillet 2013, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause à l'ODM pour nouvelle décision dans le sens des considérants. La recourante s'est d'abord plainte d'une violation du droit d'être entendu, en alléguant que la décision de l'ODM était insuffisamment motivée. Elle a exposé ensuite que l'autorité intimée avait fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des preuves, notamment en déniant toute valeur probante aux pièces qu'elles avait produites pour attester l'expérience et les qualifications professionnelles de B._____.

H.

Appelé à se prononcer sur le recours, l'ODM en a proposé le rejet. Dans

sa réponse du 25 novembre 2013, l'autorité inférieure a réaffirmé que les qualifications professionnelles requises au sens de l'art. 23 LETr n'étaient pas établies, en considération du caractère peu crédible des pièces versées au dossier pour démontrer l'expérience professionnelle que B._____ aurait acquise en Chine.

I.

Dans le cadre de sa réplique du 13 janvier 2014, la recourante a repris les griefs déjà précédemment soulevés à l'endroit de la décision attaquée, tout en sollicitant l'audition de deux des anciens collègues de travail de B._____ (résidant en Allemagne), qui avaient précédemment attesté par écrit l'activité professionnelle que le prénommé avait déployée au sein du restaurant de l'hôtel E._____ à F._____.

J.

Par duplique du 17 février 2014, l'ODM a maintenu sa position.

K.

Dans sa triplique du 21 mars 2014, la recourante a réitéré sa requête tendant à l'audition de deux des anciens collègues de B._____.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, 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 LTF).

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^{ème} 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 2013/33 consid. 2, 2012/21 consid. 5.1, ATAF 2011/1 consid. 2).

3.

En l'espèce, la recourante s'est plainte d'une violation du droit d'être entendu au motif que la décision de l'ODM était insuffisamment motivée et a soutenu en outre que l'autorité intimée avait fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des preuves en s'abstenant de procéder à des mesures d'instruction complémentaires sur les preuves qu'elle avait offertes pour établir les qualifications professionnelles de B. _____.

3.1 Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst., 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 certaine 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^{ème} éd., Lausanne / Zurich / Berne 2013, p. 193s., ch. 3.112, et les références citées).

3.3 Le droit d'être entendu ne s'oppose pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; 136 I 229 consid. 5.3).

Lorsque, comme en l'espèce, la recourante invoque une violation de ce principe dans le fait que l'ODM a failli à son devoir d'examiner les faits et de traiter les problèmes pertinents, le grief du droit d'être entendu se confond avec celui de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_243/2010 consid. 3.1 et jurisprudence citée).

4.

4.1 Dans sa décision du 11 septembre 2013, l'ODM a refusé de donner son approbation à la décision du Service de l'emploi relative à l'exercice d'une activité lucrative, au motif que l'authenticité du certificat de travail relatif à l'engagement de B._____ au sein du restaurant de l'Hôtel E._____ à F._____ lui paraissait douteuse et que les qualifications personnelles requises par l'art. 23 LETr en vue de son engagement en Suisse comme cuisinier spécialisé n'étaient ainsi pas démontrées.

L'autorité inférieure a fondé son argumentation sur les informations que la représentation suisse à Pékin avaient obtenues, par téléphone, auprès d'un autre hôtel de F._____, informations selon lesquelles l'Hôtel E._____ était fermé depuis environ cinq ans. L'ODM en a conclu que le certificat de travail daté du 15 octobre 2012, signé par un dénommé H._____ (Manager général) et portant le timbre de l'Hôtel E._____ était, soit un document falsifié, soit un document de complaisance.

4.2 Dans ses observations du 4 septembre 2013 à l'ODM, la recourante avait pourtant affirmé que B._____ avait bien travaillé au restaurant de l'Hôtel E._____ jusqu'au 31 juillet 2009 et versé au dossier des déclarations écrites de trois anciens collègues de travail de B._____, dans lesquelles ceux-ci confirmaient avoir travaillé avec le prénommé au sein de cet établissement durant les années 2001-2009, respectivement 2003-2009 et 2005-2009. La recourante avait par ailleurs exposé que l'Hôtel E._____ avait effectivement fermé le 31 juillet 2009, mais que le patron du restaurant, H._____, disposait d'une licence d'exploitation pour la période du 20 octobre 2008 au 20 octobre 2012, que cet établissement avait ensuite été exploité sous un autre nom à partir de 2010, mais que le

certificat de travail établi le 15 octobre 2012 gardait toute sa force probante.

4.3 Le Tribunal considère à cet égard, compte tenu des explications fournies et des pièces produites par la recourante le 4 septembre 2013, dont la crédibilité ne pouvait alors pas être d'emblée écartée, qu'il appartenait à l'ODM d'entreprendre des mesures d'investigations supplémentaires par l'entremise de la représentation suisse à Pékin, afin d'obtenir confirmation des explications fournies, respectivement de l'expérience professionnelle que B._____ avait, semble-t-il, acquise en Chine durant son engagement de 2001 à 2009 au sein de l'établissement précité.

Ce complément d'instruction s'imposait d'autant plus que l'autorité intimée a dénié toute valeur probante aux documents produits pour établir l'expérience professionnelle de B._____ sur la seule base du renseignement téléphonique obtenu le 13 août 2013 par une employée de la représentation suisse à Pékin auprès d'un hôtel de F._____, selon lesquelles "l'Hôtel E._____ était fermé depuis environ cinq ans", information qui n'était au demeurant pas clairement en contradiction avec les explications de la recourante, selon laquelle l'établissement avait fermé le 31 juillet 2009.

4.4 Le Tribunal est dès lors amené à considérer qu'en renonçant à entreprendre des mesures d'instruction complémentaires sur la base des explications fournies et des pièces produites par la recourante pour établir les qualifications et l'expérience professionnelle acquises en Chine par B._____, l'ODM s'est rendue coupable d'une constatation incomplète des faits pertinents au sens de l'art. 49 let. b PA.

4.5 Aux termes de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. La réforme présuppose cependant un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires compliquées. En d'autres termes, la réforme implique que la décision de première instance soit fondée sur un état de fait et un raisonnement juridique corrects de la part de l'autorité de première instance. Par contre, la réforme est inadmissible lorsque des questions pertinentes doivent être tranchées pour la première fois. A cet égard, il importe de rappeler qu'en procédure de recours, le rôle du Tribunal, qui est, à l'instar des autorités administratives, soumis également à la maxime inquisitoire (art. 12 et 13 PA en relation avec l'art. 37 LTAF),

consiste en une obligation de revoir l'établissement des faits plutôt qu'en une obligation d'établir ces derniers. Cette obligation incombe en effet, de manière primaire, aux parties, soit à l'autorité qui a pris sa décision et à l'administré, en vertu de son devoir de collaboration (cf. notamment ATAF 2011/54 consid. 5.1 et 2009/57 consid. 1.2, ainsi que l'arrêt du Tribunal de céans E-5688/2012 consid. 2.2). En outre, un renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure se justifie notamment pour éviter que l'autorité de recours n'outrepasse ses compétences en examinant de son propre chef et en tranchant, en instance unique, des questions déterminantes n'ayant jamais été discutées auparavant, privant ainsi les parties recourantes d'une voie de recours (cf. notamment ATAF 2011/42 consid. 8 et 2010/46 consid. 4; voir également PIERRE MOOR / ETIENNE POLTIER, Droit administratif, n° 5.8.4.3, pp. 826 à 828; PHILIPPE WEISSENBARGER, in : Waldman / Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, ad art. 61 PA, pp. 1210 et 1211, ch. 16 et 17; MADELEINE CAMPRUBI, in : Auer / Müller / Schindler, loc. cit., n° 11, p. 773).

5.

5.1 Le recours est en conséquence admis, la décision querellée annulée et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants (cf. consid. 4.1 à 4.5 supra).

5.2 Obtenant gain de cause, la recourante n'a pas à supporter de frais de procédure (cf. art. 63 al. 1 phr. 1 *a contrario* PA), pas plus que l'autorité qui succombe (cf. art. 63 al. 2 PA).

5.3 Il convient par ailleurs d'allouer à la recourante une indemnité équitable à titre de dépens pour les frais "indispensables" et relativement élevés occasionnés par la procédure de recours (cf. art. 64 al. 1 PA). Conformément à l'art. 14 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), le Tribunal, à défaut de note de frais, fixe cette indemnité sur la base du dossier (cf. arrêt du TF 2C_422/2011 du 9 janvier 2012 consid. 2).

Au regard de l'ensemble des circonstances, notamment de l'importance et du degré de complexité de la cause et du tarif applicable *in casu*, l'indemnité à titre de dépens est fixée *ex aequo et bono* à un montant global de 1'500 francs, débours et TVA compris (cf. art. 8 à 11 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et la décision de l'ODM du 11 septembre 2013 est annulée.

2.

Le dossier de la cause est renvoyé à l'ODM pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.

Il n'est pas perçu de frais. L'avance de 1'000 francs versée le 29 octobre 2013 sera restituée à la recourante par la caisse du Tribunal.

4.

Un montant de 1'500 francs est alloué à la recourante à titre de dépens, à charge de l'autorité inférieure.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé; annexe: un formulaire "adresse de paiement" à retourner dûment rempli au Tribunal)
- à l'autorité inférieure, dossier Symic 18415749.1 en retour
- au Service cantonal de la population, Vaud, en copie pour information.

La présidente du collège :

Le greffier :

Jenny de Coulon Scuntaro

Georges Fugner

Expédition :