

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/285/2018-PE

ATA/1421/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 septembre 2019

2^{ème} section

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me David Bitton, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
16 juillet 2018 (JTAPI/686/2018)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____, née le _____ 1986, est ressortissante de Malaisie.

Elle réside en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2016 au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée avec activité lucrative auprès de l'Université de Lausanne, laquelle est arrivée à échéance le 29 décembre 2016.

- 2) Le 1^{er} décembre 2016, B_____ SA, inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 13 juin 2014, a publié une annonce sur le site internet de l'Institut suisse de bioinformatique (ci-après : SIB) en vue de repourvoir un poste de bioinformaticien à plein temps avec de bonnes connaissances des « NGS data analysis ». Aucune exigence linguistique particulière n'était mentionnée dans les qualifications utiles au poste.

- 3) Le 9 janvier 2017, B_____ SA a déposé une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Mme A_____.

- 4) Le 11 janvier 2017, B_____ SA et Mme A_____ ont signé un contrat de travail prenant effet au 19 janvier 2017. Cette dernière était engagée en qualité de bioinformaticienne pour un salaire annuel brut de CHF 100'000.-.

- 5) Le 30 avril 2017, B_____ SA a déposé le formulaire M de demande d'autorisation de séjour pour ressortissant étranger afin d'engager Mme A_____.

- 6) Par jugement du 4 mai 2017, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de B_____ SA, qui a été dissoute. Ses actifs ont été repris par deux sociétés : B_____ C_____ Sàrl (ci-après : B_____ C_____) et B_____ D_____ Sàrl. Monsieur E_____ est le gérant de ces deux sociétés et l'administrateur de B_____ SA, en liquidation.

- 7) B_____ C_____ est inscrite au registre du commerce de Genève avec pour but : « En Suisse et à l'étranger, à l'exclusion des prestations prohibées par la LFAIE, activités dans le domaine des sciences de la vie et de la biotechnologie, réaliser et financer directement les actions de recherche et de développement dans les domaines des sciences de la vie et de la biotechnologie, recherche, développement, fabrication et vente d'ingrédients actifs participant à l'entretien et à la restauration des métabolismes et des fonctions clés de l'organisme humain ou animal, prestations de services et conseils aux laboratoires de recherche et d'analyse dans le domaine des sciences de la vie, commerce de produits médicaux, importation, exportation, commerce de gros et de détail de matériel biologique et technique, gestion des licences et leurs travaux de recherche et de développement, participation à d'autres entreprises, acquisition, gestion et vente de biens immobiliers, conception, développement, production, commercialisation de

produits et systèmes destinés aux analyses médicales, biologiques et biochimiques ».

- 8) Par décision du 5 juillet 2017, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé de donner une suite favorable à la demande déposée par B_____ SA, aux motifs que l'admission de Mme A_____ ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté. Elle n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE/AELE n'avait pu être trouvé. Enfin, l'employeur n'était pas en règle avec l'administration fiscale (ci-après : AFC).
- 9) Le 1^{er} octobre 2017, B_____ C_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de Mme A_____, en qualité de bioinformaticienne, avec un salaire annuel de CHF 100'000.-.
- 10) Par courrier du 30 octobre 2017, l'OCIRT a sollicité des informations et pièces complémentaires, dont les comptes 2016 de la société, les preuves de l'annonce du poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et des recherches effectuées sur le marché de l'emploi suisse et européen. B_____ C_____ n'ayant pas répondu, l'OCIRT lui a octroyé un nouveau délai.
- 11) Par courrier du 1^{er} novembre 2017, B_____ C_____ a affirmé qu'elle était dans l'obligation d'engager Mme A_____, qui parlait français, anglais, malaisien et chinois. Une « demande d'emploi vacant » avait été effectuée sans succès. Mme A_____ avait travaillé pendant son Master au F_____ et était très qualifiée pour le poste de bioinformaticienne en question.
- 12) Par décision du 21 décembre 2017, l'OCIRT a refusé la demande de B_____ C_____, considérant que l'admission de Mme A_____ en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse (art. 18 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 - LEtr - RS 142.20, devenue depuis lors la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI - RS 142.20) et que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté (art. 21 LEI). L'employeur n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE/AELE n'avait pu être trouvé. Par ailleurs, les conditions de travail n'étaient pas respectées conformément à l'art. 22 LEI.
- 13) Par acte du 22 janvier 2018, Mme A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant principalement à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour à l'année en sa faveur.

S'agissant des intérêts économiques de la Suisse, elle disposait de compétences spécifiques dans le domaine de l'informatique. En 2016, elle avait notamment travaillé en tant que première assistante, à 80 % puis à 90 % au sein du département d'écologie et évolution de la Faculté de biologie et de médecine de l'Université de Lausanne. En cette qualité, elle avait assumé des tâches très spécifiques, à l'entière satisfaction de son employeur comme indiqué dans son certificat de travail. Ses compétences professionnelles s'étaient révélées être sans commune mesure avec tout autre dossier présenté pour le poste litigieux. Elle devait donc être considérée comme un atout économique précieux pour la Suisse. Concernant l'ordre de priorité, B_____ C_____ avait effectué des recherches de candidats utiles pour le poste de bioinformaticien, mais en vain, avec le constat que les meilleures compétences constatées sur dossier se révélaient totalement inexistantes lorsque celles-ci devaient être mises en pratique.

Elle a produit un chargé de vingt pièces, dont des copies d'échanges de courriels entre B_____ SA et cinq candidats potentiels pour le poste en question, datant de décembre 2016.

- 14) À la suite d'une demande du TAPI, B_____ C_____ a, par courrier du 20 février 2018, confirmé qu'elle était toujours disposée à engager Mme A_____.
- 15) Dans ses observations, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Le fait que Mme A_____ résidait sur le territoire suisse depuis le 1^{er} janvier 2016 au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée avec activité lucrative ne lui conférait aucun droit à l'octroi d'une nouvelle unité du contingent.

B_____ C_____ n'avait pas collaboré efficacement afin de démontrer l'intérêt économique de sa demande ni fourni toutes les pièces nécessaires à cet examen. En outre, tout comme B_____ SA auparavant, B_____ C_____ souffrait d'une réserve de l'AFC en lien avec l'impôt à la source. Or, une société qui n'était pas capable de s'acquitter de ses obligations fiscales ne présentait pas d'intérêt économique pour le canton de Genève. La commission tripartite pour l'économie comptait en son sein un représentant de l'AFC et n'accordait jamais de permis à une entreprise qui ne pouvait remplir ses obligations fiscales. Le principe de la priorité dans le recrutement n'avait pas été respecté, dans la mesure où les recherches entreprises par B_____ C_____ étaient clairement insuffisantes et où elle n'avait ainsi pas apporté la preuve qu'elle avait fourni tous les efforts possibles pour trouver un travailleur correspondant au profil requis en Suisse ou au sein de l'UE/AELE.

Les conditions requises à la délivrance d'une autorisation en vue d'exercer une activité lucrative n'étaient ainsi pas réunies en l'espèce.

- 16) Mme A_____ a répliqué, persistant intégralement dans ses conclusions.

Concernant l'intérêt économique de la Suisse, elle disposait de compétences spécifiques dans le domaine de la bioinformatique, avait travaillé au sein de la Faculté de biologie et de médecine de l'Université de Lausanne à la pleine satisfaction de son employeur et elle pourrait travailler au sein de B_____ C_____, entreprise très active dans le secteur de la biotechnologie, secteur dans lequel la Suisse occupait une place de leader sur le marché mondial. Il était donc inconcevable de rejeter, de surcroît sans motivation, l'autorisation demandée. S'agissant du respect de l'ordre de priorité, B_____ C_____ avait effectué de nombreuses recherches de candidats, qui avaient été démontrées par pièces et aucun autre dossier n'avait égalé les compétences de Mme A_____.

Enfin, l'OCIRT mentionnait de manière erronée que B_____ C_____ ne serait pas en règle avec l'AFC et que les actifs de B_____ SA, en liquidation lui auraient été transférés. En réalité, seuls deux de ses employés étaient imposés à la source et aucun problème fiscal de l'employeur ne pouvait justifier un refus de lui délivrer l'autorisation sollicitée.

- 17) Dans sa duplique, l'OCIRT a fait valoir que Mme A_____ n'avait pas réussi à prouver l'intérêt économique de sa demande. Concernant la réserve de l'AFC, si l'employeur souhaitait prouver sa bonne foi, il lui suffisait de la contacter afin d'obtenir une attestation confirmant que la société était en règle, ce qui n'avait pas été fait.

- 18) Par jugement du 16 juillet 2018, le TAPI a rejeté le recours.

L'ordre de priorité n'avait pas été respecté : il n'avait pas été prouvé qu'aucun travailleur correspondant au profil recherché n'avait pu être trouvé sur le marché suisse ou européen, avant le choix opéré sur l'intéressée. Afin de pourvoir le poste en cause, B_____ C_____ n'avait entrepris aucune recherche concrète sur le marché du travail suisse ou de l'UE/AELE, ni n'avait publié d'annonce dans la presse et sur Internet, ni ne s'était adressée à des agences de placement, ni n'avait annoncé la vacance du poste à l'OCE. Il n'était pas démontré qu'elle s'était trouvée dans l'impossibilité de trouver une autre personne capable d'exercer cette activité et que Mme A_____ présenterait des qualifications et une expérience professionnelle si particulières qu'il aurait été impossible de recruter un autre employé doté de capacités équivalentes sur le marché local ou européen, quitte à ce qu'il bénéficie d'un complément de formation afin d'acquérir d'éventuelles compétences très spécifiques susceptibles de lui manquer. Pour le surplus, l'employeur ne saurait se prévaloir des « recherches » effectuées en 2016 par B_____ SA, en liquidation, dans la mesure où elles avaient été réalisées dans le cadre d'une autre procédure et avaient abouti à une décision de refus, entrée en force, pour une société distincte. Ces « recherches » - publication d'une offre sur le site internet de SIB et envoi de courriels à cinq bioinformaticiens en décembre

2016 - étaient insuffisantes et n'auraient pas permis de retenir que B_____ SA s'était acquittée des obligations légales et étaient en outre obsolètes au moment où B_____ C_____ avait décidé d'engager l'intéressée. La question de savoir si l'admission de l'intéressée servirait les intérêts économiques du pays pouvait demeurer indécise, l'une des conditions cumulatives posées par l'art. 18 LEI n'étant pas réalisée.

L'OCIRT avait ainsi refusé d'approuver l'exercice d'une activité lucrative par Mme A_____ sans avoir outrepassé son pouvoir d'appréciation ni violé la loi.

- 19) Par acte mis à la poste le 14 septembre 2018, Mme A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant principalement à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour à l'année en sa faveur et à ce que l'OCIRT soit condamné aux frais et dépens de la procédure et, subsidiairement, au renvoi du dossier devant l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

B_____ C_____, qui faisait partie du groupe G_____, était composée de plusieurs entités, toutes actives dans le domaine de la recherche scientifique et du développement de nouvelles biotechnologies. Elle proposait sa technologie à l'échelle mondiale et avait notamment mis sur le marché un test prénatal non invasif pour détecter notamment certaines trisomies par l'analyse de l'ADN foetal circulant dans un échantillon de sang maternel. La recourante ayant effectué un post-doctorat au sein de l'université de Lausanne, ayant plus de cinq années d'expérience et ayant rédigé plusieurs articles dans le domaine scientifique, était parfaitement qualifiée en bioinformatique et maîtrisait les langues étrangères requises. Le profil spécifique recherché par B_____ C_____ regroupait « un ensemble de compétences dont la réunion en une personne [était] rare ». Aucune des autres candidatures ne réunissait toutes les qualités nécessaires pour le poste et plusieurs compétences manquaient, en biotechnologie NSG ou en matière de langues étrangères, dont le chinois. En l'espèce, il fallait faire application de l'art. 21 al. 3 LEI, la recourante sortant d'une haute école suisse ; ainsi son admission devait avoir lieu sans l'examen sur l'ordre de priorité des travailleurs et les recherches de candidats par B_____ C_____ n'étaient pas exigées par la loi. Enfin, il n'était pas douteux que la recourante allait s'intégrer durablement à l'environnement professionnel et social.

- 20) Le 20 septembre 2018, le TAPI a transmis son dossier, sans formuler d'observation.
- 21) Dans ses écritures responsives du 15 octobre 2018, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, en maintenant sa position.

B_____ C_____ n'avait pas démontré qu'aucun travailleur sur le marché local ou européen correspondant au profil recherché n'avait pu être trouvé. Elle

disait avoir publié une annonce sur le SIB mais n'avait publié aucune annonce dans la presse, ne s'était pas adressée à des agences de placement ni n'avait annoncé la vacance du poste à l'OCE.

Après avoir tout d'abord estimé que son employeur avait respecté l'ordre de priorité en faisant des recherches suffisantes, la recourante prétendait désormais que la demande déposée par son employeur n'était pas soumise au respect de l'ordre de priorité, car elle pourrait bénéficier de la procédure dérogatoire de l'art. 21 al. 3 LEI. Toutefois, Mme A_____ n'était pas diplômée d'une haute école Suisse et avait obtenu son dernier titre, soit un doctorat, en 2013 dans une université en Malaisie ; le fait qu'elle travaillait en qualité de post-doctorante auprès de l'université de Lausanne ne pouvait être assimilé à l'obtention d'un diplôme et elle ne pouvait donc bénéficier du régime dérogatoire. Déjà pour cette raison, l'autorisation sollicitée ne pouvait être octroyée.

S'agissant de l'intérêt économique de la demande, B_____ C_____ n'avait pas collaboré efficacement afin de démontrer l'intérêt économique de sa demande et n'avait pas fourni toutes les pièces nécessaires à cet examen, tels les comptes 2016. En outre elle n'était pas capable de s'acquitter de ses obligations fiscales. Pour le surplus, l'OCIRT revenait sur l'adéquation de l'intérêt économique de la demande avec le contingent de permis B qui était accordé au canton de Genève chaque année. L'économie genevoise souffrait depuis de nombreuses années d'un grave déficit de contingents d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour les ressortissants des États tiers ; cette situation, déjà difficile, avait été accentuée en 2015 lorsque le Conseil fédéral avait réduit drastiquement le contingent. Suite à cela, plusieurs cantons, dont Genève, avaient exigé un retour au contingent de 2014, car cette situation avait des conséquences néfastes sur leurs économies respectives et il était difficile d'expliquer aux acteurs majeurs de l'économie qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'autorisation pour leurs cadres ou spécialistes hautement qualifiés en fin d'année, puisque la réserve était vide. Le canton de Genève connaissait une situation unique puisqu'il devait également prendre en considération les besoins de la Genève internationale. Cette adéquation de l'intérêt économique de la demande avec l'exiguïté des contingents représentait le cœur de l'exercice auquel se prêtait la commission tripartite pour l'économie du canton de Genève (dont les différents acteurs avaient une très bonne compréhension du tissu économique genevois et de la réalité du marché du travail). En l'espèce, quand bien même la recourante était qualifiée selon l'art. 23 LEI et le domaine d'activité pourrait potentiellement représenter un intérêt important pour la Suisse, l'OCIRT n'était pas en mesure de reconnaître l'intérêt économique de la demande et « de justifier le prélèvement d'une précieuse unité du contingent ».

- 22) La recourante n'a pas utilisé son droit à la réplique.
- 23) Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) L'objet du litige porte sur le refus de l'OCIRT, confirmé par le TAPI, de délivrer à la recourante un permis B avec activité lucrative.
- 3) Il convient d'examiner si le refus de délivrer l'autorisation requise viole le droit ou procède d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation de l'intimé.

La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA).

- 4) a. Le 1^{er} janvier 2019, est entrée en vigueur une modification de la LEI.

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

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

- 5) a. Selon l'art. 11 al. 1 LEI, tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour ; il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé.

b. L'art. 18 LEI prévoit qu'un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c). Lesdites conditions sont cumulatives (ATA/362/2019 du 2 avril 2019 ; ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3 ; ATA/401/2016 du 10 mai 2016).

Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (ATA/494/2017 précité). En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne

confère aucun droit à l'autorisation sollicitée par un éventuel employé. De même, un employeur ne dispose d'aucun droit à engager un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (arrêts du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3).

c. En vertu de l'art. 21 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un État avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé.

Il ressort de cet alinéa que l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, spéc. p. 3537 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et la jurisprudence citée). Il s'ensuit que le principe de la priorité des travailleurs résidants doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2012 du 1er avril 2013 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.4 ; ATA/401/2016 précité).

Selon les Directives et commentaires du SEM, Domaine des étrangers, du 25 octobre 2013, état au 1^{er} juillet 2018 (ci-après : Directives LEI) – qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable –, les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux ORP les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. L'employeur doit, de son côté, entreprendre toutes les démarches nécessaires – annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement – pour trouver un travailleur disponible. On attend des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail (Directives LEI, ch. 4.3.2.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4 ; ATA/494/2017 précité ; ATA/24/2015 du 6 janvier 2015).

Il revient à l'employeur de démontrer avoir entrepris des recherches sur une grande échelle afin de repourvoir le poste en question par un travailleur indigène ou ressortissant d'un État membre de l'UE ou de l'AELE conformément à l'art. 21 al. 1 LEI et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (arrêt du Tribunal administratif fédéral

C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3 ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 et les références citées).

L'employeur doit être en mesure de rendre crédibles les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'États tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que ces démarches ne soient pas entreprises à la seule fin de s'acquitter d'une exigence. Elles doivent être engagées suffisamment tôt, dans un délai convenable avant l'échéance prévue pour la signature du contrat de travail. En outre, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères professionnels non pertinents tels que des séjours à l'étranger, des aptitudes linguistiques ou techniques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question, etc. (Directives LEI, ch. 4.3.2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-1123/2013 précité consid. 6.4).

Même si la recherche d'un employé possédant les aptitudes attendues de la part de l'employeur peut s'avérer ardue et nécessiter de nombreuses démarches auprès des candidats potentiels, de telles difficultés ne sauraient à elles seules, conformément à une pratique constante des autorités en ce domaine, justifier une exception au principe de la priorité de recrutement énoncée à l'art. 21 LEI (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; ATA/1368/2018 précité).

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

La notion d'« intérêt économique » du pays est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail (Message du Conseil fédéral concernant la LEtr du 8 mars 2002, in FF 2002 p. 3485s. et p. 3536). Il s'agit des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. En outre, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier. En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main-d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 et les références citées ; ATA/320/2015 du 31 mars 2015 consid. 7b).

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

- 6) a. En l'espèce, le fait que la recourante travaille en qualité de post-doctorante auprès de l'université de Lausanne ne peut être assimilé à l'obtention d'un diplôme d'une haute école suisse ; de plus, elle a obtenu son dernier titre de doctorat, en 2013 auprès d'une université en Malaisie.

Il en résulte qu'elle ne peut bénéficier du régime dérogatoire. Ainsi, l'ordre de priorité prévu à l'art. 21 al. 1 et 2 LEI doit être respecté.

b. En l'espèce, à l'examen des pièces du dossier, la chambre administrative retiendra que l'employeur a certes publié une annonce sur le SIB mais n'a effectué aucune recherche concrète, n'a publié aucune annonce dans la presse, ne s'est pas adressé à des agences de placement et n'a pas annoncé la vacance du poste à l'OCE. Les démarches de l'employeur pour engager une personne sur le marché local ou sur celui de l'UE/AELE, apte à remplir la fonction en question, sont tout à fait insuffisantes et ne respectent pas les principes stricts fixés par la jurisprudence tels que rappelés plus haut. À ce sujet, c'est avec raison que le TAPI a retenu que l'employeur ne saurait se prévaloir des recherches effectuées en 2016 par B_____ SA, recherches – au demeurant tout-à-fait insuffisantes - qui avaient été réalisées dans le cadre d'une autre procédure, ayant abouti à une décision de refus entrée en force. Compte tenu des compétences spécifiques exigées pour l'emploi en question, l'employeur aurait dû effectuer des recherches, fussent-elles être poussées et sérieuses, avant de conclure que celles-ci n'avaient pas abouti. Les éventuels exigences et critères posés par le poste visé ne sauraient toutefois en aucun cas fonder une dérogation à l'ordre de priorité (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1 ; C-6074/2010 précité consid. 5.3).

Enfin, il n'apparaît pas que la recourante présente des qualifications et une expérience professionnelle telles qu'il aurait été impossible, pour l'employeur, de recruter un autre employé doté de capacités équivalentes sur le marché suisse ou européen, quitte à ce qu'il bénéficie d'un complément de formation afin d'acquérir d'éventuelles compétences très spécifiques susceptibles de lui manquer.

Dès lors, faute de ne pas avoir élargi ses recherches, l'employeur n'est pas parvenu à démontrer qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE ne pouvait être recruté, en lieu et place de la recourante.

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

Par conséquent, les conditions relatives à l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée étant cumulatives et le défaut de l'une d'entre elles étant avéré dans le cas d'espèce, tant l'OCIRT que le TAPI ont correctement appliqué la loi et n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en refusant de donner suite à la demande de l'employeur tendant à la délivrance d'une telle autorisation en faveur de la recourante.

Le recours sera ainsi rejeté.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 septembre 2018 par Madame A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 16 juillet 2018 ;

au fond :

le rejette ;

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

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

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

communiqué le présent arrêt à Me David Bitton, avocat de la recourante, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

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

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

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

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

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

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

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

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

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

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.