

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2695/2016-PE

ATA/953/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 septembre 2018

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 janvier 2017 (JTAPI/39/2017)**

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1974, ressortissant tunisien, est arrivé à Genève le 1^{er} septembre 2002 au bénéfice d'un visa.
2. Le 2 octobre 2002, il a déposé une demande d'autorisation de séjour pour suivre des cours de français auprès d'une école privée. L'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), a fait droit à cette demande le 27 mars 2003.
3. Le 17 juin 2005, l'OCPM a refusé de renouveler cette autorisation, M. A_____ souhaitant alors suivre une formation auprès d'une école de coiffure et lui a imparti un délai de trois mois pour quitter la Suisse. Le recours interjeté par M. A_____ contre cette décision a été rejeté le 17 mars 2006 par l'autorité compétente.
4. M. A_____ n'a pas quitté la Suisse et a saisi, le 29 juin 2009, l'OCPM d'une demande de régularisation de sa situation, se prévalant de sa bonne intégration.
5. Le 22 avril 2010, l'OCPM a refusé cette demande et lui a imparti un nouveau délai pour quitter la Suisse. Les recours interjetés par M. A_____ contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) puis de la chambre administrative de la Cour de justice ont été rejetés respectivement le 19 avril 2011 et le 24 avril 2012.
6. Le 11 août 2014, l'OCPM a refusé de délivrer à M. A_____ une attestation en vue de mariage et une autorisation de séjour au titre du regroupement familial, lui impartissant un nouveau délai pour quitter la Suisse. Le recours interjeté par M. A_____ contre cette décision auprès du TAPI, a été rejeté le 30 juin 2015.
7. Le 31 mai 2016, l'entreprise individuelle, non inscrite au registre du commerce, A_____ COIFFURE, à Genève, a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour M. A_____, engagé en qualité de coiffeur. Cette demande a été transmise à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT).
8. Le 20 juillet 2016, l'OCIRT a refusé l'autorisation sollicitée. La demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant, et la procédure n'avait pas été respectée, M. A_____ travaillant en Suisse depuis plusieurs années sans autorisation.
9. Le 15 août 2016, M. A_____ a recouru auprès du TAPI contre la décision précitée, concluant à l'octroi en sa faveur de l'autorisation sollicitée.

10. Après instruction, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____ le 12 janvier 2017.

L'employeur de M. A_____ n'avait pas démontré que le poste de coiffeur à pourvoir répondait à la condition de l'intérêt économique de la Suisse posée par la législation applicable. Il n'avait de surcroît pas démontré avoir annoncé la vacance du poste à l'OCIRT et avoir entrepris des démarches visant à trouver sur le marché local ou européen un candidat satisfaisant aux exigences du poste. L'ordre de priorité n'avait pas été respecté. Examinée sous l'angle de l'activité indépendante, la demande ne remplissait pas non plus les exigences de l'intérêt économique de la Suisse.

11. Le 20 février 2017, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement susmentionnée, concluant à l'octroi de l'autorisation sollicitée.

Le bon fonctionnement du salon de coiffure de son employeur requérait une personne digne de confiance, avec de l'expérience et qui avait déjà constitué sa propre clientèle. Il était le plus à même d'occuper le poste dans cette optique. Sa contribution à l'économie suisse était un élément essentiel d'un salon de coiffure qui fonctionnait bien. Par ses compétences et son intégration, il contribuait au développement d'une petite entreprise. Son employeur avait fait des recherches depuis longtemps pour trouver du personnel compétent mais des recherches approfondies représentaient un investissement trop coûteux en temps et en argent.

12. Le 20 mars 2017, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. Les arguments de M. A_____ ne permettaient pas de remettre en question sa décision, qui était conforme au droit.

13. La détermination de l'OCIRT a été transmise à M. A_____ et un délai au 21 avril 2017 lui a été imparti pour exercer son droit à la réplique.

14. M. A_____ n'a pas donné suite à cette invite et le 19 juin 2017, les parties ont été informées que la cause était 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. L'objet du litige est la décision de l'OCIRT du 20 juillet 2016 adressée à l'employeur du recourant, refusant l'autorisation de séjour avec activité lucrative demandée pour le recourant.

Compte tenu de la confusion personnelle entre le recourant et l'entreprise individuelle portant son patronyme et dont il est le directeur, la question de la recevabilité du recours, déposé sans l'assistance d'un mandataire, souffrira de demeurer ouverte, vu ce qui suit.

3. 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 connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA et 10 al. 2 a contrario de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

4. a. 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 (art. 11 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 – LEtr – RS 142.20).

Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou du statut de travailleur salarié vers un statut de travailleur indépendant, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative (art. 40 al. 2 LEtr et 83 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative - OASA - RS 142.201).

b. Dans le canton de Genève, le département de la sécurité et de l'économie est l'autorité compétente en matière de police des étrangers, compétence qu'il peut déléguer à l'OCPM (art. 1 al. 1 et 2 LaLEtr) sous réserve des compétences dévolues à l'OCIRT en matière de marché de l'emploi.

La compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'OCIRT (art. 17A de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 et 35A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). Sa décision lie l'OCPM, qui peut néanmoins refuser l'autorisation si des considérations autres que celles qui ont trait à la situation de l'économie ou du marché du travail l'exigent (art. 6 al. 6 du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers - RaLEtr - F 2 10.01).

5. Selon 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.
6. 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 loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5.1 ; Marc SPESCHA/Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, p. 137 ; cf. également art. 23 al. 3 LEtr).
7. a. Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse, ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 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 l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral 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 à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1^{er} avril 2013).
- b. 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 qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (art. 21 al. 2 LEtr).
- L'art. 21 al. 3 LEtr précise qu'en dérogation à l'al. 1, 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. Il 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.

c. 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'UE 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 ; ATA/123/2013 du 26 février 2013).

d. Selon les directives établies par l'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, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATA/166/2014 du 18 mars 2014 ; ATA/565/2012 du 21 août 2012 ; ATA/353/2012 du 5 juin 2012), les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices régionaux de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. 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. En dépit de l'importance des impératifs du marché du travail et des considérations économiques d'ordre général, il est souvent nécessaire de prendre encore en compte, lors de l'examen des demandes, d'autres critères se rapportant à la tâche de l'étranger ou à sa personne (formation, intérêts de l'État, aspects politiques et sociaux). Ainsi, par exemple, les demandes déposées par les professeurs d'Université, les séjours de perfectionnement ou les demandes présentées sur la base de la réciprocité ne sauraient être examinés dans la seule optique du marché du travail (art. 32 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 ; Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch. 4.3.2.1, consultables en ligne sur le site <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-f.pdf>).

8. a. 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.

b. 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).

c. 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).

9. En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de retenir l'existence de démarches de l'employeur en vue de recruter pour le poste un travailleur en Suisse au sens de l'art. 21 al. 2 LEtr. Le recourant lui-même ne peut entrer dans cette catégorie, étant en situation irrégulière en Suisse depuis plus de dix ans. Aucun justificatif d'une telle démarche n'a été produit. De même, rien ne figure au dossier qui permette d'envisager que l'employeur s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de trouver un coiffeur répondant au profil recherché. Ledit profil n'a au demeurant pas été annoncé à l'OCIRT.

Par ailleurs, le recourant se contente d'alléguer qu'il existe un intérêt économique suffisant à lui délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative. Il n'en apporte aucune démonstration.

C'est dès lors à bon droit que l'OCIRT a retenu que la demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant tel qu'exigé par l'art. 18 let. a LEtr, outre le fait que l'art. 21 LEtr imposant un ordre de priorité n'avait pas été respecté. Le jugement du TAPI ne porte pas le flanc à la critique.

10. Le recours, mal fondé, sera rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Vu son issue, un émoulement de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 20 février 2017 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 janvier 2017 ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge du recourant ;

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

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 Monsieur A_____, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance, au secrétariat d'Etat aux migrations, ainsi que pour information à l'office cantonal de la population et des migrations.

Siégeant : Mme Junod, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

Ch. Junod

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.