

# **GE\_GERICHTE JTAPI/326/2024 vom 11. April 2024**

GE Cour de justice, 2024-04-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_JTAPI\\_326\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_326_2024)

FR: GE\_GERICHTE JTAPI/326/2024 du 11 avril 2024

IT: GE\_GERICHTE JTAPI/326/2024 del 11 aprile 2024

## **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**

Préalablement, la recourante demande l'audition de M. C\_\_\_\_\_, son administrateur, lequel pourrait renseigner le tribunal sur les recherches entreprises, à grande échelle, afin de trouver un candidat pour le poste d'analyste financier.

### **E. 4**

Garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 135 I 279 consid. 2.6.1 ; 135 I 187 consid. 2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_529/2016 du 26 octobre 2016 consid. 4.2.1 ; 5A\_681/2014 du 14 avril 2015 consid. 31 ; ATA/289/ 2018 du 27 mars 2018 consid. 2b). Ce moyen doit dès lors être examiné en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2).

- 7/15 - A/3070/2023 Il comprend notamment le droit, pour l'intéressé, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 142 II 218 consid. 2.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les arrêts cités).

### **E. 5**

Ce droit ne s'étend toutefois qu'aux éléments pertinents pour décider de l'issue du litige et le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il 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 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_159/2020 du 5 octobre 2020 consid. 2.2.1).

#### **E. 6**

En l'espèce, le tribunal estime que le dossier contient les éléments suffisants et nécessaires à l'établissement des faits pertinents pour traiter les griefs soulevés par la recourante et statuer sur le litige. La recourante n'indique pour le surplus pas en quoi la procédure écrite l'aurait empêché, dans le cadre de son recours, d'exprimer de manière complète et précise l'ensemble des faits pertinents. De la même manière, elle n'explique pas en quoi l'audition de M. C \_\_\_\_\_ serait pertinente, étant rappelé que la simple affirmation d'avoir entrepris des recherches à grande échelle ne saurait en tout état être considérée comme suffisante au regard de l'art. 21 LEI, point qui sera examiné ci-après. Par conséquent, il ne se justifie pas de procéder à l'audition du précité.

#### **E. 7**

La recourante reproche à l'OCIRT d'avoir violé son droit d'être entendu sous deux aspects. Elle n'aurait pas disposé de suffisamment de temps pour se déterminer avant le prononcé de la décision querellée et cette dernière ne serait pas suffisamment motivée.

#### **E. 8**

La base constitutionnelle et le contenu essentiel du droit d'être entendu ont déjà été mentionnés plus haut. Les modalités de sa mise en œuvre sont déterminés en premier lieu par les dispositions de droit cantonal de procédure (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_615/2016 du 15 juillet 2017 consid. 3.2.1 et les références citées ; ATA/289/ 2018 du 27 mars 2018 consid. 2b). Il est concrétisé à l'art. 41 LPA, selon lequel les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision.

#### **E. 9**

Le droit d'être entendu sert non seulement à établir correctement les faits, mais constitue également un droit indissociable de la personnalité garantissant à

- 8/15 - A/3070/2023 un particulier de participer à la prise d'une décision qui touche sa position juridique. Il comprend, en particulier, le droit pour la personne concernée de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves pertinentes quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, 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 puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure (ATF 138 II 252 consid. 2.2 ; 138 I 484 consid. 2.1 ; 138 I 154 consid. 2.3.2 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C\_472/2014 du 3 septembre 2015 consid. 4.1 ; ATA/80/2016 du 26 janvier 2016 consid. 2). L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (ATA/778/2018 du 24 juillet 2018 consid. 3a et les références citées).

#### **E. 10**

Dans une procédure initiée sur requête d'un administré, celui-ci est censé motiver sa requête en apportant tous les éléments pertinents ; il n'a donc pas un droit à être encore entendu avant que l'autorité ne prenne sa décision afin de pouvoir présenter des observations complémentaires (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, n° 1528 ss, p. 509 s ; ATA/523/2016 du 21 juin 2016 consid. 2b).

#### **E. 11**

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique aussi pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que l'autorité ou le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; ATF 137 II 266 consid. 3.2 ; ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATF 134 I 83 consid. 4.1 ; ATA/967/2016 du

#### **E. 15**

La recourante conteste le refus de l'OCIRT de délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative (permis B) à Mme D\_\_\_\_\_, qu'elle souhaite engager comme « Risk Finance Manager ».

#### **E. 16**

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 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), notamment par l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681).

- 10/15 - A/3070/2023

#### **E. 17**

En l'occurrence, Mme D\_\_\_\_\_ étant ressortissante ukrainienne et non d'un pays membre de la Communauté européenne, la demande de permis déposée en sa faveur ne peut être examinée que sous l'angle de la LEI.

#### **E. 18**

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. 19**

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).

#### **E. 20**

En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour pour activité lucrative (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; 2D\_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.2 ; ATA/1094/2019 du

#### **E. 25**

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 manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal

- 12/15 - A/3070/2023 administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; C-6198/2014 du 18 mai 2015 consid. 6.1 ; C-857/2013 consid. 5).

#### **E. 26**

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 ; directives LEI, ch. 4.3.2.1).

#### **E. 27**

Il revient à l'employeur de démontrer avoir 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3). 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).

#### **E. 28**

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

- 13/15 - A/3070/2023 consid. 8.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

#### **E. 29**

Conformément à l'art. 90 LEI, l'étranger et les tiers participant à une procédure prévue par la loi doivent collaborer à la constatation des faits déterminants pour son application. Ils doivent en particulier fournir des indications exactes et complètes sur les éléments déterminants pour la réglementation du séjour (let. a) et fournir sans retard les moyens de preuves nécessaires ou s'efforcer de se les procurer dans un délai raisonnable (let. b).

#### **E. 30**

En l'espèce, au vu des écritures des parties et des pièces versées à la procédure, le tribunal parvient à la conclusion que l'OCIRT n'a pas violé les dispositions légales énoncées plus haut ou méusé de son pouvoir d'appréciation en refusant l'octroi de l'autorisation de travail sollicitée en faveur de la recourante. Sous l'angle de l'art. 21 al. 1 LEI, force est d'admettre que la démarche initiée par la recourante en avril 2023 en vue de trouver un analyste financier, n'a effectivement de loin pas atteint le niveau de recherches requis par la loi et la jurisprudence. Elle s'est en effet contentée d'annoncer la vacance du poste à l'OCE le 20 avril 2023. Or, une telle démarche ne suffit pas, en l'état des règles en vigueur, pour considérer qu'elle se serait acquittée de ses obligations légales en matière de priorité du marché suisse ou européen. On observera par ailleurs que Mme D\_\_\_\_\_ a signé son contrat de travail le 9 janvier 2023, soit plus de trois mois avant l'annonce du poste à l'OCE, ce qui tend à démontrer que l'employeur n'avait en réalité nullement l'intention de prendre en considération les éventuelles candidatures du service de placement et que la demande déposée en sa faveur relève principalement de la convenance personnelle. Compte tenu des difficultés rencontrées pour trouver un/e candidat/e remplissant les conditions requises par le poste, il aurait appartenu à la recourante d'entreprendre des recherches bien plus poussées et de plus grande envergure sur les marchés du travail tant 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. De telles démarches sont certes coûteuses, mais elles incombent à l'employeur, d'autant plus lorsqu'il cherche à pourvoir un poste extrêmement spécifique qui apportera une importante plus-value à son entreprise et la marche de ses affaires. Quant aux explications données par la société, à savoir que M. C\_\_\_\_\_ aurait entrepris des recherches à large échelle, notamment lors des différentes conférences auxquelles il avait pris part, elles ne

convainquent pas. Ses démarches ne sont au demeurant attestées par aucune pièce et ne correspondent en tout état pas à ce qui est attendu d'un employeur sous l'angle du respect du principe de priorité.

Dans ces conditions, force est de retenir, avec l'autorité intimée, que la société recourante n'est pas parvenue à démontrer avoir été réellement et concrètement dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du

- 14/15 - A/3070/2023 poste sur le marché local ou européen, en particulier parce qu'elle aurait, en vain, entrepris toutes les recherches utiles et nécessaires susceptibles d'être attendues d'elle, qui permettraient de retenir que la condition de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI serait remplie.

L'une des conditions légales cumulatives applicables (art. 18 let. c cum 21 al. 1 LEI) n'ayant pas été respectée, il n'est pas nécessaire d'examiner si les autres conditions sont réalisées. Le tribunal relèvera néanmoins encore qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'activité que Mme D\_\_\_\_\_, aussi compétente soit-elle, serait amenée à déployer au sein de la société pourrait réellement avoir des retombées économiques positives pour l'économie suisse et, ainsi, représenter un intérêt pour ce pays au sens de l'art. 18 let. a LEI, tel que défini plus haut, que ce soit en termes d'investissements ou de diversification de l'économie régionale, étant rappelé qu'il convient de ne pas confondre l'intérêt économique de la Suisse avec celui de la société recourante à engager une personne particulière.

### **E. 31**

Au vu de ce qui précède, il faut constater que le refus de l'OCIRT n'apparaît pas critiquable et que la décision querellée ne viole pas le droit fédéral. Celui-ci ne s'est pas fondé sur des considérations dénuées de pertinence et étrangères au but visé par la loi pour forger sa décision. La recourante ne démontre d'ailleurs pas en quoi cette dernière serait constitutive d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation. On doit ainsi parvenir à la conclusion que l'appréciation que l'OCIRT a fait de la situation de la recourante demeure parfaitement défendable et, partant, admissible, étant souligné que lorsque le législateur a voulu conférer à l'autorité de décision un pouvoir d'appréciation dans l'application d'une norme, le juge qui, outrepassant son pouvoir d'examen, corrige l'application pourtant défendable de celle-ci à laquelle ladite autorité a procédé viole le principe de l'interdiction de l'arbitraire (cf. ATF 140 I 201 consid. 6.1 et les références citées). Le recours, mal fondé, doit donc être rejeté.

### **E. 32**

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), la recourante, qui succombe, est condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 500.-. Il est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours.

### **E. 33**

Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

### **E. 34**

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 SEM.

- 15/15 - A/3070/2023

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