

GE_GERICHTE A/1530/2011 vom 21. August 2012

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

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1530_2011

FR: GE_GERICHTE A/1530/2011 du 21 août 2012

IT: GE_GERICHTE A/1530/2011 del 21 agosto 2012

Erwägungen

E. 1

Monsieur O _____, né le _____ 1978, ressortissant suisse, exploite depuis le 1^{er} août 2007 le restaurant-pizzeria I _____, situé dans le quartier des Délices.

E. 2

Le 16 mars 2011, M. O _____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande de permis de séjour avec activité lucrative pour Monsieur C _____, né le _____ 1972, ressortissant roumain. Le dossier a été transmis par l'OCP à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), pour raison de compétence.

E. 3

M. O _____ a employé M. C _____ au restaurant I _____ dès le 1^{er} avril 2011, lui versant un salaire (fixé à CHF 3'400.- bruts) et payant ses cotisations sociales dès cette date.

E. 4

Par décision du 29 avril 2011, l'OCIRT a rejeté la demande de permis présentée par M. O _____ pour M. C _____.

E. 5

Le 25 mai 2011, M. O _____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée, concluant à son annulation et à l'octroi à M. C _____ d'un « permis d'établissement de longue durée, soit un permis B » (sic).

E. 6

Le 8 août 2011, l'OCP a imparti à M. C _____ un délai au 29 août 2011 pour quitter la Suisse.

E. 7

Le 11 août 2011, M. C _____ a indiqué à l'OCP que M. O _____ avait interjeté recours contre la décision de l'OCIRT.

E. 8

Le 13 septembre 2011, le TAPI a ordonné la comparution personnelle des parties. M. O _____ a indiqué qu'à sa connaissance, M. C _____ était en Suisse depuis janvier 2011. Il l'avait connu par le beau-frère de celui-ci, qui était un client du restaurant. Il avait effectué quelques recherches auprès de ses connaissances, mais n'avait pas placé d'annonces dans la presse, n'avait pas rempli le formulaire « nous cherchons » et ne s'était pas adressé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE).

E. 9

Par jugement du 13 septembre 2011, le TAPI a rejeté le recours. En l'état, l'octroi des autorisations pour première activité des travailleurs roumains et bulgares était subordonné au respect de la priorité du marché local et à celui des conditions de salaire et de travail. Or s'agissant du premier aspect, M. O_____ avait reconnu n'avoir entrepris aucune recherche auprès d'agences de placement, et n'avait pas fait paraître d'annonces dans la presse suisse ou européenne. Il n'avait pas non plus interpellé l'OCE ni rempli le formulaire « nous cherchons » afin de trouver une personne correspondant à ses besoins. Il était au contraire déterminé à employer M. C_____ pour des raisons de convenance personnelle, à savoir s'éviter des démarches administratives et confier des tâches allant au-delà des qualifications recherchées à une personne en qui il pouvait avoir confiance, et n'avait jamais eu l'intention d'engager un autre candidat.

E. 10

Par acte posté le 19 octobre 2011, M. O_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, présentant les mêmes conclusions que dans son recours au TAPI. Il avait effectué de très nombreuses recherches sur le marché indigène pour trouver une personne pour un poste de plongeur, la personne devant être apte à effectuer des travaux de maintenance générale comme l'électricité ou la plomberie. Malgré ses très nombreux contacts et relations, il n'avait pas trouvé de personne aussi qualifiée que M. C_____, raison pour laquelle il l'avait engagé. L'OCIRT avait mal interprété les dispositions de 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 du 21 juin 1999 (ALCP - RS 0.142.112.681) entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. L'art. 10 al. 2b ALCP prévoyait seulement que pendant les périodes transitoires, la Suisse donnait la préférence aux travailleurs des nouveaux Etats membres par rapport aux travailleurs ressortissants de pays hors Union européenne (ci-après : UE) et hors Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE). La loi ne mentionnait aucunement qu'une inscription de poste auprès de l'OCE était requise, pas plus que les autres exigences mentionnées dans le jugement attaqué et la décision de l'OCIRT.

E. 11

Le 12 décembre 2011, l'OCIRT a conclu principalement au rejet du recours, et préalablement à la constatation de l'absence d'effet suspensif au recours et de ce que l'intéressé n'était pas autorisé à exercer une activité. M. O_____ n'avait pas respecté la procédure légale avant d'engager M. C_____. Il avait simplement fait valoir les qualités professionnelles et personnelles de M. C_____ ainsi que de l'intégration de ce dernier, éléments qui n'entraient pas en ligne de compte. Tout se passait comme si M. O_____ souhaitait placer les autorités devant le fait accompli et exigeait qu'elles avalisent sa propre décision. La libre circulation des travailleurs roumains n'entrerait en vigueur qu'au terme de la période transitoire, qui se prolongerait jusqu'au 31 mai 2014 au plus tôt et au 31 mai 2016 au plus tard. Dans l'intervalle, la candidature de travailleurs roumains tels que M. C_____ était soumise à la concurrence avec le marché local du travail. Pour un poste ne demandant pas de compétences professionnelles de haut niveau, ce qui était le cas d'un poste de d'aide de cuisine/casserolier, le marché local du travail avait de nombreuses candidatures à proposer. Si M. O_____ avait respecté la procédure, il aurait pu trouver facilement la personne qu'il lui fallait.

E. 12

Par courrier du 12 janvier 2012, M. O_____ a sollicité l'audition de M. C_____, de l'épouse de ce dernier et de leur petite fille, ainsi que de quatre employés du restaurant qui avaient été témoins de ses recherches actives durant plusieurs semaines.

E. 13

Le 3 avril 2012, le juge délégué a tenu une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes. a. Monsieur D_____ était salarié par M. O_____. Ce dernier, avant d'engager M. C_____, avait fait des démarches sur Internet, en mettant de nombreuses annonces, à plusieurs reprises, sur des sites. Il avait fait appel à des agences de placement, notamment U_____, devenu par la suite A_____ emploi, et avait interpellé toutes les personnes qu'il connaissait. M. D_____ ne se souvenait plus si M. O_____ avait mis des annonces dans la presse, ou contacté l'OCE. Le profil recherché était celui d'un plongeur. b. Monsieur K_____ était salarié par M. O_____. Il était « plus ou moins » au courant des recherches effectuées par ce dernier dans le cadre de l'embauche de M. C_____. Il y avait eu un certain nombre de personnes à l'essai avant lui, pour des durées variables. Aucune ne convenait, et personne n'était resté plus qu'un ou deux jours. Lui-même avait été engagé par le biais d'une annonce insérée par M. O_____ sur le site www.jobup.ch. Il ne savait pas pour le surplus à qui M. O_____ s'était adressé pour les recherches d'emploi, ni s'il avait placé des annonces. c. Monsieur M_____ était salarié par M. O_____. Ce dernier avait contacté l'agence de placement U_____, qui avait un certain nombre de personnes à l'essai. Il était toutefois difficile de trouver des gens qui convenaient, car il fallait quelqu'un d'un tant soit peu polyvalent et puisse faire du bricolage ou encore préparer les desserts, et qui ne soit pas regardant sur ses horaires. M. M_____ ne savait pas si M. O_____ avait mis des annonces dans la presse, mais il l'avait sûrement fait sur Internet car il y passait du temps pour faire des recherches. Des personnes désireuses d'obtenir des attestations de recherches d'emploi avaient également été convoquées pour un essai, mais personne n'était venu. d. Monsieur R_____ était salarié par M. O_____. Ce dernier avait fait des recherches sur Internet. L'agence de placement U_____ avait envoyé un certain nombre de personnes à l'essai, mais elles ne correspondaient pas au profil du poste, qui était polyvalent. e. M. O_____ a précisé qu'il avait effectué des recherches sur les sites www.jobup.ch et www.romandie.com. S'agissant du premier, il n'y avait pas seulement inséré une annonce, il avait également accédé à la base de données en ligne de curriculum vitae. Il recherchait en parallèle des cuisiniers, et avait proposé le poste de plongeur à ceux qui n'avaient pas assez d'expérience. Le plongeur ne se contentait pas de laver les assiettes ; il devait aussi pouvoir dresser les desserts, s'occuper des stocks et effectuer de menus travaux de bricolage et de jardinage.

E. 14

A l'issue de l'audience, les parties ont été informées de ce 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 recourant demande l'audition de M. C_____ et de son épouse. 3. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (Arrêt du Tribunal fédéral

2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2D_51/2011 du 8 novembre 2011 ; 2C_58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1). 4. En l'espèce, le juge délégué a procédé à l'audition de quatre témoins demandée par le recourant, dans la mesure où ceux-ci pouvaient renseigner la chambre administrative sur les recherches d'emploi effectuées, soit des faits susceptibles d'affecter l'issue du litige. En revanche, les qualités professionnelles et la capacité d'intégration de M. C_____ et de sa famille ne sont nullement en cause dans la présente affaire, qui concerne uniquement le respect de l'exigence de priorité du marché du travail indigène. Il peut donc être statué sans ordonner les deux auditions sollicitées. 5. 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 loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Il y a donc lieu d'appliquer le nouveau droit (art. 126 al. 1 LEtr a contrario ; Arrêt 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. 6. 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 - OLCF - RS 142.203). 7. 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 États 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 peut se voir prolongée au maximum jusqu'au 31 mai 2016, la Suisse applique dès lors ces nombres maximaux 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 du protocole au présent accord 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. A cet égard, l'interprétation faite par le recourant de cette disposition conventionnelle est erronée car incomplète. S'il est exact que la préférence doit être donnée aux travailleurs roumains et bulgares par rapport à des travailleurs extra-européens, la préférence donnée aux travailleurs indigènes est néanmoins conservée jusqu'à l'expiration des mesures transitoires ; ces dernières n'auraient du reste pas de sens si tel n'était pas le cas.

8. a. Les procédures de déclaration d'arrivée et d'autorisation sont régies par les art. 10 à 15 LEtr et 9, 10, 12, 13, 15 et 16 OASA (art. 9 al. 1 OLCP). b. 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 (art. 11 al. 1 LEtr). La demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEtr). c. Avant que les autorités cantonales compétentes n'accordent à un ressortissant de Bulgarie ou de Roumanie une autorisation en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée, l'autorité cantonale du marché du travail rend une décision précisant que les conditions relatives au marché du travail sont remplies ; la procédure est régie par le droit cantonal (art. 27 OLCP). d. Le département de la sécurité, de la police et de l'environnement (ci-après : DSPE) devenu le département de la sécurité (ci-après : DS), soit pour lui l'OCP, transmet au département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE), soit pour lui l'OCIRT, les demandes qui relèvent de sa compétence, qui consiste à instruire les demandes (art. 2 al. 4 et 5 du règlement d'application de l'OLCP du 28 juin 2006 - RaOLCP - F 2 10.02). e. Pour les autorisations de séjour de longue durée B CE/AELE, l'OCIRT prend sa décision après consultation de la commission tripartite pour l'économie, sous la forme d'un préavis (art. 18 al. 2 RaOLCP). f. Toute autorisation en vue d'exercer une première activité lucrative ne peut être octroyée à un étranger que : a) si l'employeur a apporté la preuve qu'il n'a pas trouvé de main-d'œuvre en Suisse capable de satisfaire aux exigences requises, en dépit d'efforts déployés pour son recrutement sur le marché du travail national ; et b) si l'employeur accorde au travailleur le même salaire et les mêmes conditions de travail en usage à Genève et dans la profession ; à cet égard, il peut être tenu de signer un engagement correspondant auprès de l'OCIRT (art. 29 al. 1 RaOLCP). g. L'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a édicté des directives concrétisant également l'OLCP. Selon ces dernières, qui ne lient pas le juge mais dont il peut tenir compte en vue d'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/353/2012 du 5 juin 2012 consid. 3 et la jurisprudence citée), lors de la décision préalable relative au marché du travail, le contrôle de la priorité des travailleurs indigènes est également effectué. L'employeur doit prouver qu'il a déployé des efforts de recrutement

sur le marché du travail indigène et qu'il n'y a pas trouvé de travailleur, suisse ou étranger intégré dans le marché du travail (sur cette notion, voir art. 21 al. 2 LEtr) ayant le profil recherché. Les employeurs doivent annoncer suffisamment tôt les postes vacants qui ne peuvent vraisemblablement être occupés que par des travailleurs de Bulgarie et de Roumanie aux offices régionaux de placement en vue de leur mise au concours dans le système d'information en matière de placement et de statistique du marché du travail (ci-après : PLASTA). Les employeurs doivent également attester de leurs efforts de recrutement au moyen d'annonces publiées dans la presse quotidiennes et/ou spécialisée, des médias électroniques ou d'une agence de placement privée. Dans le cadre de son obligation de collaborer, l'employeur est tenu de prouver ses efforts de recherche (directives précitées, version du 1^{er} mai 2011, ch. 5.5.2, disponibles sous http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf). 9. En l'espèce, le recourant a pu démontrer par-devant la chambre de céans qu'il avait eu recours aux médias électroniques ainsi qu'à une agence de placement locale avant d'embaucher M. C_____. Il n'a toutefois pas inséré d'annonces dans la presse écrite ou spécialisée et, surtout, n'a pas annoncé la vacance du poste à l'office régional de placement, c'est-à-dire à l'OCE, afin que celui-ci puisse répertorier le poste dans sa base de données. Or cette exigence, si elle ne découle pas du texte même de la loi, est consacrée par la pratique - ainsi que par les directives de l'ODM - et s'impose de façon logique, dès lors qu'il n'est pas possible d'être sûr qu'un poste ne peut être occupé par un travailleur indigène si l'administration compétente en matière de chômage n'a pas pu diffuser l'information auprès des demandeurs d'emploi de la région. On doit au surplus relever que même si M. C_____ se trouvait déjà en Suisse au moment où le recourant l'a embauché, celui-ci a procédé à cet engagement avant d'avoir obtenu l'autorisation de prise d'emploi, ce qui revient bien à vouloir mettre les autorités devant le fait accompli. 10. Mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). * * * * *

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