

GE_GERICHTE ATA/563/2012 vom 21. August 2012

GE Cour de justice, 2012-08-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_563_2012

FR: GE_GERICHTE ATA/563/2012 du 21 août 2012

IT: GE_GERICHTE ATA/563/2012 del 21 agosto 2012

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

Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 LPA). Toutefois, les juridictions administratives ne peuvent revoir l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA).

E. 3

La recourante estime que le TAPI a fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des faits et moyens de preuves.

E. 4

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 138 I 49 consid. 7.1 p. 51 et arrêts cités). A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, si elle a été adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 ; 132 III 209 consid. 2.1 p. 211 ; Arrêt du Tribunal fédéral 9C_227/2012 du 11 avril 2012). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 ; ATF 136 I 316 consid. 2.2.2 p. 318 ; ATF 134 II 124 consid. 4.1 p. 133 et les arrêts cités).

Appelée à examiner le caractère arbitraire d'une décision, la chambre de céans suit le raisonnement du Tribunal fédéral en la matière (ATA/342/2012 du

E. 5

L'exercice d'une activité lucrative par un étranger est soumis à autorisation, quelle que soit la durée de son séjour (art. 11 LEtr).

E. 6

Conformément à l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions cumulatives suivantes :

- 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 sont remplies.

- 7/12 - A/1037/2011

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, p. 3485 s. et p. 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 ; M. SPESCHA/A. KERLAND/P. BOLZLI, Handbuch zum Migrationsrecht, Zurich 2010, p. 137 ; art. 23 al. 3 LEtr).

E. 7

L'art. 18 LEtr étant rédigé en la forme potestative, les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (M. SPESCHA in M. SPESCHA/H THÜR/A. ZÜND/P. BOLZLI, Migrationsrecht, Zurich 2009, 2ème édition, ch. 2 ad art. 18 LEtr p. 57 ; cf. dans le même sens L. OTT, in M. CARONI/T. GÄCHTER/D. THURNHERR, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Berne 2010, n° 5 ad remarques art. 18-29 LEtr p. 149s. ; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, op. cit., pp. 123 et 134).

E. 8

Le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 20 al. 1 LEtr).

E. 9

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 (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'Union européenne ou de l'AELE ne peut être recruté (Message précité, p. 3537 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral C_2907/2010 du 18 janvier 2011 consid. 7.1 et 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/342/2012 du 5 juin 2012).

E. 10

La procédure de demande d'autorisation de séjour à la base du présent litige a été initiée en 2011, soit après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2008, de la LEtr. La cause est soumise au

nouveau droit (art. 126 al. 1 LEtr a contrario ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C_114/2009 du 4 août 2009 consid. 2.3 ; 2C_98/2009 du 10 juin 2009 consid. 1.4 ; 2C_745/2008 du 24 février 2009 consid. 1.2.3 et la jurisprudence citée). Le cas est ainsi régi par cette dernière, sous réserve de l'ALCP.

- 8/12 - A/1037/2011

E. 11

Les ressortissants de la CE et de l'AELE ainsi que les membres de leur famille reçoivent une autorisation d'établissement CE/AELE de durée indéterminée sur la base de l'art. 34 LEtr et des art. 60 à 63 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), en conformité avec les conventions d'établissement conclues avec la Suisse (art. 5 de l'ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 22 mai 2002 - OLCP - RS 142.203).

E. 12

Le 1er juin 2009 est entré en vigueur le Protocole à l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, du 27 mai 2008 (PA 2 ALCP - RS 0.142.112.681.1). Les deux annexes à ce protocole en font partie intégrante (art. 5 ch. 1 PA 2 ALCP).

Selon l'annexe II PA 2 ALCP, la Suisse donne provisoirement accès à son marché de l'emploi aux citoyens des nouveaux Etats membres, sur la base de sa législation, avant l'entrée en vigueur des dispositions provisoires prévue par ledit protocole ; à cette fin, la Suisse ouvre des contingents spécifiques pour des permis de travail de courte et de longue durée, au sens de l'art. 10 al. 1 ALCP en faveur de citoyens des nouveaux Etats membres, à compter de la date de signature du PA 2 ALCP. Ces contingents annuels sont de 282 permis de longue durée et de 1'006 permis de courte durée.

Jusqu'à la fin de la période transitoire, qui s'étend en l'état jusqu'au 31 mai 2014 (RO 2011 4127) mais pourra être prolongée au maximum jusqu'au 31 mai 2016, la Suisse applique dès lors ces nombres maxima spécifiques, ainsi que les prescriptions du marché du travail. En effet, le PA 2 ALCP a incorporé à l'ALCP un nouvel art. 10 al. 2b, selon lequel la Suisse, la Bulgarie et la Roumanie peuvent, jusqu'à la fin de la deuxième année à compter de l'entrée en vigueur dudit protocole concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, maintenir, à l'égard des travailleurs de l'une de ces parties contractantes employés sur leur territoire, les contrôles de la priorité du travailleur intégré dans le marché régulier du travail et des conditions de salaire et de travail applicables aux ressortissants de l'autre partie contractante en question.

E. 13

Dans ses ultimes observations, le M_____ a admis avoir signé avec M. C_____ le contrat de travail le 20 décembre 2010, déposé une demande de

- 9/12 - A/1037/2011 permis de travail le 5 janvier 2011 et annoncé la vacance du poste à l'OCE le 3 février 2011.

Quant aux annonces parues sur divers sites internet, une seule prévoit une entrée en fonction le 1er novembre 2010 et devrait donc être antérieure à cette date, mais les autres ne sont effectivement pas datées comme l'a relevé l'OCIRT dans sa réponse. De plus et malgré les allégués de la recourante, l'exigence de la connaissance du roumain n'est pas avérée, le représentant de le M_____, lors de l'audience de comparution personnelle devant le TAPI, ayant lui-même déclaré que les membres du club s'entretenaient avec les musiciens soit en anglais, soit en italien, soit en français. De plus, le roumain est une langue latine et non slave. Enfin, il apparaît que la justification de la présence de M. C_____ à Genève résulte surtout de l'état de santé de sa sœur, laquelle est au bénéfice d'un permis de séjour pour ce motif. Il n'en demeure pas moins qu'en application de l'art. 61 al. 2 LPA, la chambre de céans ne peut statuer en opportunité, de sorte que cet élément ne peut être pris en considération (ATA/353/2012 du 5 juin 2012). Par ailleurs, le TAPI a fait une application correcte des dispositions transitoires précitées valables jusqu'au 31 mai 2014 régissant le statut juridique des citoyens de la Bulgarie et de la Roumanie auquel est applicable, depuis le 1er juin 2009, le protocole II à l'ALCP ainsi que les directives et commentaires de l'office fédéral des migrations concernant l'ALCP dans sa version du 1er juin 2009.

E. 14

En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021 - ATF 121 II 478 consid. 2b, ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées).

Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/12/2012 du 10 janvier 2012 consid. 3 ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c). En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ; ATF 121 II 473 consid. 2b ; ATF 117 Ib 226 consid. 4b ; ATF 104 Ib 49). C'est donc à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les directives précitées (ATA/69/2012 du 31 janvier 2012).

E. 15

Au vu de ce qui précède et du type de l'activité qu'entend déployer M. C_____, il apparaît que le TAPI était fondé à considérer, de même que

- 10/12 - A/1037/2011 l'OCIRT, que le M_____ n'avait pas respecté le principe de priorité. En conséquence, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante.

Vu l'issue du litige, il ne lui sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 LPA). * * * * *

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