



## **Arrêt du 25 juin 2020**

---

Composition

Yannick Antoniazza-Hafner (président du collège),  
Sylvie Cossy, Susanne Genner, juges,  
Anna-Barbara Adank, greffière.

---

Parties

**A. \_\_\_\_\_**,  
représenté par Maître Stephen Gintzburger,  
(...),  
recourant,

contre

**Secrétariat d'Etat aux migrations SEM**,  
Quellenweg 6, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Refus d'approbation de la décision préalable de l'autorité  
cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lu-  
cra-  
tive.

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

A. \_\_\_\_\_, ressortissant indien né en 1974, a déposé une demande pour un visa de long séjour en 2012 à laquelle il ne sera pas donné suite. En 2015, il a sollicité, sans succès, une autorisation de séjour pour pouvoir exercer une activité lucrative à Lausanne. En 2017, il a derechef sollicité une autorisation pour pouvoir exercer une activité lucrative à Lausanne en tant que cuisinier spécialisé dans un restaurant de spécialités indiennes, demande préavisée favorablement en janvier 2018 par l'administration cantonale vaudoise.

**B.**

Après avoir octroyé le droit d'être entendu, le Secrétariat d'Etat aux migrations (ci-après : SEM) a, par décision du 5 juillet 2018, refusé de donner son approbation. Il a en substance retenu que le prénommé avait exercé une activité lucrative en Suisse durant plusieurs années sans bénéficier des autorisations idoines. En outre, l'intéressé ne remplirait pas les exigences relatives aux qualifications personnelles, étant donné qu'il ne posséderait ni un diplôme de cuisinier ni un nombre suffisant d'années d'expérience.

**C.**

Par acte du 6 septembre 2018, A. \_\_\_\_\_, par l'entremise de son mandataire, a déposé recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal ou TAF) en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à l'approbation de l'octroi d'une autorisation de courte durée et, subsidiairement, au renvoi de l'affaire devant le SEM. Il a notamment reproché à l'autorité inférieure d'avoir tenu compte d'une ordonnance pénale dont il ne faisait pas l'objet et d'en avoir déduit un séjour illégal en Suisse. En outre, non seulement il détiendrait le diplôme requis, mais il bénéficierait également de plus de 10 années d'expérience en tant que cuisinier. Au surplus, les critères indiqués dans les directives du SEM, en particulier ceux liés à son employeur, seraient réalisés, preuves à l'appui.

**D.**

Par réponse du 30 novembre 2018, le SEM a relevé que le discours du recourant quant aux dates et années d'expérience acquises à l'étranger comportait des incohérences. Ainsi, la chronologie décrite paraissait invraisemblable et n'était pas suffisamment étayée, ce tant sous l'angle d'un séjour illégal en Suisse que du nombre d'années d'expérience. Il a précisé que le diplôme en gestion d'hôtel obtenu par l'intéressé ne pouvait être

considéré comme suffisant. De plus, rien n'indiquerait que celui-ci aurait quitté la Suisse suite au contrôle effectué sur sa personne en 2015.

**E.**

Par réplique du 15 mars 2019, le recourant a nié s'être contredit, rappelant les passages topiques de son recours. Par ailleurs, il ne verrait pas en quoi son lieu de séjour serait pertinent pour le cas d'espèce. En plus, le SEM omettrait de prendre en compte le contenu de la formation effectuée, à savoir dans la « *restauration culinaire* », et perdrait de vue qu'il pratiquait à titre professionnel depuis près de trente ans, pièces à l'appui.

**F.**

Par duplique du 5 juin 2019, le SEM n'a pas formulé de nouvelles observations.

**G.**

Le recourant a donné suite, par courrier du 19 mai 2020, à une mesure d'instruction en indiquant que sa situation restait la même que celle qui avait prévalu lors du dépôt du recours.

**Droit :**

**1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le TAF, 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 le SEM - lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art. 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au TAF, 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 TAF est régie par la PA (art. 37 LTAF).

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

**2.**

La partie 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 (cf. art. 49 PA). L'autorité de recours, qui applique le droit d'office, n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par les considérants juridiques de la décision attaquée. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait régnant au moment où elle statue (cf. ATAF 2014/1 consid. 2).

### 3.

Dans le présent arrêt, le Tribunal de céans appliquera la loi sur les étrangers dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, en utilisant l'ancienne dénomination (LEtr), et citera l'OASA selon sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, étant précisé que les dispositions topiques n'ont pas subi de modifications susceptibles d'influer sur l'issue de la cause (cf. arrêt du TAF F-4226/2017 du 8 octobre 2019 consid. 2.2). A toutes fins utiles on relèvera que la modification de l'art. 99 LEI entrée en vigueur le 1er juin 2019, qui est en principe immédiatement applicable, est sans incidence sur l'issue de la présente cause (cf. *ibid.* consid. 2.3).

En l'espèce, le SEM avait la compétence d'approuver la décision préalable de l'autorité cantonale vaudoise du marché du travail en application de l'art. 85 OASA. Il s'ensuit que ni le SEM ni le TAF ne sont liés par le préavis cantonal favorable et peuvent parfaitement s'écarter, dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette autorité.

### 4.

Dans la mesure où le droit national est seul applicable à la présente cause (cf. art. 2 al. 1, 2 et 3 LEtr), le recourant ne dispose d'aucun droit à venir exercer une activité lucrative en Suisse. De même, l'employeur ne dispose d'aucun droit à faire venir l'intéressé en Suisse pour lui faire exercer une activité lucrative (cf., dans ce sens, les arrêts du TF 2D\_16/2013 du 8 juillet 2013 consid. 1.1 et 2 et 2D\_17/2010 du 16 juin 2010).

### 5.

**5.1** Aux termes de 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 LEtr sont remplies, notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEtr), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEtr), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr).

L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation, lequel n'est cependant pas illimité (cf. PETER UEBERSAX, in : Nguyen/Amarelle, Code annoté du droit des migrations, volume II : Loi sur les étrangers (LEtr), ad art. 18 n. 8 s.).

**5.2** Pour ce qui est des qualifications personnelles requises, l'art. 23 LEtr énonce que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe 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). En dérogation aux alinéas 1 et 2, peuvent être admis (notamment) les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (al. 3 let. c).

Peuvent se réclamer de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr les travailleurs moins qualifiés (ne remplissant pas les conditions des alinéas 1 et 2), 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'UE ou de l'AELE (cf. Message LEtr, p. 3541 ch. 2.4.2, ad art. 23 al. 3 du projet de loi [dérogations]).

Lors des débats des chambres, il a également été question de spécialistes des technologies de l'information (en particulier des techniques de l'informatique) et du personnel soignant. La référence aux "*autres travailleurs qualifiés*" devrait permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte tant des exigences du marché du travail que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, ce pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger ne puissent être exécutées par de la main-d'oeuvre indigène ou européenne peu ou pas qualifiée

(cf. MARC SPESCHA, in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka [éd.], *Kommentar zum Migrationsrecht*, Zurich 2015, ad art. 23 LETr n. 1 et 7; LISA OTT, in : Caroni/Gächter/Thurnherr [éd.], *op. cit.*, ad art. 23 LETr n. 22).

**5.3** Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut indiquer, dans des directives, l'interprétation qu'elle entend leur donner. S'agissant de la portée juridique des directives (qui sont des ordonnances administratives), on notera que celles-ci ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent en particulier pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. En outre, 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. Lorsque le texte légal est clair, l'autorité qui applique le droit ne peut donc s'en écarter que s'il existe des motifs sérieux de penser que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement (cf. ATF 142 II 182 consid. 2.3.2; 138 II 536 consid. 5.4.3, et la jurisprudence citée; ATAF 2011/1 consid. 6.4, 2009/15 consid. 5.1; arrêts du TAF F-4018/2016 du 28 septembre 2017 consid. 3.4 et C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1.1).

Au chapitre 4 de la directive « *Domaine des étrangers* » le SEM a indiqué l'interprétation qu'il entendait donner aux dispositions susmentionnées (cf. < <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-kap4-f.pdf> >, site consulté en juin 2020).

Lors de l'appréciation du cas, il convient ainsi de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Les étrangers nouvellement entrés dans notre pays ne doivent donc pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse de manière à provoquer un dumping salarial et social (cf. dite directive, ch. 4.3.1 ; dans le même sens, cf. Message LETr, p. 3485 s. ch. 1.2.3.1, et p. 3536 ch. 2.4.2 ad art. 17 du projet de loi).

Ladite directive contient, au ch. 4.7.9.1, lequel n'a pas connu une modification substantielle depuis le prononcé de la décision querellée, des exigences particulières liées à l'engagement d'un cuisinier dans un restaurant de spécialités, tel en l'espèce. Sous l'angle des qualifications personnelles, il est indiqué que doivent être démontrés « *une formation de cuisinier de plusieurs années achevée par un diplôme (ou une formation équivalant reconnue) et une expérience professionnelle d'au moins sept ans dans le secteur cuisinier spécialisé (durée de la formation comprise)* ». A défaut de diplôme de cuisinier, une expérience professionnelle de plusieurs années, de 10 ans en règle générale, peut valoir comme preuve d'une qualification professionnelle équivalente, si elle est attestée par le ministère étranger compétent, une association professionnelle ou une attestation similaire (par exemple certificats de travail).

A priori, la directive du SEM s'inscrit parfaitement dans le cadre fixé par les normes législatives en question. Rien ne justifie donc que le Tribunal de céans s'écarte de cette directive dans le cas particulier, au risque de créer des inégalités de traitement.

**5.4** Il est à noter que le terme de qualifications personnelles constitue une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de jugement (sur ce dernier point, cf. arrêts du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.4 et C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 7.4).

## **6.**

En l'espèce, l'existence de qualifications personnelles suffisantes et, dans ce cadre, les années de travail passées illégalement en Suisse constitue le point principal litigieux entre les parties.

**6.1** Tout d'abord, on soulignera que tant la demande de 2015 que celle de 2017 mentionnent une activité du recourant en tant qu'employé non qualifié, élément qui s'inscrit en contradiction avec la prétendue spécialisation de l'intéressé (cf. dossier vaudois et pces SYMIC 2 et TAF 1 p. 20 let. J).

**6.2** Ensuite, le Tribunal relève que le recourant ne saurait se prévaloir d'avoir bénéficié d'une formation de cuisinier spécialisé comme décrit ci-dessus (cf. consid. 5.3. *supra*). En effet, il a acquis en 2007 un « *diploma in hotel management* » après une formation d'une durée de trois ans (pce TAF 1 annexe 6). Pour cela, il a suivi seulement quatre cours en lien avec la cuisine, à savoir « *Food Production* », « *Food production & Pâtisserie* », « *Food Production (Lab)* » et « *Food Production & Pâtisserie (Lab)* », dont

seul les deux derniers semblent avoir été réellement liés à la pratique (pce TAF 1 annexes 7 à 9). Les quatre autres cours concernaient avant tout le service et l'hôtellerie. Le dossier ne fait pas apparaître que les cours liés à la préparation de nourriture auraient été des matières principales, que ce soit qualitativement ou quantitativement ; le recourant ne le prétend d'ailleurs pas. Il se contente en effet d'arguer laconiquement que de nombreux cours en lien avec la cuisine y auraient été délivrés (pce TAF 1 p. 19 let. J), sans estimer utile d'apporter de plus amples précisions. Cette (courte) formation ne saurait être considérée comme suffisante (cf. à titre de comparaison arrêt du TAF C-388/2010 et C-391/2010 du 21 février 2012 consid. 8.1 et 8.2).

**6.3** Enfin, contrairement à ce que semble penser le recourant (notamment pce TAF 1 p. 19/20 let. J), les pièces versées en cause n'étaient pas une expérience professionnelle d'une dizaine d'années environ conformément à l'ordre de grandeur fixé dans les directives du SEM (cf. consid. 5.3 *supra*). Ainsi, l'attestation de l'hôtel (...) indique que l'intéressé y a été employé en tant que chef de cuisine (« *chief cook* ») entre mai 2006 et décembre 2008, soit pendant environ deux ans et demi (pce TAF 1 annexe 4). Quant au certificat établi en 2012, il mentionne seulement que l'intéressé a travaillé audit hôtel (...) et que le soussigné connaît le recourant depuis cinq ans (pce TAF 1 annexe 5). Contrairement à ce que celui-ci prétend, ladite pièce ne saurait étayer un prétendu emploi en Inde entre 1991 et 1997 (pce TAF 1 p. 3 ch. 4) et aucune pièce au dossier n'indique qu'il aurait travaillé en Arabie saoudite, contrairement à ce qu'il tente de faire accroire (pce TAF 1 p. 4 ch. 9).

Ainsi, force est de retenir que le recourant n'a démontré que deux ans et demi d'années de travail dans des cuisines (indiennes), de sorte que l'on ne saurait retenir une expérience suffisante en préparation de mets du sud de l'Inde (pce TAF 1 annexe 26).

**6.4** Au surplus, on remarquera qu'un séjour illégal du recourant en Suisse apparaît vraisemblable. En effet, un rapport du Service de l'emploi du canton de Vaud de 2015 indique que le recourant y travaille illégalement depuis 2010 et que l'employeur de l'intéressé dans la période en cause a été pénalement condamné à ce sujet (pce SYMIC 4 p. 75 et pce 11 ch. 4). En outre, devant le Tribunal, le recourant n'a pas nié avoir séjourné et travaillé illégalement en Suisse. Certains passages de son recours (notamment pce TAF 1 p. 10 let. C) et de sa réplique, où il argue que le lieu de séjour n'est pas un critère pertinent (pce TAF 15 p. 2), indiquent au contraire qu'il tente d'esquiver le sujet ; son malaise est d'autant plus compréhensible qu'il a

lui-même versé en cause un *curriculum vitae* indiquant une entrée en Suisse en 2010 et un travail (illégal) jusqu'en 2016 (pce SYMIC 3 p. 48.).

Cela dit, on ne saurait reprocher au SEM de ne pas avoir pris en compte d'éventuelles années d'expérience acquises (illégalement) en Suisse, sous peine d'encourager la politique du fait accompli (cf. arrêt du TF 2C\_61/2020 du 21 avril 2020 consid. 6.5) et de permettre au recourant de se prévaloir d'un comportement illégal pour obtenir un avantage, ce qui serait contraire au principe de la bonne foi (cf., pour comparaison, notamment arrêt du TF 4A\_561/2012 23 janvier 2013 consid. 3.1 et réf. citées) ; le recourant ne le fait d'ailleurs pas valoir. De toute manière, la prise en compte de cet éventuel travail d'un peu plus de cinq ans en Suisse ne suffirait pas à comptabiliser le nombre d'années requis.

**6.5** Il découle de ce qui précède que la condition relative aux qualifications personnelles de l'employé n'a pas été établie à satisfaction de droit. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions cumulatives mentionnées à l'art. 18 let. c LEtr, en particulier le respect de l'ordre de priorité par le futur employeur.

## **7.**

Il ressort de ce qui précède que, par sa décision du 5 juillet 2018, l'autorité intimée n'a pas violé le droit fédéral, ni constaté les faits pertinents de manière inexacte ou incomplète. En outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA).

En conséquence, le recours est rejeté.

## **8.**

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure sont mis à la charge du recourant (cf. 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]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

(dispositif page suivante)

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure de 1'500 francs sont mis à la charge du recourant. Il sont couverts par l'avance de frais versée le 19 octobre 2018.

**3.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant, par l'entremise de son mandataire (recommandé) ;
- à l'autorité inférieure, dossier SYMIC (...) en retour ;
- en copie, au Service de la population du canton de Vaud, dossier cantonal en retour.

Le président du collège :

La greffière :

Yannick Antoniazza-Hafner

Anna-Barbara Adank

Expédition :