RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/438/2022 JTAPI/722/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 11 juillet 2022

dans la cause

A_____ SA

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. A_____ SA est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Genève et dont le but statutaire est l'exploitation d'un ou plusieurs instituts médicaux et toute activité dans le domaine médical, notamment l'achat, la vente, l'importation et l'exportation des produits médicaux; notamment, la fourniture de services de soins à domicile, exploitation d'un centre de fécondation in vitro, exploitation d'un bloc opératoire, exploitation directe ou indirecte d'une succursale de toute activité commerciale, non-commerciale et de recherche, exploitation de centres de bien-être, thermaux et d'hôtels en Suisse et à l'étranger, exploitation et transport de produits et de déchets médicaux; commercialisation de plantes médicinales; consulting dans le domaine médical.

2. Monsieur B_____, né le _____ 1998, est ressortissant du Kosovo. Il est domicilié à Annemasse, en France, près de de la frontière entre ce pays et la Suisse.

3. Selon formulaire F2 pour frontalier signé le 7 septembre 2021 par A_____ SA, celle-ci a requis en faveur de M. B_____ une autorisation de prise d'emploi en qualité de stagiaire pour un salaire mensuel brut de CHF 990.-, la durée de son engagement s'étendant du 8 février 2021 au 8 février 2022. Selon le curriculum vitae de M. B_____ joint à cette demande, celui-ci a tout d'abord travaillé de novembre 2013 à janvier 2014 dans un magasin de grande surface au Kosovo, tout en effectuant parallèlement, de septembre 2013 à juin 2015, un stage de médecin généraliste à raison d'un jour par semaine à l'hôpital C_____ au Kosovo. De septembre à octobre 2020, il a travaillé comme caissier dans un magasin Annemasse, puis il a occupé un poste de manutentionnaire dans une grande surface à D_____ (région d'Annemasse) entre novembre 2020 et janvier 2021, avant de commencer un stage de secrétaire médical auprès d'A_____ SA en février 2021.

4. Par décision du 13 janvier 2022, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé l'octroi de l'autorisation de travail pour frontalier, permis G, en faveur de M. B_____, au motif que l'activité lucrative en question ne servait par les intérêts économiques de la Suisse, que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté et enfin que les conditions de rémunération usuelles à Genève, dans la profession et la branche, n'étaient pas respectées. Enfin, l'employeur n'était pas en règle avec l'administration fiscale s'agissant de l'impôt à la source.

5. Par acte du 4 février 2022, A_____ SA a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) contre cette décision en concluant implicitement à son annulation. Dans une note extrêmement succincte, il était indiqué que l'engagement de M. B_____ avait lieu dans le cadre de sa

formation, à savoir d'un stage recommandé par « CULTURE ET FORMATION » (Société par Actions Simplifiée dont le siège se trouve à E_____ – France), et non dans le cadre d'une prise d'emploi ordinaire, ce qui expliquait aussi les conditions de sa rémunération. Il convenait de relever que le contrat initial de M. B_____ avait été prolongé.

6. Par écritures du 11 avril 2022, l'OCIRT a répondu au recours en concluant à son rejet. Une activité de stagiaire était également considérée comme une activité salariée, pour laquelle une autorisation relative au marché du travail était requise. Selon le curriculum vitae de M. B_____, celui-ci ne disposait pas de qualifications ou d'une expérience particulières et l'on ne pouvait considérer qu'il aurait été impossible pour l'employeur de recruter un travailleur doté des compétences requises sur le marché local ou un travailleur titulaire d'un passeport européen au sein de l'UE/AELE. En l'espèce, l'employeur n'avait fait aucun effort dans ce sens et n'avait fait aucune recherche sur le marché suisse ou européen, ni n'avait annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi. De plus, un salaire de CHF 990.- par mois pour un travail à 100 % ne respectait pas le salaire minimum impératif du canton de Genève, qui était de CHF 23,27 par heure. Il s'agissait là au demeurant d'un indice très sûr de la valeur que l'employeur accordait à son employé. Enfin, A_____ SA faisait l'objet d'une réserve de la part de l'administration fiscale cantonale en lien avec l'imposition à la source. Or, une société qui n'était pas capable de s'acquitter de ses obligations fiscales n'avait, selon toute logique, pas d'intérêt économique pour le canton de Genève.

7. Les écritures de l'OCIRT ont été transmises à A_____ SA avec un délai au 11 mai 2022 pour déposer une éventuelle réplique, mais il n'a pas été donné suite à cette invitation.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie de Suisse des

étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), notamment par l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681).

4. En l'occurrence, M. B_____ étant ressortissant du Kosovo, la demande de permis déposée en sa faveur ne peut être examinée que sous l'angle de la LEI. En effet, dès lors qu'il n'est pas un « ressortissant d'une partie contractante », il ne peut se prévaloir d'aucun droit découlant de l'ALCP (cf. art. 2 ALCP).

5. Selon l'art. 11 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 (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3).

   Une activité de stagiaire fait partie des activités lucratives auxquels s'appliquent les dispositions relatives aux autorisations de travail (art. 1 al. 2 OASA).

   À teneur de l'art. 18 LEI, 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) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c), notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEI), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEI). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

   En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour pour activité lucrative (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.2 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3b ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_860/2011 du 25 octobre 2011 consid. 2). De même, l'employeur ne dispose d'aucun droit à engager le candidat de son choix en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (cf. not. arrêt du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b).

La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, 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, in 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 (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.1 et les références citées ; C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5d ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4c). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (cf. ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6b ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 s. et les références citées).

Selon les directives et commentaires du secrétariat d'État aux migrations (SEM ; Séjour avec activité lucrative [ci-après : directives LEI], état au 1er avril 2020, ch. 4.3.1, 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/1094/2019 du 25 juin 2019 ; ATA/896/2018 du 4 septembre 2018 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015), 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 à 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 le 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 (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 8.3 ; C-3518/2011 du 16 mai 2013 consid. 5.1 ; C-2485/2011 du 11 avril 2013 consid. 6 ; C-6135/2008 du 11 août 2008 consid. 8.2 ; ATA/1280/2015 du 1er décembre 2015 consid. 12 ; ATA/940/2015 du 15 septembre 2015 consid. 7c).

À teneur de l'art. 20 LEI, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et celui des autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33)

octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Il entend les cantons et les partenaires sociaux au préalable (al. 1).

Il peut fixer un nombre maximum d'autorisations pour la Confédération et pour chaque canton (al. 2).

Le SEM peut, dans les limites du contingent de la Confédération, octroyer lui-même des autorisations initiales de courte durée ou de séjour ou relever le contingent d'un canton. Il tient compte des besoins du canton et des intérêts économiques du pays (al. 3).

L'art. 20 LEI prévoit le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers (cf. Message précité, in FF 2002, p. 3536), à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE - RS 0.632.31). L'art. 20 al. 1 OASA dispose que les cantons peuvent délivrer des autorisations pour des séjours en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2 ch. 1 let. a OASA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 7.1). Le nombre maximum de telles autorisations pour le canton de Genève est de quatre-vingt-onze pour 2022. Ainsi, compte tenu du contingent restreint accordé aux cantons, les autorités du marché de l'emploi sont contraintes de se montrer restrictives dans l'appréciation des demandes dont elles sont saisies et ne peuvent retenir que celles qui traduisent un intérêt pour la collectivité.

6. 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 LEI).

En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. Le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2C_434/2014 du 8 août 2014 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

Les conditions d'admission ont matériellement pour but de gérer de manière « restrictive » l'immigration ne provenant pas de la zone UE/AELE, de servir

conséquemment les intérêts économiques à long terme et de tenir compte de manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (cf. notamment ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; C-6198/2014 du 18 mai 2015 consid. 6.1 ; C-857/2013 consid. 5).

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 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c et les arrêts cités ; directives LEI, ch. 4.3.2.1).

Il revient à l'employeur de démontrer qu'il a entrepris des recherches à une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE/AELE et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3).

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. (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; arrêts du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2 ; F-1992/2015 du 10 mars 2017 consid. 5.5C-106/2013 du 23 juillet 2014 consid. 7.1 ; C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.7 ; C-4873/2011 du 13 août 2013 consid. 5.3).

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 (cf. ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1).

La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11). Par ailleurs, des démarches intervenues après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales (cf. ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

7. Selon l'art. 22 LEI, 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.

8. En l'occurrence, la décision litigieuse reproche à la recourante d'avoir engagé M. B_____ sans avoir effectué aucune recherche sur le marché local ou européen de l'emploi en vue d'engager un stagiaire suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE/AELE. La recourante ne conteste pas une telle absence de recherche, qui est pourtant une obligation légale à laquelle est subordonnée l'octroi d'une autorisation de travail pour un ressortissant extra européen.

   Par conséquent, ne serait-ce que sous ce seul aspect, la décision litigieuse est fondée, l'autorité intimée ne pouvant que refuser l'octroi d'une autorisation de travail en faveur de M. B_____.

   Il n'y a dès lors pas de véritable nécessité d'examiner si les autres motifs de refus indiqués dans la décision litigieuse sont fondés, mais le tribunal relèvera néanmoins, succinctement, que ces motifs légitiment également cette décision. En effet, l'engagement d'un stagiaire pour un revenu mensuel d'un peu moins de CHF 1'000.- ne représente en soi aucun intérêt économique significatif pour la Suisse et ne laisse pas non plus présager de répercussions économiques importantes à court ou moyen terme, telles que le développement rapide des activités de l'entreprise concernée. Enfin, la rémunération proposée ne correspond pas au minimum prévu dans le canton de Genève, tel qu'exposé de manière circonstanciée dans la réponse au recours.

9. Pour toutes ces raisons, ce dernier ne pourra qu'être rejeté.

10. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), la recourante, qui succombe, est condamnée au paiement d'un

émolument s'élevant à CHF 500.- ; il est couvert par l'avance de frais de même montant versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

11. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 4 février 2022 par A_____ SA contre la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 13 janvier 2022 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

4. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

Le président

Olivier BINDSCHEDLER TORNARE

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, La greffière