

# **GE\_GERICHTE A/982/2022 vom 2. Mai 2023**

GE Cour de justice, 2023-05-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_982\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_982_2022)

FR: GE\_GERICHTE A/982/2022 du 2 mai 2023

IT: GE\_GERICHTE A/982/2022 del 2 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 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).!

### **E. 2**

L'objet du litige porte sur le refus de l'OCIRT de délivrer à la société recourante une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur du recourant.!

#### **E. 2.1**

La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et ses ordonnances, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie 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), ce qui est le cas pour les ressortissants du Mali.!

#### **E. 2.2**

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. 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/361/2020 du 16 avril 2020 consid. 4b et les arrêts cités). ! Les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation. En raison de sa formulation potestative, l'art. 18 LEI ne confère aucun droit à l'autorisation sollicitée (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_30/2020 du 14 janvier 2020 consid. 3.1 ; ATA/361/2020 du 16 avril 2020 ; ATA/1660/2019 du 12 novembre 2019). 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 [ci-après : TAF] C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 3). Selon le ch. 4.3.1 des Directives du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), domaine des étrangers, 2013, état au 1<sup>er</sup> février 2023 (ci-après : Directives du SEM) qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré et pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable ( ATA/1660/2019 précité consid. 4c), l'autorité doit apprécier le cas en tenant compte en particulier de la

situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer. S'agissant de l'implantation d'une entreprise, il est admis que le marché suisse du travail tire durablement profit de l'implantation lorsque la nouvelle entreprise contribue à la diversification de l'économie régionale dans la branche concernée, obtient ou crée des places de travail pour la main-d'œuvre locale, procède à des investissements substantiels et génère de nouveaux mandats pour l'économie helvétique (Directives du SEM ch. 4.7.2.1 ; arrêts du TAF C-2485/2011 du 11 avril 2013 et C-7286/2008 du 9 mai 2011).

### **E. 2.3**

La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle concerne au premier chef le domaine du marché du travail. Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 3536). 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-8717/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5.1 ; ATA/1147/2018 du 30 octobre 2018 consid. 7c ; ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 4c ; Marc SPESCHA/Antonia KERLAND/Peter BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, 2 e éd., 2015, p. 173 et ss). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes (Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 et les références citées). L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, op. cit., p. 146 et les références citées).!

### **E. 2.4**

L'autorisation doit également s'inscrire dans les limites du contingent fixé par le Conseil fédéral (art. 20 LEI), selon un nombre maximum fixé dans l'annexe 2 OASA. L'art. 20 al. 1 1 ère phr. LEI prévoit plus particulièrement que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33 LEI) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Cette compétence se trouve mise en œuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA. Plus particulièrement, 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 (arrêt du TAF C-5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 7.1). 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.!

### **E. 2.5**

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.![endif]>![if> 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 1<sup>er</sup> avril 2013 ; ATA/401/2016 précité). Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement (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 du SEM, 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 du SEM, 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). 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 (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 (ATA/2/2015 du 6 janvier 2015 consid. 2c).

## **E. 2.6**

À teneur de l'art. 96 LEI, les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration (al. 1). Lorsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire (al. 2).!

## **E. 2.7**

En l'occurrence, la société est active dans le développement et la gestion de projets dans le champ de l'éducation spécialisée, de l'économie sociale et solidaire, le développement, la coordination et la gestion d'outils. Elle a pour objectif d'accompagner les personnes les plus vulnérables en complément de l'intervention des institutions étatiques, en leur proposant plusieurs mesures, dont l'assistance personnelle, l'intervention en milieu ouvert, l'accompagnement psychosocial et la réinsertion. Ainsi que l'a relevé le représentant de l'OCIRT en audience, une telle activité n'est pas susceptible de générer de la richesse, permettre des entrées fiscales ou engager des profils spécialisés dans le domaine de l'innovation. On ne peut toutefois exclure que dite activité ait pour effet de favoriser une évolution économique durable qui tienne compte des aspects politiques et sociaux du pays (FF 2002 3469, p. 3486). La question de savoir si l'activité du recourant sert les intérêts du pays peut néanmoins rester ouverte, compte tenu de ce qui suit. Comme exposé précédemment, l'art. 21 al. 1 LEI prévoit qu'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. Pour déterminer si l'ordre de priorité prévu par cette dernière disposition a été respecté par la société recourante, il convient donc d'examiner si cette société a démontré à satisfaction de droit qu'elle a entrepris des recherches suffisantes afin de repourvoir le poste en question par un coordinateur social et juridique indigène ou ressortissant d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, conformément à l'art. 21 al. 1 LEI, et s'est trouvée dans l'impossibilité de recruter, dans cette catégorie de personnes, un candidat apte à exercer l'emploi à repourvoir. En l'occurrence, entendus en audience, les représentants de la société ont expliqué avoir reçu le recourant en entretien en mars 2021. Suite à cet entretien, la société a formé une première demande de permis de travail en mars 2021. Après avoir été informée de son obligation de privilégier les candidatures suisses, la société a enregistré une offre d'emploi le 3 juin 2021 dans la base de données de l'OCE. Cette offre n'a cependant pas été publiée sur d'autres sites. Faute d'avoir trouvé un candidat pour le poste, la société a conclu, le 15 juillet 2021, un contrat de travail avec le recourant. Suite au refus de l'OCIRT de donner une suite favorable à la demande de la société d'engager le recourant, la société a publié une deuxième offre d'emploi le 2 septembre 2021, dont la durée de validité a été fixée au 2 octobre 2021. Entre-temps, le 8 septembre 2021, la société a à nouveau conclu un contrat de travail avec le recourant. Compte tenu de la chronologie des événements, en particulier de la brièveté des démarches entreprises par la société après avoir annoncé – à deux reprises – à l'OCIRT sa volonté d'engager le recourant, tout porte à croire que son choix s'était en réalité déjà porté sur la candidature du recourant et qu'elle n'avait aucunement l'intention d'engager une autre personne. En effet, lorsque les premières recherches ont été entreprises, la recourante souhaitait déjà engager l'intéressé. Il est ainsi difficile de suivre la société recourante lorsqu'elle affirme avoir fait tout son possible pour trouver des candidats sur les

marchés indigène ou européen. Conformément à la jurisprudence citée ci-avant, les obligations en la matière exigeaient d'effectuer des annonces dépassant le seul marché suisse, étant précisé que la publication par l'OCE de l'annonce dans le système EURES ne suffit pas. Comme le relève le TAPI, il est en effet douteux, si ce n'est illusoire, de penser que les personnes à la recherche d'un emploi se contentent de naviguer sur des sites Internet suisses ou sur le portail EURES dans le cadre de leurs prospections. On peut certes suivre les recourants lorsqu'ils évoquent la difficulté à trouver, sur le marché du travail européen, une personne disposant d'une bonne connaissance tant du droit suisse que du réseau genevois pour résoudre les problèmes administratifs et juridiques des personnes en situation de détresse. Il n'en reste pas moins que la société aurait pu étendre ses recherches à plus grande échelle en publiant des annonces sur des sites Internet spécialisés, dans la presse spécialisée, ou les réseaux sociaux. Or, il ressort des enquêtes que l'annonce du 3 juin 2021 n'a été enregistrée que dans la base de données de l'OCE. La société a certes indiqué avoir étendu ses recherches en septembre 2021 en publiant son offre d'emploi sur trois sites, soit « Q\_\_\_\_\_ », « R\_\_\_\_\_ » et sur le site S\_\_\_\_\_. L'annonce auprès de l'OCE du 2 septembre 2021 a toutefois été suivie, six jours après, par la conclusion d'un contrat de travail avec le recourant, et cela alors même que les candidats disposaient d'un délai échéant au 2 octobre 2021 pour déposer leur candidature. On peut ainsi douter du sérieux des démarches entreprises à ce moment-là en vue de trouver un coordinateur social et juridique autre que le recourant. C'est le lieu de rappeler que les 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. Les représentants de la société ont expliqué en audience que leur but était de prouver à l'OCIRT que la société avait la capacité financière pour engager une personne à temps plein. La chambre de céans ne voit cependant pas en quoi la conclusion d'un contrat de travail serait susceptible de le démontrer, étant précisé que la description de l'offre d'emploi mentionnait déjà que la société cherchait un coordinateur à 100%. Les pièces comptables de la société recourante auraient sans doute été mieux à même de prouver ce point. On notera, au passage, que s'agissant de la possibilité pour un étranger titulaire d'un diplôme d'une haute école suisse d'être admis si son activité lucrative revêt un intérêt scientifique ou économique prépondérant, il est observé que le recourant a obtenu son « CAS Management de projet appliqué » de la Haute école de gestion de Genève en 2014, de sorte que son engagement souhaité auprès de la recourante ne s'inscrit pas dans le délai de six mois applicable à l'exception prévue par l'art. 21 al. 1 al. 3 LEI. La particularité du profil recherché, à savoir un coordinateur social et juridique maîtrisant l'arabe et l'anglais, diplômé en intervention sociale, avec un Bachelor ou un Master en droit suisse, une expérience d'au moins cinq ans dans le secteur social et une connaissance du réseau genevois, rendait la recherche de candidats difficile. Il n'est au demeurant pas contesté que le profil du recourant, dont les qualifications professionnelles ne sont pas contestées, correspond parfaitement aux critères recherchés par la société. Outre le fait qu'il maîtrise de nombreuses langues et est titulaire de diplômes reconnus dans les domaines juridique et social, il bénéficie d'une solide expérience du terrain ainsi que d'une très bonne connaissance du réseau social genevois. Ainsi que l'ont relevé les différents employeurs ayant collaboré avec le recourant, en particulier les M\_\_\_\_\_, il offre ainsi une sensibilité culturelle précieuse permettant de dénouer des situations délicates et de nouer des liens de confiance privilégiés avec des personnes en situation de détresse. Il a, par ailleurs, obtenu des certificats de travail élogieux, notamment de la part des M\_\_\_\_\_, de la L\_\_\_\_\_, de la Ville de Genève, de

l'association genevoise pour l'ethnopsychiatrie et du O\_\_\_\_\_. Ces éléments ne justifiaient pas pour autant une exception au principe de la priorité dans le recrutement, tel que la loi en vigueur la prévoit, étant rappelé que l'autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative est soumise à des conditions strictes. Dans ces circonstances, l'OCIRT pouvait retenir sans violer la loi ni commettre d'abus de son pouvoir d'appréciation, que les recourants n'avaient pas démontré que la société se trouvait dans l'impossibilité de trouver un travailleur correspondant aux exigences du poste sur le marché local ou européen, après avoir entrepris toutes les recherches utiles pouvant être exigées d'elle. En l'absence du respect de l'ordre de priorité de l'art. 21 al. 1 LEI, qui constitue une condition légale cumulative à d'autres (art. 18 let. c cum 21 al. 1 LEI) en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative, la décision de l'OCIRT est conforme au droit. Mal fondé, le recours sera rejeté.

### **E. 3**

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge solidaire des recourants, qui ne se verront pas allouer d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).!

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