

GE_GERICHTE ATA/896/2018 vom 4. September 2018

GE Cour de justice, 2018-09-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_896_2018

FR: GE_GERICHTE ATA/896/2018 du 4 septembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATA/896/2018 del 4 settembre 2018

Regeste

Résumé: Annulation d'une décision refusant à un ressortissant hors UE/AELE l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante, l'OCIRT ayant notamment considéré ladite activité insuffisamment originale. Or au vu du nombre relativement peu élevé d'entreprises oeuvrant, comme le recourant, dans la conciergerie de luxe, il convient d'admettre que l'offre de la société et cette dernière elle-même contribuent à la diversification de l'économie régionale dans cette branche. La société employant en outre plus d'une dizaine d'employés et générant un chiffre d'affaires non négligeable pour une start-up, tandis que le recourant remplit les conditions personnelles définies par l'art. 23 LEtr, il se justifie de lui octroyer ladite autorisation, sous réserve de l'examen, par l'OCPM, de son logement au sens de l'art. 24 LEtr, et, par l'OCIRT, du contingent au sens des art. 20 LEtr et 20 OASA.

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 –

- 7/16 - A/896/2017 LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

Le recourant demande son audition et celle de témoins.

a. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du

E. 4

novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), qui n'a pas de portée différente dans ce contexte, le droit d'être entendu comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, 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 142 III 48 consid. 4.1.1 ; ATA/1023/2016 du

E. 6

décembre 2016). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; ATA/612/2016 du 12 juillet 2016).

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 (arrêts du Tribunal fédéral 2C_109/2015 et 2C_110/2015 du 1er septembre 2015 consid. 4.1) ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATA/1023/2016 précité).

b. En l'espèce, le recourant a eu à plusieurs reprises l'occasion de s'exprimer par écrit durant la présente procédure et devant le TAPI, d'exposer son point de vue et de produire toutes les pièces qu'il estimait utiles à l'appui de ses allégués. Son audition ne saurait apporter d'éléments supplémentaires indispensables permettant à la chambre de céans de trancher le litige.

De même, on ne voit pas que l'audition de son associé pourrait modifier l'issue de la procédure, compte tenu des questions juridiques à trancher et du pouvoir de cognition dont jouit la chambre de céans. Il ne sera dès lors pas donné suite aux demandes d'auditions formulées par le recourant. 3.

Sur le fond, le présent litige porte sur le refus de l'autorité intimée de délivrer au recourant une autorisation de séjour de longue durée avec activité lucrative indépendante (permis B), contingentée. 4.

La chambre administrative ne peut pas revoir l'opportunité de la décision attaquée. En revanche, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 et 2 LPA).

- 8/16 - A/896/2017 5.

Le séjour en Suisse en vue d'y exercer une activité lucrative est soumis à autorisation (art. 11 renvoyant aux art. 18 ss LEtr). Cette dernière doit être requise auprès du canton de prise d'emploi (art. 11 al. 1 LEtr). Les titulaires d'une autorisation de courte durée ou d'un permis de séjour ont le droit d'exercer une activité lucrative indépendante (art. 38 al. 1 à 3 LEtr). Constitue une activité indépendante toute activité au sens de l'art. 2 al. 1 OASA, notamment toute activité exercée par une personne dans le cadre de sa propre organisation, librement choisie, dans un but lucratif, soumise à ses propres instructions matérielles et à ses propres risques et périls.

Les conditions d'octroi d'une autorisation de travail sont régies par les dispositions de la LEtr et de ses ordonnances d'application, ainsi que par les directives établies par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : les Directives du SEM), conformément à l'art. 89 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).

Lorsqu'un étranger ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admettre en vue de l'exercice d'une activité lucrative (art. 40 al. 2 LEtr).

Aux termes de l'art. 83 al. 1 let. a OASA, avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale du marché du travail décide si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr (art. 88 al. 1 LEtr).

La procédure d'obtention d'autorisation est réglée à Genève aux art. 6 al. 1 à

E. 7

De plus, l'étranger doit fournir la preuve ou au moins rendre vraisemblable que les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise au sens de l'art. 19 let. b LEtr sont remplies (Minh Son NGUYEN/ Cesla AMARELLE, op. cit., p. 146 et les références citées). Au titre des conditions financières, la loi exige que l'activité prévue génère un revenu suffisant pour couvrir les coûts de l'activité ainsi que les frais d'entretien de l'étranger. De plus, il faut disposer d'un capital de départ qui permette de commencer l'activité sans risque déraisonnable, jusqu'à ce qu'un rendement positif puisse être réalisé

- 10/16 - A/896/2017 (Minh Son NGUYEN/ Cesla AMARELLE, op. cit., p. 147 et les références citées). Les exigences liées à l'exploitation de l'entreprise sont remplies si l'infrastructure nécessaire, comme les équipements ou les locaux, est déjà disponible ou s'il est établi que l'étranger peut se la procurer avec une certitude suffisante jusqu'au moment du début de son activité. Si l'exercice de l'activité requiert des qualifications particulières, comme un diplôme universitaire, l'étranger doit également fournir les attestations correspondantes lors du dépôt de sa demande d'autorisation de présence (Minh Son NGUYEN/ Cesla AMARELLE, op. cit., p. 147 et les références citées).

E. 8

L'autorisation doit également s'inscrire dans les limites du contingent fixé par le Conseil fédéral (art. 20 LEtr), selon un nombre maximum fixé dans l'annexe 2 OASA.

L'art. 20 LEtr consacre le principe du contingentement des autorisations de séjour délivrées en vue de l'exercice d'une activité lucrative pour les ressortissants des États dits tiers, à savoir les pays qui ne sont pas soumis à l'ALCP ou à la Convention instituant l'AELE (arrêts du TAF F-5531/2016 et F-5534/2016 du 2 octobre 2017 consid. 6.1 et les références citées). Dans ce cadre, les conditions d'admission s'appliquent en principe aussi aux étrangers qui séjournent déjà en Suisse sans activité lucrative, mais qui veulent par la suite en exercer une (par exemple les étudiants [arrêts du TAF F-5531/2016 et F-5534/2016 précités consid. 6.1 et les références citées]). L'art. 20 al. 1 1^{ère} phrase LEtr prévoit que le Conseil fédéral peut limiter le nombre d'autorisations de séjour initiales (art. 32 et 33 LEtr) octroyées en vue de l'exercice d'une activité lucrative ; cette compétence se trouve mise en œuvre aux art. 19, 20 et 21 OASA (arrêts du TAF F-5531/2016 et F-5534/2016 précités consid. 6.1 et les références citées).

E. 9

En outre, l'étranger doit avoir les qualifications personnelles requises par l'art. 23 LEtr. Seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de séjour (al. 1), et les qualités professionnelles ou d'adaptation professionnelles ou sociales du requérant, de même que ses connaissances linguistiques et son âge, doivent laisser supposer qu'il s'intégrera durablement à l'environnement professionnel et social (al. 2). Peuvent toutefois être admis en dérogation de l'art. 23 al. 1 et 2 LEtr, les investisseurs et chefs d'entreprises qui créeront ou qui maintiendront les emplois, les personnes reconnues des domaines scientifiques, culturels ou sportifs, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières si leur admission répond de manière avérée à un besoin, les cadres transférés par des entreprises actives au plan international ou des personnes actives dans le cadre de relations

d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse (al. 3).

Les qualifications personnelles en question constituent une notion juridique indéterminée, pour l'interprétation de laquelle l'autorité dispose d'une latitude de

- 11/16 - A/896/2017 jugement (arrêts du TAF F-5531/2016 et 5534/2016 précités consid. 7.3 et les arrêts cités).

E. 10

L'étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il dispose d'un logement convenable (art. 24 LEtr).

À Genève, l'art. 10 RaLEtr prévoit que lorsque l'existence d'un logement approprié est une condition à l'admission des ressortissants étrangers, l'OCPM peut demander au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu depuis lors le département du territoire, de vérifier si les logements respectent toutes les exigences légales et réglementaires en matière de salubrité et de sécurité (al. 1). Par logement approprié, on entend un logement dont les caractéristiques permettent de loger convenablement le nombre de personnes appelées à l'occuper, et qui répond à toutes les exigences légales et réglementaires en matière de salubrité et de sécurité (al. 3). Sont réservées les compétences de l'OCIRT en application de l'article 16 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 (LIRT - J 1 05 ; al. 5), l'art. 16 LIRT étant intitulé « logement des travailleurs ».

E. 11

Enfin, selon l'art. 25 LEtr, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en tant que frontalier que s'il possède un droit de séjour durable dans un État voisin et réside depuis six mois au moins dans la zone frontalière voisine (al. 1 let. a) ; s'il exerce son activité dans la zone frontalière suisse (al. 1 let. b). Les art. 20, 23 et 24 ne sont pas applicables (al. 2).

E. 12

En l'espèce, l'autorité intimée a considéré que le recourant ne remplissait pas les conditions de l'art. 19 LEtr, et estimé qu'il n'était pas de sa compétence d'examiner les conditions énumérées aux art. 23 à 25 LEtr.

E. 13

Comme le soutient à raison le recourant, il ressort des art. 83 et 88 LEtr et de l'art. 10 RaLEtr que l'examen des conditions des art. 20, 23 et 25 LEtr relève bien des compétences de l'OCIRT, à l'exception de l'art. 24 LEtr dont l'examen des conditions revient à l'OCPM. Bien qu'il ait contesté sa compétence sur ces points, l'OCIRT s'est déterminé de manière suffisamment explicite sur le fait que le recourant ne remplirait pas non plus ces conditions, si bien qu'un renvoi à l'autorité intimée sur ces aspects s'avérerait inutile.

Par ailleurs, le recourant n'étant pas frontalier, l'art. 25 LEtr ne lui est pas applicable.

E. 14

a. L'activité de la société du recourant, limitée à la Suisse, offre à des clients internationaux qui désirent séjourner en Suisse toutes sortes de services de conciergerie de luxe, à la carte.

Il ressort du dossier, et en particulier d'extraits du registre du commerce genevois, qu'avant l'inscription de la société au registre du commerce en 2013,

- 12/16 - A/896/2017 seule une demi-douzaine d'autres entreprises œuvrait dans le domaine de la conciergerie de luxe, soit un nombre peu élevé. C'est ainsi à raison que le recourant affirme proposer des services qui, alors, n'existaient presque pas sur le marché. Qu'il existe à présent un nombre plus important d'entreprises œuvrant dans le même secteur tend plutôt à démontrer que la conciergerie de luxe constitue un secteur en expansion, dont non seulement la demande existe et n'est pas négligeable, mais n'est en plus pas encore satisfaite. À teneur de la doctrine et jurisprudence précitées, contrairement à l'avis de l'OCIRT, le fait que ce secteur d'activité ne constituerait pas une originalité dans le paysage économique suisse, n'est ainsi pas déterminant, et il convient d'admettre que l'offre de la société et cette dernière elle-même contribuent à la diversification de l'économie régionale dans la branche de la conciergerie de luxe.

Bien qu'active depuis relativement peu de temps, la société a en outre permis d'engager une dizaine d'employés en moyenne annuelle et est affiliée à la TVA. À teneur des attestations de salaires transmises à l'OCAS et versées à la procédure, si la majorité des emplois créés ont été occupés pour une durée déterminée, force est de constater que plusieurs employés ont été engagés plusieurs années consécutives, mais également pour l'année entière. La masse salariale annuelle générée par ces emplois s'élevait à environ CHF 97'000.- pour 2016, auxquels se sont ajoutés 10 % reversés à l'OCAS. Si cette somme n'atteint pas un niveau très élevé et a même quelque peu diminué en 2017, il n'en demeure pas moins que l'entreprise permet la création d'emplois pour la main d'œuvre locale et ne sert donc pas seulement des intérêts particuliers du recourant.

La société engage de surcroît régulièrement des apprentis et des stagiaires, et emploie des personnes au chômage, de sorte qu'elle doit être considérée comme contribuant à la formation et à la réinsertion professionnelle. Partant, elle permet des retombées positives pour l'économie locale à cet égard également.

De par ses activités, définies dans sa raison sociale et démontrées par plusieurs devis et factures de clients, la société vise en outre une clientèle internationale et aisée, dont le séjour en Suisse génère aussi un impact positif sur l'économie et de nouveaux mandats, à plus forte raison lorsqu'il est bien organisé sur place.

Pour le surplus, le recourant est titulaire d'un Bachelor et d'un Master en « business administration », de sorte qu'il détient les qualifications professionnelles nécessaires à l'exercice des activités et à la gestion de son entreprise, et qu'il est à même de répondre à la demande de services dans le secteur d'activités de la société sur le long terme.

Il convient au demeurant de rappeler que l'examen des demandes d'autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante est souvent effectué dans l'abstrait, la société étant en voie de création, de sorte que l'examen du

- 13/16 - A/896/2017 « business plan » relève d'une projection et d'une analyse en amont, si bien que les autorisations sont délivrées pour deux ans, leur prolongation dépendant de l'effet durable positif escompté. En l'espèce, au contraire, les pièces comptables versées à la procédure permettent de voir une société dont le « business plan » produit est, dans une large mesure, déjà concrétisé, et dont les comptes ont montré un chiffre d'affaires d'abord en nette augmentation, puis, sur les deux derniers exercices comptables, plutôt stable.

L'entreprise reste largement bénéficiaire, avec un bénéfice de plus de CHF 16'000.-, soit une somme respectable pour une « start-up ».

Partant, il convient d'admettre que la condition visée par l'art. 19 let. a LEtr est remplie, étant rappelé que le concept d'« intérêts économiques du pays » est, d'après la doctrine et la jurisprudence susmentionnées, une notion juridique indéterminée et assez vague, de sorte que les sous-conditions énumérées dans les Directives du SEM, qui ne lient pas le juge, ne sauraient être appliquées avec une rigueur extrême.

b. Par ailleurs, comme l'affirme à raison le recourant, il ne ressort ni de la doctrine ni de la jurisprudence qu'un certain seuil de chiffre d'affaires ou de bénéfice doit être dépassé pour que la condition de l'art. 19 let. b LEtr soit remplie. Or, en l'espèce, l'entreprise du recourant présente depuis plusieurs exercices comptables un bénéfice stable. La condition de l'art. 19 let. b LEtr doit également être considérée comme réalisée.

E. 15

S'agissant de ses qualifications personnelles au sens de l'art. 23 LEtr, le recourant est titulaire d'un Bachelor et d'un Master en « business administration », tous deux obtenus à Genève, et est associé gérant de la société en cause. Il bénéficie ainsi des qualifications requises par et pour l'activité lucrative envisagée et, de par sa fonction dirigeante à la tête d'une entreprise qui emploie une dizaine de salariés, revêt le qualificatif de cadre au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr. Dès lors, il n'est pas nécessaire d'examiner si les conditions dérogatoires de l'art. 23 al. 3 LEtr sont également remplies.

E. 16

Le recourant a produit un bail pour un appartement d'une pièce et demie, dans lequel il affirme vivre avec sa mère. Si le logement semble, à première vue, remplir les exigences des art. 24 LEtr et 10 RaLEtr, leur examen revient à l'OCPM, la chambre de céans ne pouvant, au vu de son pouvoir d'examen, trancher cette question.

E. 17

Enfin, l'examen de l'adéquation de la demande du recourant avec le contingent prévu par l'art. 20 LEtr, revient quant lui à l'autorité intimée. Or, celle-ci se contente de mentionner brièvement l'avis de la commission tripartite, sans autre précision, de sorte que la chambre de céans n'est pas en mesure de déterminer si le contingent est déjà dépassé ou non.

- 14/16 - A/896/2017

E. 18

Ces circonstances particulières, prises dans leur ensemble, sont de nature à faire admettre que le recourant remplit les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante, sous réserve de l'examen, par l'OCPM, du logement du recourant au sens de l'art. 24 LEtr, et, par l'OCIRT, du contingent au sens des art. 20 LEtr et 20 OASA.

C'est donc à tort que l'autorité intimée a refusé d'émettre un préavis favorable à la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante.

En conséquence, le recours sera partiellement admis et tant le jugement du TAPI que les décisions de l'OCIRT seront annulés. Le dossier sera renvoyé à l'autorité administrative initiale pour nouvelle décision au sens des considérants qui précèdent.

E. 19

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée au recourant, qui obtient gain de cause et y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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