

# GE\_GERICHTE A/2726/2012 vom 18. März 2014

GE Cour de justice, 2014-03-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2726\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2726_2012)

FR: GE\_GERICHTE A/2726/2012 du 18 mars 2014

IT: GE\_GERICHTE A/2726/2012 del 18 marzo 2014

## Regeste

; DROIT DES ÉTRANGERS ; RESSORTISSANT ÉTRANGER ; FORMATION(EN GÉNÉRAL) ; CANDIDAT ; AUTORISATION DE TRAVAIL ; SÉJOUR ; MARCHÉ DU TRAVAIL ; LIMITATION DU NOMBRE DES ÉTRANGERS ; INTÉRÊT ÉCONOMIQUE ; INTÉGRATION SOCIALE | Admission d'un recours interjeté contre un refus de l'OCIRT de délivrer un permis de travail à un étranger non ressortissant d'un pays de l'UE ou de l'AELE. Cas d'application de l'art. 21 al. 3 LEtr (étranger ayant fait ses études supérieures en Suisse et dont la demande de permis revêt un intérêt économique prépondérant). La satisfaction de ces conditions rend inopérante la règle de priorité en faveur des ressortissants suisses ou membres d'un pays de l'UE ou de l'AELE et dispense dès lors l'employeur de procéder à des recherches de candidats supplémentaires. | LEtr.18; LEtr.21.al1; LEtr.21.al3; LEtr.23

## Erwägungen

### E. 1

ère section dans la cause Monsieur T\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ S.A. représentés par Me Jean Donnet, avocat contre OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL \_\_\_\_\_ Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 avril 2013 ( JTAPI/407/2013 ) EN FAIT 1) Monsieur T\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1980, de nationalité marocaine, réside en Suisse depuis le 26 décembre 1999. Au bénéfice d'une autorisation de séjour temporaire pour formation, il a étudié les mathématiques et les systèmes de communication à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL), de 2000 à 2004. De 2004 à 2008, il a passé un diplôme d'« ingénieur des médias-orientation IT Management (communication – engineering – management) » à la haute école d'ingénieurs et de gestion du canton de Vaud (ci-après : HEIG). Entre 2009 et 2011, il a réalisé un master en « Integrates Management » (MBA) à la haute école de gestion de Fribourg (ci-après : HEG). Parallèlement à ses études, M. T\_\_\_\_\_ a travaillé comme vendeur auprès de l'entreprise C\_\_\_\_\_ de août 2002 à janvier 2005. Il a ensuite été successivement responsable des relations publiques, chef de projet pour l'intégration d'un progiciel intégré, puis responsable du marketing et des ventes dans le Moyen-Orient pour la société F\_\_\_\_\_ à Genève (tour opérateur dans les voyages de luxe de 2005 à 2008). Enfin, il a travaillé de mars 2009 à mars 2010 pour la société S\_\_\_\_\_ (société suisse active dans le domaine de la technologie et de l'information et concepteur /éditeur des solutions sectorielles de type décisionnel, standard et évolutif) en qualité de « sales & marketing manager ». 2) X\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après : X\_\_\_\_\_ ou la société) dont le siège est à Genève, a comme but « toute activité en relation de tourisme, la communication et le conseil ; agence de voyage, courriers-voyages, vente de billets d'avion et d'arrangement touristiques pour voyages privés ou voyages d'affaires, organisation de

congrès et conseils ». ![/endif]>[/if> 3) Le 12 janvier 2012, elle a fait paraître dans le journal « R\_\_\_\_\_ » (revue suisse des professionnels du tourisme) une offre d'emploi pour un « e-sales and marketing manager » dont les caractéristiques seront exposées ci-après. ![/endif]>[/if> 4) Parmi les candidatures reçues, la société a retenu celle de M. T\_\_\_\_\_ qui correspondait en tous points au profil recherché. ![/endif]>[/if> 5) Par lettres du 30 avril et du 29 mai 2012, X\_\_\_\_\_ et M. T\_\_\_\_\_ ont sollicité de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) en faveur de M. T\_\_\_\_\_ au poste susmentionné pour un salaire mensuel de CHF 6'285.-. ![/endif]>[/if> 6) Après examen de la demande par la commission tripartite pour l'économie le 12 juin 2012, l'OCIRT a refusé l'octroi de l'autorisation sollicitée par décision du 9 juillet 2012. ![/endif]>[/if> Les éléments en sa possession ne démontraient pas l'existence d'un intérêt économique prépondérant à l'engagement de M. T\_\_\_\_\_. L'employeur n'avait pas démontré non plus qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'Union européenne (ci-après : UE) ou de l'association économique de libre échange (ci-après : AELE) n'avait pu être trouvé, en application de l'ordre de priorité figurant à l'art. 21 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). 7) Le 16 juillet 2012, X\_\_\_\_\_ a alors fait paraître à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) une annonce concernant la vacance du poste à pourvoir. ![/endif]>[/if> 8) Les 16 et 30 août 2012, elle a publié à nouveau le poste dans la revue « R\_\_\_\_\_ ». ![/endif]>[/if> 9) Plusieurs candidatures ont été envoyées à cette société dont dix (y compris celle de M. T\_\_\_\_\_) ont été versées au dossier. ![/endif]>[/if> 10) Le 11 septembre 2012, M. T\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision de l'OCIRT du 9 juillet 2012 en concluant à son annulation et à la délivrance de l'autorisation. ![/endif]>[/if> 11) Par jugement du 9 avril 2013, le TAPI a rejeté le recours. ![/endif]>[/if> D'une manière générale, un étranger ne pouvait être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il était démontré qu'aucun travailleur suisse ou aucun ressortissant d'un Etat avec lequel avait été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'avait pu être trouvé (ordre de priorité de l'art. 21 LEtr). Les conditions de dérogation à cette disposition pour les étrangers titulaires d'un diplôme d'une Haute école Suisse n'étaient pas remplies en l'espèce car l'activité lucrative en cause ne revêtait pas un intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr. X\_\_\_\_\_ n'avait pas démontré avoir entrepris des recherches suffisantes, au plan local, national et européen, pour pourvoir le poste litigieux. Son souhait d'engager M. T\_\_\_\_\_ relevait de pure convenance personnelle. 12) Par acte du 13 mai 2013, M. T\_\_\_\_\_ et X\_\_\_\_\_ ont recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCIRT pour qu'il délivre l'autorisation demandée. ![/endif]>[/if> La société avait publié son offre d'emploi en janvier 2012 dans la revue « R\_\_\_\_\_ » parce qu'elle ignorait son obligation d'annoncer la vacance de ce poste auprès de l'OCE. Elle n'avait pas envisagé de sonder le marché du travail européen car le poste à pourvoir nécessitait de la part des candidats une bonne connaissance de la géographie de la Suisse, de son tourisme et de sa culture. Il s'agissait en effet d'augmenter le nombre de nuitées et de produits dérivés vendus en Suisse à des clients originaires du Moyen-Orient. Elle avait besoin d'un ingénieur qualifié pour gérer un progiciel intégré de gestion modulable qu'elle avait acquis pour un prix de plus de CHF 200'000.- et pour mettre en place de nouveaux outils de gestion. Cette tâche était particulièrement complexe et nécessitait des connaissances techniques

spécifiques, en plus des autres qualités requises pour le poste. M. T\_\_\_\_\_ correspondait parfaitement au profil recherché. Il avait accompli avec succès toutes ses études supérieures en Suisse et obtenu un diplôme d'ingénieur des médias ainsi qu'un master en management. Un nouveau contrat avait été conclu entre la société et M. T\_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> avril 2013 (conditionné à l'obtention du permis de travail demandé), prévoyant une rémunération mensuelle brute de CHF 9'500.-, soit une augmentation de plus de CHF 3'000.- par mois par rapport au salaire qui lui avait été initialement proposé. Cette modification témoignait de la difficulté qu'avait eu X\_\_\_\_\_ à trouver une personne ayant le profil requis. Plusieurs publications officielles attestaient d'une pénurie d'ingénieurs en Suisse s'élevant à plusieurs milliers de postes, qui atteignait l'Europe entière. Ainsi, si M. T\_\_\_\_\_ ne pouvait se voir délivrer l'autorisation demandée sur la base de l'art. 21 al. 3 LEtr (conditions applicables aux étrangers titulaires d'un diplôme d'une Haute école suisse), il devait se la voir accorder en vertu de l'art. 21 al. 1 LEtr, en raison de son profil spécifique qu'aucune des candidatures reçues n'avait pu égaler. 13) Le 15 mai 2013, le TAPI a déposé son dossier. 14) L'OCIRT a déposé ses observations le 14 juin 2013. Il conclut au rejet du recours pour les mêmes motifs que ceux développés par le TAPI dans son jugement. Il contestait par ailleurs qu'il existe en Suisse une pénurie d'ingénieurs en informatique. En effet, cent quatre-vingt-six ingénieurs en logiciel et trente-deux ingénieurs en génie logiciel étaient inscrits au chômage en Suisse à la date du 4 juin 2013. Par ailleurs, une vingtaine de diplômés d'ingénieurs des médias étaient délivrés chaque année par la HEIG du canton de Vaud. Enfin, en cas d'admission du recours, l'approbation de l'autorité fédérale était réservée. 15) Les recourants ont répliqué le 17 juillet 2013. Les chiffres avancés par l'OCIRT confirmaient l'existence d'une pénurie d'ingénieurs en Suisse. En effet, sachant que cette catégorie regroupait un ensemble de spécialités (et non uniquement celle recherchée) et que, sur les 131'290 personnes inscrites au chômage en Suisse, les chiffres allégués correspondaient à 0,16 % de ces chômeurs, cette catégorie atteignait l'une des plus basses proportions des chômeurs, tous secteurs confondus. En outre, les qualités d'ingénieur des médias devaient être doublées, pour le poste litigieux, à des compétences en management, à des compétences linguistiques (arabe en langue maternelle et anglais courant), à une connaissance de l'industrie du tourisme, des outils informatiques correspondants et d'une connaissance de la Suisse. La main d'œuvre pour le poste à pourvoir était extrêmement rare, voire inexistante. 16) Le 22 juillet 2013, les parties ont été informées que la cause était 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) Le litige porte sur le droit de M. T\_\_\_\_\_ de séjourner en Suisse en y exerçant une activité lucrative. 3) M. T\_\_\_\_\_ étant de nationalité marocaine, 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 Etat 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). 7) Selon la directive de l'office fédéral des migrations (ci-après : la directive), 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'oeuvre suffisante. Il s'agit, en règle générale, d'activités dans les domaines de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou encore pour mettre en application le savoir-faire acquis dans des domaines d'activités qui revêtent un intérêt économique prépondérant (ch. 4.4.7).

L'admission de cette catégorie de personnes a lieu sans examen des règles sur l'ordre de priorité des travailleurs (art. 21, al. 3, LETr ; ATAF C-6074/2010 du 19 avril 2011). 8) a. En l'espèce, X\_\_\_\_\_ expose être un grossiste international qui vend des nuitées et des services touristiques dans le monde. 55 % de son chiffre d'affaires provient du marché oriental. Cette société vend environ 10'000 nuitées/an en Suisse, en plus des produits touristiques dérivés (excursions, transferts, shopping, etc), à la clientèle du Moyen-Orient. Elle a créé un poste de « E-Commerce, Sales and Marketing Manager Middle East Market » pour développer informatiquement sa centrale de réservation en ligne des produits destinés aux ressortissants du Moyen-Orient. Le cahier des charges de ce poste est, outre de développer les outils techniques de l'e-commerce dans l'entreprise, d'accroître le porte-feuille de ses clients moyen-orientaux (prospection commerciale dans ces pays), identifier leurs besoins en matière touristique, établir une stratégie de marketing et un plan commercial annuel (établissement de business plans, indicateurs marketing, merchandising et financiers pour détecter et proposer des actions correctives, cas échéant), développer la communication et la visibilité de l'entreprise en représentant la société dans les salons et foires internationales du tourisme, créer de nouveaux outils promotionnels et un système de veille concurrentielle et enfin, gérer l'équipe opérationnelle (management, encadrement).

b. M. T\_\_\_\_\_ est diplômé d'une haute école suisse. Il détient un diplôme d'ingénieur des medias, ainsi qu'un master en Integrated management, respectivement délivrés par les HES du canton de Vaud et de Fribourg. Il est donc bien, voire hautement qualifié au sens de la directive précitée. Il est de langue maternelle arabe, maîtrise parfaitement le français et parle l'anglais courant. Il dispose d'un portefeuille de clients du Moyen-Orient, acquis lors de ses années d'expérience professionnelle et des salons qu'il a fréquentés. Il maîtrise les logiciels spécifiques au domaine du tourisme et dispose des connaissances techniques pour développer les outils de réservation de l'e-commerce. Il connaît la Suisse, où il vit depuis plus de douze ans. 9) Les formations académiques acquises, certes exigeantes, ne justifieraient pas à elles seules 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 du 19 avril 2011). Force est cependant d'admettre qu'en l'espèce, le profil spécifique recherché par l'employeur regroupe un ensemble de compétences dont la réunion en une seule personne est rare. Les neuf candidatures produites attestent de cette réalité. Celles-ci ne regroupent, à l'exception d'une personne, que des

candidats étrangers, ressortissants de l'UE ou de l'AELE. Parmi ceux-ci, une seule candidate parle l'arabe couramment. Si ces candidats disposent de certaines des qualités nécessaires pour le poste, aucune ne les réunit toutes, loin s'en faut. Plusieurs des compétences recherchées manquent : compétences techniques en ingénierie (technologie de l'information dans les logiciels spéciaux utilisés), compétences managériales (MBA), maîtrise des trois langues indispensables pour le poste (arabe en langue maternelle, français parfait et anglais courant), expérience professionnelle dans le domaine du tourisme et de l'e-commerce, connaissance de la Suisse et de ses lieux touristiques. !endif]>![if> L'offre de main-d'œuvre ne doit pas s'analyser sur la seule base des compétences informatiques (formation d'ingénieur) mais se rapporter à toutes les exigences requises pour le poste. Or, en l'espèce, ces compétences sont multiples. Elles impliquent en outre la mise en œuvre de nouvelles technologies dans le domaine du tourisme suisse, de sorte que l'admission de la demande sert les intérêts de l'économie suisse et doit être considérée comme revêtant un intérêt scientifique ou économique prépondérant au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr. 10)

L'admission des diplômés des hautes écoles suisses ayant lieu sans examen de l'art. 21 al. 1 LEtr sur l'ordre de priorité des travailleurs, les recherches de candidats par X\_\_\_\_\_ n'étaient pas exigées par la loi (art. 21 al. 3 LEtr et directive ch 4.4.7). Cette réglementation est à mettre en parallèle avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du nouvel art. 27 LEtr destiné à faciliter l'admission des étrangers diplômés d'une haute école suisse et ne subordonnant plus l'autorisation de séjour des étudiants à une garantie de leur sortie de Suisse à la fin de leurs études (RO 2010 5957 ; FF 2010 373, notamment p. 391).!endif]>![if> 11) Enfin, selon l'art. 23 LEtr, en cas d'octroi d'une autorisation de séjour, la qualification professionnelle de l'étranger, sa capacité d'adaptation professionnelle et sociale, ses connaissances linguistiques et son âge doivent en outre laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social.!endif]>![if> En l'espèce, il n'est pas douteux que M. T\_\_\_\_\_, qui maîtrise parfaitement le français, est en Suisse depuis plus de douze ans, y a effectué toutes ses études supérieures et travaillé à la satisfaction de ses employeurs, remplit ces conditions.

12) Le recours sera ainsi admis. La cause sera renvoyée à l'OCIRT pour qu'il délivre l'autorisation litigieuse et poursuive l'instruction de la demande.!endif]>![if> 13) Malgré l'issue du recours, aucun émolument ne sera mis à la charge de l'OCIRT (art. 87 al. 1, 2ème phrase, LPA). En revanche, les recourants, qui sont représentés par le même avocat, se verront octroyer une indemnité conjointe de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'Etat de Genève.!endif]>![if> \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.