

GE_GERICHTE JTAPI/1109/2013 vom 11. Januar 2013

GE Cour de justice, 2013-01-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_1109_2013

FR: GE_GERICHTE JTAPI/1109/2013 du 11 janvier 2013

IT: GE_GERICHTE JTAPI/1109/2013 del 11 gennaio 2013

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail en matière de marché du travail (art. 115 et 116 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

E. 2

Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

E. 3

Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Le juge doit vérifier si l'administration n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Dans ce cadre, le principe de proportionnalité prend une place majeure. Il impose une pesée des intérêts pour et contre la mesure en cause (T. TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif in La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, 1996, pp. 189 ss, notamment 192s.). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi, non réalisée en l'espèce (art. 61 al. 2 LPA).

E. 4

Selon l'art. 2 al. 1 OASA, qui concrétise l'art. 19 LEtr (admission en vue d'une "activité lucrative indépendante"), est considérée comme activité lucrative indépendante 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. Cette organisation librement choisie peut être gérée par exemple sous la forme d'un commerce, d'une fabrique, d'un prestataire de service, d'une industrie ou d'une autre affaire. B_____ étant le seul et unique associé de la recourante, société à responsabilité limitée, son activité lucrative est en soi, à teneur de la norme précitée, indépendante (cf. ATAF C-7286/2008 du 9 mai 2011 consid. 6.1). C'est donc en soi de manière erronée que l'OCIRT a traité la requête de la recourante en faisant application de l'art. 18 LEtr, qui a traité à l'admission en vue de l'exercice d'une "activité lucrative salariée". Cette manière de procéder s'explique sans doute par le fait qu'une procédure en vue de l'obtention d'une

- 6/10 - A/1495/2013 autorisation de séjour de travail en tant qu'indépendant en faveur d'B_____ avait déjà été rejetée par décision du 11 janvier 2013, laquelle était par ailleurs entrée en force, faute de recours, et que la recourante avait sollicité un permis G pour B_____, le qualifiant donc d'employé. Il n'en demeure pas moins que la demande doit être, juridiquement, examinée sous l'angle de l'art. 19 LEtr. A titre superfétatoire, le tribunal l'analysera toutefois aussi à la lumière de l'art. 18 LEtr. I. Activité lucrative indépendante

E. 5

La LEtr et l'OASA fixent les conditions permettant d'obtenir une autorisation de travail lorsque l'étranger souhaite exercer une activité lucrative indépendante : ■ La demande doit servir les intérêts économiques du pays (art. 19 let. a LEtr). ■ Les conditions financière et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise doivent être remplies (art. 19 let. b LEtr). ■ Les nombres maximums doivent être respectés (art. 20 LEtr et 20 OASA). En ce qui concerne les autorisations de séjour permettant d'exercer une activité lucrative, ce chiffre est de 116 pour le canton de Genève pour l'année 2013 (cf. annexe 2 OASA). Compte tenu du contingent restreint accordé aux cantons, les autorités du marché de l'emploi sont contraintes de se montrer restrictives dans l'appréciation des demandes dont elles sont saisies et ne peuvent retenir que celles qui traduisent un intérêt pour la collectivité. ■ L'étranger doit présenter les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr). ■ Il doit disposer d'un logement approprié (art. 24 LEtr). Lors de l'appréciation du cas, il convient de tenir compte de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné de s'intégrer (Directives LEtr de l'office fédéral des migrations - ODM -, version du 01.05.12, état au 1.12.12, ch. 4.3.1 ; ces directives ne lient pas le juge, mais il peut en tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable : ATA/565/2012 du 21 août 2012 ; ATA/353/2012 du 5 juin 2012). L'implantation d'entreprises et les indépendants peuvent être admis s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail. On considère que le marché suisse du travail tire durablement profit de l'implantation lorsque la nouvelle entreprise contribue à la diversification de l'économie régionale, dans la branche concernée, obtient ou crée des places de travail pour la main-d'œuvre locale, procède à des investissements substantiels et génère de nouveaux mandats pour l'économie helvétique (directives LEtr, op. cit., ch. 4.7.2.1).

- 7/10 - A/1495/2013

E. 6

En l'occurrence, aucun élément ne permet de retenir que l'OCIRT aurait méconnu la loi ou abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'octroyer une autorisation de séjour à B_____. En effet, il n'est aucunement établi que la recourante procéderait à des investissements substantiels ou générerait de nouveaux mandats pour l'économie helvétique. De plus, seul l'emploi de trois personnes est prévu, parmi lesquelles figure B_____, fondateur et "propriétaire" de la société, ce qui demeure tout à fait modeste en soi. La société est en outre active dans le domaine de la mode, soit une activité déjà fort répandue et déployée par d'innombrables entreprises dans le canton, de sorte que l'on ne saurait retenir qu'elle contribuerait à la diversification de l'économie régionale. A l'évidence, la recourante n'exerce pas une activité à valeur ajoutée pour Genève. Au vu de ce qui précède, l'exploitation de cette société ne présente pas un intérêt économique

suffisant pour le canton, que ce soit en termes de création de places de travail ou d'investissements, et ne justifie donc pas le prélèvement d'une unité de contingent. Dès lors, la délivrance de l'autorisation litigieuse ne se justifie pas sous l'angle de l'art. 19 LEtr. II.

Activité lucrative dépendante

E. 7

La LEtr et l'OASA fixent également les conditions permettant d'obtenir une autorisation de travail lorsque l'étranger souhaite exercer une activité lucrative dépendante. A teneur de l'art. 18 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a), son employeur a déposé une demande (let. b) et les conditions fixées aux art. 20 à 25 sont remplies (let. c). Ces conditions sont cumulatives. Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative que s'il est démontré qu'aucun travailleur en Suisse ni aucun ressortissant d'un Etat avec lequel a été conclu un accord sur la libre circulation des personnes correspondant au profil requis n'a pu être trouvé (art. 21 al. 1 LEtr). Le recours prioritaire aux ressources du marché du travail suisse permet d'accroître les chances des travailleurs indigènes en quête d'un emploi et de limiter au maximum l'entrée de nouveaux travailleurs étrangers. Le principe de la priorité des travailleurs résidents doit être appliqué à tous les cas, quelle que soit la situation de l'économie et du marché du travail. Il est retenu en faveur des travailleurs indigènes et des ressortissants de l'UE/AELE dont le statut est régi par l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté

- 8/10 - A/1495/2013 européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) et qui ont droit à l'admission. Sont considérés comme travailleurs indigènes, outre les citoyens suisses, les étrangers établis et les demandeurs d'emploi étrangers se trouvant déjà en Suisse et autorisés à travailler (art. 21 al. 2 LEtr). Les employeurs sont tenus d'annoncer le plus rapidement possible aux offices régionaux de placement les emplois vacants qu'ils présumant ne pouvoir repourvoir qu'en faisant appel à du personnel venant de l'étranger. Ils doivent en outre entreprendre toutes les démarches nécessaires - annonces dans les quotidiens et la presse spécialisée, recours aux médias électroniques et aux agences privées de placement - pour trouver un travailleur indigène ou ressortissant de l'UE/AELE. Il est également attendu des employeurs qu'ils déploient des efforts en vue d'offrir une formation continue spécifique aux travailleurs disponibles sur le marché suisse du travail. Enfin, il faut éviter que les personnes ayant la priorité ne soient exclues sur la base de critères non pertinents (directives LEtr, op. cit., ch. 4.3.2.1). Dans ce cadre, l'employeur doit être en mesure de rendre crédibles les efforts qu'il a déployés, en temps opportun et de manière appropriée, en vue d'attribuer le poste en question à des candidats indigènes ou à des candidats ressortissants de l'UE/AELE. Des ressortissants d'Etats tiers ne seront contactés que dans le cas où les efforts entrepris n'ont pas abouti. Il convient dès lors de veiller à ce que les efforts de recherche ne soient pas fournis à la seule fin de s'acquitter d'une exigence ou à ce que les personnes ayant la priorité ne soient pas exclues sur la base de critères professionnels non pertinents, tels que des séjours à l'étranger spécifiques ou des connaissances linguistiques qui ne sont pas indispensables pour exercer l'activité en question (Directives LEtr, op. cit., ch. 4.3.2.2). Le nombre maximum doit également être respecté. En effet, selon l'art. 20 al. 1 OASA, les cantons ne peuvent délivrer aux personnes provenant d'Etats qui ne sont pas membres de l'UE ou de l'AELE des autorisations de séjour que dans les limites des nombres maximums

fixés à l'annexe 2 ch. 1 let. a (116 autorisations pour le canton de Genève pour l'année 2013). Par ailleurs, l'étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche (art. 22 LEtr). Pour déterminer les salaires et les conditions de travail en usage dans la localité et la profession, il y a lieu de tenir compte des prescriptions légales, des conventions collectives et des contrats-types de travail, ainsi que des salaires et des conditions accordés pour un travail semblable dans la même entreprise et dans la même branche. Il importe aussi de prendre en considération les résultats des relevés statistiques sur les salaires (art. 22 al. 1 OASA). Les dérogations aux conditions d'admissions sont prévues aux art. 26 à 53 OASA.

- 9/10 - A/1495/2013

E. 8

En l'espèce, à supposer qu'il faille retenir qu'B_____ pourrait véritablement être considéré comme un employé - cette question pourra au demeurant rester indécise - la recourante serait tenue de respecter le principe de priorité instauré par l'art. 21 al. 1 LEtr, ce qu'elle n'a toutefois pas fait. Elle n'a en effet effectué aucune démarche afin de pourvoir le poste litigieux. Elle n'en a pas annoncé la vacance à l'office cantonal de l'emploi et n'a déployé aucune recherche sur le marché local ou européen du travail, en passant par exemple des annonces dans la presse locale, nationale ou internationale, dans la presse spécialisée ou sur des sites internet. Dès lors, elle n'a pas fourni les efforts attendus de sa part pour trouver un candidat correspondant à l'emploi à pourvoir. Force est donc d'en conclure que la recourante souhaite engager son unique actionnaire par pure convenance personnelle, dès lors qu'elle le connaissait et que l'intention d'ouvrir réellement le poste à d'autres candidats faisait défaut. La simple allégation selon laquelle B_____ devrait être personnellement présent pour accueillir la clientèle n'est en outre pas convaincante pour justifier sa présence continue en Suisse. La recourante ne présente de plus pas un intérêt économique suffisant, ainsi que relevé à juste titre par l'OCIRT et détaillé ci-dessous. Il en résulte que la délivrance de l'autorisation litigieuse, à supposer même qu'elle soit envisageable, est en soi aussi exclue sous l'angle de l'art. 18 LEtr.

E. 9

Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision contestée confirmée.

E. 10

En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement genevois sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (E 5 10.03), la recourante, qui succombe, sera condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 500.-, qui est couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours.

- 10/10 - A/1495/2013

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