



---

Cour III  
C-1223/2006 ave/coo  
{T 0/2}

## **Arrêt du 26 novembre 2007**

---

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège),  
Blaise Vuille, Ruth Beutler, juges,  
Oliver Collaud, greffier.

---

Parties

1. **A.** \_\_\_\_\_,  
2. **B.** \_\_\_\_\_,  
tous les deux représentés par Me Yves Rausis, avocat,  
rue de Jargonnant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6,  
recourants,

contre

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

---

Objet

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

Décision de l'ODM du 12 juillet 2005

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

Agissant le 11 avril 2002 au nom de B.\_\_\_\_\_ et de sa soeur A.\_\_\_\_\_, Me Yves Rausis a sollicité pour cette dernière, ressortissante algérienne née le 2 avril 1946, l'octroi d'une autorisation de séjour dans le canton de Vaud afin qu'elle puisse vivre auprès de sa belle-sœur C.\_\_\_\_\_, épouse de B.\_\_\_\_\_, et la soutenir moralement dans la mesure où elle était atteinte dans sa santé psychique.

Par décision du 5 septembre 2002, le Service de la Population du canton de Vaud (ci-après : le SPOP-VD) a admis la requête de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ dans le cadre d'une autorisation de séjour pour rentiers (art. 34 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers [OLE, RS 823.21]), sous réserve de l'approbation de l'autorité fédérale compétente. Le 21 janvier 2003, l'ODM a refusé son approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour à l'intéressée, aussi bien sous l'angle de l'art. 34 OLE que sous celui de la caution de l'art. 36 OLE (autres étrangers sans activité lucrative), et a prononcé le renvoi de Suisse de la requérante. Par décision du 7 mai 2004, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a rejeté le recours dont B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ l'avaient saisi à l'endroit de la décision de l'ODM. Par arrêt du 17 juin 2004, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de droit administratif interjeté contre la décision du DFJP par les intéressés.

**B.**

Agissant le 17 septembre 2004 par l'entremise du mandataire susnommé, B.\_\_\_\_\_ a sollicité l'octroi d'une autorisation de séjour et de travail (art. 14 OLE) pour A.\_\_\_\_\_ qu'il désirait engager comme dame de compagnie auprès de son épouse, profondément atteinte dans sa santé depuis de nombreuses années.

Le 6 octobre 2004, le Service de l'emploi du canton de Vaud a donné suite à la demande de B.\_\_\_\_\_ du point de vue de la prise d'emploi, 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 quant à l'approbation de la

décision cantonale préalable relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative en tant que dame de compagnie de C.\_\_\_\_\_.

**C.**

Par courrier du 21 mars 2005 adressé à Me Yves Rausis, l'ODM a fait savoir, en substance, que les circonstances de l'espèce ne permettaient pas d'envisager une dérogation au principe de la priorité dans le recrutement des travailleurs 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 aux intéressés un délai pour lui transmettre leurs éventuelles observations. Dans cet écrit, l'office fédéral a plus particulièrement relevé que la requérante ne répondait pas aux conditions nécessaires pour se voir mettre au bénéfice d'une telle dérogation en tant que personnel apportant des soins aux personnes handicapées.

Agissant le 2 mai 2005 au nom de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_, leur mandataire a signifié à l'autorité leur opposition à un refus d'approbation, précisant entre autres que la demande d'autorisation de séjour se fondait sur des circonstances exceptionnelles liées à la personne même de C.\_\_\_\_\_, que l'activité envisagée par A.\_\_\_\_\_ constituait une activité de dame de compagnie, non de personnel apportant des soins, et que les liens qui unissaient les belles-sœurs s'inscrivaient tout particulièrement dans le champ d'application de l'art. 8 al. 3 OLE.

**D.**

Par décision du 12 juillet 2005, l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable cantonale du 6 octobre 2004 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative. A cette occasion, l'office a en particulier relevé que l'art. 14 OLE n'avait pas pour but de régulariser des situations humaines inextricables, mais de répondre à des motifs purement économiques et qu'en l'occurrence, les circonstances du cas d'espèce ne répondaient pas à plusieurs conditions régissant une exception au principe de la priorité des travailleurs provenant de l'UE et de l'AELE, que l'emploi proposé à l'intéressée soit considéré sous l'angle du personnel apportant des soins aux personnes handicapées ou sous l'angle d'une dame de compagnie.

**E.**

Agissant au nom de B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ par acte daté du 12

septembre 2005, Me Yves Rausis a saisi le DFJP d'un recours dirigé contre la décision de l'ODM du 12 juillet 2005. Concluant à l'approbation par l'ODM à l'octroi d'une autorisation de séjour à A.\_\_\_\_\_, les intéressés invoquent dans leur mémoire de recours une constatation inexacte des faits pertinents, une violation des principes de la sécurité du droit et de l'égalité de traitement ainsi qu'une violation du droit d'être entendu et du droit fédéral.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité intimée en a proposé le rejet dans sa réponse du 21 novembre 2005.

Invités à formuler leurs observations sur la réponse au recours de l'ODM, les recourants, agissant le 18 janvier 2006 par l'entremise de leur mandataire, ont, pour l'essentiel, persisté dans leurs moyens et conclusions du 12 septembre 2005.

## **Droit :**

### **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, 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 rendues par l'ODM en matière d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative peuvent être contestées devant le Tribunal administratif fédéral, conformément à l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE, RS 142.20). En l'occurrence, le recours devant le Tribunal fédéral n'étant pas recevable *ratione materiae* (cf. art. 83 let. c ch. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), le Tribunal administratif fédéral statue en dernière instance (cf. art. 1 al. 2 LTAF).

Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1<sup>er</sup> janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent (cf. art. 53 al. 2 phr. 1 LTAF). Ces affaires sont traitées 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 Tribunal administratif fédéral est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ ont qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA et art. 53 al. 4 OLE). 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 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 Tribunal administratif fédéral 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 directement celle de l'approbation à l'octroi éventuel d'un titre de séjour au sens étroit. Au demeurant, la compétence d'accorder une autorisation de séjour appartient aux seules autorités cantonales (cf. art. 15 LSEE en relation avec l'art. 51 OLE). Partant, les conclusions des recourants, en tant qu'elles tendent à l'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour, s'avèrent irrecevables.

**4.**

En ce qui concerne les griefs de violation du droit d'être entendu et de constatation inexacte de faits pertinents que B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ invoquent dans leur mémoire de recours, le Tribunal administratif fédéral observe qu'ils sont manifestement mal fondés et qu'il convient dès lors de les écarter.

**4.1** Les recourants affirment que l'ODM, en n'expliquant pas dans le cadre de l'instruction en première instance pour quels motifs il considérait que A.\_\_\_\_\_ exercerait la fonction de personnel apportant des soins aux personnes handicapées et non celle de dame de compagnie, a violé leur droit d'être entendu. Or, dans la décision entreprise, l'office fédéral a examiné les mérites du cas d'espèce sous les deux angles. Aussi appert-il manifestement que les reproches formulés par les recourants à propos d'une prétendue violation du droit d'être entendu sont inopérants.

Au demeurant, dans la mesure où l'ODM disposait, comme on le verra (cf. infra consid. 8.1), de suffisamment d'éléments pour trancher la question de savoir si A.\_\_\_\_\_ pouvait prétendre à une dérogation en tant que dame de compagnie, cet office pouvait se passer d'entendre B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ sur ce point spécifique. En effet, cette omission repose sur une appréciation anticipée des preuves, ce qui n'implique aucune violation du droit d'être entendu (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1, 119 Ib 492 consid. 5b/bb).

**4.2** Dans leur mémoire de recours, les intéressés soulèvent que l'ODM aurait constaté des faits pertinents de manière inexacte en considérant que A.\_\_\_\_\_ était appelée à remplir la fonction de personne chargée d'assister et de soigner une personne handicapée et non de dame de compagnie, tel qu'il était précisé dans la demande d'autorisation de séjour et de travail.

A teneur de l'art. 49 let. b PA, le recourant peut en effet invoquer la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Ainsi, seule la constatation relative à un fait pertinent est susceptible d'être critiquée. Pour qu'un fait soit pertinent, il ne suffit pas qu'il se rapporte de plus ou moins près à l'objet du litige; il faut qu'il influe sur la décision à prendre (cf. ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, tome II, Neuchâtel 1984, p. 910). Or, bien que l'emploi auquel A.\_\_\_\_\_ se destine constitue un fait pertinent au sens de ce qui précède, il n'est

en rien inexact de qualifier, du moins par analogie, le poste auquel B.\_\_\_\_\_ destine sa sS ur comme étant celui d'une personne appelée à fournir des soins à une personne handicapée. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la prise d'emploi de la recourante auprès de son frère est avant tout motivée par l'état de santé psychique de C.\_\_\_\_\_. Au surplus, le Tribunal administratif fédéral rappelle que dans la décision entreprise, l'ODM a examiné la prise d'emploi envisagée par A.\_\_\_\_\_ tant sous l'angle d'une dame de compagnie que sous celui de personnel apportant des soins auprès d'une personne handicapée.

## 5.

Les autorités cantonales de police des étrangers sont compétentes en matière d'octroi et de prolongation d'autorisations. Elles ne peuvent délivrer des autorisations à des étrangers exerçant une activité lucrative qu'au vu de la décision préalable ou de l'avis de l'office de l'emploi. Est réservée l'approbation de l'ODM (art. 51 OLE).

Il résulte de la révision partielle de l'OLE du 23 mai 2001, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 parallèlement 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 (ci-après: ALCP, RS 0.142.112.681), que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail relatives aux autorisations de séjour à l'année selon l'art. 14 OLE et aux autorisations de séjour de courte durée selon l'art. 20 OLE sont également sujettes à l'approbation de l'ODM (cf. art. 42 al. 5 OLE).

Les recourants soutiennent que la décision du Service de l'emploi du canton de Vaud constitue la décision administrative déterminante et que la procédure d'approbation fédérale ne doit pas permettre à "l'appréciation de l'office fédéral de se substituer purement et simplement à celle de l'autorité cantonale", mais de s'assurer que les buts visés par l'ordonnance (cf. art. 1 OLE) sont respectés. 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 (cf. art. 42 al. 4 OLE en relation avec l'art. 18 al. 1 LSEE) 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. art. 42 al. 5 OLE ; ATF 127 II 49 consid. 3a, 120 Ib 6 consid. 2 et 3a). L'ODM bénéficie d'une totale liberté d'appréciation, dans le cadre des prescriptions légales et des traités avec l'étranger (art. 4 LSEE). Il s'ensuit que, contrairement à ce qui est avancé dans le mémoire de recours, ni l'ODM ni le Tribunal administratif fédéral ne sont liés par le prononcé de l'autorité cantonale vaudoise 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 font les recourants, 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, contrairement à ce qu'avancent les recourants, de ce point de vue, l'ODM, n'a violé ni le droit fédéral ni le principe de la sécurité du droit, respectivement de l'exigence de base légale suffisante.

## **6.**

Ainsi, l'art. 42 al. 5 OLE prévoit que l'autorité cantonale du marché du travail transmet à l'ODM, pour approbation, ses décisions préalables relatives aux autorisations de séjour à l'année selon l'art. 14 OLE et aux autorisations de courte durée selon l'art. 20 OLE. L'appréciation de cet office, qui, conformément à la teneur de l'art. 42 al. 5 OLE, 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 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 OLE).

**6.1** L'art. 7 OLE pose l'examen préalable des demandes de travail émanant des travailleurs indigènes Suisses et ressortissants étrangers autorisés au sens des aliénas deux et trois 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 OLE). 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.

**6.2** La politique actuelle des autorités suisses à l'égard des étrangers a pour objectifs principaux l'intégration de la Suisse dans son environnement européen et la maîtrise des flux migratoires croissants du sud vers le nord et de l'est vers l'ouest. Cette volonté d'intégration 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 résidente ont ainsi conduit à un système binaire de recrutement des travailleurs qui ne sont pas indigènes au sens de l'art. 7 al. 2 OLE. L'art. 8 al. 1 OLE tant dans son ancienne teneur que dans celle entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002 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. En restreignant de manière conséquente l'immigration en provenance des pays situés hors de la zone ALCP/AELE aux travailleurs qualifiés, l'accès au marché de l'emploi pourra ainsi intervenir en fonction des intérêts économiques globaux et de manière accrue en fonction des objectifs supérieurs en matière de politique d'intégration de la Suisse dans son environnement économique naturel. Cette restriction est légitimée, de l'avis du Conseil fédéral, par les liens contractuels, politiques et économiques étroits que la Suisse entretient avec les

Etats membres de l'UE et de l'AELE, et ce même antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ALCP au 1<sup>er</sup> juin 2002.

**6.3** 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 OLE). 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 OLE, 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 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.

## 7.

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'intéressée, ressortissant algérienne, en faveur de laquelle son frère, B.\_\_\_\_\_, a déposé une demande d'autorisation de séjour et de travail annuelle dans la perspective de son engagement en qualité de dame de compagnie, n'est manifestement pas originaire d'un Etat membre de l'AELE ou parti à 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 OLE) peut être admise en application de l'art. 8 al. 3 let. a OLE, aucune autre éventualité susceptible de justifier une telle exception, notamment en vertu de l'art. 8 al. 3 let. b OLE, 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 OLE se rapporte à la notion de première activité de l'art. 7 OLE. Or, A.\_\_\_\_\_ n'a jamais été formellement autorisée par les autorités cantonales compétentes à prendre emploi, ni même à séjourner dans ce pays. La tolérance dont elle a pu bénéficier en vertu des différentes procédures engagée est irrelevante à cet égard. En effet, à teneur de l'art. 3 al. 3 LSEE, 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 du règlement d'exécution du 1<sup>er</sup> mars 1949 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers [RSEE, RS 142.201]). 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 C.\_\_\_\_\_ avec l'assentiment des autorités cantonales, cela ne consistait qu'en une simple tolérance et ne saurait être considéré comme une autorisation formelle. Cela 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 RSEE). Aussi A.\_\_\_\_\_ doit-elle être tenue pour une nouvelle arrivante au sens de l'ordonnance.

Il convient également de préciser que la notion de personnel qualifié de l'art. 8 OLE 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. 6.3 in fine), dite qualification devant destiner, au surplus, l'intéressé au travail proposé par l'employeur.

## **8.**

C'est le lieu ici d'observer que dans ses "Directives et commentaires: Entrée, séjour et marché du travail (Directives LSEE)" (disponible en ligne sur le site de l'ODM : <http://www.bfm.admin.ch>, Thèmes > Bases légales > Directives et commentaires ; visité le 1<sup>er</sup> novembre 2007), 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 OLE) à différentes catégories de travailleurs potentiels, notamment le personnel de maison et de soins aux personnes handicapées (cf. Directives LSEE, Annexe 4/8a, ch. 491.18). 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<sup>e</sup> éd., Berne 1994, p. 264ss).

**8.1** En l'occurrence, force est de constater que les Directives LSEE ne traitent pas nommément de la question des dames de compagnie. En

effet, eu égard aux critères très restrictifs auxquels obéit l'application de l'art. 8 al. 3 let. a OLE, 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 de dame de compagnie. 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 d'un personnel hautement qualifié au sens de l'art. 8 al. 3 OLE, 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 de dame de compagnie, ainsi que le soutiennent les recourants.

**8.2** Néanmoins, compte tenu du contexte paramédical dans lequel s'inscrit la demande d'autorisation de séjour et de travail en faveur de A.\_\_\_\_\_, on ne saurait exclure que l'emploi auquel se destine la recourante excède celui d'une simple dame de compagnie. En effet, tel qu'il ressort des écritures des recourants, le fait que la présence de l'intéressée auprès de sa belle-sœur contribue à améliorer l'état de santé psychique de cette dernière revêt un aspect essentiel.

Bien que C.\_\_\_\_\_ ne puisse être qualifiée de personne handicapée au sens étroit du terme, il convient toutefois, par analogie, d'examiner la présente affaire, mutatis mutandis, à la lumière des conditions posées dans les Directives LSEE à l'égard du personnel appelé à fournir des soins à une personne handicapée.

**8.2.1** Une exception à la priorité dans le recrutement en faveur de personnel soignant originaire hors de la zone ALCP/AELE est possible, selon le point 491.18, chiffre 3, de l'annexe 4/8a aux Directives LSEE, à condition que l'ensemble des critères suivants soit satisfait :

- certificat médical attestant que la personne handicapée est tributaire d'une prise en charge et de soins permanents et qu'aucune autre solution n'est envisageable;

- attestation selon laquelle le logement de la personne handicapée permet, par sa grandeur et son équipement, de loger le soignant;
- preuve que les efforts de recrutement requis ont été déployés en Suisse et dans les Etats membres de l'UE/AELE;
- formation de deux ans au moins dans le domaine des soins;
- expérience professionnelle spécifique de deux ans au moins;
- preuve que le soignant réside depuis deux ans au moins de manière régulière dans l'un des pays membres de l'UE/AELE.

Ainsi, selon la pratique de l'autorité intimée, dans l'hypothèse où toutes les conditions cumulatives énumérées ci-dessus sont remplies, une exception à la priorité dans le recrutement peut être envisagée, quand bien même les circonstances du cas ne répondent pas, dans l'absolu, aux exigences générales qui prévalent dans le cadre de l'art. 8 al. 3 let. a OLE. Or, dans le cas d'espèce, aucun motif particulier ne justifie que le Tribunal de céans s'écarte de cette pratique, au risque de créer une inégalité de traitement.

**8.2.2** En l'occurrence, force est de constater que plusieurs des conditions établies dans les Directives LSEE ne sont pas remplies. Plus particulièrement, le Tribunal administratif fédéral relève que les recourants n'ont aucunement avancé de moyens de preuve tendant à démontrer que B.\_\_\_\_\_ aurait déployé des efforts pour recruter en Suisse ou dans l'espace ALCP/AELE. Les arguments qu'ils avancent afin de valider leur opinion selon laquelle un tel recrutement n'est pas possible dans le cas d'espèce, seule A.\_\_\_\_\_ bénéficiant de la confiance nécessaire pour travailler auprès de C.\_\_\_\_\_, ne sauraient être retenus dans le cadre de l'application de l'art. 8 al. 3 let. a OLE. En effet, de tels arguments relèvent uniquement de la convenance personnelle et, par ailleurs, tendraient plutôt à démontrer, compte tenu en particulier de l'échec de la précédente procédure introduite (cf. consid. A supra), qu'en réalité, les intéressés cherchent, par tous les moyens, à obtenir un titre de séjour pour A.\_\_\_\_\_ afin de lui permettre de vivre dans le foyer de son frère. Or, l'institution de l'art. 8 al. 3 let. a OLE n'a pas pour but de permettre un regroupement familial que le droit en vigueur n'autorise pas par ailleurs. De plus, des liens proches qu'un employeur peut entretenir avec une personne qu'il souhaite engager ne sont pas à même de justifier que l'on renonce à

ce qu'un effort de recrutement soit entreprise dans les pays de recrutement traditionnels tels qu'ils sont définis par l'OLE.

Il convient également de relever que même si A.\_\_\_\_\_ qui s'est occupée au quotidien de ses parents pendant les dernières années de leur vie peut se prévaloir de nombreuses années d'expérience dans la garde de personnes nécessitant de l'assistance, on ne saurait pour autant en déduire qu'elle bénéficie des qualifications lui permettant de venir en aide, en déployant une activité lucrative, à une personne souffrant de troubles psychiques qui nécessite, par sa nature, une qualification particulière qui peut acquise soit à travers une formation professionnelle, soit par de longues années d'expérience spécifique. Quand bien même la présence de l'intéressée auprès de C.\_\_\_\_\_ a une effet bénéfique sur l'état de santé de cette dernière, ainsi qu'en atteste le médecin qui la suit, le Tribunal administratif fédéral observe que ce phénomène doit être mis en relation avec les liens affectifs qui lient les belles-surs et non avec les qualités professionnelles de A.\_\_\_\_\_.

**8.2.3** Il appert ainsi que les circonstances d'espèce ne répondent pas aux critères de la pratique des autorités en matière de dérogation au principe de la priorité dans le recrutement pour le personnel appelé à apporter des soins aux personnes handicapées, emploi auquel celui que B.\_\_\_\_\_ souhaite confier à A.\_\_\_\_\_ doit être assimilé.

**8.3** Il convient encore de préciser que d'un point de vue général, A.\_\_\_\_\_ ne peut se prévaloir, dans le cadre de l'art. 8 al. 3 let. a OLE, d'aucune qualification particulière obtenue suite à une formation professionnelle ou des études supérieures. De plus, même à supposer que l'intéressée 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 OLE. 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, justifiant une exception au principe de la priorité dans le recrutement. En effet, les arguments mis en avant par B.\_\_\_\_\_ ne s'écarterent en rien de ceux qu'invoque tout employeur 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 les situations

personnelles particulières des intéressés, il convient de préciser ici que, compte tenu de sa place dans la systématique de l'ordonnance, l'art. 8 al. 3 let. a OLE relève avant tout d'intérêts économiques liés au marché de l'emploi. Des intérêts relatifs à la relation privilégiée existant entre A.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ ressortissent bien plus du regroupement familial ou du 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 des motifs semblables, l'intéressée s'est vue refuser l'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour fondée notamment sur l'art. 36 OLE, par décision sur recours du Département fédéral de justice et police du 7 mai 2004.

Au reste, même si l'on devait conclure qu'il puisse être difficile pour B.\_\_\_\_\_ de trouver une personne répondant à ses attentes, il n'a toutefois pas été en mesure de fournir une explication tant soit plausible, à l'exception de la convenance personnelle évoquée ci-dessus, en relation avec l'impossibilité de trouver dans un délai raisonnable un employé compétent. A cet égard, force est de constater qu'il n'a apporté aucune preuve concernant d'éventuelles recherches en Suisse ou dans l'espace ALCP/AELE. C'est le lieu de rappeler ici que l'application de l'art. 8 al. 3 let. a OLE, en relation avec l'art. 8 al. 1 OLE, implique que les recherches d'un candidat soient, en cas d'insuccès sur le marché indigène, étendues aux pays traditionnels de recrutement. 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 OLE. 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 B.\_\_\_\_\_, 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 OLE.

## 9.

Dans leur mémoire de recours, les intéressés allèguent encore, sans avancer ni proposer de moyens de preuve à cet égard, une inégalité de traitement par rapport à certains requérants d'asile déboutés qui

auraient obtenu, après s'être vus refuser une exception aux mesures de limitation (cf. art. 13 let. f OLE), une autorisation de séjour fondée sur les art. 14 ou 20 OLE en relation avec l'art. 8 al. 3 let. a OLE.

Une décision viole le principe de l'égalité de traitement (art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2, 129 I 113 condi. 5.1).

A cet égard, le Tribunal administratif fédéral observe à titre liminaire que, même si elles n'ont pas à proprement parler la charge de la preuve des faits (cf. ATF 115 V 133 consid. 8a), les parties sont néanmoins tenues de collaborer à la recherche des preuves, conformément à l'art. 13 PA. En particulier, il incombe au recourant, lorsque les preuves font défaut ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, et lorsqu'il attend un avantage de la décision, de fournir, en vertu de la règle générale sur le fardeau de la preuve inscrite à l'art. 8 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), les preuves de son droit, à défaut de quoi il en supporte les conséquences (cf. ATF 125 V 193 consid. 2, 122 II 382 consid. 4c/cc, 114 la 1 consid. 8c, 112 Ib 65 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.240/2000 du 14 août 2000 consid. 3a ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 69.52 consid. 3.2 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2002, p. 260 ; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 929 ; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 419). Or, ainsi que relevé ci-devant, les recourants n'ont fourni en l'occurrence aucune indication permettant au Tribunal administratif fédéral de se façonner une image de la similitude du cas de A.\_\_\_\_\_ d'avec ceux des requérants d'asile déboutés qu'ils évoquent.

En statuant dans le cas d'espèce, il s'agit d'examiner si les conditions de l'approbation fédérale à la décision préalable cantonale d'exercer une activité lucrative sont données, ce qui dépend des circonstances

de chaque cas d'espèce. Or, même si les personnes auxquelles les recourants se réfèrent dans leur mémoire de recours avaient bénéficié d'un traitement non conforme à la lettre et à l'esprit de l'art. 8 al. 3 let. a OLE, nul ne saurait invoquer le principe de l'égalité de traitement pour bénéficier d'une faveur illégalement accordée à un tiers. Un droit à l'égalité dans l'illégalité est néanmoins reconnu à certaines conditions cumulatives. Ainsi faut-il, entre autres, que l'on puisse attendre de l'autorité compétente qu'elle persistera dans l'inobservance de la loi (ATF 127 II 113 consid. 9, 126 II 106 consid. 5c ; Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 2004 442). Or, il a été démontré que par la décision entreprise, l'ODM avait appliqué correctement la loi, respectivement le droit et qu'il n'y pas de raison de penser que sa pratique, ancrée dans les Directives LSEE, n'est pas constante.

Finalement, il convient encore de préciser qu'il s'agit en police des étrangers d'un domaine où il est très difficile de faire des comparaisons, les particularités du cas d'espèce étant déterminantes dans l'appréciation, de sorte que le moyen invoqué apparaît mal fondé (cf. par analogie arrêt du Tribunal fédéral 2A.199/2006 du 2 août 2006).

#### **10.**

Compte tenu des considérants exposés ci-dessus, il appert que, par sa décision du 12 juillet 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).

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 de la recourante, conformément à l'art. 63 al. 1 PA.

**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. 700.--, sont mis à la charge des recourants. Ce montant est compensé par l'avance de frais d'un même montant, versée le 7 octobre 2005.

**3.**

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (recommandé AR)
- à l'autorité inférieure, dossier ODM 20405613 (Division marché du travail) et dossier ODM 1 977 255 (Division étrangers) en retour.

La présidente du collège :

Le greffier :

Elena Avenati-Carpani

Oliver Collaud

Expédition :