

GE_GERICHTE A/1520/2016 vom 17. Januar 2017

GE Cour de justice, 2017-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1520_2016

FR: GE_GERICHTE A/1520/2016 du 17 janvier 2017

IT: GE_GERICHTE A/1520/2016 del 17 gennaio 2017

Erwägungen

E. 2

Mme A_____, née le _____ 1977, est de nationalité géorgienne. Elle est mariée à Monsieur A_____. Le couple a trois enfants nés respectivement en 1999, 2004 et 2006 ; l'aîné est devenu suisse en 2013.![endif]>![if>

E. 3

D'après le registre de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), Mme A_____ a notamment été titulaire d'une autorisation de séjour en Suisse accordée dans le cadre du regroupement familial avec son conjoint, valable du 2 novembre 2010 au 16 septembre 2014. Depuis cette date, ni elle ni son mari ne bénéficient plus de titre de séjour.![endif]>![if>

E. 4

Suite à son courrier du 18 janvier 2016, M. B_____ a adressé, le 16 février 2016, à l'OCPM le formulaire de demande de prise d'emploi en faveur de Mme A_____, en qualité d'assistante en prophylaxie dentaire pour un salaire annuel brut de CHF 75'000.- à temps plein. L'OCPM a transmis cette requête à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) pour raison de compétence.![endif]>![if>

E. 5

Après avoir requis et reçu des informations de la part de M. B_____, l'OCIRT a, par décision du 7 avril 2016, refusé l'octroi de l'autorisation de séjour à l'année (permis B) avec activité lucrative en faveur de Mme A_____. L'admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse. L'ordre de priorité de l'art. 21 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'avait pas été respecté. L'employeur n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'AELE n'avait pu être trouvé. La vacance de poste à pourvoir n'avait pas été annoncée à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).![endif]>![if>

E. 6

Par acte mis à la poste le 11 mai 2016, Mme A_____ et M. B_____ ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) en concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour sollicitée. À titre préalable, ils ont conclu à la restitution de l'effet suspensif au recours, le cas échéant au prononcé de mesures provisionnelles.![endif]>![if>

E. 7

Sur invitation du TAPI, les intéressés ont, par courrier du 26 mai 2016, demandé et motivé leur demande de mesures provisionnelles consistant à accorder un permis de séjour avec autorisation d'activité lucrative à Mme A_____.! [endif]>![if>

E. 8

Le 2 juin 2016, l'OCIRT s'est prononcé sur la demande d'effet suspensif de Mme A_____ et de M. B_____. Il avait rendu une décision négative. Tant que le TAPI n'aurait pas statué, l'intéressée ne serait pas autorisée à travailler.! [endif]>![if>

E. 9

Par décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du 6 juin 2016, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles formée par M. B_____ et Mme A_____.! [endif]>![if> D'une part, il était impossible de restituer un effet suspensif à la décision litigieuse, consistant en un refus, en raison de son contenu négatif et du fait que la dernière autorisation de séjour avec activité lucrative octroyée à Mme A_____ était arrivée à échéance en septembre 2014 alors que la demande de permis de travail en faveur de cette dernière datait de 2016. D'autre part, sous l'angle des mesures provisionnelles, l'octroi de celles-ci aboutirait en l'espèce à accorder à Mme A_____ l'autorisation sollicitée au fond, à savoir un titre de séjour avec activité lucrative, ce qui équivaldrait à anticiper le jugement définitif contrairement à la finalité de telles mesures. Par ailleurs, aucun élément au dossier ne laissait penser que le refus desdites mesures créerait pour les intéressés la menace d'un dommage difficilement réparable. D'après les déclarations écrites de M. B_____, Mme A_____ bénéficiait d'un permis de travail provisoire jusqu'à droit connu sur la demande de permis de séjour déposée par son époux auprès de l'OCPM. M. B_____ admettait que ce ne serait que dans l'hypothèse où cette autorisation provisoire n'était pas prolongée que tant lui que l'intéressée subiraient un potentiel préjudice.

E. 10

Par acte mis à la poste le 20 juin 2016, Mme A_____ et M. B_____ ont interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à son annulation et à l'octroi des mesures provisionnelles requises, à savoir accorder à la recourante le droit d'exercer une activité lucrative pendant la procédure de recours contre la décision de l'OCIRT du 7 avril 2016.! [endif]>![if>

E. 11

Le 23 juin 2016, le TAPI a transmis son dossier sans observations.! [endif]>![if>

E. 12

Sur demande du juge délégué, l'OCPM a, le 28 juillet 2016, indiqué qu'il n'avait établi aucune autorisation de travail provisoire, révocable en tout temps, jusqu'à droit connu sur la demande d'autorisation en faveur de la recourante.! [endif]>![if>

E. 13

Le 24 août 2016, l'OCIRT a conclu au rejet du recours. ! [endif]>![if> Selon les informations recueillies auprès de l'OCE, il existait à Genève trente-cinq assistants dentaires expérimentés et qualifiés inscrits à l'office régional de placement et plus de trois cents en Suisse. Ces données contredisaient la pénurie d'assistants dentaires qualifiés en prophylaxie, invoquée par le recourant. Quant à l'affirmation de ce dernier, selon laquelle il

n'avait pas trouvé une personne ayant la faculté de l'assister « de manière convenable » comme l'intéressée, l'intimé relevait que celle-ci avait un diplôme de médecine dentaire et était engagée en qualité d'assistante-dentaire, ce qui s'apparentait à du dumping salarial et était néfaste pour l'économie genevoise vu que les candidats compétents ne seraient jamais aussi qualifiés. Vu le courrier précité de l'OCPM, l'intimé s'interrogeait également sur le fait que la recourante continuait à travailler pour le recourant sans être au bénéfice d'une autorisation de travailler depuis le 17 septembre 2014, ce qu'il qualifiait de travail au noir.

E. 14

Le 7 septembre 2016, la recourante a répliqué sans produire de nouvelles pièces. Son époux, ancien diplomate, était depuis 2014 en attente d'un droit de travail et ne pouvait pas soutenir financièrement leur famille, ce qui expliquait la « tolérance » de l'OCPM. Son diplôme de médecin-dentiste délivré en Géorgie n'était pas reconnu en Suisse. Elle n'avait jamais exercé ce métier. Outre sa formation en Géorgie et en Suisse, elle bénéficiait de dix années d'expérience dans le cabinet du recourant et était assistante qualifiée en prophylaxie dentaire « AP », cette distinction-ci correspondait à un niveau de formation différent de celui des nombreuses assistantes dentaires en recherche d'emploi. Son salaire correspondait pleinement à son poste et à ses qualifications.

E. 15

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Interjeté en temps utile et 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. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif, à moins que l'autorité qui a pris la décision n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA). 3. a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^{ème} éd., 2016, n. 1166 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009). b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009). 4. a. Lorsque l'effet

suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).!

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités). 5. À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale. !

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis et elles ne peuvent anticiper le jugement définitif (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/87/2013 précité ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II 253 -420, p. 265). 6. En l'espèce, la décision litigieuse est clairement de type négatif. De plus, elle ne s'inscrit pas dans le cadre du dernier titre de séjour de la recourante lié au statut de son époux et échu le 16 septembre 2014, mais intervient dans le cadre du recours contre le refus prononcé par l'OCIRT à l'égard d'une nouvelle demande déposée par le recourant en faveur de l'intéressée le 16 février 2016, soit plus d'un an après l'échéance du dernier permis de la recourante, afin de permettre à celle-ci de travailler en Suisse. Cette dernière ne disposait ainsi, tant lors du refus de l'intimé qu'au moment de la décision litigieuse, d'aucun droit de séjour. C'est donc à juste titre que le TAPI a refusé la restitution de l'effet suspensif au recours contre le refus de l'OCIRT.!

Quant à l'octroi de mesures provisionnelles ayant le même effet, il n'est pas non plus envisageable. En effet, une telle conclusion aboutirait, comme l'indique le TAPI, à accorder à la recourante l'autorisation sollicitée au fond et anticiperait ainsi le jugement définitif. Le fait que l'intéressée ne soit pas, d'après les informations fournies par l'OCPM et contrairement aux déclarations du recourant devant le TAPI, autorisée à travailler la met certes dans une position financière délicate, au vu de ses trois enfants à charge et de l'absence d'emploi de son époux, sans toutefois que cela constitue un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée. La demande de mesures provisionnelles sollicitée ne pouvait donc qu'être refusée. Par conséquent, le recours doit être rejeté et la décision du TAPI confirmée. 7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.!

Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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