

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2297/2011-PE

ATA/661/2012

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 25 septembre 2012**

**2<sup>ème</sup> section**

dans la cause

**HÔTEL P\_\_\_\_\_**

représenté 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  
13 mars 2012 (JTAPI/439/2012)**

---

## EN FAIT

- 1) Monsieur P\_\_\_\_\_ est titulaire d'une entreprise individuelle sous la raison de commerce « P\_\_\_\_\_ », ayant pour but l'exploitation d'un hôtel à l'enseigne « Hôtel P\_\_\_\_\_ » et ayant son siège à l'avenue T\_\_\_\_\_ à Meyrin, à proximité de l'aéroport international de Genève.

L'hôtel P\_\_\_\_\_ est un établissement de catégorie trois étoiles.

- 2) Le 29 mars 2011, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a déposé auprès de l'office cantonal de la population de Genève (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) en faveur de Monsieur M\_\_\_\_\_, qu'il avait engagé par contrat de travail de durée indéterminée du 12 mars 2010 au poste de sous-directeur à plein temps, en contrepartie d'un salaire mensuel brut de CHF 5'000.-, additionné d'une commission de 8 % sur toutes les affaires apportées par l'employé « en provenance sud est asiatique (Inde, Chine, etc.) ».

M. M\_\_\_\_\_, ressortissant indien originaire du Penjab né le 18 novembre 1981, était arrivé en Suisse en avril 2003 et avait obtenu une autorisation de séjour pour études échue le 30 juin 2010. En juillet 2010, l'intéressé avait sollicité le renouvellement de son autorisation de séjour. Par décision du 30 novembre 2010, l'OCP avait refusé cette demande et imparti à l'intéressé un délai au 31 mars 2011 pour quitter la Suisse.

M. M\_\_\_\_\_ avait effectué divers stages de formation auprès de la mission permanente de l'Inde à Genève, de l'hôtel Y\_\_\_\_\_ et, depuis le 15 mai 2005, de l'hôtel P\_\_\_\_\_. Selon le certificat de travail signé par M. P\_\_\_\_\_ le 11 mars 2011, M. M\_\_\_\_\_ était « devenu un homme précieux » au vu de son travail, son engagement, sa gentillesse et sa disponibilité.

En juin 2008, l'intéressé avait obtenu un diplôme en sciences de gestion auprès de l'institut supérieur de gestion et communication à Genève. En juin 2010, il avait réussi un « master of business administration with major in international business » auprès de l'« European university » à Genève. En mars 2011, il avait obtenu un « master in business administration with major in human resources management » auprès de la même institution.

- 3) Par décision du 1<sup>er</sup> juillet 2011, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), auquel l'OCP avait transmis la demande de l'hôtel P\_\_\_\_\_ pour raison de compétence, a refusé de délivrer l'autorisation sollicitée et a retourné le dossier à l'OCP.

L'admission de M. M\_\_\_\_\_ ne revêtait pas un intérêt économique prépondérant et l'ordre de priorité au sens de la législation sur les étrangers n'avait

pas été respecté. L'employeur n'avait pas démontré qu'un travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'Union européenne (ci-après : UE) et de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé.

La décision pouvait faire l'objet d'un recours dans les trente jours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

- 4) Le 29 juillet 2011, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a recouru auprès du TAPI contre la décision précitée, concluant à son annulation et à la délivrance de l'autorisation sollicitée.

Il avait engagé M. M\_\_\_\_\_ comme sous-directeur par contrat du 12 mars 2010 en raison des connaissances et des capacités professionnelles de l'intéressé.

Grâce au travail de promotion effectué par M. M\_\_\_\_\_ et au réseau de relations de ce dernier en Inde, il avait pu accroître sa clientèle en provenance d'Asie du Sud. Vu le degré de qualification et les compétences professionnelles de l'intéressé, la demande d'autorisation servait les intérêts économiques du pays et de Genève, s'agissant d'un travailleur qualifié, à même d'attirer une clientèle en provenance d'Asie du Sud. Il désirait conserver à son service un collaborateur de nationalité indienne, parlant l'hindi et le panjabi, hautement qualifié et connaissant le marché asiatique.

A l'appui de son recours, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a produit notamment une copie du contrat de travail du 12 mars 2010, le curriculum vitae de M. M\_\_\_\_\_, ainsi qu'une copie des diplômes de ce dernier et du certificat de travail du 11 mars 2011 signé par M. P\_\_\_\_\_.

- 5) Le 7 septembre 2011, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. L'hôtel P\_\_\_\_\_ n'avait pas prouvé avoir entrepris des recherches pour trouver un candidat au poste de sous-directeur, ni annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). Il n'avait fait aucun effort pour trouver un travailleur correspondant au profil requis en Suisse ou au sein de l'UE et de l'AELE et n'avait par conséquent pas respecté le principe de la priorité dans le recrutement. La demande de permis relevait de la pure convenance personnelle, M. M\_\_\_\_\_ ayant travaillé pendant ses études au sein de l'hôtel P\_\_\_\_\_ depuis mai 2005, alors que l'intéressé n'avait pas de qualifications particulières.
- 6) Le 4 novembre 2011, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a persisté dans son recours. L'activité de M. M\_\_\_\_\_ revêtait un intérêt économique prépondérant, de sorte que ce dernier devait être admis, sans démontrer qu'aucun autre travailleur correspondant au profil requis n'avait pu être trouvé.
- 7) Le 13 mars 2012, le TAPI a entendu M. P\_\_\_\_\_, qui a indiqué que, dans la mesure où il y avait « pléthore de personnes qui [cherchaient] un emploi, (...) il n'y [avait] pas eu besoin de publier d'annonce particulièrement pour ce poste de

sous-directeur ». Il n'avait pas non plus annoncé le poste vacant. Il avait essayé d'engager une autre personne, mais celle-ci était toujours épuisée lorsqu'elle travaillait à l'hôtel P\_\_\_\_\_.

- 8) Par jugement du 13 mars 2012, adressé aux parties le 5 avril 2012, le TAPI a rejeté le recours de l'hôtel P\_\_\_\_\_, ce dernier n'ayant pas respecté le principe de priorité.

L'hôtel P\_\_\_\_\_ n'avait annoncé la vacance du poste de sous-directeur qu'en juin 2010 alors qu'il avait déjà engagé M. M\_\_\_\_\_. Depuis lors, il n'avait eu recours ni à la presse nationale, ni à la presse internationale, ni aux médias électroniques, ni aux agences privées de placement, alors qu'il aurait eu le temps d'effectuer ces démarches avant de déposer la demande d'autorisation de travail en faveur de M. M\_\_\_\_\_ en mars 2011. Ces indices démontraient que l'hôtel P\_\_\_\_\_ souhaitait engager M. M\_\_\_\_\_, celui-ci travaillant déjà à son service depuis 2005, et qu'il n'avait pas l'intention d'ouvrir ce poste à d'autres candidats.

Le jugement pouvait faire l'objet d'un recours dans les trente jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

- 9) Le 15 mars 2012, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a écrit au TAPI que M. P\_\_\_\_\_ avait annoncé le poste vacant à l'OCE en date du 9 juin 2010 et que ledit office avait enregistré l'offre le 11 juin 2010 : selon le formulaire « nous cherchons », il souhaitait engager un « hôtelier et gestionnaire » qualifié, issu d'une école supérieure, niveau master, parlant le français, l'anglais, l'hindi, le panjabi et l'urdu, en contrepartie d'un salaire mensuel brut situé entre CHF 4'500.- et CHF 5'000.-. Le descriptif du poste était le suivant : « Réception des clients, enregistrement dans le système informatique (check in check out). Suivi des réservations par téléphone, informatique, système GDS au atre systèmes (*sic*). Mise à jour des contingents, suivi du tableau des disponibilité (*sic*), confirmation par email, fax, téléphone, etc. Tenue du livre des débiteurs ordinaire (*sic*) avec suivi des encaissements, rappel, etc. Tenu (*sic*) du livre des débiteurs carte de crédit avec réconciliation des paiements et suivi de cas exceptionnel (*sic*). Mise en place de petit-déjeuner, service, nettoyage. Contrôle de chambres, minibar, buanderie, gestion du stock, achat, commandé (*sic*) ».

Le salaire proposé pour le poste avait été jugé insuffisant par l'un des candidats, qui n'avait toutefois pas les qualifications requises.

- 10) Le 21 mars 2012, l'OCIRT a indiqué au TAPI que la démarche effectuée par l'hôtel P\_\_\_\_\_ en juin 2010 au moyen du formulaire « nous cherchons » était insuffisante. Avant d'engager M. M\_\_\_\_\_, l'hôtel P\_\_\_\_\_ aurait dû faire des recherches sur le marché local et dans l'UE, ainsi que par le biais d'annonces dans la presse ou sur internet ou d'agences de placement.

- 11) Par acte posté le 10 mai 2012, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à l'annulation et à la réformation de ce dernier, à l'admission de la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. M\_\_\_\_\_ et à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La décision litigieuse était arbitraire dans l'appréciation des faits et moyens de preuve et violait la législation sur les étrangers.

L'hôtel P\_\_\_\_\_ était inscrit sur un site internet français, spécialisé dans la branche de l'hôtellerie, duquel il recevait régulièrement des candidatures. En avril 2012, il en avait reçu cinq, mais le profil des personnes concernées ne correspondait pas aux critères recherchés. Les prétentions salariales des candidats étaient supérieures au salaire proposé pour le poste à repourvoir.

Il recevait également de nombreuses candidatures spontanées, mais les essais des candidats n'étaient pas concluants. Il était arbitraire de considérer qu'il n'entendait pas ouvrir le poste à d'autres candidats. Le marché de l'emploi ne lui avait pas permis de trouver une autre personne répondant au profil recherché. En tant que petit établissement comptant 25 chambres, son chiffre d'affaires annuel se situait entre CHF 750'000.- et CHF 800'000.-. Son budget était limité : il ne pouvait pas satisfaire les exigences salariales requises pour le poste et il ne pouvait pas se permettre de faire appel à une société de recrutement, ni de faire des recherches par le biais de la presse nationale et internationale. Exiger d'un employeur qu'il respecte à la lettre la procédure de recrutement alors que les coûts y relatifs étaient hors budget relevait du formalisme excessif. En l'occurrence, il avait respecté les prescriptions légales, puisqu'il avait annoncé l'emploi vacant à l'OCE, avait reçu et répondu à des offres spontanées et s'était inscrit sur un site internet spécialisé en matière d'emploi.

L'activité lucrative de M. M\_\_\_\_\_ revêtait un intérêt économique prépondérant : l'intéressé bénéficiait d'un degré de qualification élevé et était titulaire de deux masters. Il avait de solides compétences et expériences professionnelles, maîtrisait le français, l'anglais, l'hindi et le panjabi, était doté d'un sens aigu de la communication et du marketing lui ayant permis de promouvoir l'établissement en Asie du Sud. Même si la Suisse ne souffrait pas de pénurie de main-d'œuvre dans le secteur de l'hôtellerie, il n'était pas aisé de trouver sur le marché du travail local un candidat qualifié, expérimenté et bénéficiant d'un réseau de relations aussi important que celui de M. M\_\_\_\_\_ en Asie du Sud, dont l'hôtel P\_\_\_\_\_ pourrait tirer avantage.

Le revenu mensuel de CHF 5'000.- complété par une commission de 8 % pour le poste de sous-directeur respectait les prescriptions légales en la matière. M. M\_\_\_\_\_ présentait les qualifications personnelles requises, dans la mesure où il avait réussi avec succès ses études en Suisse, y était parfaitement intégré, était

financièrement indépendant et disposait d'un logement approprié à Genève. La poursuite du séjour de l'intéressé en Suisse devait être admise sans tenir compte du principe de priorité.

- 12) Le 14 mai 2012, le TAPI a transmis son dossier à la juridiction de céans. Il n'avait pas d'observations à formuler.
- 13) Le 18 juin 2012, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et a prié la chambre administrative de « constate[r] que le recours contre la décision du TAPI [n'avait] pas d'effet suspensif et que l'intéressée (*sic*) [n'était] pas autorisée (*sic*) à exercer une activité ».

M. P\_\_\_\_\_ avait admis n'avoir procédé à aucune recherche avant d'engager M. M\_\_\_\_\_ au poste vacant, alors qu'il aurait dû en effectuer sur le marché du travail local et européen. Une inscription à l'OCE était insuffisante. La question se posait de savoir si M. M\_\_\_\_\_ avait été engagé par l'hôtel P\_\_\_\_\_ « uniquement parce qu'il acceptait d'être moins payé que les autres » candidats. L'hôtel P\_\_\_\_\_ avait engagé l'intéressé par pure convenance personnelle.

Le secteur de l'hôtellerie ne souffrait pas de pénurie de main d'œuvre. La condition de l'intérêt scientifique ou économique prépondérant n'était pas remplie. L'intérêt de l'hôtel P\_\_\_\_\_ à engager M. M\_\_\_\_\_ ne devait pas être confondu avec les intérêts économiques de la Suisse. La disposition des étrangers à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail provoquait un dumping salarial et social. La commission de 8 % proposée par l'hôtel P\_\_\_\_\_ ne pouvait pas être prise en compte dans l'appréciation du salaire proposé.

- 14) Le 19 juin 2012, le juge délégué a imparti à l'hôtel P\_\_\_\_\_ un délai au 13 juillet 2012, prolongé ensuite au 17 juillet 2012, pour formuler toute requête complémentaire et a informé les parties que la cause serait ensuite gardée à juger en l'état du dossier.
- 15) Le 13 juillet 2012, l'hôtel P\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions, en reprenant l'argumentation développée dans son recours.

Il avait effectué de nombreuses recherches avant d'engager M. M\_\_\_\_\_. Le poste exigeait des qualifications importantes et précises. Il n'avait pas les moyens de faire des recherches de plus grande envergure. Le salaire de CHF 5'000.- avec 8 % de commissions sur les notes payées par les clients amenés par l'employé était dans la moyenne des rémunérations usuelles pratiquées à Genève pour ce type de poste. Les autres candidats ne correspondaient pas aux exigences requises et avaient des prétentions salariales trop élevées par rapport au budget de l'hôtel. Il était primordial que M. M\_\_\_\_\_ puisse continuer à travailler au sein de l'hôtel, vu ses compétences, son expérience et ses qualifications élevées.

Il avait entrepris toutes les démarches pouvant raisonnablement être attendues de lui pour chercher, en vain, un employé sur le marché du travail suisse et européen.

### 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. 17A al. 1 let. a et 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le recours porte sur la demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) faite par l'hôtel P\_\_\_\_\_ en faveur de M. M\_\_\_\_\_ et refusée par l'OCIRT puis par le TAPI. Le recourant considère que ladite autorisation doit être accordée, car il a effectué de nombreuses recherches, en vain, avant d'engager M. M\_\_\_\_\_, celui-ci disposant de qualifications personnelles importantes.
- 3) L'OCIRT prie la chambre administrative de « constate[r] que le recours contre la décision du TAPI n'a pas d'effet suspensif et que l'intéressée (*sic*) n'est pas autorisée (*sic*) à exercer une activité ».

Ni la décision de l'OCIRT du 1<sup>er</sup> juillet 2011 ni le jugement du TAPI du 13 mars 2012 n'ont été déclarés exécutoires nonobstant recours. Il n'appartient pas à la chambre de céans de constater que le recours est assorti de l'effet suspensif : si l'OCIRT considère qu'il s'agit d'un cas d'application de l'art. 66 al. 2 LPA, il lui incombe de prendre des conclusions motivées en retrait de l'effet suspensif. Les conclusions de l'OCIRT à caractère constatatoire ne peuvent qu'être écartées.

- 4) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, celle-ci ne peut pas revoir l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10, *a contrario* ; ATA/479/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/367/2012 du 12 juin 2012 ; ATA/750/2011 du 6 décembre 2011).
- 5) Le recourant allègue que le TAPI a fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des faits et moyens de preuve.

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle viole

gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_30/2008 du 21 mai 2008 consid. 5.1). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 131 I 57 consid. 2 et la jurisprudence citée ; 128 I 177 consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_171/2008 du 20 juin 2008 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATA/381/2008 du 29 juillet 2008).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de ceans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/563/2012 du 21 août 2012 ; ATA/342/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/778/2011 du 20 décembre 2011 ; ATA/344/2008 du 24 juin 2008).

- 6) Le séjour en Suisse en vue d'y exercer une activité lucrative est soumis à autorisation (art. 11 renvoyant aux art. 18 ss de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Cette dernière doit être requise auprès du canton de prise d'emploi (art. 11 al. 1 LEtr). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEtr).
- 7) a. Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions cumulatives suivantes :
  - a. son admission sert les intérêts économiques du pays ;
  - b. son employeur a déposé une demande ;
  - c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies.
- b. La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle 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 LEtr, FF 2002 3469, p. 3485 s. et p. 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (Arrêt du Tribunal

---

administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5.1 ; ATA/563/2012 précité ; ATA/342/2012 précité ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010, p. 137).

c. Selon les directives établies par l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) - qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré et pourvu qu'elle respecte le sens et le but de la norme applicable (ATA/565/2012 du 21 août 2012 ; ATA/353/2012 du 5 juin 2012) -, « les ressortissants d'Etats tiers sont admis sur le marché du travail suisse si leur admission sert les intérêts économiques du pays (art. 18 et 19 LEtr). 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. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans notre 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 » (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 30 septembre 2011, état le 1<sup>er</sup> mai 2012, ch. 4.3.1, consultables en ligne sur le site [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_auslaenderbereich/aufenthalt\\_mit\\_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/aufenthalt_mit_erwerbstaetigkeit/4-aufenthalt-mit-erwerb-f.pdf)).

d. L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/342/2012 précité ; M. SPESCHA, *in* M. SPESCHA / H. THÜR / A. ZÜND / P. BOLZLI, Migrationsrecht, Zurich 2009, 2<sup>ème</sup> édition, ch. 2 *ad* art. 18 LEtr p. 57 ; cf. dans le même sens L. OTT, *in* M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n. 5 *ad* remarques art. 18-29 LEtr p. 149 s. ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, *op. cit.*, pp. 123 et 134).

8) a. Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 20 al. 1 LEtr).

b. 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).

Il ressort de l'art. 21 al. 1 LEtr que 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 UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message précité, p. 3537 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2907/2010 du 18 janvier 2011

consid. 7.1 et la jurisprudence citée). Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (ATA/563/2012 précité ; ATA/342/2012 précité).

c. Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour ayant le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 LEtr).

d. Aux termes du nouvel art. 21 al. 3 LEtr, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, en dérogation à l'ordre de priorité dans le recrutement ancré à l'art. 21 al. 1 LEtr, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. L'intéressé est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de son perfectionnement en Suisse pour trouver une telle activité (ATA/342/2012 précité et les références citées).

e. Selon les directives de l'ODM, « le terme « haute école » se réfère aussi bien aux hautes écoles universitaires (...) qu'aux hautes écoles spécialisées (...). Sont également considérés comme étrangers diplômés d'une haute école suisse au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr les étrangers qui n'ont étudié en Suisse que pour obtenir leur master ou leur doctorat (...). Sont demandés, outre un diplôme d'une haute école suisse, des moyens financiers suffisants et un logement adéquat » (Directives de l'ODM, *op. cit.*, ch. 5.1.3).

L'ODM ajoute que « le recours, en priorité, aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers. Le principe de la priorité des travailleurs indigènes doit être en principe appliqué dans tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail. Il est retenu en faveur des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE (...). Par conséquent, les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être admis que si aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'espace UE/AELE ne peut être recruté pour occuper l'emploi en question (...). Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger (...). L'employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement – pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (...) » (Directives de l'ODM, *op. cit.*, ch. 4.3.2.1).

Lesdites directives précisent que « l'employeur doit être en mesure de rendre crédible les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'Etats tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. » (Directives de l'ODM, *op. cit.*, ch. 4.3.2.2).

- 9) a. Selon l'art. 22 LEtr, 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.
- b. Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires (art. 22 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).
- c. Ces dispositions ont « pour but de protéger les travailleurs étrangers contre des conditions d'engagement abusives mais également d'éviter pour les travailleurs indigènes la concurrence d'une main-d'œuvre meilleur marché. Dans les limites des prescriptions régissant le marché du travail, il importe de veiller à ce que l'on offre aux travailleurs étrangers les mêmes conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession que pour les travailleurs indigènes. En l'occurrence, il faut en premier lieu se fonder sur les prescriptions légales et les conditions de salaire et de travail offertes, pour un travail similaire, dans la même entreprise et la même branche (...) » (Directives de l'ODM, *op. cit.*, ch. 4.3.3).
- 10) a. L'art. 23 al. 1 LEtr précise 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 (art. 23 al. 2 LEtr). L'art. 23 al. 3 LEtr ajoute que 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.

b. Il ressort des directives de l'ODM qu'« en règle générale, l'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne peut être autorisée que lorsque l'exigence relative aux qualifications personnelles existantes est satisfaite. Les qualifications personnelles 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. Lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, l'existence des qualifications personnelles requises peut souvent être déduite 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 » (Directives de l'ODM, *op. cit.*, ch. 4.3.4).

- 11) Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il dispose d'un logement approprié (art. 24 LEtr).
- 12) Il convient de déterminer si l'hôtel P\_\_\_\_\_ a agi conformément aux prescriptions de l'art. 21 LEtr.

En l'espèce, le recourant souhaite que M. M\_\_\_\_\_, ressortissant indien, soit autorisé à travailler en qualité de sous-directeur au sein de l'hôtel.

Il ressort du dossier que le descriptif du poste de sous-directeur est le suivant : « Réception des clients, enregistrement dans le système informatique (check in check out). Suivi des réservations par téléphone, informatique, système GDS au atre systèmes (*sic*). Mise à jour des contingents, suivi du tableau des disponibilité (*sic*), confirmation par email, fax, téléphone, etc. Tenue du livre des débiteurs ordinaire (*sic*) avec suivi des encaissements, rappel, etc. Tenu (*sic*) du livre des débiteurs carte de crédit avec réconciliation des paiements et suivi de cas exceptionnel (*sic*). Mise en place de petit-déjeuner, service, nettoyage. Contrôle de chambres, minibar, buanderie, gestion du stock, achat, commandé (*sic*) ».

Les activités décrites ne revêtent pas un intérêt économique prépondérant et leur exercice ne requière pas nécessairement un diplôme d'une haute école suisse, ni la maîtrise du Panjabi. S'agissant de tâches en partie administratives, celles-ci n'ont pas de lien direct et étroit avec les diplômes obtenus par M. M\_\_\_\_\_. De plus, il est admis que la Suisse ne souffre pas de pénurie de main-d'œuvre dans le

secteur de l'hôtellerie. En toute hypothèse, étant donné que M. M\_\_\_\_\_ a pour seule expérience professionnelle des stages de formation, il ne saurait justifier d'un intérêt économique prépondérant, ses capacités linguistiques et ses connaissances de l'Asie du Sud ne suffisant pas pour déroger à l'ordre de priorité. Le recourant ne pouvant pas se prévaloir de l'exception de l'art. 21 al. 3 LEtr, il doit donc respecter le principe de priorité ancré à l'art. 21 al. 1 LEtr : il doit notamment avoir entrepris des recherches à grande échelle afin de repourvoir le poste de sous-directeur à un indigène ou à un ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE.

Il ressort du dossier que le recourant n'a annoncé la vacance du poste à l'OCE qu'après avoir engagé M. M\_\_\_\_\_. Il n'a pas inséré d'annonces dans la presse écrite ou spécialisée et n'a pas recouru aux services d'une agence de placement avant d'embaucher l'intéressé. Le recourant a procédé à cet engagement avant même d'avoir obtenu l'autorisation de prise d'emploi, mettant ainsi les autorités devant le fait accompli. Il n'a donc pas respecté les exigences légales relatives à l'ordre de priorité.

Même si la recherche d'un sous-directeur pour l'hôtel peut nécessiter de nombreuses démarches auprès de candidats potentiels, de médias et d'agences de recrutement, ces difficultés ne sauraient justifier une dérogation à l'art. 21 al. 1 LEtr.

- 13) Au vu de ce qui précède et du type d'activité qu'entend déployer M. M\_\_\_\_\_, il apparaît que le TAPI était fondé à considérer, de même que l'OCIRT, que le recourant n'avait pas respecté le principe de priorité dans le recrutement au sens de l'art. 21 LEtr. C'est donc sans arbitraire que la délivrance de l'autorisation de séjour sollicitée a été refusée.
- 14) Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision litigieuse confirmée. Un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, 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 10 mai 2012 par l'hôtel P\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 mars 2012 ;

**au fond :**

le rejette ;

met un émolument de CHF 800.- à la charge de l'hôtel P\_\_\_\_\_ ;

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 l'hôtel P\_\_\_\_\_, 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 : Mme Hurni, présidente, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction a.i :

C. Sudre

la présidente siégeant :

E. Hurni

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](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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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)

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

<sup>2</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

<sup>3</sup> Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.