

GE_GERICHTE JTAPI/683/2025 vom 22. August 2016

GE Cour de justice, 2016-08-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_683_2025

FR: GE_GERICHTE JTAPI/683/2025 du 22 août 2016

IT: GE_GERICHTE JTAPI/683/2025 del 22 agosto 2016

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

- 5/10 - A/2962/2024 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).

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 (ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b).

E. 5

La recourante conteste le refus de l'OCPM de lui délivrer une autorisation de travail pour frontalier (permis G) en faveur de M. B _____.

E. 6

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).

E. 7

En l'occurrence, M. B_____ étant ressortissant camerounais, soit d'origine extra-européenne, la demande de permis frontalier déposée en sa faveur ne peut être examinée que sous l'angle de la LEI, même si l'intéressé réside en France voisine. En effet, dès lors qu'il n'est pas un ressortissant d'une partie contractante, il ne peut se prévaloir d'aucun droit découlant de l'ALCP (art. 2 ALCP et 7 Annexe I ALCP).

E. 8

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). 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).

E. 9

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. 4.1) 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/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3b).

- 6/10 - A/2962/2024

E. 10

Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

E. 11

S'agissant plus particulièrement d'un frontalier, l'art. 25 al. 1 LEI dispose qu'un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en tant que frontalier que s'il possède un droit de séjour durable dans un État voisin et réside depuis six mois au moins dans la zone frontalière voisine (let. a) et qu'il exerce son activité dans la zone frontalière suisse (let. b).

E. 12

L'art. 25 al. 2 LEI précise que les art. 20, 23 et 24 LEI ne sont pas applicables. A contrario, les art. 21, 21a et 22 LEI s'appliquent aux demandes de permis frontalier.

E. 13

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).

E. 14

L'art. 21a LEI régit les mesures concernant les demandeurs d'emploi. Lorsque certains groupes de profession, domaines d'activités ou régions économiques enregistrent un taux de chômage supérieur à la moyenne, il y a lieu de prendre des mesures limitées dans le temps visant à favoriser les personnes enregistrées auprès du service public de l'emploi en tant que demandeurs d'emploi. Ces mesures peuvent être limitées à certaines régions économiques (art. 21a al. 2 LEI). Les postes vacants dans des groupes de profession, domaines d'activités ou régions économiques qui enregistrent un taux de chômage supérieur à la moyenne doivent être communiqués par les employeurs au service public de l'emploi. L'accès aux informations concernant les postes communiqués est restreint, pour une période limitée, aux personnes inscrites auprès du service public de l'emploi en Suisse (art. 21a al. 3 LEI).

L'obligation de communiquer les postes vacants visée à l'art. 21a al. 3 LEI s'applique dans les genres de professions au sens de la nomenclature suisse des professions qui enregistrent un taux de chômage, au niveau suisse, supérieur ou égal à 5 %. La valeur seuil est considérée comme atteinte ou dépassée lorsqu'en moyenne le taux de chômage atteint ou dépasse ce seuil pendant le quatrième trimestre de l'année précédente et les trois premiers trimestres de l'année en cours (art. 53a al. 1 de l'ordonnance sur le service de l'emploi du 16 janvier 1991 – RS 823.111), (Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, état au 1er avril 2025, ch. 4.3.3).

E. 15

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).

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

- 7/10 - A/2962/2024 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral C- 5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1).

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 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 LEI 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).

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).

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).

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).

- 8/10 - A/2962/2024

E. 17

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. 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 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, sous l'angle du respect du principe de la priorité, force est de constater que la recourante n'a pas déployé tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elle pour trouver un travailleur suisse ou ressortissant d'un État membre de l'UE/AELE afin de pourvoir le poste concerné. Il ressort de ses écritures qu'elle n'a entrepris aucune recherche en vue de recruter un candidat pour un emploi d'éducateur. Elle n'a pas annoncé la vacance du poste à l'OCE – démarche quoi qu'il en soit insuffisante – et n'a pas non plus effectué d'autres prospections, par exemple sur les réseaux sociaux spécialisés, tels LinkedIn. Au contraire, il appert qu'elle a circonscrit ses recherches à un cercle très limité de personnes, expliquant qu'il se révèle illogique de recruter un éducateur dans l'UE/AELE et de le former, sachant qu'il va démissionner quelques semaines après son entrée en fonction. En réalité, tout porte à croire qu'elle connaissait déjà M. B_____ avant de l'embaucher puisque sa fille est scolarisée dans l'école qu'elle exploite et qu'elle précise qu'elle n'avait pas eu besoin de publier des annonces.

E. 20

La société paraît objecter qu'elle était dispensée d'annoncer la vacance du poste à l'OCE, dès lors que son secteur d'activité, l'enseignement, connaissait un taux de chômage inférieur à 5 %, en l'occurrence 1.5 %. La recourante ne peut être suivie sur ce point. Elle semble confondre les mesures concernant les demandeurs d'emploi, prévues par l'art. 21a LEI, avec l'ordre de priorité, exigence inscrite à l'art. 21 LEI. Lorsque dans un groupe de profession, le taux de chômage excède 5 % pendant une certaine durée, l'accès aux informations concernant les postes vacants est restreint pendant une période limitée aux personnes inscrite auprès du service public de l'emploi en Suisse. Cette disposition constitue une norme de protection pour les travailleurs indigènes et non pas, quoi qu'en pense la recourante, une dérogation à l'ordre de priorité s'agissant des

- 9/10 - A/2962/2024 domaines ne connaissant pas un taux de chômage supérieur à 5 %, ce principe devant toujours être respecté.

E. 21

Au demeurant, au vu du curriculum vitae produit, on ne voit pas en quoi M. B_____ présenterait des qualifications et une expérience professionnelle si particulières qu'il aurait été impossible pour la société de recruter sur le marché local ou européen un autre éducateur, ressortissant de l'UE ou de l'AELE, doté de capacités équivalentes. Enfin, même en retenant que la recherche d'un candidat possédant toutes les qualités requises nécessiterait de nombreuses démarches auprès de candidats potentiels, cette difficulté ne saurait à elle seule justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé par la loi. Quant au fait que la recourante considère qu'il est plus utile et profitable de passer par son réseau, elle est évidemment libre d'un tel choix, mais alors elle doit limiter son choix à des travailleurs suisses, ou disposant en Suisse d'une autorisation de travail, ou encore à des ressortissants de l'UE/AELE, et ne saurait s'affranchir de la LEI. Dans ces conditions, force est de retenir, 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 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.

E. 22

Étant donné que l'une des conditions légales cumulatives applicables n'a pas été respectée, point n'est besoin d'examiner si les autres conditions le sont également.

Au surplus, il n'est pas établi que M. B_____ dispose à ce jour d'un titre de séjour valable en France ni qu'il y ait été naturalisé, dès lors qu'à teneur des pièces du dossier, son permis a expiré le 21 janvier 2025. Enfin, la société prétend qu'elle a trouvé un accord avec l'AFC-GE pour le paiement de l'impôt à la source, mais sans le démontrer.

E. 23

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

E. 24

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. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

E. 25

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.

- 10/10 - A/2962/2024

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