

GE_GERICHTE A/4091/2023 vom 13. Mai 2025

GE Cour de justice, 2025-05-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4091_2023

FR: GE_GERICHTE A/4091/2023 du 13 mai 2025

IT: GE_GERICHTE A/4091/2023 del 13 maggio 2025

Regeste

DROIT DES ÉTRANGERS;RESSORTISSANT ÉTRANGER;AUTORISATION DE SÉJOUR;AUTORISATION DE TRAVAIL;LIMITATION DU NOMBRE DES ÉTRANGERS;ACTIVITÉ LUCRATIVE DÉPENDANTE;INTÉRÊT ÉCONOMIQUE;PRIORITÉ DES TRAVAILLEURS INDIGÈNES;RECHERCHE D'EMPLOI;ANNONCE INSÉRÉE DANS LA PRESSE | LEI.18; LEI.21; LEI.21.al1

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 ■ LPA ■ E 5 10).

E. 2

La recourante sollicite son audition.

E. 2.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale 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 et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, si elle 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 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

E. 2.2

En l'espèce, le dossier contient les éléments utiles permettant de statuer en connaissance de cause. La recourante a eu la possibilité de se déterminer par écrit à plusieurs reprises durant la procédure et de produire toute pièce utile. Comme elle l'a relevé, elle a déposé de nombreux documents et s'est exprimée « en 174 pages ». Dans ces conditions, il ne sera pas donné suite à sa demande d'audition qui n'apparaît pas nécessaire étant rappelé qu'elle n'a pas de droit à être entendue oralement.

E. 2.3

Pour les mêmes motifs, le TAPI n'a pas violé le droit d'être entendue de la recourante, étant précisé qu'il pouvait, par appréciation anticipée des preuves, considérer que l'audition du

témoin n'était pas nécessaire, compte tenu des considérants qui suivent.

E. 3

La recourante se plaint par ailleurs d'une violation de son droit d'être entendue aux motifs, d'une part qu'elle n'a pas eu accès au préavis de la commission tripartite et, d'autre part, que la décision n'était pas suffisamment motivée.

E. 3.1

L'autorité cantonale intimée émet un préavis dans le cadre des permis délivrés sur la base de l'art. 18 LEI. C'est le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) qui prend la décision d'octroi ou de refus de l'autorisation, avec la faculté de suivre ou non le préavis cantonal (art. 30 et 40 al. 2 LEI ; art. 83 al. 1 let. a, 85 al. 1 et 86 al. 1 OASA).

E. 3.2

À teneur de l'art. 4 al. 1 du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 9 mars 2009 (RaLEtr - F 2 10.01), la commission tripartite pour l'économie (ci-après : la commission), 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'OCIRT, au sens de l'art. 6 RaLEtr.

E. 3.3

L'OCIRT rend la décision préalable en matière de marché du travail après consultation de la commission (art. 6 al. 4 RaLEtr).

E. 3.4

La chambre de céans a déjà eu l'occasion de préciser que l'art. 6 al. 4 RaLEtr ne pose pas l'exigence d'un préavis écrit. La commission tripartite doit être consultée par l'OCIRT, mais ce dernier reste l'autorité décisionnaire. La forme de cette consultation peut parfaitement se faire en soumettant à la commission un dossier et en recueillant simplement son avis au cours de l'une de ses séances (ATA/420/2012 du 3 juillet 2012 consid. 5).

E. 3.5

En l'espèce, le préavis a été formulé oralement, à l'issue de la séance hebdomadaire de la commission tripartite. Dans ces conditions, le grief de violation du droit d'être entendu sur cette question n'est pas fondé. Par ailleurs, si la motivation de la décision de l'OCIRT tient effectivement en cinq lignes, elle mentionne que l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne sert pas les intérêts économiques de la Suisse selon l'art. 18 LEI et que l'ordre de priorité n'a pas été respecté avec la précision que l'employeur n'a pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE/AELE n'a pu être trouvé. En conséquence, si certes la motivation est succincte, la recourante a pu comprendre les raisons qui justifiaient le refus de sa requête. Elle a d'ailleurs pu motiver de façon fouillée le recours formulé à l'encontre de celle-ci. Le grief de violation du droit d'être entendu au motif d'une motivation insuffisante n'est pas fondé.

E. 4

L'objet du litige porte sur le refus de l'OCIRT de délivrer à la société recourante une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur d'une personne de nationalité britannique.

E. 4.1

La LEI et ses ordonnances, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour les ressortissants britanniques.

E. 4.2

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.

E. 4.3

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) lesquelles concernent respectivement les mesures de limitation (art. 20), l'ordre de priorité (art. 21), les mesures concernant les demandeurs d'emploi (art. 21a), les conditions de rémunération et de travail et le remboursement des dépenses des travailleurs détachés (art. 22), les qualifications personnelles (art. 23), le logement (art. 24) et l'admission de frontaliers (art. 25). Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/361/2020 du 16 avril 2020 consid. 4b et les arrêts cités). Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation. En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_30/2020 du 14 janvier 2020 consid. 3.1 ; ATA/1413/2024 du 3 décembre 2024 consid. 3.5 et les références citées). 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 [ci-après : TAF] C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3). Selon le ch. 4.3.1 des Directives du SEM, domaine des étrangers, 2013, état au 1^{er} avril 2025 (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 et pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATA/819/2024 du 9 juillet 2024 consid. 4.2.6) – 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. 4.4

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. 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

fédéral 2C_434/2014 du 8 août 2014 consid. 2.2 ; ATA/978/2024 du 20 août 2024 consid. 2.4). 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. 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 du SEM, ch. 4.3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 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 du SEM, ch. 4.3.2.2.2 ; 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). La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EUROpean Employment Services (EURES), ne peut être considérée comme une démarche suffisante (ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11). Par ailleurs, des démarches intervenues après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales (ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

E. 4.5

À teneur de l'art. 96 LEI, les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration (al. 1). Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire (al. 2).

E. 4.6

La chambre administrative ne connaît pas de l'opportunité des décisions prises 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/819/2024 du 9 juillet 2024 consid. 4.1).

E. 4.7

En l'espèce, la recourante a diffusé une annonce pour un poste dans le domaine du BIM sur le site G_____ le 27 août 2019 puis a fait appel aux services de la plate-forme H_____ le 7 juin 2021 pour un poste de BIM manager. Le 8 novembre 2021 elle a signé un premier contrat avec F_____. Sa demande pour frontalier du 3 janvier 2022 a été refusée le 13 juillet 2022 par l'OCIRT lequel relevait notamment le non-respect de l'ordre de priorité prévu par la loi. Un mois plus tard, le 12 août 2022, la société a annoncé, pendant une durée de 15 jours, la vacance du poste de BIM manager à l'OCE. Elle a reçu 16 candidatures provenant de Suisse ou des pays membres de l'UE/AELE. Une année après, le 2 juin 2023, elle a déposé une demande de permis de travail frontalier pour F_____, laquelle a été refusée par décision du 31 octobre 2023, objet de la présente procédure. Il ressort de la jurisprudence que des démarches intervenues après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales. À ce titre, la portée des démarches entreprises en août 2022 auprès de l'OCE doit être relativisée. De surcroît, à teneur tant du CV du travailleur concerné que surtout de son profil LINKEDIN, celui-ci travaille régulièrement pour la recourante depuis novembre 2021. La volonté de la recourante que la publication soit suivie d'effet et qu'elle procède à une analyse complète et fine des dossiers qui lui étaient soumis par ce biais doit être en conséquence nuancée. Il ressort surtout de la jurisprudence qu'il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de pourvoir le poste en question et qu'il s'est vu dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer l'activité concernée. Or, les démarches entreprises par la recourante apparaissent, quoiqu'elle en dise, légères. Elles consistent en une annonce sur le site G_____ le 27 août 2019, une annonce sur la plate-forme H_____ le 7 août 2021, ainsi que, suite au refus essuyé le 13 juillet 2022, la publication, pendant une durée de 15 jours, de la vacance du poste de BIM manager à l'OCE. Ces quelques démarches ne satisfont à l'évidence pas les exigences posées par l'art. 21 LEI et la jurisprudence. Certaines de ces recherches ont par ailleurs été effectuées que suite à l'engagement, le 8 novembre 2021, de F_____. Comme l'a déjà retenu la chambre de céans (ATA/565/2024 du 7 mai 2024), il aurait appartenu à l'employeur d'entreprendre des recherches plus poussées et de plus grande envergure sur les marchés du travail tant en Suisse que de l'UE/AELE, par exemple en faisant appel à des agences de recrutement et en publiant des annonces sur des sites Internet spécialisés, en Suisse et en Europe, et dans la presse spécialisée. La recourante n'a, au demeurant, pas non plus recouru à des outils simples, notamment les réseaux sociaux, sous réserve de LINKEDIN, selon ce qu'elle allègue. De telles démarches complémentaires à celles faites se seraient d'autant plus justifiées si, comme le soutenait la société, le poste était très spécifique et susceptible de lui apporter une importante plus-value. Le fait que F_____ connaissait déjà l'entreprise et ses méthodes de travail ne dispensait nullement la société de respecter la procédure prescrite. Cet élément ne justifiait pas non plus, à lui seul, une dérogation à l'ordre de priorité. Un tel raisonnement reviendrait à admettre qu'un employeur puisse ainsi contourner la loi et placer les autorités

devant le fait accompli. L'employeur doit en conséquence se voir reprocher de ne pas avoir entrepris des démarches suffisantes pour trouver un candidat ou une candidate suisse ou ressortissants de l'UE/AELE. Enfin, aucun élément ne permet de considérer que l'activité de F_____ serait susceptible d'avoir des retombées économiques importantes pour la Suisse au sens de l'art. 18 let. a LEI ni encore qu'elle revêtirait un intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEI. En effet, il n'est pas démontré que l'apport du précité contribuerait de manière substantielle à des investissements ou influencerait la diversification de l'économie régionale et internationale. La recourante a par ailleurs renoncé à faire venir le seul témoin qu'elle avait proposé pour attester, dans un document non signé, de la spécificité de son profil. Par ailleurs, si M_____ attestait que F_____ « était le seul dans le canton de Genève à posséder un profil de manager BIM spécialisé dans l'architecture paysagère » cela impliquait, a contrario, que hors du canton de Genève, d'autres personnes ont les qualifications et l'expertise requises, confirmant ainsi que la formation n'est pas si unique que ce que la recourante soutient. Pour le surplus, l'attestation d'M_____ insiste sur la contribution du précité au succès de la recourante et à sa renommée, ainsi que sur le professionnalisme du travailleur concerné, éléments non pertinents dans l'analyse des conditions des art. 18, singulièrement 21 LEI. Dans ces circonstances, l'OCIRT pouvait retenir, sans violer la loi ni commettre d'abus de son pouvoir d'appréciation, que la société n'avait pas démontré se trouver dans l'impossibilité d'embaucher un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, après avoir entrepris toutes les recherches utiles pouvant être exigées d'elle. En l'absence du respect de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI, qui constitue une condition légale cumulative à d'autres (art. 18 let. c cum 21 al. 1 LEI) en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, la décision de l'OCIRT est conforme au droit. Mal fondé, le recours sera rejeté.

E. 5

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui ne se verra pas allouer d'indemnité de procédure (art. 87 LPA). * * * * *

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