

GE_GERICHTE JTAPI/589/2021 vom 10. Juni 2021

GE Cour de justice, 2021-06-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_589_2021

FR: GE_GERICHTE JTAPI/589/2021 du 10 juin 2021

IT: GE_GERICHTE JTAPI/589/2021 del 10 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'OCIRT 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

- 11/19 - A/2837/2020 (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 grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1), la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, sous l'angle du défaut de motivation de la décision attaquée.

E. 6

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 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). Sa violation peut néanmoins être réparée devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (arrêt du Tribunal fédéral 2C_341/2016 du 3 octobre 2016 consid. 3.1 et les arrêts cités; ATF 124 II 132 ; ATA/39/2019 du 15 janvier 2019 consid. 2b et les arrêts cités).

E. 7

En l'espèce, la décision litigieuse est certes succincte, mais elle demeure parfaitement claire et ne nécessite pas de plus amples développements. Elle

- 12/19 - A/2837/2020 mentionne les bases légales topiques applicables, soit les art. 18 et 21 LEI, ainsi que les motifs de refus. Ces éléments ont d'ailleurs permis à la recourante de motiver son recours de manière complète. L'autorité intimée s'est expliquée plus en détail dans ses observations du 16 novembre 2020. 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., p. 522 n. 1577 et les arrêts cités), tel qu'en l'espèce. Infondé, ce grief sera donc écarté.

E. 8

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 Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681).

E. 9

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

E. 10

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. 11

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 à Mme B_____ (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018

- 13/19 - A/2837/2020 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 25 juin 2019 consid. 5b). De même, en tant qu'employeur, la recourante ne dispose d'aucun droit à engager cette dernière en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (cf. not. arrêt du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b).

E. 12

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'œuvre 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 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.1 et les références citées ; C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5d ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4c). 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 circulaires du secrétariat d'État aux migrations (SEM ; Séjour avec activité lucrative [ci-après : directives LEI], état au 1er janvier 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 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015), 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'œuvre 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

- 14/19 - A/2837/2020 rémunération et de travail, un dumping salarial et social (cf. 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 ; C-3518/2011 du 16 mai 2013 consid. 5.1 ; C-2485/2011 du 11 avril 2013 consid. 6 ; C-6135/2008 du 11 août 2008 consid. 8.2 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015 consid. 12 ; ATA/940/2015 du

E. 15

En l'espèce, au vu des écritures des parties et des pièces versées à la procédure, l'analyse à laquelle a procédé l'autorité intimée, qui dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît pas inappropriée. Elle n'est en tout cas pas fondée sur des éléments dépourvus de pertinence, négligeant des facteurs décisifs

- 16/19 - A/2837/2020 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'elle 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). Sous l'angle de l'art. 21 al. 1 LEI, on observera en effet que les démarches initiées par la recourante en août 2017 en vue de trouver un responsable de salle, très limitées, n'ont 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 et de publier une offre d'emploi sur le site internet du GHI, anibis.ch, dont la portée est essentiellement nationale, ainsi que sur sa page Facebook. Or, de telles démarches ne suffisent 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, étant relevé que l'ajout de la mention « Suisse ou permis valable nécessaire » ne permet pas de prétendre

que l'annonce était ouverte aux personnes bénéficiant de la priorité, en particulier les ressortissants UE/AELE ne possédant pas encore d'autorisation de séjour ou de travail en Suisse. Ces démarches sont en outre trop anciennes pour être pertinentes, dès lors que la requête en vue d'engager Mme B _____ pour le poste en question a été déposée le 29 mars 2019, suite à la décision négative de l'OCIRT du 13 décembre 2017, et que la recourante ne démontre nullement, ni n'allègue du reste avoir effectué de nouvelles recherches depuis sa précédente demande en 2017. On observera par ailleurs que la recourante a signé le premier contrat de travail avec Mme B _____ le 25 septembre 2017, ce qui souligne la brièveté - et l'insuffisance - du temps qu'elle a consacré à la recherche effective d'un candidat. Compte tenu des difficultés que la recourante allègue avoir rencontrées pour trouver un collaborateur remplissant les conditions requises par le poste, il lui aurait appartenu 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. En tout état, elle ne peut de bonne foi se prévaloir d'annonces postées deux ans plus tôt à l'appui de la demande déposée en 2019. Par ailleurs, contrairement aux allégations de la recourante, il n'appartient pas à l'OCIRT de démontrer l'existence de candidats locaux ou européens répondant aux conditions d'embauche, mais bien à elle-même de démontrer qu'elle a effectué les recherches suffisantes pour remplir les conditions posées par la jurisprudence, étant rappelé qu'elle supporte le fardeau de la preuve, dès lors qu'elle se prévaut d'un droit à pouvoir employer Mme B _____ (arrêt du Tribunal

- 17/19 - A/2837/2020 fédéral 1C_170/2011 du 18 août 2011 consid. 3.2 et les références citées ; ATA/429/2010 du 22 juin 2010 consid. 4f). Au demeurant, on ne voit pas en quoi Mme B _____ - titulaire d'un baccalauréat universitaire en administration publique de l'université du N _____ au Mexique et trilingue français-anglais-espagnol -, présenterait des qualifications et une expérience si particulières qu'il aurait été impossible pour la recourante de recruter un autre travailleur doté des capacités requises sur le marché local ou européen. Enfin, même à retenir que la recherche d'un responsable de salle trilingue ayant une formation dans l'hôtellerie ou la restauration et des connaissances de la cuisine mexicaine serait particulièrement ardue, cette difficulté ne saurait à elle seule justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé par loi. Au vu de ce qui précède, force est de constater, avec l'autorité intimée, que la recourante n'est pas parvenue à démontrer avoir été réellement et concrètement dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, en particulier parce qu'elle avait, en vain, entreprise 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. À toutes fins utiles, le tribunal relèvera malgré tout qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'activité que Mme B _____, aussi compétente soit-elle, serait amenée à déployer auprès d'A _____ pourrait réellement avoir des retombées économiques positives pour l'économie suisse et, ainsi, représenter un intérêt économique pour la Suisse au sens de l'art. 18 let. a LEI, tel que défini plus haut, que ce soit en termes de création de place de travail, d'investissement 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 recourante à engager une personne

particulière. En outre, le salaire de l'intéressée (CHF 4'500.- par mois) ne correspond pas à un salaire de cadre au sens de l'art. 23 LEI, étant relevé que la participation de Mme B_____ dans la future raison sociale n'est nullement étayée et que tous les projets de développement annoncés depuis 2019 n'ont soit pas abouti soit été suspendu. Enfin, il n'a pas été démontré qu'il existait une pénurie de main-d'œuvre sur le marché du travail suisse ou européen dans le secteur en cause au moment du dépôt de la demande.

E. 16

Au vu de ce qui précède, il faut constater que la décision querellée ne viole pas le droit fédéral. Entièrement mal fondé, le recours sera ainsi rejeté et la décision contestée confirmée.

- 18/19 - A/2837/2020

E. 17

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

E. 18

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.

- 19/19 - A/2837/2020

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