

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3589/2017-PE

ATA/362/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 avril 2019

2^{ème} section

dans la cause

A _____ SA

représentée par Me Mattia Deberti, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
20 mars 2018 (JTAPI/246/2018)**

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né le _____ 1984, est de nationalité bolivienne.

Il est marié à une ressortissante bolivienne, avec laquelle il a eu deux enfants nés à Genève en 2011, respectivement 2017.
2. Lors de son séjour en Suisse du 11 juillet 2002 au 28 juillet 2008, au bénéfice d'une autorisation de séjour pour études, M. B_____ a obtenu un baccalauréat et un master universitaires en mathématiques auprès de l'université de Genève (ci-après : l'université).
3. Il est ensuite retourné en Bolivie.
4. a. Le 7 octobre 2010, M. B_____ est revenu en Suisse, au bénéfice d'une autorisation de séjour, avec son épouse, afin de poursuivre sa formation en doctorat.

b. De 2010 à 2015, en tant qu'employeur, l'université a régulièrement demandé le renouvellement du permis B – étudiant/assistant doctorat en mathématiques de M. B_____, ainsi que celui en regroupement familial de l'épouse et de l'enfant aînée.
5. Le 19 mai 2015, M. B_____ a obtenu sa thèse de doctorat, mention très bien, en mathématiques, dont le sujet était « Méthodes de décomposition de domaines pour des problèmes de propagation d'ondes hétérogènes ».
6. Par courrier daté du 4 août 2015, M. B_____ a sollicité personnellement de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une « autorisation de séjour pour recherche d'emploi ».

Ayant achevé ses études, il souhaitait trouver un poste de mathématicien appliqué à Genève, dans l'enseignement secondaire ou dans le domaine bancaire et des finances. Ses « domaines d'expertise [étaient] la simulation numérique et la modélisation mathématique ». Son expérience professionnelle lui permettait d'enseigner à plusieurs niveaux. Sa famille et lui étaient intégrés et heureux de vivre en Suisse, où ils espéraient pouvoir s'établir durablement. Il avait joint une copie de son curriculum vitae, indiquant qu'il avait travaillé en Bolivie comme chargé de systèmes informatiques auprès d'une entreprise (d'octobre à décembre 2008), professeur de mathématiques à l'Université C_____ et directeur du département de mathématiques de l'Université D_____ (de février 2009 à juillet 2010) ; ainsi qu'un formulaire individuel de demande pour ressortissant hors UE/AELE (ci-après : formulaire M), ne comportant aucun timbre ni signature d'un employeur.

7. En parallèle, le même jour, le couple a adressé à l'OCPM un courrier de demande de renouvellement de leur titre de séjour.

Tant les parents que leur fille s'étaient bien intégrés en Suisse. Cette dernière, scolarisée, s'exprimait couramment en français. L'épouse travaillait auprès de A_____ SA (ci-après : la clinique). Ayant pu obtenir l'équivalence d'un certificat fédéral de capacité (ci-après : CFC) d'employée de commerce, elle envisageait de suivre une formation dans la perspective de travailler dans le domaine de la comptabilité, puis d'obtenir le brevet fédéral d'expert-comptable. Elle avait suivi des cours de français. M. B_____ s'exprimait très bien en français. Le couple n'avait aucune dette ni ne percevait aucune aide de l'État de Genève. Il était important que leur enfant puisse « continuer à grandir dans cette ambiance de sûreté et de stabilité [...] et partager l'éducation et les valeurs suisses ». Des membres de leur entourage en Suisse étaient disposés à servir de référents au sujet de leur intégration et de leurs motivations.

8. Le 5 octobre 2015, l'OCPM a mis M. B_____ au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée (ci-après : permis L), valable six mois à partir du 19 mai 2015, dans le but de trouver un emploi en Suisse à la suite de l'obtention de son doctorat.

9. Le 13 octobre 2015, M. B_____ et son épouse ont adressé à l'OCPM une demande d'autorisation de séjour.

10. Par contrat du 5 novembre 2015, la clinique a engagé M. B_____ en qualité de stagiaire facturiste pour la période du 9 novembre 2015 au 30 mai 2016 avec un salaire mensuel brut de CHF 4'000.-.

11. Le lendemain, M. B_____ a déposé un courrier auprès de l'OCPM concernant des « documents additionnels pour demande de renouvellement du titre de séjour », l'informant de son engagement précité.

Ce poste lui permettrait de se former en comptabilité d'entreprise afin d'effectuer par la suite des analyses de données et faire proposer des solutions d'optimisation des coûts. Ses compétences étaient utiles à cette tâche. En parallèle, il poursuivrait ses recherches d'emploi dans le domaine bancaire ou l'enseignement supérieur. Un formulaire M portant le timbre et la signature de la clinique était annexé.

12. Selon un avenant au contrat du 5 novembre 2015, signé le 20 juin 2016, M. B_____ a travaillé pour la clinique en qualité d'analyste de données facturation – informatique, à partir du 1^{er} juin 2016 pour une durée indéterminée et un salaire mensuel brut de CHF 5'104.-.

13. Le 8 février 2017, M. B_____ a adressé personnellement une nouvelle demande de titre de séjour à l'OCPM.

14. Par courrier du 10 avril 2017, l'OCPM a informé la clinique que M. B_____ avait déposé une demande d'autorisation de séjour au titre d'un cas de rigueur, en lui indiquant travailler pour le compte de celle-ci depuis le mois de novembre 2015. Ayant l'intention de refuser cette demande, il demandait à la clinique de lui confirmer qu'elle souhaitait toujours employer M. B_____. Dans l'affirmative, il transmettrait le dossier de celui-ci à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) pour raison de compétence, dès l'entrée en force de cette décision.

15. Dans sa réponse du 15 mai 2017, la clinique a confirmé à l'OCPM qu'elle employait encore M. B_____ et souhaitait continuer à le faire.

M. B_____ lui avait indiqué avoir effectué les démarches nécessaires, en temps utile, auprès de l'OCIRT en vue d'obtenir une prolongation du permis B avec activité lucrative qui lui avait été octroyé. À la suite du stage et de la formation intensive effectués du 9 novembre 2015 au 30 mai 2016, M. B_____ avait acquis les informations nécessaires afin d'assurer un poste d'analyste de données facturation, fort de ses compétences dans les mathématiques prédictives.

16. Par décision du 1^{er} juin 2017, l'OCPM a refusé d'accorder à M. B_____ une autorisation de séjour pour cas de rigueur et de soumettre son dossier et celui de sa famille avec un préavis positif au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM).

Par jugement du 20 mars 2018, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours interjeté le 3 juillet 2017 par M. B_____ et son épouse, en leurs noms et ceux de leurs enfants mineures, contre cette décision.

Ces derniers ont recouru auprès à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) le 7 mai 2018. Cette procédure a été enregistrée sous le numéro A/2910/2017.

17. Par décision du 28 juin 2017, l'OCIRT a refusé la demande de permis B avec activité lucrative en faveur de M. B_____.

L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse selon l'art. 18 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), devenue depuis le 1^{er} janvier 2019 la loi sur les étrangers et l'intégration (ci-après : LEI). L'ordre de priorité de l'art. 21 LEI n'avait pas non plus été respecté. La clinique n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant de l'Union européenne (ci-après : UE) ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE) n'avait pu être

trouvé. Enfin, la vacance du poste à pourvoir n'avait pas été annoncée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

18. Par acte du 31 août 2017, la clinique a recouru auprès du TAPI contre cette décision, en concluant à son annulation et à ce que l'OCIRT soit invité à délivrer un permis B avec activité lucrative en faveur de M. B_____.

Le changement du système de facturation, non plus à l'acte mais désormais au forfait, impliquait un besoin de compétences pointues dans les mathématiques et le système de santé suisse. Elle devait ainsi recourir à un mathématicien dans le domaine des modèles mathématiques prédictifs et ayant des compétences en facturation hospitalière, qualités que possédait M. B_____. Ce dernier avait un profil rare. Il jouait un rôle essentiel au sein de la clinique, laquelle jouait aussi un rôle primordial au sein du système de santé du bassin lémanique. Nombre de patients y étaient pris en charge soit ambulatoirement, soit de manière hospitalière. Son affaiblissement pourrait entraîner une péjoration de la prise en charge de patients au sein de l'arc lémanique. Il existait donc un intérêt majeur manifeste à ce que l'autorisation sollicitée soit octroyée.

19. Le 8 novembre 2017, l'OCIRT a transmis son dossier en concluant au rejet du recours.

Le fait que l'intéressé résidât sur le territoire suisse depuis le 7 octobre 2010 au bénéfice d'une autorisation temporaire pour études, puis d'un permis L à des fins de recherche d'emploi, ne lui conférait aucun droit quant à une prise d'activité. Il devait ainsi être considéré comme un nouveau demandeur d'emploi. Les conditions d'application de l'art. 21 al. 3 LEI avaient été examinées par la commission tripartite pour l'économie qui avait constaté notamment que la demande était tardive puisqu'elle avait été déposée plus de six mois après l'obtention du diplôme d'études en mai 2015. Le régime favorable de l'art. 21 al. 3 LEI qui permettait de déroger à l'ordre de priorité n'étant pas rempli, la demande était soumise au respect du principe de l'art. 21 al. 1 LEI. Malgré le profil particulier de l'intéressé, aucune des qualifications avancées n'était à ce point spécifique qu'il fût impossible à l'employeur de recruter un travailleur titulaire d'un passeport européen et doté des compétences requises au sein de l'UE/AELE. La clinique n'avait pas non plus annoncé la vacance du poste à l'OCE et n'avait fait aucune recherche sur le marché suisse ou européen. Elle n'avait fait aucun effort pour trouver un travailleur correspondant au profil requis en Suisse ou au sein de l'UE/AELE et n'avait ainsi pas respecté le principe de la priorité dans le recrutement. Les conditions requises à la délivrance d'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative n'étaient donc pas réunies en l'espèce.

20. Le 4 décembre 2017, la clinique a répliqué.

La condition de la nécessité de disposer d'un diplôme d'une haute école suisse était remplie. Il existait un besoin de main-d'œuvre dans le domaine de l'analyse de données de facturation. Le 5 octobre 2015, l'OCPM avait accordé à M. B_____ une autorisation de courte durée valable pour six mois à compter de l'obtention de son diplôme, soit jusqu'au 19 novembre 2015, dans le but de trouver un emploi en Suisse. M. B_____ ayant trouvé une activité lucrative dans son domaine d'activité dans le délai de six mois imparti, soit à partir du 5 novembre 2015, les conditions de l'art. 21 al. 3 LEI étaient remplies. La clinique s'était de bonne foi fiée aux indications de M. B_____, selon lesquelles il avait procédé à toutes les démarches nécessaires pour obtenir une autorisation de séjour. L'OCIRT faisait preuve d'une mauvaise foi manifeste en prétendant désormais que la demande déposée par M. B_____ et la clinique l'avait été plus de six mois après l'obtention du diplôme d'études.

21. Dans sa duplique du 21 décembre 2017, l'OCIRT a maintenu sa position.

Contrairement aux allégations de la clinique, ce n'était pas elle qui avait déposé la demande auprès de l'OCPM mais M. B_____ lui-même le 4 août 2015. Cette demande ne contenait aucune information quant à un contrat de travail avec la clinique ni les pièces nécessaires à l'octroi d'un permis avec activité lucrative. Cela avait permis à M. B_____ de continuer à travailler durant la procédure d'examen de sa demande. Étant donné que le poste initialement trouvé était un stage et que le contrat de durée indéterminée n'avait été conclu que le 24 juin 2016, il n'était pas exact d'affirmer que l'intéressé avait trouvé son poste dans le délai de six mois prévu par l'art. 21 al. 3 LEI. Indépendamment des problématiques d'ordre chronologique, l'art. 21 al. 3 LEI ne s'appliquait pas in casu car l'activité de l'intéressé ne représentait pas un intérêt économique prépondérant. Il n'existait pas de pénurie de mathématiciens en Suisse et les intérêts économiques de la clinique ne devaient pas être confondus avec les intérêts économiques de la Suisse. Le salaire proposé à M. B_____ était bien en dessous de ses hautes qualifications, ce qui pouvait s'apparenter à du « dumping salarial ».

22. Par jugement du 20 mars 2018, le TAPI a rejeté le recours de la clinique.

Disposant d'un délai au 19 novembre 2015 pour trouver un emploi revêtant un caractère scientifique ou économique prépondérant, l'employé n'avait conclu que le 5 novembre 2015 un contrat de travail à durée déterminée jusqu'au 30 mai 2016, portant sur un poste de stagiaire facturiste. Il n'avait occupé le poste d'analyste de données facturation-informatique qu'à partir du 1^{er} juin 2016, soit bien après l'échéance du délai de six mois, étant précisé que l'avenant au contrat du 5 novembre 2015 n'avait été signé qu'en date du 24 juin 2016.

La clinique n'avait pas démontré que l'engagement de l'intéressé aurait engendré la création immédiate de nouveaux emplois, et il n'apparaissait pas non

plus qu'il y eut une véritable pénurie de main-d'œuvre durable, dans son domaine d'activité. Il ne ressortait pas du dossier que le recrutement d'un spécialiste en la matière ou d'un autre candidat diplômé disposant des compétences requises pour le poste s'avérait pratiquement impossible parmi les travailleurs résidant en Suisse ou les ressortissants UE/AELE. Il était douteux qu'un doctorat en mathématiques sur le thème des « Méthodes de décomposition de domaines pour des problèmes de propagation d'ondes hétérogènes » fût indispensable pour occuper le poste considéré. En outre, entre 2015 et 2017, sept à huit personnes avaient obtenu chaque année ce diplôme auprès de l'université, dont très probablement des ressortissants suisses ou de l'UE/AELE et ce, sans compter les diplômés des hautes écoles des autres cantons. Les candidats potentiels auraient également pu, à l'instar de l'intéressé, compléter leur formation en effectuant un stage auprès de la clinique. En ces circonstances, la condition de l'art. 21 al. 3 LEI n'était pas remplie. Faute pour la clinique de s'être acquittée de son obligation selon l'art. 21 al. 1 LEI, il avait refusé à bon droit de donner une suite favorable à sa demande.

23. Par acte du 7 mai 2018, la clinique a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, en concluant principalement à son annulation et à celle de la décision du 28 juin 2017 de l'OCIRT, à ce qu'il soit dit que M. B_____ devait obtenir un permis B avec activité lucrative et à ce que l'OCIRT soit invité à rendre une décision ou du moins un préavis favorable en vue de la délivrance de ladite autorisation. Subsidiairement, elle demandait le renvoi de la cause à l'OCIRT ou au TAPI pour nouvelle décision au sens des considérants.

L'art. 21 al. 3 LEI avait pour objectif d'accorder la possibilité aux étrangers qui avaient fait leurs études en Suisse d'y rester pour travailler. Il ne résultait pas de cette disposition qu'elle avait vocation à fixer à l'étranger un délai péremptoire de six mois au-delà duquel il ne lui était plus possible de trouver un emploi lui permettant de bénéficier de ce régime d'exception. Une telle interprétation conduirait à chasser de précieux cerveaux formés en Suisse alors même que l'étranger en question aurait trouvé un emploi dans un secteur économique souffrant d'une pénurie avérée de main-d'œuvre, contrairement aux buts de l'art. 21 al. 3 LEI. Il fallait retenir que la durée de six mois posée par l'art. 21 al. 3 LEI était relative à la durée du droit d'admission provisoire et ne constituait pas un délai imposé à l'étranger pour trouver un emploi d'intérêt économique ou scientifique.

Cela étant, le délai de six mois échéant le 15 novembre 2015 pour trouver une activité lucrative revêtant un intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEI avait été respecté. Le stage effectué par M. B_____ entre le 9 novembre 2015 et le 30 mai 2016 avait en réalité servi à lui dispenser « une formation intensive ». Aucune formation spécifique n'était dispensée par les universités et les hautes écoles suisses pour le poste actuellement occupé par

M. B_____, tant les compétences requises étaient variées et extrêmement pointues. Ce poste formation et le poste actuel formaient un tout indissociable. Il avait d'ailleurs été engagé par un simple « avenant » au contrat de travail du 5 novembre 2015, et non pas par un contrat de travail distinct. Le raisonnement tendant à s'arrêter à la dénomination de stage pour la fonction exercée du 9 novembre 2015 au 30 mai 2016 confinait au formalisme excessif.

Le marché du travail suisse souffrait notoirement et durablement d'une pénurie de main-d'œuvre dans les domaines des MINT (mathématiques, informatique, sciences naturelles et techniques), ce qui était particulièrement vrai concernant la profession d'analyste de données, actuellement exercée par M. B_____ au sein de la clinique. Il ressortait des nombreux articles de presse et autres rapports produits à l'appui de son recours, dont un extrait du rapport du secrétariat d'État à l'économie (ci-après : SECO) intitulé « Pénurie de main d'œuvre qualifiée en Suisse » du 19 septembre 2016, ainsi que de divers articles concernant le marché de l'emploi, que cette carence s'expliquait, d'une part, par le besoin croissant de l'économie de disposer de personnes capables d'analyser puis d'exploiter la gigantesque masse de données générée et récoltée quotidiennement dans tous les secteurs d'activité et, d'autre part, par le manque de filières de formation spécifiques et, plus globalement, par la quantité et la diversité des compétences requises pour exercer ce métier. Sur les vingt-quatre doctorants en mathématiques évoqués par le TAPI pour les années 2015 à 2017, seuls six, dont M. B_____, avaient acquis un profil de mathématicien appliqué par opposition aux mathématiciens purs.

Était jointe une copie du certificat de travail intermédiaire établi le 26 avril 2018 en faveur de M. B_____ faisant état de la qualité de son travail.

24. Le 11 mai 2018, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observation.
25. Dans ses écritures responsives du 22 juin 2018, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, en maintenant sa position.

Il ne suffisait pas qu'il y ait une pénurie de main-d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation pour reconnaître l'existence d'un intérêt économique prépondérant. La prétendue pénurie concernait avant tout les ingénieurs, informaticiens et professionnels de la santé. L'intéressé ne pouvant pas se prévaloir de la dérogation à l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 3 LEI, il fallait s'interroger sur l'intérêt économique réel de la demande et sur le respect de l'ordre de priorité. Si la clinique avait tenté de trouver un candidat inscrit au chômage, elle aurait appris qu'il existait quatre-vingt mathématiciens qualifiés qui cherchaient actuellement un emploi en Suisse. L'ordre de priorité de l'art. 21 LEI impliquait également que l'employeur tente de former ou faire former un candidat disponible sur le marché suisse et européen. La clinique n'avait pas non plus

clairement défini l'intérêt économique que représentait l'engagement de M. B_____ dans le contexte du changement de facturation qu'elle comptait effectuer. Elle apportait peu d'informations complémentaires sur la nature de cette transition tarifaire, du contexte dans lequel elle intervenait, et de l'impact économique qu'elle représentait.

26. Le 5 octobre 2018, la clinique a répliqué en persistant dans ses conclusions et précédents développements.

L'affirmation de l'OCIRT selon laquelle la pénurie concernerait avant tout les ingénieurs, informaticiens et professionnels de la santé, contredisait le rapport du SECO du 19 septembre 2015. L'interprétation de l'art. 21 al. 3 LEI faite par l'OCIRT, consistant à exiger que deux conditions soit remplies, soit la pénurie de main d'œuvre qualifiée dans le secteur d'activité correspondant et que l'occupation du poste envisagée permette de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse, ne trouvait aucun appui dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Elle précisait le contenu de l'activité de M. B_____ et joignait un des rapports rédigés par celui-ci dans le cadre de ses fonctions. Les travaux qu'il avait effectués, attestaient de l'extrême complexité de sa profession et des compétences exceptionnelles requises pour l'exercer, ainsi que de l'impact de ceux-ci sur des décisions très importantes prises récemment par la clinique.

27. Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était 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. L'objet du litige porte sur le refus de l'OCIRT, confirmé par le TAPI, de délivrer à la recourante un permis B avec activité lucrative en faveur de son employé, M. B_____.
3. 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'autorité intimée.
4. 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).

5. a. Le 1^{er} janvier 2019, est entrée en vigueur une modification de la LEtr, devenue la LEI.

En l'absence de dispositions transitoires, la règle générale selon laquelle s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où lesdits faits se sont produits (ATA/847/2018 du 21 août 2018 et les références citées ; ATA/1052/2017 du 4 juillet 2017 consid. 4), prévaut.

b. Les faits de la présente cause s'étant intégralement déroulés avant le 1^{er} janvier 2019, ils sont soumis aux dispositions de la LEI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, étant précisé que la plupart des dispositions de celle-ci sont demeurées identiques.

6. 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 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 1^{er} 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} juillet 2018 (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).

d. En dérogation à l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse peut être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il est admis provisoirement pendant six mois à compter de la fin de sa formation ou de sa formation continue en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21 al. 3 LEI).

La notion d'« intérêt économique » du pays est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (Message du Conseil fédéral concernant la LEtr du 8 mars 2002, in FF 2002 p. 3485s. et p. 3536). Il s'agit des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. En outre, 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. 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 C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 et les références citées ; ATA/320/2015 du 31 mars 2015 consid. 7b).

Selon le ch. 4.4.6 des directives LEI, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main d'oeuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation et que l'orientation suivie est hautement spécialisée et en adéquation avec le poste à pourvoir. De même, l'occupation du poste permet de créer immédiatement de nouveaux emplois ou de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse (ATAF du 2 mai 2012 / C-674/2011). L'admission de cette catégorie de personnes a lieu sans examen de règle sur l'ordre de priorité des travailleurs. Dans l'esprit du législateur, une activité lucrative revêt un intérêt économique prépondérant lorsqu'il existe sur le marché du travail un besoin avéré de main-d'œuvre dans le secteur d'activité correspondant à la formation. Cette précision garantit que ce régime particulier ne s'applique que lorsqu'il y a effectivement pénurie de travailleurs dans un certain domaine de spécialité et que des personnes au chômage établies en Suisse ou provenant des pays de l'UE ou de l'AELE ne peuvent accomplir cette activité (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.2).

7. En l'espèce, l'employé de la recourante, diplômé d'une haute école suisse, soit de l'université, a bénéficié d'une autorisation de séjour d'une durée de six mois, en application de l'art. 21 al. 3 LEI, du 19 mai au 19 novembre 2015, afin de chercher un emploi qualifié. Par contrat du 5 novembre 2015, la recourante a engagé M. B._____ en qualité de stagiaire facturiste pour un salaire mensuel brut de CHF 4'000.- jusqu'au 30 mai 2016. Cependant, l'art. 21 al. 3 LEI dispose expressément que le délai de six mois imparti à l'étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse doit lui permettre de trouver une activité lucrative revêtant un « intérêt scientifique ou économique prépondérant ». Force est d'admettre en l'occurrence qu'un poste de stagiaire facturiste ne saurait être considéré comme tel. Quant à l'avenant du 20 juin 2016, celui-ci constitue davantage un contrat à part entière. Il a d'ailleurs été signé bien après le terme prévu du contrat du 5 novembre 2015. En outre, alors que, dès le lendemain de la conclusion du contrat du 5 novembre 2015, l'employé concerné en informait l'OCPM, il indiquait lui-même qu'il poursuivrait en parallèle ses recherches d'emploi dans le domaine bancaire ou l'enseignement supérieur. En effet, dans sa demande d'autorisation de séjour pour recherche d'emploi qu'il avait sollicité personnellement le 4 août 2015, il mentionnait déjà son souhait de trouver un poste de mathématicien appliqué dans ces secteurs. Ces éléments corroborent le fait que le poste de stagiaire facturiste auprès de la recourante n'était a priori pas adapté à ses compétences et qualifications professionnelles.

Il en résulte que la dérogation de l'art. 21 al. 3 LEI n'est plus applicable à M. B._____. Ainsi, l'ordre de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 et 2 LEI doit être respecté.

Aucun élément du dossier n'indique que la recourante aurait informé l'OCE d'un poste vacant d'analyste de données facturation – informatique à partir du 1^{er} juin 2016, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas. Quand bien même certains articles de presse ou un rapport du SECO relèveraient une relative difficulté à trouver de la main-d'œuvre qualifiée chez les mathématiciens, il n'en demeure pas moins que la recourante n'a effectué aucune recherche ni publication afin de trouver un ressortissant suisse ou de l'UE/AELE, apte à remplir cette fonction. Compte tenu des compétences, élevées et spécifiques, exigées pour l'emploi en question, selon la recourante, cette dernière aurait dû effectuer des recherches, dussent-elles être poussées et sérieuses, avant de conclure que celles-ci ne pouvaient aboutir. La recourante, qui connaissait déjà M. B._____ et ses qualités professionnelles à l'issue de son stage en tant que facturiste, 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 l'intéressé. Les éventuels exigences et critères posés par le poste visé 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, la recourante n'est pas parvenue 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 l'intéressé.

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

Par ailleurs, force est de constater que le salaire versé à l'employé concerné ne paraît pas refléter la rareté de ses compétences dont se prévaut la recourante. Un revenu mensuel brut de CHF 5'104.- paraît difficilement approprié au profil dit exceptionnel d'un mathématicien appliqué, au bénéfice d'un doctorat et d'une certaine expérience professionnelle.

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 la recourante tendant à la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. B_____.

8. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al.1 LPA) et celle-ci ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 mai 2018 par A_____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 mars 2018 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de A_____ SA ;

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 Mattia Deberti, avocat 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 Krauskopf, présidente, Mme Junod, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

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.