

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1241/2011-PE

ATA/123/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 26 février 2013

1^{ère} section

dans la cause

X_____ S.A.

représentée par Me Daniel Meyer, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
14 mars 2012 (JTAPI/531/2012)**

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après : la société), ayant pour but la gérance du restaurant de l'Hôtel Y_____ et l'exploitation de tous restaurants, cafés, bars, snacks et autres établissements similaires, est inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 28 février 1979. Elle a son siège social à Genève, à l'adresse 6, route Z_____.

La société exploite à l'adresse susmentionnée un restaurant sous l'enseigne « A_____ » (ci-après : le restaurant).

2. Le 26 décembre 2008, la société a requis auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Monsieur B_____, de nationalité chinoise, né en 1971, en qualité de nouveau chef de cuisine.

Le précédent chef cuisinier venait de quitter le restaurant pour s'établir à son compte. La société avait rencontré des difficultés à trouver un cuisinier malgré une inscription auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP). Elle avait pris contact avec M. B_____ sur recommandation d'un ami.

D'après le *curriculum vitae* produit à l'appui de la demande, M. B_____ a, de 1999 à 2002, fait un apprentissage de cuisinier en Chine. Il a travaillé comme apprenti sous-chef au restaurant C_____ à D_____ (Guangzhou), de février 2003 à juin 2007 - une attestation « calculant sept années de travail » lui a été délivrée par cet établissement - et à la E_____, de mars 1999 à avril 2002, où il « s'occupait du travail de cuisine du département de cuisine chinoise » - une attestation « calculant trois années de travail » lui a été donnée. Il a passé un examen de chef cuisinier en septembre 2008. Un certificat de qualification de profession imprimé par le Ministère du travail et des assurances sociales de son pays d'origine a aussi été produit.

3. Le 21 janvier 2009, l'OCIRT a réservé une suite favorable à la demande de la société et a donné son accord à l'octroi à M. B_____ d'une autorisation de séjour de courte durée (permis L) avec activité lucrative valable 364 jours, sous réserve de l'approbation de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM).
4. Le 3 février 2009, l'ODM a approuvé la décision de l'OCIRT, sous réserve de l'octroi d'une autorisation de séjour par l'autorité cantonale compétente. L'OCP a par la suite délivré à M. B_____ une autorisation de séjour de courte durée avec une activité lucrative, valable jusqu'au 11 mars 2010.

L'intéressé était engagé en qualité de cuisinier de spécialités.

5. Le 19 mars 2010, l'OCIRT a, sur demande de la société, prolongé l'autorisation d'exercer une activité lucrative, non contingentée, en faveur de M. B_____ pour une durée de 364 jours.

6. Le 18 janvier 2011, la société a adressé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) le formulaire « Nous cherchons » relatif à l'offre d'emploi pour le poste d'un cuisinier - cuisine chinoise.

7. Le 19 janvier 2011, elle a envoyé à l'OCP le formulaire individuel de demande pour ressortissant hors UE/AELE relatif à une autorisation de séjour « longue durée » de M. B_____, en qualité de cuisinier.

8. Le 21 janvier 2011, l'OCE a confirmé l'enregistrement de l'offre d'emploi de la société.

Il mettrait en contact la société avec les demandeurs d'emploi inscrits et susceptibles de correspondre au profil du poste mis au concours.

9. Le 2 février 2011, l'OCIRT a requis de la société de lui indiquer la composition de l'effectif de son personnel.

L'OCP lui avait fait parvenir, pour des raisons de compétence, la demande d'autorisation de travail présentée en faveur de M. B_____.

10. Le 3 février 2011, l'OCE a transmis à la société une liste de personnes auxquelles le poste de travail mis au concours avait été proposé.

11. Le 11 février 2011, la société a rejeté le candidat présenté par l'OCE.

La personne proposée ne faisait pas de la cuisine chinoise, mais coréenne et ne parlait pas chinois.

12. Le 4 mars 2011, la société a motivé sa demande d'autorisation de séjour à l'année en faveur de M. B_____.

Sa clientèle appréciait la qualité culinaire des plats de M. B_____, et en particulier la présentation de ceux-ci. M. B_____ était également estimé par la société en raison de son dévouement et du maintien de la propreté sur sa place de travail.

13. Le même jour, elle a répondu à la demande de renseignements de l'OCIRT en indiquant que son personnel était composé d'un Suisse, d'une personne titulaire d'un permis G, de deux titulaires d'un permis B et d'une autre titulaire d'un permis L.

14. Après examen du dossier par la commission tripartite de l'économie, l'OCIRT a rejeté par décision du 28 mars 2011 la demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de M. B_____.

Le nombre limité des contingents des autorisations de séjour ne permettait pas de reconnaître l'intérêt de la demande.

15. Le 6 avril 2011, l'OCE a transmis à une candidate l'offre d'emploi de la société relative au poste de chef cuisinier.

Le poste correspondait au profil de la candidate. Celle-ci était priée de prendre contact avec la société et de faire état à l'OCE des résultats de ses démarches.

16. La société a rejeté la candidature.

Elle recherchait un chef cuisinier avec de l'expérience. La candidate n'avait pas assez de connaissance et d'expérience dans la cuisine chinoise.

17. Le 21 avril 2011, la société a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'OCIRT du 28 mars 2011 en concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour requise.

La demande déposée servait les intérêts économiques de la Suisse, compte tenu de la qualification, des compétences et l'expérience professionnelles de M. B_____ dans le domaine culinaire chinois en particulier. Les contingents étaient respectés. Elle avait effectué les recherches nécessaires sur le marché local et avait respecté ainsi le principe de la priorité dans le recrutement. Les conditions de rémunération et de travail usuelles de la branche étaient respectées et M. B_____ présentait les qualifications personnelles requises.

18. Le 9 novembre 2011, l'OCE a une nouvelle fois confirmé l'enregistrement de l'offre d'emploi de la société.

Il mettrait en contact la société avec les demandeurs d'emploi susceptibles de correspondre au profil du poste concerné.

19. Le 28 novembre 2011, l'OCE a transmis à la société une liste de personnes auxquelles le poste de travail avait été proposé.

20. Le 20 décembre 2011, la société a informé qu'elle n'avait reçu aucune candidature suite à ses annonces. Le candidat proposé par l'OCE n'avait pas pris contact avec elle.

21. Le 14 mars 2012, le TAPI a auditionné les représentants de la société et ceux de l'OCIRT lors d'une audience de comparution personnelle.

a. Les représentants de la société n'avaient pas remarqué la différence de salaire existant entre les deux contrats de travail de 2008 et de 2009 qui prévoyaient respectivement des salaires de CHF 6'000.- et CHF 5'400.- signés par M. B_____. L'intéressé percevait un salaire conforme à la convention collective de travail dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration (ci-après : CCT), soit CHF 5'500.- brut. Ils avaient effectué les démarches en vue d'engager un deuxième cuisinier. Ils avaient reçu la visite de divers candidats, mais aucun ne disposait d'un permis de travail. La société serait obligée de fermer son restaurant si M. B_____ ne pouvait plus y travailler. Elle n'avait pas la possibilité de former un nouveau cuisinier faute de disposer d'assez de temps.

b. Selon les représentants de l'OCIRT, la société devait former un cuisinier du marché local. C'était une condition qui avait été fixée lors du renouvellement du permis initial de M. B_____. Elle devait également effectuer des recherches locales et nationales, ainsi qu'au sein de l'Union européenne pour remplacer M. B_____.

22. Le 14 mars 2012, le TAPI a rejeté le recours.

La société n'avait pas déployé tous les efforts nécessaires pour trouver une personne compétente en Suisse ou ressortissante d'un pays de l'UE/AELE. Elle n'avait produit aucune pièce relative à ses annonces de deux postes d'employés qualifiés de cuisine. Elle n'avait annoncé la vacance du poste de chef de cuisine à l'OCE que la veille du dépôt de la demande d'autorisation de séjour de longue durée alors que M. B_____ travaillait déjà à son service depuis deux ans. La réduction du salaire de M. B_____ démontrait que celui-ci n'était pas le seul à remplir les critères requis par le poste, sans quoi ses conditions salariales auraient été confirmées voire augmentées. La demande d'autorisation en faveur de M. B_____ était une pure convenance personnelle. La société ne souhaitait qu'engager celui-ci pour une longue durée. Elle n'avait pas démontré une réelle intention d'ouvrir le poste à d'autres candidats. Vouloir engager un travailleur connu et de confiance ne dispensait pas l'employeur de respecter la procédure légale. Le principe de priorité n'avait pas été respectée par la société.

23. Par acte posté le 24 mai 2012, la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à l'annulation du jugement du TAPI, à l'admission de la demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de M. B_____, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Elle avait été confrontée à des difficultés pour trouver sur le marché indigène un candidat correspondant au profil du poste de cuisinier. Elle avait été contrainte de recruter M. B_____ en Chine. La situation du marché ne s'était pas améliorée. Il y avait une pénurie de cuisiniers chinois qualifiés et confirmés au bénéfice d'une autorisation de travail. Ceux qui avaient la possibilité d'exercer

une activité lucrative ne changeaient pas d'employeur ou travaillaient à titre indépendant. La mobilité dans ce domaine était quasi inexistante. Le marché de l'emploi ne lui avait pas permis de trouver un candidat répondant au profil recherché. Elle n'avait pas voulu fermer le poste à d'autres candidats. Elle avait respecté la procédure de recrutement. Des annonces avaient paru avant la demande d'autorisation de séjour. Elles paraissaient du reste régulièrement tant pour le poste à repourvoir que pour deux autres postes de cuisinier et de cuisinier chef. Elle n'avait pas proposé M. B_____ par pure convenance personnelle. Elle était confrontée à de réelles difficultés dans le développement adéquat de son personnel. Etant en sous-effectif, elle ne pouvait pas former un cuisinier issu du marché local. Elle n'avait dès lors d'autres alternatives que de déposer une demande d'autorisation de séjour en faveur de M. B_____.

Elle avait annoncé le poste vacant à l'OCE, continué ses recherches au travers de la communauté chinoise de Genève et fait paraître des annonces dans la presse nationale et européenne. Des cuisiniers bénéficiant d'une formation et d'une expérience confirmée dans l'art culinaire chinois faisaient défaut. Le succès de son restaurant contribuait au bon fonctionnement de l'économie genevoise par le versement d'une masse salariale non négligeable, des engagements auprès de fournisseurs locaux et des retombées fiscales. M. B_____ avait fait preuve d'une excellente intégration du point de vue professionnel, social et culturel. Il respectait l'ordre juridique suisse et jouissait d'une indépendance financière depuis son arrivée en Suisse.

24. Le 30 mai 2012, le TAPI a transmis au juge délégué son dossier sans formuler d'observations.
25. Le 21 juin 2012, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et à la constatation que celui-ci n'avait pas d'effet suspensif. M. B_____ n'était pas autorisé à exercer une activité lucrative.

Le marché du travail était fluctuant et favorable pour les employeurs dans le domaine d'activité de la recourante. L'approbation de l'autorisation d'exercer l'activité lucrative par l'ODM était réservée.

26. Le 25 juin 2012, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 17 août 2012 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
27. Le 17 août 2012, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle a répété ses explications.
28. Le 17 septembre 2012, la recourante a fait état des résultats de ses nouvelles recherches de candidats.

Trois nouvelles postulations dont deux provenant d'Italie et une de France, lui étaient parvenues. Aucune de ces personnes n'avait de l'expérience en cuisine gastronomique chinoise.

29. Le 22 novembre 2012, la recourante a informé le juge délégué que de nombreuses recherches d'emploi effectuées et en cours s'étaient révélées vaines faute de trouver un candidat suffisamment expérimenté en cuisine gastronomique chinoise.
30. Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

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. La juridiction administrative ne connaît pas l'institution du recours joint (P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} édit., 2011, p. 809 ; B. BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 422-423 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 886). La partie qui entend contester une décision doit le faire dans le délai de recours (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_738/2012 du 27 novembre 2012 consid. 1.2, relatif à l'art. 100 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110). La partie qui n'a pas agi durant le délai légal de recours n'a plus la faculté de prendre des conclusions indépendantes, elle ne peut proposer que l'irrecevabilité ou le rejet, en tout ou partie du recours (ATF 124 V 335 consid. 1 p. 155 ; Arrêts du Tribunal fédéral 9C_58/2012 du 8 juin 2012 consid. 1.2 ; 9C_320/2011 du 28 février 2012 consid. 2).

En l'espèce, l'OCIRT a, dans ses observations du 21 juin 2012, conclu à la constatation que le recours de la société n'a pas d'effet suspensif et que M. B_____ ne soit pas autorisé à exercer une activité lucrative. Ladite conclusion déposée au-delà du délai de recours est irrecevable (ATA/754/2012 du 6 novembre 2012 ; ATA/757/2012 du 6 novembre 2012 et les références citées).

3. A l'expiration de la durée totale de deux ans de l'autorisation de séjour de courte durée de son employé (art. 32 al. 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20), la recourante a requis pour ce dernier une autorisation de séjour de longue durée (art. 33 LEtr). Selon le Conseil fédéral, le principe de la priorité du recrutement des travailleurs en Suisse doit être maintenu lorsque l'autorisation de courte durée est transformée en autorisation de séjour. Cette transformation implique une nouvelle admission. L'obtention antérieure

d'une autorisation de courte durée ne saurait justifier un traitement privilégié ; il s'agit d'éviter un nouveau mécanisme de transformation d'autorisation de courte durée en autorisation de séjour (Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002 *in* FF 2002 3538).

Le litige porte sur le refus par l'OCIRT d'accorder à M. B_____ une autorisation d'exercer une activité lucrative à l'année (permis B) auprès de la recourante après avoir bénéficié, durant deux ans, d'une autorisation de séjour de courte durée.

4. Selon l'art. 11 al. 1 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.

L'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative est de la compétence des cantons (ATA 616/2012 du 25 septembre 2012) et est soumise à des conditions strictes (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-284/2012 du 14 juin 2012 consid. 5.1 ; C-4635/2010 du 28 octobre 2010 consid. 7).

Lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour notamment l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 40 al. 2 LEtr).

5. L'art. 18 LEtr prévoit 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 LEtr sont remplies (let. c).

Lesdites conditions sont cumulatives.

6. L'art. 20 LEtr instaure le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des Etats tiers (FF 2002 3536). Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Selon l'art. 20 al. 1 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), les cantons peuvent délivrer des autorisations de séjour 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 de l'OASA (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid, 6.1 ; C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1).

7. 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

Etat 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 LEtr). L'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté (FF 2002 3537). 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 administratif fédéral C-8717/2010 consid. 6.3 précité).

La limitation ne s'applique pas aux cadres, aux spécialistes ou aux autres travailleurs qualifiés (art. 23 al. 1 LEtr). Des dérogations à l'art. 23 al. 1 et 2 LEtr sont prévues par l'al. 3 de cette même disposition pour certaines catégories de travailleurs.

a. Selon le message précité du Conseil fédéral, la référence aux « autres travailleurs qualifiés » (art. 23 al. 1 LEtr) devrait notamment permettre d'admettre des travailleurs étrangers en tenant davantage compte des exigences du marché de l'emploi que de la fonction exercée ou de la spécificité de la formation suivie, cela pour autant que les prestations offertes par le travailleur étranger concerné ne puissent être trouvées parmi la main-d'œuvre résidente au sens de l'art. 21 LEtr. Il demeure toutefois que le statut du séjour durable reste réservé à la main-d'œuvre très qualifiée et qu'il est nécessaire que le travailleur en question ait les connaissances spéciales et les qualifications requises (FF 2002 3540).

b. Peuvent profiter de la dérogation de l'art. 23 al. 3 let. c LEtr des travailleurs moins qualifiés, mais qui disposent de connaissances et de capacités spécialisées indispensables à l'accomplissement de certaines activités, par exemple le travail du cirque, le nettoyage et l'entretien d'installations spéciales ou la construction de tunnels. Il doit toutefois s'agir d'activités ne pouvant pas, ou alors de manière insuffisante, être exécutées par un travailleur indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE (FF 2002 3541).

8. L'OASA ne précise pas directement les art. 18 ss LEtr, à l'exception de la question des contingents, réglée aux art. 18a ss OASA, en particulier l'art. 22 OASA concernant les ressortissants de pays non européens (ATA/69/2012 du 31 janvier 2012).

a. L'autorité de décision dispose d'une latitude de jugement pour les notions juridiques indéterminées telles que celle de qualifications personnelles (art. 23 LEtr). Pour leur interprétation, les autorités compétentes peuvent s'inspirer des directives de l'ODM.

b. Ledit office a en effet édicté des directives d'application de la LEtr et de l'OASA. Selon la directive I.4 « Séjour avec activité lucrative » (<http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisung>

en_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf), lors de l'appréciation du cas, 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 de 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 (ch. I.4.3.1). Les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène (au sens de l'art. 21 al. 2 LEtr) ou ressortissant de l'espace UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question (ch. I.4.3.2).

S'agissant des qualifications professionnelles, les directives de l'ODM sont très détaillées. Le ch. I.4.7.9.1 de la directive précitée concerne spécifiquement les cuisiniers de spécialités exotiques, et les établissements qui demandent à en employer. Ceux-ci doivent être uniquement les restaurants de spécialités qui suivent une ligne cohérente et se distinguent par la haute qualité de l'offre et des services et proposent, pour l'essentiel, des mets exotiques dont la préparation et la présentation nécessitent des connaissances particulières qui ne peuvent être acquises dans notre pays (ch. I.4.7.9.1.1 let. a). L'employeur démontre qu'il a déployé tous les efforts de recherches possibles (ch. I.4.7.9.1.1 let. b).

S'agissant du cuisinier lui-même, une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse) doivent être prouvées. Faute de diplôme, une attestation du ministère du travail de l'Etat étranger concerné indiquant que les qualifications professionnelles sont suffisantes doit être transmise (ch. I.4.7.9.1.2).

9. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021 ; ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées).

Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles sont susceptibles d'apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_422/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3). Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/12/2012 du 10 janvier 2012 consid. 3 ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c). En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ;

ATF 121 II 473 consid. 2b ; ATF 117 Ib 226 consid. 4b ; ATF 104 Ib 49). C'est donc à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans la directive précitée.

10. En l'espèce, il sied d'examiner si les conditions cumulatives de dérogation à la priorité de recrutement sont réalisées. Il convient de préciser d'emblée qu'aucune dérogation prévue aux art. 26 à 53 OASA ne trouve application.
11. La recourante soutient avoir accompli toutes recherches utiles pour pourvoir au poste de chef cuisinier mis au concours.

Elle admet avoir requis le 19 janvier 2011 une autorisation de séjour en faveur de M. B_____ au lendemain de son annonce à l'OCE d'une offre d'emploi dont, d'après les pièces du dossier, le profil se confond avec les compétences de M. B_____, et après plusieurs recherches infructueuses. Suite à l'annonce de l'offre d'emploi, l'OCE a présenté deux candidats qui ont été refusés par la recourante en raison respectivement du fait qu'un candidat « préparait de la cuisine coréenne » et « ne parlait pas chinois » et que l'autre était une femme et n'avait pas assez de connaissances et d'expérience dans la cuisine gastronomique chinoise. Les exigences liées à la maîtrise du chinois et au sexe des candidats ne sont pas recevables. Le restaurant concerné est en effet implanté à Genève, ville francophone, sa clientèle est internationale, son personnel ne parle pas exclusivement chinois et l'approvisionnement en produits utilisés est en partie local. La recourante n'a pas démontré non plus en quoi un chef de cuisine de sexe féminin ne pourrait pas occuper ce poste. Le choix de critères aussi peu pertinents liés au sexe ou à la maîtrise de la langue chinoise pour le poste mis au concours apparaît de surcroît en contradiction avec la difficulté alléguée par la recourante de trouver un chef dans le domaine de la cuisine chinoise.

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 Etat membre de l'Union européenne ou de l'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 (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3). La recourante a produit devant la chambre de céans trois postulations de personnes intéressées par le poste. Elle a également fourni deux coupures de presse concernant son annonce en Suisse et un échange de courriels avec une agence de Pôle Emploi International en France. Elle n'a cependant pas démontré qu'elle avait indiqué à l'OCE ou à Pôle Emploi International, comme il lui incombait de le faire, que ses recherches devaient être étendues sur l'ensemble des pays de l'UE/AELE par le biais d'une annonce dans le réseau électronique *European Employment System* (EURES) qui assiste les employeurs souhaitant recruter des travailleurs dans les Etats UE/AELE (FF 2002 3538 ; http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/themen/arbeit/nicht-eu_efta-

angehoerige/grundlagen_zur_arbeitsmarktzulassung.html et <http://www.europae-education-formation.fr/europass-eures.php>).

Les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient accorder une dérogation à l'art. 21 al. 1 LETr sur la base de difficultés de recruter la personne correspondant au profil recherché, sous peine de battre en brèche les règles régissant le marché de l'emploi. 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 al. 1 LETr (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 5.3 précité ; C-8717/2010 précité).

Il découle de ce qui précède que l'employeur n'a pas démontré avoir respecté l'ordre de priorité dans le recrutement au sens de l'art. 21 al. 1 LETr. C'est donc à juste titre que le TAPI a confirmé le refus de l'OCIRT d'octroyer une autorisation d'exercice d'une activité lucrative par M. B_____.

12. La recourante soutient ensuite que M. B_____ remplit les conditions de qualifications personnelles au sens de l'art. 23 LETr. D'après elle, l'intéressé possède un degré de qualification, de compétence et d'expérience professionnelle élevé.

L'ODM, au ch. I.4.3.4 de sa directive précitée, précise que les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux : diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée ; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience ; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire ; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.1 précité).

En l'espèce, M. B_____ ne dispose pas d'une formation universitaire ou obtenue auprès d'une haute école spécialisée. D'après le dossier, il a un certificat de qualification de profession comme maître cuisinier de la cuisine chinoise délivré après un apprentissage dans deux restaurants gastronomiques en Chine, en qualité respectivement d'employé de cuisine et de sous-chef cuisinier. Il a passé son examen de chef cuisinier en septembre 2008 et a reçu l'autorisation d'exercer une activité de courte durée auprès de la recourante à partir de février 2009. Dans ces circonstances, la société ne saurait à l'évidence se prévaloir de qualifications

professionnelles à ce point exceptionnelles de M. B_____ ou reposant sur une expérience telle qu'elles puissent compenser l'absence d'une formation supérieure. Quant aux connaissances de la langue chinoise de l'intéressé, même si elles peuvent représenter un atout, en premier lieu pour la recourante, elles ne sauraient à elles seules justifier que l'OCIRT s'écarte de la pratique restrictive en ce domaine, au vue de toutes les circonstances du cas d'espèce.

Il découle de ce qui précède que les qualifications personnelles de M. B_____, titulaire d'un certificat de qualification de profession, n'ont pas été établies à satisfaction de droit par la recourante (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.2 précité). Pour ce motif également, c'est à juste titre que le TAPI a confirmé le refus de l'OCIRT d'octroyer une autorisation d'exercice d'une activité lucrative en faveur de M. B_____.

Sur ce point, l'application stricte des directives de l'ODM correspond également à la *ratio legis* de l'art. 23 LEtr, et ne saurait dès lors prêter le flanc à la critique.

Au surplus, la bonne intégration de M. B_____ invoquée par la recourante n'est pas déterminante dans le cadre de la demande litigieuse.

13. Selon l'OCIRT, l'exiguïté des contingents des autorisations de séjour ne permet pas de reconnaître l'intérêt de la demande de la recourante.

Le contingent attribué au canton est obligatoire. Un canton ne peut par conséquent pas aller au-delà du nombre annuel qui a été octroyé par le Conseil fédéral. Une fois les nombres maximums atteints, aucune autorisation de séjour ne peut plus être délivrée. L'autorité doit ainsi rendre une décision de refus, à moins que le contingent fédéral ne puisse être mis à contribution ou que les conditions d'une exception aux mesures de limitation ne soient réalisées (M. S. NGUYEN, Droit public des étrangers, Présence, activité économique et statut politique, 2003, p. 205).

Pour les années 2011, 2012 et 2013, pertinentes en l'espèce, le contingent annuel accordé au canton de Genève est de 116 autorisations de séjour permettant l'exercice d'une activité lucrative à l'année (annexe 2 ch. 1 let. a de l'OASA). Ce contingent devant être réparti entre plusieurs branches de l'économie (ch. I.4.7 de la directive précitée de l'ODM), la pratique des autorités est restrictive dans l'appréciation des demandes qui leur sont soumises. La jurisprudence admet que, pour l'attribution d'une unité du contingent, la fonction du travailleur étranger est déterminante, notamment pour des personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 consid. 6.1 précité), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La recourante soutient qu'une exception aux mesures de limitation est réalisée. Elle n'a néanmoins pas démontré à satisfaction de droit en quoi les conditions cumulatives des art. 18 à 25 LEtr étaient réunies pour une autorisation contingentée d'exercice d'une activité lucrative.

14. Par surabondance, la recourante ne pouvait pas ignorer qu'en lui délivrant une autorisation de courte durée non contingentée, l'OCIRT lui laissait un délai, en l'espèce de deux ans, lui permettant de trouver un employé répondant aux conditions de limitation de l'art. 21 LEtr ou de le former. Le manque de temps pour assurer une telle formation en raison d'un sous-effectif tombe donc à faux. Pour le Conseil fédéral, en cas de besoin avéré, la délivrance d'une autorisation à des ressortissants d'Etats tiers peut être assortie de la condition, pour l'employeur, de créer des places de formation. Au vu de l'importance des places de formation, la possibilité de fixer une telle condition est utile et opportune (FF 2002 3539). La recourante aurait dû ainsi anticiper la fin de l'autorisation de courte durée de son employé en formant sa relève.
15. En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.
16. 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 lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 mai 2012 par X_____ S.A. contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 14 mars 2012 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de X_____ S.A. un émolument de CHF 1'000.- ;

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 Daniel Meyer, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

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 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.