

GE_GERICHTE ATA/86/2014 vom 12. Februar 2014

GE Cour de justice, 2014-02-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_86_2014

FR: GE_GERICHTE ATA/86/2014 du 12 février 2014

IT: GE_GERICHTE ATA/86/2014 del 12 febbraio 2014

Regeste

Résumé: Un organisme international à but non lucratif doit respecter le principe de priorité des travailleurs résidents. Dans le cas d'espèce, ce principe n'a pas été respecté, l'organisme s'étant contenté de faire paraître l'annonce du poste vacant sur un site internet spécifique à son domaine d'activité. Il n'a pas annoncé le poste vacant à l'office cantonal de l'emploi (OCE), ni fait appel à des agences de placement ou encore étendu ses recherches à l'ensemble de la Suisse ou du territoire de l'UE/AELE. L'annonce du poste vacant à l'OCE est incontournable, cet office offrant, outre les candidats qu'il est susceptible de proposer, divers services comme l'inscription du poste vacant dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emploi (PLASTA) ou l'extension de la recherche d'un candidat à l'ensemble des pays de l'UE/AELE (EURES). Le respect de la procédure par un employeur à la recherche d'un candidat est également essentiel pour permettre à la commission tripartite de l'économie de se prononcer en toute connaissance de cause.

Erwägungen

E. 12

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

En vertu de l'art. 64 al. 1 LPA, le recours est formé par écrit et adressé à la juridiction administrative appelée à en connaître.

a. Les cantons peuvent exiger que, dans leurs relations avec les autorités cantonales, les administrés se servent de la langue officielle du canton. Selon la jurisprudence, dans les relations avec leurs autorités, les cantons peuvent imposer leur langue officielle comme langue judiciaire et exiger la traduction des actes de

- 11/18 - A/2998/2012 procédure rédigés dans une autre langue (Arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 1997, publié in SJ 1998 p. 311 ; ATA/106/2012 du 21 février 2012 consid. 3).

Sous réserve de dispositions particulières, le justiciable n'a en principe aucun droit de communiquer avec les autorités dans une autre langue que la langue officielle, fût-elle sa langue maternelle ou une autre langue nationale (ATF 136 I 149 consid. 4.3 ; 127 V 219 consid. 2b.aa ; 122 I 236 consid. 2c ; 108 V 208 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1B_4/2012 du 11 janvier 2012 consid. 3).

b. A Genève, la langue officielle est le français (art. 5 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00 ; ATA/98/2013 du 19 février 2013 consid. 4 ; ATA/128/2012 du 6 mars 2012 ; ATA/102/2012 du 21 février 2012 consid. 4 et les références citées).

c. L'institut a produit, à l'appui de ses observations du 28 juin 2013 devant la chambre de céans, plusieurs pièces en anglais, lesquelles n'étaient pas traduites. Ces pièces avaient

auparavant été adressées à l'OCIRT puis au TAPI sans que ni cette autorité ni cette juridiction ne rappelle les règles en matière de langue officielle. Le TAPI a, dans son jugement du 24 avril 2013, procédé à une traduction libre de plusieurs pièces pertinentes.

d. Dans le cas d'espèce, la chambre de céans renoncera à réclamer la traduction des pièces produites en anglais. Le litige peut en effet être tranché sur la base de la traduction libre faite par le TAPI, laquelle n'a fait l'objet d'aucune remarque ou critique de la part des parties. 3)

Le litige porte sur l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année (permis B) avec activité lucrative en faveur de M. A_____. 4)

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/616/2012 du 25 septembre 2012) et est soumise à des conditions strictes (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-284/2012 du

E. 14

juin 2012 consid. 5.1 ; C-4635/2010 du 28 octobre 2010 consid. 7).

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 (art. 40 al. 2 LEtr).

- 12/18 - A/2998/2012 5)

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. 6)

L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/661/2012 du 25 septembre 2012 ; M. SPESCHA in M. SPESCHA / H THÜR / A. ZÜND / P. BOLZLI, Migrationsrecht, 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, 2010, n. 5 ad remarques art. 18-29 LEtr p. 149 s. ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, pp. 123 et 134). 7)

L'OCIRT allègue que le TAPI a fait une mauvaise application de l'art. 21 al. 1 LEtr. Le recourant estime en effet que l'institut n'a pas respecté le principe de l'ordre de priorité des travailleurs indigènes.

a. 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 du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, 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 (ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'Arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013).

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).

b. 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

- 13/18 - A/2998/2012 applicable (ATA/565/2012 du 21 août 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 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>).

c. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'institut n'a pas annoncé le poste vacant à l'OCE comme il lui incombait de le faire. De ce fait, il s'est privé des services que pouvait lui offrir l'OCE, en particulier de l'inscription du poste vacant dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emploi (PLASTA) ou encore de la possibilité d'obtenir une extension de sa recherche à l'ensemble des pays de l'UE/AELE par le biais d'une annonce dans le réseau électronique European Employment System (EURES) (message précité p. 3538 ; ATA/123/2013 précité). L'institut n'a pas lui-même procédé à des recherches sur l'ensemble du territoire de la Confédération ou de l'UE/AELE mais limité ses recherches aux sites internet dédiés aux questions environnementales à Genève et dans le cadre des Nations Unies. Il n'a pas non plus fait appel à des agences de placement ni démontré avoir, à tout le moins, approché certaines d'entre elles afin de vérifier avec ces

dernières si elles pouvaient ou non l'épauler dans ses recherches. Faute de n'avoir pas élargi ses recherches, l'institut n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE/AELE ne pouvait être recruté. Une telle démarche présentait de réelles chances de succès puisque suite aux seules recherches restreintes qu'il a réalisées, l'institut a reçu pas moins de trente-sept candidatures.

d. L'accueil d'organismes internationaux constitue un élément de la politique extérieure de la Suisse. Leur présence est principalement liée à celle de l'ONU et de ses organisations spécialisées, avec lesquelles la Suisse a conclu des accords de

- 14/18 - A/2998/2012 siège, ce qui comporte un certain nombre d'engagements. Il s'agit essentiellement d'organisations non gouvernementales [...]. Ces organismes ne doivent pas avoir de but lucratif. Ils doivent répondre à un intérêt général (utilité publique) et leur rayon d'action doit s'étendre à plusieurs pays (universalité). L'institution doit avoir un siège ou un bureau permanent en Suisse dont l'activité doit être effective [...]. L'expérience a montré que les dispositions des art. 21 et 22 LEtr et de l'art. 22 OASA doivent être appliquées en tenant dûment compte des réalités spécifiques à ce domaine [...]. Les autorisations de séjour pour les ressortissants étrangers venant travailler pour ce type d'organismes peuvent être octroyées selon les art. 19 al. 4 let. a OASA et 32 LEtr, notamment s'il s'agit d'un stage organisé sous l'égide des organismes concernés, ou selon l'art. 20 al. 1 OASA, si la durée de séjour prévue est supérieure à vingt-quatre mois (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch. 4.7.3).

L'institut est un organisme international à but non lucratif dont le siège européen se situe à Genève. S'il convient de tenir compte de la spécificité des activités qu'il déploie, ni la directive 4.7.3 de l'ODM ni la LEtr ou encore l'OASA ne prévoient d'exempter ces organismes internationaux du respect du principe de priorité des travailleurs indigènes, principe que l'institut n'a pas respecté puisque, faute de recherches à large échelle, il a échoué à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE/AELE ne pouvait être trouvé.

e. Le TAPI, sans toutefois se référer à la directive 4.7.3 de l'ODM, a pour sa part estimé que les recherches effectuées par l'institut étaient suffisantes au regard de son très spécifique secteur d'activité. Tel n'est pourtant pas le cas. En effet, si a priori le recrutement pouvait s'avérer difficile du fait de ce spécifique secteur d'activité, les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient accorder une dérogation à l'art. 21 al. 1 LEtr sur la base de difficultés de recruter la personne correspondant au profil recherché, sous peine de battre en brèche les règles régissant le marché de l'emploi. 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 al. 1 LEtr (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3).

f. L'OCE était en mesure de proposer quatre candidatures pour le poste ouvert par l'institut. Devant le TAPI, puis dans ses observations devant la chambre de céans, l'institut a exposé les motifs pour lesquels il n'aurait, quoi qu'il en soit, pas retenu ces candidatures. Même à supposer que le rejet de ces quatre candidatures

- 15/18 - A/2998/2012 aurait été fondé, il n'en demeure pas moins qu'au-delà des postes que l'OCE peut immédiatement proposer, la consultation de cet office est, comme cela vient d'être démontré, indispensable pour bénéficier de l'appui qu'il peut apporter à l'employeur en quête de candidats. Le respect de la procédure en vigueur est en outre tout aussi indispensable pour permettre à la commission tripartite (instituée par l'art. 3 du règlement d'application de l'ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 28 juin 2006 - RaOLCP - F 2 10.02), laquelle est composée de représentants de l'Etat et des partenaires sociaux, de se prononcer en toute connaissance de cause. Le fait que l'institut respecte désormais son obligation d'annoncer ses postes vacants à l'OCE n'y change rien, cette omission ayant eu, dans le cas d'espèce, les conséquences négatives décrites ci-dessus. 8)

Il résulte de ce qui précède que l'OCIRT était fondé à refuser l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de M. A_____, l'ordre de priorité des travailleurs indigènes prévu par l'art. 21 al. 1 LEtr n'ayant pas été respecté.

Le recours sera dès lors admis et le jugement attaqué annulé. 9)

Par surabondance, il sera donné suite au grief allégué par l'OCIRT, à savoir que le salaire offert à M. A_____ ne correspond pas à ce qu'on pourrait attendre au vu de ses compétences et de son expérience.

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. L'art. 22 al. 1 OASA précise pour sa part que 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.

Dans le cas d'espèce, un salaire mensuel de CHF 7'187.- brut proposé à un avocat spécialisé en droit international économique et en droit du développement durable, lequel doit en outre maîtriser l'anglais, le portugais et/ou l'espagnol, apparaît comme bas au regard des pratiques et usages en vigueur dans le canton de Genève pour cette profession. D'ailleurs, selon le calculateur en ligne de l'Observatoire genevois du marché du travail, dont les mesures doivent être considérées comme objectives (ATA/829/2013 du 17 décembre 2013 consid. 2 g et la jurisprudence citée), le salaire médian offert à une personne présentant un profil identique à celui de M. A_____ (à savoir un universitaire dans une branche

- 16/18 - A/2998/2012 juridique, avec une année d'expérience, né en 1985, cadre moyen et expert pour quarante heures par semaine) est de CHF 10'270.- brut par mois, soit nettement plus que les CHF 7'187.- proposés en l'espèce. 10) Il est enfin superfétatoire d'examiner le dernier grief de l'OCIRT, à savoir ses doutes quant à l'intérêt économique d'engager un avocat d'origine brésilienne à Genève au regard du nombre important d'avocats que comptent tant la Suisse que l'UE. 11) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'institut. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

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