

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3819/2012-PE

ATA/166/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 mars 2014

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Jean Donnet, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
26 mars 2013 (JTAPI/359/2013)**

EN FAIT

- 1) Monsieur X_____ (ci-après : le recourant) exploite une entreprise individuelle du même nom, active dans le négoce dans les prestations de services et dans le négoce international de matières premières à Genève, et inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 12 avril 2010.
- 2) Le 10 octobre 2012, M. X_____ a adressé à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), devenu entretemps l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'office), une demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) en faveur de Monsieur Y_____. M. Y_____, né le _____ 1979, de nationalité israélienne, serait engagé au sein de l'entreprise de M. X_____ en qualité d'opérateur pour un salaire annuel de CHF 78'000.- .
- 3) Le 12 octobre 2012, l'office régional de placement (ci-après : ORP), pour l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE), a enregistré l'annonce du poste vacant de spécialiste en crédits documentaires, suite à la demande de M. X_____.

Il ressortait du descriptif du poste que les tâches principales dudit spécialiste seraient : la gestion d'un portefeuille de clients actifs dans le négoce international de matières premières avec pour principales missions la mise au point des textes, la vérification des modifications, traitement et analyse des crédits documentaires, le traitement des encaissements documentaires, la gestion des décomptes, transferts, Swifts, avis et autres traitements de garanties, le respect des délais et règlements, le traitement des dossiers marchandise, ainsi que l'analyse globale et le suivi des opérations. Ce poste requerrait notamment de l'expérience dans le domaine des crédits documentaires, une aisance avec les outils informatiques usuels, une maîtrise courante des langues anglaise, russe et française ainsi qu'une expérience professionnelle antérieure en collaboration avec des entreprises de raffinerie russes.

- 4) Après examen du dossier, par décision du 15 novembre 2012, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), a refusé d'octroyer l'autorisation de séjour en faveur de M. Y_____, au motif que l'ordre de priorité de l'art. 21 de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'avait pas été respecté par M. X_____. Ce dernier n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays membre de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : UE/AELE) n'avait pu être trouvé.

- 5) Par le biais de son mandataire, le 17 décembre 2012, M. X_____ a interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de refus d'autorisation de l'OCIRT, concluant à son annulation et à l'octroi d'un permis de séjour avec activité lucrative en faveur de M. Y_____.

L'ordre de priorité avait été respecté. Trois candidates lui avaient été présentées suite à l'enregistrement du poste vacant à l'ORP. Aucune des trois n'avait été retenue. Une était trop qualifiée, l'autre pas assez et la troisième n'avait pas donné suite. M. X_____ avait ainsi fourni tous les efforts qu'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour trouver un travailleur aux qualités requises par le poste en Suisse ou dans un Etat membre de l'UE/AELE. Dans l'impossibilité manifeste de trouver un tel travailleur, il avait conclu le 5 novembre 2012 un contrat de travail avec M. Y_____ pour une durée indéterminée.

M. Y_____ avait pris contact avec l'entreprise de M. X_____ pour la place vacante de spécialiste en crédits documentaires. Il s'agissait d'un travailleur qualifié dans le domaine des crédits documentaires et, de par les nombreux diplômes obtenus et sa grande expérience dans le domaine des crédits documentaires, son profil correspondait en tous points à celui recherché. En outre, l'intéressé maîtrisait parfaitement le russe et l'anglais et avait pu se constituer un vaste réseau en matière de négoce de matières premières, principalement avec des raffineries russes, ayant déjà travaillé avec elles.

Pour toutes ces raisons, la candidature de M. Y_____ avait été retenue.

- 6) Le 14 février 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Bien que le recourant ait annoncé le poste vacant à l'ORP, il avait déposé simultanément la demande d'autorisation de séjour en faveur de M. Y_____, qu'il avait déjà rencontré et recruté. L'annonce à l'ORP avait été tardive. Il était généralement convenu de compter au moins trois semaines pour une telle

démarche, le temps que les candidats soient sélectionnés et présentés à l'employeur. En outre, M. X_____ n'a apporté aucune preuve de recherches sur le marché suisse, européen ou dans la communauté AELE. Les arguments avancés n'étaient pas suffisants pour l'octroi d'un permis de séjour de longue durée avec activité lucrative en faveur de M. Y_____, et avaient convaincu l'OCIRT que son engagement procédait de la convenance personnelle. Les aptitudes recherchées par M. X_____ n'étaient pas rares sur le marché de l'emploi local et européen. Les qualités de M. Y_____ ne pouvaient être considérées comme des qualifications particulières dans un domaine souffrant en Suisse et dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE d'une pénurie de main-d'œuvre spécialisée.

- 7) Par jugement du 26 mars 2013, le TAPI a rejeté le recours.

Les démarches effectuées par le recourant avaient été insuffisantes, car il s'était contenté de faire une annonce à l'OCE. Celle-ci était de surcroît postérieure à la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée en faveur de M. Y_____, avec lequel il avait déjà été en contact avant même l'annonce du poste. Le recourant n'avait pas fourni les efforts nécessaires pour trouver une personne compétente domiciliée en Suisse ou ressortissante d'un pays de l'UE/AELE. L'ordre de priorité n'avait pas été respecté.

- 8) Par acte posté le 7 mai 2013, M. X_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation, à l'annulation de la décision de l'OCIRT du 15 novembre 2012, au renvoi du dossier auprès de l'OCIRT pour la délivrance de l'autorisation sollicitée et à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le TAPI n'avait pas examiné toutes les conditions cumulatives de l'art. 18 LEtr, ni les dérogations des art. 30 et ss LEtr. Les qualités de M. Y_____ faisaient de lui le travailleur idéal pour le poste de spécialiste de crédits documentaires. Le TAPI s'était montré trop strict quant à l'application de l'ordre de priorité, qu'il avait du reste respecté dans la mesure où il avait traité les candidatures présentées par l'ORP. Il convenait de prendre en compte l'intérêt que représentait M. Y_____ pour l'économie locale et les bienfaits qu'il avait d'ores et déjà procurés à l'entreprise, telle que la mise en relation avec de nouveaux clients, ce qui avait permis l'engagement d'un directeur général suisse au chômage depuis plus d'une année.

A titre subsidiaire, il y avait lieu de délivrer à l'intéressé un permis de travail conditionnel en Suisse, compte tenu de l'intérêt économique local que représenterait l'engagement de M. Y_____.

- 9) Le 12 juin 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Les seuls arguments avancés par le recourant étaient les effets positifs de l'action de M. Y_____ – bien que ce dernier réside en Ukraine – sur l'entreprise de M. X_____ à Genève. Ce dernier avait dès lors visiblement engagé l'intéressé uniquement par convenance personnelle et pour la prospérité de son entreprise, même si, grâce au contact de l'intéressé, il avait engagé un travailleur suisse au chômage. L'employeur n'avait fait aucune démarche en Suisse ou dans les Etats membres de l'UE/AELE pour trouver un spécialiste en crédits documentaires, les conditions n'étaient dès lors pas remplies pour l'octroi d'une autorisation de séjour pour M. Y_____.

Concernant la sollicitation d'un permis L/120, l'OCIRT a relevé ne pas être opposée à soumettre une telle demande à la commission *ad hoc*.

- 10) Le 14 juin 2013, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 19 juillet 2013 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 11) Le 19 juillet 2013, le recourant a persisté dans ses conclusions.
- 12) L'OCIRT ne s'est quant à lui pas manifesté.

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) 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.
- 3) 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.

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 ; M. SPESCHA/A. KERLAND/P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2010, p. 137 ; cf. également art. 23 al. 3 LEtr et consid. 8.3 *infra*).

- 4) 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 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, 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).
- 5) a. 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).
- b. 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).
- 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, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (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 ORP les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les ORP 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'Etat, 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>).

- 6) 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.

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).

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).

- 7) Dans le cas d'espèce, le recourant s'est contenté de lister les nombreuses qualités de M. Y_____ et de mettre en avant les très bonnes relations qu'il a toujours entretenues avec lui au niveau professionnel depuis le début de la présente procédure, ceci alors que l'intéressé est en Ukraine. A aucun moment, depuis les démarches initiées en octobre 2012, M. X_____ n'a démontré avoir fait d'annonces de recrutement, que cela soit sur Internet ou des journaux en Suisse ou dans l'UE/AELE.

Il appartient à l'employeur dans tous les cas, de démontrer qu'il n'a pas été en mesure de trouver un travailleur en Suisse ou dans l'UE/AELE, de sorte que même si M. X_____ souhaitait se prévaloir de la dérogation pouvant être accordée aux professionnels qualifiés, il n'en fallait pas moins qu'il démontre auparavant avoir raisonnablement fait les recherches en Suisse et dans l'UE/AELE. On notera néanmoins que le salaire convenu entre MM. X_____ et

Y_____, soit CHF 78'000.- annuels, ne correspond pas à celui d'un professionnel hautement qualifié et plurilingue.

Aucune preuve de recherches n'ayant été fournie par M. X_____, force est de constater que l'ordre de priorité imposé par l'art. 21 LEtr n'a pas été respecté.

- 8) Le recours sera en conséquence rejeté.
- 9) Un émolument de 1'000.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 mai 2013 par Monsieur X_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 26 mars 2013 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'aucune indemnité de procédure ne sera allouée ;

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 Jean Donnet, avocat du recourant, 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, MM. Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président ségeant :

Ph. Thélín

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.