

GE_GERICHTE JTAPI/628/2021 vom 21. Juni 2021

GE Cour de justice, 2021-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_628_2021

FR: GE_GERICHTE JTAPI/628/2021 du 21 juin 2021

IT: GE_GERICHTE JTAPI/628/2021 del 21 giugno 2021

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). En particulier, la recourante dispose de la qualité pour recourir contre la décision de l'OCIRT puisque C_____ SA souhaite la garder à son service (cf. ATA/517/2021 du 18 mai 2021 consid. 4 et 5).

E. 3

Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une révision de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RO 2007 5437), intitulée depuis lors loi sur les étrangers et l'intégration (LEI - RO 2017 6521 ; RS 142.20), et de 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 - RO 2018 3173 ; RS 142.201).

- 7/14 - A/4536/2018 Selon l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_94/2020 du 4 juin 2020 consid. 3.1 ; ATA/1331/2020 du 22 décembre 2020 consid. 3a), étant précisé que la plupart des dispositions sont demeurées identiques, en particulier les art. 18 à 24, hormis l'art. 22 qui a une nouvelle teneur à compter du 1er avril 2020.

E. 4

En l'occurrence, la requête tendant à l'octroi de l'autorisation de séjour avec activité lucrative litigieuse a été déposée en août 2018. La loi dans sa teneur antérieure au 1er janvier 2019 reste donc applicable au présent litige. Le tribunal dénommera ci-après LEtr les dispositions légales topiques. Quant à l'OASA, elle sera citée dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018.

E. 5

La LEtr et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (cf. art. 1 et 2 LEtr), ce qui est le cas pour les ressortissants du Sénégal.

E. 6

La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, considérant ne pas avoir eu la possibilité de se déterminer avant le prononcé de la décision attaquée.

E. 7

Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit pour les parties de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas l'autorité (ou le juge) de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes, de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières ou 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 ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_725/2019 du 12 septembre 2019 consid. 4.1 ; 2C_1125/2018 du 7 janvier 2019 consid. 5.1 ; 1C_212/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.1). 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 - 8/14 - A/4536/2018 présenter des observations complémentaires (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd. 2018, p. 519 s n. 1530). Une violation du droit d'être entendu peut 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 (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_443/2020 du 8 avril 2021 consid. 3.1 ; ATA/39/2019 du 15 janvier 2019 consid. 2b)

E. 8

Selon l'art. 11 LETr, 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. 9

En l'espèce, en vertu de l'art. 11 al. 3 LETr, la procédure ayant abouti à la décision querellée a été initiée par C_____ SA, qui a été en mesure de produire toutes les pièces qu'elle jugeait utiles au stade du dépôt de la demande et qui n'avait donc aucun droit à être encore entendue avant que l'OCIRT rende sa décision. La question de savoir s'il peut être retenu que la recourante était représentée par son employeur, voire même associée à celui-ci, lors du dépôt de la demande, ce qui aurait pour effet qu'elle aurait aussi initié la procédure ayant abouti à la décision querellée, peut rester ouverte. En effet, dans la mesure où la recourante a eu la possibilité de faire valoir ses arguments devant le tribunal - qui connaît de

la présente cause avec un plein pouvoir d'examen, l'OCIRT ne s'étant pas prononcé en opportunité - et qu'elle a en outre répliqué après réception de la prise de position de l'OCIRT sur ses écritures, une éventuelle violation de son droit d'être entendue aurait été réparée. Ce grief sera dès lors être écarté.

E. 10

La recourante reproche à la décision de ne pas être motivée.

E. 11

Le droit d'être entendu implique aussi, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision (ATF 138 I 232 consid. 5.1 ; 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. 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). Il suffit, au regard de ce droit, qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels elle a

- 9/14 - A/4536/2018 fondé sa décision, de manière à ce que les intéressés puissent se rendre compte de la portée de celle-ci et de la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause (ATF 142 II 154 consid. 4.2). 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).

E. 12

En l'espèce, la décision litigieuse est certes succincte, mais elle demeure parfaitement claire et ne nécessite pas de plus amples développements. Elle mentionne les bases légales topiques applicables, soit les art. 18, 21, 23 et 33 LEtr, ainsi que les motifs de refus. Ces éléments ont d'ailleurs permis à la recourante, représentée par son conseil, de motiver son recours de manière complète ; elle n'a subi aucun préjudice. L'autorité intimée s'est expliquée plus en détail dans ses observations du 26 avril 2021. En tout état, à supposer qu'un défaut de motivation puisse être imputé à l'OCIRT, il a pu être réparé devant le tribunal et le renvoi de la cause à celui-ci constituerait, ici aussi, une vaine formalité. Infondé, ce grief sera écarté.

E. 13

La recourante sollicite son audition et celle d'un témoin, Mme D_____.

E. 14

Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (cf. not. art. 41 in fine LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_725/2019 du 12 septembre 2019 consid.

4.1).

E. 15

En l'espèce, il ne se justifie pas de donner suite aux offres de preuve formulées par la recourante qui a pu expliquer son point de vue à plusieurs reprises, par ses écrits, et produire les pièces qu'elle estime utiles. Elle n'expose par ailleurs pas en quoi son audition serait susceptible d'apporter des éléments complémentaires à ceux déjà exposés. S'agissant du témoignage de Mme D_____, qui a rédigé et signé une attestation datée du 6 mai 2021 et versée à la procédure, il ne serait pas à même de modifier l'issue du litige, étant relevé que le fait de répéter en audience les termes de ses écritures ne confère, en soi, aucune valeur probante supplémentaire à de telles déclarations par rapport aux explications déjà données par écrit (JTAPI/201/ 2021 du 1er mars 2021 consid. 7 et les références citées).

- 10/14 - A/4536/2018 Au surplus, le tribunal dispose d'un dossier complet lui permettant de statuer en connaissance de cause sur le recours. Il ne sera donc pas donné suite à la demande d'audition.

E. 16

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 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administra- tif, 2018, n. 515 p. 179).

E. 17

À teneur de l'art. 18 LEtr, 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 LEtr sont remplies (let. c), soit notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEtr), les conditions de rémunéra- tion et de travail (art. 22 LEtr) et les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1305/ 2020 du 15 décembre 2020 consid. 7b). En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEtr ne confère aucun droit à la recourante (arrêt du Tribunal fédéral 2C_285/2021 du 6 avril 2021 consid. 3.1) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (ATA/517/2021 du 18 mai 2021 consid. 7b).

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'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin

- 11/14 - A/4536/2018 2019 consid. 5d). 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 (ATA/795/2020 du 25 août 2020 consid. 7e; 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 (Séjour avec activité lucrative [ci-après : Directives], état au 1er janvier 2021, ch. 4.3.1, qui ne lie 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), 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.

E. 19

En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé. Il ressort de cet alinéa que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à des qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (ATA/517/2021 du 18 mai 2021 consid. 8 et les références citées). 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. Ces offices 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. 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. 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

- 12/14 - A/4536/2018 seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti (ATA/517/2021 du 18 mai 2021 consid. 11 ; Directives, ch. 4.3.2.1). 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).

E. 20

En l'espèce, au vu des écritures des parties et des pièces versées à la procédure, l'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, 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 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 lorsqu'un tel pouvoir dans l'application d'une norme a été conféré à l'autorité de décision par le législateur, le juge qui, outrepassant son pouvoir d'examen, corrige l'application pourtant défendable de cette norme à laquelle l'autorité a procédé viole lui-même le principe de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 140 I 201 consid. 6.1 et les références citées). Aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'activité déployée par la recourante, aussi compétente soit-elle, auprès de C_____ SA a réellement des retombées économiques positives pour l'économie helvétique et représente ainsi un intérêt économique pour la Suisse au sens de l'art. 18 let. a LETr. Il est patent que le fait d'effectuer des nettoyages ne constitue pas une prestation « rare ». Au contraire, cette activité ne nécessitant aucune qualification particulière, de nombreuses personnes peuvent l'effectuer et de nombreux acteurs sont d'ailleurs actifs dans ce domaine. L'allégation selon laquelle il n'est pas possible de trouver une personne suisse ou de l'UE/AELE acceptant un poste de femme de chambre, qui ne repose d'ailleurs sur aucun élément factuel, sera donc écartée. Enfin, il n'a nullement 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. Au surplus, l'ordre de priorité n'est pas respecté. La recourante soutient certes qu'elle doit être considérée comme ayant le statut d'un travailleur local, au sens de l'art. 21 al. 2 let. c LETr, et que partant, le principe de la priorité ne lui serait pas applicable. Selon cette disposition, sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation soit d'établissement soit de séjour avec le droit d'exercer une activité lucrative, les étrangers admis à titre provisoire ainsi que les personnes auxquelles une protection provisoire a été octroyée et qui sont titulaires d'une autorisation - 13/14 - A/4536/2018 d'exercer une activité lucrative. Or, la recourante n'appartient à aucune de ces catégories de personnes, étant en particulier relevé qu'elle n'est plus titulaire, depuis l'automne 2017, d'une quelconque autorisation lui permettant de vivre et a fortiori de travailler en Suisse. Le fait qu'elle continue à exercer un emploi auprès de C_____ SA ne modifie en rien cette situation, pas plus que la teneur de certains courriers de l'OCPM. Partant, la recourante n'ayant pas un statut de travailleur local, le principe d'ordre de priorité doit être respecté. Or, tel n'est à l'évidence pas le cas, la vacance du poste n'ayant pas été annoncée à l'OCE et aucune recherche sur le marché suisse ou européen n'ayant été documentée. Les critères de l'intérêt économique pour la Suisse et de l'ordre de priorité n'ayant pas été respectés, il n'est pas nécessaire d'examiner si les autres conditions cumulatives de l'art. 18 LETr sont réalisées.

E. 21

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.

E. 22

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. 23

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.

- 14/14 - A/4536/2018

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