

## **GE\_GERICHTE ATA/661/2012 vom 25. September 2012**

GE Cour de justice, 2012-09-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_661\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_661_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATA/661/2012 du 25 septembre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATA/661/2012 del 25 settembre 2012

### **Regeste**

Résumé: L'employeur qui annonce à la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi qu'après avoir engagé l'intéressé, qui n'a pas inséré d'annonces dans la presse écrite ou spécialisée et n'a pas recouru aux services d'une agence de placement afin de repourvoir le poste à un indigène ou à un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, ne respecte pas le principe de priorité dans le recrutement. Les tâches liées au poste en question (sous-directeur d'un hôtel) ne revêtent pas un intérêt économique prépondérant et la Suisse ne souffre pas de pénurie de main-d'oeuvre dans le secteur de l'hôtellerie. Par conséquent, le recourant ne peut pas se prévaloir d'une exception au principe de priorité.

### **Erwägungen**

#### **E. 13**

mars 2012 n'ont été déclarés exécutoires nonobstant recours. Il n'appartient pas à la chambre de céans de constater que le recours est assorti de l'effet suspensif : si l'OCIRT considère qu'il s'agit d'un cas d'application de l'art. 66 al. 2 LPA, il lui incombe de prendre des conclusions motivées en retrait de l'effet suspensif. Les conclusions de l'OCIRT à caractère constatatoire ne peuvent qu'être écartées. 4)

Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne peut pas revoir l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, a contrario ; ATA/479/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/367/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/750/2011 du 6 décembre 2011). 5)

Le recourant allègue que le TAPI a fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des faits et moyens de preuve.

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle viole

- 8/15 - A/2297/2011 gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_30/2008 du 21 mai 2008 consid. 5.1). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation

formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 131 I 57 consid. 2 et la jurisprudence citée ; 128 I 177 consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_171/2008 du 20 juin 2008 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATA/381/2008 du 29 juillet 2008).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/563/2012 du 21 août 2012 ; ATA/342/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/778/2011 du 20 décembre 2011 ; ATA/344/2008 du 24 juin 2008). 6)

Le séjour en Suisse en vue d'y exercer une activité lucrative est soumis à autorisation (art. 11 renvoyant aux art. 18 ss de la loi fédérale sur les étrangers du

## **E. 16**

décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Cette dernière doit être requise auprès du canton de prise d'emploi (art. 11 al. 1 LEtr). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEtr). 7) a. 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 :

- 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.

b. 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 8 mars 2002 concernant la LEtr, FF 2002 3469, p. 3485 s. et p. 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 - 9/15 - A/2297/2011 administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5.1 ; ATA/563/2012 précité ; ATA/342/2012 précité ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010, p. 137).

c. Selon les directives établies par l'office fédéral des migrations (ci-après : 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 et pourvu qu'elle respecte le sens et le but de la norme applicable (ATA/565/2012 du 21 août 2012 ; ATA/353/2012 du 5 juin 2012) -, « les ressortissants d'Etats tiers sont admis sur le marché du travail suisse si leur admission sert les intérêts économiques du pays (art. 18 et 19 LEtr). Lors de l'appréciation du cas, il convient de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans notre pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes

conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social » (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 30 septembre 2011, état le 1er mai 2012, ch. 4.3.1, consultables en ligne sur le site [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_auslaenderbereich/aufenthalt\\_mit\\_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf)).

d. L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/342/2012 précité ; M. SPESCHA, in M. SPESCHA / H. THÜR / A. ZÜND / P. BOLZLI, *Migrationsrecht*, Zurich 2009, 2ème édition, ch. 2 ad art. 18 LEtr p. 57 ; cf. dans le même sens L. OTT, in M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR, *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer*, Berne 2010, n. 5 ad remarques art. 18-29 LEtr p. 149 s. ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, op. cit., pp. 123 et 134). 8) a. Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 20 al. 1 LEtr).

b. 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 UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message précité, p. 3537 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2907/2010 du 18 janvier 2011

- 10/15 - A/2297/2011 consid. 7.1 et la jurisprudence citée). Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (ATA/563/2012 précité ; ATA/342/2012 précité).

c. 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 ayant le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 LEtr).

d. Aux termes du nouvel art. 21 al. 3 LEtr, entré en vigueur le 1er janvier 2011, en dérogation à l'ordre de priorité dans le recrutement ancré à l'art. 21 al. 1 LEtr, 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. L'intéressé 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 (ATA/342/2012 précité et les références citées).

e. Selon les directives de l'ODM, « le terme « haute école » se réfère aussi bien aux hautes écoles universitaires (...) qu'aux hautes écoles spécialisées (...). Sont également considérés comme étrangers diplômés d'une haute école suisse au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr les étrangers qui n'ont étudié en Suisse que pour obtenir leur master ou leur doctorat (...). Sont demandés, outre un diplôme d'une haute école suisse, des moyens financiers suffisants et un logement adéquat » (Directives de l'ODM, op. cit., ch. 5.1.3).

L'ODM ajoute que « le recours, en priorité, aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers. Le principe de la priorité des

travailleurs indigènes doit être en principe appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail. Il est retenu en faveur des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE (...). Par conséquent, les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'espace UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question (...). Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger (...). 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 de l'ODM, op. cit., ch. 4.3.2.1).

- 11/15 - A/2297/2011

Lesdites directives précisent que « 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'Etats 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 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 de l'ODM, op. cit., ch. 4.3.2.2). 9) a. Selon l'art. 22 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche.

b. Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires (art. 22 al. 1 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).

c. Ces dispositions ont « pour but de protéger les travailleurs étrangers contre des conditions d'engagement abusives mais également d'éviter pour les travailleurs indigènes la concurrence d'une main-d'œuvre meilleur marché. Dans les limites des prescriptions régissant le marché du travail, il importe de veiller à ce que l'on offre aux travailleurs étrangers les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession que pour les travailleurs indigènes. En l'occurrence, il faut en premier lieu se fonder sur les prescriptions légales et les conditions de salaire et de travail offertes, pour un travail similaire, dans la même entreprise et la même branche (...) » (Directives de l'ODM, op. cit., ch. 4.3.3). 10) a. L'art. 23 al. 1 LEtr précise que 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). L'art. 23 al. 3 LETr ajoute que peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2 : a) les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront

- 12/15 - A/2297/2011 des emplois ; b) les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif ; c) les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin ; d) les cadres transférés par des entreprises actives au plan international ; e) les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse.

b. Il ressort des directives de l'ODM qu'« en règle générale, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne peut être autorisée que lorsque l'exigence relative aux qualifications personnelles existantes est satisfaite. Les qualifications personnelles peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux : diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. Lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail » (Directives de l'ODM, op. cit., ch. 4.3.4). 11) Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il dispose d'un logement approprié (art. 24 LETr). 12) Il convient de déterminer si l'hôtel P\_\_\_\_\_ a agi conformément aux prescriptions de l'art. 21 LETr.

En l'espèce, le recourant souhaite que M. M\_\_\_\_\_, ressortissant indien, soit autorisé à travailler en qualité de sous-directeur au sein de l'hôtel.

Il ressort du dossier que le descriptif du poste de sous-directeur est le suivant : « Réception des clients, enregistrement dans le système informatique (check in check out). Suivi des réservations par téléphone, informatique, système GDS au atre systèmes (sic). Mise à jour des contingents, suivi du tableau des disponibilité (sic), confirmation par email, fax, téléphone, etc. Tenue du livre des débiteurs ordinaire (sic) avec suivi des encaissements, rappel, etc. Tenu (sic) du livre des débiteurs carte de crédit avec réconciliation des paiements et suivi de cas exceptionnel (sic). Mise en place de petit-déjeuner, service, nettoyage. Contrôle de chambres, minibar, buanderie, gestion du stock, achat, commandé (sic) ».

Les activités décrites ne revêtent pas un intérêt économique prépondérant et leur exercice ne requière pas nécessairement un diplôme d'une haute école suisse, ni la maîtrise du Panjabi. S'agissant de tâches en partie administratives, celles-ci n'ont pas de lien direct et étroit avec les diplômes obtenus par M. M\_\_\_\_\_. De plus, il est admis que la Suisse ne souffre pas de pénurie de main-d'œuvre dans le

- 13/15 - A/2297/2011 secteur de l'hôtellerie. En toute hypothèse, étant donné que M. M\_\_\_\_\_ a pour seule expérience professionnelle des stages de formation, il ne saurait justifier d'un intérêt économique prépondérant, ses capacités linguistiques et ses connaissances de l'Asie du Sud ne suffisant pas pour déroger à l'ordre de priorité. Le recourant ne pouvant pas se prévaloir de l'exception de l'art. 21 al. 3 LETr, il doit donc

respecter le principe de priorité ancré à l'art. 21 al. 1 LEtr : il doit notamment avoir entrepris des recherches à grande échelle afin de repourvoir le poste de sous-directeur à un indigène ou à un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE.

Il ressort du dossier que le recourant n'a annoncé la vacance du poste à l'OCE qu'après avoir engagé M. M\_\_\_\_\_. Il n'a pas inséré d'annonces dans la presse écrite ou spécialisée et n'a pas recouru aux services d'une agence de placement avant d'embaucher l'intéressé. Le recourant a procédé à cet engagement avant même d'avoir obtenu l'autorisation de prise d'emploi, mettant ainsi les autorités devant le fait accompli. Il n'a donc pas respecté les exigences légales relatives à l'ordre de priorité.

Même si la recherche d'un sous-directeur pour l'hôtel peut nécessiter de nombreuses démarches auprès de candidats potentiels, de médias et d'agences de recrutement, ces difficultés ne sauraient justifier une dérogation à l'art. 21 al. 1 LEtr. 13) Au vu de ce qui précède et du type d'activité qu'entend déployer M. M\_\_\_\_\_, il apparaît que le TAPI était fondé à considérer, de même que l'OCIRT, que le recourant n'avait pas respecté le principe de priorité dans le recrutement au sens de l'art. 21 LEtr. C'est donc sans arbitraire que la délivrance de l'autorisation de séjour sollicitée a été refusée. 14) Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision litigieuse confirmée. Un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

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