

GE_GERICHTE ATA/494/2017 vom 2. Mai 2017

GE Cour de justice, 2017-05-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_494_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/494/2017 du 2 mai 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/494/2017 del 2 maggio 2017

Regeste

Résumé: L'ordre de priorité n'a pas été respecté. Les démarches entreprises visaient davantage à s'acquitter d'une obligation légale qu'à trouver un candidat.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2) 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, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (arrêts du Tribunal fédéral 2C_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157). 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 p. 236).

Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237).

b. En l'espèce, la recourante demande l'audition de sa directrice, sans toutefois formuler d'allégation précise ni produire de pièces en faveur de recherches étendues autres que celles figurant dans les documents déjà produits. Pour le reste, l'offre de preuve porte sur des faits non pertinents, comme établi ci-après. La chambre administrative dispose ainsi d'un dossier complet lui permettant de statuer en toute connaissance de cause, sans mesures d'instruction complémentaires.

- 7/13 - A/3132/2015 3) a. Selon l'art. 11 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), 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.

L'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative est de la compétence des cantons (ATA/401/2016 du 10 mai 2016) et est soumise à des conditions strictes (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-284/2012 du 14 juin 2012 consid. 5.1 ; C-4635/2010 du 28 octobre 2010 consid. 7).

À teneur de l'art. 40 al. 2 LEtr, lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour notamment l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative.

b. L'art. 18 LEtr 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 LEtr sont remplies (let. c).

Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/401/2016 précité).

L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/401/2016 précité ; ATA/86/2014 du 12 février 2014).

c. 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 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 résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; ATAF 2011/1 consid. 6.3 ; ATA/401/2016 précité ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015 ; ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013).

- 8/13 - A/3132/2015

Selon les directives établies par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) – 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/401/2016 et ATA/24/2015 précités) –, 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. [...] 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'État, 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 et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état le 6 mars 2017 [ci-après : directives LEtr], ch. 4.3.2.1, consultables en ligne sur le site [http://www. https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit.html](http://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit.html) ; aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATAF 2011/1 consid. 6.3).

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 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/401/2016 précité ; ATA/24/2015 précité ; ATA/86/2014 précité).

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.

- 9/13 - A/3132/2015 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 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 LEtr, ch. 4.3.2.2 ; aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATAF 2011/1 consid. 6.3).

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 LEtr (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/401/2016 précité ; ATA/24/2015 précité). 4) a. En l'espèce, la recourante a respectivement les 24 et 25 mars 2015 publié une annonce sur le site internet de D_____.ch et annoncé l'emploi vacant de palefrenier à l'OCE. Ce dernier lui a confirmé le 14 avril 2015 que son offre d'emploi figurait dans la base de données depuis le 25 mars 2015 et que deux personnes avaient manifesté leur intérêt pour le poste. Selon le formulaire réponse rempli par la recourante le 15 mai 2015, les personnes intéressées ne l'avaient pas contactée. Cependant, malgré l'échec des démarches entreprises jusque-là auprès de l'OCE, la recourante aurait dû approfondir ses recherches et non pas se contenter de la seule publication de l'annonce sur la plateforme D_____.ch. Il existe en Suisse et au sein de l'UE de nombreux autres sites de recherche d'emploi et des journaux spécialisés, auxquels la recourante n'a pas eu recours. Par ailleurs, la Suisse et plusieurs pays européens possèdent une tradition équestre, si bien qu'il apparaît peu crédible que la recourante n'aurait pas réussi à y trouver un palefrenier qualifié.

Certes, la recourante a annoncé le poste vacant à l'OCE, mais sans solliciter toutes les aides que celui-ci pouvait lui proposer pour trouver des candidats ayant le profil souhaité, en

particulier une annonce dans le réseau de coopération entre les services publics de l'emploi de l'UE et des pays de l'AELE « European Employment Services » (ci-après : EURES) (Message précité, FF 2002 3469 ss, spéc. 3538 ; ATA/86/2014 précité ; ATA/123/2013 précité), qui assiste les employeurs souhaitant recruter des travailleurs dans les États UE/AELE et dont l'accès se fait aisément depuis le site internet des ORP avec l'icône « Pour les employeurs » (http://www.espace-emploi.ch/arbeitgeber/rav_dienstleistungen/), lui-même accessible aisément depuis le site internet de l'État de Genève afférent à la « main d'œuvre étrangère » (http://www.ge.ch/moe/fr/procedures/État_tiers/1_demande_et.asp), en cliquant sur « office cantonal de l'emploi ».

- 10/13 - A/3132/2015

La recourante n'a ainsi pas démontré qu'elle avait indiqué à l'OCE, comme il lui incombait de le faire, que ses recherches devaient être étendues sur l'ensemble des pays de l'UE/AELE par le biais d'une annonce dans le réseau électronique EURES (ATA/123/2013 précité), ni qu'elle avait eu recours à des agences privées de placement (ATA/86/2014 précité) et/ou des médias spécialisés suisses ou européens et étendu ses recherches à d'autres pays, membres de l'UE/AELE.

Il sied par surabondance de relever que de telles démarches sont mentionnées, comme devant être prouvées, sur le site internet de l'État de Genève afférent à la « main d'œuvre étrangère » (http://www.ge.ch/moe/fr/procedures/État_tiers/1_demande_et.asp).

La recourante ne démontre pas non plus qu'avec de telles recherches, la réception de candidatures crédibles correspondant au profil recherché aurait été impossible ou à tout le moins extrêmement difficile.

Enfin, si la recourante est pleinement satisfaite du travail de M. B_____, elle n'a pas démontré que ce dernier possédait des qualités ou une expérience professionnelle si particulières qu'il serait impossible d'engager un autre palefrenier doté des mêmes qualités sur le marché local ou européen, étant encore précisé que cet employé ne possède pas de diplôme ou de formation spécifique en lien avec le métier exercé. De plus, le fait que M. B_____ parle albanais et fasse ainsi le lien entre les personnes fréquentant l'écurie et un autre employé ne maîtrisant pas le français ne saurait être considérée comme une qualification particulière et utile au poste.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que pour des raisons de pure convenance personnelle, la recourante semblait avoir d'emblée l'intention de ne pas trouver un remplaçant à M. B_____ qui lui offrait pleine et entière satisfaction dans ses fonctions. Elle n'a pas rendu crédible une volonté contraire. M. B_____ travaillait déjà à son service depuis 2012 (année de la création de la recourante, qui a repris le manège) et il semblerait qu'elle a uniquement essayé de régulariser la situation d'un employé dont elle était satisfaite. La chambre de céans partage ainsi l'analyse faite par le TAPI, soit que les démarches entreprises par la recourante visaient davantage à s'acquitter d'une obligation légale qu'à trouver un candidat, celle-ci ayant par ailleurs déposé la demande cinq jours seulement après avoir fait l'objet d'un contrôle.

Vu ce qui précède, l'ordre de priorité exigé par l'art. 21 al. 1 LETr n'a pas été respecté par la recourante.

b. Cette condition n'étant pas remplie, il n'est pas nécessaire d'examiner si les autres conditions prévues aux art. 20 à 25 LETr sont réalisées (art. 18 let. c LETr),

- 11/13 - A/3132/2015 ni si la demande d'autorisation sert les intérêts économiques du pays (art. 18 let. a LEtr). 5)

En conséquence, c'est à juste titre que l'intimé a refusé de donner une suite favorable à la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par la recourante en faveur de son employé, de sorte que le recours sera rejeté. 6)

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.