

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1841/2019-PE

ATA/361/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 avril 2020

1^{ère} 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
25 novembre 2019 (JTAPI/1042/2019)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____1992 est ressortissant du Kosovo et n'est titulaire d'aucune autorisation de séjour ou de travail en Suisse.
- 2) B_____ Services est une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce de Genève le 20 janvier 2017 qui a pour but une « activité dans le domaine du nettoyage, de la construction, de la rénovation générale de bâtiment ainsi que toutes activités afférentes à son but principal » et dont Monsieur C_____, frère de M. A_____, est titulaire avec signature individuelle.
- 3) Par envoi du 10 mars 2019, B_____ Services a déposé une demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) en vue d'engager son frère en qualité de manœuvre, pour un salaire horaire de CHF 25,85 à compter du 1^{er} mai 2019.
- 4) Le 17 avril 2019, l'OCIRT, après examen du dossier par la commission tripartite, a refusé de délivrer l'autorisation demandée. Les conditions requises à la délivrance d'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative n'étaient pas réunies.
- 5) Le 13 mai 2019, M. A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) contre la décision de refus de l'OCIRT en concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour.

Il vivait et travaillait en Suisse depuis plusieurs années et ses compétences seraient utiles à l'entreprise de son frère.
- 6) Le 19 mai 2019, à la demande du TAPI, B_____ Services a confirmé être toujours disposé à engager M. A_____.
- 7) Dans ses observations du 15 juillet 2019, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.
- 8) Le 19 août 2019, M. A_____ a répliqué. B_____ Services ne repourvoyait pas un poste mais créait un poste pour lui qui ne le serait pas s'il n'obtenait pas de permis B.
- 9) Le 19 septembre 2019, l'OCIRT a dupliqué, persistant dans ses conclusions.
- 10) Par jugement du 25 novembre 2019, le TAPI a rejeté le recours.

L'ordre de priorité prévu par la loi n'avait pas été respecté l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur sur le marché local ou européen

correspondait au profil recherché. Le choix d'engager M. A_____ relevait exclusivement de la convenance personnelle de l'employeur qui n'avait jamais eu l'intention d'ouvrir le poste à d'autres candidats. L'une des conditions légales cumulatives applicables n'ayant pas été respectée, il n'était pas nécessaire d'examiner si les autres conditions l'étaient.

- 11) Par envoi du 23 décembre 2019, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) contre le jugement du TAPI en contestant l'argumentation du TAPI pour rejeté son précédent recours.

Il ne souhaitait pas « voler » le poste d'un ressortissant suisse ou européen mais aider son frère à faire démarrer son entreprise, même si c'était juste pour une année ou deux. Certes l'ordre de priorité n'avait pas été respecté mais la publication d'annonces pour la forme serait malhonnête, bien que couramment pratiquée à Genève. Son frère travaillait comme employé ferrailleur ce qui ne lui laissait que peu d'opportunité pour développer seul son entreprise. Il souhaitait pouvoir l'aider dans ce développement en restant à Genève.

- 12) Le 9 janvier 2020, le TAPI a transmis son dossier, renonçant à formuler des observations.

- 13) Le 7 février 2020, l'OCIRT a transmis ses observations, concluant au rejet du recours.

Le recourant n'apportait aucun élément supplémentaire permettant de reconnaître un intérêt économique à la demande ou le respect du principe de priorité prévu par la loi.

- 14) La cause a ensuite été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (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).

La qualité pour recourir de l'intéressé contre une décision de l'OCIRT souffrira de rester indéfinie (arrêt du Tribunal fédéral 2D_16/2018 du 10 août 2018 consid. 5.2 ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015), compte tenu de ce qui suit.

- 2) Il convient d'examiner si le refus de délivrer l'autorisation requise viole le droit ou procède d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation de l'intimé.

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) La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et ses ordonnances, 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 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), ce qui est le cas pour le Kosovo (ATA/1279/2019 du 27 août 2019 consid. 4).

- 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/362/2019 du 2 avril 2019 ; ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3).

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. L'une des conditions cumulatives est, en vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, qu'un ressortissant d'un état dit tiers 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 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 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).

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).

En l'espèce, le recourant expose que son frère, qui voulait devenir son employeur, n'entendait pas créer ce poste de travail pour quelqu'un d'autre. Celui-ci travaillait seul pour l'instant et voulait développer son activité en embauchant son frère. Il ressort du dossier qu'aucune démarche, au sens de l'exigence posée par la LEI, n'a été entreprise par l'employeur pour engager un autre employé.

En outre, le recourant n'allègue pas avoir de qualifications particulières et cela ne ressort pas non plus des pièces figurant au dossier. Ainsi dans la demande de l'employeur celle-ci est motivée par le fait que l'employeur considère son frère comme étant une personne « responsable, travailleuse et investie ». Ces qualités n'empêcheraient pas le recrutement d'un travailleur en Suisse ou titulaire d'un passeport européen au sein de l'UE ou de l'AELE.

Par conséquent, les conditions relatives à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée étant cumulatives et le défaut de l'une d'entre elles dans le cas d'espèce étant avéré, tant l'OCIRT que le TAPI ont correctement appliqué la loi et n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant de donner suite à la demande de l'employeur tendant à la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur du recourant.

Partant, le recours sera rejeté.

- 5) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al.1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 23 décembre 2019 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 novembre 2019 ;

met un émoulement de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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 Monsieur A_____, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance et au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Mascotto, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

C. Marinheiro

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.