

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2998/2012-PE

ATA/86/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 février 2014

1^{ère} section

dans la cause

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

contre

X_____

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
24 avril 2013 (JTAPI/503/2013)**

EN FAIT

- 1) X_____ (ci-après : X_____) est une organisation à but non lucratif. Son siège social est situé à Y_____ au Canada, pays où il a été fondé en 1990. Il dispose par ailleurs de bureaux à Ottawa et à New York. En 2000, il a ouvert son siège européen à Genève.

L'institut a pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. Il y a plus de dix ans, il a lancé un programme sur l'investissement et le développement durable (ci-après : le programme). Dans le cadre de ce programme, il a fourni, notamment aux pays en voie de développement, des conseils techniques et juridiques sur le droit des investissements internationaux. Au cours des deux dernières années, l'institut a assisté vingt-deux gouvernements.

- 2) Du 20 au 29 juin 2012, l'institut a fait paraître sur son site internet et sur les réseaux dédiés aux questions environnementales à Genève et dans le cadre des Nations Unies une offre d'emploi pour un poste de conseiller juridique à plein temps, à pourvoir dès le 17 septembre 2012.

Dans le cadre du programme, l'institut souhaitait engager une personne qui aurait pour tâches de procéder à des recherches, de rédiger des rapports, d'organiser et de participer à des conférences, de suivre des cours en matière de droit des investissements et sur les diverses politiques gouvernementales y relatives, en particulier dans les pays en voie de développement. Conformément au but du programme, cette personne devrait fournir une aide dans la coordination de ses projets et assister les pays en voie de développement. Elle devrait posséder les atouts suivants :

- un engagement en faveur des idéaux, des valeurs et de la mission de l'institut ;
- un diplôme en droit, avec, de préférence, une spécialisation en droit international économique et en droit du développement durable ;
- une à trois années d'expérience dans le domaine du droit ;
- une expérience dans la recherche et l'analyse juridiques ;
- d'excellentes compétences relationnelles et communicationnelles ;
- une maîtrise parfaite de l'anglais oral et écrit ;
- être, de préférence, titulaire d'un brevet d'avocat ;

- une maîtrise orale et écrite du portugais et/ou de l'espagnol serait un réel avantage ;
 - être de nationalité suisse ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne (ci-après : UE) ou être détenteur d'un permis C, B ou G.
- 3) Le 23 ou le 24 juillet 2012, l'institut a déposé auprès de l'office cantonal de la population, devenu depuis le 11 décembre 2013 l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM), une demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) en faveur de Monsieur A_____, ressortissant brésilien, lequel vit dans ce pays, en qualité de conseiller juridique international. Le salaire annoncé était de CHF 7'187.- par mois.
- 4) Le 17 août 2012, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a informé l'institut que l'OCPM lui avait transmis le dossier de M. A_____ pour raisons de compétence. Pour pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause, il avait besoin des preuves de recherches effectuées par l'institut sur le marché de l'emploi suisse et européen ainsi que les résultats détaillés de celles-ci.
- 5) L'institut a répondu à l'OCIRT le 20 août 2012. Il a joint à son courrier les preuves des recherches effectuées.
- Il avait reçu trente-sept dossiers et effectué trois entretiens avant de retenir la candidature de M. A_____, les deux autres candidats entendus présentant des lacunes dans leur maîtrise de l'espagnol et du portugais et leurs connaissances du droit des investissements et des traités internationaux.
- 6) L'OCIRT a constaté que l'institut n'avait pas annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). L'OCIRT a dès lors consulté ce dernier afin de déterminer s'il existait des candidats indigènes dont le profil correspondait à celui recherché. Suite à cette requête, l'OCE a soumis quatre dossiers à l'OCIRT.
- 7) Par décision du 12 septembre 2012, l'OCIRT a refusé de délivrer l'autorisation de séjour à l'année (permis B) avec activité lucrative sollicitée en faveur de M. A_____.
- L'ordre de priorité prévu par la législation applicable n'avait pas été respecté. L'institut n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE et de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé. Selon l'OCE, le poste pour lequel l'autorisation de travail avait été sollicitée pouvait être pourvu par un travailleur en Suisse.

8) Le 5 octobre 2012, l'institut a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de M. A_____.

a. A l'appui de son recours, l'institut a produit plusieurs pièces. La plupart étaient rédigées en anglais et non traduites. Il s'agissait d'une brochure de présentation de ses activités, de l'annonce du poste vacant, des fiches rédigées suite aux entretiens avec les candidats, du contrat de travail adressé à M. A_____ et de son *curriculum vitae* (ci-après : CV).

b. En 2012, dans le cadre de son programme, l'institut avait reçu des demandes pour organiser des ateliers et commencer des consultations en Angola et au Mozambique, pays pour lesquels la connaissance du portugais était essentielle. La connaissance de cette langue faisait défaut chez ses experts-juristes en place. L'institut souhaitait également renforcer son travail en Amérique latine où aucun de ses experts au sein de l'équipe en place ne maîtrisait suffisamment bien l'espagnol. C'était dans ce contexte qu'il avait fait paraître l'annonce pour le poste de conseiller légal sur les sites internet usuels à son secteur d'activité.

c. Sur les trente-sept dossiers de candidature reçus, deux candidats avaient été retenus par le comité de recrutement, à savoir M. A_____ et Madame B_____. Trois entretiens avaient finalement été conduits, la candidature de Monsieur C_____ ayant été retenue pour un deuxième poste qui n'avait pas encore été annoncé.

M. A_____ était le seul candidat qui réunissait l'ensemble des exigences du poste : niveau d'éducation et diplômes (licence en droit, brevet d'avocat, LL.M. en droit international), parfaite maîtrise de l'anglais, de l'espagnol et du portugais, expérience dans les pays en voie de développement et connaissance du droit des investissements internationaux, en particulier des traités et contrats d'investissement. Il avait en outre effectué des études en économie et disposait d'une expérience professionnelle. Il travaillait dans un cabinet d'avocats renommé à Porto Alegre où il traitait les dossiers d'investissements étrangers. L'institut connaissait M. A_____ et son professionnalisme puisqu'il avait effectué un stage en son sein d'octobre 2010 à janvier 2011. Sa période d'adaptation serait ainsi réduite et il aurait été en mesure d'accompagner des conseillers au Mozambique dès le mois de novembre 2012.

d. L'institut estimait ainsi avoir respecté les exigences posées par la loi. Il était convaincu que M. A_____ était le candidat idéal et qu'il ne serait pas possible de trouver un autre candidat qui réunirait les compétences requises. Cette conviction était par ailleurs fondée sur le fait que le cercle de jeunes juristes connaissant le droit des investissements était limité, ce sujet n'étant pas enseigné dans les universités. Le cercle des jeunes juristes suisses et européens avec de l'expérience

dans les pays en développement était limité et peu de juristes en Suisse et en Europe remplissaient les conditions attendues en maîtrisant à la fois l'espagnol et le portugais.

9) Le 6 décembre 2012, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision du 12 septembre 2012.

a. Il a produit les dossiers des quatre candidats que lui avait transmis l'OCE. Il a également produit des pièces rédigées en anglais, et non traduites, que lui avait adressées l'institut. Il s'agissait d'une lettre de soutien de l'institut en faveur de la candidature de M. A_____ du 24 juillet 2012 et des preuves des recherches effectuées sur les sites internet.

b. M. A_____ avait déjà séjourné en Suisse de septembre 2010 à janvier 2011 au bénéfice d'un permis de courte durée pour un stage. Cela ne lui conférait toutefois aucun droit, de sorte qu'il devait être considéré comme un nouveau demandeur d'emploi. Un examen des conditions nécessaires à l'octroi d'une autorisation, laquelle impliquait le prélèvement d'une unité sur le contingent cantonal, était donc nécessaire.

c. Si dans sa lettre de motivation du 24 juillet 2012, l'institut avait mis en exergue les compétences professionnelles de M. A_____, la vraie raison de son engagement était donnée par l'employeur dans son recours du 5 octobre 2012, à savoir qu'il le connaissait déjà. Il s'agissait donc d'un cas de convenance personnelle, l'institut préférant, même à compétences égales, « son poulain » à un inconnu. Du reste, l'institut n'avait pas fait appel aux services de l'OCE et n'avait donc pas pu examiner les quatre candidats que cet office aurait pu lui présenter. Il s'était donc privé, volontairement ou non, d'une aide précieuse qui lui aurait sans doute évité de longues démarches, les candidats de l'OCE possédant tous soit une nationalité européenne soit un permis de travail en Suisse. Les compétences et diplômes des quatre candidats de l'OCE équivalaient, à peu de chose près, à ceux de M. A_____.

En ce qui concernait la maîtrise du portugais, de l'anglais et d'autres langues utiles, il était possible pour un employeur de recruter un travailleur titulaire d'un passeport européen doté des compétences linguistiques requises au sein de l'UE/AELE. Les quatre candidats de l'OCE possédaient d'ailleurs toutes ces langues.

Il n'était dès lors pas possible de considérer que M. A_____ disposait de qualifications particulières dans un domaine souffrant en Suisse et dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE d'une pénurie de main-d'œuvre spécialisée. L'institut n'avait en outre pas respecté l'ordre de priorité posé par la loi.

d. Les conditions requises à la délivrance d'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative n'étaient ainsi pas réunies, l'approbation de l'autorité fédérale étant en tout état de cause réservée quant à l'octroi d'un éventuel permis.

10) Les parties ont été entendues par le TAPI le 16 avril 2013.

a. Madame D_____, administratrice du bureau de Genève de l'institut, a expliqué que M. A_____ travaillait toujours pour une étude d'avocats au Brésil.

Sur les trente-sept dossiers de candidature reçus, onze dossiers avaient été retenus au terme d'une première sélection. Sur ces onze dossiers, le comité de recrutement, composé du directeur exécutif du bureau de Genève, de la directrice des ressources humaines du siège canadien et de la juriste responsable du programme, en avait retenu trois. Après les auditions de ces trois personnes, le choix s'était porté sur M. A_____ du fait de sa maîtrise de l'espagnol et du portugais, mais aussi et surtout de l'anglais, de son expérience dans le domaine du droit des investissements internationaux et de son admission au barreau de New York. Ce dernier point constituait un gage de sa maîtrise de l'anglais.

L'institut n'avait pas eu connaissance des dossiers proposés par l'OCE avant d'avoir choisi d'engager M. A_____. Il avait pris connaissance des quatre CV lors du dépôt des observations de l'OCIRT le 6 décembre 2012. L'institut n'avait pas informé l'OCE car il pensait qu'il était suffisant d'indiquer sur l'annonce qu'il recherchait une personne de nationalité suisse, européenne ou titulaire d'un permis de travail. Il avait toutefois retenu la leçon et communiquait depuis lors immédiatement les postes ouverts à l'OCE.

b. Madame E_____, gestionnaire du programme d'investissement international, a pour sa part déclaré qu'après avoir examiné les dossiers proposés par l'OCE, l'institut était arrivé à la conclusion qu'aucun des quatre n'aurait même figuré dans la liste des onze premiers candidats retenus. En effet, aucun ne possédait une expérience en matière d'investissements mais plutôt dans le domaine humanitaire. S'ils possédaient les compétences linguistiques requises, l'un d'entre eux n'était pas titulaire du brevet d'avocat et aucun n'était inscrit au barreau. La décision finale d'engager M. A_____ avait été prise par le comité de recrutement.

Il était nécessaire que le candidat soit engagé puis établi à Genève, et non au Canada, le programme sur lequel il allait travailler étant exclusivement basé à Genève.

Suite au refus de l'OCIRT, l'institut n'avait pas entrepris de nouvelles démarches pour trouver un autre candidat. Dans le cadre de l'examen de candidatures pour des postes de stagiaires, personne n'avait présenté un profil

susceptible de correspondre au poste. L'institut était toujours convaincu par la candidature de M. A_____, raison pour laquelle il avait maintenu son recours.

Le programme tournait avec une personne en moins et l'institut n'avait pas pu répondre aux demandes du Mozambique et de l'Angola. Le programme s'était concentré sur d'autres pays dans l'attente de pouvoir engager une personne maîtrisant le portugais. Il n'avait pas non plus été possible de développer le programme en Amérique du Sud, cette même personne étant supposée parler l'espagnol.

L'institut travaillait directement et en étroite collaboration avec des gouvernements, lesquels avaient des exigences particulières en matière de confidentialité et de qualifications. Pour ces motifs, il était impératif d'engager un avocat rompu à la problématique de la confidentialité.

c. La représentante de l'OCIRT a indiqué maintenir sa position. La commission tripartite pour l'économie (ci-après : la commission tripartite) n'était par ailleurs pas disposée à revenir sur sa position. Elle aurait été ouverte à la discussion si l'institut avait respecté son obligation envers l'OCE.

11) Par jugement du 24 avril 2013, le TAPI a admis le recours du 5 octobre 2012 et annulé la décision du 12 septembre 2012. Il a renvoyé le dossier à l'OCIRT pour nouvelle décision.

a. Dans ce jugement, le TAPI a fait une traduction libre de plusieurs des pièces rédigées en anglais produites par les parties.

b. Le domaine du droit des investissements internationaux et le contexte dans lequel le poste litigieux s'insérait présentaient manifestement des particularités qui requéraient des compétences et des expériences spécifiques. Or, parmi la quarantaine de candidatures reçues, y compris celles de l'OCE, seul M. A_____ correspondait en tous points au profil recherché.

c. L'OCIRT avait excédé son pouvoir d'appréciation en invoquant la violation du principe de priorité du fait que l'institut aurait dû procéder à davantage de recherches sur le marché suisse et européen. L'institut avait en effet démontré avoir annoncé le poste vacant sur les sites web usuels de son très spécifique secteur d'activité, démarche suffisante qui lui avait permis de recevoir trente-sept dossiers. Il était peu probable qu'il aurait reçu des candidatures supplémentaires répondant au profil souhaité en publiant une annonce dans la presse généraliste ou en s'adressant à des agences de placement.

d. Il était par ailleurs excessif de fonder le refus sur le seul motif que l'institut n'avait pas annoncé le poste vacant à l'OCE. Cette informalité n'apparaissait pas avoir été délibérée, l'institut en ayant pris acte puisqu'il se conformait depuis à la

procédure. Les dossiers proposés par l'OCE ne correspondaient par ailleurs pas au profil recherché.

e. Eu égard aux spécificités du poste et aux difficultés de recrutement qui y étaient inhérentes, le principe de priorité n'avait pas été violé. Le simple fait que M. A_____ ait déjà effectué un stage au sein de l'institut ne permettait pas de retenir que son choix reposait sur une pure convenance personnelle.

f. L'OCIRT avait ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation, voire fait preuve de formalisme excessif.

12) Par acte posté le 24 mai 2013, l'OCIRT a recouru contre l'arrêt du TAPI auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à la confirmation de sa décision du 12 septembre 2012.

a. Il élevait des doutes quant à l'intérêt économique d'engager un avocat d'origine brésilienne à Genève au regard du nombre important d'avocats que comptaient tant la Suisse que l'UE.

b. L'ordre de priorité avait été violé. En effet, il appartenait à l'institut de prouver qu'il avait entrepris des recherches à grande échelle afin de repourvoir le poste vacant par un avocat indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE et qu'il s'était trouvé dans l'impossibilité de trouver une personne capable d'exercer cette activité. Or, malgré sa demande écrite, l'institut n'avait pas effectué les recherches d'emploi exigées. Certes, l'institut avait mis une annonce sur son propre site internet et sur le site internet des Nations Unies, programme pour l'environnement, mais il n'avait fait aucune autre tentative. Le marché du travail de l'UE/AELE n'avait notamment pas été exploré à fond par tous les moyens possibles. L'institut aurait en particulier pu faire des recherches dans des pays anglophones.

Si l'institut avait examiné plusieurs candidatures, il fallait relever qu'il avait fini par retenir celle d'un ancien stagiaire. Outre que cela laissait penser à de la convenance personnelle, M. A_____ correspondait trait pour trait à la description du poste tant pour les langues parlées que pour l'inscription au barreau de New York. Cette dernière exigence semblait avoir été posée par la direction des ressources humaines de l'institut au Canada. Or, le système anglo-saxon était différent de celui en vigueur à Genève où le fait d'être avocat suffisait indépendamment d'une inscription au barreau. Cette exigence, qui correspondait au CV de M. A_____, était toutefois superflue pour l'exercice de l'activité souhaitée, mais elle permettait d'exclure un nombre important de candidats potentiels.

Le parcours de M. A_____, hormis un bref passage à l'institut en qualité de stagiaire, n'était pas particulièrement orienté vers les secteurs dont cet

employeur s'occupait. Au Brésil, il travaillait dans une étude où il était, selon son CV, essentiellement chargé d'analyser, de négocier et de préparer des contrats dans le domaine immobilier.

Il était également regrettable que l'institut n'ait pas annoncé la vacance du poste à l'OCE conformément aux directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). S'il l'avait fait, l'institut aurait reçu quatre bonnes candidatures.

Il n'était pas possible d'affirmer sans autre, comme l'avait fait le TAPI, que seul M. A_____ répondait à toutes les exigences du poste. Au demeurant, il ne s'agissait pas de démontrer que le travailleur correspondait au plus près au profil recherché, mais bien de démontrer l'impossibilité de trouver un candidat indigène ou ressortissant UE/AELE. Celui-ci aurait d'ailleurs pu être formé comme l'avait été M. A_____ lors de son stage.

c. Les conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche n'étaient pas respectées.

Le salaire offert à M. A_____ ne correspondait pas à ce que l'on pouvait attendre au vu de ses compétences et de son expérience. CHF 7'187.- par mois constituaient une faible rémunération pour un avocat expert qui, selon les arguments de l'institut, était impossible à trouver sur le marché du travail local ou de l'UE/AELE, même s'agissant d'une organisation à but non lucratif.

d. Le TAPI avait outrepassé son pouvoir d'appréciation en considérant qu'un permis de travail devait être accordé du fait que M. A_____ était le candidat qui correspondait au plus près au profil recherché.

Le nombre important de candidatures reçues, à savoir trente-sept, démontrait l'absence de difficultés rencontrées pour recruter un candidat, y compris sur le marché local du travail. Ces recherches avaient toutefois été insuffisantes et le choix de M. A_____ relevait de la convenance personnelle, ce dont le TAPI aurait dû tenir compte.

13) Le 30 mai 2013, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.

14) Le 28 juin 2013, l'institut a conclu, « sous suite de dépens », à la confirmation du jugement du TAPI. Il s'est rapporté à l'état de fait retenu dans le jugement litigieux, se limitant à mettre certains éléments en évidence et à en préciser d'autres. Il a en outre produit des pièces rédigées en anglais et non traduites, pièces qui avaient déjà été produites devant le TAPI (brochure de présentation, annonce du poste vacant, fiches d'entretiens et contrat de travail).

a. Il fournissait aux gouvernements des pays en développement des conseils en matière de développement durable. De nombreux pays avaient bénéficié de ses

conseils, dont le prestige rejaillissait sur « la Genève internationale ». Il était dès lors essentiel de pouvoir compter sur les meilleurs spécialistes afin de continuer à fournir des conseils de qualité. C'était à l'aune de ces arguments que la question de savoir si l'octroi d'un permis de travail servait les intérêts économiques du pays et non sur la seule base de savoir s'il était opportun d'engager un avocat d'origine étrangère dans un pays qui comptait déjà de nombreux avocats.

b. Il avait annoncé le poste vacant sur les sites internet usuels de son secteur d'activité et il avait reçu pas moins de trente-sept candidatures. Conscient de l'existence du principe de priorité, il avait pris soin de préciser dans l'annonce qu'il attendait des candidatures de ressortissants suisses ou de l'UE/AELE.

Il n'avait toutefois pas à explorer à fond par tous les moyens possibles le marché du travail de l'UE/AELE. Il devait uniquement rendre crédibles les efforts déployés de manière appropriée en vue de trouver un candidat indigène ou ressortissant de l'UE/AELE, ce qu'il était parvenu à faire. Les exigences de l'OCIRT étaient démesurées. Si elles étaient acceptées, elles lui permettraient de rejeter toute demande d'autorisation de travail en faveur d'un étranger au seul motif qu'il existait forcément une candidature satisfaisante sur l'immense marché du travail européen.

Il a en outre repris ses arguments développés devant le TAPI s'agissant des motifs pour lesquels il n'aurait pas retenu les candidats proposés par l'OCE.

c. L'argument selon lequel le salaire offert à M. A_____ ne correspondait pas à ses compétences était nouveau. Le TAPI n'avait en outre pas retenu cet élément, dont il avait pourtant pris connaissance.

15) 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) En vertu de l'art. 64 al. 1 LPA, le recours est formé par écrit et adressé à la juridiction administrative appelée à en connaître.

a. Les cantons peuvent exiger que, dans leurs relations avec les autorités cantonales, les administrés se servent de la langue officielle du canton. Selon la jurisprudence, dans les relations avec leurs autorités, les cantons peuvent imposer leur langue officielle comme langue judiciaire et exiger la traduction des actes de

procédure rédigés dans une autre langue (Arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 1997, publié *in* SJ 1998 p. 311 ; ATA/106/2012 du 21 février 2012 consid. 3).

Sous réserve de dispositions particulières, le justiciable n'a en principe aucun droit de communiquer avec les autorités dans une autre langue que la langue officielle, fût-elle sa langue maternelle ou une autre langue nationale (ATF 136 I 149 consid. 4.3 ; 127 V 219 consid. 2b.aa ; 122 I 236 consid. 2c ; 108 V 208 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1B_4/2012 du 11 janvier 2012 consid. 3).

b. A Genève, la langue officielle est le français (art. 5 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 - Cst-GE - A 2 00 ; ATA/98/2013 du 19 février 2013 consid. 4 ; ATA/128/2012 du 6 mars 2012 ; ATA/102/2012 du 21 février 2012 consid. 4 et les références citées).

c. L'institut a produit, à l'appui de ses observations du 28 juin 2013 devant la chambre de céans, plusieurs pièces en anglais, lesquelles n'étaient pas traduites. Ces pièces avaient auparavant été adressées à l'OCIRT puis au TAPI sans que ni cette autorité ni cette juridiction ne rappelle les règles en matière de langue officielle. Le TAPI a, dans son jugement du 24 avril 2013, procédé à une traduction libre de plusieurs pièces pertinentes.

d. Dans le cas d'espèce, la chambre de céans renoncera à réclamer la traduction des pièces produites en anglais. Le litige peut en effet être tranché sur la base de la traduction libre faite par le TAPI, laquelle n'a fait l'objet d'aucune remarque ou critique de la part des parties.

3) Le litige porte sur l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année (permis B) avec activité lucrative en faveur de M. A_____.

4) Selon l'art. 11 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), 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.

L'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative est de la compétence des cantons (ATA/616/2012 du 25 septembre 2012) et est soumise à des conditions strictes (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-284/2012 du 14 juin 2012 consid. 5.1 ; C-4635/2010 du 28 octobre 2010 consid. 7).

Lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour notamment l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 40 al. 2 LEtr).

- 5) L'art. 18 LEtr 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 LEtr sont remplies (let. c).

Lesdites conditions sont cumulatives.

- 6) L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/661/2012 du 25 septembre 2012 ; M. SPESCHA *in* M. SPESCHA / H THÜR / A. ZÜND / P. BOLZLI, *Migrationsrecht*, 2009, 2^{ème} édition, ch. 2 *ad* art. 18 LEtr p. 57 ; *cf.* dans le même sens L. OTT *in* M. CARONI / T. GÄCHTER / D. THURNHERR, *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer*, 2010, n. 5 *ad* remarques art. 18-29 LEtr p. 149 s. ; M. SPESCHA / A. KERLAND / P. BOLZLI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2010, pp. 123 et 134).

- 7) L'OCIRT allègue que le TAPI a fait une mauvaise application de l'art. 21 al. 1 LEtr. Le recourant estime en effet que l'institut n'a pas respecté le principe de l'ordre de priorité des travailleurs indigènes.

a. Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Il ressort de l'art. 21 al. 1 LEtr que l'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, p. 3537 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et la jurisprudence citée). Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'Arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1^{er} avril 2013).

Il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEtr et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3 ; ATA/123/2013 du 26 février 2013).

b. Selon les directives établies par l'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 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. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail [...]. En dépit de l'importance des impératifs du marché du travail et des considérations économiques d'ordre général, il est souvent nécessaire de prendre encore en compte, lors de l'examen des demandes, d'autres critères se rapportant à la tâche de l'étranger ou à sa personne (formation, intérêts de l'Etat, aspects politiques et sociaux). Ainsi, par exemple, les demandes déposées par les professeurs d'Université, les séjours de perfectionnement ou les demandes présentées sur la base de la réciprocité ne sauraient être examinés dans la seule optique du marché du travail (art. 32 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 - OASA - RS 142.201) (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch. 4.3.2.1, consultables en ligne sur le site <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-f.pdf>).

c. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'institut n'a pas annoncé le poste vacant à l'OCE comme il lui incombait de le faire. De ce fait, il s'est privé des services que pouvait lui offrir l'OCE, en particulier de l'inscription du poste vacant dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emploi (PLASTA) ou encore de la possibilité d'obtenir une extension de sa recherche à l'ensemble des pays de l'UE/AELE par le biais d'une annonce dans le réseau électronique European Employment System (EURES) (message précité p. 3538 ; ATA/123/2013 précité). L'institut n'a pas lui-même procédé à des recherches sur l'ensemble du territoire de la Confédération ou de l'UE/AELE mais limité ses recherches aux sites internet dédiés aux questions environnementales à Genève et dans le cadre des Nations Unies. Il n'a pas non plus fait appel à des agences de placement ni démontré avoir, à tout le moins, approché certaines d'entre elles afin de vérifier avec ces dernières si elles pouvaient ou non l'épauler dans ses recherches. Faute de n'avoir pas élargi ses recherches, l'institut n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE/AELE ne pouvait être recruté. Une telle démarche présentait de réelles chances de succès puisque suite aux seules recherches restreintes qu'il a réalisées, l'institut a reçu pas moins de trente-sept candidatures.

d. L'accueil d'organismes internationaux constitue un élément de la politique extérieure de la Suisse. Leur présence est principalement liée à celle de l'ONU et de ses organisations spécialisées, avec lesquelles la Suisse a conclu des accords de

siège, ce qui comporte un certain nombre d'engagements. Il s'agit essentiellement d'organisations non gouvernementales [...]. Ces organismes ne doivent pas avoir de but lucratif. Ils doivent répondre à un intérêt général (utilité publique) et leur rayon d'action doit s'étendre à plusieurs pays (universalité). L'institution doit avoir un siège ou un bureau permanent en Suisse dont l'activité doit être effective [...]. L'expérience a montré que les dispositions des art. 21 et 22 LEtr et de l'art. 22 OASA doivent être appliquées en tenant dûment compte des réalités spécifiques à ce domaine [...]. Les autorisations de séjour pour les ressortissants étrangers venant travailler pour ce type d'organismes peuvent être octroyées selon les art. 19 al. 4 let. a OASA et 32 LEtr, notamment s'il s'agit d'un stage organisé sous l'égide des organismes concernés, ou selon l'art. 20 al. 1 OASA, si la durée de séjour prévue est supérieure à vingt-quatre mois (Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch. 4.7.3).

L'institut est un organisme international à but non lucratif dont le siège européen se situe à Genève. S'il convient de tenir compte de la spécificité des activités qu'il déploie, ni la directive 4.7.3 de l'ODM ni la LEtr ou encore l'OASA ne prévoient d'exempter ces organismes internationaux du respect du principe de priorité des travailleurs indigènes, principe que l'institut n'a pas respecté puisque, faute de recherches à large échelle, il a échoué à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'UE/AELE ne pouvait être trouvé.

e. Le TAPI, sans toutefois se référer à la directive 4.7.3 de l'ODM, a pour sa part estimé que les recherches effectuées par l'institut étaient suffisantes au regard de son très spécifique secteur d'activité. Tel n'est pourtant pas le cas. En effet, si *a priori* le recrutement pouvait s'avérer difficile du fait de ce spécifique secteur d'activité, les autorités chargées d'appliquer les dispositions sur la priorité en matière de recrutement ne sauraient accorder une dérogation à l'art. 21 al. 1 LEtr sur la base de difficultés de recruter la personne correspondant au profil recherché, sous peine de battre en brèche les règles régissant le marché de l'emploi. 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 al. 1 LEtr (Arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3).

f. L'OCE était en mesure de proposer quatre candidatures pour le poste ouvert par l'institut. Devant le TAPI, puis dans ses observations devant la chambre de céans, l'institut a exposé les motifs pour lesquels il n'aurait, quoi qu'il en soit, pas retenu ces candidatures. Même à supposer que le rejet de ces quatre candidatures

aurait été fondé, il n'en demeure pas moins qu'au-delà des postes que l'OCE peut immédiatement proposer, la consultation de cet office est, comme cela vient d'être démontré, indispensable pour bénéficier de l'appui qu'il peut apporter à l'employeur en quête de candidats. Le respect de la procédure en vigueur est en outre tout aussi indispensable pour permettre à la commission tripartite (instituée par l'art. 3 du règlement d'application de l'ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 28 juin 2006 - RaOLCP - F 2 10.02), laquelle est composée de représentants de l'Etat et des partenaires sociaux, de se prononcer en toute connaissance de cause. Le fait que l'institut respecte désormais son obligation d'annoncer ses postes vacants à l'OCE n'y change rien, cette omission ayant eu, dans le cas d'espèce, les conséquences négatives décrites ci-dessus.

- 8) Il résulte de ce qui précède que l'OCIRT était fondé à refuser l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de M. A_____, l'ordre de priorité des travailleurs indigènes prévu par l'art. 21 al. 1 LEtr n'ayant pas été respecté.

Le recours sera dès lors admis et le jugement attaqué annulé.

- 9) Par surabondance, il sera donné suite au grief allégué par l'OCIRT, à savoir que le salaire offert à M. A_____ ne correspond pas à ce qu'on pourrait attendre au vu de ses compétences et de son expérience.

Selon l'art. 22 LEtr, 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. L'art. 22 al. 1 OASA précise pour sa part que pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe également de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires.

Dans le cas d'espèce, un salaire mensuel de CHF 7'187.- brut proposé à un avocat spécialisé en droit international économique et en droit du développement durable, lequel doit en outre maîtriser l'anglais, le portugais et/ou l'espagnol, apparaît comme bas au regard des pratiques et usages en vigueur dans le canton de Genève pour cette profession. D'ailleurs, selon le calculateur en ligne de l'Observatoire genevois du marché du travail, dont les mesures doivent être considérées comme objectives (ATA/829/2013 du 17 décembre 2013 consid. 2 g et la jurisprudence citée), le salaire médian offert à une personne présentant un profil identique à celui de M. A_____ (à savoir un universitaire dans une branche

juridique, avec une année d'expérience, né en 1985, cadre moyen et expert pour quarante heures par semaine) est de CHF 10'270.- brut par mois, soit nettement plus que les CHF 7'187.- proposés en l'espèce.

- 10) Il est enfin superfétatoire d'examiner le dernier grief de l'OCIRT, à savoir ses doutes quant à l'intérêt économique d'engager un avocat d'origine brésilienne à Genève au regard du nombre important d'avocats que comptent tant la Suisse que l'UE.
- 11) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'institut. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 mai 2013 par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 avril 2013 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 avril 2013 ;

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

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 ;

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

Siégeants : M. Thélin, président, MM. Verniory et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

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.