REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2485/2022 JTAPI/452/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 27 avril 2023

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Julie DE HAYNIN, avocate, avec élection de domicile

B _____, représentée par Me Julie DE HAYNIN, avocate, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. B_____ est une société anonyme inscrite le _____ 2006 à Genève et qui a pour but des « activités de courtage ainsi que toutes opérations relatives à l'achat, la vente et l'échange de devises monétaires dans les limites autorisées par la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ; acquérir, détenir et aliéner des immeubles destinés exclusivement à une activité commerciale ».

2. Monsieur A_____, né le _____ 1997, est ressortissant tunisien. Il est arrivé en Suisse le 19 septembre 2016 au bénéfice d'une autorisation de séjour pour formation, valable du 19 septembre 2016 au 30 novembre 2020, afin d'étudier auprès d'une école privée à Genève (IFM). Il a ensuite obtenu une autorisation pour jeune professionnel valable du 3 mai 2021 au 3 novembre 2022, afin d'effectuer un stage auprès de B_____.

3. Par courrier du 4 mars 2022, cette dernière a envoyé à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande de permis de séjour avec activité lucrative pour une activité de 45 heures par semaine en qualité de « Customer Service Analyst », moyennant un salaire mensuel de CHF 5'500.-. Son contrat débutait le 1er janvier 2022.

4. Sur demande de renseignements de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), B_____ a répondu le 5 avril 2022 qu'elle n'avait pas annoncé le poste vacant à l'office cantonal de l'emploi, mais que l'on pouvait déduire des échanges (produits en annexe) qui avaient eu lieu entre elle-même et M. A_____ avant la confirmation de son engagement, qu'elle avait auparavant entamé des discussions avec différents candidats, avant de porter son choix sur M. A_____. La réévaluation à la hausse de la rémunération de ce dernier ne semblait pas envisageable, non seulement car son salaire était conforme à la grille salariale de l'entreprise, mais également parce qu'elle n'avait pas la capacité financière d'offrir de meilleures conditions, en raison d'un déficit de CHF 350'000.-durant l'année 2021. Il était également précisé qu'actuellement, B_____ comptait 21 collaborateurs.

5. Après examen du dossier par la commission tripartite du canton de Genève, la demande a été refusée le 27 avril 2022 au motif qu'elle ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté. Enfin, les conditions de rémunération usuelles à Genève, dans la profession et la branche, n'étaient pas respectées.

6. Ce refus a fait l'objet, de la part de M. A_____, d'un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), enregistré sous n° de procédure A/2321/2022, laquelle s'est terminée par le retrait du recours le 23 août 2022 (RTAPI/295/2022).

7. Entre-temps, B_____ a sollicité le 22 juin 2022 la reconsidération de la décision du 27 avril 2022 en indiquant qu'à la suite de la démission de la responsable hiérarchique de M. A_____, la rémunération de ce dernier avait pu être augmentée à CHF 6'666.- par mois. Il fallait préciser que le précité était le seul employé qui comprenait la langue arabe et pouvait donc lire et comprendre les contrats avec les clients arabophones.

8. Par décision du 6 juillet 2022, l'OCIRT, après examen du dossier par la commission tripartite, a refusé l'octroi de l'autorisation sollicitée pour les mêmes motifs que dans son refus précédent.

9. Par acte du 29 juillet 2022, B_____ et M. A_____ ont recouru contre ce nouveau refus auprès du tribunal, en concluant à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A_____. C'est ce recours qui fait l'objet de la présente procédure.

   M. A_____ s'était révélé un étudiant brillant qui avait obtenu de remarquables résultats durant ses études en Suisse, lesquelles s'étaient achevées par l'obtention d'un Master en Business Administration, spécialisé en commerce international. Le stage de jeune professionnel qu'il avait pu effectuer auprès de B_____ en raison de son profil hautement qualifié lui avait permis ensuite d'occuper une place essentielle auprès de cette start-up. Selon attestation qu'avait rédigée à ce sujet le CEO de l'entreprise le 25 juillet 2022, M. A_____ avait fait preuve dès le début d'une capacité d'adaptation, d'un dynamisme, d'une rapidité d'exécution, d'une motivation et d'une autonomie qui lui avait permis non seulement d'approfondir ses connaissances du marché du change de devises sur lequel opérait l'entreprise, mais également d'atteindre les objectifs fixés. Il avait su faire preuve d'une grande capacité d'adaptation avec les équipes en place, d'un professionnalisme exemplaire et d'un sens de la collaboration adaptant ses interactions autant avec ses collègues qu'avec ses supérieurs hiérarchiques. Il avait également su créer une véritable relation de confiance avec les clients, tant en raison de ses compétences professionnelles que relationnelles qui étaient très appréciées. Par ailleurs, l'un de ses points forts était la maîtrise des langues, puisqu'il parlait couramment le français, l'anglais et l'arabe. Comme l'avait démontré M. A_____ par sa participation active au développement de différents projets, il savait faire face aux défis et à la complexité et était reconnu comme un élément-clé et très investi de l'équipe du service clients. Il allait prendre la responsabilité de différents autres projets.

   Quant à B_____, elle était active comme intermédiaire financier dans l'échange de devises en ligne et était un acteur financier connu pour ses prix bas et réglementés par un organisme d'autorégulation reconnu par la FINMA. Au moment de l'engagement en stage de M. A_____, elle avait connu une accélération significative suite à l'entrée en tant qu'investisseur de la coopérative C_____ qui avait pris une part sur le capital. Elle avait augmenté de manière

importante la rémunération de M. A_____ dès le 1er août 2022, qui passait d'un traitement annuel de CHF 60'000.- à CHF 80'000.-. L'entreprise avait radicalement besoin de conserver M. A_____ au sein de son équipe, puisqu'il s'agissait du seul collaborateur occupant ce poste et parlant la langue arabe, ce qui permettait donc la lecture et la rédaction de contrats avec des clients basés aux Émirats arabes unis.

Sur le plan juridique, la décision litigieuse était « certes succincte, ce qui ne vaut pas forcément qu'elle est mal motivée ». Par contre, elle reprenait stricto sensu les termes du courrier (sic) du 27 avril [2022], alors que de nouvelles pièces avaient été produites entre-temps. La décision attaquée n'était absolument pas claire et aurait nécessité de plus amples développements.

Il était inexact que le salaire proposé à M. A_____ était inférieur aux conditions de rémunération usuelles à Genève et l'OCIRT n'avait pas chiffré ce qu'elle attendait de l'employeur, qui persistait à ne pas comprendre ce qui lui était reproché à cet égard.

S'agissant du soi-disant non-respect de l'ordre de priorité, l'OCIRT ne prenait apparemment pas en considération le contexte autour de l'engagement de M. A_____ au sein de la start-up, à un moment clé de son activité, suite à la prise d'actionnariat de la C_____. M. A_____ avait été amené à rester en Suisse après ses études universitaires après la validation de son stage au sein de cette société par le secrétariat d'État aux migrations (SEM). À présent, la décision litigieuse donnait à B_____ l'impression que la Confédération s'était jouée d'elle pour les besoins de statistiques sur l'application de l'accord international entre la Suisse et la Tunisie. Autoriser le stage pour ensuite refuser la demande de permis occasionnerait de gros dommages financiers au sein de la start-up qui avait investi du temps à former M. A_____, seul employé capable de communiquer avec les clients en langue arabe. La seule nationalité européenne du candidat ne justifiait à l'évidence pas de prononcer un refus. B_____ avait mené de très nombreux entretiens auprès de candidats suisses et européens, mais aucun ne correspondait au profil de M. A_____ au moment des recherches. Le fait de former un autre collaborateur nécessiterait plusieurs mois et engendrerait un important déficit pour B_____, alors qu'elle se battait contre des échéances financières très strictes. De plus, en autorisant le stage de M. A_____, la Confédération avait tout d'abord reconnu que cet engagement servait les intérêts de la Suisse et la décision litigieuse entrait en contradiction avec cette appréciation.

10. Par écritures du 4 octobre 2022, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

La décision litigieuse indiquait clairement les raisons du refus, de sorte que sa motivation ne violait pas le droit d'être entendu.

Il fallait tout d'abord rappeler que les stages pour jeunes professionnels, tel que celui dont M. A_____ avait pu bénéficier auprès de B_____, n'avaient pas pour but d'offrir une porte dérobée sur le marché du travail suisse, mais uniquement de permettre aux jeunes des pays concernés de perfectionner leur formation grâce à une courte première expérience professionnelle. Une telle autorisation ne dépendait pas de l'existence d'un intérêt économique pour le pays, ni du respect de la priorité et n'impliquait pas non plus la prise d'une unité du contingent cantonal d'autorisation de séjour. Il était donc inexact d'affirmer que le SEM aurait reconnu que le profil de M. A_____ servait les intérêts économiques de la Suisse.

S'agissant du non-respect de l'ordre de priorité, il fallait relever que M. A_____ était titulaire d'un Master en Business Administration d'une école privée genevoise et d'une courte expérience de stagiaire puis de Customer Care Analyst. Il ne disposait ainsi ni de qualification, ni d'une expérience à ce point particulière qu'il serait impossible de recruter un travailleur doté des compétences requises sur le marché local ou titulaire d'un passeport européen au sein de l'UE/AELE. Pour les mêmes raisons, la maîtrise de l'arabe ne constituait pas un argument suffisant. En l'espèce, B_____ n'avait pas annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi et les recherches qu'elle avait effectuées remontaient à plus de 12 mois avant le dépôt de la demande, qui plus est pour un poste de stagiaire (recte : Customer Care Assistant) qui ne correspondait pas au poste finalement proposé à M. A_____.

S'agissant de l'intérêt économique de la demande, ses pertes de plus de CHF 153'000.- en 2020 et de plus de CHF 350'000.- en 2021 ne permettaient pas de considérer que B_____ représentait un intérêt économique suffisant pour la Suisse. Cela apparaissait d'autant plus évident en comparaison avec l'exiguïté du contingent cantonal, qui se montait à nonante-et-un permis B en 2022.

11. B_____ et M. A_____ ont répliqué par écritures du 30 novembre 2022, reprenant pour l'essentiel lors précédente explications. Préalablement, ils ont requis leur audition afin de permettre au tribunal d'acquérir la conviction que les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour étaient remplies.

En soutenant que M. A_____ ne disposait ni de qualification, ni d'une expérience particulière, l'OCIRT faisait un amalgame entre un organisme bancaire et les activités de B_____, qui évoluait exclusivement dans un domaine bancaire très spécifique qu'était le cours de change en ligne.

Le fort intérêt économique que représentait la demande avait été étayé et, malgré les contingents, le canton de Genève connaissait une situation unique, puisqu'il fallait également prendre en considération les besoins de la Genève internationale.

Quant à l'ordre de priorité, qui allait prochainement disparaître de la loi, il n'avait certes pas été d'emblée respecté, mais B_____ avait démontré avoir fait des

recherches à grande échelle tant sur le marché genevois qu'européen. Le processus de recrutement s'était fait en plusieurs étapes sur plusieurs semaines. Environ 50 dossiers de candidature avaient été reçus, sept dossiers avaient été soumis à la direction qui avait décidé de recevoir cinq candidats, dont M. A_____. Ce n'était qu'à l'issue de ce long et sérieux processus de recrutement que B_____ avait décidé d'offrir l'opportunité de travailler à M. A_____. Il était ainsi démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État de l'UE/AELE n'avait pu être recruté à la place de M. A_____.

Enfin, il découlait des déterminations de l'OCIRT que la question des conditions salariales offertes à M. A_____ n'était plus d'actualité.

12. L'OCIRT a dupliqué le 4 janvier 2022 en soulignant que l'autorisation délivrée à M. A_____ pour travailler auprès de B_____ du 3 mai 2021 au 3 novembre 2022 concernait une activité de stagiaire. Il s'agissait de facto d'une autorisation de séjour de courte durée en dérogation aux conditions d'admission usuelles.

L'affirmation selon laquelle la loi ne poserait bientôt plus l'exigence de l'ordre de priorité était inexacte. À cet égard, il fallait insister sur le fait que les recherches dont se prévalait B_____ avaient été effectuées douze mois auparavant pour un poste qui n'était pas celui de Senior Customer Service Analyst, pour lequel elle souhaitait engager M. A_____.

Enfin, le salaire mensuel de CHF 6'666.- ne respectait pas les conditions salariales usuelles, quand bien même B_____ soutenait curieusement qu'elle s'était alignée sur le salaire retenu par l'OCIRT entre CHF 7'680.- et CHF 8'420.-.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. En application de leur droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101),

les recourants demandent tout d'abord leur audition afin de démontrer que les conditions de l'octroi d'une autorisation de séjour sont remplies. Ils n'expliquent cependant pas en quoi les pièces figurant au dossier ne donneraient pas une idée suffisamment précise et exacte des éléments factuels sur la base desquels le tribunal doit conduire son raisonnement en application des dispositions légales pertinentes. Comme on le verra ci-dessous, le tribunal se fondera entièrement sur les documents produits par les recourants, quand bien même il en tirera des conclusions différentes.

4. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à l'audition des recourants.

5. Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'examiner en premier, les recourants semblent tout d'abord soutenir que la décision litigieuse violerait leur droit d'être entendu, car elle reprendrait succinctement les mêmes motifs que ceux sur lesquels se fondait la décision du 17 avril 2022, alors que la situation aurait entre-temps évolué.

6. Garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les références). Il inclut notamment le droit, pour le justiciable, de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1).

Il implique aussi, pour l'autorité, l'obligation de motiver sa décision (cf. art. 46 al. 1 LPA). Selon la jurisprudence, il suffit que celle-ci mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que son destinataire puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; elle peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision. La motivation est ainsi suffisante lorsque le destinataire de la décision est en mesure de se rendre compte de la portée de cette dernière, d'en comprendre les raisons et de la déférer à l'instance supérieure en connaissance de cause. En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 139 IV 179 consid. 2.2 ; 138 I 232 consid. 5.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 136 I 229 consid. 5.2 ; cf. aussi ATA/967/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2b). L'autorité peut donc passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à

l'évidence non établi ou sans pertinence et il n'y a violation du droit d'être entendu que si elle ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (cf. ATF 135 III 670 consid. 3.3.1 ; 133 III 235 consid. 5.2 ; 129 I 232 consid. 3.2 ; 126 I 97 consid. 2b et les références citées ; cf. également ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 83 consid. 4.1).

7. Il ressort toutefois de la jurisprudence du Tribunal fédéral que la violation du droit d'être entendu peut être réparée dans le cadre de la procédure de recours lorsque l'autorité de recours exerce le même pouvoir d'examen que l'autorité de décision (ATF 129 II 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300; ATF 126 I 68 c. 2 p. 72, RDAF 2001 I 586; ATF 124 II 132 c. 2d p. 138; Albertini, op. cit., p. 461). La réparation du vice doit toutefois demeurer exceptionnelle, en particulier lorsqu'il s'agit d'une violation grave, surtout parce que l'exercice différé du droit d'être entendu ne constitue le plus souvent qu'un succédané imparfait de l'audition préalable qui a été omise (ATE 116 V 182 c. 3c p. 187; ATE 105 la 193 c. 2b/cc p. 197). En outre, elle n'entre en considération que si la personne touchée ne subit aucun préjudice dans l'exercice différé du droit d'être entendu et dans la réparation du vice. Il ne serait en aucun cas admissible que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte (ATF 129 I 129 c. 2.2.3 p. 135, JdT 2005 IV 300).

8. En l'occurrence, la décision litigieuse contient en soi une motivation suffisante pour comprendre les raisons pour lesquelles l'autorité intimée a refusé la requête qui lui était soumise, ce qui ressort d'ailleurs de l'argumentation développée par les recourant dans leurs écritures, où ils montrent qu'ils savaient pertinemment quels étaient les points qu'ils devaient contester. Le fait que des circonstances nouvelles (en particulier l'augmentation du salaire du recourant) soient intervenues dans l'intervalle de temps entre les deux décisions n'empêche pas en soi la possibilité de fonder la seconde sur les mêmes arguments juridiques que la première, si l'autorité intimée considère que ces nouveaux éléments n'emportent pas une appréciation juridique différente de la situation. En tout état, les échanges auxquelles les parties ont pu procéder dans la présente procédure ont largement permis à chacune d'elles d'exprimer clairement sa position, de sorte qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu pour les motifs évoqués plus haut serait en tout état réparée.

9. Ce grief sera donc rejeté.

10. Sur le fond, les recourants soutiennent que contrairement à ce que retient la décision litigieuse, l'engagement du recourant auprès de la recourante répondrait aux intérêts économiques de la Suisse, respecterait l'ordre de priorité et se ferait aux conditions salariales usuelles.

11. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'OASA, règlent l'entrée, le séjour et la sortie de Suisse des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 LEI), notamment par l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse, et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681).

12. En l'occurrence, le recourant étant ressortissant de Tunisie, la demande de permis déposée en sa faveur ne peut être examinée que sous l'angle de la LEI. En effet, dès lors qu'il n'est pas un « ressortissant d'une partie contractante », il ne peut se prévaloir d'aucun droit découlant de l'ALCP (cf. art. 2 ALCP).

    Pour le surplus, le fait qu'il réside actuellement à Genève à l'échéance de la période de stage qu'il a pu effectuer auprès de la recourante ne lui confère aucun droit quant à une prise d'activité. Il doit donc être considéré comme un nouveau demandeur d'emploi.

13. Il convient dès lors d'examiner si les conditions nécessaires à l'octroi d'une autorisation, laquelle impliquerait le prélèvement d'une unité du contingent cantonal, sont remplies.

14. Selon l'art. 11 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 (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (al. 2). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (al. 3).

    Conformément à l'art. 18 LEI, 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) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEI sont remplies (let. c), notamment les exigences relatives à l'ordre de priorité (art. 21 LEI), les conditions de rémunération et de travail (art. 22 LEI), ainsi que les exigences portant sur les qualifications personnelles requises (art. 23 LEI). Ces conditions sont cumulatives (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b et les arrêts cités).

15. En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à la délivrance d'une autorisation de séjour pour activité lucrative (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C_798/2018 du 17 septembre 2018 consid. 4.1 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.2 ;

ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3b). De même, l'employeur ne dispose d'aucun droit à engager le candidat de son choix en vue de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (cf. not. arrêt du Tribunal fédéral 2D_57/2015 du 21 septembre 2015 consid. 3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5b).

16. À teneur de l'art. 20 LEI, le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de courte durée initiales et celui des autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Il entend les cantons et les partenaires sociaux au préalable (al. 1).

    Il peut fixer un nombre maximum d'autorisations pour la Confédération et pour chaque canton (al. 2).

    Le SEM peut, dans les limites du contingent de la Confédération, octroyer lui-même des autorisations initiales de courte durée ou de séjour ou relever le contingent d'un canton. Il tient compte des besoins du canton et des intérêts économiques du pays (al. 3).

17. L'art. 20 LEI prévoit le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers (cf. Message précité, in FF 2002, p. 3536), à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) ou à la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE - RS 0.632.31). L'art. 20 al. 1 OASA dispose que les cantons peuvent délivrer des autorisations pour des séjours en vue d'exercer une activité lucrative d'une durée supérieure à un an, dans les limites des nombres maximums fixés à l'annexe 2 ch. 1 let. a OASA (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 7.1). Le nombre maximum de telles autorisations pour le canton de Genève est de quatre-vingt-onze pour 2022. Ainsi, compte tenu du contingent restreint accordé aux cantons, les autorités du marché de l'emploi sont contraintes de se montrer restrictives dans l'appréciation des demandes dont elles sont saisies et ne peuvent retenir que celles qui traduisent un intérêt pour la collectivité.

18. 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 (art. 21 al. 1 LEI).

    En d'autres termes, l'admission de ressortissants d'États tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un État

membre de l'UE ou de l'AELE ne peut être recruté. 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 2C_434/2014 du 8 août 2014 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c).

Les conditions d'admission ont matériellement pour but de gérer de manière « restrictive » l'immigration ne provenant pas de la zone UE/AELE, de servir conséquemment les intérêts économiques à long terme et de tenir compte de manière accrue des objectifs généraux relatifs aux aspects politiques et sociaux du pays et en matière d'intégration (cf. notamment ATAF 2011/1 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.3.1 ; C-6198/2014 du 18 mai 2015 consid. 6.1 ; C-857/2013 consid. 5).

Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les offices de placement jouent un rôle clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. 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 (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c et les arrêts cités ; directives LEI, ch. 4.3.2.1).

Il revient à l'employeur de démontrer qu'il a 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 et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 5.3).

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. (ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; arrêts du Tribunal administratif fédéral F-3286/2017 du 18 décembre 2017 consid. 6.2 ; F-1992/2015 du 10 mars 2017 consid. 5.5C-106/2013 du 23 juillet 2014 consid. 7.1 ; C-1123/2013 du 13 mars 2014 consid. 6.7 ; C-4873/2011 du 13 août 2013 consid. 5.3).

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 (cf. ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5c ; ATA/1368/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3c ; arrêt du Tribunal administratif fédéral C_8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 8.1).

La seule publication d'une annonce auprès de l'OCE, bien que diffusée également dans le système EURES, ne peut être considérée comme une démarche suffisante. (cf. ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 11). Par ailleurs, des démarches intervenues après un refus d'octroi d'autorisation de séjour avec activité lucrative doivent être considérées comme entreprises dans le seul but de s'acquitter des exigences légales (cf. ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

19. Selon l'art. 22 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche.

20. En l'occurrence, s'agissant tout d'abord de l'intérêt économique que représenterait pour la Suisse l'engagement du recourant, l'argumentation des recourants confond manifestement cet intérêt avec celui que représenterait certainement cet engagement pour la recourante. Non seulement, comme l'a relevé avec pertinence l'autorité intimée, la situation financière de la recourante, dont les résultats se sont soldés par des pertes de plus de CHF 153'000.- en 2020 et de plus de CHF 350'000.- en 2021, ne représente pas un intérêt économique manifeste pour la Suisse, mais encore, il paraît très peu vraisemblable que l'intérêt que pourrait potentiellement constituer économiquement pour la Suisse une start-up qui comptait 21 collaborateurs en avril 2022 repose de façon prépondérante sur l'un de ces collaborateurs en particulier, qui occupait jusque-là un poste de stagiaire.

21. S'agissant ensuite des conditions de rémunération, c'est jusqu'ici sans que l'on comprenne clairement les moyens qu'ils invoquent que les recourants soutiennent que le salaire de CHF 80'000.- par an correspondrait aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. Or, comme l'a expliqué l'autorité intimée, le calculateur en ligne du secrétariat d'État à l'économie (SECO) (https://www.detachement.admin.ch/Calculateur-de-

salaires/lohnberechnung ; consulté le 26 avril 2023) indique, dans le domaine des services financiers, pour un employé âgé de 24 ans ayant une année de service, de formation universitaire, sans fonction de cadre, engagé en tant que spécialiste en administration d'entreprise selon un horaire hebdomadaire de 45 heures, que le salaire médian à Genève est de CHF 8'420.- et qu'un salaire de CHF 7'680.- appartient au quartile inférieur. Par conséquent, le salaire annuel de CHF 80'000.- proposé au recourant représente un salaire mensuel de CHF 6'666.- qui est inférieur non seulement au salaire médian, mais également au salaire moyen du quartile inférieur.

22. Enfin, s'agissant du respect de l'ordre de priorité, il est établi par pièces que la recourante a effectué ses recherches de candidats pour un poste de Customer Care Assistant au début de l'année 2021, lequel ne correspond pas au poste de Customer Service Analyst pour lequel la recourante a déposé sa demande d'autorisation le 4 mars 2022. Il n'est donc pas possible de se fonder sur ces recherches-là pour prétendre qu'il ne lui était pas possible de trouver des candidats indigènes ou des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Qui plus est, hormis le fait que la recourante n'a pas annoncé le poste à l'office cantonal de l'emploi, elle n'a pas réellement démontré dans la présente procédure qu'elle avait fait les efforts nécessaires pour trouver des candidats valables à l'échelle suisse ou européenne. On ignore en particulier à quels réseaux se sont étendues ses recherches et la durée pendant laquelle elle les a poursuivies. Il apparaît en tous les cas peu plausible qu'à l'échelle suisse et européenne, il ne soit pas possible d'attirer les candidatures d'autres personnes arabophones et disposant de qualifications équivalentes à celles du recourant. En revanche, le fait que la recourante soit contrainte d'offrir un salaire sensiblement inférieur au salaire médian auquel peut prétendre une personne dans la même situation que le recourant peut expliquer dans une certaine mesure l'insuccès des recherches entreprises par la recourante. Par ailleurs, l'argumentation développée par cette dernière au sujet du fait qu'en devant renoncer à la collaboration du recourant, elle s'exposerait à l'obligation de consacrer à nouveau un temps précieux à la formation d'un ou d'une remplaçante, signifie qu'elle-même n'exclut pas qu'il soit possible de trouver cette personne, mais également qu'en réalité, c'est avant tout un simple calcul d'opportunité qui l'amène à souhaiter pouvoir conserver la collaboration du recourant.

23. Au vu de ce qui précède, il apparaît que c'est avec raison que l'autorité intimée a retenu que les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative n'étaient réalisées ni sous l'angle de l'intérêt économique de la Suisse, ni sous celui du respect de l'ordre de priorité ou encore des conditions de rémunération.

24. Le recours sera ainsi rejeté.

25. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA -

E 5 10.03), les recourants, qui succombent, sont condamnés pris solidairement, au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 800.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais de CHF 500.- versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

26. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 29 juillet 2022 par B_____ et par Monsieur A__ ____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 6 juillet 2022 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge des recourants, pris solidairement, un émolument de CHF 800.-, lequel est partiellement couvert par l'avance de frais ;

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

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

Le président

Olivier BINDSCHEDLER TORNARE

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, La greffière