

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1738/2022-PE

ATA/118/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 février 2023

dans la cause

SECRETARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS

recourant

contre

Madame A_____ et B_____
représentées par Me Nicola MEIER, avocat

intimées

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

autre intimé

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
30 septembre 2022 (JTAPI/1030/2022)**

EN FAIT

- A.** **a.** Monsieur C_____, né le _____ 1979, ressortissant français, et Madame A_____, née le _____ 1981, ressortissante thaïlandaise, se sont mariés le 24 novembre 2005.
- b.** Mme A_____ est arrivée en France le 6 octobre 2011. Les époux résident à Nantua (France) depuis le 21 novembre 2011. M. C_____ dispose depuis cette date d'un permis frontalier l'autorisant à exercer une activité professionnelle en Suisse.
- c.** B_____, inscrite au registre du commerce de Genève, a pour unique administrateur Monsieur D_____. Dès février 2021, la société a cherché à recruter une personne pour un poste de masseur thaïlandais. L'offre d'emploi a figuré dans la base de données de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) dès le 18 février 2021.
- d.** Le 4 mars 2021, l'OCE a informé la société qu'il n'était pas en mesure de lui proposer des dossiers répondant aux critères requis.
- e.** Par demande réceptionnée le 18 octobre 2021, M. D_____ a sollicité de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) la délivrance d'un permis frontalier pour Mme A_____ en vue de l'engager par un contrat de travail de durée indéterminée en tant que masseuse à compter du 1^{er} novembre 2021. Il exposait n'avoir, depuis le mois de mars 2021, trouvé personne ayant les qualifications requises. Il joignait notamment le contrat de travail de durée indéterminée conclu entre B_____ et Mme A_____.
- f.** À l'intention de l'OCPM qui entendait refuser sa demande dès lors que Mme A_____ n'habitait pas dans la zone frontalière reconnue, B_____ a opposé que celle-ci n'était pas soumise à l'obligation de résider dans la zone frontalière. Elle était l'épouse et donc une membre de la famille d'un ressortissant d'un État partie à 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). De ce fait, elle pouvait se fonder sur cet accord pour faire valoir un droit dérivé à obtenir une autorisation de travailler en Suisse comme frontalière, dès lors que son époux faisait usage de son propre droit originaire à la libre circulation.
- g.** Par décision du 21 avril 2022, se référant à l'art. 25 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) et reprenant la motivation développée dans ses précédentes communications, l'OCPM a retenu

que Mme A_____ ne remplissait pas la condition de résidence au sein de la zone frontalière reconnue.

- B. a.** Par acte du 25 mai 2022, Mme A_____ et B_____ ont interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'OCPM pour nouvelle décision.

L'art. 25 al. 1 LEI ne devait s'appliquer qu'aux ressortissants d'États non-membres de l'UE ou de l'Association européenne de libre-échange (ci-après : AELE), alors que la situation des ressortissants des États membres de l'UE devait être analysée sous l'angle de l'ALCP. Mariée à un ressortissant d'un État membre de l'UE, Mme A_____ était soumise de manière dérivée à l'ALCP et non à la LEI.

b. L'OCPM a proposé le rejet du recours. Mme A_____ ne pouvait pas faire valoir de droits dérivés fondés sur le fait que son époux était soumis à l'ALCP. La décision litigieuse n'entravait pas la jouissance par M. C_____ de ses droits en matière de libre circulation garantie par l'ALCP. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) et la Directive 2004/38/CE du parlement européen et du conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) no 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE [ci-après : Directive 2004/38/CE]) accordaient un droit d'accès au marché du travail aux membres de la famille uniquement si le citoyen européen résidait dans l'État d'accueil. En ce sens, l'ALCP n'était pas applicable aux membres de la famille de travailleurs frontaliers. Enfin, Mme A_____ ne résidait pas dans la zone frontalière.

c. Par jugement du 30 septembre 2022, le TAPI a admis le recours et renvoyé la cause à l'OCPM pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Se fondant sur un arrêt du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF), il a retenu qu'en tant qu'épouse d'un ressortissant français auquel l'ALCP s'appliquait, celle-ci pouvait se prévaloir de cet accord de libre circulation et ainsi bénéficier d'une autorisation de travail du même type que celle de son mari.

- C. a.** Par acte expédié le 31 octobre 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice, le SEM a requis l'annulation du jugement et la confirmation de la décision de l'OCPM.

Le TAPI avait violé les art. 7 ALCP et 3 de l'annexe I de l'ALCP. Le conjoint d'une personne ressortissant d'une partie contractante à l'ALCP était un membre de la famille au sens de l'art. 3 de l'annexe I de l'ALCP. Il ne pouvait cependant se prévaloir d'un droit dérivé de s'installer avec le ressortissant UE et accéder à

l'activité économique que si ce dernier disposait d'un droit de séjour originaire dans l'État d'accueil. Les arrêts cités par le TAF, dans l'arrêt dont s'était inspiré le TAPI, se rapportaient à d'autres situations. Il convenait de distinguer entre le lieu de séjour avec activité économique et le titre spécifique de personnes ne résidant pas dans le pays d'accueil mais y exerçant une activité professionnelle.

b. Mme A_____ et B_____ ont conclu au rejet du recours. La distinction opérée par le SEM était purement théorique et contraire au texte et à l'objectif de l'ALCP. Suivre le raisonnement du SEM introduirait une discrimination fondée sur le domicile et/ou entraverait un ressortissant européen dans son exercice originaire à la libre circulation. Le droit de séjour et celui d'accès à une activité économique constituaient les possibilités prévues par l'art. 7 ALCP.

c. L'OCPM ne s'est pas manifesté dans le délai imparti.

d. Sur ce, les parties ont été informées 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). Le SEM ayant qualité pour recourir au Tribunal fédéral (art. 89 al. 2 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 - LTF - RS 173.110), il peut également recourir devant l'instance cantonale (art. 111 al. 2 LTF).
2. Il convient d'examiner si le conjoint non ressortissant d'un État membre, domicilié avec son conjoint ressortissant d'un État membre exerçant une activité professionnelle dans un État membre autre que son pays de résidence, peut se prévaloir des dispositions de l'ALCP pour obtenir l'accès à une activité économique en tant que frontalier.

2.1 À teneur de l'art. 1 ALCP, l'objectif de cet accord, en faveur des ressortissants des États membres de la Communauté européenne et de la Suisse, est : d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes (let. a) ; de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée (let. b) ; d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil (let. c) ; d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux (let. d).

2.2 L'art. 2 ALCP prévoit que les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité.

À moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres États parties que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il en est ainsi d'une condition qui peut être plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants (ATF 137 II 242 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_807/2014 du 9 septembre 2015 consid. 3.3).

2.3 Selon l'art. 7 ALCP, les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, notamment les droits mentionnés ci-dessous liés à la libre circulation des personnes : le droit à l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne l'accès à une activité économique et son exercice ainsi que les conditions de vie, d'emploi et de travail (let. a) ; le droit à une mobilité professionnelle et géographique, qui permet aux ressortissants des parties contractantes de se déplacer librement sur le territoire de l'État d'accueil et d'exercer la profession de leur choix (let. b) ; le droit au séjour des membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (let. d) ; le droit d'exercer une activité économique pour les membres de la famille, quelle que soit leur nationalité (let. e).

2.4 Il ressort de la systématique de l'art. 7 ALCP et du renvoi à l'annexe I de l'ALCP que les droits proprement dits ne découlent pas de cet article mais plutôt des dispositions de l'annexe I de l'ALCP, en particulier des art. 9 et 15, qui reprennent le principe d'égalité de traitement pour les travailleurs (art. 9) et les indépendants (art. 15) (Astrid EPINEY/Gaëtan BLASER in Cesla AMARELLE/Minh SON NGUYEN [éd.], Code annoté de droit des migrations, vol. III, Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, ad art. 7 ALCP, p. 89 n. 3).

2.5 Aux termes de l'art. 3 par 5 de l'annexe I de l'ALCP, le conjoint et les enfants de moins de 21 ans ou à charge d'une personne ayant un droit de séjour, quelle que soit leur nationalité, ont le droit d'accéder à une activité économique. L'art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP prévoit que le travailleur salarié et les membres de sa famille visés à l'art. 3 de cette annexe y bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille.

2.6 La notion d'avantage social ne saurait être interprétée limitativement (Alvaro BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire

article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, p.183 n. 380 et l'arrêt cité). Selon la CJUE, cette notion d'avantage social « couvre tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national et dont l'extension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît, dès lors, comme apte à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté » (CJUE, arrêt Hendrix, C-287/05 du 11 septembre 2007, point 48).

2.7 Le principe de non-discrimination de l'art. 2 ALCP correspondant à l'art. 12 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (depuis le 1^{er} décembre 2009: art. 18 dudit traité) et celui de l'art. 9 par. 2 annexe I de l'ALCP à l'art. 7 du Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté ([JO L 257 du 19 octobre 1968] remplacé par le règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des communautés européennes antérieure au 21 juin 1999 (art. 16 par. 2 ALCP), sous réserve des cautions prévues par l'art. 21 ALCP.

2.8 Selon l'art. 23 de la Directive 2004/38/CE, « les membres de la famille du citoyen de l'Union, quelle que soit leur nationalité, qui bénéficient du droit de séjour ou du droit de séjour permanent dans un État membre, ont le droit d'y entamer une activité lucrative à titre de travailleur salarié ou de non salarié ».

2.9 Aux termes de l'art. 7 annexe I de l'ALCP, le travailleur frontalier salarié est un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine (par. 1). Les travailleurs frontaliers n'ont pas besoin d'un titre de séjour (par. 2).

2.10 En l'espèce, la requérante, de nationalité thaïlandaise, résidant en France avec son mari, un ressortissant français travaillant en Suisse, entre dans le champ d'application personnel de l'Accord sur la libre circulation (ATF 136 II 241 consid. 11), en tant qu'épouse d'un travailleur salarié auquel l'ALCP s'applique (art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP).

L'ALCP ne lui confère cependant pas le droit d'exercer une activité professionnelle dans un autre État membre que celui de sa résidence. En effet, l'art. 3 par. 5 de l'annexe I de l'ALCP ne confère un tel droit au conjoint que lorsque la personne dont elle dérive son droit dispose d'un droit de séjour dans l'État membre en question. En l'espèce, cette condition n'est pas remplie, le mari de la requérante ne disposant pas d'un titre de séjour en Suisse, mais uniquement d'un droit d'y exercer une activité professionnelle. La requérante ne peut donc se

prévaloir de cette disposition pour en déduire le droit à une autorisation d'exercer une activité professionnelle en Suisse.

La recourante ne peut pas non plus déduire un droit à exercer une activité en que frontalière de l'art. 9 par. 2 de l'annexe I de l'ALCP. Cette disposition prévoit que le travailleur salarié et les membres de sa famille bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux dans l'État d'accueil que les travailleurs salariés nationaux et les membres de leur famille. Ces avantages sont cependant ceux liés à la qualité de travailleur : les frontaliers ne peuvent donc pas être discriminés sur la base de leur nationalité. En revanche, cela ne signifie pas qu'ils doivent être traités sur tous les plans comme un travailleur résident. Ils continuent ainsi, par exemple, de bénéficier des avantages sociaux liés à l'État de leur résidence.

Le texte clair de l'art. 3 par. 5 de l'annexe I de l'ALCP, qui lie le droit du conjoint d'accéder à une activité économique au droit de séjour de la personne qui en est titulaire, ne permet pas d'étendre le droit d'accéder à une telle activité à la recourante, faute de résidence en Suisse.

L'exigence du lieu de résidence se retrouve d'ailleurs dans l'art. 23 de la Directive 2004/38/CE, qui prévoit le droit d'y entamer une activité lucrative à titre de travailleur salarié ou de non salarié pour les membres de la famille du citoyen de l'Union, quelle que soit leur nationalité, dans le pays dans lequel ils bénéficient d'un droit de séjour ou d'un droit de séjour permanent.

Il est encore relevé que l'arrêt du TAF auquel s'est référé le TAPI s'est fondé sur un arrêt de la CJUE (C-10/05 Mattern et Cikotic du 30 mars 2006) et un arrêt du Tribunal administratif fédéral d'Autriche (W203 2143816-1 du 9 février 2007). Or, le premier concernait une ressortissante luxembourgeoise inactive résidant en Belgique ainsi que son conjoint et le second un couple domicilié en Allemagne, dont le mari travaillait en Autriche où l'épouse étudiait. Les questions soumises étaient donc différentes de la présente espèce.

Enfin, la distinction qu'opère l'annexe I de l'ALCP ne constitue pas une discrimination contraire à l'ALCP. La différence qu'elle introduit est fondée sur le lieu de résidence, critère dont il a déjà été admis qu'il n'était pas discriminatoire au sens de l'art. 2 ALCP (arrêt du Tribunal fédéral 2C_820/2018 du 11 juin 2019 confirmant le refus de prise en charge des frais de l'enseignement spécialisé d'enfants non résidents en Suisse de parents y travaillant ; ATA/524/2020 du 26 mai 2020 concernant le refus de scolariser en Suisse des enfants de travailleurs frontaliers, refus fondé sur l'absence de résidence de l'enfant en Suisse).

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le jugement querellé annulé.

3. Vu l'issue du litige, un émoulement sera mis à la charge solidaire de Mme A_____ et B_____. Le SEM agissant dans le cadre de ses prérogatives ne peut se voir allouer d'indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 octobre 2022 par le Secrétariat d'État aux migrations contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 septembre 2022 ;

au fond :

l'admet et annule le jugement précité ;

met un émoulement de CHF 400.- à la charge solidaire de Madame A_____ et B_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt au secrétariat d'État aux migrations, à Me Nicola MEIER, avocat des intimées, à l'office cantonal de la population et des migrations ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, Mmes Lauber et Michon-Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt juridique de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et

b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.