

GE_GERICHTE ATA/123/2013 vom 26. Februar 2013

GE Cour de justice, 2013-02-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_123_2013

FR: GE_GERICHTE ATA/123/2013 du 26 février 2013

IT: GE_GERICHTE ATA/123/2013 del 26 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

La juridiction administrative ne connaît pas l'institution du recours joint (P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème édit., 2011, p. 809 ; B. BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 422-423 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 886). La partie qui entend contester une décision doit le faire dans le délai de recours (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_738/2012 du 27 novembre 2012 consid. 1.2, relatif à l'art. 100 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110). La partie qui n'a pas agi durant le délai légal de recours n'a plus la faculté de prendre des conclusions indépendantes, elle ne peut proposer que l'irrecevabilité ou le rejet, en tout ou partie du recours (ATF 124 V 335 consid. 1 p. 155 ; Arrêts du Tribunal fédéral 9C_58/2012 du 8 juin 2012 consid. 1.2 ; 9C_320/2011 du 28 février 2012 consid. 2).

En l'espèce, l'OCIRT a, dans ses observations du 21 juin 2012, conclu à la constatation que le recours de la société n'a pas d'effet suspensif et que M. B_____ ne soit pas autorisé à exercer une activité lucrative. Ladite conclusion déposée au-delà du délai de recours est irrecevable (ATA/754/2012 du

E. 6

L'art. 20 LEtr instaure le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des Etats tiers (FF 2002 3536). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Selon l'art. 20 al. 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), 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 de l'OASA (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 6.1 ; C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1).

E. 7

Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un

- 9/16 - A/1241/2011 Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). L'admission

de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté (FF 2002 3537). 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 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 consid. 6.3 précité).

La limitation ne s'applique pas aux cadres, aux spécialistes ou aux autres travailleurs qualifiés (art. 23 al. 1 LEtr). Des dérogations à l'art. 23 al. 1 et 2 LEtr sont prévues par l'al. 3 de cette même disposition pour certaines catégories de travailleurs.

a. Selon le message précité du Conseil fédéral, la référence aux « autres travailleurs qualifiés » (art. 23 al. 1 LEtr) devrait notamment permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte des exigences du marché de l'emploi que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, cela pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger concerné ne puissent être trouvées parmi la main-d'œuvre résidente au sens de l'art. 21 LEtr. Il demeure toutefois que le statut du séjour durable reste réservé à la main-d'œuvre très qualifiée et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait les connaissances spéciales et les qualifications requises (FF 2002 3540).

b. Peuvent profiter de la dérogation de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr des travailleurs moins qualifiés, mais qui disposent de connaissances et de capacités spécialisées indispensables à l'accomplissement de certaines activités, par exemple le travail du cirque, le nettoyage et l'entretien d'installations spéciales ou la construction de tunnels. Il doit toutefois s'agir d'activités ne pouvant pas, ou alors de manière insuffisante, être exécutées par un travailleur indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (FF 2002 3541).

E. 8

L'OASA ne précise pas directement les art. 18 ss LEtr, à l'exception de la question des contingents, réglée aux art. 18a ss OASA, en particulier l'art. 22 OASA concernant les ressortissants de pays non européens (ATA/69/2012 du 31 janvier 2012).

a. L'autorité de décision dispose d'une latitude de jugement pour les notions juridiques indéterminées telles que celle de qualifications personnelles (art. 23 LEtr). Pour leur interprétation, les autorités compétentes peuvent s'inspirer des directives de l'ODM.

b. Ledit office a en effet édicté des directives d'application de la LEtr et de l'OASA. Selon la directive I.4 « Séjour avec activité lucrative »

(<http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisung>

- 10/16 - A/1241/2011

en_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf), lors de l'appréciation du cas, il convient de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer ; il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers (ch. I.4.3.1). Les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène (au sens de l'art. 21 al. 2 LEtr) ou ressortissant de l'espace UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question (ch. I.4.3.2).

S'agissant des qualifications professionnelles, les directives de l'ODM sont très détaillées. Le ch. I.4.7.9.1 de la directive précitée concerne spécifiquement les cuisiniers de spécialités exotiques, et les établissements qui demandent à en employer. Ceux-ci doivent être uniquement les restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services et 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 (ch. I.4.7.9.1.1 let. a). L'employeur démontre qu'il a déployé tous les efforts de recherches possibles (ch. I.4.7.9.1.1 let. b).

S'agissant du cuisinier lui-même, une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse) doivent être prouvées. Faute de diplôme, une attestation du ministère du travail de l'Etat étranger concerné indiquant que les qualifications professionnelles sont suffisantes doit être transmise (ch. I.4.7.9.1.2).

E. 9

En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021 ; ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées).

Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles sont susceptibles d'apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_422/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3). Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/12/2012 du

E. 10

En l'espèce, il sied d'examiner si les conditions cumulatives de dérogation à la priorité de recrutement sont réalisées. Il convient de préciser d'emblée qu'aucune dérogation prévue aux art. 26 à 53 OASA ne trouve application.

E. 11

La recourante soutient avoir accompli toutes recherches utiles pour pourvoir au poste de chef cuisinier mis au concours.

Elle admet avoir requis le 19 janvier 2011 une autorisation de séjour en faveur de M. B_____ au lendemain de son annonce à l'OCE d'une offre d'emploi dont, d'après les pièces du dossier, le profil se confond avec les compétences de M. B_____, et après plusieurs recherches infructueuses. Suite à l'annonce de l'offre d'emploi, l'OCE a présenté deux candidats qui ont été refusés par la recourante en raison respectivement du fait qu'un candidat « préparait de la cuisine coréenne » et « ne parlait pas chinois » et que l'autre était une femme et n'avait pas assez de connaissances et d'expérience dans la cuisine gastronomique chinoise. Les exigences liées à la maîtrise du chinois et au sexe des candidats ne sont pas recevables. Le restaurant concerné est en effet implanté à Genève, ville francophone, sa clientèle est internationale, son personnel ne parle pas exclusivement

chinois et l'approvisionnement en produits utilisés est en partie local. La recourante n'a pas démontré non plus en quoi un chef de cuisine de sexe féminin ne pourrait pas occuper ce poste. Le choix de critères aussi peu pertinents liés au sexe ou à la maîtrise de la langue chinoise pour le poste mis au concours apparaît de surcroît en contradiction avec la difficulté alléguée par la recourante de trouver un chef dans le domaine de la cuisine chinoise.

Il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LETr et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3). La recourante a produit devant la chambre de céans trois postulations de personnes intéressées par le poste. Elle a également fourni deux coupures de presse concernant son annonce en Suisse et un échange de courriels avec une agence de Pôle Emploi International en France. Elle n'a cependant pas démontré qu'elle avait indiqué à l'OCE ou à Pôle Emploi International, comme il lui incombait de le faire, que ses recherches devaient être étendues sur l'ensemble des pays de l'UE/AELE par le biais d'une annonce dans le réseau électronique European Employment System (EURES) qui assiste les employeurs souhaitant recruter des travailleurs dans les Etats UE/AELE (FF 2002 3538 ; http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/themen/arbeits/nicht-eu_efta-12/16-A/1241/2011_angehoerige/grundlagen_zur_arbeitsmarktzulassung.html et <http://www.europe-education-formation.fr/europass-eures.php>).

Les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient accorder une dérogation à l'art. 21 al. 1 LETr sur la base de difficultés de recruter la personne correspondant au profil recherché, sous peine de battre en brèche les règles régissant le marché de l'emploi. Même si la recherche d'un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l'employeur peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l'art. 21 al. 1 LETr (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 5.3 précité ; C-8717/2010 précité).

Il découle de ce qui précède que l'employeur n'a pas démontré avoir respecté l'ordre de priorité dans le recrutement au sens de l'art. 21 al. 1 LETr. C'est donc à juste titre que le TAPI a confirmé le refus de l'OCIRT d'octroyer une autorisation d'exercice d'une activité lucrative par M. B_____.

E. 12

La recourante soutient ensuite que M. B_____ remplit les conditions de qualifications personnelles au sens de l'art. 23 LETr. D'après elle, l'intéressé possède un degré de qualification, de compétence et d'expérience professionnelle élevé.

L'ODM, au ch. I.4.3.4 de sa directive précitée, précise que les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux : diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; 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 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.1 précité).

En l'espèce, M. B_____ ne dispose pas d'une formation universitaire ou obtenue auprès d'une haute école spécialisée. D'après le dossier, il a un certificat de qualification de profession comme maître cuisinier de la cuisine chinoise délivré après un apprentissage dans deux restaurants gastronomiques en Chine, en qualité respectivement d'employé de cuisine et de sous-chef cuisinier. Il a passé son examen de chef cuisinier en septembre 2008 et a reçu l'autorisation d'exercer une activité de courte durée auprès de la recourante à partir de février 2009. Dans ces circonstances, la société ne saurait à l'évidence se prévaloir de qualifications

- 13/16 - A/1241/2011 professionnelles à ce point exceptionnelles de M. B_____ ou reposant sur une expérience telle qu'elles puissent compenser l'absence d'une formation supérieure. Quant aux connaissances de la langue chinoise de l'intéressé, même si elles peuvent représenter un atout, en premier lieu pour la recourante, elles ne sauraient à elles seules justifier que l'OCIRT s'écarte de la pratique restrictive en ce domaine, au vue de toutes les circonstances du cas d'espèce.

Il découle de ce qui précède que les qualifications personnelles de M. B_____, titulaire d'un certificat de qualification de profession, n'ont pas été établies à satisfaction de droit par la recourante (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.2 précité). Pour ce motif également, c'est à juste titre que le TAPI a confirmé le refus de l'OCIRT d'octroyer une autorisation d'exercice d'une activité lucrative en faveur de M. B_____.

Sur ce point, l'application stricte des directives de l'ODM correspond également à la ratio legis de l'art. 23 LEtr, et ne saurait dès lors prêter le flanc à la critique.

Au surplus, la bonne intégration de M. B_____ invoquée par la recourante n'est pas déterminante dans le cadre de la demande litigieuse.

E. 13

Selon l'OCIRT, l'exiguïté des contingents des autorisations de séjour ne permet pas de reconnaître l'intérêt de la demande de la recourante.

Le contingent attribué au canton est obligatoire. Un canton ne peut par conséquent pas aller au-delà du nombre annuel qui a été octroyé par le Conseil fédéral. Une fois les nombres maximums atteints, aucune autorisation de séjour ne peut plus être délivrée. L'autorité doit ainsi rendre une décision de refus, à moins que le contingent fédéral ne puisse être mis à contribution ou que les conditions d'une exception aux mesures de limitation ne soient réalisées (M. S. NGUYEN, Droit public des étrangers, Présence, activité économique et statut politique, 2003, p. 205).

Pour les années 2011, 2012 et 2013, pertinentes en l'espèce, le contingent annuel accordé au canton de Genève est de 116 autorisations de séjour permettant l'exercice d'une activité lucrative à l'année (annexe 2 ch. 1 let. a de l'OASA). Ce contingent devant être réparti entre plusieurs branches de l'économie (ch. I.4.7 de la directive précitée de l'ODM), la pratique des autorités est restrictive dans l'appréciation des demandes qui leur sont soumises. La jurisprudence admet que, pour l'attribution d'une unité du contingent, la fonction du travailleur étranger est déterminante, notamment pour des personnes appelées à créer ou à

diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.1 précité), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

- 14/16 - A/1241/2011

La recourante soutient qu'une exception aux mesures de limitation est réalisée. Elle n'a néanmoins pas démontré à satisfaction de droit en quoi les conditions cumulatives des art. 18 à 25 LEtr étaient réunies pour une autorisation contingentée d'exercice d'une activité lucrative.

E. 14

Par surabondance, la recourante ne pouvait pas ignorer qu'en lui délivrant une autorisation de courte durée non contingentée, l'OCIRT lui laissait un délai, en l'espèce de deux ans, lui permettant de trouver un employé répondant aux conditions de limitation de l'art. 21 LEtr ou de le former. Le manque de temps pour assurer une telle formation en raison d'un sous-effectif tombe donc à faux. Pour le Conseil fédéral, en cas de besoin avéré, la délivrance d'une autorisation à des ressortissants d'Etats tiers peut être assortie de la condition, pour l'employeur, de créer des places de formation. Au vu de l'importance des places de formation, la possibilité de fixer une telle condition est utile et opportune (FF 2002 3539). La recourante aurait dû ainsi anticiper la fin de l'autorisation de courte durée de son employé en formant sa relève.

E. 15

En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.

E. 16

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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