

GE_GERICHTE A/2974/2013 vom 19. August 2014

GE Cour de justice, 2014-08-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2974_2013

FR: GE_GERICHTE A/2974/2013 du 19 août 2014

IT: GE_GERICHTE A/2974/2013 del 19 agosto 2014

Regeste

DROIT DES ÉTRANGERS ; RESSORTISSANT ÉTRANGER ; AUTORISATION DE SÉJOUR ; AUTORISATION DE TRAVAIL | Les exigences relatives aux qualifications professionnelles ne sont pas remplies, lorsqu'un établissement, estimant être un restaurant de spécialités indiennes, souhaite engager le frère de son gérant, qui n'a pas de connaissances ni de formation spécifique dans la cuisine indienne. Un investissement financier dans une société ne confère pas à lui seul un droit dans une procédure d'autorisation de séjour. | LEtr.18; LEtr.21; LEtr.23; OASA.83; OASA.89; OASA.6

Erwägungen

E. 1

1) A_____ (ci-après : A_____ ou la société) exploite un restaurant indien, sis rue _____ à Genève. Messieurs B_____ et C_____ sont les associés gérants de cette société.

E. 2

2) Ce dernier a un frère, Monsieur D_____, né le _____ 1978, ressortissant du Bangladesh, où il vit. Du 15 février au 18 juin 2009, il a suivi des cours, intitulé en anglais « food & beverage production » auprès du « National Hotel & Tourism Training Institute » du Bangladesh, et a obtenu le diplôme afférent. Dans son pays, il a travaillé en qualité de cuisinier dans le restaurant E_____, servant de la cuisine thaïlandaise, chinoise et bangladaise, une première fois du 10 mars 2006 au 31 décembre 2008, puis du 2 février 2009 jusqu'au 4 avril 2013, en tous les cas.

E. 3

3) Le 4 mai 2010, A_____ a déposé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) une demande d'autorisation de travail longue durée en faveur de M. D_____. Elle souhaitait l'engager en qualité de cuisinier dans son restaurant.

E. 4

4) Par décision du 24 juin 2010, l'OCIRT a refusé de donner une suite favorable à la demande précitée, ce que le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a confirmé dans son jugement JTAPI/1_____/2011 du 29 mars 2011, qui n'a fait l'objet d'aucun recours. A_____ n'avait pas annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et n'avait pas démontré avoir déployé tous les efforts nécessaires pour trouver un chef cuisinier en Suisse ou un ressortissant de l'union européenne (ci-après : UE) ou d'un État membre de l'association européenne de libre-échange (ci-après : AELE).

E. 5

5) Le 25 avril 2011, M. D_____ a conclu un contrat avec la société, par lequel il acceptait d'investir un montant de CHF 23'000.- dans cette dernière. Ce contrat a été authentifié par un notaire bangladais en date du 15 février 2014.

E. 6

6) Suite à cette procédure, en début d'année 2012, A_____ a annoncé la vacance du poste de cuisinier à l'OCE, qui a confirmé son enregistrement par courrier du 1^{er} février 2012. Il ressort du descriptif de cet emploi que la société souhaitait engager un cuisinier, à plein-temps, pour une durée indéterminée, ayant de bonnes connaissances de la cuisine indienne traditionnelle et une parfaite maîtrise des spécialités du sud de l'Inde.

E. 7

7) Aux mois de février et mars 2012, la société a publié, à deux reprises, une offre d'emploi dans le journal genevois GHI.

E. 8

8) Par courriers des 27 avril et 21 mai 2012, l'OCE a indiqué à la société les noms d'éventuels candidats, soit Messieurs F_____ et G_____.

E. 9

9) Le 7 mai 2012, A_____ a mandaté l'agence de placement Adecco SA, afin de repourvoir son poste de cuisinier. Cette dernière lui a indiqué n'avoir trouvé aucun postulant pour cet emploi, par courrier du 24 juillet 2012.

E. 10

10) Au mois de novembre 2012, la société a publié une offre d'emploi dans le journal britannique « Notun Din Bengali Newsweekly ». Cette annonce a également été publiée, une fois en décembre 2012 et une autre fois en février 2013, dans le journal anglais « the muslim weekly ».

E. 11

11) Le 20 mars 2013, A_____ et M. D_____ ont conclu un contrat de travail, en qualité de cuisinier du restaurant, pour un revenu mensuel de CHF 3'400.-, à raison de 44 heures par semaine.

E. 12

12) À cette fin, le 16 mai 2013, la société a déposé auprès de l'OCIRT une nouvelle demande d'autorisation de séjour à l'année, soit un permis B, avec activité lucrative en faveur de M. D_____.

E. 13

13) Par décision du 17 juillet 2013, l'OCIRT a refusé l'octroi de la demande précitée. Les conditions d'admission de cuisiniers engagés par des restaurants de spécialités selon les directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) n'étaient pas remplies, notamment en ce qui concernait le type d'établissement, la priorité du marché suisse et européen, les qualifications de l'intéressé et les conditions de rémunération et de travail.

E. 14

14) Par acte du 16 septembre 2013, A_____ a recouru contre cette décision auprès du TAPI en concluant à son annulation et à l'octroi d'un permis B avec activité lucrative en

faveur de M. D_____. Les conditions prescrites par les directives de l'ODM étaient respectées. Son établissement devait être considéré comme un restaurant de spécialités. L'ordre de priorité avait été respecté, puisque la société avait démontré tous les efforts pour trouver un candidat sur le marché suisse et UE/AELE. Ces démarches étaient toutefois restées infructueuses, de sorte que seul M. D_____, qui disposait des qualifications professionnelles requises, pouvait être engagé. De plus, ce dernier avait investi dans la société à hauteur de CHF 23'000.-.

E. 15

15) Par réponse du 18 novembre 2013, l'OCIRT a conclu au rejet dudit recours et à la confirmation de sa décision du 17 juillet 2013. A_____ souhaitait engager M. D_____ par pure convenance personnelle, étant donné qu'il était le frère d'un des gérants. Les démarches de la société pour trouver un autre candidat étaient trop anciennes pour être prises en compte dans le cadre d'une demande d'autorisation de séjour datée de mai 2013. Les références de M. D_____ ne faisaient état que d'une courte formation et d'une expérience professionnelle limitée. De plus, la société n'avait pas démontré être un établissement de spécialités au sens des directives de l'ODM. Enfin, le fait qu'il ait investi dans le restaurant ne lui donnait pas droit d'obtenir un permis.

E. 16

16) Par jugement du 17 décembre 2013, le TAPI a rejeté le recours d'A_____ et a confirmé la décision de refus de l'OCIRT. La société n'avait pas rendu crédible le fait d'avoir effectué les recherches nécessaires pour trouver un cuisinier sur le marché suisse et UE/AELE, notamment elle n'avait pas produit de dossier de candidats qu'elle aurait reçu, et refusé faute de compétence, et elle n'avait pas prouvé avoir contacté les candidats proposés par l'OCE. De plus, les annonces publiées dans les journaux tenaient sur une ligne et demie. La condition d'ordre de priorité n'avait pas été réalisée. Enfin, un investissement ne conférait pas à lui seul le droit de bénéficier d'une autorisation de séjour avec activité lucrative.

E. 17

17) Par acte du 31 janvier 2014, A_____ a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à son annulation et à l'octroi d'un permis B avec activité lucrative en faveur de M. D_____. Le restaurant de quarante-huit places, spécialisé dans les mets du sud de l'Inde, remplissait les conditions des directives de l'ODM. La société avait entrepris toutes les démarches nécessaires afin de trouver un candidat en Suisse ou sur le marché UE/AELE, en vain. Quant aux deux candidats proposés par l'OCE, seul M. F_____ s'était présenté, mais il avait refusé le poste faute de connaissance particulière dans la cuisine du sud de l'Inde. Le deuxième candidat, M. G_____ ne s'était pas présenté à l'entretien. M. D_____ bénéficiait d'une formation et d'une expérience conforme aux exigences des directives de l'ODM. Son investissement dans la société devait être pris en compte dans l'appréciation du cas.

E. 18

18) Par réponse du 27 mars 2014, l'OCIRT a conclu au rejet dudit recours et à la confirmation de sa décision du 17 juillet 2013. Dans son acte de recours, la société n'apportait aucun élément nouveau, si ce n'est la preuve, par acte notarié, de l'investissement de M. D_____. En l'état, il n'était pas possible de savoir si les caractéristiques du restaurant et les qualifications professionnelles de M. D_____ correspondaient aux exigences des

directives de l'ODM. L'ensemble du dossier amenait à la conclusion que l'engagement de ce dernier relevait de la pure convenance personnelle.

E. 19

19) Le juge délégué a ordonné une comparution personnelle des parties, qui s'est tenue le 30 juin 2014. M. C _____ a confirmé les termes de son recours. Suite au jugement JTAPI/1_____/2011 du 29 mars 2011, il avait recommencé les recherches de candidats en publiant des annonces dans le GHI et la presse britannique. Il avait également mandaté l'agence de placement Adecco SA, après avoir annoncé la vacance du poste à l'OCE. Ledit office lui avait indiqué deux candidats. Le premier n'avait pas de connaissance de la cuisine du sud de l'Inde et il n'avait jamais réussi à contacter le second candidat. Il avait réellement besoin d'un cuisinier, car actuellement il occupait cette fonction en plus de celle relative aux livraisons et à l'administration du restaurant.

E. 20

20) Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. 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 et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2. 2) 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). 3. 3) a. Selon l'art. 11 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), l'exercice d'une activité lucrative par un étranger est soumis à autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Conformément à l'art. 18 LEtr, 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 sont remplies (let. c). b. Selon l'art. 83 al. 1 let. a de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - 142.201), l'autorité cantonale compétente doit décider, avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr. L'ODM a édicté des directives d'application de ces dispositions, conformément à l'art. 89 OASA. Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. 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 10 janvier 2012 consid. 3 ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c). En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ; ATF 121 II 473 consid. 2b ; ATF 117 Ib 226 consid. 4b ; ATF 104 Ib 49). C'est donc à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les directives précitées (ATA/69/2012 du 31 janvier 2012). 4) 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 (art. 21 al. 1 LETr). Il ressort de l'art. 21 al. 1 LETr que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à 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 précité, p. 3537 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et la jurisprudence citée). 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 (ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013). Selon les directives établies par l'ODM, l'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'États tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail (Directives ODM, LETr, version 25.10.13 actualisée, ch. 4.3.2.2).

5) Les directives ODM édictent des exigences d'ordre général pour les restaurants de spécialités souhaitant engager un cuisinier d'un État tiers. Ces derniers peuvent être autorisés si les conditions suivantes sont notamment remplies : l'employeur (restaurant de spécialités) suit une ligne cohérente, se distingue par la haute qualité de l'offre et des services et propose, pour l'essentiel, des mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières qui ne peuvent être acquises dans notre pays (let. a). L'effectif du personnel de l'établissement équivaut à cinq postes (500 %) au moins. Les stagiaires des écoles hôtelières ne peuvent pas être intégrés dans le décompte des postes de travail occupés (let. d). L'établissement dispose de 40 places au moins à l'intérieur (let. e). L'établissement présente un bilan et un compte de résultat sains, n'accuse pas de pertes et est en mesure de rémunérer tous les employés conformément à la CCNT (let. f) (Directives ODM précitées, ch. 4.7.9.1.1).

6) a. S'agissant des qualifications professionnelles du candidat, les directives de l'ODM sont très détaillées. Une formation de cuisinier de plusieurs années achevée par un diplôme (ou une formation équivalente reconnue) et une expérience professionnelle de plusieurs années dans le secteur cuisinier spécialisé, comprenant une durée de formation d'au moins sept ans, doivent être démontrées. Selon la jurisprudence, le contenu matériel de la formation professionnelle est déterminant pour juger de la qualification professionnelle. Une expérience professionnelle de plusieurs années, soit dix ans en règle générale, peut valoir comme preuve d'une qualification professionnelle équivalente, si elle est attestée par le ministère étranger compétent, une association professionnelle ou une attestation similaire (par exemple certificats de travail) (Directives ODM précitées, ch. 4.7.9.1.2).

b. En l'occurrence, M. D_____ a effectué une formation dans un institut d'hôtellerie, plus précisément, il a suivi des cours relatifs à la production de nourriture et de boisson (« food & beverage Production »), sur une période de cinq mois, et a obtenu le diplôme afférent. Il a également travaillé plusieurs années, en tout cas six ans, en qualité de cuisinier dans un restaurant au Bangladesh. Toutefois, cet établissement propose de la cuisine thaïlandaise, chinoise et bangladaise, il n'est en rien spécialisé dans la cuisine traditionnelle du sud de l'Inde. Force est de constater que M. D_____ n'a pas une formation suffisante pour répondre aux exigences des directives de l'ODM. Par conséquent, M. D_____ ne peut être considéré comme un cuisinier spécialisé.

7) Les exigences relatives aux qualifications professionnelles de M. D_____ n'étant manifestement pas remplies, les questions du

respect de l'ordre de priorité par la recourante et du respect des critères afférents aux restaurants de spécialités peuvent souffrir de rester ouvertes. 8) a. Aux termes de l'art. 23 al. 1 LEtr, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. 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 (art. 23 al. 2 LEtr). Toutefois, peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2, les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois (art. 23 al. 3 let. a). À teneur de l'art. 6 al. 2 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), la participation à une entreprise ne confère, à elle seule, aucun droit lors de la procédure d'autorisation. b. En l'espèce, bien que M. D_____ ait investi une somme de CHF 23'000.- dans la société, cela ne lui confère aucun droit à obtenir une autorisation de séjour, avec activité lucrative, en Suisse. Il sied de préciser que le résultat aurait été identique quel que soit la hauteur de l'investissement. 9) Dans ces circonstances, la décision de l'OCIRT est fondée et le recours de A_____ contre le jugement du TAPI sera rejeté. 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.-, correspondant à l'avance de frais effectuée, sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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