

GE_GERICHTE JTAPI/526/2024 vom 30. Mai 2024

GE Cour de justice, 2024-05-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_526_2024

FR: GE_GERICHTE JTAPI/526/2024 du 30 mai 2024

IT: GE_GERICHTE JTAPI/526/2024 del 30 maggio 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

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. 5

Dans un premier grief, la recourante se prévaut d'une violation de son droit d'être entendue, sous l'angle du défaut de motivation de la décision attaquée.

E. 6

Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) est une garantie de nature formelle, 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 ; 133 III 235 consid. 5.3; arrêt du Tribunal

- 9/16 - A/3774/2023 fédéral 5A_825/2012 du 17 avril 2013 consid. 3.1). Ce moyen doit dès lors être examiné en premier lieu (ATF 137 I 195 consid. 2.2).

Il implique notamment, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_478/2017 du 8 mai 2018 consid. 2.1). L'art. 46 al. 1 LPA fait de plus obligation aux autorités administratives de rendre des décisions motivées.

E. 7

Selon une jurisprudence constante, l'obligation de motiver n'impose pas à l'autorité d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuves 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). Il suffit, au regard de ce droit, qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que les intéressés puissent se rendre compte de la portée de celle-ci et la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2). La portée de l'obligation de motiver dépend des circonstances concrètes, telles que la nature de la procédure, la complexité des questions de fait ou de droit, ainsi que la gravité de l'atteinte portée à la situation juridique des parties. 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. En outre, la motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 IV consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_415/2019 du 27 mars 2020 consid. 2.1). Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 134 I 83 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_56/2015 du 13 mai 2015 consid. 2.1). Il ressort toutefois de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'autorité de recours exerce le même pouvoir d'examen que l'autorité de décision (ATF 129 II 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300; ATF 126 I 68 c. 2 p. 72, RDAF 2001 I 586; ATF 124 II 132 c. 2d p. 138). La réparation du vice doit toutefois demeurer exceptionnelle, en particulier lorsqu'il s'agit d'une violation grave, surtout parce que l'exercice différé du droit d'être entendu ne constitue le plus souvent qu'un succédané imparfait de l'audition préalable qui a été omise (ATF 116 V 182 c. 3c p. 187; ATE 105 la 193 c. 2b/cc p. 197). En outre, elle n'entre en considération que si la personne touchée ne subit aucun préjudice dans l'exercice différé du droit d'être entendu et dans la réparation du vice. Il ne serait en aucun cas admissible que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte (ATF 129 I 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300).

E. 8

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

- 10/16 - A/3774/2023 demande ne servant pas les intérêts économiques de la Suisse et l'ordre de priorité n'ayant pas été respecté. Par conséquent, le tribunal constate que la

décision attaquée, qui mentionne les bases légales topiques applicables ainsi que les motifs de refus, est claire. La recourante a ainsi été en mesure de comprendre le sens et la portée de cette décision. Elle a d'ailleurs exposé en détail dans son recours les raisons qui commandaient, à son sens, l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en sa faveur. Pour le surplus, les échanges auxquels les parties ont pu procéder dans la présente procédure ont permis à chacune d'elles d'exprimer clairement sa position, de sorte qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu pour les motifs évoqués plus haut serait en tout état réparée.

Infondé, ce grief d'ordre formel doit donc être écarté.

E. 9

Sur le fond, la recourante soutient que, contrairement à ce que retient la décision litigieuse, son engagement auprès de B_____ répondrait aux intérêts économiques de la Suisse et respecterait l'ordre de priorité.

E. 10

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), ce qui est le cas pour les ressortissants brésiliens.

E. 11

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. 12

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. 13

En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit (arrêts du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêts du Tribunal

- 11/16 - A/3774/2023 administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C-5420/2012 du

E. 15

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

- 12/16 - A/3774/2023 membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 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). 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 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1). 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). 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. (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2). 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

- 13/16 - A/3774/2023 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/AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEtr et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette

activité (ATA/361/2020 du 16 avril 2020 consid. 4c et les références citées). 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. (ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11).

E. 16

Par ailleurs, l'étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEI). Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail, ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe aussi de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires (art. 22 al. 1 OASA).

E. 17

Selon les directives LEI (ch. 4.7.12.1), l'admission en Suisse des artistes de scène doit répondre à plusieurs conditions. Ainsi notamment les établissements requérants doivent être des théâtres et des opéras d'une certaine importance et des orchestres symphoniques et le nombre de ressortissants de pays hors UE/AELE ne doit pas dépasser ¼ de l'effectif total du personnel artistique. L'ordre de priorité prévu à l'art. 21 LEI doit être respecté. Pour démontrer les efforts de recrutement qu'il a déployés, l'employeur doit fournir la preuve qu'il a organisé une procédure de sélection (par ex. audition) permettant aux artistes suisses et aux ressortissants d'États membres de l'UE/AELE de faire valoir la maîtrise de leur art. Le dossier de demande doit contenir également des informations sur la procédure de sélection (par ex. le nombre de candidatures pour chaque nationalité, le nombre de personnes auditionnées, un extrait du procès-verbal relatif au choix des candidats). S'agissant des conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), l'engagement doit porter sur une année et correspondre à 75 % d'une occupation à temps complet. La rétribution doit être conforme aux conditions de rémunération usuelles du lieu, de la profession et de la branche et doit permettre à l'artiste de subvenir à ses besoins. Qu'il s'agisse d'une autorisation initiale ou d'un changement d'emploi, une autorisation ne sera octroyée que si l'artiste est engagé directement par le centre culturel et non par l'intermédiaire d'une agence ou d'un manager. Enfin, quant aux qualifications personnelles (art. 23 LEI), il doit s'agir d'acteurs, musiciens, chanteurs et danseurs de ballet, justifiant d'une formation professionnelle complète dans leur domaine.

E. 18

Enfin, 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

- 14/16 - A/3774/2023 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. 19

En l'espèce, au vu des écritures des parties et des pièces versées à la procédure, le tribunal parvient à la conclusion que l'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, qui dispose en la

matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît pas inappropriée. Il n'est en tout cas pas fondé sur des éléments dépourvus de pertinence, négligeant des facteurs décisifs ou guidée par une appréciation insoutenable des circonstances, que ce soit dans son approche ou dans son résultat. Au vu des circonstances, on ne peut admettre qu'il a fait un usage excessif ou abusif dudit pouvoir d'appréciation, étant rappelé 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 cette norme à laquelle ladite autorité a procédé viole lui-même le principe de l'interdiction de l'arbitraire (cf. ATF 140 I 201 consid. 6.1 et les références citées). Ni les compétences professionnelles de Mme A_____, documentées, ni les avantages qu'elle procurerait à B_____, ne sont remis en cause. Cependant, sous l'angle du respect du principe de la priorité, force est de constater que B_____ n'a entrepris aucune démarche pour trouver un travailleur indigène ou ressortissant de l'UE/AELE afin de pourvoir le poste considéré, malgré les spécificités de celui-ci, ce que la recourante n'a d'ailleurs même pas allégué dans ses écritures. B_____ n'a pas annoncé le poste à l'OCE, ni sur aucun autre site d'ailleurs. Or, compte tenu du profil spécifique recherché, elle aurait été tenue de procéder à des recherches étendues, notamment en publiant une annonce sur des sites spécialisés tant en Suisse qu'à l'étranger, d'éventuellement mandater une agence de placement à cette fin, de recourir aux réseaux sociaux ou encore de s'adresser à des organismes spécialisés, puis de procéder aux auditions des éventuels candidats. Dans ces conditions, force est de retenir que la condition de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI n'est pas remplie au motif que la recourante n'a pas démontré que B_____ avait été dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, en particulier parce que celle-ci avait, en vain, entrepris toutes les recherches utiles et nécessaires susceptibles d'être attendues d'elle. L'une des conditions légales cumulatives applicables n'ayant pas été respectée, il n'est pas nécessaire d'examiner si les autres conditions de l'art. 18 LEI sont réalisées, en particulier, la question de savoir si l'admission de Mme A_____ servirait ou non les intérêts économiques du pays (let. a), ce qui apparaît néanmoins douteux au vu des pièces comptables de B_____ figurant au dossier.

- 15/16 - A/3774/2023 Au vu de ce qui précède, la demande de comparution personnelle formée par la recourante, ainsi que les auditions sollicitées par celle-ci, ne seront pas ordonnées dès lors qu'elles ont pour unique but, de l'aveux-même de la recourante, de démontrer qu'elle est l'unique personne à posséder les qualifications professionnelles requises pour ce poste.

E. 20

En conclusion, mal fondé, le recours est rejeté et la décision attaquée est confirmée.

E. 21

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 600.- ; il est partiellement 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. 22

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.

- 16/16 - A/3774/2023

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