

GE_GERICHTE ATA/1592/2017 vom 12. Dezember 2017

GE Cour de justice, 2017-12-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1592_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/1592/2017 du 12 décembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/1592/2017 del 12 dicembre 2017

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) a. La chambre de céans examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATA/359/2017 du 28 mars 2017 consid. 2 et l'arrêt cité).

b. Selon l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir non seulement les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), mais aussi toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

c. La jurisprudence a précisé que les lettres a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/359/2017 précité consid. 3b ; ATA/1059/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3b et les nombreux arrêts cités).

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_892/2011 du 17 mars 2012 consid. 1.2 ; 1B_201/2010 du 1er juillet 2010 consid. 2). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 137 I 296 consid. 4.2 ; 136 II 101 consid. 1.1 ; ATA/286/2016 du 5 avril 2016 consid. 3b).

- 13/30 - A/729/2016

d. En l'espèce, M. B_____ a expliqué en audience le 30 mars 2017 qu'il avait vendu sa pharmacie, tout en restant le pharmacien responsable. Compte tenu de la vente de la Pharmacie C_____, il est douteux que M. B_____, en son nom propre, puisse faire valoir un intérêt digne de protection à voir la décision de l'OCIRT du 4 février 2016 annulée. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant cette question au vu de ce qui suit.

En effet et quand bien même Mme A_____ n'est pas la destinataire de la décision de l'OCIRT du 4 février 2016, force est de constater qu'elle est directement touchée par son contenu, puisque l'autorité intimée lui refuse une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative pour travailler auprès de de la Pharmacie C_____. Elle est également directement concernée par la décision du 28 janvier 2016 prise par l'OCPM ordonnant son renvoi. Il découle de cette analyse que Mme A_____ dispose d'un intérêt personnel digne de protection, au sens de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, à voir les deux décisions précitées annulées. Les autorités intimées ne le contestent d'ailleurs pas.

Son recours est donc recevable.

Il convient dès lors d'entrer en matière sur le recours. 3)

Les recourants sollicitent l'audition du responsable de Pharmapro et demandent à ce que soit identifiée et entendue la collaboratrice de l'assurance-chômage ayant recommandé la collaboratrice non conservée fin 2015.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1 ; 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_119/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.1 ; ATA/1469/2017 du 14 novembre 2017 consid. 2b).

b. En l'espèce, la chambre de céans a procédé à l'audition des parties ainsi qu'à celle de huit témoins. Ces différentes auditions ont permis à la chambre administrative de réunir les derniers éléments pertinents à propos de la plateforme internet Pharmapro, si bien qu'il n'est pas nécessaire de convoquer une nouvelle fois le responsable de ce site pour plus d'informations, étant en outre précisé que, selon son courrier du 6 janvier 2017, il réside au Brésil. S'agissant de

- 14/30 - A/729/2016 l'identification et l'audition de la collaboratrice de l'OCE, l'OCIRT ne conteste pas que M. B _____ a engagé une personne, qui s'est révélée inapte au poste, sur recommandation de la collaboratrice de l'OCE, si bien qu'il n'est pas utile de procéder à ces actes d'instruction.

La chambre de céans dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause sur les questions juridiques soulevées.

Les dernières requêtes de mesures d'instruction seront par conséquent écartées. 4)

Le litige porte sur le refus de l'OCIRT d'accorder à Mme A _____ une autorisation de séjour à l'année, permis B, avec activité lucrative, suite à la requête de M. B _____. Il porte également sur la conséquence de ce refus sur le droit de séjour de Mme A _____ en Suisse. 5)

Dans un premier grief, les recourants considèrent que le TAPI a violé leur droit d'être entendus en ne procédant pas aux mesures d'instructions requises.

a. La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 138 I 97 consid. 4.16.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_533/2012 du 12 septembre 2013 consid. 2.1 ; ATA/262/2017 du 7 mars 2017 consid. 18c). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 et la jurisprudence citée) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement

inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; ATA/666/2015 du 23 juin 2015 consid. 2b et les arrêts cités). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/425/2017 du 11 avril 2017 consid. 2c).

b. En l'espèce, la chambre administrative, qui dispose du même pouvoir de cognition que le TAPI (art. 61 al. 1 et 2 LPA), a tenu deux audiences de comparution personnelle des parties et d'enquêtes respectivement les 9 février et

E. 30

mars 2017, si bien qu'en tout état de cause, l'éventuelle violation de leur droit d'être entendus aurait été réparée par-devant la chambre de céans.

Par ailleurs et comme relevé ci-dessus, il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres actes d'instructions en plus de ceux déjà diligentés.

Le grief sera écarté.

- 15/30 - A/729/2016 6)

La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA). 7)

De nationalité marocaine, la recourante ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), ni de celles de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (RS 0.632.31). Conformément à l'art. 2 al. 1 à 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), son admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée en Suisse est donc régie par les art. 18 et ss. LEtr et par les dispositions d'exécution 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 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du

E. 31

mars 2016 consid. 3 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 3 ; ATA/421/2017 du 11 avril 2017 consid. 2).

Par voie de conséquence, la recourante ne peut revendiquer aucun droit à exercer une activité lucrative en Suisse. De même, M. B_____ ne dispose d'aucun droit à engager la prénommée en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (arrêt du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 précité consid. 3). 8) a. Selon l'art. 11 al. 1 LEtr, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour ; il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé.

b. L'art. 18 LEtr prévoit qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions cumulatives suivantes : son admission sert les intérêts

économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies (let. c ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4b ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015 consid. 4b).

Cet article étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3b ; ATA/401/2016 du 10 mai 2016 ; ATA/86/2014 du 12 février 2014).

c. La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail. Il s'agit, d'une part des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de

- 16/30 - A/729/2016 problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consi. 5.1 ; ATA/1018/2017 précité consid. 4c ; ATA/24/2015 précité ; Marc SPESCHA/ Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2ème éd., 2015, p. 173 et ss ; art. 23 al. 3 LEtr ; ATA/1018/2017 précité consid. 4c). 9)

En vertu de l'art. 21 al. 1 LEtr, 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 État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé.

Il ressort de cet alinéa que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à des qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, spéc. p. 3537 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et la jurisprudence citée ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 5a ; ATA/494/2017 précité). Il s'ensuit que 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; 2011/1 consid. 6.3 ; ATA/1018/2017 précité consid. 5a et les arrêts cités). 10) a. En dérogation à l'al. 1, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de son perfectionnement en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21 al. 3 LEtr).

Dans ce cas, l'employeur ne devra notamment plus démontrer qu'il n'a pu trouver une personne correspondant au profil requis en dépit de ses recherches (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 précité consid. 5.3.2 ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2, Loi sur les étrangers, 2017, p. 171 n. 23).

b. Ainsi que l'a exposé le secrétariat d'État au migration (ci-après : SEM) dans ses directives (Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état le 3 juillet 2017 [ci-après : directives LEtr]) relatives à l'application de l'art. 21 al. 3 LEtr, cette réglementation permet, notamment, aux entreprises suisses et aux milieux académiques suisses de recruter des spécialistes

- 17/30 - A/729/2016 qui ont terminé avec succès leurs études en Suisse et qui sont bien ou hautement qualifiés. À cet effet, les diplômés d'une haute école suisse (principalement les hautes écoles universitaires et les hautes écoles spécialisées) sont admis provisoirement en Suisse au terme de leurs études pour une durée de six mois (non prolongeable) afin de leur permettre de trouver un emploi qualifié. La réglementation du séjour d'une durée de six mois à des fins de recherche d'un emploi relève de la compétence cantonale. Pour qu'un étranger ayant accompli sa formation en Suisse puisse s'en prévaloir et obtenir ainsi une dérogation à l'ordre de priorité défini à l'art. 21 al. 1 LEtr, il faut que cet étranger soit appelé à exercer une activité lucrative dans un domaine où il peut mettre en pratique à haut niveau les connaissances acquises et où il n'existe effectivement pas d'offre de main d'œuvre suffisante. Il s'agit, en règle générale, d'activités dans les domaines de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou encore pour mettre en application le savoir-faire acquis dans les domaines d'activités qui revêtent un intérêt économique prépondérant (directives LEtr, ch. 4.4.6 et 5.1.3). Cela peut être aussi le cas lorsque l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse (directives LEtr ch. 4.4.6 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.2 ; C-5602/2013 du 2 février 2015 consid. 6 ; C-857/2013 consid. 7.2 ; C-674/2011 du 2 mai 2012 consid. 6.3.1). Dans l'esprit du législateur, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation. Cette précision garantit que ce régime particulier ne s'applique que lorsqu'il y a effectivement pénurie de travailleurs dans un certain domaine de spécialité (par exemple informaticiens, médecins, enseignants ou encore infirmiers diplômés) et que des personnes au chômage établies en Suisse ou provenant des pays de l'UE ou de l'AELE ne peuvent accomplir cette activité (Rapport de la Commission des institutions publiques du Conseil national du 5 novembre 2009 relatif à l'initiative parlementaire visant à faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse ; FF 2010 373 ch. 3.1 p. 384 ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, op. cit., p. 172 n. 26).

c. Pour ce qui est des qualifications personnelles, l'art. 23 LEtr prévoit que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe être admis au bénéfice d'une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1) et qu'en cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social (al. 2).

La référence aux « autres travailleurs qualifiés » devrait 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

- 18/30 - A/729/2016 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 (Marc SPESCHA in Marc SPESCHA/Hanspeter THÜR/Andreas ZÜND/Peter

BOLZLI/Constantin HRUSCHKA, Migrationsrecht, 4ème édition, 2015, p. 99 ch. 1 ad art. 23 LEtr). Il reste toutefois que le statut de courte durée, comme celui 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 (Message LEtr, ch. 2.4.2 p. 3540, ad art. 23 du projet de loi). C'est ainsi que l'admission sera, en principe, refusée pour des postes ne requérant aucune formation particulière (Lisa OTT, in Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/ Daniela TURNHERR [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerrinnen un Ausländer, 2010, pp. 179/180 ch. 6 ad art. 23 LEtr). À noter encore que la demande saisonnière ou propre à certaines branches en main d'œuvre peu qualifiée ne suffit pas à réaliser le critère de la qualification personnelle, sous réserve de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr (Marc SPESCHA, op. cit., ibidem).

d. En dérogation aux deux premiers alinéas de l'art. 23 LEtr, peuvent être admis les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (art. 23 al. 3 let. a LEtr), les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif (let. b), les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin (let. c), les cadres transférés par des entreprises actives au plan international (let. d) et les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (let. e).

Peuvent se réclamer de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr les 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 un ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE (Message LEtr ch. 2.4.2 p. 3541 ad art. 23 du projet de loi [dérogations ; al. 3] ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 précité consid. 5.4.2 ; ATA/1018/2017 précité consid. 6b ; ATA/24/2015 précité consid. 8c ; ATA/450/2014 du 17 juin 2014).

Les qualifications personnelles en question constituent une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de jugement (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 précité consid. 5.4.2 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 8.4 ; C-8717/2010 consid. 7.4). 11) Selon l'art. 22 du règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006 (RPS - K 3 02.01), toute personne qui veut exercer la profession de pharmacien à

- 19/30 - A/729/2016 titre indépendant, ou à titre dépendant sous sa propre responsabilité, doit être titulaire du diplôme fédéral de pharmacien ou d'un diplôme reconnu en vertu du droit fédéral.

L'exercice de la profession d'assistant-pharmacien est réservé aux personnes qui satisfont aux exigences du droit fédéral en cette matière ou en possession du master de pharmacien ou d'un titre jugé équivalent (art. 38 al. 1 RPS). 12) En l'espèce, la recourante est arrivée en Suisse le 17 août 2009 afin d'entamer des études universitaires en sciences pharmaceutiques. Elle a d'abord obtenu son baccalauréat universitaire en sciences pharmaceutiques en 2012, puis sa maîtrise universitaire en pharmacie, ainsi que son diplôme fédéral de pharmacienne en 2014, soit cinq ans après son arrivée.

Postérieurement à sa maîtrise universitaire en pharmacie, l'intéressée a suivi la formation post-graduée de la PMU et suit actuellement la formation intitulée « cercles de qualité 2016 » sous l'égide de pharmaSuisse.

Elle est depuis le 6 janvier 2016 autorisée à exercer la profession de pharmacienne dans le canton de Genève. 13) Les enquêtes ont permis d'établir plusieurs faits.

a. La définition actuelle du métier de pharmacien : plusieurs témoins ont insisté sur la définition du métier de pharmacien et du pharmacien adjoint, son évolution actuelle et le rôle de leur métier dans la problématique des coûts de la santé en Suisse.

Ainsi, M. F_____, de l'association genevoise des pharmaciens indépendants, a indiqué qu'il était totalement erroné de voir le rôle du pharmacien comme celui d'un épicier qui se limite à la seule délivrance de médicaments. L'essentiel du métier de pharmacien adjoint consistait en son expertise pharmaceutique des ordonnances médicales et dans le conseil à la clientèle, surtout pour les questions d'automédication. Une étude démontrait que 75 % des urgences hospitalières étaient évitées quand il existait un réseau de pharmacies denses.

Mme I_____ a précisé que le métier de pharmacien était en pleine mutation. Son avenir résidait dans les prestations pharmaceutiques. D'ores et déjà, des vaccins pouvaient être faits en pharmacie tout comme des tests de bilan sanguin. Elle a précisé que selon pharmaSuisse, une grande partie des médicaments serait, aux environs de 2018, disponibles dans des grandes surfaces telles que Migros et Coop. Ne resteraient pour les pharmacies que les prestations pharmaceutiques. Les pharmaciens avaient ainsi un rôle majeur dans l'aide à la compliance, dans la maîtrise des coûts de la santé publique et dans la promotion de la santé.

- 20/30 - A/729/2016

b. L'avenir du métier de pharmacien : le président de l'association des pharmaciens a relevé que la situation actuelle était compliquée par la modification de la LPMéd.

M. F_____ a détaillé que, « dans le courant probablement 2017, il [allait] être exigé du pharmacien responsable une nouvelle formation post-universitaire, que Berne annon[çait] très lourde ». En l'état de ses informations, il s'agirait d'un équivalent de trois mois à temps complet. Il existait un risque de pénurie sur les pharmaciens responsables à cause de la formation à venir. Le témoin a insisté sur la distinction entre les exigences de la LPMed qui ne concernaient que les pharmaciens responsables, y compris en cas de remplacement maternité, et l'obligation de formation continue « FPH » des pharmaciens adjoints. Il a précisé qu'il existait une pression qui allait grandissante à obliger les pharmaciens à suivre des formations post-universitaires, ce qui allait poser un problème de recrutement. Actuellement, il n'existait pas d'obligation de formation continue, ce qui permettait à n'importe quel pharmacien européen ou qui n'aurait plus travaillé depuis quelques années d'être réengagé.

Le site de l'office fédéral de la santé publique confirme que la seconde mise en vigueur des modifications de la loi, effective dès le 1er janvier 2018, concerne notamment les aspects relatifs à l'enregistrement, l'introduction de l'obligation de titre postgrade fédéral pour les pharmaciens, le remplacement de l'expression « à titre indépendant » par « à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle » ou encore des améliorations du registre. En conséquence, suite à la révision de la loi, les pharmaciens qui demandent une autorisation de pratiquer au sens de la LPMéd auront besoin d'un titre

postgrade fédéral en pharmacie d'officine ou hospitalière. Ils seront ainsi mis sur un pied d'égalité avec les médecins exerçant à titre économique privé. Les conditions auxquelles devra répondre un diplôme pour pouvoir être inscrit seront les suivantes : premièrement, que le diplôme autorise, dans le pays où il a été délivré, à exercer la profession sous surveillance professionnelle et, deuxièmement, pour les pharmaciens, que le diplôme repose sur une formation d'au moins cinq ans ou quatre mille cinq cents heures d'enseignement théorique et pratique dans une université ou haute école d'un niveau reconnu comme équivalent (<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/berufe-im-gesundheitswesen/medizinalberufe/teilrevision-des-bundesgesetzes>, consulté le 8 décembre 2017).

c. L'importance de la titularité d'un diplôme suisse : les témoins ont insisté sur l'importance pour les pharmacies d'avoir du personnel au bénéfice d'un diplôme suisse avec les connaissances du système de santé helvétique.

Selon M. F_____, ce qui était actuellement recherché, c'était des pharmaciens diplômés qui avaient des compétences dans trois domaines, soit les médicaments suisses, les préparations et dans le système de santé suisse. Le

- 21/30 - A/729/2016 témoin a précisé qu'actuellement, les pharmaciens n'avaient pas suffisamment de choix parmi les collaborateurs suisses et qu'ils étaient obligés de se tourner vers des pharmaciens européens. Toutefois, le nom des médicaments, même les principaux, n'étaient pas identiques aux suisses. Les pharmaciens européens n'étaient pas forcément préparés à devoir faire des préparations magistrales, à l'instar des confrères français. Il était ainsi capital d'avoir des collaborateurs possédant ces trois compétences.

Les particularités du système de santé suisse ont été reprises par Mme L_____, laquelle a indiqué que, pour un pharmacien responsable, le critère déterminant à l'embauche était la titularité d'un diplôme fédéral suisse. Elle avait reçu beaucoup de curriculum vitae en provenance de la France. Ce n'était pas la même conception de la pharmacie. Les pharmaciens français étaient excellents sur la vente, mais le suivi du patient ou sa prise en charge n'était pas satisfaisant. Avoir une formation complémentaire était un plus qui faisait la différence. Son titulaire était beaucoup plus à l'aise, notamment avec les médecins et avec certaines populations (à Genève : HPR, les migrants). C'était cette personne qu'elle choisirait.

De même Mme N_____ a précisé que plusieurs pharmaciens responsables lui avaient indiqué que le premier critère d'engagement était d'avoir fait ses études en Suisse, le second d'être au bénéfice de formations complémentaires.

L'importance de la titularité de titres suisses était confirmée par M. R_____ lequel a expliqué que les pharmacies cherchaient des titulaires d'un diplôme fédéral suisse. Une personne au bénéfice d'un certificat étranger nécessitait d'être suivie pendant un certain temps. Il avait une collègue au bénéfice d'un diplôme étranger : les noms des médicaments étaient différents et elle ne faisait toujours pas toutes les préparations.

d. L'importance et la rareté de la formation post-graduée de la PMU, suivie postérieurement à sa maîtrise universitaire en pharmacie par l'intéressée.

Selon M. F_____, sur le marché romand, seules dix à vingt personnes avaient la formation PMU. Elle n'existait que depuis dix ans environ et seules deux personnes par année pouvaient en bénéficier. « Si je devais chiffrer, je considérerais que rien que la formation

PMU met Mme A_____ dans les 5 % "supérieurs du panier" ». Le témoin a précisé que cette formation avait été mise au point par le monde professionnel. Grâce à elle, la Suisse était à la pointe au niveau européen. D'ici quelques années, elle devrait être très recherchée, ce d'autant plus que très peu de monde pouvait en bénéficier.

La recourante a par ailleurs déclaré, sans être contredite, que grâce à sa formation PMU, elle pouvait faire bénéficier son employeur d'une prestation très particulière, à savoir l'entretien motivationnel. Cela concernait le suivi des

- 22/30 - A/729/2016 traitements des patients chroniques (qui prennent plus de trois médicaments et sur plus de trois mois). Cette prestation était suffisamment importante aujourd'hui pour qu'elle soit remboursée par les caisses maladie. Si tout pharmacien pouvait faire un entretien motivationnel, seuls ceux au bénéfice de la formation PMU maîtrisaient le programme de suivi « SISPHA ». Seules quelques pharmacies à Genève le maîtrisaient. Un tel programme était l'avenir. Il était avéré en matière d'oncologie et de HIV et une étude est en cours pour les patients souffrant de diabète type 2. La PMU était une institution reconnue pour être à la pointe en Suisse pour ce type de développement. Le centre communautaire de pharmacie de la PMU consacrait environ un tiers de son activité à la recherche.

Le certificat de travail du 4 janvier 2016 émis par la PMU et figurant au dossier est par ailleurs élogieux. Au cours de son activité, et grâce aux nombreux colloques et formations internes auxquels elle avait pris part, l'intéressée a acquis de l'expérience et de la pratique dans un environnement ambulatoire, académique et interdisciplinaire dans les domaines des connaissances des médicaments spécifiques à la patientèle de la pharmacie, des interactions avec les médecins, d'utilisation de bases de données médicamenteuses et d'outils d'aide à la gestion d'interactions, de techniques de communication basée sur une approche de type entretien motivationnel. Il ressort également de ce document que la recourante dispose d'une conscience professionnelle et d'une bonne gestion du stress. Collaboratrice volontaire, elle possède de bonnes capacités de communication, qui lui ont permis d'accompagner au mieux les patients. Son travail a donné entière satisfaction. De nature aimable, positive, solidaire et diplomate, elle a entretenu de bonnes relations de travail avec l'ensemble de ses collègues et partenaires professionnels. Collaboratrice fiable et respectueuse, elle a bénéficié de la confiance de ses responsables hiérarchiques et les patients ont apprécié ses capacités d'écoute ainsi que son attitude empathique.

e. L'importance de la formation des « cercles de qualité ».

En sus de la PMU, la recourante a commencé en 2016 la formation intitulée « cercles de qualité 2016 » sous l'égide de pharmaSuisse. Cette formation a notamment pour objectif d'améliorer et sécuriser la prescription médicamenteuse. L'intéressée est dans sa dernière année de formation qui en compte deux.

De l'avis de Mme L_____, les cercles de qualité étaient clairement un plus. Engager quelqu'un au bénéfice de cette formation lui permettrait, par exemple, de remplacer le pharmacien responsable. Selon Mme N_____, la formation cercles de qualité était recherchée. Les anciens pharmaciens ou pharmaciens plus âgés ne la possédaient pas. Mme P_____ a précisé que les cercles de qualité étaient peu connus sur Genève. Tant elle-même que la recourante faisaient, en sus des cercles de qualité, une formation continue pour les développer sur Genève. Les résultats des cercles de qualité étaient reconnus par le monde universitaire et les

- 23/30 - A/729/2016 expériences sur Vaud et Fribourg étaient bonnes. À Genève, c'était même les médecins eux-mêmes qui avaient sollicité les pharmaciens pour les développer.

f. La rareté du cumul des deux formations post-grade de la recourante : le président de l'association des pharmaciens indépendants a déclaré qu'il ne connaissait que la recourante qui les cumule. Selon Mme I_____, la formation PMU et celle des cercles de qualité sont une plus-value pour la profession. C'est exactement ce qu'un pharmacien responsable recherche lorsqu'il doit engager. Mme N_____ a confirmé que cumuler le PMU et les cercles de qualité était rare. C'était à son avis très recherché si c'était mis correctement en valeur ce qu'a confirmé M. R_____.

Mme I_____ a précisé que dans le contexte de la très prochaine vente des médicaments par des grandes surfaces, les compléments de formation de Mme A_____ étaient indispensables. Actuellement, il était rare de trouver des gens qui s'impliquaient et s'investissaient dans ce type de formations continues lesquelles coûtaient de l'argent, du temps et la volonté d'apprendre et de servir.

g. L'utilité de la formation suivie à la PMU et des cercles de qualité en lien avec les modifications de la LPMed.

Selon les témoins, les formations dont bénéficie la recourante sont d'autant plus importantes dans le cadre de la prochaine formation exigée par LPMéd, ce que le président de l'association des pharmaciens a dûment relevé. Les cercles de qualité et la formation PMU répondraient aux nouvelles exigences de la LPMed. Selon M. F_____, il serait logique que la formation PMU puisse être reconnue et, par exemple, raccourcir le nombre d'heures exigé, étant rappelé que selon le témoin il existe un risque de pénurie sur les pharmaciens responsables à cause de la formation à venir.

h. La pénurie de pharmaciens formés en Suisse : contrairement à ce qu'a retenu le TAPI, il doit être considéré qu'il y a pénurie de pharmaciens au bénéfice d'une formation suisse. Il doit de même être retenu que l'engagement de personnel européen pour des postes de pharmacien responsable et de pharmacien adjoint génère des difficultés pour les pharmacies de recruter du personnel compétent quand bien même de nombreuses offres par du personnel européen existe. Le cas des assistants en pharmacie n'était pas pertinent dans le cas d'espèce.

Selon M. F_____, il y a un risque d'assèchement du marché des pharmaciens responsables. Le témoin a précisé qu'il y avait clairement pénurie de pharmaciens suisses avec la formation adaptée aux besoins des pharmacies, à savoir répondant aux trois critères précités. À Genève, il existait toutefois la possibilité de recruter relativement facilement sur Annecy par exemple. Il était

- 24/30 - A/729/2016 difficile de recruter sur Genève. Toutes les chaînes à Genève avaient des collaborateurs français. Cela lui posait des problèmes de logique économique.

Mme G_____ a précisé qu'actuellement, il était difficile de trouver un pharmacien compétent. Les pharmacies étaient inondées de personnes en provenance de l'Union européenne. Les systèmes français, grec ou espagnol n'avaient rien à voir. Rien que les assurances étaient déjà compliquées pour les pharmaciens suisses. Les systèmes de médicaments étaient différents, les cultures étaient différentes. Elle avait eu l'occasion, chez le recourant, de travailler avec des pharmaciens « européens » en l'occurrence français. C'était difficile car ils ne connaissaient pas le système. Personnellement, elle avait

trouvé qu'il y avait du laxisme qu'elle ne pouvait pas tolérer dans une pharmacie.

M. R_____ a détaillé que les personnes diplômées en Suisse n'avaient pas de peine à trouver du travail. Pour le surplus, il existait des pharmaciens européens. Le problème était de trouver quelqu'un qui convienne le plus rapidement possible et d'assurer la qualité. Sinon, si on engageait pour deux ou trois mois et qu'il y avait des problèmes, la clientèle se perdait très vite.

Le manque de pharmaciens formés en Suisse a été aussi été confirmé par Mme I_____.

La situation des étudiants, décrite par Mme P_____, confirme l'importance du diplôme suisse sur le marché de la Confédération. Elle a ainsi précisé que tous ses camarades de volée et ceux de la volée qui précédaient ont trouvé un emploi, généralement payé au-delà de ce à quoi ils s'attendaient. Plusieurs avaient même des offres avant même de finir leur master.

Elle a indiqué de même que deux pharmacies lui avaient proposé de l'engager avant même qu'elle obtienne son diplôme fédéral.

Illustrant les difficultés d'embauche, Mme I_____ a indiqué en février 2017, qu'elle cherchait à recruter un pharmacien adjoint depuis le printemps 2015. Elle avait reçu de nombreux dossiers. Elle avait consacré du temps à de nombreux entretiens. Elle avait procédé par élimination, mais n'avait pas trouvé un pharmacien qui réponde aux critères demandés et qui soit à jour. La personne qu'elle avait retenue n'avait pas réussi son diplôme fédéral. Encore aujourd'hui, elle n'était pas satisfaite de son choix. « En résumé, j'ai galéré ». Il n'y avait pas de pharmacien à engager qui réponde aux exigences. Une telle personne était rare.

Enfin, un témoin a développé la vision du chef d'entreprise en précisant qu'elle aurait, sans hésiter, engagé Mme A_____ si elle avait pu, non seulement pour ses compétences, mais aussi par la sécurité qu'elle aurait pu offrir à son entreprise, à savoir que lorsque le responsable doit s'absenter, il a la garantie que

- 25/30 - A/729/2016 l'adjoint assume sur tous les plans. D'un point de vue économique, elle n'aurait pas hésité non plus, dès lors que la recourante lui permettait un gain de temps et d'argent. Son entreprise n'aurait pas besoin qu'elle s'absente pour des formations complémentaires. Enfin, engager Mme A_____ était un gage de qualité. C'était en conséquence une bonne publicité pour son officine puisqu'elle était spécialisée. « Pour moi, c'est ça la réalité du marché » a déclaré Mme I_____.

i. Enfin, les témoins ont confirmé l'intégration tant professionnelle que personnelle de la recourante à son environnement universitaire, professionnel et social, laquelle n'est pas contestée. 14) Le parcours universitaire et de formation tel que résumé ci-dessus atteste de la qualité du profil de la recourante. Les auditions des témoins menées par-devant la chambre de céans renforcent la qualité remarquable de son dossier par le cumul de ces deux formations de qualité. De surcroît, dès une seconde année accomplie en officine, la recourante peut gérer, en qualité de responsable, une pharmacie.

En effet, les témoins, qui se sont prononcés sur ces formations, ont été unanimes sur le fait que celles-ci constituent une plus-value pour la profession et que les pharmaciens qui en étaient titulaires étaient très rares. Le président de l'association genevoise des pharmaciens indépendants, dont la voix revêt un poids certain vu son statut, a d'ailleurs relevé qu'il ne connaissait personne d'autre que la recourante qui bénéficiait de ces deux formations, étant

en outre relevé que l'intéressée est bilingue français-arabe, ce qui lui permet de communiquer avec une clientèle multiculturelle, ce qui est notamment important sur Genève. Selon les déclarations de Mme I _____, être arabophone est un plus, tant pour la clientèle que pour l'entreprise, puisqu'il s'agit pour les clients de pouvoir poser des questions confidentielles dans leur langue ce que M. R _____ a confirmé.

Au vu de ces éléments, il ne fait nul doute que la recourante doit être considérée comme étant une personne hautement qualifiée dans son domaine et qu'elle dispose de qualités lui permettant de s'intégrer aisément et de manière durable dans son environnement professionnel et social.

S'agissant de la problématique du besoin avéré de main d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation suivie par la recourante, les témoins entendus à ce propos et qui exercent dans le domaine concerné ont tous relevé qu'il était très difficile de recruter des pharmaciens ayant suivi leur formation en Suisse. D'ailleurs, les étudiants sont le plus souvent déjà débauchés alors qu'ils sont encore en formation. Il y a clairement pénurie de pharmaciens formés en Suisse qui ont la formation adaptée aux besoins des pharmacies. Les pharmaciens n'ayant pas suivi leur formation en Suisse rencontrent de grandes difficultés, dans la mesure où ils ne connaissent pas le système d'assurance et de facturation, compliqué, prévalant en Suisse, ni le nom des médicaments, ce qui peut avoir des conséquences sur la qualité des prestations. Enfin, le président de

- 26/30 - A/729/2016 l'association genevoise des pharmaciens indépendants a clairement expliqué qu'il y a un risque d'assèchement du marché des pharmaciens responsables.

Ces témoignages viennent corroborer le contenu du communiqué de presse de pharmaSuisse du 8 novembre 2015 figurant au dossier, selon lequel « Le nombre d'étudiants en pharmacie doit être augmenté progressivement pour éviter la pénurie de personnel qualifié. ».

En outre, les dernières statistiques publiées par le SECO d'octobre 2017 font état d'un nombre de chômeurs dans les « Professions de la santé » de 6'076, ce qui représentait un taux de 1,8 %. Ce taux relativement bas en comparaison aux autres groupes de professions vient également appuyer le manque de main d'œuvre spécialisée dans ce secteur.

Ces considérations, prises dans leur ensemble, permettent de conclure qu'il n'existe effectivement pas d'offre de main d'œuvre suffisante s'agissant des pharmaciens. 15) Quant aux jurisprudences citées par le TAPI et auxquelles l'OCIRT s'est ralliée à l'appui de sa position, celles-ci se distancient sensiblement du cas d'espèce.

Les arrêts du Tribunal administratif fédéral C-7180/2014 et C-820/2011 précités concernent des demandes d'autorisation d'entrée et de séjour pour études déposées par respectivement un étranger qui souhaitait obtenir une maîtrise en sciences infirmières et une étrangère souhaitant suivre un nouveau cycle d'études en médecine (en gynécologie et obstétrique), si bien qu'ils ne peuvent être utilisés pour illustrer une absence d'intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr pour une pharmacienne requérant une autorisation de séjour avec activité lucrative.

Quant aux deux arrêts du TAPI (JTAPI/669/2013 précité et JTAPI/459/2013 précité), ceux-ci datent de près de quatre ans et sont antérieurs à la prise de position de pharmaSuisse datant de novembre 2015 sur la future pénurie de pharmaciens, étant relevé que pharmaSuisse est l'organisation faîtière des pharmaciens et compte actuellement six mille

cent membres et mille cinq cents pharmacies affiliées (données disponible sur le site <http://www.pharmasuisse.org/fr/1077/L-essentiel-en-bref.htm>, consulté le 6 décembre 2017), de sorte que cette prise de position ne peut pas être minimisée. De plus, les capacités professionnelles de la recourante vont plus loin que la vente de médicaments en officine, voire le conseil aux clients, dont il est question dans ces deux jugements, puisque l'intéressée sera également amenée à mettre en pratique les différentes connaissances professionnelles acquises dans le cadre des formations post-graduée PMU et « cercles de qualité 2016 ».

- 27/30 - A/729/2016 16) Dès lors que l'activité lucrative pour l'exercice de laquelle la recourante sollicite une autorisation, à savoir un emploi de pharmacienne apte à remplacer le pharmacien responsable de l'officine, revêt à l'évidence un intérêt scientifique ou un intérêt économique prépondérant au sens où l'art. 21 al. 3 LEtr l'entend et qu'il découle des enquêtes et des pièces du dossier qu'il existe bien une pénurie de personnel qualifié dans la branche concernée, la chambre de céans considère que l'intéressée peut se prévaloir d'une dérogation à l'ordre de priorité.

Conformément à la jurisprudence et la doctrine précitées (supra consid. 10a), il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner si le recourant a recherché en vain un travailleur indigène ou un ressortissant d'un pays avec lequel la Suisse a conclu un accord de libre circulation.

Les conditions, respectivement, des art. 18 LEtr, l'exception de l'art. 21 al. 3 LEtr, par le biais de la dérogation de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr sont remplies.

Il résulte de ce qui précède que l'OCIRT a mésusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation de séjour avec activité lucrative requise en faveur de la recourante. 17) Au vu de ce qui précède, le recours sera admis, et tant le jugement du TAPI du 14 juillet 2016 que la décision de l'OCIRT du 4 février 2016 seront annulés.

Le dossier sera renvoyé à l'OCIRT pour qu'il donne une suite favorable à la requête en faveur de la recourante.

La décision de l'OCPM du 28 janvier 2016 prononçant le renvoi de la recourante de Suisse sera également annulée dans la mesure où ledit renvoi était lié (directives LEtr ch. 1.2.3.2) au refus – non fondé – de délivrer l'autorisation de séjour avec activité lucrative requise en faveur de la recourante. 18) Vu l'issue du recours, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, qui y a conclu et obtient gain de cause (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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