



## Arrêt du 19 avril 2011

---

Composition

Blaise Vuille (président du collège),  
Antonio Imoberdorf, Ruth Beutler, juges,  
Marie-Claire Sauterel, greffière.

---

Parties

A. \_\_\_\_\_,  
B. \_\_\_\_\_,  
tous les deux représentés par Maître Fateh Boudiaf,  
rue de l'Arquebuse 14, case postale 5006, 1211 Genève 11,  
recourants,

contre

**Office fédéral des migrations (ODM),**  
Quellenweg 6, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Refus d'approbation à la décision préalable cantonale  
relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative.

**Faits :****A.**

Le 10 septembre 2006, B.\_\_\_\_\_, ressortissant libanais né le 4 juillet 1986, a sollicité de l'Office de la population du canton de Genève (ci-après: OCP-GE) la délivrance d'une autorisation de séjour pour suivre une formation d'une durée de quatre ans à l'Ecole des Arches pour obtenir un Certificat de capacité (ci-après: CFC) d'informaticien. A cette occasion, il a indiqué qu'il avait séjourné à Genève du 13 juin 2006 au 12 juillet 2006 et du 24 août 2006 au 10 septembre 2006, alors qu'il était en possession d'une carte de séjour française et a précisé qu'il souhaitait accomplir cette formation pour créer sa propre société d'informatique au Liban. Cela étant, il a joint à sa demande une déclaration selon laquelle il s'engageait formellement et irrévocablement à quitter la Suisse au terme de ses études, mais au plus tard le 1<sup>er</sup> novembre 2011, et ce quelles que soient les circonstances à cette date.

Le 14 novembre 2006, l'OCP-GE lui a délivré une autorisation de séjour temporaire, fondée sur l'art. 31 de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE, RO 1986 1791) pour lui permettre de suivre sa formation à l'Ecole des Arches.

Par courrier du 16 décembre 2009, l'OCP-GE informait B.\_\_\_\_\_ que sa formation d'apprentissage devant se terminer le 30 juin 2010, son autorisation de séjour ne serait renouvelée que jusqu'à ce terme, date à laquelle le but de son séjour serait considéré comme atteint.

**B.**

En date du 15 mars 2010, l'employeur de B.\_\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_\_) a déposé pour ce dernier auprès de l'OCP-GE une demande de permis de séjour avec activité lucrative dans le canton de Genève. Était joint à cette demande un contrat de travail établi le même jour, aux termes duquel le salaire mensuel brut fixé était de Fr. 5'100.- pour un travail de 40 heures par semaine. Par courrier du 5 mai 2010, l'Office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: OCIRT) a informé l'employeur que conformément aux usages en vigueur à Genève et dans la profession, le salaire d'embauche ne pouvait être inférieur à Fr. 6'200.- par mois. Par courrier du 11 mai 2010, l'employeur a dès lors fait parvenir à l'autorité cantonale un nouveau contrat de travail dans lequel le montant du salaire mensuel brut de l'employé avait été adapté.

Par décision du 17 mai 2010, l'OCIRT a accepté la demande du 15 mars

2010, sous réserve de l'approbation des autorités fédérales compétentes.

Par courrier du 7 juillet 2010, l'OCIRT a informé A. \_\_\_\_\_ que l'ODM considérait que les conditions d'approbation n'étaient pas remplies par B. \_\_\_\_\_ en ce sens qu'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 pas pu être trouvé (art. 21 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers [LEtr, RS 142.20]), et lui a donné la possibilité de faire part de ses éventuelles objections. Par lettre du 14 juillet 2010, l'employeur a notamment indiqué qu'il cherchait un généraliste, que les titulaires de titres universitaires n'étaient pas intéressés par ce type d'emploi et que B. \_\_\_\_\_, vu ses connaissances de la langue arabe, était un atout pour l'entreprise.

Le 9 juillet 2010, B. \_\_\_\_\_ a sollicité de l'OCP-GE le renouvellement de son autorisation de séjour pour études en indiquant qu'il souhaitait entreprendre une nouvelle formation en suivant des cours du soir à la Haute école du paysage, d'ingénierie et d'architecture de Genève.

### **C.**

Le 26 juillet 2010, l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable du 17 mai 2010 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative dans le canton de Genève, au motif que l'intéressé titulaire d'un CFC en informatique ne remplissait pas les conditions pour être admis en qualité de spécialiste. En outre, il ne disposait pas de plusieurs années d'expérience professionnelle au terme de sa formation.

### **D.**

A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont recouru contre la décision précitée, par acte du 26 août 2010, en concluant à l'approbation par l'ODM de la décision cantonale préalable du 17 mai 2010. Les recourants ont fait valoir que B. \_\_\_\_\_ remplissait les conditions d'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative au sens de l'art. 23 LEtr, car même s'il n'avait pas obtenu un titre universitaire ou un diplôme d'une haute école suisse, il disposait d'un CFC en informatique, était passionné et avait obtenu des certificats d'excellence "Microsoft" et "Citrix". Il maîtrisait au surplus les langues arabe, anglaise et française. Ils ont également indiqué que l'employeur avait de grandes difficultés à recruter en Suisse et dans les pays membres de l'UE/AELE un informaticien possédant les qualités du recourant, notamment sur le plan linguistique.

**E.**

Appelée à se prononcer sur le recours, l'autorité de première instance en a proposé le rejet dans son préavis du 5 octobre 2010.

Invités à formuler leurs observations sur la réponse de l'ODM, les recourants se sont prononcés le 9 novembre 2010 en persistant dans leurs moyens et conclusions du 26 août 2010.

**F.**

Les divers autres arguments invoqués de part et d'autre dans le cadre de la procédure de recours seront examinés, si nécessaire, dans les considérants en droit ci-après.

**Droit :****1.**

**1.1.** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral (ci-après : le TAF ou le Tribunal), en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

En particulier, les décisions en matière d'approbation d'une décision préalable cantonale relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative prononcées par l'ODM – lequel constitue une unité de l'administration fédérale telle que définie à l'art 33 let. d LTAF - sont susceptibles de recours au Tribunal, qui statue définitivement (cf. art. 1 al. 2 LTAF en relation avec l'art. 83 let. c ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

**1.2.** A moins que la LTAF n'en dispose autrement, la procédure devant le Tribunal est régie par la PA (cf. art. 37 LTAF).

**1.3.** B.\_\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_\_ ont qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA). Le recours, présenté dans la forme et les délais prescrits par la loi, est recevable (cf. art. 50 et 52 PA).

**2.**

Les recourants peuvent invoquer devant le Tribunal la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que

l'inopportunité de la décision entreprise, sauf lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (cf. art. 49 PA). A teneur de l'art. 62 al. 4 PA, l'autorité de recours n'est pas liée par les motifs invoqués à l'appui du recours. Aussi peut-elle admettre ou rejeter le pourvoi pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son arrêt, elle prend en considération l'état de fait et de droit régnant au moment où elle statue.

### **3.**

**3.1.** 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 l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante (cf. art. 40 al. 2 LEtr).

Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation de l'office. Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (art. 99 LEtr).

Les décisions préalables des autorités du marché du travail (art. 83) doivent être soumises à l'ODM pour approbation avant l'octroi d'une autorisation de séjour au sens de l'art. 33 LEtr avec activité lucrative (cf. art. 85 al. 2 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201]).

**3.2.** Aussi, en vertu de la réglementation au sujet de la répartition des compétences en matière de police des étrangers, la compétence décisionnelle dans le cadre de la présente cause appartient à la Confédération, et plus particulièrement à l'ODM et au TAF, en vertu de l'effet dévolutif du recours (cf. art. 54 PA).

Il s'ensuit que ni l'ODM ni le TAF ne sont liés par le prononcé de l'autorité cantonale genevoise du marché de l'emploi du 17 mai 2010 et peuvent parfaitement s'écarter dans le cadre d'une procédure d'approbation, de l'appréciation faite par cette dernière autorité dans sa décision préalable.

**4.** En l'occurrence, l'ODM a considéré que B.\_\_\_\_\_ ne remplissait pas les conditions requises pour être admis en Suisse, en vue d'exercer une activité comme informaticien.

**4.1.** Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes:

- a. son admission sert les intérêts économiques du pays;
- b. son employeur a déposé une demande;
- c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies.

La notion d'"*intérêts économiques du pays*" est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469, p. 3485s. et p. 3536). Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (*ibidem*, p. 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (cf. MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010, p. 137 ; cf. également art. 23 al. 3 LEtr et consid. 8.3 *infra*).

**4.2.** L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (cf. MARC SPESCHA *in* Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli [éd.], Migrationsrecht, Zurich 2009, 2<sup>ème</sup> édition, ch. 2 *ad* art. 18 LEtr p. 57 ; cf. dans le même sens LISA OTT, *in* Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n° 5 *ad* remarques art. 18-29 LEtr p. 149s.; cf. SPESCHA/ KERLAND/ BOLZLI, *op. cit.*, pp. 123 et 134).

## **5.**

Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (art. 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (cf. art. 20 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 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). 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 (cf. art. 21 al. 2 LEtr).

En dérogation à l'alinéa 1, 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 son perfectionnement en Suisse pour trouver une telle activité (art. 21 al. 3 LEtr).

**5.1.** 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'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté (Message précité, p. 3537s. ; cf. également arrêt du TAF C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 à 7.3 et 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.

**5.2.** Aux termes du nouvel art. 21 al. 3 LEtr, tel qu'il résulte de l'Arrêté fédéral du 18 juin 2010, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (cf. RO 2010 5957), il peut être dérogé à l'al. 1 – selon lequel ont la priorité dans le recrutement les ressortissants suisses ou d'un Etat de l'UE ou de l'AELE – 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. Dans ce cas, l'employeur ne devra notamment plus démontrer qu'il n'a pu trouver une personne correspondant au profil requis en dépit de ses recherches. De plus, si ces conditions sont remplies, l'étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école ou d'une haute école spécialisée suisse sera admis provisoirement à la fin de ses études, et ce pendant six mois (cf. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 novembre 2009 FF 2010 373, 391).

Aucune disposition transitoire n'ayant été prévue pour l'introduction du nouvel art. 21 al. 3 LEtr, c'est le nouveau droit qui s'applique, en l'espèce, même si l'état de fait s'est déroulé sous l'empire de l'ancien droit (cf.

consid. 2 ci-dessus).

Selon les directives établies par 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 cependant réaliser les conditions suivantes. Sur le plan personnel, l'étranger doit être diplômé d'une haute école ou d'une autre école spécialisée. A elle seule, la langue maternelle n'est pas considérée comme une condition personnelle suffisante pour déroger à l'ordre de priorité. Son activité lucrative revêt 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 fait état d'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 (cf. sources [www.bfm.admin.ch](http://www.bfm.admin.ch) > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Autres directives et circulaires de l'ODM > Etrangers diplômés d'une haute école suisse > Information: Faciliter l'admission et l'intégration des étrangers diplômés d'une haute école suisse).

En l'espèce, après quatre ans de formation en Suisse, B.\_\_\_\_\_ a obtenu, le 30 juin 2010, un certificat fédéral de capacité en informatique soit un diplôme qui couronne une formation pratique et non pas un diplôme d'une haute école suisse. Titulaire d'un simple CFC en informatique, B.\_\_\_\_\_ ne peut ainsi pas se prévaloir de l'application de l'art. 21 al. 3 LEtr, car il n'est pas diplômé d'une haute école suisse. Comme mentionné ci-dessus, ses seules capacités linguistiques ne suffisent pas pour déroger à l'ordre de priorité.

**5.3.** Il reste à examiner si l'employeur, A.\_\_\_\_\_, a démontré à satisfaction de droit avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un informaticien indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne 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. Force est de constater à ce propos que la seule annonce du poste vacant à l'Office cantonal de l'emploi le 17 novembre 2009 pour un salaire mensuel brut entre Fr. 4'500.- et Fr. 5'500.-, soit inférieur aux

rémunérations admises dans la branche (cf. courrier de OCIRT du 17 mai 2010) et le recours à deux agences de placement (cf. courriers des 19 novembre 2009, 10 février et 25 février 2010, annexés au recours) ne sauraient être considérés comme suffisants. Il ne s'agit pas, en effet, de recherches actives, par exemple au moyen d'offres d'emploi largement publiées dans la presse, mais d'un simple résultat négatif obtenu après consultation de bases de données. Même si la recherche d'un informaticien idoine peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès de candidats potentiels, les difficultés qui en résulteraient ne sauraient à elles seules, conformément à la pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé à l'art. 21 al. 1 LEtr.

Il découle de ce qui précède que l'employeur n'a pas démontré avoir respecté l'ordre de priorité dans le recrutement au sens de l'art. 21 al. 1 LEtr. Pour ce motif, c'est à juste titre que l'ODM a refusé d'approuver l'exercice d'une activité lucrative par B.\_\_\_\_\_, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les autres conditions cumulatives mentionnées à l'art. 18 LEtr sont réalisées.

## **6.**

**6.1.** Par surabondance, le Tribunal constate également que le prénommé ne dispose pas non plus de qualifications personnelles suffisantes au sens de l'art. 23 LEtr. L'al. 1 de cette disposition énonce que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe être admis, que ce soit au bénéfice d'une autorisation de courte durée ou de séjour.

Selon l'art. 23 al. 3 LEtr, peuvent être admis, en dérogation aux al. 1 et 2 :

- a. les investisseurs et les chefs d'entreprise qui créeront ou qui maintiendront des emplois ;
- b. les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif ;
- c. les personnes possédant des connaissances ou capacités professionnelles particulières, si leur admission répond de manière avérée à un besoin ;
- d. les cadres transférés par des entreprises actives au plan international ;
- e. les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique

et dont l'activité est indispensable en Suisse.

L'ODM, au chiffre 4.3.4 de sa directive "*Séjour avec activité lucrative*" du 1<sup>er</sup> juillet 2010 (en ligne sur son site internet > Documentation > Bases légales > Directives et commentaires > Domaine des étrangers > Séjour avec activité lucrative, consulté en avril 2011), précise que les qualifications peuvent avoir été obtenues, selon la profession ou la spécialisation, à différents niveaux: diplôme universitaire ou d'une haute école spécialisée; formation professionnelle spéciale assortie de plusieurs années d'expérience; diplôme professionnel complété d'une formation supplémentaire; connaissances linguistiques exceptionnelles et indispensables dans des domaines spécifiques. L'existence des qualifications requises peut souvent, lors de l'examen sous l'angle du marché du travail, être déduite également de la fonction du travailleur étranger, par exemple lorsqu'il s'agit de personnes appelées à créer ou à diriger des entreprises importantes pour le marché du travail.

**6.2.** En l'espèce, B.\_\_\_\_\_ ne dispose d'une formation ni universitaire, ni obtenue auprès d'une haute école spécialisée. Après quatre ans de formation en Suisse, il a obtenu diverses certifications de cours Microsoft, qui sont de simples connaissances pratiques, et le 30 juin 2010, un CFC en informatique. Cela étant, il y a lieu de constater que B.\_\_\_\_\_ vient de terminer sa formation d'apprentissage et que la seule expérience professionnelle en qualité d'informaticien dont il bénéficie est celle acquise auprès de l'entreprise qui souhaite l'engager, par l'activité exercée durant son stage de formation de deux ans. Dans ces circonstances, le recourant ne saurait à l'évidence se prévaloir de capacités professionnelles à ce point exceptionnelles ou reposant sur une expérience telle qu'elles puissent compenser l'absence d'une formation supérieure. Quant aux connaissances de la langue arabe de l'intéressé, même si elles peuvent représenter un atout - en premier lieu pour l'entreprise - dans le cadre de certains contrats, elle ne sauraient à elles seules justifier que l'on s'écarte de la pratique restrictive en ce domaine. Il découle de ce qui précède que les qualifications personnelles du recourant, titulaire d'un simple CFC d'informaticien obtenu il y a moins d'une année (30 juin 2010) n'ont pas été établies à satisfaction de droit.

## **7.**

Sur la base des considérants exposés ci-dessus, il appert que c'est à juste titre que l'ODM a refusé d'approuver la décision préalable cantonale du 17 mai 2010 relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative. Aussi, par sa décision du 26 juillet 2010, l'office fédéral n'a ni violé le droit

fédéral, ni constaté des faits pertinents de manière inexacte ou incomplète ; en outre, cette décision n'est pas inopportune (art. 49 PA). En conséquence, le recours doit être rejeté.

Vu l'issue de la cause, il y a lieu de mettre les frais de procédure à la charge des recourants (cf. art. 63 al. 1 PA en relation avec les art. 1 à 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 800.-, sont mis à la charge des recourants. Ce montant est compensé par l'avance versée le 10 septembre 2010.

**3.**

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants, par l'intermédiaire de leur conseil (recommandé)
- à l'autorité de première instance, avec dossier ODM 6671502.9 en retour
- à l'Office de la population du canton de Genève, en copie pour information avec dossier cantonal en retour
- à l'Office de l'inspection et des relations de travail du canton de Genève, case postale 1255, 1211 Genève 26, en copie pour information.

Le président du collège :

La greffière :

Blaise Vuille

Marie-Claire Sauterel

Expédition :