

GE_GERICHTE JTAPI/694/2022 vom 30. Juni 2022

GE Cour de justice, 2022-06-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_694_2022

FR: GE_GERICHTE JTAPI/694/2022 du 30 juin 2022

IT: GE_GERICHTE JTAPI/694/2022 del 30 giugno 2022

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

- 8/17 - A/384/2022 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.

E. 4

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. 5

Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office et s'il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, il 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. 6

La recourante demande à titre préalable de procéder à l'audition de son administratrice, à celle de Mme E_____, à celle de la personne qui loge cette dernière à Genève depuis plus de cinq ans et enfin à celle de l'ancien employeur de Mme E_____.

E. 7

Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit, pour l'intéressé, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes et 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 142 II 218 consid. 2.3 et les références citées). Le droit de faire administrer des preuves suppose que le fait à prouver soit pertinent, que le moyen de preuve proposé soit nécessaire pour constater ce fait et que la demande soit présentée selon les formes et délais prescrits par le droit

- 9/17 - A/384/2022 cantonal (ATF 134 I 140 consid. 5.3). Il n'empêche toutefois pas l'autorité de renoncer à procéder à des mesures d'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 que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les références citées). Par ailleurs, il ne confère pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (art. 41 in fine LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; 125 I 209 consid. 9b ; 122 II 464 consid. 4c ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_725/2019 du 12 septembre 2019 consid. 4.1 ; 2C_1125/2018 du 7 janvier 2019 consid. 5.1 ; 2C_901/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3 ; 8C_8/2012 du 17 avril 2012 consid. 1.2).

E. 8

En l'espèce, l'audition des personnes requises par la recourante n'apparaît pas utile ni nécessaire. En effet, le dossier en possession du tribunal ne révèle pas de divergence entre les parties sur les éléments de faits pertinents, à savoir en particulier sur le chiffre d'affaires et le nombre d'employés de la recourante, sur les recherches qu'elle a concrètement effectuées pour trouver une cuisinière sère, sur le salaire qu'elle est prête à payer à Mme E_____ et enfin sur le parcours professionnel de cette dernière. Le témoignage de l'administratrice de la recourante ne servirait qu'à confirmer des éléments que l'on peut considérer comme déjà établis par la procédure écrite, sans que cela ne change l'issue du litige. Il en va de même de l'audition de Mme E_____. Quant aux auditions du logeur de cette dernière et de son ancien employeur, l'intégration socioprofessionnelle à Genève de Mme E_____ peut être considérée comme bonne, mais n'a néanmoins aucun rapport avec les questions litigieuses. Par conséquent, il ne se justifie pas de donner suite aux mesures d'instructions requises.

E. 8.3

; C-3518/2011 du 16 mai 2013 consid. 5.1 ; C-2485/2011 du 11 avril 2013

- 12/17 - A/384/2022 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 15 septembre 2015 consid. 7c).

E. 9

La recourante fait valoir que les éléments de faits nouveaux qu'elle évoque dans son recours, à savoir le nouveau contrat de travail du 1er janvier 2022 et son offre d'emploi du 2 janvier 2022, n'ont pas pris en considération par l'autorité intimée dans ses observations du

4 avril 2022, et aurait dû conduire cette dernière à reconsidérer sa décision litigieuse. Il convient cependant d'observer que ce grief ne vise pas la décision querellée elle-même et est donc exorbitant à l'objet du litige. Si la recourante entendait obtenir de la part de l'autorité intimée une reconsidération sur la base des nouveaux éléments du dossier, il lui appartenait d'en faire la demande. Le tribunal ne saurait en tous les cas annuler la décision litigieuse au motif que l'autorité intimée aurait prétendument dû la reconsidérer ultérieurement.

- 10/17 - A/384/2022

E. 10

Au demeurant, le tribunal de céans rend le présent jugement d'après la situation au moment où il statue, c'est-à-dire en prenant en considération les faits survenus postérieurement à la décision litigieuse.

E. 11

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. 12

En l'occurrence, Mme E_____ étant ressortissante du Sénégal, la demande de permis déposée en sa faveur ne peut être examinée que sous l'angle de la LEI. En effet, dès lors qu'elle n'est pas un « ressortissant d'une partie contractante », elle ne peut se prévaloir d'aucun droit découlant de l'ALCP (cf. art. 2 ALCP et 7 Annexe I ALCP).

E. 13

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. 14

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 la délivrance d'une autorisation de séjour pour activité lucrative (cf. 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 25 juin 2019 consid. 5b ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3b ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_860/2011 du 25 octobre

- 11/17 - A/384/2022 2011 consid. 2). De même, l'employeur ne dispose d'aucun droit à engager le candidat de son choix 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. 15

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'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. 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 commentaires du secrétariat d'État aux migrations (SEM ; Séjour avec activité lucrative [ci-après : directives LEI], état au 1er avril 2020, 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 ; 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 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.

E. 16

À teneur de l'art. 20 LEI, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et celui des autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Il entend les cantons et les partenaires sociaux au préalable (al. 1). Il peut fixer un nombre maximum d'autorisations pour la Confédération et pour chaque canton (al. 2). Le SEM peut, dans les limites du contingent de la Confédération, octroyer lui-même des autorisations initiales de courte durée ou de séjour ou relever le contingent d'un canton. Il tient compte des besoins du canton et des intérêts économiques du pays (al. 3).

E. 17

L'art. 20 LEI prévoit le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers (cf. Message précité, in FF 2002, p. 3536), à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE - RS 0.632.31). L'art. 20 al. 1 OASA dispose que les cantons peuvent délivrer des autorisations pour des séjours en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2 ch. 1 let. a OASA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 7.1). Le nombre maximum de telles autorisations pour le canton de Genève est de quatre-vingt-onze pour 2022. Ainsi, compte tenu du contingent restreint accordé aux cantons, les autorités du marché de l'emploi sont contraintes de se montrer restrictives dans l'appréciation des demandes dont elles sont saisies et ne peuvent retenir que celles qui traduisent un intérêt pour la collectivité.

E. 18

décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1). 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. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11). Par ailleurs, des démarches intervenues après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales (cf. ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

E. 19

Selon l'art. 22 LEI, un 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.

E. 20

Il ressort de l'art. 23 al. 1 LEI que seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. En cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social (al. 2). À teneur de l'al. 3, peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2: a. les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois; b. les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif; c. les personnes possédant des

connaissances ou des capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin; d. les cadres transférés par des entreprises actives au plan international; e. les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse.

- 15/17 - A/384/2022 En l'espèce, la décision attaquée refuse de délivrer l'autorisation avec activité lucrative requise en faveur de Mme E_____, au motif que son admission ne sert pas les intérêts économiques de la Suisse et que l'ordre de priorité n'a pas été respecté. L'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, qui dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît pas inappropriée. En effet, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'activité que Mme E_____, aussi compétente soit-elle, serait amenée à déployer au sein du restaurant de la recourante pourrait réellement avoir des retombées économiques positives pour l'économie suisse et, ainsi, représenter un intérêt 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 places de travail, d'investissements ou de diversification de l'économie régionale. Le chiffre d'affaires réalisé par la recourante et le nombre de personnes qu'elle emploie, de même que le salaire qu'elle propose à Mme E_____, ne permettent pas de considérer que l'entreprise déploie une activité à ce point importante pour la Confédération qu'il se justifierait de prélever une unité sur le faible contingent annuel dont dispose le canton de Genève. Des entreprises telles que la recourante sont extrêmement nombreuses à l'échelle du territoire cantonal et il est dans ces conditions inenvisageable de toutes les considérer comme représentant individuellement un intérêt économique significatif pour la Suisse. La recourante ne déploie pas non plus une activité de pointe susceptible, malgré une taille initiale réduite, de connaître à court terme une forte expansion. On soulignera enfin qu'il ne faut pas confondre l'intérêt économique de la Suisse avec celui de la recourante à engager une personne particulière. Au vu de ce qui précède, l'analyse à laquelle la commission tripartite a procédé, telle que reportée par l'OCIRT, n'apparaît pas critiquable. Le tribunal relèvera encore que les jurisprudences auxquelles se réfère la recourante (ATA/269/2021 du 2 mars 2021 et ATA/795/2020 du 25 août 2020), en soulignant que des permis sont parfois octroyés sur la base de business plan « douteux », ne lui sont d'aucun secours. En effet, le fait que l'autorité intimée puisse parfois se tromper en pensant qu'une entreprise connaîtra un développement économique rapide et important ne vaut pas démonstration du fait que la recourante pourrait connaître un tel développement

E. 21

Au vu des circonstances, on ne peut admettre que l'OCIRT 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 LEI, les démarches initiées par la recourante en vue de trouver un collaborateur compétent, doivent être relativisées. En effet, elle a

- 16/17 - A/384/2022 publié une offre d'emploi uniquement auprès de l'OCE, en attendant pour cela le 2 janvier 2022, c'est-à-dire après avoir déjà déposé sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Mme E_____ le 22 septembre 2021. Nonobstant le fait que les deux candidats qui avaient manifesté leur intérêt pour le poste, ne se sont jamais présentés aux entretiens téléphoniques, aucune autre démarche n'a été

entreprise par la suite, ce qui semble indiquer que les recherches effectuées par la recourante n'étaient que de pure forme et qu'en publiant les annonces de recherche, elle avait d'ores et déjà décidé d'engager Mme E_____. Au demeurant, on ne voit pas en quoi Mme E_____ présenterait des qualifications et une expérience professionnelle si particulières qu'il aurait été impossible, pour la recourante de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, lequel est pourvu de plusieurs dizaines de millions de travailleurs. 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.

E. 22

En conclusion, eu égard aux considérations qui précèdent, le tribunal considère que c'est à bon droit que l'OCIRT a refusé de délivrer le titre de séjour avec activité lucrative requis en faveur de Mme E_____.

E. 23

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 700.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais de CHF 500.- 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. 24

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.

- 17/17 - A/384/2022

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