RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/220/2020-PE **ATA/517/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 mai 2021

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par Me Pierre Ochsner, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 septembre 2020 (JTAPI/793/2020)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1982, est ressortissant libyen.

2) Par courrier du 15 avril 2013, les Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG) ont informé l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) qu'ils souhaitaient « accueillir » M. A_____, du 1er septembre 2013 au 31 août 2017, en qualité de « médecin assistant extraordinaire (non rémunéré) » au sein du service de chirurgie cardiovasculaire. Le précité bénéficierait d'une bourse d'un montant mensuel de CHF 4'000.- versée par le gouvernement libyen et s'engageait à retourner dans son pays à l'issue de cette formation. Son plan de formation consistait, du 1er avril 2013 au 31 décembre 2014, en l'apprentissage de la prise en charge des pathologies cardiaques adultes et, du 1er janvier 2015 au 31 août 2017, en l'apprentissage de la prise en charge des pathologies cardiaques pédiatriques.

3) M. A_____ est arrivé en Suisse le 1er septembre 2013, en compagnie de son épouse, et a bénéficié d'un permis de séjour pour « formation avec activité », dont la validité est arrivée à échéance le 31 août 2017.

4) À teneur de son curriculum vitae, M. A_____ est titulaire d'un diplôme de médecine de l'Université de Tripoli, d'un diplôme suisse de chirurgie obtenu en novembre 2017 et d'un diplôme fédéral suisse en médecine obtenu en novembre 2018. Après avoir travaillé, entre mars 2007 et janvier 2013, au sein du département de chirurgie cardiovasculaire d'un hôpital à Tripoli, il œuvrait depuis septembre 2013, en tant que médecin interne au service de chirurgie cardiovasculaire des HUG.

Étaient notamment en cours le concernant : une procédure de brevet pour un dispositif vasculaire, des activités de recherches, une publication ainsi qu'un doctorat en médecine. Il dispensait des cours de chirurgie vasculaire à des étudiants en médecine et à des infirmières. De langue maternelle arabe, il possédait un niveau C1 en français et B2 en anglais.

5) Par courrier du 4 juin 2015, les HUG ont informé l'OCPM que, suite au départ inopiné de l'un de leurs internes et au vu de la progression de l'apprentissage de M. A_____, ce dernier s'était vu confier un remplacement en qualité de médecin interne à 50 % du 1er mai au 31 octobre 2015, étant précisé qu'il retrouverait son statut de médecin assistant extraordinaire non rémunéré dès le 1er novembre 2015. Les HUG confirmaient également que le précité s'engageait à retourner dans son pays à la fin de la formation et qu'ils ne feraient aucun obstacle à son retour.

6) Par demande du 5 juillet 2017 accompagnée de plusieurs documents, M. A_____ a requis auprès de l'OCPM, la prolongation de la validité de son titre de séjour pour formation avec activité jusqu'au 31 août 2019, en vue d'obtenir le titre de spécialiste en chirurgie cardiovasculaire et de passer ses diplômes fédéraux de médecin et de FMH.

Sa formation actuelle n'était pas terminée pour des raisons indépendantes de sa volonté et il avait été admis à se présenter aux deux examens précités d'ici l'année suivante, étant précisé qu'il bénéficiait d'un logement convenable et des moyens de subsistance nécessaires grâce à son emploi aux HUG, même si aucune bourse ne lui était plus versée par le gouvernement libyen.

7) Par formulaire du 31 juillet 2017, les HUG ont sollicité auprès de l'OCPM la prise d'emploi de M. A_____, en qualité de médecin interne remplaçant, pour une durée indéterminée à hauteur de quarante heures hebdomadaires pour un salaire annuel brut de CHF 98'760.-.

8) Par courrier du 13 novembre 2017, le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), faisant suite à la transmission du dossier de M. A_____ par l'OCPM pour prolongation du titre de séjour pour formation, a informé les HUG qu'au vu notamment de la perte de la bourse d'études, il convenait de déposer une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur du précité auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), de sorte que sa demande de prolongation de titre de séjour pour formation était classée.

9) Le 8 décembre 2017, l'OCPM a autorisé la prise d'emploi de M. A_____ en faveur des HUG jusqu'à droit connu sur sa décision, cette autorisation étant en outre révocable en tout temps.

10) Par courriel du 12 décembre 2017, les HUG ont informé l'OCPM que le contrat de M. A_____ avait pris fin le 30 novembre 2017, faute de titre de séjour valable. Ils ne déposeraient pas de demande de renouvellement de permis pour formation, les conditions n'en étant plus remplies. M. A_____ n'ayant pas de perspectives dans son pays, au vu du contexte politique, il avait pris un conseil afin de défendre ses intérêts, indépendamment des HUG.

11) Par correspondance du 19 décembre 2017, l'OCPM a informé M. A_____ de son intention de refuser de préaviser favorablement auprès du SEM le renouvellement de son titre de séjour pour formation et de prononcer son renvoi de Suisse ainsi que celui de son épouse. Un délai lui a été imparti pour faire usage de son droit d'être entendu.

12) Faisant usage de ce droit, M. A_____ a indiqué, documents à l'appui, que la « Organisation B_____ » s'engageait à lui verser une bourse mensuelle de

CHF 2'500.- jusqu'à ce qu'il termine ses études et qu'il était inscrit au sein de la faculté de médecine de l'Université de Genève (ci-après : UNIGE) en qualité de doctorant, de sorte que son titre de séjour pour formation devait être renouvelé.

13) Par courrier du 6 avril 2018, M. A_____ a informé l'OCPM qu'il avait postulé à un poste de médecin ouvert au sein des HUG, dans le cadre d'une procédure normale avec annonce auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

14) Faisant suite à une demande de renseignements, M. A_____ a informé l'OCPM que sa postulation aux HUG n'avait pas abouti et a transmis à cet office, par pli du 31 mai 2018, plusieurs documents, notamment :

- un courrier des HUG du 15 mai 2018 indiquant que trois ans seraient encore nécessaires pour qu'il obtienne son titre de FMH et achève sa thèse de doctorat en médecine ;

- une attestation de la « Organisation B_____ » du 21 mai 2018 selon laquelle le montant de sa bourse mensuelle était désormais passé à CHF 3'500.-.

15) Le recourant s'est vu délivrer une autorisation de séjour pour doctorant avec activité, valable du 7 septembre 2017 au 6 septembre 2019, tout comme son épouse, au titre de regroupement familial.

16) Par requête du 27 août 2019, M. A_____ a sollicité auprès de l'OCPM la prolongation du titre de séjour précité jusqu'en septembre 2020. Afin de progresser dans son travail de thèse, qui nécessiterait encore un an, la poursuite d'une activité clinique au sein des HUG était nécessaire.

17) Par requête du 26 septembre 2019, les HUG ont sollicité auprès de l'OCPM la délivrance d'un permis de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A_____.

Ils souhaitaient engager le précité en qualité de médecin interne, à temps plein et pour une durée indéterminée, au sein du service de chirurgie cardiovasculaire, à compter du 1er novembre 2019, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 8'312.15.

Ce service devait disposer d'un effectif de huit médecins internes, afin de garantir une prise en charge des patients, y compris en urgence vingt-quatre heures sur vingt-quatre, pour les trois sous-spécialités (chirurgie cardiaque, vasculaire et cardiaque pédiatrique). Au 1er novembre 2019, le service serait « staffé » de deux internes avancés pour le domaine de la chirurgie cardiaque et de cinq internes débutants. Suite à un désistement, un poste restait à pourvoir et le service ne disposait pas d'un interne avancé en chirurgie vasculaire. Ainsi, afin de compléter l'effectif, un poste de médecin interne avait été mis au concours en août

2019, pour un profil disposant d'une expérience confirmée en chirurgie générale, cardiovasculaire et endo-vasculaire. Une annonce avait été publiée sur le site des HUG et relayée sur les sites de recrutement LinkedIn, Jobup, Jobeo et JoHdi. En parallèle, le médecin adjoint responsable de l'unité de chirurgie vasculaire avait eu des contacts réguliers avec le réseau romand de formation en chirurgie vasculaire, lequel n'avait pas pu identifier de candidat adapté. Il était ressorti de ces échanges que d'autres centres hospitaliers faisaient face à des difficultés de recrutement, en raison du manque de médecins formés dans ce domaine. En outre, l'OCE n'avait pas été en mesure de lui adresser de candidat.

Suite à la mise au concours de ce poste en août 2019, cinq des six candidatures reçues (aucun candidat de nationalité suisse, deux candidats européens et quatre candidats extra-communautaires) avaient dû être écartées, faute de remplir les critères et d'avoir l'expérience requise. Ainsi, ces cinq candidatures se composaient de : un médecin grec diplômé dans son pays en 2019 sans expérience en chirurgie et sans reconnaissance de diplôme dont l'objectif était à long terme de se former en neurochirurgie ; un médecin grec diplômé dans son pays en 2019 sans expérience en chirurgie et sans reconnaissance de diplôme dont l'objectif était de se former en orthopédie ; un médecin tunisien diplômé dans son pays en 2019 sans reconnaissance de diplôme dont le but était d'exercer dans le domaine général de la médecine de famille ; un médecin nigérien diplômé dans son pays en 2013 avec un titre de spécialité obtenu au Maroc et une expérience en chirurgie cardiaque et vasculaire mais sans reconnaissance de diplôme ni expérience professionnelle en Suisse. Partant, seule la candidature de M. A_____ avait été retenue. Ce dernier remplissait les critères du poste, dès lors qu'il avait obtenu le diplôme fédéral de médecin en 2018, réussi l'examen de base en chirurgie en 2017, s'était vu délivrer un droit de pratique cantonale le 18 octobre 2018 et était en train d'effectuer un doctorat en médecine à l'UNIGE. M. A_____ était la seule personne en Suisse capable de compléter l'effectif du service, compte tenu du temps nécessaire pour former un chirurgien vasculaire et de l'absence de candidats qualifiés.

Plusieurs documents étaient joints, notamment :

- une offre d'emploi des HUG (date de début de l'annonce : 27 août 2019 et date de fin : 10 septembre 2019) pour un poste de médecin interne à temps plein pour douze mois renouvelables avec une entrée en fonction dès que possible au sein du service de chirurgie cardiovasculaire, avec mention des prérequis ;

- un courrier de l'OCE aux HUG du 4 septembre 2019, selon lequel l'offre d'emploi précitée figurait dans sa base de données depuis le 29 août 2019. À ce jour, aucun dossier de candidat ne répondait toutefois aux critères d'exigences.

18) L'OCPM a informé M. A_____, par pli du 30 septembre 2019, qu'il transmettait son dossier au SEM en vue de l'approbation de la délivrance du titre requis.

19) Faisant suite à une requête de l'OCPM, les HUG ont transmis à cet office, par pli du 23 octobre 2019, copie du contrat de travail de M. A_____ prévoyant notamment une entrée en fonction le 1er novembre 2019 et un salaire annuel brut de CHF 108'058.-.

20) Par courriel du 1er novembre 2019, M. A_____ a confirmé à l'OCPM l'annulation de sa demande de prolongation de permis pour formation et a requis la poursuite de la procédure en lien avec son permis de travail.

21) Par complément du 27 novembre 2019 accompagné de documents, les HUG ont précisé à l'OCPM que la chirurgie vasculaire avait connu d'importants progrès ces dernières années, de sorte que la formation y relative nécessitait un investissement temporel et financier considérable, ce qui accroissait la demande pour cette spécialité en Europe. Lors des rencontres du réseau romand de chirurgie vasculaire, le médecin adjoint de l'unité de chirurgie vasculaire périphérique avait constaté que la difficulté de recruter des médecins internes suffisamment avancés dans leur formation pour prendre en charge des patients dans le domaine cardiovasculaire était récurrente dans tous les hôpitaux concernés. Lors d'une mise au concours d'un poste dans ce domaine en février 2018, aucune des huit candidatures n'avait pu être retenue, faute de remplir les conditions requises. M. A_____, qui possédait un niveau d'indépendance supérieur à celui d'un simple interne, conduisait actuellement trois projets de recherche en lien avec sa spécialité, portant respectivement sur l'« endo-fuite », les « flux dans la veine saphène inversée versus veine saphène dévalvulée » et sur un dispositif vasculaire, pour lequel une demande de brevet était en cours.

22) Par décision du 28 novembre 2019, l'OCIRT, auquel la demande des HUG avait été transmise pour raison de compétence, a refusé de délivrer à M. A_____ l'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative requise et a retourné son dossier à l'OCPM.

L'ordre de priorité n'avait pas été respecté et il n'avait pas été démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE/AELE n'avait pu être trouvé. De plus, le but du séjour tel qu'annoncé initialement était désormais pleinement atteint (plan de formation 2013-2017).

23) Par courriel du 6 décembre 2019, M. A_____, faisant suite à la décision négative rendue par l'OCIRT, a demandé à l'OCPM de réactiver sa demande de renouvellement de permis pour formation.

24) Par pli du 11 décembre 2019, l'OCPM a répondu positivement à cette requête, de sorte qu'il s'est vu délivrer, le 18 décembre 2019, une autorisation de séjour pour formation avec activité, valable jusqu'au 30 septembre 2020.

25) Par acte du 17 janvier 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) à l'encontre de la décision rendue le 28 novembre 2019 par l'OCIRT, concluant, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours et principalement, à l'annulation de cette décision, à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, sous suite de frais et dépens, subsidiairement, à ce qu'il soit autorisé à obtenir un titre de séjour provisoire durant six mois afin de trouver une activité lucrative.

L'ordre de priorité avait été respecté, dès lors que tous les efforts possibles avaient été déployés sans succès par les HUG pour repourvoir ce poste ultra spécialisé. Les chirurgiens cardiovasculaires étaient recherchés dans toute la Suisse et chaque hôpital manquait de spécialistes. Les HUG avaient produit une vue d'ensemble des candidats de 2018 et 2019, avaient posté plusieurs annonces dans différents portails de placement et avaient finalement mis au concours le poste par les canaux usuels, tout cela sans résultat. Tous les spécialistes de son niveau étaient connus au niveau mondial et les connections des HUG auraient pu leur permettre de savoir si un autre spécialiste était disposé à venir travailler à Genève. Une pénurie générale de chirurgiens cardiovasculaires était à déplorer au niveau mondial. Il y avait moins de cinquante spécialistes en chirurgie cardiovasculaire en Suisse et moins de quelques centaines en Europe, alors que la santé publique à Genève et en Suisse avait grandement besoin de personnes ayant la qualité et l'expérience de M. A_____.

Le fait que le but initial de son séjour en Suisse avait été atteint n'était pas pertinent, sa requête tendant à l'obtention d'un contrat de travail et non à la poursuite d'une formation complémentaire. Il remplissait également les conditions du cas de rigueur. Subsidiairement, il pouvait en tout état bénéficier d'une dérogation à l'ordre de priorité, dès lors que son activité revêtait un intérêt scientifique prépondérant. Il devait par conséquent se voir octroyer une autorisation de séjour provisoire.

26) Aucun acte d'enquête n'a été effectué par le TAPI qui, par jugement du 22 septembre 2020, a rejeté le recours.

Les conditions de l'art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) n'avaient pas été respectées, l'employeur, soit les HUG n'ayant pas pu démontrer avoir entrepris des recherches à une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE/AELE.

Par ailleurs, les HUG ne s'étaient pas pris suffisamment tôt dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. Le TAPI confirmait l'analyse de l'OCIRT en rappelant qu'il avait en la matière un large pouvoir d'appréciation. La démarche initiée par les HUG en août 2019 était insuffisante, se limitant à annoncer la vacance du poste à l'OCE le 29 août 2019, à publier l'offre d'emploi sur son propre site internet entre le 27 août et le 10 septembre 2019, alors que la requête en vue d'engager l'intéressé pour ce même poste avait été déposée le 26 septembre 2019 auprès de l'OCPM, le contrat devant commencer le 1er novembre 2019. Dès lors les HUG n'avaient pas pu démontrer avoir été dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, en particulier avoir entrepris toutes les recherches utiles et nécessaires susceptibles d'être attendues d'eux. Par ailleurs, le TAPI n'est pas entré en matière sur une éventuelle violation de l'art. 30 al. 1 let. b LEI, la décision litigieuse n'examinant pas la situation du candidat sous l'angle d'un cas de rigueur, l'OCIRT n'étant au surplus pas compétent pour délivrer des titres de séjour fondés sur ce motif.

27) Par acte déposé le 23 octobre 2020 auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A_____ a introduit un recours à l'encontre de ce jugement du TAPI. Il a conclu préalablement à la restitution de l'effet suspensif à son recours, principalement à l'annulation de la décision de l'OCIRT du 28 novembre 2019 et à l'annulation du jugement du TAPI du 22 septembre 2020, ainsi qu'à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative. Il avait exercé son activité de médecin spécialisé dans la chirurgie cardiovasculaire au sein des HUG depuis 2013. Il avait suivi de nombreuses spécialisations payées notamment par la Suisse et les HUG entre 2014 et 2019. Il était hautement apprécié par ses chefs, d'autres professeurs des HUG et ses collaborateurs, cent septante-et-une personnes ayant signé une pétition de soutien. Ayant eu des difficultés pour trouver des spécialistes au niveau mondial dans son domaine, les HUG avaient proposé en octobre 2019 un contrat de durée indéterminée à M. A_____ et avaient en parallèle demandé une autorisation de séjour pour lui le 26 septembre 2019. Il avait été impossible pour les HUG de trouver un seul candidat de nationalité suisse. Sur les six autres candidatures reçues, soit deux européens et quatre extra-communautaires, aucune n'atteignait le niveau d'expérience et de formation pratique de M. A_____.

Ces faits étaient rappelés dans une lettre des HUG à l'OCPM du 27 novembre 2019 après réunion de la commission tripartite du 19 novembre 2019. Par ailleurs, lors des rencontres du réseau romand de chirurgie vasculaire le Dr C_____, médecin-adjoint responsable de l'unité de chirurgie vasculaire périphérique avait constaté la difficulté de recruter des médecins internes suffisamment avancés dans leur formation pour prendre en charge de manière optimale des patients dans un service de chirurgie cardiovasculaire tels que celui des HUG et que cette difficulté était récurrente dans tous les autres hôpitaux

concernés. Par ailleurs, le même type de poste avait été mis au concours en février 2018 et aucun des huit candidats ayant postulé ne remplissait les conditions requises. Suite à la décision négative de l'OCIRT du 28 novembre 2019, les HUG avaient dû interrompre le contrat à durée indéterminée le concernant. Par la suite, M. A_____ avait signé un contrat le 31 août 2020 avec l'Hôpital du Valais en tant que médecin assistant au sein du service de chirurgie vasculaire, un permis de séjour avec activité lucrative étant en cours de validation au SEM à Berne. Les conditions actuelles en Lybie allaient à l'encontre d'un possible retour de M. A_____ dans son pays. Dès lors, il existait une pénurie générale au niveau mondial de chirurgiens cardiovasculaires, de sorte qu'il y avait moins de cinquante spécialistes dans cette matière en Suisse et moins de quelques centaines en Europe. Par ailleurs, l'art. 30 al. 1 let. b LEI avait été violé puisque M. A_____ vivait en Suisse depuis 2013, connaissait bien les règles de ce pays, n'avait jamais occupé défavorablement les services de police, que sa situation financière était stable, qu'il avait toujours travaillé et avait tissé un réseau de connaissances et d'amis en Suisse, qu'il était reconnu comme quelqu'un d'irréprochable, travailleur et honnête. Ayant vécu les six dernières années de sa vie en Suisse, il n'avait plus guère d'attaches avec la Lybie et ne pouvait envisager un retour à court ou moyen terme dans son pays, d'autant plus que sa femme résidait actuellement à Genève. Son cas était donc à considérer comme étant d'extrême gravité. À titre subsidiaire, il était possible de déroger à l'ordre de priorité de l'art. 21 LEI si l'activité lucrative d'un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse revêtait un intérêt scientifique académique prépondérant, ce qui était le cas pour M. A_____.

En novembre 2020, M. A_____ a obtenu son doctorat.

28) Par décision du 17 novembre 2020, la chambre de céans a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif au recours de M. A_____.

29) Par réponse du 20 novembre 2020, l'OCIRT a conclu au rejet du recours en se référant à ses observations au TAPI. La vacance de ce poste avait été uniquement annoncée à l'OCE durant moins d'un mois avant la signature du contrat. Vu les difficultés à trouver un tel profil spécialisé, ces recherches étaient insuffisantes et ne permettaient pas de respecter l'ordre de priorité de l'art. 21 LEI. Par ailleurs, la formation de M. A_____ avait été possible grâce à plusieurs bourses du gouvernement libyen avec la promesse que l'intéressé retournerait dans son pays pour mettre en pratique les connaissances acquises à l'étranger. La dérogation de l'art. 21 al. 3 LEI ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce car l'employeur avait déposé sa demande plus de six mois après l'obtention du dernier diplôme d'une haute école suisse, soit le diplôme fédéral en médecine obtenu en novembre 2018. Par ailleurs, M. A_____ ayant obtenu une autorisation de séjour de courte durée (permis L) pour travailler dans le centre hospitalier du Valais romand à Sion, l'on pouvait s'interroger sur son intérêt

actuel pour agir. L'OCIRT n'était pas compétent pour l'octroi du titre de séjour fondé sur un cas de rigueur.

30) a. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 18 mars 2021, M. A_____ a confirmé travailler actuellement en Valais. En 2013, il avait reçu une bourse de l'État libyen afin de venir se former à Genève, mais vu la situation politique en Libye, cette bourse ne lui était plus versée depuis 2016. Sa formation s'était terminée en novembre 2020 par un doctorat. Il devait par ailleurs encore obtenir son FMH. Il n'avait pas signé de document officiel s'engageant à rentrer en Libye à la fin de sa formation. Par ailleurs, les autorités libyennes lui avaient conseillé en 2016 de rester en Europe au vu de la situation dans son pays.

b. Entendue à la même audience, Madame D_____, responsable RH des HUG a confirmé la teneur de son courrier du 26 septembre 2019 à l'OCPM précisant qu'à cette époque, il y avait dans cette unité sept médecins internes et qu'il en fallait huit pour assurer le bon fonctionnent du service, notamment les gardes. Le poste avait été repourvu et il y avait des rotations de médecins internes tous les six mois. Sur un effectif de quinze médecins, il y avait toujours des arrivées et des départs. Par ailleurs, le profil de M. A_____ était toujours intéressant pour ce service. Concernant les sites sur lesquels le poste avait été mis au concours en septembre 2019, il s'agissait du standard que les HUG pratiquaient pour ce genre de poste. Par ailleurs, les médecins du réseau romand avaient été sollicités sans succès afin de trouver une candidature adéquate. Concernant les autres candidatures reçues par les HUG, toutes manquaient soit de l'expérience requise, soit de la reconnaissance de leur diplôme, et il n'y avait pas de candidat suisse. Cette pénurie avait déjà été constatée en 2018 pour un poste analogue. Par la suite les HUG avaient dû se résoudre à prendre des candidats avec moins d'expérience.

L'annonce concernant le poste avait été publiée sur le site des HUG et ensuite relayée sur des sites de recrutement, soit Linkedin, Job Up, Jobeo et JobHdi, cela se faisant automatiquement. Concernant les pièces adressées à l'OCIRT, elle avait envoyé celles qui lui paraissaient indispensables. Au niveau du délai, les HUG auraient dû anticiper en tous cas de six mois cette recherche d'emploi. Il s'agissait d'une spécialité très pointue. Il n'y avait pas assez de médecins formés en Suisse et en Europe dans cette matière. Elle ne pensait pas qu'il y aurait eu plus de candidatures pertinentes si elle avait laissé cette annonce sur les sites jusqu'à ce jour.

c. Le Dr C_____, responsable de l'unité de chirurgie vasculaire a déclaré avoir formé M. A_____ depuis son arrivée en 2013. Par la suite les HUG avaient voulu l'engager car son profil correspondait au poste, ils connaissaient ses qualités et il était digne de confiance. Par ailleurs, il n'y avait aucun suisse parmi les candidats qui s'étaient présentés, en tous cas pas des personnes qui auraient pu assumer tout de suite des opérations. Les autres candidats étaient soit plus jeunes,

soit plus avancés, mais ne correspondaient pas aux besoins du service. La spécialisation en question était récente car elle datait de 2015. Il s'agissait d'un spécialisation longue et difficile. Le nombre de personnes spécialisées dans ce domaine en Suisse était d'environ quinze personnes et ce titre n'était pas encore reconnu au niveau européen. Il y avait actuellement une rotation dans le service. Si M. A_____ devait obtenir un permis, il serait utile afin de stabiliser ledit service. Son poste n'avait été repourvu qu'en novembre 2020, les HUG ayant attendu plusieurs mois dans l'espoir de récupérer M. A_____.

31) Par une écriture du 23 mars 2021, l'OCIRT a contesté que les HUG aient prouvé avoir effectué des recherches suffisantes pour attribuer le poste à un candidat bénéficiant de la priorité, soutenant qu'on ne saurait accepter qu'un employeur puisse démontrer le respect de l'ordre de priorité en se basant sur son simple témoignage. Il était regrettable que les HUG aient investi autant de temps et d'argent pour former une personne qui ne bénéficiait pas de la priorité selon la loi. Cet aspect ne pouvait pas être pris en compte, car cela revenait à mettre les autorités devant le fait accompli. Par ailleurs, l'intimé avait pris sa décision sur la base du préavis d'une commission tripartite qui bénéficiait de l'expertise d'un expert santé chaque fois qu'un dossier en lien avec la médecine était examiné. Pour le surplus, à l'heure actuelle, il n'y avait plus de demande formelle des HUG pour employer M. A_____ car le poste avait été entre-temps repourvu.

32) Cette écriture a été transmise au recourant et 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) L'objet du litige consiste à déterminer si la décision de l'OCIRT du 28 novembre 2019, confirmée par le TAPI, était fondée.

Se pose en premier lieu la question de l'intérêt pour agir de M. A_____, intérêt contesté par la partie intimée du moment où le poste pour lequel la demande d'autorisation de séjour avait été déposée par les HUG le 26 septembre 2019 a été entre-temps repourvu.

3) Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, la chambre administrative ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61

al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 a contrario de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

4) a. Selon l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir non seulement les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), mais aussi toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

b. La jurisprudence a précisé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/253/2013 du 23 avril 2013 consid. 2b et les références citées). L'exemple le plus évident concerne la partie à la procédure qui a obtenu le plein de ses conclusions au stade antérieur de la procédure, et n'est dès lors pas lésée par la décision ou le jugement de première instance (ATA/68/2012 du 31 janvier 2012 consid. 2).

c. L'intérêt à obtenir un jugement favorable doit être personnel, direct, immédiat et actuel (MGC 1984 I 1604 ss ; 1985 III 4373 ss ; ATA/1059/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3a).

L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 133 II 249 consid. 1.3.1). L'existence d'un intérêt digne de protection présuppose que la situation de fait ou de droit du recourant puisse être influencée par l'annulation ou la modification de la décision attaquée, ce qu'il lui appartient d'établir (ATF 120 Ib 431 consid. 1).

5) En l'espèce, lors de la décision litigieuse, le contrat de travail entre les HUG et M. A_____ avait déjà été signé et avait commencé à prendre effet dès le 1er novembre 2019. Le recourant était engagé à plein temps au sein du service de chirurgie cardiovasculaire à compter de cette date. Suite à la décision négative de l'OCIRT, l'OCPM a délivré, le 18 décembre 2019 une autorisation de séjour pour formation avec activité valable jusqu'au 30 septembre 2020, ce qui a permis au recourant de terminer son doctorat. Par contre, le contrat avec les HUG a dû être résilié à défaut de permis. Lors des enquêtes, il est apparu que les HUG ont attendu une année afin de réengager quelqu'un d'autre, le poste étant finalement repourvu en novembre 2020. Il résulte également des enquêtes que le service en question tourne actuellement avec quinze médecins, avec une rotation de médecins internes tous les six mois. Les HUG ont par ailleurs réitéré leur intérêt à engager M. A_____ s'il devait obtenir son permis. Malgré le fait que M. A_____ soit actuellement engagé par un hôpital valaisan jusqu'à fin juin 2021, les HUG ont confirmé le soutenir et être prêts à le réengager dès que possible. Dès

lors, il faut admettre que le recourant a un intérêt pour agir, un poste au sein du service de chirurgie cardiovasculaire pouvant se libérer rapidement.

6) a. Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la LEI, et 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).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit, étant précisé que la plupart des dispositions de la LEI sont demeurées identiques (ATA/53/2020 du 21 janvier 2020 consid. 3).

En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour datant du 26 septembre 2019, c'est la LEI dans sa nouvelle teneur qui s'applique.

b. 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 (art. 11 al. 1 LEI). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEI).

Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou du statut de travailleur salarié vers un statut de travailleur indépendant, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative (art. 40 al. 2 LEI et art. 83 OASA).

c. Dans le canton de Genève, le département de la sécurité, de la population et de la santé (ci-après : le département) est l'autorité compétente en matière de police des étrangers, compétence qu'il peut déléguer à l'OCPM (art. 1 al. 1 et art. 2 LaLEtr) sous réserve des compétences dévolues à l'OCIRT en matière de marchés de l'emploi. La compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'OCIRT (art. 17A de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 et 35A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01).

La décision préalable rendue par l'OCIRT lie l'OCPM, qui peut néanmoins refuser l'autorisation si des considérations autres que celles qui ont trait à la situation de l'économie ou du marché du travail l'exigent (art. 6 al. 6 du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 9 mars 2009 - RaLEtr - F 2 10.01).

7) 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 cumulatives suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4b ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015 consid. 4b).

Cet article étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3b ; ATA/401/2016 du 10 mai 2016 ; ATA/86/2014 du 12 février 2014).

c. La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail. 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 (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consi. 5.1 ; ATA/1018/2017 précité consid. 4c ; ATA/24/2015 précité ; Marc SPESCHA/ Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2ème éd., 2015, p. 173 et ss ; art. 23 al. 3 LEI ; ATA/1018/2017 précité consid. 4c).

8) 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 des 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 ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 5a ; ATA/494/2017 précité). 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 (arrêts du Tribunal administratif

fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; 2011/1 consid. 6.3 ; ATA/1018/2017 précité consid. 5a et les arrêts cités).

L'employeur doit donc, avant le dépôt d'une demande en faveur d'un ressortissant qui n'est pas suisse ou issu du territoire de l'UE/AELE, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonce dans les quotidiens, la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences de placement privées - afin de trouver un travailleur disponible. La pratique est stricte en la matière et les efforts prétendus doivent être crédibles. L'employeur doit apporter la preuve qu'il n'a pas trouvé en Suisse de travailleur bénéficiant de la priorité du recrutement en présentant des offres d'emploi et des mises au concours dans le système suisse d'information sur les demandes d'emploi. Étant donné qu'il est difficile de prouver l'impossibilité de recruter des ressortissants de l'espace UE/AELE, il suffit que l'employeur la rende vraisemblable (Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2, p. 169 ss).

En l'espèce, il ressort des enquêtes que les HUG ont procédé selon leur méthode habituelle au recrutement d'un médecin pour l'unité de chirurgie vasculaire. Les annonces d'usage ont été publiées sur les sites LinkedIn, Jobup, Jobeo et JoHdi. Par ailleurs, les HUG ont cherché des candidats par l'intermédiaire du réseau romand des médecins, sans succès. Les enquêtes et les pièces produites prouvent que les HUG n'ont pas reçu de candidatures correspondant au profil recherché, ce qui avait déjà été le cas pour un poste analogue en 2018. Par ailleurs, le poste pour lequel la demande de permis en faveur de M. A_____ a été formulée n'a été repourvu qu'en novembre 2020. Dès lors, contrairement à ce qui a été retenu par la TAPI, l'employeur a effectué dans le cas d'espèce les démarches nécessaires pour trouver un travailleur suisse ou d'un pays européen et ceci sans succès.

9) Pour ce qui est des qualifications personnelles, l'art. 23 LEI prévoit que seuls les cadres, les spécialistes ou les autres travailleurs qualifiés peuvent en principe être admis au bénéfice d'une autorisation de courte durée ou de séjour (al. 1) et qu'en cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social (al. 2).

Peuvent être admis en dérogation aux al. 1 et 2 de l'art. 23 LEI notamment les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières si leur admission répond de manière avérée à un besoin (art. 23 al. 3 let. c LEI). On retrouve ici le lien entre les qualifications et l'existence d'une demande sur le marché du travail. On peut penser que la règle de l'art. 23 al. 1 LEI envisage plutôt les étrangers au bénéfice d'une formation sanctionnée par un diplôme alors que la dérogation de l'al. 3 let. c peut être invoquée par des

personnes au bénéfice d'une expérience professionnelle particulière. Selon le message du Conseil fédéral, l'al. 3 let. c peut s'appliquer à des personnes très qualifiées dont l'admission doit permettre un transfert de technologie ou de savoir-faire (Minh SON NGUYEN/Cesla AMARELLE, op. cit., p. 194).

En l'espèce, il résulte également des enquêtes que le recourant a acquis pendant ses années de formation aux HUG une expérience dans un domaine très pointu et qu'il est apte à travailler dans une discipline hautement spécialisée, notamment avec des machines pour lesquelles une formation particulière est demandée. Les enquêtes ont également démontré qu'il existe une pénurie de personnel qualifié dans cette branche et que l'expérience professionnelle acquise par M. A_____ doit être considérée comme particulière au sens de l'art. 23 LEI.

Dès lors, il résulte que l'OCIRT a mésusé de son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative, telle que requise en faveur du recourant.

Vu l'ensemble de ces motifs, le recours doit être admis et le jugement du TAPI annulé. Le dossier sera renvoyé à l'OCIRT pour qu'il donne une suite favorable à la requête du recourant.

10) Vu l'issue du recours, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant qui obtient gain de cause.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 octobre 2020 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 septembre 2020 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 22 septembre 2020 ;

annule la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 28 novembre 2019 ;

renvoie le dossier à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail pour nouvelle décision dans le sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'État de Genève ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Pierre Ochsner, avocat du recourant, 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 Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Lauber et Tombesi, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
F. Cichocki	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours :
a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;
…

Art. 83 Exceptions
Le recours est irrecevable contre :
…
c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
   1. l'entrée en Suisse,
   2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
   3. l'admission provisoire,
   4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
   5. les dérogations aux conditions d'admission,
   6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;
d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
   1. par le Tribunal administratif fédéral,
   2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;
…

Art. 89 Qualité pour recourir
[1] A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
…

Art. 95 Droit suisse
Le recours peut être formé pour violation :
a. du droit fédéral ;
b. du droit international ;
c. de droits constitutionnels cantonaux ;
d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe
Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir
A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :
a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours
Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision
[1] Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

[1] Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.
[2] Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.
[3] Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.