

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2794/2012-PE

ATA/996/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 décembre 2014

2^{ème} section

dans la cause

M. A_____

représenté par Me Malek Adjadj, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
9 avril 2013 (JTAPI/406/2013)**

EN FAIT

1) M. A_____, architecte de profession, exploite la raison individuelle « B_____ » depuis le 23 juillet 2012. Le but de cette activité est de délivrer un « service complet dans le domaine du design, de l'architecture et de la conception à la réalisation ».

2) Mme C_____, ressortissante canadienne, est née le _____ 1982 à Montréal. Elle est titulaire d'un diplôme d'étude collégiales en art, lettres et communication (Montréal, 1999-2001), d'un baccalauréat en administrations des affaires (Montréal, 2001-2004), d'un second baccalauréat en sciences architecture (Montréal, 2004-2007) et enfin d'une maîtrise en sciences architecture (Lausanne, EPFL, 2008-2011).

Son expérience professionnelle dans le domaine de l'architecture s'étend en 2007-2008 à Montréal en tant que stagiaire, puis en 2012 en qualité d'architecte auprès d'un bureau d'architecture à Vevey.

Elle s'est vue décerner plusieurs prix, en particulier la mention « Best of EPFL » en 2009-2010.

Enfin, elle a obtenu en mars 2009 une accréditation en tant que « professionnelle agréée LEED [ou Leadership in Energy Efficient Design]».

3) En décembre 2011, Mme C_____ a sollicité et obtenu une autorisation de séjour de courte durée (permis « L ») de la part des autorités vaudoises et fédérales pour son stage de quelques mois dans un bureau d'architecte à Vevey.

4) Le 20 juillet 2012, M. A_____ a engagé Mme C_____ en qualité d' « architecte EPF » dès l'obtention du permis de séjour avec activité lucrative. Son salaire mensuel brut, payé douze fois l'an, était fixé à CHF 4'750.-.

5) Parallèlement, il a sollicité le même jour de l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) l'autorisation de longue durée dudit séjour. Dans la lettre de motivation jointe à cette demande, il indiquait qu'« étant totalement débordé actuellement, [il ne pouvait se] lancer dans la recherche d'un employé dans lequel [il aurait] entièrement confiance, au-delà du cercle restreint de [s]es connaissances ».

6) Le 15 août 2012, ladite demande a été rejetée par l'office cantonal de l'inspection des relations du travail (ci-après : l'OCIRT ou l'autorité intimée). L'ordre de priorité n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou un ressortissant d'un pays de l'Union

européenne (ci-après : UE) ou de l'association économique de libre échange (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé.

7) Par acte du 14 septembre 2012 remis à la poste suisse le jour même, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation sollicitée.

8) Après avoir provoqué la détermination de l'autorité intimée - qui a produit une liste de soixante-sept demandeurs d'emploi dans le domaine concerné - le TAPI a rejeté le recours par jugement du 9 avril 2013, notifié le 12 suivant.

Les premiers juges ont d'abord nié la réalisation des conditions de l'art. 21 al. 3 de la loi sur les étrangers du 16 septembre 2005 (LEtr - RS 142.20), au motif que le délai de six mois était échu (consid. 8 à 13) et que Mme C_____ n'était pas une spécialiste qualifiée dans un domaine rare où elle pourrait mettre en pratique un haut niveau de connaissances, à l'instar des centaines d'autres personnes également diplômées de l'EPFL. Le secteur concerné ne souffrait par ailleurs pas d'une pénurie de main-d'œuvre (consid. 14). Il en découlait que le principe de priorité devait être respecté. Or, tel n'était pas le cas : le recourant n'avait procédé à aucune annonce dans la presse locale, nationale ou internationale, ni dans la presse spécialisée, ni sur internet. Sa démarche confinait à un motif de pure convenance personnelle. Si son souhait de pouvoir travailler avec l'intéressée, dont il avait pu apprécier les compétences par le passé, était légitime, cela ne pouvait le dispenser, en tant qu'employeur, de suivre la procédure légale qui lui incombait. Le principe de priorité n'avait pas été respecté. Subséquemment, le recours a été rejeté (consid. 15 à 17).

9) Par acte du 13 mai 2013 posté le même jour et adressé à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A_____ a recouru contre le jugement précité, reprenant, sous suite de frais de dépens, ses conclusions de première instance.

10) Le TAPI a renoncé à se déterminer le 15 mai 2013.

11) Dans ses observations du 12 juin 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement de première instance. Le salaire proposé à Mme C_____ semblait objectivement trop bas pour une personne devant remplir des fonctions d'architecte, de comptable et d'administratrice en l'absence du recourant.

12) M. A_____ a brièvement répliqué le 28 juin 2013.

13) À la suite de ces échanges, le 3 juillet 2013, 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 ; 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La chambre administrative applique le droit d'office. Elle ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, sans toutefois être liée par les motifs invoqués (art. 69 LPA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p. 300 ss). Le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 LPA). La chambre administrative n'a toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA) et non réalisée en l'espèce.
3. L'examen du présent litige suppose d'établir les principes applicables au regard du droit de fond ordinaire (art. 18 et 21 al. 1 LEtr consid. 4 ci-après), des particularités liées aux engagements internationaux de la Suisse envers le Canada (art. 100 LEtr consid. 5 ci-après), et enfin des exceptions pouvant potentiellement trouver à s'appliquer (art. 21 al. 3 LEtr consid. 6 ci-après).
4.
 - a. Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue d'exercer 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). La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle vise en premier lieu le domaine du marché du travail (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 p. 3469 ss, spéc. p. 3485 ss et 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. 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 (ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.1 et les réf. citées).
 - b. L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.2).
 - c. En vertu de l'art. 21 al. 1 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en

Suisse ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé. Sont considérés comme travailleurs en Suisse les ressortissants de ce pays, les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement ainsi que les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour qui ont le droit d'exercer une activité lucrative (al. 2). Il peut être dérogé à l'al. 1^{er} - selon lequel ont la priorité dans le recrutement les ressortissants suisses ou d'un État 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 (al. 3).

d. Il ressort de l'art. 21 al. 1 LEtr que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. L'employeur doit apporter la preuve qu'il n'a pas trouvé en Suisse de travailleur bénéficiant de la priorité de recrutement en présentant des offres d'emplois et des mises au concours vaines dans le système suisse d'information sur les demandeurs d'emploi (PLASTA). Étant donné qu'il est difficile de prouver l'impossibilité de recruter des ressortissants de l'espace UE et AELE, il suffit que l'employeur la rende vraisemblable (Message précité, FF 2002 3537 s. ; TAF C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 à 7.3 et les réf. citées ; Nicolas BUENO, L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse, Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, in : RDAF 2010 I 113 ss, spéc. p. 148 ; Marc SPESCHA, n. 4 ad art. 21 LEtr, in Spescha et alii [édit.], Migrationsrecht, 2^{ème} éd., Zurich 2009). Il s'ensuit que le principe de l'ordre de priorité s'applique à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail.

e. Conformément aux directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) en la matière (www.bfm.admin.ch > Documentation > Bases légales > Directives et circulaires > Séjour avec activité lucrative, chiffre 4.3.2.1, consulté le 9 décembre 2014), une des démarches de l'employeur en cette matière doit être d'annoncer le poste vacant le plus tôt possible aux offices régionaux de placement (ég. dans ce sens: Ott, n. 6 ad art. 21, in Martina CARONI et alii [édit.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Berne 2010 ; Spescha, op. cit., n. 4 ad art. 21 LEtr).

5. Reposant sur la délégation prévue à l'art. 100 LEtr, le protocole d'entente (Memorandum of Understanding) conclu avec le Canada en date du 26 mars 2003 et entré en vigueur au 1^{er} mai 2003 (FF 2003 4796 ; ci-après : le protocole) porte, d'une part, sur la réduction du délai d'octroi de l'autorisation d'établissement pour les ressortissants canadiens en Suisse. D'autre part, il valide, par la voie d'une réglementation bilatérale, le maintien de l'accès au marché du travail suisse à certaines catégories de professions spécifiques (Steve FAVEZ, Les étudiants dans la loi sur les étrangers, RDAF 2009 I 209 ss, p. 238).

Aux termes de ce protocole, les cantons sont priés de faciliter l'octroi d'autorisations de courte durée ou de séjour à l'année aux ressortissants canadiens, notamment les diplômés universitaires sans expérience professionnelle, au sens d'une interprétation souple du critère de travailleur qualifié visé à l'art. 23 LETr (directives de l'ODM, ch. 4.8.7).

Le protocole n'a toutefois pas pour effet de créer des obligations juridiques et ne modifie ni ne remplace les lois ou règlements en vigueur en Suisse ou au Canada. Il ne crée aucun droit exécutoire à l'égard de particuliers et n'impose aucune obligation ni restriction aux autorités législatives ou judiciaires des deux gouvernements (chapitre C du protocole). Il n'en constitue toutefois pas moins un élément devant être pris en considération dans l'exercice du pouvoir d'appréciation conféré à l'administration (consid. 4b supra), ainsi qu'en témoignent le fait que les directives de l'ODM traitent expressément de ce sujet.

6. En dérogation à l'art. 21 al. 1 LETr, 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 (art. 21 al. 3 LETr).

Selon les directives de l'ODM, cette réglementation permet, notamment, aux entreprises suisses et aux milieux académiques suisses de recruter des spécialistes qui ont terminé avec succès leurs études en Suisse et qui sont bien ou hautement qualifiés. Entrent en ligne de compte les titulaires d'un diplôme d'une haute école suisse dans les domaines où ils peuvent mettre en pratique à un haut niveau les connaissances qu'ils ont acquises et où il n'existe effectivement pas d'offre de main-d'œuvre suffisante. Il s'agit, en règle générale, d'activités dans les domaines de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou encore pour mettre en application le savoir-faire acquis dans des domaines d'activités qui revêtent un intérêt économique prépondérant (ch. 4.4.7 ; ATA/165/2014 du 18 mars 2014 consid. 6 et 7).

7. Le requérant considère que le délai de six mois est respecté, dès lors que Mme C_____ avait déjà sollicité, avec succès, en date du 29 novembre 2011 une telle autorisation auprès des autorités vaudoises. Il fait ensuite grand cas de la certification « LEED » dont est titulaire celle-ci, qui constituerait un intérêt scientifique et économique prépondérant pour la Suisse, et cite le protocole.

En l'espèce, indépendamment de la question de savoir si le délai de six mois est respecté - qui souffre de demeurer ouverte - Mme C_____, architecte diplômée à l'EPFL, ne se trouve pas dans une situation rare au point de justifier l'application de l'art. 21 al. 3 LETr. D'abord, force est de constater que, sans remettre en cause la qualité du curriculum vitae de Mme C_____, celle-ci ne présente aucune particularité justifiant le recours à des connaissances hautement qualifiées, au sens où l'entendent les directives comme la loi ; de même, il n'est aucunement démontré, ni même allégué d'ailleurs, que le secteur concerné

présenterait un besoin de main-d'œuvre particulier. Certes, le label « LEED » semble se développer en Suisse. Les exemples cités par le recourant sont toutefois autant de démonstrations des possibilités du marché suisse du travail, tel que défini par la LEtr, à cet égard. Ensuite, le salaire proposé à celle-ci, qui se situe à la limite du minimum garanti par la convention collective applicable, ne milite guère en faveur d'un tel profil, ce que ni les exigences linguistiques ou encore transversales ne viennent étayer. Pour le surplus, on peut renvoyer à ce sujet aux considérants convaincants des juges précédents (consid. 14).

Mal fondé, le grief de violation de l'art. 21 al. 3 LEtr doit être rejeté.

8. Il suit de là que c'est à l'aune du régime ordinaire qu'il y a lieu d'appréhender la présente espèce.

En l'occurrence, il faut d'emblée constater que le recourant n'a pas respecté les exigences liées au principe de priorité. Il n'a même pas annoncé le poste vacant à l'office régional de placement, contrairement aux directives claires en la matière. À cet égard, quand bien même la recherche d'un jeune architecte peut bien sûr nécessiter diverses démarches auprès de candidats potentiels, les difficultés qui en résulteraient ne sauraient à elles seules justifier une exception au principe de la priorité dans le recrutement énoncé par l'art. 21 al. 1 LEtr, conformément à la pratique constante des autorités en ce domaine (notamment arrêt du TAF C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3 et les réf. citées). Si le contenu du protocole est pertinent à certains égards, force est de constater que sa portée est limitée aux séjours de courte durée ou à l'année, et non pour un séjour de longue durée, comme demandé à travers la présente procédure, et la formation de Mme C_____ ne répond pas aux critères posés en la matière, comme déjà relevé ci-dessus au consid. 7. Pour le surplus, on peut là encore renvoyer aux considérants convaincants des juges précédents (consid. 15 ss).

Au vu de ce qui précède, le recourant n'a pas apporté la preuve lui incombant en rendant vraisemblable qu'il a fourni des efforts de recrutement suffisants et que ceux-ci ne lui ont pas permis de trouver un employé en respectant l'ordre de priorité de l'art. 21 LEtr, cela même en intégrant dans l'appréciation du litige l'assouplissement voulu par le protocole. Mal fondé, le grief ne peut donc qu'être rejeté.

9. Le recours doit donc être rejeté. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 mai 2013 par M. A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 avril 2013 ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'un émolument de CHF 1'500.- est mis à la charge du recourant ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt, incident, peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 Malek Adjadj, avocat du recourant, à l'office cantonal de l'inspection des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Verniory, président, M. Dumartheray, juge et M. Jordan, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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 :

- contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 - l'entrée en Suisse,
 - une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 - l'admission provisoire,
 - l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 - les dérogations aux conditions d'admission,
 - 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 ;
 - les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 - par le Tribunal administratif fédéral,
 - 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- du droit fédéral ;
- du droit international ;
- de droits constitutionnels cantonaux ;
- de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- 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.