

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3520/2019-PE

ATA/1305/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 15 décembre 2020

2^{ème} section

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Xavier-Romain Rahm, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 mai 2020 (JTAPI/334/2020)**

EN FAIT

1) A_____ SA (ci-après : A_____), une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis 2017, a pour but statutaire notamment la fourniture de services et conseils dans le domaine de la télématique, soit les techniques de l'informatique, de l'audiovisuel, des multimédias, d'internet et des télécommunications, ainsi que l'exploitation de serveurs informatiques. Son actionnaire unique est M. B_____, lequel est également administrateur de plusieurs autres sociétés ayant leur siège à Genève, à savoir C_____ SA (ci-après : C_____), D_____ SA, E_____, F_____ SA, G_____ SA, G_____ 2 SA et H_____ SA.

2) a. Le 21 décembre 2017, A_____ a informé l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) de l'ouverture du poste de « senior network & systems engineer » (ci-après : le poste), lui remettant l'offre correspondante afin qu'elle paraisse au moyen de ses canaux de communication ainsi que sur la plateforme internet des services européens de l'emploi (ci-après : EURES).

b. Le descriptif du poste exigeait des capacités de mise en place et de suivi de solutions « cloud », de « backups » et réplique distante, de serveurs et migration vers des solutions récentes, d'assurance de la maintenance des parcs informatiques de plusieurs clients, de réponse aux besoins des clients en informatique, téléphonie et sécurité des données, de gestion et développement de projets ainsi que de gestion et maintenance des applications « web ».

Le candidat devait être titulaire d'un certificat fédéral de capacité (ci-après : CFC) d'informaticien, avec un minimum de huit ans d'expérience dans une société de services « IT », et bénéficier d'une expérience dans différents domaines (messagerie internet et migration de courriels, virtualisation de solution, sauvegarde et sécurisation des données local et distant, sécurité informatique et « firewalling », accès distant, disponibilité de service et équipements, « web engineering »). Étaient également requises une sensibilité commerciale, des capacités de travail en autonomie et en développements de projets sur mesure selon la demande de la clientèle et les évolutions technologiques et concurrentielles, une flexibilité dans les horaires et des déplacements en raison d'interventions auprès de clients, principalement en Suisse romande. Les langues exigées étaient le français, l'anglais et l'arabe littéraire.

La rémunération était fixée selon l'expérience et le profil et le début du contrat prévu pour le 1^{er} janvier 2018.

3) Le 8 janvier 2018, A_____ SA a publié l'annonce pour le poste sur le site internet « www.jobup.ch ».

- 4) Le 26 février 2018, l'OCE a confirmé à A_____ l'enregistrement de l'annonce pour le poste, qui serait effective pour une durée de trente jours.
- 5) Le 8 mars 2018, le secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) a confirmé à A_____ la publication de l'annonce pour le poste dans le système d'information de l'assurance-chômage et des services publics de l'emploi (ci-après : PLASTA) pour une durée de trente jours, ainsi que sur le site internet « www.job-room.ch » et sur EURES.
- 6) Le même jour, l'OCE a informé A_____ qu'à la suite de sa demande, la publication de son annonce serait prolongée jusqu'au 26 mars 2018 et qu'elle serait également visible sur EURES.
- 7) Le 27 mars 2018, l'OCE a fait savoir à A_____ qu'aucun dossier de candidature répondant aux critères qu'elle avait formulés n'avait été retenu.
- 8) À la suite de la publication de l'annonce pour le poste, treize candidatures sont parvenues à A_____, sur lesquelles quatre ont été retenues, dont celle de M. I_____, né le _____ 1986 au Liban, pays dont il est originaire, et domicilié depuis plusieurs années dans la commune française de J_____, en Haute-Savoie. Selon son curriculum vitae (ci-après : CV), M. I_____ avait obtenu le 30 juin 2010 un CFC en informatique dans le canton de Vaud puis avait suivi, entre 2010 et 2014, une formation en ingénierie des technologies de l'information auprès de la Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève (ci-après : HEPIA). Depuis 2013, il travaillait comme informaticien indépendant au sein de l'entreprise K_____ qu'il avait fondée à J_____.
- 9) Le 8 novembre 2018, l'OCE a confirmé à A_____ avoir, à sa demande, procédé à un nouvel enregistrement de son annonce pour le poste, qui serait publiée durant trente jours.
- 10) Le même jour, A_____ a fait publier l'annonce pour le poste sur les sites internet « www.jobrider.ch » et « www.job-room.ch ».
- 11) Le 11 novembre 2018, l'annonce de A_____ a été diffusée sur EURES.
- 12) Le 11 décembre 2018 également, l'OCE a informé A_____ avoir proposé son offre d'emploi à un candidat, dont il lui transmettait le nom.
- 13) Le 21 décembre 2018, A_____ et M. I_____ ont conclu un contrat de travail relatif au poste pour un salaire annuel brut de CHF 104'000.- moyennant un horaire de travail de 42,5 heures par semaine. L'entrée en fonction était fixée au 1^{er} janvier 2019.
- 14) Le 10 janvier 2019, A_____ a indiqué à l'OCE que le candidat qu'il lui avait proposé ne l'avait pas contactée.

- 15) Le 14 janvier 2019, A_____ a sollicité de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) la délivrance d'une autorisation de travail pour frontalier en faveur de M. I_____.

À l'issue du premier tour de recherches initié en décembre 2017, treize candidatures lui étaient parvenues, dont celle de M. I_____, qui avait été retenue. À la suite d'une deuxième parution de l'annonce pour le poste, elle n'avait reçu que trois offres, toutes provenant de candidats extra-européens. Puisqu'elle disposait déjà d'une candidature sérieuse, soit celle de M. I_____, son choix s'était porté sur ce dernier, lequel justifiait d'une très solide formation répondant à tous les critères requis, d'une longue expérience dans le domaine dans lequel elle entendait se développer, parlait arabe, résidait en zone frontalière et avait déposé une demande de naturalisation en France en mai 2018. M. I_____ serait par conséquent chargé de diriger la société, de développer la clientèle, dont une partie était arabophone, de s'occuper de l'engagement de personnel et de fournir un service technique.

- 16) Le 2 mai 2019, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), après l'examen du dossier par la commission tripartite, a refusé la demande de A_____, que l'OCPM lui avait transmise pour raison de compétence.

L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative de M. I_____ ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et l'ordre de priorité n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne (ci-après : UE) ou de l'association européenne de libre échange (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé.

- 17) a. Le 6 août 2019, A_____ a sollicité de l'OCIRT la reconsidération de cette décision.

Elle précisait qu'elle prévoyait de développer son propre système informatique et de sondes électroniques de manière à gérer automatiquement la consommation énergétique des bâtiments et ainsi optimiser les coûts y relatifs. Une telle solution, complète et globale, alliant à la fois informatique, technique, développement de matériel, récolte et gestion des données, hébergement et sécurité de celles-ci n'existait sous aucune forme en Suisse, raison pour laquelle elle était innovante. Pour réaliser ce projet, elle devait bénéficier de la longue expérience acquise par M. I_____ dans le secteur informatique, en particulier dans le domaine de l'électronique embarquée et de la gestion de projets, ainsi qu'en qualité d'entrepreneur. Par ailleurs, la polyvalence de M. I_____, qui pouvait superviser les systèmes informatiques de l'ensemble des sociétés du groupe de M. B_____ et s'occuper de la clientèle externe, en majorité arabophone, était également déterminante pour son engagement.

b. Elle a notamment produit un « business plan » pour 2019 à 2021, indiquant une masse salariale de CHF 130'700.- en 2019, CHF 200'000.- en 2020 et CHF 296'000.- en 2021, ainsi qu'un chiffre d'affaires brut envisagé de CHF 424'400.- en 2019, CHF 782'400.- en 2020 et CHF 860'040.- en 2021.

- 18) Le 21 août 2019, l'OCIRT a maintenu sa précédente décision, pour les mêmes motifs.
- 19) Le 23 septembre 2019, A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation.

À côté du maintien et de l'essor de son activité portant sur la mise en place et la maintenance de réseaux et systèmes informatiques d'entreprises de haute qualité et sécurité, en particulier pour les entreprises du groupe de sociétés de M. B_____ et de plusieurs clients, son objectif était de développer à l'interne son propre système informatique permettant de gérer automatiquement les consommations et coûts énergétiques de ses clients. Ce projet servait ainsi les intérêts de la Suisse, en créant des emplois et en engendrant des recettes fiscales, estimées à CHF 50'000.- pour 2020. M. I_____ disposait d'une très longue expérience dans le secteur de l'informatique, de même qu'en tant qu'entrepreneur, et sa polyvalence lui permettait de superviser les systèmes informatiques du groupe de sociétés de M. B_____, de s'occuper des clients externes et de les développer, dont une majorité de clients arabophones, et de prendre en charge le développement du projet technologique de la société. Le fait qu'il n'ait pas validé le dernier module de sa formation auprès de la HEPIA ne portait pas à conséquence, au regard de son profil pris dans sa globalité, qui lui permettait également de recruter deux collaborateurs supplémentaires de niveau « junior » dès 2020, pas plus que le chiffre d'affaires qu'il avait réalisé dans le cadre de son entreprise, qui était loin d'être modeste au regard des disparités salariales entre la Suisse et la France. À cela s'ajoutait que M. I_____ avait été formé en Suisse et parlait le français, de sorte que la condition d'une intégration durable était également remplie.

L'ordre de priorité avait été respecté, puisqu'elle avait proposé le poste, à plusieurs reprises et durant une année, tant sur le marché suisse qu'europpéen. À l'issue du premier tour de sélection, sur les quatre candidats retenus, deux ne s'étaient pas présentés à l'entretien et un troisième avait formulé des prétentions salariales excessives et échoué au test de sélection. Seul M. I_____ répondait à toutes les exigences requises et avait passé avec succès ledit test. Elle avait néanmoins décidé de continuer ses recherches et, à l'issue de la nouvelle publication de l'annonce, seuls trois candidats extra-européens s'étaient manifestés, de sorte que son choix ne pouvait se porter que sur M. I_____, domicilié en zone frontalière depuis de nombreuses années et répondant aux hautes exigences techniques, d'expérience, linguistiques et commerciales requises

pour le poste. M. I_____ était en effet un informaticien « de très haut niveau, notamment autonome, entrepreneur, créatif, avec les compétences spécifiques et nécessaires au développement de produits et de solutions informatiques innovantes ».

Elle sollicitait en outre l'audition de M. B_____ ainsi que celle de son fils, Monsieur L_____ B_____, qui s'était un temps occupé de son développement informatique avant d'être appelé sur d'autres projets professionnels.

20) a. L'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Aucune des qualifications de M. I_____ n'était spécifique au point que A_____ ne pouvait pas recruter un travailleur originaire d'un État membre de l'UE/AELE doté des compétences requises, ce d'autant pour fournir un support informatique au parc immobilier genevois du groupe de sociétés de M. B_____ visant le marché genevois et romand. Dans ce cadre, l'exigence de connaissances de la langue arabe « littéraire » n'était pas convaincante et le fait que la société ait comme clients une bijouterie, une compagnie aérienne ou une mission diplomatique arabophone n'y changeait rien. Au regard de son CV, M. I_____ disposait en outre d'une formation de généraliste et non pas de compétences particulières en intelligence artificielle ou en développement de matériel informatique ni en électronique embarquée, étant précisé que l'intéressé n'avait pas non plus obtenu de diplôme auprès de la HEPIA. Le profil d'entrepreneur de M. I_____ ne reposait pas davantage sur des éléments probants et son expérience en qualité de chef de projet montrait une activité modeste, le chiffre d'affaires de son entreprise n'ayant jamais dépassé EUR 100'000.- depuis 2014. Au vu du profil particulier recherché, A_____ devait mener des recherches plus approfondies, sans se limiter à annoncer le poste à l'OCE ni à publier l'annonce sur deux sites internet suisses, dont l'un exclusivement en allemand.

Plusieurs entreprises étaient déjà actives dans le domaine de l'optimisation énergétique, notamment C_____, qui proposait depuis le mois de septembre 2019 une solution en matière de consommation énergétique, alors qu'elle était censée profiter des innovations technologiques que devait développer M. I_____. L'engagement de ce dernier par A_____ répondait ainsi surtout au besoin de fournir un support informatique, comme cela ressortait de sa démarche initiale, qu'elle avait toutefois modifiée par la suite en arguant vouloir développer un produit informatique basé sur l'intelligence artificielle pour optimiser la consommation énergétique du parc immobilier. De plus, le « business plan » de A_____ restait modeste s'agissant de l'engagement de personnel et du chiffre d'affaires prévisionnel, qui ne reposaient pas sur des éléments concrets et clairement définis. Les conditions requises à la délivrance d'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative en Suisse n'étaient ainsi pas réalisées.

b. Il a produit un article de presse intitulé « C_____ SA : un pas de plus vers la transition énergétique du parc immobilier ! », selon lequel cette société avait, en date du 23 septembre 2019, dévoilé un système de gestion des énergies aux propriétaires et professionnels de l'immobilier. Ledit système permettait de connecter tout type d'installations existantes à des sondes de température ambiantes et une plateforme de gestion centrale.

21) Par jugement du 4 mai 2020, le TAPI a rejeté le recours de A_____.

Le dossier contenait les éléments utiles permettant de statuer sur le litige, sans qu'il n'y ait lieu de procéder aux auditions sollicitées.

Les démarches initiées par A_____ en vue de trouver un collaborateur compétent n'avaient pas atteint le niveau requis par la loi et la jurisprudence, la société s'étant limitée à annoncer la vacance du poste à l'OCE ainsi qu'à publier trois offres d'emploi sur des sites internet usuels et de portée essentiellement nationale, ce qui n'était pas suffisant en l'état des règles en vigueur, quand bien même la deuxième annonce avait également été diffusée dans le système EURES. Compte tenu des compétences requises pour le poste et du domaine d'activité spécialisé dont il était question, il pouvait être attendu de A_____ qu'elle fasse par exemple appel à des agences de recrutement et publie l'annonce sur des sites internet spécialisés en informatique, en Suisse et en Europe, ainsi que dans la presse spécialisée, et qu'elle se montre proactive, en particulier en recourant aux réseaux sociaux. M. I_____ ne présentait pas des qualifications et une expérience professionnelle si particulières qu'il aurait été impossible de recruter un autre travailleur doté des capacités requises sur le marché local ou européen. Les exigences linguistiques liées au poste n'apparaissaient pas non plus justifiées et avaient contribué à exclure d'autres candidats potentiels au profit de M. I_____. Dès lors que A_____ n'avait pas démontré avoir été réellement et concrètement dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local et européen, il n'y avait pas lieu d'examiner les autres conditions légales, étant précisé que rien ne permettait d'affirmer que l'activité de M. I_____ aurait des retombées économiques positives pour l'économie suisse ni qu'il représentait un intérêt en termes de création de places de travail, d'investissements ou de diversification de l'économie régionale.

22) a. Par acte du 4 juin 2020, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, ainsi qu'à celle de la décision de l'OCIRT du 21 août 2019 et au renvoi du dossier à l'OCIRT pour nouvelle décision au sens des considérants, subsidiairement au renvoi du dossier au TAPI pour nouvelle instruction.

Le TAPI n'avait pas pris en compte l'ensemble des faits pertinents, comme la diffusion à deux reprises de l'annonce sur EURES ou le fait qu'elle ait demandé

la prolongation de sa publication à l'OCE. Par ailleurs, depuis le prononcé du jugement litigieux, elle avait dû se résoudre à trouver une solution temporaire en nommant M. I_____ en qualité d'administrateur en mai 2020, ce qui lui coûtait environ CHF 10'000.- par mois, soit bien plus que le salaire qu'elle lui aurait versé en qualité d'employé, ce qui démontrait l'intérêt qu'elle portait à sa candidature et aux services que l'intéressé lui rendait, pleinement satisfaisants.

Son droit d'être entendu avait été violé, dès lors que le TAPI n'avait pas donné suite aux auditions sollicitées, sans donner de motivation suffisante, alors que MM. B_____ pouvaient apporter des explications déterminantes pour l'issue du litige comme la spécificité du profil recherché, le déroulement du processus de recrutement, ses besoins, des considérations techniques, la structure de sa clientèle ou encore les débouchés et potentiels de son partenariat avec C_____.

Le TAPI n'avait pas correctement appliqué les dispositions légales pertinentes. Elle avait ainsi fait paraître durant plusieurs mois l'offre litigieuse par le biais de plusieurs canaux, dont EURES, ce qui avait conduit à des offres en provenance du monde entier, rien ne permettant d'affirmer que le candidat recherché aurait pu être trouvé dans un pays membre de l'UE ou de l'AELE, notamment du fait de l'exigence de connaissance de la langue arabe. Il ne pouvait ainsi être exigé de sa part qu'elle procède à des recherches encore plus poussées que celles effectuées, étant précisé que le processus de recrutement avait également été organisé de manière sérieuse. Par ailleurs, les fondements juridiques du jugement entrepris étaient erronés, puisque le TAPI s'était basé sur les dispositions légales et jurisprudentielles applicables aux travailleurs étrangers résidant en Suisse. L'engagement de M. I_____ répondait aussi aux intérêts économiques du pays, le TAPI n'ayant pas examiné la réalisation des autres conditions légales requises.

b. Elle a notamment produit une facture d'honoraires de M. I_____ d'un montant de CHF 4'825.- pour son activité en juin 2020.

23) Le 8 juillet 2020, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Le TAPI n'avait pas établi les faits de manière incomplète ou inexacte, dès lors qu'il avait reconnu que la deuxième annonce avait « également » été diffusée sur la plateforme, ce qui supposait que la première l'avait déjà été, étant précisé que cet élément était dénué de pertinence, puisqu'il ne s'agissait pas d'une démarche suffisante.

A_____ ne prétendait pas s'être retrouvée dans l'impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité et bénéficiant de la priorité dans le recrutement et une simple annonce du poste par l'OCE sur EURES n'était pas suffisante. D'ailleurs, une simple recherche sur internet avec les termes « IT

job Europe » permettait de trouver de nombreux sites internationaux spécialisés mettant en relation les employeurs avec les personnes en recherche d'emploi.

Les auditions sollicitées n'étaient pas en mesure de fournir les explications soi-disant nécessaires pour permettre de trancher le litige, dès lors que A_____ avait eu l'occasion d'expliquer en détail les éléments qu'elle jugeait elle-même déterminants, ce qu'elle n'avait pas fait, préférant solliciter une audition à laquelle elle n'avait pas droit.

- 24) A_____ n'ayant pas répliqué à l'issue du délai imparti, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) a. La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, le TAPI n'ayant pas procédé à l'audition de MM. B_____, malgré sa demande, sans motiver son refus.

b. Tel qu'il est garanti par l'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, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat. Il n'empêche toutefois pas l'autorité 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 (ATF 145 I 167 consid. 4.1).

Le droit d'être entendu implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 143 III 65 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_283/2020 du 12 novembre 2020 consid. 3.1 et les références citées).

c. En l'espèce, il ressort du jugement entrepris que le TAPI a refusé de procéder à l'audition de MM. B_____ au motif que le dossier contenait suffisamment d'éléments pour que le litige soit tranché. Cette motivation, certes brève, apparaît néanmoins suffisante et résulte également du jugement pris dans son ensemble et des pièces versées à la procédure.

C'est également à juste titre que le TAPI n'a pas donné suite à la demande de la recourante, qui a produit de nombreuses écritures, tant durant la phase non contentieuse que devant le premier juge, exposant son point de vue et expliquant sa situation, ainsi que celle du groupe de sociétés de M. B_____, de même que son projet, sans que les auditions sollicitées ne puissent apporter des éléments supplémentaires à ceux figurant déjà au dossier. La recourante pouvait aussi produire les pièces utiles à l'appui de ses allégations, notamment en lien avec ses clients arabophones ou ceux des sociétés du groupe de M. B_____, le projet envisagé de même que ses débouchés, ce qu'elle n'a toutefois que partiellement fait et que l'audition des personnes susmentionnées ne permet pas de remplacer. À cela s'ajoute que toutes les pièces en lien avec le processus de recrutement suivi pour le poste figurent au dossier, seule étant contestée l'appréciation juridique effectuée par le TAPI, qui devra être analysée lors de l'examen du fond du litige.

Pour les mêmes motifs, il ne sera pas non plus donné suite à la réquisition de preuves de la recourante présentée devant la chambre de céans consistant en l'audition de ces deux mêmes témoins.

Il s'ensuit que le grief de la recourante en lien avec la violation de son droit d'être entendu sera écarté.

- 3) Le présent litige porte sur le refus de l'OCIRT de délivrer à la recourante une autorisation pour travailleur frontalier en faveur de M. I_____, ressortissant extra-communautaire, pour le poste.
- 4) La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA).
- 5) a. Le 1^{er} janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201). Conformément à l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2019 sont régies par l'ancien droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1075/2019 du 21 avril 2020 consid. 1.1).

b. En l'espèce, dès lors que la demande d'autorisation pour travailleur frontalier en faveur de M. I_____ a été déposée le 14 janvier 2019, soit après le

1^{er} janvier 2019, c'est la LEI et l'OASA, dans leur teneur à cette date, qui s'appliquent.

- 6) La LEI et ses ordonnances, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, 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 (art. 1 et 2 LEI), ce qui est le cas pour le Liban, pays d'origine de M. I _____ (ATA/613/2020 du 23 juin 2020 consid. 6).
- 7) a. 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).
- b. Les art. 18 ss LEI règlent les conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative.

L'art. 18 LEI prévoit ainsi qu'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) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c). Ces conditions sont cumulatives (ATA/361/2020 du 16 avril 2020 consid. 4b et les arrêts cités). Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation. En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée. De même, un employeur ne dispose d'aucun droit à engager un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (ATA/1156/2020 du 17 novembre 2020 consid. 6b et les références citées).

La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte et concerne au premier chef le domaine du marché du travail. Il s'agit des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. En outre, 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 concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469, 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. 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 et les références citées).

L'autorité doit apprécier le cas en tenant compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer, étant précisé qu'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 (directives du secrétariat d'État aux migrations [ci-après : SEM], domaine des étrangers, 2013, état au 1^{er} avril 2020, ch. 4.3.1).

c. Selon l'art. 21 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 ou 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 (al. 1). Sont considérés comme travailleurs indigènes, outre les citoyens suisses, les étrangers établis, les demandeurs d'emploi étrangers se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler (al. 2).

L'admission de ressortissants d'États tiers n'est ainsi possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral, op. cit., p. 3537). 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 (Directives du SEM, op. cit., ch. 4.3.2.1).

L'employeur est tenu d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants qu'il présume ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Il doit également entreprendre toutes les démarches nécessaires, comme effectuer des annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recourir aux médias électroniques ou encore aux agences privées de placement, pour trouver un travailleur disponible. Il est aussi attendu de sa part qu'il déploie des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (Directives du SEM, op. cit., 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 LEI et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de recruter une personne capable d'exercer cette activité. 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 (Directives du SEM, op. cit., ch. 4.3.2.2). 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/1156/2020 précité consid. 6c et les références citées).

d. Conformément à l'art. 25 al. 1 LEI, 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) ; s'il exerce son activité dans la zone frontalière suisse (let. b).

8) a. En l'espèce, il ressort de la procédure que M. I_____, d'origine libanaise, réside depuis plusieurs années en zone frontalière française au bénéfice d'un titre de séjour durable dans ce pays et qu'il entend exercer une activité lucrative salariée pour le compte de la recourante à Genève, ce qui n'est pas contesté. À teneur du dossier, rien n'indique au demeurant que l'intéressé aurait acquis la nationalité française dans l'intervalle, malgré le dépôt d'une demande de naturalisation en France en 2018.

b. La recourante soutient que le TAPI n'aurait pas correctement appliqué les dispositions légales pertinentes s'agissant de l'ordre de priorité pour l'admission sur le marché du travail, omettant de prendre en compte l'ensemble des faits pertinents.

Selon les pièces versées au dossier, la recourante a informé l'OCE de l'ouverture du poste le 21 décembre 2017, à la suite de quoi son annonce a été diffusée dans PLASTA et sur EURES, ainsi que sur le site internet « www.job-room.ch », sa publication ayant été prolongée à la demande de la recourante jusqu'à fin mars 2018. Le 8 janvier 2018, la recourante a également publié l'annonce sur le site internet « www.jobup.ch ». En novembre 2018, la recourante a requis de l'OCE un nouvel enregistrement de son offre d'emploi, qui a été une nouvelle fois diffusée sur EURES. La recourante a également fait publier l'annonce sur les sites internet « www.jobrider.ch » et « www.job-room.ch » le 8 novembre 2018, avant de conclure un contrat de travail avec M. I_____ le 21 décembre 2018.

Bien que le processus de recrutement se soit prolongé sur une année et que la recourante ait fait paraître l'annonce pour le poste à deux reprises, y compris sur EURES, ces démarches ne sauraient être qualifiées de suffisantes du point de vue de l'art. 21 LEI, eu égard aux spécificités du profil recherché. Dans ce cadre, la recourante a ainsi expliqué durant la procédure qu'elle était à la recherche d'une personne disposant, outre de compétences nécessaires à la fourniture d'un support

informatique, de compétences en matière d'intelligence artificielle, de développement de matériel informatique et d'électronique embarquée, aux fins de développer son projet d'optimisation énergétique. Outre le fait que ledit projet apparaît avoir été mis en place en septembre 2019 déjà par C_____, l'une des sociétés du groupe de M. B_____ au même titre que la recourante, il ne ressort pas du CV de M. I_____ qu'il disposerait de telles compétences, au regard de sa formation de généraliste. Celui-ci est ainsi au bénéfice d'un CFC en informatique, a suivi une formation en ingénierie des technologies de l'information auprès de la HEPIA entre 2010 et 2014, sans toutefois obtenir le diplôme correspondant, et travaille depuis 2013 comme informaticien indépendant au sein de son entreprise individuelle, dont l'activité est restée modeste, quoi qu'en dise la recourante, au regard du chiffre d'affaires réalisé par celle-ci depuis 2014, comme l'a expliqué l'autorité intimée. Rien ne permet en outre de déduire du parcours de M. I_____ qu'il disposerait de la polyvalence nécessaire pour accomplir les missions que la recourante entend lui confier, le fait qu'il soit arabophone n'apparaissant pas déterminant. La recourante n'a, au demeurant, produit aucune pièce probante en lien avec sa clientèle arabophone pour appuyer son propos, se contentant de demander l'audition de M. B_____.

Dès lors, au regard du profil spécifique recherché, tel qu'indiqué par la recourante, celle-ci était tenue de procéder à des recherches plus approfondies que celles effectuées. Elle ne pouvait ainsi se contenter de laisser l'OCE et le SECO diffuser l'annonce dans leurs bases de données et sur EURES, même à deux reprises, et de la publier sur seulement deux sites internet généralistes (ATA/1156/2020 précité consid. 7). Il lui appartenait, au contraire, de la diffuser à plus large échelle, en particulier sur des sites spécialisés, tant suisses qu'européens, voire de mandater une agence de placement à cette fin ou de recourir aux réseaux sociaux, ce qu'elle n'a toutefois pas fait.

Il n'apparaît pas non plus déterminant qu'à l'issue de la deuxième publication de l'annonce trois candidatures extra-européennes lui soient parvenues, ce qui ne permet pas d'affirmer que les efforts entrepris étaient suffisants au sein des pays membres de l'UE/AELE. Les motifs pour lesquels la recourante a exclu les trois autres potentiels candidats au premier tour de sélection ne sont pas non plus convaincants. Même si deux candidats ne se sont pas présentés aux entretiens, rien n'empêchait la recourante de les contacter à nouveau, tout comme il lui était loisible de s'enquérir auprès de l'OCE au sujet du candidat à qui il avait proposé de postuler au poste, sans attendre que celui-ci la contacte. La recourante n'a pas non plus démontré qu'elle aurait offert aux candidats disponibles sur le marché du travail indigène qui remplissaient certains des critères requis la possibilité de suivre une formation continue spécifique, ce qui était aussi attendu de sa part.

C'est dès lors à juste titre que le TAPI a considéré que la recourante n'avait pas démontré avoir réellement et concrètement été dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local et européen, étant rappelé que les difficultés liées à une telle recherche ne sauraient, à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncée à l'art. 21 LEI. Le fait que le premier juge aurait omis de prendre en compte la première des deux publications dans EURES n'y change rien, puisque la diffusion de l'annonce sur cette plateforme n'était de toute manière pas suffisante, peu importe le nombre de fois qu'elle a été effectuée.

c. Ce faisant, dès lors que l'une des conditions cumulatives pour l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative n'était pas réalisée, le TAPI n'avait pas à examiner si l'octroi d'un permis en faveur de M. I_____ était en mesure de servir les intérêts du pays. En tout état de cause, tel n'apparaît pas non plus être le cas, dès lors qu'il ressort du dossier que C_____, l'une des sociétés du groupe de M. B_____, dispose déjà de la technologie que la recourante prétend vouloir développer avec l'aide de M. I_____, qui est opérationnelle depuis le mois de septembre 2019. Le « business plan » fourni par la recourante en lien avec ledit projet reste également modeste au regard de la masse salariale envisagée ainsi que des recettes fiscales estimées. L'on ne voit du reste pas en quoi l'engagement de M. I_____ serait nécessaire pour recruter deux collaborateurs de niveau « junior ».

d. Il résulte de ce qui précède que les conditions relatives à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée ne sont pas réalisées, tant l'OCIRT que le TAPI n'ayant pas violé le droit ni abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant de donner suite à la demande de la recourante tendant à la délivrance d'une autorisation pour travailleur frontalier en faveur de M. I_____. C'est également en vain que la recourante soutient que le TAPI se serait référé aux dispositions légales et à la jurisprudence relatives aux travailleurs étrangers résidant en Suisse, puisque les art. 18 et 21 LEI valent de manière générale pour l'admission en Suisse en vue de l'exercice d'une activité lucrative, y compris pour les travailleurs frontaliers.

Mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté.

- 9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 juin 2020 par A_____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 mai 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Xavier-Romain Rahm, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.