

## **GE\_GERICHTE A/1004/2013 vom 17. Juni 2014**

GE Cour de justice, 2014-06-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1004\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1004_2013)

FR: GE\_GERICHTE A/1004/2013 du 17 juin 2014

IT: GE\_GERICHTE A/1004/2013 del 17 giugno 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

ème section dans la cause A\_\_\_\_\_ représentée par Me Lassana Dioum, avocat contre OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL \_\_\_\_\_

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 octobre 2013 ( JTAPI/1099/2013 ) EN FAIT 1) Madame B\_\_\_\_\_ exploite en raison individuelle l'entreprise A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_).! [endif]>! [if> 2) Madame C\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1981, de nationalité camerounaise, est arrivée en Suisse le 24 septembre 2004 au bénéfice d'un permis de séjour pour études.! [endif]>! [if> 3) Le 7 septembre 2009, Mme C\_\_\_\_\_ a obtenu un Bachelor en gestion d'entreprise, délivré par l'Université de Genève. Dans la foulée, elle a poursuivi ses études en vue d'obtenir une maîtrise ès sciences en comptabilité, contrôle et finance, filière d'études organisée par les universités de Genève et de Lausanne. Elle a obtenu ce titre universitaire en septembre 2012.! [endif]>! [if> 4) Parallèlement à ses études, elle a travaillé au sein de A\_\_\_\_\_ depuis le 19 juillet 2010 comme secrétaire comptable à temps partiel. Donnant satisfaction à son employeur, sa fonction au sein de l'entreprise a évolué. Dès le 1 er septembre 2012, elle a été engagée à plein-temps comme comptable réviseur, avec un salaire annuel brut de CHF 72'000.-.! [endif]>! [if> 5) Le 25 janvier 2013, A\_\_\_\_\_ a adressé à l'office cantonal de la population, devenu depuis lors l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), une requête en autorisation de travail en faveur de Mme C\_\_\_\_\_ pour un poste de comptable réviseur, dont les conditions de travail reprenaient celles du contrat de travail du 1 er septembre 2012.! [endif]>! [if> Selon le courrier qui accompagnait cette demande, l'engagement de Mme C\_\_\_\_\_ était nécessaire en raison du départ de plusieurs collaborateurs, qui avait entraîné un très gros retard dans les travaux de la fiduciaire. Par voie d'annonce, A\_\_\_\_\_ avait cherché à engager du personnel. Elle avait publié des offres d'emploi dans le Genève Home Information (ci-après : GHI) et avait annoncé le poste à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). Elle n'avait reçu qu'une seule candidature, dont les qualifications ne correspondaient pas au profil recherché. Compte tenu de l'urgence des besoins de A\_\_\_\_\_ et de la nécessité d'apporter une continuité sur les mandats par rapport à la clientèle, A\_\_\_\_\_ demandait à pouvoir engager Mme C\_\_\_\_\_. Il se trouvait que celle-ci travaillait dans l'entreprise depuis 2010 en parallèlement à ses études, qu'elle avait achevées en septembre 2012, ceci à la pleine satisfaction de son employeur. Conformément à l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), elle pourrait mettre à profit les connaissances acquises lors de ses études ainsi que son expérience professionnelle au sein de A\_\_\_\_\_ ces deux dernières années, afin de contribuer à l'amélioration de la situation économique de l'entreprise, mise à mal depuis 2009. 6) Par décision du 21 février 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations de travail (ci-après : OCIRT), auquel l'OCPM avait transmis le dossier pour raison de compétence, après avoir soumis le dossier de l'intéressée à la commission

tripartite désignée à cet effet par le Conseil d'État, a refusé de faire droit à cette demande. L'admission de Mme C\_\_\_\_\_ ne revêtait pas un intérêt économique prépondérant. En outre, l'ordre de priorité n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'union européenne (ci-après : UE) ou de l'association européenne de libre-échange économique (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé.!

7) Le 25 mars 2013, A\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision de l'OCIRT précitée auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à son annulation et à la délivrance du permis sollicité.!

Elle détaillait les recherches qu'elle avait effectuées en vue de trouver un employé suisse ou européen. Elle avait annoncé le poste à l'OCE en novembre 2012 et février 2013 ; elle avait publié une offre d'emploi dans l'édition du \_\_\_\_\_ 2012 du GHI et dans l'édition du \_\_\_\_\_ 2013 du journal Le Matin. Elle avait fait paraître une annonce sur trois sites internet entre le \_\_\_\_\_ et le \_\_\_\_\_ 2013, soit notamment sur le site internet « Le portail européen sur la mobilité de l'emploi de l'EURES », sur ceux d'anibis.ch et d'actujob.ch. Aucune de ces démarches ne lui avait permis de trouver une candidature correspondant aux exigences du poste. Pour cette raison, mais également parce que Mme C\_\_\_\_\_ avait obtenu une maîtrise en comptabilité le 12 septembre 2012, l'OCIRT aurait dû donner une suite favorable à sa demande de pouvoir l'engager, dès lors qu'elle répondait parfaitement aux exigences du poste. Le refus était contraire aux intérêts des contribuables du canton de Genève, qui avaient participé, aux travers de leurs impôts, à la formation de cette dernière. 8) Le 21 mai 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. Les recherches de A\_\_\_\_\_ étaient insuffisantes. Elle n'avait pas fait appel à des agences de placement ni effectué des recherches suffisantes sur le marché du travail européen. Le fait que Mme C\_\_\_\_\_ ait été autorisée à résider en Suisse depuis 2004 pour des raisons d'études ne lui conférait pas un droit à une prise d'activité. La demande d'emploi n'avait été précédée que par l'annonce du poste vacant à l'OCE et toutes les démarches destinées à recruter un candidat avaient été effectuées après le dépôt de la demande. La requête relevait de la convenance personnelle. Le cahier des charges du poste ouvert par A\_\_\_\_\_ ne présentait pas de particularités nécessitant l'engagement d'un diplômé universitaire. !

9) La recourante a répliqué le 6 juin 2013. Depuis 2008, seul des experts-comptables diplômés et agréés par l'autorité fédérale de surveillance en matière de révision étaient autorisés à superviser les rapports de révision des sociétés anonymes. A\_\_\_\_\_ devait se mettre en conformité avec les obligations qui lui incombaient en vertu des dispositions de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR - RS 221.302) et c'était la raison pour laquelle elle devait engager une collaboratrice permettant d'appuyer les opinions d'audit émises sur les comptes contrôlés. La seule formation dispensée en Suisse qui répondait à cette nécessité, hormis celle de la chambre fiduciaire dans le cadre de sa formation d'expert-comptable, était celle procurée par les universités de Genève et de Lausanne qu'avait suivie Mme C\_\_\_\_\_.

Elle a détaillé le profil du seul candidat qui lui avait été transmis par l'intermédiaire de l'OCE, ainsi que celui des autres candidats qui avaient répondu aux annonces. Aucun d'entre eux n'avait l'expérience requise en matière de révision et de fiscalité. Trois autres candidats, qui avaient postulé pour un poste de secrétaire aide-comptable, n'étaient pas apte à exécuter les tâches liées au poste pour lequel elle désirait engager Mme C\_\_\_\_\_. Dans sa duplique du 14 juin 2013, l'OCIRT a insisté sur l'insuffisance des recherches effectuées sur le marché local ou européen. 10) Par jugement du 8 octobre 2013, le TAPI a rejeté le recours de A\_\_\_\_\_. Les autorités compétentes en matière d'autorisation de séjour avec prise d'emploi disposaient d'un large pouvoir

d'appréciation mais devaient tenir compte des intérêts économiques du pays et de la priorité accordée aux travailleurs déjà installés en Suisse. Or, la fiduciaire n'avait développé que les efforts minimaux en vue de recruter un travailleur suisse ou européen avant le dépôt de sa demande. Elle n'avait fait appel à aucune agence de placement ni à aucun bureau de recrutement universitaire. C'était la raison de son échec à recruter des candidats répondants à ces exigences. Mme C\_\_\_\_\_ ne pouvait bénéficier de l'avantage accordé par l'art. 21 al. 3 LETr aux universitaires issus d'une haute école suisse qui avaient obtenus une maîtrise ou un doctorat. En effet, l'activité lucrative qui lui était proposée ne revêtait pas un intérêt scientifique ou économique prépondérant. Il n'y avait pas de pénurie avérée de main-d'œuvre dans l'activité déployée par la fiduciaire et il ne s'agissait pas d'un domaine scientifique nécessitant un savoir-faire particulier. 11) Par acte déposé le 11 novembre 2013 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), A\_\_\_\_\_ a interjeté recours contre le jugement du TAPI du 8 octobre 2013 précité, qu'elle avait reçu le 10 octobre 2013. Elle conclut à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de prise d'emploi sollicitée. Le TAPI avait violé les art. 18 et 21 al. 1 et 3 LETr en considérant qu'elle n'avait pas respecté le principe de priorité. En effet, Mme C\_\_\_\_\_, lorsque la demande d'autorisation de travail avait été déposée, se trouvait déjà en Suisse et y était déjà autorisée à travailler. Dès lors, il n'y avait pas dans sa situation à devoir se plier au principe de priorité pour sa prise d'emploi. Le TAPI avait en outre méconnu le droit en retenant qu'elle n'avait pas déployé d'efforts suffisants en vue de recruter un travailleur en Suisse ou en Europe. Elle s'était d'abord adressée directement à l'OCE, qui n'avait pas pu lui proposer de candidat. Dès lors, elle avait publié une annonce dans le tout ménage GHI. Voyant que ses recherches n'aboutissaient pas, elle avait à nouveau annoncé en février 2013 le poste auprès de l'OCE, puis diffusé une annonce sur la plateforme internationale EURES. Pour rechercher des candidats, il n'était pas obligatoire de faire appel à des agences de placement et les bureaux de recrutement universitaires n'étaient pas le lieu où une offre pouvait être formulée pour un poste à responsabilité ou exigeant une expérience professionnelle. Elle rappelait qu'elle devait trouver quelqu'un remplissant les exigences élevées imposées par la LSR. Finalement, le TAPI avait mal appliqué l'art. 21 al. 3 LETr, dans la mesure où Mme C\_\_\_\_\_ remplissait les conditions qui lui permettaient d'obtenir sur cette base une autorisation de séjour, étant précisé que le TAPI avait méjugé en retenant qu'il n'y avait pas de pénurie avérée de main-d'œuvre dans le secteur de la fiduciaire, sans distinguer par type d'entreprise. S'il l'avait fait, il n'aurait pu formuler une telle appréciation s'agissant d'un poste de travail qui requérait des dispositions particulières de compétences et d'expérience. 12) Le 9 décembre 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. Mme C\_\_\_\_\_ ne pouvait être considérée comme une personne qui travaillait déjà en Suisse au sens de l'art. 21 al. 2 let. c LETr. Son permis d'étudiante échéait le 28 février 2013 sans prolongation possible, ainsi que l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) l'avait précisé. Mme C\_\_\_\_\_ ne se trouvait ainsi ni dans une situation de changement d'emploi, ni dans celle d'une prolongation d'autorisation. Elle changeait de but de séjour, ce qui impliquait qu'elle dépose une nouvelle demande d'autorisation de séjour, conformément à l'art. 54 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), soumis à la condition du respect du principe de la priorité des travailleurs suisses et européens. L'art. 21 al. 3 LETr autorisait certes un étranger diplômé d'une haute école à rester provisoirement pendant six mois en Suisse en vue de chercher un emploi mais cette disposition légale ne lui donnait pas le droit d'obtenir un permis par la

suite. La recourante avait été autorisée à employer Mme C\_\_\_\_\_ parallèlement aux études qu'elle poursuivait. Si elle voulait engager l'intéressée à plein temps, elle restait soumise à l'obligation de procéder à des recherches approfondies et étendues sur le marché du travail local et européen, et de prouver qu'aucun collaborateur valable n'avait pu être trouvé avant de proposer la candidature d'une ressortissante d'État tiers. En l'espèce, les démarches entreprises étaient correctes mais insuffisantes, qu'il s'agisse des démarches effectuées localement ou sur le marché européen. En outre, ces recherches avaient été effectuées principalement après le 15 janvier 2013, date du dépôt de la demande de permis. A\_\_\_\_\_ avait déjà porté son choix sur Mme C\_\_\_\_\_, qu'elle employait depuis des années en activité accessoire et qu'elle connaissait. Elle n'aurait retenu aucune autre candidature et sa démarche ne respectait pas le principe de priorité. Au surplus, au regard du droit conféré par l'art. 21 al. 3 LEtr, la candidature de l'intéressée ne présentait pas un intérêt économique ou scientifique particulier qui ouvrirait la voie à une dérogation au principe d'une exception au contingentement des étrangers venant travailler en Suisse. 13) Sur ce, la cause a été gardée à juger.!

EN DROIT 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, par le destinataire de la décision, le recours est recevable (art. 132 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 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Le litige porte sur le droit de la recourante à obtenir pour Mme C\_\_\_\_\_ une autorisation de séjour avec prise d'emploi lui permettant de l'engager.!

3) Mme C\_\_\_\_\_ étant de nationalité camerounaise, sa situation est régie par la LEtr (art. 1 et 2 LEtr).

4) Selon l'art. 3 al. 1 LEtr, l'admission d'étrangers en vue de l'exercice d'une activité lucrative doit servir les intérêts de l'économie suisse ; les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. Les besoins culturels et scientifiques de la Suisse sont pris en considération de manière appropriée.!

5) Pour obtenir le droit d'exercer une activité salariée, l'étranger doit remplir les conditions suivantes (art. 18 LEtr) :

a. son admission sert les intérêts économiques du pays ; b. son employeur a déposé une demande ; c. les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies. 6) Selon 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.!

En dérogation à cette disposition, 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). L'admission de cette catégorie de personnes a lieu sans examen des règles sur l'ordre de priorité des travailleurs, l'employeur demandeur n'étant plus dans l'obligation de rechercher des candidats sur un marché suisse ou européen (art. 21 al. 3 LEtr et Directives de l'ODM, Domaine des étrangers, version du 25 octobre 2013, état le 27 janvier 2014, ch 4.4.7, consultables en ligne sur le site <http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/bfm/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-f.pdf> - citées ci-après les directives ; ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011). 7) La titularité d'un diplôme d'une haute école Suisse, quelles que soient les exigences nécessaires à son obtention, ne justifie cependant pas à elle seule la délivrance d'une autorisation d'activité lucrative sous l'angle de l'art. 21 al. 3 LEtr, dont les conditions sont appliquées de manière restrictive par la jurisprudence (ATAF C-6074/2010 précité). Selon les directives, 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 (directives ch. 4.4.7).

8) En l'espèce, Mme C\_\_\_\_\_ est diplômée d'une haute école suisse. Elle détient une maîtrise en comptabilité, contrôle et finance. Elle est donc objectivement titulaire d'un titre universitaire entrant dans la catégorie de ceux visés à l'art. 21 al. 3 LEtr. Toutefois, malgré tout le mérite de cette dernière à l'avoir obtenue, cette maîtrise ne constitue pas un titre universitaire appartenant aux catégories de formations de haut niveau pour lesquelles, en raison de leur haute spécificité ou technicité, un employeur actif en Suisse doit avoir la possibilité d'engager hors contingent l'étudiant étranger qui les a achevées avec succès, en raison de l'intérêt particulier, sous l'angle de l'intérêt économique sous-jacent à l'art. 18 let. b LEtr que cette candidature présente pour le développement des activités futures de l'entreprise. En effet, si par l'obtention d'une telle maîtrise, Mme C\_\_\_\_\_ a acquis une expertise dans le domaine de la comptabilité et de la révision, la recourante n'établit pas qu'elle soit d'une spécificité telle qu'elle ne puisse la trouver auprès d'autres candidats. Il ne s'agit en outre pas de compétences spécifiques de nature scientifique ou technologique.

9) La recourante ne pouvant engager l'intéressée en se prévalant de l'art. 21 al. 3 LEtr, il reste à déterminer si l'autorité intimée, en refusant l'octroi de l'autorisation requise, s'est conformée au droit, notamment sous l'angle de l'art. 21 al. 1 LEtr.

Il ressort de l'art. 21 al. 1 LEtr que l'admission de ressortissants d'Etats tiers n'est possible que si, à qualifications égales, aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un Etat de l'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, 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 résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail ( ATA/563/2012 du 21 août 2012 confirmé par l'Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_50/2012 du 1 er avril 2013).

10) 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 (art. 21 al. 2 LEtr).

En l'espèce, même si Mme C\_\_\_\_\_ a été titulaire jusqu'en 2012 d'une autorisation de séjour pour études, elle ne peut être considérée comme étant déjà détentrice d'une autorisation de travail en Suisse. En d'autres termes, la demande d'autorisation de séjour avec prise d'emploi déposée par la recourante constitue une nouvelle démarche visant à l'obtention d'une autorisation de séjour avec prise d'emploi ordinaire au sens de l'art. 18 LEtr, qui doit être entreprise ab initio par l'étranger ou son employeur, conformément à l'art. 54 OASA, dès lors que le but du séjour change.

11) a. Dans le cadre d'une telle démarche, 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 Etat membre de l'UE ou de l'AELE, conformément à l'art. 21 al. 1 LEtr, et qu'il s'est trouvé dans une impossibilité absolue de trouver une personne capable d'exercer cette activité

(Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6074/2010 précité consid. 5.3 ; ATA/123/2013 du 26 février 2013). b. Selon les directives établies par l'ODM, 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 ( ATA/565/2012 du 21 août 2012 ; ATA/353/2012 du 5 juin 2012), les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux office régionaux de placement (ci-après : ORP) les emplois vacants, qu'ils présument ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Les ORP jouent un rôle-clé dans l'exploitation optimale des ressources offertes par le marché du travail sur l'ensemble du territoire suisse. 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. En dépit de l'importance des impératifs du marché du travail et des considérations économiques d'ordre général, il est souvent nécessaire de prendre encore en compte, lors de l'examen des demandes, d'autres critères se rapportant à la tâche de l'étranger ou à sa personne (formation, intérêts de l'État, aspects politiques et sociaux). Ainsi, par exemple, les demandes déposées par les professeurs d'université, les séjours de perfectionnement ou les demandes présentées sur la base de la réciprocité ne sauraient être examinés dans la seule optique du marché du travail (art. 32 OASA ; directives ch. 4.3.2.1). 12) En l'espèce, si la recourante a effectué des démarches en Suisse ou sur le marché européen en vue d'ouvrir vers l'extérieur les recherches de candidature pour pourvoir le poste de travail qu'elle a en définitive dévolu à Mme C\_\_\_\_\_, celles-ci ont été de faible intensité et ont débuté bien après qu'elle ait engagé cette dernière, une partie d'entre elles ayant été effectuées après le dépôt la requête auprès de l'OCPM. Ses recherches se sont limitées à l'annonce de l'ouverture du poste auprès de l'OCE, ainsi qu'à quelques recherches par voie de presse dans des journaux locaux non spécialisés, voire à des recherches succinctes via internet. S'agissant d'un poste requérant, aux dires de la recourante des compétences importantes en matière de révision, force est de constater qu'elle n'a mandaté aucune entreprise spécialisée dans la recherche de candidature de cadres de haut niveau afin de trouver, en Suisse ou sur le marché européen, un candidat ayant les capacités requises pour le poste de travail à pourvoir. 13) Dans ces circonstances, l'OCIRT était en droit de refuser de rendre une décision favorable en retenant que l'admission de l'intéressée ne représentait pas un intérêt économique prépondérant et que la recourante n'avaient pas démontré avoir respecté l'ordre de priorité accordée aux travailleurs suisses ou européens. 14) Le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).