

# **BVGer C-1228/2006 vom 6. Mai 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-05-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1228\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1228_2006)

FR: TAF C-1228/2006 du 6 mai 2008

IT: TAF C-1228/2006 del 6 maggio 2008

## **Regeste**

Travailleurs étrangers

## **Erwägungen**

### **E. 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, 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 et 5 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Les recours pendants devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services des recours des départements au 1er janvier 2007 sont traités par le TAF (dans la mesure où il est compétent) selon le nouveau droit de procédure (cf. art. 53 al. 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).

### **E. 1.2**

L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a entraîné l'abrogation de l'aLSEE, conformément à l'art. 125 LEtr, en relation avec le chiffre I de son annexe, de son règlement d'exécution du 1er mars 1949 (aRSEE, RO 1949 I 232), ainsi que de certaines de ses ordonnances d'exécution, telle notamment l'aOLE, conformément à l'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 (matériel) est applicable à la présente cause, conformément à la réglementation transitoire de l'art. 126 al. 1 LEtr. En revanche, conformément à la réglementation transitoire de l'art. 126 al. 2 LEtr, la procédure relative aux demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la LEtr, le 1er janvier 2008, est régie par le nouveau droit.

### **E. 1.3**

A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (cf. art. 48 PA). Présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, son recours est recevable (cf. art. 50 et art. 52 PA).

## **E. 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, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours, 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), sous réserve du considérant 1.2 supra. 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.

## **E. 3**

Il convient de relever en préambule que A. \_\_\_\_\_ a précédemment travaillé en Suisse dans le cadre d'une autorisation de séjour octroyée en application de l'art. 7 al. 1 aLSEE, à la suite de son mariage avec une ressortissante suisse. Séparé, puis divorcé de son épouse, la prolongation de son autorisation de séjour lui a ensuite été refusée et son renvoi de Suisse prononcé par une décision définitive du DFJP du 30 janvier 2006. Dans cette situation, la demande de prise d'emploi qu'il a déposée le 31 mai 2006, constituait ainsi une nouvelle demande d'autorisation de travail sur contingent au sens des art. 6, 7, 8, 9 et 12 aOLE. Le Tribunal constate certes que, conformément à l'art. 12 al. 2 aOLE, les nombres maximums ne sont pas valables pour les personnes qui ont reçu une autorisation de séjour selon les art. 3 al. 1 let c ou 38 aOLE. Dès lors que A. \_\_\_\_\_ avait initialement obtenu une autorisation de séjour en application de l'art. 7 al. 1 aLSEE et que, en sa qualité de membre étranger de la famille de ressortissants suisses au sens de l'art. 3 al. 1 let c et de l'art. 3 al. 1 bis let. a aOLE, il bénéficiait d'une application limitée de l'aOLE, on peut se demander si l'ODM n'aurait pas dû refuser d'entrer en matière sur la demande d'approbation de la décision préalable relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative, au motif que l'intéressé n'était pas soumis aux nombres maximums et qu'il ne pouvait donc pas solliciter une autorisation de travail sur contingent. Cette question peut toutefois demeurer indécise, dès lors que le recours doit de toute façon être rejeté pour les motifs qui seront exposés ci-après.

### **E. 4.1**

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 OASA). 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).

### **E. 4.2**

Conformément à l'art. 42 al. 5 aOLE, 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 aOLE et aux autorisations de courte durée selon l'art. 20 aOLE. L'appréciation de cet office, qui, conformément à la teneur de l'art. 42 al. 5 aOLE, 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).

#### **E. 4.3**

L'art. 7 aOLE dispose que, lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une première activité, priorité sera donnée aux travailleurs indigènes et aux demandeurs d'emploi se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler. Une exception au principe de la priorité est prévue à l'art. 7 al. 1 in fine aOLE, soit lorsque l'employeur ne trouve pas un travailleur indigène ou résidant ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE/AELE, capable et désireux d'occuper le poste aux conditions de travail et de rémunération usuelles de la branche et du lieu. Dans cette hypothèse, l'art. 7 al. 4 aOLE dispose que l'employeur est tenu, sur demande, de prouver qu'il a fait tous les efforts possibles pour trouver un travailleur sur le marché indigène et au sein de l'UE/AELE (let. a), qu'il a signalé la vacance du poste en question à l'office de l'emploi compétent et que celui-ci n'a pas pu trouver un candidat dans un délai raisonnable (let. b) et qu'enfin, pour le poste en question, il ne peut pas former ou faire former dans un délai raisonnable un travailleur disponible sur le marché du travail (let. c). L'art. 7 aOLE pose ainsi 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 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.

#### **E. 4.4**

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'oeuvre 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 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 de l'UE et 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'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) et les ressortissants des Etats membres 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 1er juin 2002.

#### **E. 4.5**

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. Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4642/2007 du 7 décembre 2007 consid. 3.3 et jurisprudence citée). 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. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération/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.

## **E. 5**

En l'occurrence, A. \_\_\_\_\_ ne peut se prévaloir d'aucun droit à la délivrance d'un quelconque titre de séjour en Suisse. De plus, ressortissant du Kosovo, il n'est manifestement pas originaire d'un Etat membre de l'AELE ou partie à ALCP. Dans la mesure où se pose la question de l'octroi d'une première autorisation de travail sur contingent au sens de l'art. 14 aOLE, il importe 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.

### **E. 6.1**

S'agissant d'abord du grief soulevé par le recourant à l'égard du vice de forme affectant la décision attaquée (soit le fait qu'elle soit partiellement rédigée en italien), il s'impose de constater que les motifs de cette décision sont pour l'essentiel rédigés en français et que le contenu du recours démontre que le recourant a parfaitement pu saisir les raisons pour lesquelles l'autorité intimée avait considéré qu'il ne remplissait pas les conditions d'une dérogation aux mesures de limitation et notamment aux dispositions des art. 7 et 8 aOLE. Dans ces circonstances, le Tribunal considère que ce seul vice de forme n'est pas de nature à justifier l'annulation de ce prononcé.

### **E. 6.2**

S'agissant des arguments de fond, le Tribunal ne remet pas en cause les aptitudes de A. \_\_\_\_\_ à occuper le poste de peintre en bâtiment que l'entreprise C. \_\_\_\_\_ souhaite le voir occuper. Il se doit de souligner toutefois que la notion de personnel qualifié de l'art. 8 al. 3 let. a aOLE ne se rapporte pas uniquement à la nécessité pour la personne concernée d'être apte à exercer la fonction que son employeur entend lui attribuer, mais aussi et surtout au fait que cette personne présente une qualification particulière en ce sens qu'elle bénéficie, par exemple d'un diplôme ou d'une formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience (JAAC 66.66 consid. 12), ladite qualification devant destiner l'intéressé au travail proposé par son employeur. Cela étant, eu égard aux critères très restrictifs auxquels obéit 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 pour un poste de peintre en bâtiment, comme celui proposé au recourant. L'activité devant lui être confiée ne se situe pas à un niveau professionnel à ce point élevé qu'elle exige de son titulaire 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 let. a aOLE et cela nonobstant l'expérience professionnelle acquise en Suisse par A. \_\_\_\_\_. Indépendamment de ce qui précède et même à supposer que le recourant remplisse les conditions relatives à la notion de personnel qualifié au sens décrit plus haut, il faudrait encore que des motifs particuliers justifient une exception comme l'exige l'art. 8 al. 3 let. a aOLE. Or, les motifs invoqués dans le cas d'espèce, soit pour l'essentiel les qualités professionnelles du recourant, ne sauraient être qualifiées de particuliers au sens de la disposition précitée. Les arguments précités sont en effet ceux de tout employeur désireux d'engager un étranger qu'il estime avoir les qualités nécessaires à l'exercice de l'emploi proposé. Sur un autre plan, force est de constater que l'entreprise C. \_\_\_\_\_ n'a ni allégué, ni a fortiori démontré,

qu'elle aurait entrepris de vaines démarches pour engager un peintre en bâtiment sur le marché local, ni qu'elle avait, en cas d'insuccès sur ce plan, étendu ses recherches à des candidats ayant le profil requis en provenance d'un des pays de l'UE ou de l'AELE. Cela étant, le fait que l'employeur souhaite en priorité engager un employé qu'il connaît et en qui il a pleine confiance relève de la convenance personnelle. Les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient toutefois accorder une dérogation sur la base de cet élément, sous peine de battre en brèche les règles régissant le marché de l'emploi.

### **E. 6.3**

Il s'impose de souligner enfin que les arguments avancés par le recourant sous la lettre b de son recours (arguments liés à la durée de son séjour en Suisse, à son intégration et à son comportement) sont sans pertinence pour la présente cause. Contrairement à ce que semble accroire le recourant, l'objet du présent litige ne porte en effet pas directement sur "l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année", mais se trouve restreint au seul examen du bien fondé de la décision de l'ODM du 16 octobre 2006 portant sur l'approbation d'une décision cantonale préalable relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative. Les arguments portant sur la durée de son séjour en Suisse et les attaches créées avec ce pays ont d'ailleurs déjà été examinés dans le cadre de la procédure que le recourant avait précédemment introduite en vue de la prolongation de son autorisation de séjour après la séparation d'avec son ex-épouse suisse, procédure qui a été définitivement close par la décision du DFJP du 30 janvier 2006.

### **E. 7**

Il résulte de ce qui précède que la demande d'autorisation de travail déposée par l'entreprise C.\_\_\_\_\_ en faveur de A.\_\_\_\_\_ ne remplit pas les conditions d'une dérogation au principe de priorité dans le recrutement posé par l'art. 8 aOLE et que c'est donc à bon droit que l'ODM a refusé son approbation à la décision cantonale préalable de l'Office cantonal genevois de la main d'oeuvre étrangère. Le recours est en conséquence rejeté. Compte tenu de l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge du recourant (cf. art. 63 al 1 PA et art. 1 à 3 du règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). dispositif page 14

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.