

GE_GERICHTE A/1037/2011 vom 21. August 2012

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1037_2011

FR: GE_GERICHTE A/1037/2011 du 21 août 2012

IT: GE_GERICHTE A/1037/2011 del 21 agosto 2012

Erwägungen

E. 1

L'association D_____ (ci-après : AM_____), inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 11 février 2011, est une association qui exploite le M_____ à Vernier.

E. 2

Monsieur C_____, né le _____ 1986, est ressortissant de Roumanie.

E. 3

Le 5 janvier 2011, le M_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour de longue durée (permis B-CE/AELE) avec activité lucrative en faveur de M. C_____, en qualité de technicien « spécialisé audio-light ». Elle a joint à sa demande un contrat de travail signé le 20 décembre 2010 prévoyant un salaire mensuel de CHF 4'000.- bruts avec entrée en fonction le 1^{er} janvier 2011.

E. 4

Le 18 février 2011, par l'intermédiaire de son conseil, le M_____ a fait parvenir à l'OCP le curriculum vitae de M. C_____ et le formulaire « Nous cherchons » du 3 février 2011. L'intéressé n'avait pas de diplôme, mais au vu de son expérience professionnelle, il pourrait assumer tant les fonctions d'un technicien que les tâches d'entretien et de réparation du matériel. Cette polyvalence était complétée par le fait que la présence de M. C_____ durant les concerts permettrait d'éviter les vols ou déprédations de matériel. La connaissance de la langue roumaine était par ailleurs un avantage pour le M_____ qui recevait de plus en plus d'artistes internationaux parlant cette langue. Enfin, M. C_____ devait rester à Genève pour venir en aide à sa sœur, gravement handicapée et nécessitant un soutien permanent.

E. 5

Après avoir soumis le dossier de M. C_____ à la commission tripartite, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé de préavisser favorablement la demande de permis, l'employeur n'ayant pas démontré qu'il avait cherché à engager préalablement un travailleur issu du marché du travail national correspondant aux exigences requises avant de solliciter l'engagement de M. C_____.

E. 6

Le 8 avril 2011, le M_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) en concluant à l'annulation de la décision en question et à l'octroi de l'autorisation sollicitée. Malgré les annonces qu'elle avait fait paraître dans la presse et sur internet, elle n'avait reçu que cinq candidatures.

Quatre candidats s'étaient désistés. Il ne restait plus que M. C_____. Celui-ci remplissait toutes les exigences requises pour cette fonction et se distinguait de plus par la maîtrise du roumain, cette langue étant indispensable, de plus en plus d'artistes provenant dorénavant d'Europe de l'est. De plus, l'exercice de cette activité la nuit permettait à M. C_____ de s'occuper de sa sœur handicapée. Le M_____ a produit différentes annonces qu'elle avait fait paraître pour le poste de « technicien audio et light spécialisé dancing » avec une expérience suffisante et la maîtrise de la langue roumaine.

E. 7

Le 7 août 2011, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. Non seulement, la vacance du poste avait été annoncée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) après la signature du contrat avec l'intéressé. L'exigence de la langue roumaine n'avait pas été démontrée, l'anglais dans ce secteur étant couramment pratiqué. Enfin, le M_____ n'avait pas prouvé avoir effectué tous les efforts de recrutement nécessaires sur le plan national et international. Par ailleurs, M. C_____ avait déposé, en 2007, une demande de permis de travail en qualité de préparateur/nettoyeur automobiles. Suite au rejet de cette demande, un délai au 6 avril 2007 lui avait été imparti pour quitter la Suisse. Les parties ont répliqué et dupliqué, respectivement les 21 juillet et 8 août 2011 en persistant dans leurs conclusions.

E. 8

Entendu en audience de comparution personnelle par le TAPI le 13 mars 2012, le représentant de le M_____ a déclaré que les annonces avaient paru dans la presse et sur internet dès septembre 2010, soit avant la signature du contrat avec M. C_____. En raison des heures de travail nocturnes, plusieurs candidats s'étaient désistés ; un seul avait commencé à travailler, mais avait renoncé à cette activité quelques semaines plus tard en raison des horaires de travail. Le poste à pourvoir nécessitait la connaissance du roumain car les équipes travaillant avec les disc-jockeys étaient souvent de nationalité roumaine. Quant aux responsables du club, ils communiquaient avec les artistes en français, en anglais ou en italien. Enfin, l'engagement de cette personne n'avait rien à voir avec les problèmes de santé rencontrés par la sœur de celle-ci.

E. 9

Par jugement du 13 mars 2012, le TAPI a rejeté le recours, considérant en substance que le M_____ n'avait pas démontré avoir effectué des recherches suffisantes avant le dépôt de la demande d'autorisation de travail pour M. C_____ dont l'engagement relevait avant tout de convenance personnelle. La nécessité de maîtriser le roumain n'avait nullement été démontrée et l'exigence posée par l'employeur à cet égard avait constitué un frein pour bon nombre de candidats. Enfin, M. C_____ ne semblait pas bénéficier de compétences professionnelles particulières. Le principe de priorité n'avait pas été respecté.

E. 10

Le 11 mai 2012, le M_____ a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en reprenant ses explications et ses conclusions et en concluant à l'annulation du jugement attaqué ainsi qu'à l'octroi de l'autorisation sollicitée. Elle a produit des extraits du site Google datant de février 2011 attestant qu'elle recherchait un technicien spécialisé et des extraits datés d'avril 2011 dans le même sens et dont il résultait que la personne recherchée devait parler couramment français, anglais et roumain. Sur le site Jobwinner.ch, une annonce du même type, non datée, prévoyait une entrée en fonction le 1^{er} novembre 2010. Le 3 février 2011,

le M_____ avait par ailleurs annoncé à l'OCE le poste en question avec la mention « connaissances de la langue roumaine indispensable ». Enfin, les courriers de quatre candidats ayant renoncé à ce poste étaient produits, trois d'entre eux invoquant des horaires qui ne leur convenaient pas et le quatrième des motifs financiers. C'était la raison pour laquelle le M_____ avait déposé sa demande auprès de l'OCIRT le 18 février 2011. De plus, M. C_____ alléguait devoir rester à Genève pour venir en aide à sa sœur, gravement handicapée suite à un accident. Enfin, l'extrait de divers sites de 2010 et 2011, dont l'un intitulé « une déferlante roumaine s'abat sur l'Europe », attestait du fait que de nombreux artistes, disc-jockeys et producteurs, provenaient de ce pays. Plusieurs certificats médicaux relataient de l'état de santé de Madame C_____, née le _____ 1976, domiciliée à Genève, qui avait, depuis l'été 2010, connu une bonne récupération de la marche tout en souffrant de cervicalgies et cervico-brachialgies nécessitant un traitement médicamenteux conséquent rendant toute reprise d'une activité professionnelle impossible. Le médecin était réticent à envisager une troisième opération. L'intéressée souffrait également d'un état dépressif tout au moins en 2010. En avril 2011, le M_____ avait fait insérer des offres d'emploi dans le Genève-Home-Information, démontrant par là qu'elle poursuivait activement ses recherches par voie de presse. Le TAPI avait considéré à tort que les conditions de l'art. 10 al. 2 let. a de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) n'étaient pas réunies. En effet, comme le démontraient les pièces produites, dès le mois de septembre 2010, le M_____ avait fait paraître des offres d'emploi sur des sites spécialisés ainsi que sur son propre site internet. Ces annonces étaient antérieures à la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée pour M. C_____. Dès la parution de ces annonces, le critère de la langue, soit en particulier l'exigence du roumain, avait été mentionnée. Ce poste vacant avait été annoncé en janvier 2011 à l'OCE, soit avant la signature du contrat de travail avec M. C_____, et l'OCE n'avait adressé aucun candidat à l'employeur potentiel. Non seulement M. C_____ disposait d'une expérience certaine en qualité de technicien « audio-light show » pour avoir travaillé en Roumanie dans ce secteur mais l'exigence de la connaissance du roumain n'était pas fantaisiste, dès lors que de nombreux musiciens des pays de l'est étaient amenés à se produire en Suisse. Si l'anglais était utile, le roumain offrait un avantage certain. Le TAPI avait écarté cette exigence au motif qu'elle n'était pas avérée, sans autre considération et l'appréciation du TAPI était arbitraire. Enfin, M. C_____ apportait à sa sœur, victime d'un accident en 2006, de l'aide et un soutien moral depuis cette date puisqu'il constituait sa seule et unique famille à Genève. Sa sœur souffrait de séquelles permanentes des membres inférieurs entraînant de sérieux problèmes de motricité, ce qui l'empêchait d'exercer une quelconque activité professionnelle. Cette atteinte à l'intégrité physique était aggravée par un trouble dépressif récurrent, l'intéressée étant d'ailleurs au bénéfice d'un permis de séjour lié à son état de santé. Le M_____ terminait son recours de la manière suivante : « dans l'examen de l'opportunité de la poursuite du séjour en Suisse de M. C_____, la chambre prendra en considération le rôle d'intérêt social joué par l'intéressé. »

E. 11

Le 12 juin 2012, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, M. C_____ n'étant pas un spécialiste au sens de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Quant aux annonces parues sur les sites internet, aucune n'était datée. L'OCIRT mettait en doute la nécessité de connaître le roumain pour l'exercice de cette activité, les

nombreux artistes roumains se produisant en Europe parlant tous peu ou prou l'anglais, voire le français ou l'italien. Enfin, la procédure exigée d'un employeur avant tout engagement d'un ressortissant de l'Union européenne-2 ou d'un Etat tiers ne relevait pas d'un formalisme excessif, mais visait au respect des art. 18, 20 ss LEtr ainsi que de l'ALCP. La situation de la sœur de M. C_____ constituait en réalité la vraie raison de la demande de le M_____, celle-ci se dispensant de rechercher du personnel puisque M. C_____, qu'elle avait déjà employé à titre bénévole dès 2006, lui convenait. L'OCIRT maintenait que la vacance du poste n'avait été annoncée par le M_____ à l'OCP que le 3 février 2011, la demande de permis de travail datant du 5 janvier 2011.

E. 12

Invité à déposer d'éventuelles observations au sujet de cette réponse, le conseil de le M_____ a sollicité préalablement un délai complémentaire puis s'est déterminé le 31 juillet 2012 en admettant que l'annonce à l'OCE était postérieure au dépôt de la demande de permis de travail. Si certaines annonces n'étaient pas datées, le texte de celles-ci suffisait à démontrer qu'elles étaient parues antérieurement au dépôt de la demande d'autorisation de séjour puisque l'une d'elles prévoyait une date d'entrée en fonction au 1 er novembre 2010. Le contrat avec M. C_____ avait été signé le 20 décembre 2010. Pour le surplus, le M_____ a réitéré ses explications sans apporter de nouvel élément.

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 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 1 er 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 1 er 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 1 er 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 l'OCIRT, que le M_____ n'avait pas respecté le principe de priorité. En conséquence, le recours sera rejeté. Un émoulement 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.