

GE_GERICHTE ATA/1147/2018 vom 30. Oktober 2018

GE Cour de justice, 2018-10-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1147_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/1147/2018 del 30 ottobre 2018

Regeste

Résumé: Recours contre le refus de l'OCIRT d'accorder à la recourante, d'origine brésilienne, une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative, suite à la requête de son employeur. Le recours porte également sur la conséquence de ce refus sur le droit de séjour de la recourante en Suisse. L'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 et 2 LEtr n'ayant pas été respecté par son employeur, le recours est rejeté.

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. 17 al. 3 et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

La qualité pour recourir de l'intéressée contre une décision de l'OCIRT souffrira de rester indécise (arrêt du Tribunal fédéral 2C_16/2018 du 10 août 2018 consid. 5.2), compte tenu de ce qui suit.

E. 2

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 let. a et b LPA).

En revanche, la chambre administrative ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 a contrario de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

E. 3

La recourante sollicite sa comparution personnelle et l'audition de son employeur.

Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, comprend notamment le droit pour la personne concernée de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2).

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 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_119/2015

du 16 juin 2015 consid. 2.1).

- 14/21 - A/99/2017

Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1).

En l'espèce, la recourante a pu se déterminer par écrit de manière circonstanciée tant devant le TAPI que dans son acte de recours auprès de la chambre de céans, qui dispose d'un dossier complet lui permettant de trancher les griefs soulevés en toute connaissance de cause.

Il s'ensuit qu'il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuves de la recourante.

E. 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. D_____. Il porte également sur la conséquence de ce refus sur le droit de séjour de Mme A_____ en Suisse.

E. 5

De nationalité brésilienne, 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 LEtr, 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 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. D_____ 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).

E. 6

En l'occurrence, l'OCIRT a motivé son refus en application des art. 21 et 22 LEtr, les conditions des dispositions précitées n'étant pas remplies, et le TAPI, dans son jugement, a confirmé cette décision. Dès lors, le recours sera traité sous l'angle de celles-ci.

E. 7

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

- 15/21 - A/99/2017 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 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

E. 8

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 précité 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).

- 16/21 - A/99/2017

Il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de pourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE 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 ; ATA/166/2014 du 18 mars 2014 consid. 5b ; ATA/123/2013 du 26 février 2013).

E. 9

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 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 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

- 17/21 - A/99/2017 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 infirmier 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).

E. 10

En l'espèce, la recourante, diplômée d'une haute école suisse à teneur de l'art. 2 al. 2 de la loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles du 30 septembre 2011 (LEHE - RS 414.20), soit de l'université, a bénéficié d'une autorisation de séjour d'une durée de six mois, en application de l'art. 21 al. 3 LEtr, du 25 juin au 25 décembre 2015, afin de chercher un emploi qualifié. L'autorisation étant arrivée à échéance, la recourante est tolérée depuis lors sur le territoire suisse par les autorités cantonales.

La dérogation de l'art. 21 al. 3 LEtr ne lui étant plus applicable, l'ordre de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 et 2 LEtr doit être respecté.

E. 11

Selon les éléments du dossier, M. D_____ a informé l'OCE, le 22 juillet 2016, d'un poste vacant d'éducateur spécialisé au sein de son centre. Il recherchait un candidat plurilingue (français, anglais et portugais) étant au bénéfice d'une formation universitaire complète en psychologie et en sciences de l'éducation, et, ayant été sensibilisé aux méthodes d'éducation cognitive. Ledit poste a été enregistré comme vacant par l'OCE jusqu'au 5 août 2016. Le 11 août suivant, M. D_____, à qui l'OCE avait assigné deux candidates pour le poste d'éducateur spécialisé, leur a transmis une liste récapitulative, confirmant que celles-ci avaient pris contact avec lui et avaient été reçues en entretien, mais qu'il n'en avait engagée aucune car elles manquaient de formation en éducation cognitive et l'une d'elles n'avait pas d'expérience avec les enfants. Il avait engagé la recourante qui s'était d'elle-même proposée pour le poste, le 6 août 2016, au motif qu'elle répondait en tous points aux exigences du poste et que les recherches en vue de pourvoir le poste avec une personne issue du marché local n'avaient pas abouti. Il avait ainsi sollicité auprès de l'OCIRT une autorisation de travail en sa faveur le 25 août 2016.

Au regard des compétences, élevées et spécifiques, exigées pour cet emploi, l'employeur de la recourante aurait dû effectuer des recherches plus poussées et sérieuses, avant de conclure que celles-ci n'ont pas abouti. La seule publication de

- 18/21 - A/99/2017 l'annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. M. D_____ n'a pas fait appel à des sociétés privées spécialisées dans le placement de cadres, il n'a pas utilisé la presse spécialisée, ni les sites internet voués exclusivement à l'emploi.

L'employeur, qui connaissait déjà la recourante et ses qualités professionnelles, n'a pas déployé suffisamment d'efforts pour engager une personne sur le marché local ou sur celui de l'UE/AELE, son choix s'étant déjà porté sur cette dernière.

Certes, les exigences et critères très stricts de M. D_____ quant aux compétences dont doivent faire preuve les candidats au poste ne semblent guère lui faciliter la tâche en matière de recrutement. Ceux-ci ne sauraient toutefois en aucun cas fonder une dérogation à l'ordre de priorité (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3).

Dès lors, faute de ne pas avoir élargi ses recherches, M. D_____ n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE ne pouvait être recruté, en lieu et place de l'intéressée.

L'ordre de priorité n'a donc pas été respecté.

E. 12

Par conséquent, les conditions relatives à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée étant cumulatives et le défaut de l'une d'entre elles dans le cas d'espèce étant avéré, tant l'OCIRT que le TAPI ont correctement appliqué la loi et n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant de donner suite à la demande de l'employeur tendant à la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Mme A_____.

E. 13

Le recours de Mme A_____ sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA) et 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.