

GE_GERICHTE ATA/450/2014 vom 17. Juni 2014

GE Cour de justice, 2014-06-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_450_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/450/2014 du 17 juin 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/450/2014 del 17 giugno 2014

Regeste

Résumé: Rejet du recours dirigé contre une décision de refus de l'OCIRT de délivrer une autorisation de séjourner en Suisse en y exerçant une activité lucrative à un étranger non ressortissant d'un pays de l'UE ou de l'AELE, suite à la demande de la société qui l'emploie, dès lors que cette dernière n'a pas respecté le principe de la priorité des travailleurs résidants.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Le litige porte sur le refus de l'OCIRT d'accorder à M. B_____ une autorisation de séjourner en Suisse en y exerçant une activité lucrative (permis B), suite à la requête de A_____ GMBH. 3)

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). 4)

A teneur de 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. 5)

Selon l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions cumulatives suivantes :

- a. son admission sert les intérêts économiques du pays ;
- b. son employeur a déposé une demande ;
- c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies. 6)

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

- 8/13 - A/2045/2012 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 consid. 5.1 ; Marc SPESCHA/Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, p. 137 ; cf. également art. 23 al. 3 LETr). 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 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). Il ressort de l'art. 21 al. 1 LETr que 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'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 résidants 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). 8) a. Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 LETr).

b. L'art. 21 al. 3 LETr précise qu'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.

c. 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'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/123/2013 du 26 février 2013).

d. Selon les directives établies par l'ODM, 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 (ATA/166/2014 du 18 mars 2014 ; ATA/565/2012 du 21 août 2012 ;

- 9/13 - A/2045/2012 ATA/353/2012 du 5 juin 2012), les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices régionaux de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. 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. En dépit de l'importance des impératifs du marché du travail et des considérations économiques d'ordre général, il est souvent nécessaire de prendre encore en compte, lors de l'examen des demandes, d'autres critères se rapportant à la tâche de l'étranger ou à sa personne (formation, intérêts de l'Etat, aspects politiques et sociaux). Ainsi, par exemple, les demandes déposées par les professeurs d'Université, les séjours de perfectionnement ou les demandes présentées sur la base de la réciprocité ne sauraient être examinés dans la seule optique du marché du travail (art. 32 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 ; Directives de l'ODM, Domaine des

étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch. 4.3.2.1, consultables en ligne sur le site <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-f.pdf>). 9) a. 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.

b. 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).

c. 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).

- 10/13 - A/2045/2012 10) En l'espèce, s'il n'est pas contesté que la recourante a déposé pour son employé une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative au sens de l'art. 18 let. a LEtr, force est de constater que les autres conditions cumulatives de cette disposition ne sont pas réalisées.

En effet, il ressort de l'examen du dossier que la recourante n'a pas démontré qu'aucun travailleur sur le marché local ou européen correspondant au profil recherché n'avait pu être trouvé en lieu et place de M. B_____. Elle n'a en particulier pas entrepris de recherches sur une grande échelle afin de pourvoir le poste d'assistant du gérant dont s'agit, cas échéant de gérant d'un futur point de livraison, ni qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité absolue de trouver une autre personne capable d'exercer cette activité. Au contraire, la recourante indique elle-même procéder au recrutement de son personnel par le biais du bouche à oreille et de la publicité figurant sur ses véhicules de livraison, sans recourir systématiquement aux offices régionaux de placement. Elle n'a par ailleurs pas placé d'annonces pour ces postes dans la presse ou sur internet. Le principe de la priorité au sens de l'art. 21 al. 1 LEtr n'a ainsi pas été respecté.

Certes, les exigences et critères très stricts de la recourante quant aux compétences et qualités dont doivent faire preuve les candidats aux postes d'assistant du gérant et de gérant de ses points de livraison ne semblent guère lui faciliter la tâche en matière de recrutement. Ceux-ci ne sauraient toutefois en aucun cas fonder une dérogation à la législation applicable. De même, les conditions de travail, difficiles, peu attrayantes et ne permettant pas de fidéliser le personnel, de l'aveu de la recourante elle-même, ne sauraient justifier l'engagement de personnel provenant de pays tiers au motif que des travailleurs suisses ou européens ne paraissent pas disposés à les accepter.

Dans la mesure où l'intéressé est titulaire d'un diplôme délivré par un institut qui n'est pas reconnu en tant que haute école suisse, l'exception de l'art. 21 al. 3 LEtr ne peut lui être appliquée.

Si l'admission de M. B _____ serait bénéfique pour les intérêts notamment économiques de la recourante, elle ne serait en revanche pas en soi propre à servir les intérêts économiques du pays, ni d'autres intérêts économiques prépondérants. Il est en effet difficile de suivre la recourante à dire que le fonctionnement de son entreprise, son développement par la création d'un nouveau point de distribution et la création d'emplois dans le bassin lémanique dépendent seuls de l'engagement de l'intéressé.

Enfin, bien que la chambre de céans n'entende pas minimiser les qualités personnelles, professionnelles et humaines de l'intéressé, force est de constater que ce dernier ne peut être considéré comme cadre, spécialiste ou travailleur qualifié au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr, et n'entre pas dans les catégories de travailleurs mentionnées au troisième alinéa de cette disposition, dès lors que les

- 11/13 - A/2045/2012 formations qu'il a acquises, tant dans son pays d'origine qu'en Suisse, ne le prédisposent pas incontestablement à assumer des responsabilités dans une enseigne de restauration pratiquant la livraison de pizzas à domicile.

Par conséquent, 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 la recourante tendant à la délivrance d'un permis B pour son employé. 11) Dès lors que le fond du litige est traité dans le cadre de la présente procédure, les conclusions de l'OCIRT relatives à l'effet suspensif du recours deviennent sans objet. 12) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, 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.