

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3249/2018-PE

ATA/53/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 janvier 2020

1^{ère} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Anna Soudovtsev-Makarova, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
20 décembre 2018 (JTAPI/1265/2018)**

EN FAIT

- 1) Par courrier du 2 juillet 2018, Madame A_____, employée des B_____, a demandé à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) de délivrer un permis de séjour avec activité lucrative à Monsieur C_____, ressortissant israélien. L'époux de l'intéressée était gravement malade et ne pouvait vivre seul. Il avait été hospitalisé dans un premier temps à l'hôpital des Trois-Chênes puis à l'hôpital de Belle-Idée et son retour à domicile avait été organisé pour le 27 juin 2018.

Mme A_____ avait cherché une personne pouvant s'occuper de son époux pendant son absence. La personne en question devait être de sexe masculin car son époux était en fauteuil roulant. La maîtrise de la langue russe était indispensable car il s'agissait de la langue maternelle de son époux qui perdait l'usage du français du fait de sa maladie.

Elle s'était en premier adressée à la bourse de l'emploi du centre d'accueil de la Genève internationale (ci-après : CAGI), qui n'avait personne à lui proposer.

Par l'intermédiaire de connaissances, elle avait pris contact avec M. C_____, détenteur de plusieurs diplômes de médecines non traditionnelles, exerçant son art depuis 2009. Il remplissait tous les critères nécessaires et devait résider avec Mme A_____ et son époux.

- 2) Par décision du 25 juillet 2018, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) à qui l'OCPM avait transmis la requête pour raison de compétence, l'a rejetée. L'ordre de priorité n'avait pas été respecté, et l'employeur n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'association européenne de libre échange n'avait pu être trouvé. De plus, l'exiguïté du contingent ne permettait pas de donner suite à des demandes dans le secteur de l'économie domestique.
- 3) Le 14 septembre 2018, Mme A_____ a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre la décision précitée, reprenant et développant les éléments qu'elle avait exposés dans sa requête initiale.

Les recherches qu'elle avait faites soit à la bourse de l'emploi du CAGI, soit auprès de connaissances, étaient restées sans résultat. M. C_____ présentait toutes les qualités nécessaires à cet emploi, et tant les médecins que les intervenants de l'institution genevoise de maintien à domicile (ci-après : IMAD)

avaient constaté que sa présence auprès de son époux était un facteur rassurant et calmant pour ce dernier.

Le salaire convenu, de CHF 2'000.- net par mois, était fondé sur un salaire brut de CHF 3'801.- ressortant du contrat type de travail de l'économie domestique. Mme A_____ s'était de plus engagée à prendre à son entière charge les parts patronales et employé des déductions sociales ainsi que la charge fiscale et la prime d'assurance de M. C_____.

Dans le cadre des recherches dans le marché local, elle avait déposé une offre d'emploi à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), le 30 août 2018, et fait paraître des annonces dans des journaux locaux les 3 et 6 septembre 2018, en vain.

Elle devait impérativement trouver une solution durable pour assurer la prise en charge de son époux.

- 4) Le 19 novembre 2018, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, pour les motifs figurant dans sa décision initiale, qu'il développait.

Les conditions nécessaires à la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative n'étaient pas remplies.

- 5) Après avoir permis à la recourante d'exercer son droit à la réplique, le TAPI a rejeté le recours, par jugement du 20 décembre 2018. La recourante n'avait pas prospecté avec suffisamment de sérieux le marché de l'emploi en Suisse pour que l'autorisation de séjour sollicitée soit délivrée.

- 6) Par acte mis à la poste le 1^{er} février 2019 et reçu par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 5 février 2019, Mme A_____ a recouru contre le jugement précité, concluant à ce que la demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative qu'elle avait déposée en faveur de M. C_____ soit admise.

Les recherches entreprises afin de trouver une personne répondant aux exigences de l'emploi avaient été vaines. En plus des démarches déjà mentionnées devant le TAPI, elle avait publié des annonces sur de nombreux sites internet spécialisés et soumis son dossier à des agences de placement temporaire.

Elle avait dû placer son époux auprès d'une unité d'accueil temporaire et de répit pendant ses propres vacances en Russie, du 28 juillet au 17 août 2018, ainsi que du 26 septembre au 7 octobre 2018, puis du 5 au 10 novembre 2018, soit parce qu'elle avait dû faire un voyage à l'étranger, soit parce qu'elle avait une période très chargée professionnellement. Toutefois, son époux pouvait séjourner au plus quarante-cinq jours par année dans cette unité.

La situation et la surcharge l'avaient amenée à être mise en arrêt maladie, pour cause d'épuisement et d'état anxieux, du 24 décembre 2018 au 19 janvier 2019. De plus, son époux lui avait, durant une crise, donné un coup de poing au visage.

Dans l'attente de l'issue de la procédure, M. C_____ venait, sur une base volontaire et bénévole, ce qui était apprécié par les intervenants de l'IMAD.

- 7) Le 15 mars 2019, le TAPI a transmis son dossier, sans émettre d'observations.
- 8) Le 15 mars 2019 aussi, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, pour les motifs qu'il avait exposés antérieurement.
- 9) Exerçant son droit à la réplique le 15 avril 2019, Mme A_____ a maintenu ses conclusions initiales.

Une candidature lui avait été transmise par l'OCE mais la personne concernée ne maîtrisait pas la langue russe. Il en avait été de même d'une personne qui avait déposé sa candidature via un site internet. Or, l'importance de trouver une personne russophone avait été soulignée par tous les intervenants et en dernier lieu par le médecin traitant de son époux.

- 10) Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA).
- 3) Le 1^{er} janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la loi sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), et de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C_737/2019 du

27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2019 sont régies par l'ancien droit, étant précisé que la plupart des dispositions de la LEI sont demeurées identiques.

- 4) a. Selon l'art. 11 al. 1 LEI, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour ; il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé.
- b. L'art. 18 LEI 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 LEI sont remplies (let. c). Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3 : ATA/401/2016 du 10 mai 2016).

Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/494/2017 précité). En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée par un éventuel employé. De même, un employeur ne dispose d'aucun droit à engager un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (arrêts du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3).

c. En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse 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.

Il ressort de cet alinéa que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, spéc. 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; ATA/401/2016 précité).

Selon les directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état au 1^{er} juin 2019 (ci-après : Directives LEI) – 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 –, les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement

possible aux ORP les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. 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 LEI, ch. 4.3.2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATAF 2011/1 consid. 6.3 ; ATA/494/2017 précité ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015).

Il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEI 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/1368/2018 du 18 décembre 2018 et les références citées).

L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles 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'États tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. (directives LEI, ch. 4.3.2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATAF 2011/1 consid. 6.3).

Même si la recherche d'un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l'employeur peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l'art. 21 LEI (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/1368/2018 précité).

- 5) En l'espèce, les recherches effectuées par la recourante avant le dépôt de la requête d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour M. C_____ étaient

manifestement insuffisantes. Ainsi que l'a retenu l'autorité judiciaire de première instance, les motifs mis en avant pour justifier cela ne permettent en aucun cas de remédier à la lacune précitée. Ni les qualités professionnelles et linguistiques de M. C_____, ni le besoin de stabilité et de soins, voire le caractère d'urgence de l'aide à apporter à l'époux de la recourante, ne permettent de s'écarter des principes de priorité de l'art. 21 LEI, rappelés ci-dessus.

Les recherches faites ultérieurement ne sauraient pallier les carences précitées. S'il est peut-être difficile de trouver des candidats indigènes répondant aux exigences de la recourante, on peut penser qu'il n'y a pas de réelles difficultés à trouver, dans un certain nombre de pays de l'Union européenne, laquelle comprend maintenant vingt-huit membres, une personne ayant des compétences d'aide-soignante, de sexe masculin et parlant russe.

Au vu des éléments qui précèdent, le recours sera rejeté.

- 6) Un émoulement de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1^{er} février 2019 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 décembre 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de la recourante un émoulement de CHF 500.- ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Anna Soudovtsev-Makarova, avocate de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Krauskopf, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

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.