

GE_GERICHTE A/590/2021 vom 23. Dezember 2021

GE Cour de justice, 2021-12-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_590_2021

FR: GE_GERICHTE A/590/2021 du 23 décembre 2021

IT: GE_GERICHTE A/590/2021 del 23 dicembre 2021

Erwägungen

E. 5

Est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI).

E. 5.1

L'aptitude au placement comprend ainsi deux éléments : la capacité de travail d'une part, c'est-à-dire la faculté de fournir un travail - plus précisément d'exercer une activité lucrative salariée - sans que l'assuré en soit empêché pour des causes inhérentes à sa personne, et, d'autre part, la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI - ce qui implique non seulement la volonté de prendre un tel travail s'il se présente, mais aussi une disponibilité suffisante quant au temps que l'assuré peut consacrer à un emploi et quant au nombre des employeurs potentiels (ATF 125 V 58 consid. 6a ; ATF 123 V 216 consid. 3 et la référence).

E. 5.2

Pour une personne de nationalité étrangère domiciliée en Suisse, l'aptitude au placement suppose, logiquement, que l'intéressé soit au bénéfice d'une autorisation de travail qui lui permette, le cas échéant, d'accepter l'offre d'un employeur potentiel. À défaut d'une telle autorisation, il s'agit de déterminer - de manière prospective, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition (ATF 143 V 168 consid. 2 ; ATF 120 V 385 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 248/06 du 24 avril 2007 consid. 2.1) - si l'assuré, ressortissant étranger, pouvait ou non compter sur l'obtention d'une autorisation de travail (arrêts du Tribunal fédéral 8C_654/2019 du 14 avril 2020 consid. 2.1 et 8C_581/2018 du 25 janvier 2019 consid. 2.2, et références citées). L'aptitude au placement sera ainsi admise pour autant que l'intéressé puisse s'attendre à obtenir une telle autorisation dans l'hypothèse où il trouverait un travail convenable. Dans cette dernière éventualité, l'administration ou le juge ont le pouvoir de trancher préjudiciellement le point de savoir si, au regard de la réglementation applicable (droit des étrangers et de l'asile, traités internationaux conclus par la Suisse), le ressortissant étranger serait en droit d'exercer une activité lucrative. Lorsqu'ils ne disposent pas d'indices concrets suffisants, l'administration ou le juge doivent s'informer auprès des autorités de police des étrangers ou de marché du travail au sens de l'art. 40 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) pour savoir si la personne intéressée peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail (ATF 120 V 385 consid. 2c ; Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage 2014, p. 169 n. 72). Si l'instance du marché du travail a émis un préavis négatif concernant le permis de travail, l'aptitude au placement doit être niée (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 258/00 du 6 août 2001).

E. 6

Selon l'art. 3 al. 1 LEI, l'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse ; les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. Les besoins culturels et scientifiques de la Suisse sont pris en considération de manière appropriée. Aux termes de l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies. Selon 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.

E. 6.1

Les conditions d'admission doivent principalement être respectées lors de la première arrivée d'un étranger en Suisse. Cependant, elles peuvent aussi jouer un rôle lors de la prolongation d'une autorisation accordée. Si toutes les conditions ne sont plus remplies, cela peut amener les autorités à refuser la prolongation d'une autorisation de séjour. Certaines conditions d'admission, comme avant tout les mesures de limitation (art. 20 LEI) et la priorité du recrutement (art. 21 LEI) sont valables seulement lors de l'admission initiale. Cependant, la reprise d'une activité lucrative après une présence sans une telle activité est soumise aux mêmes conditions que la première admission en vue d'une activité lucrative, sous réserve des exceptions légales. Lors de l'arrêt d'une activité lucrative, notamment pour cause de retraite ou de perte de poste de travail, le but de la présence peut avoir disparu ou changé.

E. 6.2

Les autorités examineront alors si l'autorisation reste valable ou si les conditions d'une nouvelle autorisation ou d'une éventuelle révocation de l'autorisation existante (voir l'art. 62 LEI) sont remplies (cf. Peter UEBERSAX, in Minh Son NGUYEN, Cesla AMARELLE [éd.], Code annoté de droit des migrations, Vol. II, Loi sur les étrangers [LEtr], pp. 136-137). Selon l'art. 54 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), si une autorisation de séjour ou de courte durée a été octroyée en vertu d'une disposition d'admission pour un séjour avec un but déterminé, une nouvelle autorisation est requise si le but du séjour change. Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/795/2020 du 25 août 2020 consid. 7c ; ATA/1660/2019 du 12 novembre 2019 consid. 4b). En raison de sa formulation potestative, les art. 18 et 19 LEI ne confèrent aucun droit à l'autorisation sollicitée (ATA/361/2020 du 16 avril 2020 consid. 4b ; ATA/1660/2019 précité consid. 4b et l'arrêt cité confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 2C_30/2020 du 14 janvier 2020 consid. 3.1). 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).

E. 6.3

Selon le ch. 4.3.1 des Directives du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), domaine des étrangers, 2013, état au 1^{er} juin 2019 (ci-après : Directives du SEM), l'autorité

doit apprécier le cas en tenant 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.

E. 6.4

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 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'oeuvre 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 ; ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 7c ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4c ; Marc SPESCHA/Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2 ème éd., 2015, p. 173 et ss ; art. 23 al. 3 LEtr). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes (Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, Berne, 2017, p. 145 et les références citées). L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, op. cit., p. 146 et les références citées). Selon le Secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO), les professions du droit présentent des signes manifestes d'un besoin de main-d'œuvre qualifiée accru. (SECO, Pénurie de main-d'œuvre qualifiée en Suisse - Système d'indicateurs pour évaluer la demande en personnel qualifié, 2016, p. 162).

E. 6.5

Selon l'art. 40 al. 2 LEI, 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 l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante. À Genève, selon l'art. 6 du règlement cantonal d'application de la LEI du 9 mars 2009 (RaLEtr - F 2 10.01), toute demande d'autorisation doit parvenir à l'office cantonal de la population et des migrations au moyen du formulaire officiel (al. 1). Dans les cas prévus par la loi fédérale et l'ordonnance fédérale, l'office cantonal de la population et des migrations requiert la décision préalable de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (al. 3). L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail rend la décision préalable en matière de marché du travail, après consultation de la commission. La commission peut toutefois renoncer à examiner certaines catégories de demandes (al. 4). À teneur de l'art. 4 al. 1 RaLEtr, la commission tripartite pour l'économie, dépendant du conseil de surveillance du marché de l'emploi, instituée par la loi sur le service de l'emploi et la location de services, du 18 septembre 1992, est chargée de rendre un préavis concernant les demandes d'autorisation de travail qui doivent faire l'objet d'une décision préalable de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au sens de l'art. 6 RaLEtr.

E. 7

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; ATF 125 V 195 consid. 2 et les références ; ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

E. 8

En l'espèce, dans sa décision sur opposition datée du 15 janvier 2021, confirmant sa décision initiale rendue le 2 septembre 2020, l'intimé a retenu que la recourante était inapte au placement, faute d'autorisation de travail, que ce soit lors de son inscription à l'OCE ou lors de l'envoi de la décision sur opposition. En outre, malgré ses diplômes, elle ne disposait pas d'un droit à obtenir une telle autorisation automatiquement. La recourante admet qu'elle ne disposait pas d'une autorisation de travail au-delà du 31 juillet 2020, date de la fin de son contrat avec B _____ centre, son permis de séjour, valable jusqu'au 10 mars 2021, stipulant spécifiquement que tout changement d'employeur était soumis à autorisation. Elle estime cependant que l'intimé a omis d'examiner, à la date de la décision sur opposition, ses perspectives d'emploi ouvrant la voie à une telle autorisation.

E. 9

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient en effet d'examiner, sur la base des faits tels qu'ils se sont déroulés jusqu'au moment de la décision sur opposition, si l'intéressée pouvait compter ou non sur l'obtention d'une autorisation de travail. En dépit de son devoir de procéder à un tel examen et, si nécessaire de requérir les informations nécessaires auprès des autorités compétentes, l'intimé s'est uniquement posé la question d'un droit automatique de la recourante, d'un point de vue général et abstrait, à une autorisation de travail au terme de la procédure pendante par-devant l'OCPM. L'intimé a adressé une demande à l'OCPM et au SMOE et a ensuite décidé de l'inaptitude au placement du seul fait que ces autorités ont indiqué qu'au vu de la nature de son permis de séjour, la recourante ne disposait pas d'un droit automatique à une autorisation de travail. L'intimé n'a procédé à aucune investigation ou analyse complémentaire suite à cette réponse et il n'a pas non plus attendu la décision du SMOE sur la question, annoncée pourtant pour le courant du mois de janvier 2021, soit au maximum moins de trois semaines plus tard. Les seules investigations complémentaires ont été faites a posteriori, soit lorsque l'intimé a contacté à nouveau l'OCPM et le SMOE en mars 2021 dans le cadre de la préparation de la réponse au recours.

E. 10

Cette manière de procéder n'est pas conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui requiert une évaluation prospective, individuelle et concrète de la situation de l'assuré par

l'autorité au moment de rendre sa décision sur opposition (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral 8C_581/2018 du 25 janvier 2019 consid. 2.2 ; 8C_654/2019 du 14 avril 2020, consid. 2.1 et 3.2 ; 8C_479/2011 du 10 février 2012, consid. 2.2). Elle la vide même de toute teneur vu que, précisément, l'examen prospectif au vu de l'ensemble des circonstances et le critère de savoir si « la personne intéressée peut s'attendre à obtenir une autorisation de travail » n'ont de sens que lorsqu'il n'y a pas de droit automatique ni d'empêchement certain à l'octroi futur de l'autorisation de travail.

E. 11

Cela étant, la question litigieuse est en mesure d'être tranchée par la chambre de céans, qui va se livrer à cette évaluation prospective en se plaçant au moment de la délivrance de la décision sur opposition et en faisant donc abstraction des événements ultérieurs. Il ressort du dossier que la recourante vivait alors en Suisse depuis douze ans. Elle était titulaire un doctorat en droit du commerce international/droit de l'OMC, ainsi que d'un LL.M. en règlement des différends internationaux, tous deux délivrés par l'Université de Genève. Outre les diplômes obtenus sur sol helvétique, elle disposait d'un second doctorat (droit des affaires international et arbitrage international) et d'un second LL.M. délivrés par une université hongroise ainsi que d'un master en droit d'une université américaine. Elle avait en outre œuvré, depuis son arrivée en Suisse, au service de divers employeurs, tant dans le domaine académique que dans celui des organisations internationales (OMC) et non gouvernementales (Ideas centre). Elle jouissait ainsi d'une haute spécialisation dans un domaine où le SECO reconnaît un manque de main d'œuvre qualifiée. Elle maîtrisait en outre le russe, l'ukrainien, l'anglais et le français. Le caractère exceptionnel du profil de la recourante ne faisait ainsi guère de doute. Le profil en tant que tel ne suffisait pas à déterminer les chances de succès d'une demande d'autorisation de changement d'employeur, il sied de souligner l'adéquation de celui-ci avec les intérêts économiques et les besoins de main d'œuvre qualifiée du marché du travail suisse. Cette adéquation est indirectement corroborée par le fait qu'un permis de séjour avec activité, bien que limité à un seul employeur, a été octroyé à la recourante en 2018. Plus concrètement, elle découle également de ce que, directement après la fin des rapports de travail avec B_____ centre, elle a trouvé diverses activités à temps partiel, à savoir, notamment : un emploi à 50% du 1^{er} août au 31 décembre 2020 auprès d'une ONG spécialisée dans le domaine du commerce international, un contrat de 10% de professeure en droit des affaires auprès d'une école de business, ainsi qu'une consultance de quatorze jours auprès de l'agence onusienne ITC. Surtout, tant l'unicité du profil de la recourante que son extrême adéquation avec les besoins du marché du travail ressortent de ce qu'en octobre 2020, elle s'est vu proposer un emploi à plein temps auprès de l'entreprise Swisslegal C_____, disposée à solliciter une demande de changement d'employeur en sa faveur. Une telle requête a d'ailleurs été adressée à l'OCPM le 22 octobre 2020, expliquant de manière circonstanciée la nécessité pour la société d'engager la recourante afin d'être en mesure de développer à Genève son activité en droit du commerce international et en droit de l'OMC. Le profil de l'intéressée était, à cet égard, unique non seulement au vu de ses expériences et diplômes mais également du fait de sa maîtrise du russe. Il s'agissait d'un élément essentiel, les marchés d'Europe de l'Est et d'Asie centrale représentant une excellente porte d'entrée dans les secteurs visés. Le courrier mentionnait encore que le secteur d'activité visé était pour l'heure essentiellement occupé par des cabinets d'avocats internationaux. Au vu des enjeux importants, il semblait opportun qu'un cabinet suisse puisse également s'implanter. Or, si la recourante ne pouvait pas être engagée, le projet « ne sera vraisemblablement, tout

simplement, pas possible, vu la rareté de ces profils » (courrier de Swisslegal C_____ à l'OCPM du 22 octobre 2020). Enfin, la recourante souligne à juste titre que s'agissant d'un changement d'employeur alors que son ancien permis de travail et de séjour n'avait pas encore été formellement révoqué, elle a conservé sa place dans le quota cantonal des travailleurs étrangers hautement qualifiés et n'a donc pas eu d'incidence sur celui-ci.

E. 12

En analysant ces éléments au vu de la jurisprudence fédérale, la chambre de céans estime que la recourante pouvait légitimement compter sur l'obtention d'une autorisation de travail durant la période litigieuse, ce en tout cas avant que ne soit rendue la décision sur opposition. Sans même prendre en compte l'octroi effectif de l'autorisation de changer d'emploi (en tant qu'il est postérieur à la décision sur opposition), la chambre de céans considère qu'il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante qu'une telle expectative était légitime au vu des circonstances très particulières du cas d'espèce. Partant, c'est à tort que l'intimé l'a considérée comme inapte au placement du fait de l'absence d'une autorisation de travail valable.

E. 13

En conséquence, le recours sera admis partiellement et la décision sur opposition querellée sera annulée, la cause étant renvoyée à l'intimé afin qu'il examine si les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité (art. 8 al. 1 LACI) sont réunies, y compris les autres aspects de l'aptitude au placement, puis rende une nouvelle décision sur le droit à l'indemnité de chômage en question.

E. 14

Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA en lien avec l'art. 1 al. 1 LACI). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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