



Cour III
C-1222/2006
{T 0/2}

Arrêt du 10 mars 2008

Composition

Blaise Vuille (président du collège), Bernard Vaudan,
Ruth Beutler, juges,
Marie-Claire Sauterel, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Me Jean-Patrick Gigandet,
rue de la Gruère 7, case postale 238, 2350 Saignelégier,
recourant,

contre

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

Objet

approbation d'une décision préalable cantonale relative à
l'autorisation d'exercer une activité lucrative.

Décision de l'ODM du 22 mars 2005

Faits :**A.**

A._____, ressortissant de Bosnie et Herzégovine, né le 1^{er} novembre 1973, a vécu en Suisse du 5 août 1990 à début mai 1991, soit durant neuf mois, au bénéfice d'une autorisation d'établissement obtenue au titre du regroupement familial. Il a quitté la Suisse pour retourner en Bosnie et Herzégovine et y accomplir son service militaire du 15 mai 1991 au 20 mai 1992. Il a obtenu à cette occasion des autorités vaudoises une déclaration d'établissement, attestant qu'il était titulaire d'une autorisation d'établissement dans le canton de Vaud et qu'il pourrait réintégrer son droit d'établissement à son retour en Suisse, à la condition que celui-ci ait lieu avant le 1^{er} juin 1992. L'intéressé n'est pas revenu en Suisse à la fin de ses obligations militaires.

Revenu illégalement en Suisse le 19 septembre 1995, A._____ n'a pas obtenu la réintégration dans son précédent statut de la part des autorités vaudoises de police des étrangers. Par décision du 18 mars 1997, le Service de l'emploi du canton de Vaud a également refusé de prélever une unité de contingent et d'accorder une autorisation de séjour et de travail en sa faveur. Le 21 août 1997, l'Office cantonal de police des étrangers du canton de Vaud (actuellement le Service de la population du canton de Vaud, ci-après: SPOP) s'est toutefois déclaré disposé à lui délivrer une autorisation de séjour s'il venait à être exempté des nombres maximums et a transmis son dossier à l'Office fédéral pour décision. Par décision du 30 mars 1998, l'Office fédéral a refusé d'exempter A._____ des mesures de limitation. Cette décision a été confirmée sur recours par décision du Département fédéral de justice et police (ci-après: DFJP) du 27 octobre 1999. A._____ est retourné vivre dans son pays le 24 juillet 1998 et y a épousé une compatriote.

B.

Le 29 juin 2000, A._____ et son épouse B._____, née le 20 février 1981, sont entrés illégalement en Suisse. Ayant déposé une demande d'asile, ils ont été attribués au canton du Jura. Par décision du 31 juillet 2000, l'Office fédéral des réfugiés (ci-après: ODR) a refusé d'entrer en matière sur la demande des intéressés. Par arrêt du 13 novembre 2000, la Commission suisse de recours en matière d'asile (ci-après: CRA) a, sur recours, annulé la décision de l'ODR du

31 juillet 2000 et transmis l'affaire aux autorités jurassiennes de police des étrangers, pour raison de compétence, en considérant que l'intention de A._____ était de déposer en Suisse non pas une demande d'asile mais une demande d'autorisation de police des étrangers pour lui et son épouse. Le 14 janvier 2002, les intéressés ont déposé une demande d'autorisation de séjour auprès des autorités jurassiennes. Le 27 juin 2002, le Service de l'état civil et des habitants du canton du Jura a informé A._____ et sa famille qu'il était disposé à leur délivrer une autorisation de séjour s'ils venaient à être exemptés des nombres maximums et a transmis leur dossier à l'Office fédéral pour décision. Le 19 novembre 2002, l'Office fédéral a rendu à l'endroit de A._____ et de sa famille une décision de refus d'exception aux mesures de limitation. Ledit office a notamment retenu que le séjour antérieur de l'intéressé en Suisse et la présence en ce pays de ses parents et de ses frères et soeurs ainsi que d'autres membres de sa famille, la précarité économique en Bosnie et Herzégovine, la naissance d'un enfant en Suisse, l'indépendance financière et professionnelle et l'absence de problèmes d'intégration, ne permettaient pas de considérer qu'il s'agissait d'un cas de rigueur revêtant un caractère de gravité exceptionnelle au sens de la législation et de la pratique restrictives en la matière. Au demeurant, ces arguments avaient déjà été examinés en grande partie lors de la demande d'exception présentée en 1997. Par décision du 7 juillet 2004, le DFJP a rejeté le recours de A._____ et de sa famille contre la décision de l'Office fédéral précitée.

C.

A._____ n'a pas interjeté recours contre cette décision du DFJP, mais a sollicité, par écrit du 13 juillet 2004, l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail à imputer sur le contingent cantonal, pour lui-même, son épouse et leur fils.

Le 20 juillet 2004, le Service des arts et métiers et du travail du canton de Jura a informé C._____ à Saignelégier qu'il avait pris une décision préalable favorable en vue de l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de A._____, sous réserve toutefois de l'approbation des autorités fédérales. Le même jour, le dossier de A._____ a été transmis à l'office fédéral compétent pour examen et décision.

D.

Par courrier du 4 octobre 2004 adressé au conseil de A._____,

l'Office fédéral a fait savoir, en substance, que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas d'envisager une dérogation au principe de la priorité au recrutement des ressortissants des Etats de l'Union européenne (UE) ou de l'Association européenne de libre échange (AELE), de sorte qu'il entendait refuser son approbation et a imparti à l'intéressé un délai pour lui transmettre ses éventuelles observations. Dans cet écrit, l'office fédéral a plus particulièrement relevé que le requérant s'était formé sur le tas à C._____ et ne bénéficiait d'aucune qualification particulière. Ainsi, il ne répondait pas aux conditions nécessaires pour se voir mettre au bénéfice d'une telle dérogation en tant que personnel travaillant dans le secteur de l'hôtellerie et la restauration.

Par courrier du 21 octobre 2004, C._____ a indiqué que A._____ avait été engagé en 2002 après que de nombreuses démarches aient été effectuées (annonces dans la presse, office de placement) pour repourvoir le poste d'aide en cuisine. Après avoir « testé » plusieurs personnes, cet établissement avait engagé A._____, collaborateur agréable, compétent, très apprécié de la clientèle et donnant entière satisfaction, même s'il n'avait pas de certificats ou d'autres qualifications.

Par courrier du 14 décembre 2004, A._____ a signifié à l'Office fédéral son opposition à un refus d'approbation, en indiquant qu'il travaillait comme aide de cuisine polyvalent à C._____ depuis le 1^{er} septembre 2002, alors qu'aucun travailleur indigène n'avait accepté d'exercer cette activité, et que l'autorité cantonale avait, le 20 juillet 2004, préavisé favorablement sa demande d'autorisation de travail. Dès lors, l'autorité fédérale ne devait pas intervenir sans raison majeure dans le pouvoir d'appréciation des autorités cantonales.

E.

Par décision du 22 mars 2005, l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable cantonale du 20 juillet 2004 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative. A cette occasion, l'office a en particulier relevé qu'en application de l'art. 8 de l'ancienne ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (aOLE de 1986, RO 1986 1791) une autorisation de séjour initiale ne pouvait être accordée qu'aux travailleurs ressortissants d'Etats de l'AELE et de l'Union européenne. Une exception à ce principe était admise uniquement s'agissant de personnel qualifié et pour autant que des motifs particuliers le

justifient. S'agissant de cuisiniers de spécialités, l'ODM a encore précisé qu'une exception n'était possible que pour des travailleurs qualifiés employés dans des restaurants de spécialités, soit des établissements proposant des mets étrangers (cuisine dite exotique) dont la préparation et la présentation nécessitaient des connaissances particulières, qui ne pouvaient pas être acquises en Suisse. Or, l'offre de C._____ ne remplissait pas cette condition et A._____ ne répondait pas aux critères spécifiques liés à la qualification de cuisinier de spécialités.

F.

A._____ a recouru contre la décision précitée par acte du 25 avril 2005, en concluant à l'approbation par l'ODM de la décision préalable cantonale du 20 juillet 2004 l'autorisant à exercer une activité lucrative. Le recourant a pour l'essentiel repris les arguments avancés dans les courriers des 21 octobre et 14 décembre 2004. Il a notamment insisté sur le fait que son employeur avait rapporté la preuve des démarches entreprises pour repourvoir le poste d'aide de cuisine et que lors de son engagement, personne ne désirait travailler dans la restauration. Au demeurant, travaillant depuis septembre 2002 au service du même employeur, en accord avec les autorités cantonales, il a indiqué être au bénéfice d'un droit acquis.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité intimée en a proposé le rejet dans sa réponse du 29 juin 2005.

Invité à formuler ses observations sur la réponse au recours de l'ODM, le recourant a persisté dans ses moyens et conclusions du 25 avril 2005, en précisant que son employeur avait repris l'exploitation de l'hôtel-restaurant D._____ et qu'il travaillait depuis lors pour ce nouvel établissement. Cela étant, vu la qualité de son travail, son salaire brut avait été augmenté dès le mois d'août 2005, passant de Fr. 3'600.- à Fr. 4'050.-. Enfin, le recourant a indiqué, subsidiairement, qu'il devait manifestement être exempté des mesures de limitation.

Par ordonnance du 1^{er} juin 2007, le Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF ou Tribunal) a imparti à A._____ un délai pour fournir tous renseignements et moyens de preuve utiles relatifs à sa situation actuelle en Suisse. Par courrier du 15 juin 2007, le prénommé a remis un écrit de son employeur établi le 12 juin 2007, attestant que bien qu'étant sans qualification et certificat, il avait su se « former sur le

tas », apprendre les subtilités de l'emploi d'aide de cuisine et qu'étant devenu semi qualifié, il était capable de remplacer le chef de cuisine. Il a également produit, le 24 septembre 2007, un contrat de travail d'une fabrique d'horlogerie employant son épouse à mi-temps en qualité de concierge et d'aide pour divers travaux d'atelier pour un salaire mensuel brut de Fr. 1'550.-.

Droit :

1.

1.1

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAf, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (ci-après le TAF ou le Tribunal), en vertu de l'art. 31 LTAf, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 et l'art. 34 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 TAF, qui statue définitivement (cf. art. 1 al. 2 LTAf en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

1.2 L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (aLSEE de 1931, RS 1 113), conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe, ainsi que celle de certaines ordonnances d'exécution (cf. art. 91 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]). Dès lors que la demande qui est l'objet de la présente procédure de recours a été déposée avant l'entrée en vigueur de la LEtr, l'ancien droit est applicable à la présente cause, conformément à la réglementation transitoire de l'art. 126 al. 1 LEtr.

1.3 Les recours pendants devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1^{er} janvier 2007 sont traitées par le TAF (dans la mesure où il est compétent) selon le nouveau droit de procédure (cf. art. 53 al. 2 phr. 2 LTAF).

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

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

2.

A teneur de l'art. 49 PA, le Tribunal administratif fédéral examine les décisions qui lui sont soumises avec un plein pouvoir de cognition. Le recourant peut invoquer non seulement le grief de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que celui de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais aussi le moyen de l'inopportunité. Il en découle que le Tribunal administratif fédéral n'a pas seulement à déterminer si la décision de l'administration respecte les règles de droit, mais également si elle constitue une solution adéquate eu égard aux faits (cf. ANDRÉ MOSER, in MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.59 ss). Dans sa décision, il prend en considération l'état de fait et, sous réserve du chiffre 1.2 ci-dessus, de droit régnant au moment où il statue (cf. ATF 129 II 215 consid. 1.2, publication partielle de l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.451/2002 du 28 mars 2003). Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral n'est en aucun cas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA). Il peut s'écarter des considérants juridiques de la décision attaquée aussi bien que des arguments des parties.

3.

A titre préliminaire, le TAF précise que la présente procédure ne concerne que la question de l'approbation d'une décision cantonale préalable relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative et non pas celle de l'octroi d'une exception aux mesures de limitation fondée sur l'art. 13 let. f aOLE. Cela étant, il convient de relever que par décision du 7 juillet 2004, le DFJP a confirmé la décision de l'Office

fédéral refusant d'exempter A._____ et sa famille des mesures de limitation. Cette décision qui n'a pas fait l'objet d'un recours est entrée en force.

4.

Les cantons 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. (art. 20 al. 1 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]). Conformément à l'art. 85 al. 2 OASA, les décisions préalables des autorités du marché du travail (art. 83) doivent être soumises à l'ODM pour approbation avant l'octroi notamment d'une autorisation de séjour avec activité lucrative. Ces dispositions correspondent, dans l'esprit, aux dispositions abrogées (art. 42 al. 5 et 51 aOLE).

Le recourant se prévaut de la décision préalable du 20 juillet 2004 du Service des arts et métiers et du travail du canton du Jura et indique que, dans le cadre d'une procédure d'approbation, l'Office fédéral ne devait pas intervenir sans raison majeure dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité cantonale. Ainsi, en refusant son approbation, l'Office fédéral aurait abusé de son pouvoir d'appréciation (cf. courrier du 14 décembre 2004, recours du 25 avril 2005 p.5). 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 effet aux cantons, respectivement à leurs offices de l'emploi, de statuer sur le refus initial d'une autorisation d'exercer une activité lucrative – le refus prononcé par l'autorité cantonale étant alors définitif – 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 (cf. ATF 127 II 49 consid. 3a, 120 Ib 6 consid. 2 et 3a, applicables mutatis mutandis aux nouvelles dispositions). L'ODM bénéficie d'une totale liberté d'appréciation, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger (art. 4 aLSEE). Il s'ensuit que, contrairement à ce qui est avancé dans le mémoire de recours, ni l'ODM ni le TAF ne sont liés par le prononcé de l'autorité cantonale jurassienne du marché de l'emploi et peuvent parfaitement s'écarter, dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette autorité dans sa décision préalable. Si

l'on peut comprendre que la procédure d'approbation ainsi définie ne répond pas à l'idée que s'en fait le recourant, il ne reste pas moins qu'elle correspond entièrement à la pratique constante, consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 127 loc. cit.), des autorités compétentes en la matière et qu'elle constitue une possibilité pour la Confédération d'opposer son veto à la décision cantonale. Aussi force est-il de constater que de ce point de vue, contrairement à ce qu'avance le recourant, l'ODM n'a ni violé le droit fédéral, ni abusé de son pouvoir d'appréciation.

5.

Ainsi, l'autorité cantonale du marché du travail transmet à l'ODM, pour approbation, ses décisions préalables relatives aux autorisations de séjour à l'année (en l'espèce, selon l'art. 14 aOLE). L'appréciation de cet office, qui n'est point limitée à des éléments déterminés, peut donc non seulement reposer sur des motifs liés à la situation personnelle du ressortissant étranger, mais aussi se référer à la politique du Conseil fédéral en matière de police des étrangers. Le fait de savoir si les conditions en vue de la délivrance d'une autorisation d'exercer une activité lucrative sont réunies dans un cas d'espèce s'apprécie avant tout par rapport à des critères qui relèvent du marché de l'emploi et de l'économie (cf. art. 7 et art. 8 aOLE).

5.1 L'art. 7 aOLE pose l'examen préalable des demandes de travail émanant des travailleurs indigènes – Suisses et ressortissants étrangers autorisés au sens des aliénas 2 et 3 de cette disposition – comme condition à la prise en considération de la requête d'un nouvel arrivant. Cet examen ne peut cependant avoir lieu abstraitement, par exemple en faisant simplement état d'une pénurie de personnel qualifié dans un secteur d'activité déterminé. Au contraire, il faut que, dans le cas individuel et concret, objet de la demande d'autorisation de travail, l'employeur désireux d'embaucher un nouvel arrivant ait procédé à des recherches actives sur le plan indigène et que celles-ci soient restées infructueuses (cf. art. 7 al. 4 aOLE). Dans cette hypothèse, il faut en outre que l'employeur prenne en compte les priorités dans le recrutement telles qu'elles ressortent des dispositions légales. 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.

5.2 La politique des autorités suisses - à l'égard des étrangers - visant à l'intégration de la Suisse dans son environnement européen et à la maîtrise des flux migratoires croissants du sud vers le nord et de l'est vers l'ouest et la nécessité de recourir à la main-d'œuvre étrangère tout en maintenant un rapport équilibré entre la population suisse et la population étrangère résidante ont conduit à un système binaire de recrutement des travailleurs qui ne sont pas indigènes au sens de l'art. 7 al. 2 aOLE. L'art. 8 al. 1 aOLE opère en effet une distinction entre les pays avec lesquels la Suisse a convenu de la libre circulation des personnes, à savoir les Etats parties à l'ALCP et les Etats de l'AELE, et ceux dont elle accueille les ressortissants de manière plus restrictive. Le concept de recrutement mis en place par cette dichotomie prévoit que, lorsque les employeurs ne trouvent pas en Suisse des travailleurs nationaux ou étrangers établis, habilités à exercer une activité lucrative, notamment parmi les personnes au chômage, ils doivent engager en priorité le personnel recherché d'abord parmi les citoyens de l'UE pouvant se prévaloir de l'ALCP et les ressortissants des Etats membre de l'AELE.

5.3 Ainsi, le recrutement des personnes originaires d'autres Etats que ceux mentionnés ci-dessus, venant exercer une activité pour la première fois en Suisse, ne peut en principe pas se faire (cf. art. 8 al. 1 aOLE). Les autorités fédérale et cantonale responsables du marché du travail peuvent toutefois déroger à ce principe, dans des cas particuliers et concrets, en faveur de personnes d'autres pays et admettre, conformément à l'art. 8 al. 3 let. a aOLE, des exceptions lorsqu'il s'agit de travailleurs qualifiés et que des motifs particuliers justifient une telle exception. Il est à noter que les conditions énoncées sont cumulatives (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 67.62 consid. 11.4 et références citées). Cette disposition n'est applicable qu'en faveur des spécialistes hautement qualifiés en prévision de l'emploi auquel ils se destinent et pour lesquels il est démontré qu'ils sont indispensables à une activité déterminée. De manière générale, les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux, soit sur la base d'un diplôme universitaire ou d'un diplôme d'une haute école spécialisée, soit par une formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ou grâce à un diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire, soit encore grâce à des 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. Du point de vue des motifs particuliers, le type d'entreprise ou d'activité peut justifier des exceptions. Cela pourra être le cas notamment pour des contrats de coopération (en matière de joint-venture par exemple), pour des transferts de cadres ou de spécialistes fondés sur des motifs de réciprocité ou également pour des raisons économiques ayant des conséquences durables pour le marché du travail suisse. Il importe par ailleurs de relever qu'une simple convenance de l'employeur ou une difficulté, plus ou moins notoire, de recrutement propre à une entreprise ne peuvent constituer, à elles seules, des motifs justifiant une dérogation au principe de la priorité dans le recrutement tel que défini ci-dessus (cf. JAAC 66.66 consid. 12). En effet, l'admission de ressortissants des Etats tiers n'est possible que si aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'espace ALCP/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question. Le recours prioritaire aux ressources du marché du travail suisse doit en effet permettre d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'emploi et de limiter, au minimum indispensable, l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers.

6.

En l'occurrence, il convient en premier lieu de rappeler que A._____ ne peut se prévaloir d'aucun droit à la délivrance d'un quelconque titre de séjour en Suisse. De plus, il est constant que l'intéressé, ressortissant de Bosnie et Herzégovine, en faveur duquel son employeur, C._____, a déposé une demande d'autorisation de séjour et de travail annuelle dans la perspective de son engagement en qualité d'aide de cuisine, n'est manifestement pas originaire d'un Etat membre de l'AELE ou partie à l'ALCP. Dans la mesure où se pose la question de l'octroi d'une première autorisation de ce type, il importe dès lors d'examiner si une exception au principe de la priorité dans le recrutement (cf. art. 8 al. 1 aOLE) peut être admise en application de l'art. 8 al. 3 let. a aOLE, aucune autre éventualité susceptible de justifier une telle exception, notamment en vertu de l'art. 8 al. 3 let. b aOLE, n'entrant ici en ligne de compte.

A cet égard, il y a lieu de noter que l'autorisation initiale mentionnée à l'art. 8 aOLE se rapporte à la notion de première activité de l'art. 7

aOLE. Or, A._____ n'a jamais été formellement autorisé par les autorités cantonales compétentes à prendre emploi, ni même à séjourner dans ce pays. La tolérance dont il a pu bénéficier en vertu des différentes procédures engagées (en matière d'asile et en matière d'exception aux mesures de limitation) est irrelevante à cet égard. En effet, à teneur de l'art. 3 al. 3 aLSEE, l'étranger qui ne possède pas de permis d'établissement ne peut prendre un emploi, et un employeur ne peut l'occuper, que si l'autorisation de séjour lui en donne la faculté. En outre, la permission d'exercer une activité lucrative fait partie de l'autorisation de séjour (cf. art. 3 al. 9 de l'ancien règlement d'exécution du 1^{er} mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers [aRSEE, RO 1949 I 232]). Il apparaît dès lors que la décision cantonale préalable relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative est purement théorique et n'a aucune portée réelle, en ce sens qu'elle n'est pas suffisante, à elle seule, pour permettre à l'étranger d'entrer sur le marché du travail. En l'occurrence, force est de constater que même si A._____ a effectivement débuté son activité auprès de son employeur avec l'assentiment des autorités cantonales, cela ne consistait qu'en une simple tolérance et ne saurait être considéré comme une autorisation formelle. Elle l'est d'autant moins que le canton ne doit octroyer l'autorisation que si l'ODM a donné son approbation, à défaut de quoi l'autorisation est de nul effet (cf. art. 19 al. 5 aRSEE). Aussi A._____ doit-il être tenu pour un nouvel arrivant au sens de l'ordonnance.

Il convient également de préciser que la notion de personnel qualifié de l'art. 8 aOLE ne se rapporte pas uniquement à la nécessité pour la personne concernée d'être apte à exercer la fonction que l'employeur entend lui attribuer, mais aussi, et surtout, au fait que cette personne doive justifier d'une qualification particulière (cf. supra consid. 5.3 in fine), dite qualification devant destiner, au surplus, l'intéressé au travail proposé par l'employeur.

7.

C'est le lieu ici d'observer que dans les « Directives et commentaires » de l'ODM se rapportant aux dispositions de fond applicables en l'espèce (ci-après: Directives aLSEE, disponibles en ligne sur le site de l'ODM : <http://www.bfm.admin.ch>, Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires > Archive Directives et commentaires [abrogé]; visité le 29 janvier 2008), et plus particulièrement dans l'annexe 4/8a de ce document, l'ODM précise sa pratique concernant

l'octroi d'une exception pour des motifs particuliers en faveur de personnel qualifié (cf. art. 8 al. 3 let. a aOLE) à différentes catégories de travailleurs potentiels, notamment pour les personnes travaillant dans l'hôtellerie et la restauration (cf. Directives aLSEE, Annexe 4/8a, ch. 491.11). A cet égard, le Tribunal administratif fédéral précise que selon la doctrine et la jurisprudence, les directives et circulaires de l'administration, si elles visent à assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure dont elles ne sont qu'une concrétisation. En d'autres termes, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence. Elles ne dispensent pas non plus l'administration de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3, 128 I 171 consid. 4.3, 121 II 478 consid. 2b ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 2^e éd., Berne 1994, p. 264ss).

7.1 En l'occurrence, force est de constater que les Directives aLSEE ne traitent pas nommément de la question des aides de cuisine ou employés de cuisine polyvalent. En effet, eu égard aux critères très restrictifs auxquels obéit l'application de l'art. 8 al. 3 let. a aOLE, on ne saurait raisonnablement admettre qu'une dérogation au principe de la priorité dans le recrutement puisse être tenue pour fondée lorsque le type d'emploi entrant en considération consiste en un poste d'aide de cuisine. A cet égard, force est de constater qu'une telle activité ne se situe ni à un niveau professionnel à ce point élevé qu'elle exige de son titulaire, en ce qui concerne l'aspect essentiel du travail censé être accompli par ce dernier, des connaissances spécialisées, ni ne relève d'un domaine nécessitant le recrutement de personnel hautement qualifié au sens de l'art. 8 al. 3 aOLE, quand bien même l'intéressé posséderait des qualités spécifiques aux yeux de son employeur potentiel. De ce point de vue, c'est de manière totalement justifiée que l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable cantonale en tant que A._____ exercerait une activité en qualité d'aide de cuisine, ainsi que le précise le recourant.

7.2 Dans l'hôtellerie et la restauration, seuls les cuisiniers de spécialités, originaires d'états tiers, situés hors de la zone ALCP/AELE, peuvent obtenir une exception à la priorité dans le recrutement selon le point 491.11 chiffres 1 et 2 de l'annexe 4/8a aux

Directives aLSEE, à condition que l'ensemble des critères suivants soit satisfait :

- l'établissement doit être un restaurant de spécialité qui suit une ligne cohérente et se distingue par la haute qualité de l'offre des services (les restaurants de spécialités proposent pour l'essentiel des mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières, qui ne peuvent être acquises dans notre pays);
- l'établissement doit disposer de quarante place au moins et l'effectif du personnel de l'établissement équivaut à cinq poste au moins ;
- la preuve doit être fournie que les efforts de recrutement requis ont été déployés en Suisse et dans les Etats membres de l'UE/AELE;
- le salaire doit correspondre au moins aux normes fixées dans la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés,
- le professionnel doit disposer d'une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (sept années, formation incluse).

En l'occurrence, force est de constater que plusieurs des conditions figurant dans les Directives aLSEE ne sont pas remplies. Le Tribunal administratif fédéral relève que le type d'emploi d'aide de cuisine ou d'employé semi-qualifié, occupé par A._____, ne permet pas d'obtenir en tant que tel une unité du contingent cantonal. En effet, il convient de préciser que A._____ ne peut se prévaloir d'aucune qualification particulière obtenue suite à une formation professionnelle ou des études supérieures, mais s'est formé « sur le tas » à C._____, puis à D._____ et que ce type d'établissements ne propose pas une cuisine de spécialité particulière (notamment la cuisine exotique), qui justifierait que le cuisinier vienne d'un pays étranger non membre de l'espace ALCP/AELE. De plus, même à supposer que l'intéressé remplisse les exigences relatives à la notion de personnel qualifié au sens décrit plus haut, il faudrait encore que des motifs particuliers justifient une exception, comme exigé par les conditions cumulatives de l'art. 8 al. 3 let. a aOLE. Or, en l'occurrence, les divers motifs invoqués à l'appui du recours – même s'ils sont

dignes d'intérêts – ne sauraient être qualifiés de particuliers, au sens des directives applicables en la matière, en ce sens qu'ils justifieraient une exception au principe de la priorité dans le recrutement. En effet, les arguments mis en avant par l'employeur de A._____ ne s'écartent en rien de ceux qu'invoque tout chef d'entreprise souhaitant engager un étranger dont il affirme qu'il est le seul à revêtir les qualités nécessaires à l'exercice de l'emploi en question. Quant aux arguments avancés en relation avec la situation personnelle particulière de l'intéressé et de sa famille, il convient de préciser ici que, compte tenu de sa place dans la systématique de l'ordonnance, l'art. 8 al. 3 let. a aOLE relève avant tout d'intérêts économiques liés au marché de l'emploi. Des intérêts relatifs à la situation personnelle de A._____ et de sa famille en Suisse ressortissent bien plus au cas personnel d'extrême gravité que de l'exception à la priorité dans le recrutement. A cet égard, le Tribunal administratif fédéral observe qu'en invoquant déjà des motifs semblables, l'intéressé s'est vu refuser, et à deux reprises, une exception aux mesures de limitation fondée sur l'art. 13 let. f aOLE, comme relevé précédemment.

C'est le lieu de rappeler ici que l'application de l'art. 8 al. 3 let. a aOLE, en relation avec l'art. 8 al. 1 aOLE, implique que les recherches d'un candidat soient, en cas d'insuccès sur le marché indigène, étendues aux pays traditionnels de recrutement. En l'espèce, si l'employeur a rapporté la preuve qu'il avait fait paraître des annonces dans la presse locale, il n'a cependant pas rapporté la preuve qu'il avait fait des efforts pour tenter de recruter dans l'espace ALCP/AELE, en particulier dans la zone frontalière proche. A cet égard, il convient d'observer encore que le fait qu'un employeur souhaite engager en priorité un travailleur qu'il connaît et en qui il a pleine confiance relève de la pure convenance personnelle et n'est pas déterminant dans le cadre de l'art. 8 aOLE. En effet, les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient accorder une dérogation sur la base de ce seul élément, sous peine de battre en brèche les règles gouvernant le marché du travail. Même si la recherche d'un employé, possédant toutes les qualités requises par l'employeur de A._____, peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès de candidats potentiels, de telles difficultés ne peuvent à elles seules justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé à l'art. 8 al. 1 aOLE.

8.

Compte tenu des considérants exposés ci-dessus, il appert que, par sa décision du 22 mars 2005, l'ODM n'a ni violé le droit fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète; en outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA).

9.

En conséquence, le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge du recourant, conformément à l'art. 63 al. 1 PA.

(dispositif page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 800.-, sont mis à la charge du recourant. Ce montant est compensé par l'avance de frais d'un même montant, versée le 25 mai 2005.

3.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Recommandé)
- à l'autorité inférieure, dossier ODM 2 040 353(Division marché du travail) et dossier ODM 1 588 926 (Division étrangers) en retour
- au Service de l'état civil et des habitants du canton du Jura, copie pour information, avec dossier cantonal en retour.

Le président du collège :

La greffière :

Blaise Vuille

Marie-Claire Sauterel

Expédition :