

GE_GERICHTE ATA/274/2022 vom 15. März 2022

GE Cour de justice, 2022-03-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_274_2022

FR: GE_GERICHTE ATA/274/2022 du 15 mars 2022

IT: GE_GERICHTE ATA/274/2022 del 15 marzo 2022

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Le recourant n'ayant pas été partie à la procédure devant le TAPI, il est douteux qu'il puisse revêtir la qualité pour agir devant la chambre de céans. Cette question souffrira cependant de demeurer indécise au vu de l'issue du litige. 2)

Celui-ci est circonscrit à la question de l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative pour A_____ en faveur de M. B_____. Les autres questions abordées par les recourants, notamment celle relative au renvoi de la famille de ce dernier, ne font pas l'objet du litige et ne seront donc pas examinées.

Ainsi, seuls les arguments pertinents pour se prononcer sur la question de l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative seront tranchés. 3) a. Selon l'art. 11 al. 1 LEI, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. L'art. 18 LEI prévoit qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions 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 LEI sont remplies (let. c). Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/362/2019 du 2 avril 2019 ; ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3 : ATA/401/2016 du 10 mai 2016).

Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/494/2017 précité). En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée par un éventuel employé. De même, un employeur ne dispose d'aucun droit à engager un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (arrêts du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3).

b. En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, 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.

- 8/14 - A/1706/2021

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 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). Il s'ensuit que le principe de la priorité

des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013 ; ATA/401/2016 précité).

c. Selon les Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état au 15 décembre 2021 (ci-après : Directives LEI) – qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable –, les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux ORP les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement – pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (Directives LEI, ch. 4.3.2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATA/494/2017 précité ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015).

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 État membre de l'UE ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEI 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/1368/2018 du 18 décembre 2018 et les références citées).

L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles 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. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères

- 9/14 - A/1706/2021 professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. (Directives LEI, ch. 4.3.2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4).

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 LEI (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/1368/2018 précité).

La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11). Par ailleurs, des démarches intervenues

après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales (ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

d. En dérogation à l'art. 21 al. 1 LEI, 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 sa formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21 al. 3 LEI). Dans ce cas, l'employeur ne devra plus démontrer qu'il n'a pu trouver une personne correspondant au profil requis en dépit de ses recherches (ATA/1194/2021 du 9 novembre 2021 consid. 6b ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2, Loi sur les étrangers, 2017, p. 171 n. 23).

e. En l'espèce, la recourante s'est limitée dans ses recherches à publier une annonce sur le site Internet Jobup.ch le 28 février 2021 et à annoncer la vacance du poste à l'OCE le 2 mars 2021.

Or, de telles démarches ne suffisent pas, au regard de la loi et de la jurisprudence, pour retenir que l'employeur se serait conformé à ses obligations en la matière. Celles-ci exigent d'effectuer des annonces, qui dépassent le seul marché suisse, étant précisé que la publication par l'OCE de l'annonce dans le système EURES de suffit pas. En outre, le contrat de travail avec le recourant a été signé le 22 mars 2021. Alors que les compétences requises par le poste étaient, selon la recourante, très élevées, il lui appartenait d'autant plus d'étendre ses recherches à plus grande échelle sur les marchés du travail tant suisse et que de l'UE/AELE. Elle aurait ainsi pu publier des annonces sur des sites Internet spécialisés, en Suisse et en Europe, et dans la presse spécialisée, ou encore utiliser les réseaux sociaux. Comme le relève le TAPI, il est en effet douteux, si ce n'est

- 10/14 - A/1706/2021 illusoire, de penser que les personnes à la recherche d'un emploi, en particulier les ressortissants européens, se contentent de naviguer sur des sites Internet suisses ou sur le portail EURES dans le cadre de leurs recherches.

S'il est possible que la particularité du profil recherché, à savoir un « business developer » maîtrisant le persan, l'anglais et le français, rendait la recherche de candidats plus difficile, cet élément ne dispensait pas pour autant une exception au principe de la priorité dans le recrutement, tel que la loi en vigueur la prévoit. Il est à cet égard relevé que la chambre administrative ne peut se substituer au législateur et doit appliquer le droit positif et non une disposition en voie d'être modifiée. Par ailleurs, en ce qui concerne la possibilité pour un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse d'être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant, il est observé que le recourant a obtenu le son EMBA le 15 juin 2016, de sorte que son engagement souhaité auprès de la recourante ne s'inscrit pas dans le délai de six mois applicable à l'exception prévue par l'art. 21 al. 1 al. 3 LEI. Compte tenu du nombre de pays de l'UE, qui comprend maintenant vingt-sept membres, il ne pouvait, d'emblée et après uniquement deux démarches, qui visaient qui plus est essentiellement le marché du travail suisse, être renoncé à trouver une personne ayant les qualifications requises dans le marché du travail de l'UE.

Dans ces circonstances, l'OCIRT pouvait retenir sans violer la loi ni commettre d'abus de son pouvoir d'appréciation, que la recourante n'avait pas démontré qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, après avoir entrepris toutes les recherches utiles pouvant être exigées

d'elle.

En l'absence du respect de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI, qui constitue une condition légale cumulative à d'autres (art. 18 let. c cum 21 al. 1 LEI) en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, la décision de l'OCIRT est conforme au droit.

Il est encore relevé que les arguments tirés de la CEDH et de la CDE ne sont pas pertinents, la famille du recourant n'étant pas séparée et les droits de ses enfants n'étant pas touchés par la décision attaquée. Par ailleurs, la liberté économique ne confère aucun droit à une autorisation de séjour.

Enfin, les termes parfois peu amènes utilisés par les recourants à l'égard de l'OCIRT et du TAPI seront mis sur le compte de leur déconvenue subie du fait du rejet de la demande et du recours.

En tous points infondés, le recours devant la chambre de céans sera rejeté.

- 11/14 - A/1706/2021 4)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge solidaire des recourants, qui ne se verront pas allouer d'indemnité de procédure (art. 87 LPA). * * * * *

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