

GE_GERICHTE JTAPI/1118/2021 vom 7. Mai 2018

GE Cour de justice, 2018-05-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_1118_2021

FR: GE_GERICHTE JTAPI/1118/2021 du 7 mai 2018

IT: GE_GERICHTE JTAPI/1118/2021 del 7 maggio 2018

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

E. 2

Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

E. 3

Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce. Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

E. 4

Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

E. 4.1

; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b ; cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_860/2011 du 25 octobre 2011 consid. 2).

E. 5

Les recourants sollicitent la comparution personnelle des parties.

E. 6

Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 41 LPA, comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. En tant que droit de participation, le droit d'être entendu englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle

- 12/23 - A/1146/2021 puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2 et les références citées). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 134 I 140 consid. 5.3).

Le droit d'être entendu ne confère pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (art. 41 in fine LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_901/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3 ; 8C_8/2012 du 17 avril 2012 consid. 1.2).

E. 7

En l'espèce, le tribunal estime que le dossier contient les éléments suffisants et nécessaires, tel qu'ils ressortent des écritures des parties, des pièces produites et du dossier de l'autorité intimée, pour statuer sur le litige, de sorte qu'il n'apparaît pas utile de procéder à la comparution personnelle des parties. En tout état, les recourants ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments, dans le cadre de leur recours, puis de leur réplique, et enfin de leur écriture spontanée, et de produire tout moyen de preuve utile en annexe de ces écritures. Quoi qu'il en soit, les recourants n'expliquent pas quels éléments la procédure écrite les aurait empêché d'exprimer de manière pertinente et complète. Par conséquent, cette demande d'instruction, en soi non obligatoire, sera rejetée.

E. 8

Les recourants invoquent, dans un premier grief, une violation de leur droit d'être entendu, sous l'angle d'un défaut de motivation et du caractère arbitraire de la décision attaquée.

E. 9

L'art. 46 al. 1 LPA fait obligation aux autorités administratives de rendre des décisions motivées. L'obligation de motivation constitue un principe général du droit administratif découlant du droit d'être entendu (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_478/2017 du 8 mai 2018 consid. 2.1). Selon une jurisprudence constante, l'obligation de motiver n'impose pas à l'autorité d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_298/2017 du 30 avril 2018 consid. 2.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd. 2018, p. 531 n. 1573). Elle peut, au contraire, se limiter à ceux qui,

sans arbitraire, lui paraissent pertinents. Une motivation est suffisante lorsque le destinataire de la décision est en mesure de se rendre compte de la portée de cette dernière, d'en comprendre les raisons et de la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; ATA/661/2018 du 26 juin 2018 et les arrêts cités ; Pierre TSCHANNEN/Ulrich

- 13/23 - A/1146/2021 ZIMMERLI/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., 2014, p. 272 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 348 ss n. 2.2.8.3). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 138 IV 81 consid. 2.2; 134 I 83 consid. 4.1 et les références citées). L'autorité peut passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 126 I 97 consid. 2b). Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si elle ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 129 I 232 consid. 3.2; 126 I 97 consid. 2b et les références).

E. 10

En l'espèce, la décision litigieuse fait mention des dispositions légales sur lesquelles l'autorité intimée s'est fondée pour se prononcer. Elle indique également sa position, soit qu'il ne lui est pas possible de rendre une décision favorable, la demande ne servant pas les intérêts économiques de la Suisse, l'ordre de priorité n'ayant pas été respecté et les exigences relatives aux cuisiniers de spécialités n'étant pas remplies. Par conséquent, le tribunal constate que la décision attaquée, qui mentionne les bases légales topiques applicables ainsi que les motifs de refus, est claire, quand bien même elle serait erronée. Par ailleurs, s'il est exact que la décision litigieuse ne contient pas une partie consacrée exclusivement à un "état de fait" – ce qui n'est au demeurant pas une exigence légale – elle mentionne néanmoins les faits qui auraient dû être réunis pour aboutir à une décision favorable. On en déduit donc facilement quels sont les faits que l'autorité intimée a pris en considération (p. ex. le fait que le restaurant ne compte pas l'équivalent de 5 postes à plein temps).

Ces éléments ont d'ailleurs permis aux recourants, représentés par leur conseil, de motiver leur recours de manière complète. L'autorité intimée s'est expliquée plus en détail dans ses observations du 31 mai 2021 puis dans sa duplique du 21 juillet 2021. Il sera rappelé à cet égard qu'un éventuel défaut de motivation peut être réparé par la prise de position de l'autorité intimée, suite à un recours, si l'administré se voit offrir la possibilité de s'exprimer à son sujet et que l'autorité de recours peut examiner librement les questions de fait et de droit (cf. ATF 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_272/2010 du 16 mars 2011 consid. 2.6.2 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1577 p. 522 et les arrêts cités), tel qu'en l'espèce. En conclusion, infondé, le grief de violation du droit d'être entendu et d'arbitraire sera écarté.

E. 11

La LEI et ses ordonnances d'exécution, 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 de Suisse des

- 14/23 - A/1146/2021 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 n'est pas le cas du recourant, qui est ressortissant du Pakistan.

E. 12

Selon l'art. 11 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 (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3).

E. 13

À teneur 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 économiques du pays (let. a), son employeur a déposé une demande (let. b) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c), notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEI), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEI). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit au recourant (arrêt du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018 consid.

E. 14

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 (art. 21 al. 1 LEI).

En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. 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 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c).

E. 15

Les conditions d'admission ont matériellement pour but de gérer de manière « restrictive » l'immigration ne provenant pas de la zone UE/AELE, de servir conséquemment les intérêts économiques à long terme et de tenir compte de

- 15/23 - A/1146/2021 manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (cf. notamment ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; C-6198/2014 du 18 mai 2015 consid. 6.1).

E. 16

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. 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c et les arrêts cités).

Il revient à l'employeur de démontrer qu'il a entrepris des recherches à une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE/AELE 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/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

E. 17

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. (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2 ; F-1992/2015 du 10 mars 2017 consid. 5.5 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c).

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

- 16/23 - A/1146/2021 du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11).

E. 18

La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, 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, in 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5d). 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. 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 (cf. ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6b ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 s. et les références citées).

Selon les directives et commentaires du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM ; Séjour avec activité lucrative [ci-après : directives LEI], état au 1er août 2021, ch. 4.3.1, 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 applicable ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 ; ATA/896/2018 du 4 septembre 2018), 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 à s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'oeuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans le 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 8.3 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015 consid. 12).

- 17/23 - A/1146/2021

E. 19

S'agissant plus spécifiquement des cuisiniers de restaurants de spécialités, conformément aux directives LEI (ch. 4.7.9.1.1), l'engagement de ces derniers peut être autorisé aux conditions suivantes : « a) l'employeur (restaurant de spécialités) suit une ligne cohérente, se distingue par la haute qualité de l'offre et des services et propose, pour l'essentiel, des mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières qui ne peuvent être acquises dans notre pays ; b) l'employeur démontre qu'il a déployé tous les efforts de recherche possibles ; c) les établissements exploitant de surcroît un fast-food ou proposant des plats à l'emporter reçoivent une autorisation uniquement si ces services ne représentent qu'une part minimale du chiffre d'affaires par rapport à la restauration proprement dite ; d) L'effectif du personnel de l'établissement équivaut à cinq postes (500%) au moins. Les stagiaires des écoles hôtelières ne peuvent pas être intégrés dans le décompte des postes de travail occupés ; e) L'établissement dispose de 40 places au moins à l'intérieur ; f) L'établissement présente un bilan et un compte de résultat sains, n'accuse pas de pertes et est en mesure de rémunérer tous les employés conformément à la CCNT ; g) Le salaire doit être conforme aux conditions en usage dans la localité et la profession et correspondre au moins aux normes fixées dans la Convention collective nationale de travail (CCNT) pour les hôtels, restaurants et cafés, catégorie IV [...] ».

E. 20

Selon l'art. 20 al. 1 1^{ère} phr. LEI, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et les autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Cette compétence se trouve mise en oeuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA (cf. ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 8). En particulier, à teneur de l'art. 20 al. 1 OASA, les cantons peuvent délivrer aux étrangers qui ne sont pas couverts par le champ d'application de l'ALCP ou de la Convention instituant l'AELE des autorisations de séjour dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2, ch. 1, let. a. Selon celle-ci, le nombre maximum de telles autorisations pour l'année 2021 est de nonante s'agissant du canton de Genève et de cent-onze pour le canton de Vaud. L'art. 20 LEI consacre le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers, à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Échange (AELE - RS 0.632.31).

E. 21

À teneur de l'art. 40 al. 1 LEI, les autorisations prévues aux art. 32 à 35 et 37 à 39 LEI sont octroyées par les cantons. Les compétences de la Confédération sont réservées en matière de mesures de limitation (art. 20), de dérogations aux conditions d'admission (art. 30) et de procédure d'approbation (art. 99).

- 18/23 - A/1146/2021 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 (art. 40 al. 2 LEI).

E. 22

L'art. 38 al. 2 LEI précise que le titulaire d'une autorisation de séjour admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ou indépendante peut l'exercer dans toute la Suisse. Il peut changer d'emploi sans autre autorisation.

E. 23

En l'espèce, la décision litigieuse retient tout d'abord que l'ordre de priorité n'a pas été respecté. Les recourants, après avoir allégué dans un premier temps que cette condition était remplie au vu des diverses offres d'emploi publiées sans succès, ont indiqué que l'ordre de priorité ne trouvait pas application in casu, M. A_____ étant titulaire d'une autorisation de séjour avec activité lucrative sans restriction au moment où il avait été engagé par le restaurant B_____. Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, si la condition du respect de l'ordre de priorité s'applique au présent cas. Le titre de séjour avec activité lucrative délivré le 15 août 2019 à M. A_____ tel qu'il apparaît au dossier ne fait état d'aucune limitation de mobilité. La décision d'approbation du SEM produite prévoit, quant à elle, que le changement d'emploi n'est, en règle générale, pas accordé. Il convient toutefois de relever qu'elle n'interdit pas celui-ci. En outre, aucun élément au dossier ne démontre que la mobilité professionnelle de M. A_____ aurait été explicitement restreinte dans le cadre de la délivrance du titre de séjour avec activité lucrative du 15 août 2019. Par conséquent, le tribunal constate que M. A_____ était autorisé, sur la base de l'art. 38 al. 2

LEI précité, à exercer une activité lucrative dans toute la Suisse, sans autorisation particulière supplémentaire, durant la validité du titre délivré par les autorités vaudoises, soit jusqu'au 17 mai 2020. Cependant, à l'échéance de ce délai, le renouvellement de ce titre de séjour – qui n'était pas définitif mais soumis à prolongation, comme cela ressort de la mention « séjour limité à 24 mois » qui figure sur ce titre - devait être examiné. Or, au moment où le restaurant B _____ a sollicité le renouvellement du titre de séjour de M. A _____ auprès de l'OCPM, soit le 17 juillet 2020, ce dernier ne bénéficiait d'aucune autorisation en cours de validité. La date effective de prise d'emploi de M. A _____ à Genève, soit le 1er novembre 2019 selon les déclarations des recourants, qui est antérieure à l'échéance de la validité de l'autorisation de séjour du précité, n'est pas déterminante, dès lors qu'à ce moment, les autorités du lieu d'exercice de cette activité lucrative n'en avaient pas été informées. Par conséquent, si M. A _____ avait le droit de travailler pour un restaurant – tant genevois que vaudois - jusqu'au 17 mai 2020, sur la base de l'unité de contingent octroyée par les autorités vaudoises, il faut cependant retenir qu'à compter de cette date, les autorités compétentes, soit celles du lieu d'exercice de l'activité lucrative, - 19/23 - A/1146/2021 devaient examiner si les conditions de renouvellement étaient remplies. La demande de prolongation de son titre, déposée par M. A _____ auprès du service de l'habitant vaudois le 18 mai 2020 ne saurait conduire à une autre conclusion, dès lors que cette requête aurait dû être déposée auprès des autorités compétentes du canton dans lequel ce dernier souhaitait déployer son activité lucrative, soit Genève, ce qui a d'ailleurs été fait ultérieurement. Par conséquent, force est de constater que la prise d'emploi de M. A _____ auprès du restaurant genevois B _____ à l'issue de la période de validité de l'autorisation délivrée par les autorités vaudoises devait respecter l'ordre de priorité au moment de la requête déposée en ce sens par cet employeur auprès de l'OCPM le 17 juillet 2020. S'agissant du respect de l'ordre de priorité, il apparaît que les annonces sur les sites internet JobUp et auprès de l'OCE ont été postées, selon les éléments au dossier, en janvier 2021, soit près de six mois après le dépôt de la demande de titre de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A _____. L'annonce publiée sur le site Petitesannonces.ch est, quant à elle, non datée et les problèmes rencontrés pour publier l'offre d'emploi sur la plateforme EURES, qui, de l'aveu même des recourants, étaient dus à des informations manquantes, ne sauraient justifier le dépôt tardif de l'offre d'emploi sur ce support. Ainsi, aucun élément au dossier ne laisse à penser que le restaurant B _____ aurait procédé à des recherches afin de déterminer si un travailleur indigène, originaire de la zone UE/AELE ou au bénéfice d'un titre de séjour en Suisse aurait pu convenir pour ce poste avant de déposer sa requête en faveur de M. A _____. Or, il découle des jurisprudences rappelées ci-dessus qu'il n'est non seulement pas admissible de chercher à justifier a posteriori les efforts faits pour pourvoir le poste en question, comme l'ont fait les recourants, mais qu'il est également nécessaire d'étendre les recherches, via la presse, internet et les sociétés de placement de personnel, en dehors du territoire cantonal et même en dehors du territoire suisse. Or, le restaurant B _____ s'est contenté d'une annonce auprès de Jobup et de Petitesannonces.ch, ce qui est largement insuffisant en regard des exigences qui viennent d'être rappelées. En outre, s'agissant de la publication auprès de l'OCE, force est de constater qu'une durée de sept jours ne peut être considérée comme étant suffisante pour tenter de trouver un candidat, a fortiori si, comme relevé par les recourants eux-mêmes, les qualifications requises sont particulièrement spécifiques et nécessitent une expérience conséquente. Par conséquent, le fait que l'employeur n'a prétendument reçu que deux réponses suite à ses annonces, respectivement aucune

s'agissant de la publication auprès de l'OCE et d'EURES, est, quoi qu'il en soit, non relevant et ne permet nullement de démontrer la difficulté de trouver des candidats suffisamment qualifiés sur le marché local, contrairement à ce que prétendent les recourants. Pour le surplus, le fait que l'ordre de priorité ait été considéré comme respecté par les autorités vaudoises dans le cadre d'une demande ultérieure ne saurait signifier qu'il l'est également lors de la demande de renouvellement dans un autre canton.

- 20/23 - A/1146/2021 En effet, il y a lieu de relever que l'employé au bénéfice d'un permis de travail soumis à renouvellement qui fait le choix de changer d'employeur doit accepter qu'à l'issue de la validité de ce titre, l'autorité compétente examine si l'ordre de priorité a été respecté par ce nouvel employeur, étant rappelé que la décision de délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative prend en compte la situation globale, tant de l'employé que de l'employeur. Ainsi, les spécificités du restaurant qui souhaite l'employer ainsi que celles du canton dans lequel il déploie ses activités doivent être prises en compte et il ne peut être considéré que l'octroi d'un titre de séjour avec activité lucrative en faveur d'un ressortissant étranger par un canton suisse lui donne le droit, à l'échéance de la validité de son titre de séjour, d'œuvrer dans toute la Suisse pour n'importe quel autre employeur sans examiner si les conditions d'octroi d'un tel titre de séjour sont remplies, sauf à vider de leur sens les dispositions légales et réglementaires applicables en matière de prise d'emploi par les ressortissants étrangers. En conclusion, c'est à bon droit que la décision attaquée retient l'absence de respect de l'ordre de priorité. S'agissant de l'intérêt économique, les recourants mettent principalement en avant les compétences culinaires spécifiques du recourant, qui ne sont pas contestées, ainsi que son expérience et la plus-value que celles-ci apportent au restaurant. Or, ces questions ne concernent que l'intérêt du restaurant B _____ à pouvoir garder M. A _____ parmi ses employés, et non l'intérêt qu'il y aurait pour la place économique suisse à ce que M. A _____ puisse conserver son emploi. Même si M. A _____ est, à teneur des attestations et certificat de travail intermédiaire produits, un cuisinier compétent en matière de cuisine indienne et pakistanaise, il ne ressort pas du dossier que les tâches qui lui sont confiées relèveraient d'un haut niveau de spécialisation. Quant aux arguments selon lesquels la cuisine proposée par le restaurant B _____ répond à une demande de la clientèle genevoise, dès lors qu'elle se prête notamment bien à la dégustation à l'emporter, qui ne sont pas contestés non plus, il ne peut toutefois pas être retenu que l'activité de M. A _____ au sein de ce restaurant se déploie dans un secteur dans lequel régnerait une pénurie de main-d'oeuvre. Ainsi, il ne peut être exclu que des ressortissants suisses, des personnes au bénéfice d'un titre de séjour ou des ressortissants UE / AELE soient en mesure d'occuper le poste de M. A _____. En outre, s'agissant de l'intérêt économique du restaurant pour le canton et la Suisse, le tribunal constate qu'il n'a pas été démontré que l'existence et l'exploitation du restaurant B _____ – qui ne sont pas remises en cause dans le cadre de la présente procédure – dépendraient de la présence de M. A _____, étant relevé que ce restaurant déployait déjà son activité dans le canton avant d'employer le recourant en son sein et qu'il compte parmi son personnel un ressortissant pakistanais au bénéfice d'un permis B au poste de cuisinier, ce qui démontre qu'il n'est pas impossible de trouver des candidats prioritaires pour ce type de postes. Enfin, contrairement aux allégations des recourants, le fait que les autorités compétentes vaudoises aient considéré, antérieurement, que l'activité déployée par le recourant au sein du restaurant vaudois D _____ présentait un intérêt économique pour la

- 21/23 - A/1146/2021 Suisse, ne signifie pas que cet intérêt doit également être reconnu - sans autre - s'agissant d'une activité lucrative déployée en faveur d'un autre employeur et dans un autre canton. Il sera en effet rappelé que le droit fédéral applicable prévoit la compétence des cantons en matière d'octroi d'autorisations d'activité lucrative et attribuée à ces derniers, dans ce cadre, des unités de contingents dont le nombre diffère selon le canton concerné. Ainsi, conformément au système choisi par le législateur suisse, les cantons bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si une requête remplit les conditions légales et le fait que celles-ci aient été considérées comme réunies par les autorités vaudoises, qui disposent de cent-onze unités de contingent pour l'année 2021, dans le cadre de l'activité déployée par le recourant pour le compte d'un restaurant vaudois au sein d'une région donnée, ne signifie pas que ces mêmes conditions seraient forcément remplies dans le cas d'une prise d'emploi du précité à Genève, canton disposant de nonante unités pour 2021, dans une région avec des spécificités différentes et pour un autre employeur. Enfin, la progression du bilan de l'entreprise recourante est un fait établi, mais cette évolution, certes positive, ne saurait conduire à faire abstraction des chiffres absolus liés aux résultats de l'entreprise, qui restent très inférieurs à ce qui peut être considéré comme économiquement important pour la Suisse. Par conséquent, sous l'angle du critère de l'intérêt économique au sens de l'art. 18 let. a LEI, la décision litigieuse constate à bon escient que le poste mis au concours ne justifie pas de prélever une unité sur le contingent cantonal des personnes étrangères autorisées à séjourner pour activité lucrative. Pour le surplus, l'analyse, par l'autorité intimée, des critères complémentaires posés par les directives LEI s'agissant des cuisiniers de spécialités et des conditions personnelles du recourant ne prête pas flanc à la critique. En effet, s'il n'est pas contesté que ce dernier perçoit désormais une rémunération supérieure au minimum requis, qu'il bénéficie d'une expérience importante dans le domaine de la cuisine indienne et pakistanaise et que l'établissement qui l'emploie compte un nombre total de places supérieur à celui exigé, il n'en demeure pas moins que certaines des conditions posées ne sont pas remplies. Ainsi, il n'a pas été démontré que le recourant possède un niveau A2 en français, étant précisé qu'il s'agit d'une exigence objective et que la question de savoir si des connaissances dans cette langue sont nécessaires pour l'exercice de son activité lucrative n'est pas déterminante. L'appréciation différente des autorités vaudoises à ce sujet ne constitue pas un élément déterminant en faveur de l'admission du recours, la décision litigieuse reposant de façon valable sur plusieurs autres aspects. La prise en compte des recettes des ventes à l'emporter pour l'année 2019 qui, selon les explications des recourants - qu'ils ont nuancées par la suite en expliquant qu'il était difficile de distinguer les recettes relatives aux ventes à l'emporter sur la base du bilan - se montaient à 50 % du chiffre d'affaires pour cette année-là, ne saurait être relativisée en raison de la crise sanitaire, la fermeture y relative des établissements ayant débuté au printemps 2020. Quant au fait qu'un taux de quatre postes - au lieu de cinq - devait être considéré comme suffisant au vu des

- 22/23 - A/1146/2021 difficultés économiques en lien avec cette pandémie, le tribunal constate qu'il n'apparaît pas illégitime, dans l'intérêt économique de la Suisse, de prendre en compte la pérennité prévisible d'une entreprise en posant certaines conditions avant de délivrer un titre de séjour avec activité lucrative en faveur d'un nouvel employé, en particulier eu égard aux problématiques financières particulières en lien avec le Covid-19. En tout état, cet élément n'est, à lui seul, pas déterminant et l'autorité intimée n'a pas fondé sa décision de refus sur ce point uniquement. Enfin, l'argument des recourants, selon lequel il ne serait pas acceptable que des ressortissants étrangers puissent, sur la base de l'art. 30

al. 1 let. k LEI, voir leur réadmission en Suisse facilitée alors que le recourant ne pouvait, quant à lui, voir son autorisation renouvelée, tombe à faux, la disposition légale précitée visant un tout autre cas de figure que celui faisant l'objet du présent recours et ne trouvant pas application, mutatis mutandis, au recourant.

E. 24

En conclusion, au vu des développements qui précèdent, c'est à bon droit que l'autorité intimée a rendu la décision attaquée, qui doit être confirmée. Mal fondé, le recours est rejeté.

E. 25

En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), les recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent, sont condamnés au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 800.- ; il est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

E. 26

En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

- 23/23 - A/1146/2021

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