

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2225/2013-PE

ATA/2/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 janvier 2015

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
19 novembre 2013 (JTAPI/1264/2013)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____ exerce la profession d'avocat indépendant à Genève. Selon ses déclarations, il est spécialisé dans les domaines du droit commercial, du droit des sociétés et du droit bancaire et financier. Principalement actif dans le négoce de l'énergie et des matières premières, la part prépondérante de sa clientèle est de nationalité russe et ukrainienne.
- 2) Indiquant devoir faire face à une augmentation de sa clientèle et vouloir développer son activité, il a souhaité engager un juriste pour assurer la bonne gestion de ses dossiers.
- 3) Par courriel du 11 mars 2013, l'assistance du site internet « B_____ », soit la plate-forme de l'emploi auprès des offices régionaux de placement (ci-après : ORP), a accusé réception de l'offre d'emploi de M. A_____. Celle-ci allait être publiée sur la plate-forme précitée, ainsi que sur le réseau de coopération entre les services publics de l'emploi de l'Union européenne (ci-après : UE) et des pays de l'association européenne de libre-échange (ci-après : AELE) (ci-après : EURES).
- 4) Par courrier du 12 mars 2013, l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) a confirmé à M. A_____ l'enregistrement de son annonce. Il ressort du descriptif de celle-ci, qu'il recherchait un juriste spécialiste en droit commercial, bancaire et financier (législations russe, ukrainienne et européenne), avec une expérience professionnelle d'au moins trois ans et d'excellentes connaissances linguistiques du russe, de l'ukrainien, de l'anglais et du français.
- 5) Par courriel du 23 mars 2013, Madame C_____ a fait suite à cette annonce et a soumis sa candidature à M. A_____.
- 6) Par pli du 26 mars 2013, ce dernier a indiqué à l'OCE ne pas avoir retenu la candidate précitée, faute de correspondre au profil recherché, cette dernière ne maîtrisant pas la langue ukrainienne et n'ayant aucune connaissance des législations russe et ukrainienne.
- 7) Par contrat de travail du 28 mars 2013, M. A_____ a engagé Madame D_____, en qualité de juriste, pour un salaire mensuel brut de CHF 8'000.-.
- 8) Mme D_____, ressortissante ukrainienne née le _____1985, est titulaire d'un master en droit délivré par l'Université de Donetsk, ainsi que d'un master d'études approfondies en droit international et européen de l'économie et du commerce remis par l'Université de Lausanne. De langues maternelles ukrainienne et russe, elle parle également couramment l'anglais et le français. Elle

a travaillé en qualité de juriste dans une société étatique ukrainienne, ainsi que dans une étude d'avocat et une banque commerciale à Kiev. Au bénéfice d'un permis de séjour L, elle a également travaillé une année au sein de la société E_____ à Genève, active notamment dans l'import-export de produits agro-alimentaires, pour un stage de coordinatrice de projets.

- 9) Le 2 avril 2013, M. A_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population, devenu depuis l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Mme D_____.
- 10) Par courrier du 10 avril 2013, M. A_____ a exposé à l'OCPM les raisons justifiant l'engagement de cette dernière.
- 11) Par courriel du 15 mai 2013, l'OCE a soumis deux nouvelles candidatures à M. A_____, soit celles de Mesdames F_____ et G_____.
- 12) Par courriels des 21 et 28 mai 2013, M. A_____ a fait suite aux propositions précitées et a informé l'OCE que ces deux candidates ne remplissaient pas les exigences nécessaires au poste. Mme G_____ ne pouvait justifier d'aucune expérience professionnelle dans le milieu juridique et ne maîtrisait pas la langue ukrainienne, quant à Mme F_____, bien qu'elle parlait les langues requises, son profil correspondait à celui d'une enseignante en droit et son expérience dans les domaines exigés pour le poste n'était pas assez récente.
- 13) Par décision du 6 juin 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT), autorité compétente pour connaître de la demande du 10 avril 2013, a refusé de faire droit à celle-ci.

L'ordre de priorité au sens de l'art. 21 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'avait pas été respecté, M. A_____ n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE n'avait pu être trouvé.

- 14) Par acte du 3 juillet 2013, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée, en concluant à son annulation et à ce que la cause soit renvoyée à l'OCIRT, afin de délivrer à Mme D_____ l'autorisation de séjour sollicitée.

Il avait effectué toutes les démarches exigibles aux fins de recruter un travailleur suisse ou ressortissant de l'UE/AELE. En retenant le contraire, l'OCIRT avait procédé à une constatation lacunaire des faits pertinents et avait abusé de son pouvoir d'appréciation. Les candidats proposés par l'OCE ne correspondaient pas au profil recherché, faute d'expérience professionnelle suffisante ou d'aptitude linguistique indispensable au poste.

- 15) Par réponse du 3 septembre 2013, l'OCIRT a conclu au rejet de ce recours et à la confirmation de sa décision du 6 juin 2013.

En substance, la démarche entreprise par M. A_____, soit l'annonce de la vacance du poste à l'OCE, répercutée dans le système EURES, n'était clairement pas suffisante au regard du respect de l'ordre de priorité. Il avait choisi d'engager Mme D_____ par pure convenance personnelle.

- 16) Par réplique du 28 octobre 2013, M. A_____ a indiqué avoir effectué des recherches complémentaires.

Durant le mois d'octobre 2013, il avait publié une offre d'emploi dans le journal genevois GHI, ainsi que sur quatre sites internet, soit anibis.ch, ricardolino.ch, petitesannonces.ch et topannonces.ch. Seules trois nouvelles candidatures lui étaient parvenues et aucune d'entre elles ne correspondaient aux critères, précis et objectifs, recherchés.

- 17) Par duplique du 30 octobre 2013, l'OCIRT a confirmé sa position.

- 18) Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 19 novembre 2013, tenue par-devant le TAPI, M. A_____ a déclaré avoir fait la connaissance de Mme D_____, en 2011, par le biais de clients ukrainiens actifs dans le négoce de charbon. À cette époque, il n'avait pas encore besoin d'engager une personne ayant ses compétences, mais ses clients pensaient qu'il pouvait être intéressé par une juriste connaissant le contexte ukrainien.

- 19) Par jugement du même jour, le TAPI a rejeté le recours de M. A_____.

Ce dernier n'avait pas entrepris toutes les démarches que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour s'assurer qu'aucun travailleur indigène ou ressortissant de l'UE/AELE ne serait en mesure de répondre aux exigences du poste. Au regard des hautes compétences et de la spécialisation requises pour celui-ci, M. A_____ aurait dû effectuer des recherches plus ciblées, notamment en ayant recours à des sociétés spécialisées dans le placement de cadres ou en publiant l'annonce dans une presse spécifiquement dédiée aux domaines financier ou juridique. S'il n'avait pas préalablement connu Mme D_____, il aurait mis en œuvre les différents moyens de recherches précités. L'ordre de priorité n'avait donc pas été respecté.

- 20) Par acte du 10 janvier 2014, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, en concluant à son annulation et cela fait, statuant à nouveau, à l'octroi de l'autorisation sollicitée et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'OCIRT pour nouvelle décision.

L'ordre de priorité avait été respecté. Le TAPI et l'OCIRT avaient abusé de leur pouvoir d'appréciation et n'avaient pas pris en compte tous les faits pertinents en jugeant le contraire. Il avait effectué les démarches nécessaires en publiant son annonce sur le site B_____, transmise auprès des ORP et répercutée dans le système EURES. Les candidatures proposées par l'OCE ne correspondaient pas au descriptif de son annonce. Mmes C_____, F_____ et G_____ avaient été exclues sur la base de critères professionnels et d'aptitudes linguistiques nécessaires au poste. Il avait également varié les supports de recherches en publiant l'offre dans la presse écrite et sur divers sites internet, en vain. Ses recherches sur le marché local et de l'UE/AELE n'ayant pas abouti, il souhaitait engager Mme D_____, seule candidate correspondant au profil recherché.

- 21) Par réponse du 11 février 2014, l'OCIRT a conclu au rejet de ce recours et à la confirmation de sa décision du 6 juin 2013.

L'OCIRT et le TAPI avaient correctement appliqué la LEtr en retenant que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté par M. A_____. Ce dernier souhaitait engager un travailleur extrêmement qualifié, aux compétences multiples, ce qui nécessitait de longues et sérieuses recherches sur le marché du travail local et de l'UE/AELE. Or, il s'était contenté de publier l'annonce sur la plate-forme B_____, puis postérieurement au rejet de l'OCIRT du 6 juin 2013, dans le GHI et sur des sites principalement actifs dans la vente d'objets de seconde main. Il n'avait pas fait appel à des agences de placement spécialisées, ni à des chasseurs de têtes actifs dans les domaines requis. Ces recherches étaient limitées, il avait choisi Mme D_____ par convenance personnelle.

- 22) Sur quoi, la cause a été 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) a. L'exercice d'une activité lucrative par un étranger est soumis à autorisation, quelle que soit la durée de son séjour (art. 11 LEtr).

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 : 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 sont remplies (let. c).

Selon l'art. 21 al. 1 LEtr, 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. 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 ressort de ces articles 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 membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et les références citées).

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. 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 (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers LEtr, version du 25 octobre 2013, état le 4 juillet 2014, ch. 4.3.2.1).

L'employeur doit être en mesure de rendre crédible 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 (Directives ODM précitées, ch. 4.3.2.2).

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 LEtr (arrêt du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1).

c. En l'espèce, le recourant s'est vu confirmer la publication de son offre d'emploi auprès de l'ORP en date du 12 mars 2013. Il a déclaré n'avoir reçu qu'une seule candidature suite à cette publication, soit celle de Mme C_____ par courriel du 23 mars 2013. Toutefois, en date du 28 mars 2013, il a signé avec Mme D_____ un contrat de travail pour ce poste. Aucun élément du dossier ne permet d'établir par quel moyen cette dernière a eu connaissance de la vacance du poste, ni de quelle manière elle est entrée en contact avec M. A_____.

Au regard des compétences, élevées et spécifiques, exigées pour cet emploi, le recourant aurait dû effectuer des recherches plus poussées et sérieuses, avant de conclure que celles-ci n'ont pas abouti. La seule publication de l'annonce auprès de l'ORP, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. S'agissant des publications intervenues ultérieurement dans le GHI et sur quatre sites internet - en rien spécialisés dans la recherche d'emploi de personnel - au mois d'octobre 2013, soit après le prononcé de la décision litigieuse, elles doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales. M. A_____ n'a pas fait appel à des sociétés privées spécialisées dans le placement de cadres ou dans le domaine du droit financier ou commercial, il n'a pas utilisé la presse spécialisée, ni les sites internet voués exclusivement à l'emploi. Le recourant, connaissant déjà Mme D_____ et ses qualités professionnelles, n'a pas déployé suffisamment d'efforts pour engager une personne sur le marché local ou sur celui de l'UE/AELE, son choix s'étant déjà porté sur cette dernière.

Certes, les exigences et critères très stricts de M. A_____ quant aux compétences dont doivent faire preuve les candidats au poste ne semblent guère lui faciliter la tâche en matière de recrutement. Ceux-ci ne sauraient toutefois en aucun cas fonder une dérogation à l'ordre de priorité (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3).

Dès lors, faute de ne pas avoir élargi ses recherches, M. A_____ n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE ne pouvait être recruté, en lieu et place de Mme D_____.

L'ordre de priorité n'a donc pas été respecté.

- 3) a. Toutefois, aux termes de l'art. 21 al. 3 LEtr, il peut être dérogé à cet ordre de priorité, si un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école ou d'une haute école spécialisée suisse souhaite exercer une activité lucrative qui revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant (Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 novembre 2009 FF 2010 373, 391).
- b. Selon les directives de l'ODM quant à l'application de cette norme, pour qu'un étranger ayant accompli sa formation en Suisse puisse s'en prévaloir et obtenir ainsi une dérogation à l'ordre de priorité défini à l'art. 21 al. 1 LEtr, il doit réaliser les conditions suivantes : sur le plan personnel, l'étranger doit être diplômé d'une haute école ou d'une autre école spécialisée. Son activité lucrative doit revêtir un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Sont concernés les scientifiques qualifiés dans des domaines où ils peuvent mettre en pratique à un haut niveau les connaissances acquises. Un intérêt économique prépondérant est établi lorsque le secteur d'activité correspondant à la formation a un besoin avéré de main-d'œuvre, lorsque l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste ou lorsque l'occupation du poste dans le cadre d'un projet d'investissement permet de créer immédiatement de nouveaux postes ou génère de nouveaux mandats pour l'économie suisse (Directives de l'ODM, précitées, ch. 4.4.7).
- c. En l'occurrence, force est de constater que Mme D_____, bien que diplômée d'une université suisse, ne remplit pas toutes les conditions précitées. Il n'a pas été démontré que le domaine du droit commercial ou du droit des sociétés, plus particulièrement celui contractuel relatif au négoce de matières premières, est un secteur souffrant de pénurie de main d'œuvre.

Le recourant ne peut dès lors pas bénéficier de la dérogation à l'ordre de priorité instaurée par l'art. 21 al. 3 LEtr.

- 4) Par conséquent, 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 du recourant tendant à la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Mme D_____.
- 5) Le recours de M. A_____ sera rejeté.
- 6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA) et 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 10 janvier 2014 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 19 novembre 2013 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument 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 ;

communique le présent arrêt à Monsieur A_____, au Tribunal administratif de première instance, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

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.

