

GE_GERICHTE A/285/2018 vom 24. September 2019

GE Cour de justice, 2019-09-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_285_2018

FR: GE_GERICHTE A/285/2018 du 24 septembre 2019

IT: GE_GERICHTE A/285/2018 del 24 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

er janvier 2019, ils sont soumis aux dispositions de la LEI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, étant précisé que la plupart des dispositions de celle-ci sont demeurées identiques. 5) 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 ; il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé. b. 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). c. 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. 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 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 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; ATA/401/2016 précité). Selon les Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état au 1er juillet 2018 (ci-après : Directives LEI) - qui ne lie 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 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). 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). La notion d'« intérêt économique » du pays est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (Message du Conseil fédéral concernant la LEtr du 8 mars 2002, in FF 2002 p. 3485s. et p. 3536). Il s'agit des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. En outre, 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. 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'oeuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 et les références citées ; ATA/320/2015 du 31 mars 2015 consid. 7b). Selon le ch. 4.4.6 des directives LEI, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'oeuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation et que l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste à pourvoir. De même, l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie

suisse (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-674/2011 du 2 mai 2012). L'admission de cette catégorie de personnes a lieu sans examen de règle sur l'ordre de priorité des travailleurs. Dans l'esprit du législateur, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main-d'oeuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation. Cette précision garantit que ce régime particulier ne s'applique que lorsqu'il y a effectivement pénurie de travailleurs dans un certain domaine de spécialité et que des personnes au chômage établies en Suisse ou provenant des pays de l'UE ou de l'AELE ne peuvent accomplir cette activité (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.2). 6) a. En l'espèce, le fait que la recourante travaille en qualité de post-doctorante auprès de l'université de Lausanne ne peut être assimilé à l'obtention d'un diplôme d'une haute école suisse ; de plus, elle a obtenu son dernier titre de doctorat, en 2013 auprès d'une université en Malaisie. Il en résulte qu'elle ne peut bénéficier du régime dérogatoire. Ainsi, l'ordre de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 et 2 LEI doit être respecté. b. En l'espèce, à l'examen des pièces du dossier, la chambre administrative retiendra que l'employeur a certes publié une annonce sur le SIB mais n'a effectué aucune recherche concrète, n'a publié aucune annonce dans la presse, ne s'est pas adressé à des agences de placement et n'a pas annoncé la vacance du poste à l'OCE. Les démarches de l'employeur pour engager une personne sur le marché local ou sur celui de l'UE/AELE, apte à remplir la fonction en question, sont tout à fait insuffisantes et ne respectent pas les principes stricts fixés par la jurisprudence tels que rappelés plus haut. À ce sujet, c'est avec raison que le TAPI a retenu que l'employeur ne saurait se prévaloir des recherches effectuées en 2016 par B _____ SA, recherches - au demeurant tout-à-fait insuffisantes - qui avaient été réalisées dans le cadre d'une autre procédure, ayant abouti à une décision de refus entrée en force. Compte tenu des compétences spécifiques exigées pour l'emploi en question, l'employeur aurait dû effectuer des recherches, fussent-elles être poussées et sérieuses, avant de conclure que celles-ci n'avaient pas abouti. Les éventuels exigences et critères posés par le poste visé ne sauraient toutefois en aucun cas fonder une dérogation à l'ordre de priorité (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3). Enfin, il n'apparaît pas que la recourante présente des qualifications et une expérience professionnelle telles qu'il aurait été impossible, pour l'employeur, de recruter un autre employé doté de capacités équivalentes sur le marché suisse ou européen, quitte à ce qu'il bénéficie d'un complément de formation afin d'acquérir d'éventuelles compétences très spécifiques susceptibles de lui manquer. Dès lors, faute de ne pas avoir élargi ses recherches, l'employeur n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE ne pouvait être recruté, en lieu et place de la recourante. L'ordre de priorité n'a donc pas été respecté. Par conséquent, les conditions relatives à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée étant cumulatives et le défaut de l'une d'entre elles étant avéré dans le cas d'espèce, 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 l'employeur tendant à la délivrance d'une telle autorisation en faveur de la recourante. Le recours sera ainsi rejeté. 7) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al.1 LPA) et celle-ci ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art 87 al. 2 LPA). * * * * *

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