

GE_GERICHTE JTAPI/830/2024 vom 26. August 2024

GE Cour de justice, 2024-08-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_830_2024

FR: GE_GERICHTE JTAPI/830/2024 du 26 août 2024

IT: GE_GERICHTE JTAPI/830/2024 del 26 agosto 2024

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 al. 1 et 116 al. 1 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). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

E. 4

Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017

- 14/26 - A/3193/2023 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

E. 5

Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

E. 6

Selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Elle ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il incombe à celles-ci

d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_728/2020 du 25 février 2021 consid. 4.1 ; 2C_1156/2018 du 12 juillet 2019 consid. 3.3 et les arrêts cités). En matière de droit des étrangers, l'art. 90 LEI met un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants (ATF 142 II 265 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_728/2020 du 25 février 2021 consid. 4.1 ; 2C_323/2018 du 21 septembre 2018 consid. 8.3.3).

E. 7

Lorsque les preuves font défaut ou s'il ne peut être raisonnablement exigé de l'autorité qu'elle les recueille pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_27/2018 du 10 septembre 2018 consid. 2.2 ; 1C_170/2011 du 18 août 2011 consid. 3.2 et les références citées ; ATA/99/2020 du 28 janvier 2020 consid. 5b). Il appartient ainsi à l'administré d'établir les faits qui sont de nature à lui procurer un avantage et à l'administration de démontrer l'existence de ceux qui imposent une obligation en sa faveur (ATA/978/2019 du 4 juin 2019 consid. 4a ; ATA/1155/2018 du 30 octobre 2018 consid. 3b et les références citées).

E. 8

A titre préalable, la recourante sollicite l'audition de Mme E_____, de M. D_____ et de M. J_____, employé auprès du service de la population et des migrants du canton de Fribourg.

E. 9

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 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 le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1062/2015 du 21 décembre 2015 consid. 3.1), celui d'avoir accès au dossier, celui d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, celui de participer à

- 15/26 - A/3193/2023 l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 140 I 60 consid. 3.3 p. 64 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_702/2014 du 16 octobre 2015 consid. 4.2 ; ATA/1296/2015 du 8 décembre 2015). Il ne comprend pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATA/311/2015 du 31 mars 2015). Dans une procédure initiée sur requête d'un administré, celui-ci est censé motiver sa requête en apportant tous les éléments pertinents il n'a donc pas un droit à être encore entendu avant que l'autorité ne prenne sa décision afin de pouvoir présenter des observations complémentaires (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p.509 s n. 1528 ss.).

E. 10

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche 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_235/2015 du 29 juillet 2015 consid. 5 ; 2C_1073/2014 du 28 juillet 2015 consid. 3.1) ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; ATA/1296/2015 précité). Ce droit ne confère enfin pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (art. 41 in fine LPA ; ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_901/2014 du 27 janvier 2015 consid. 3 ; ATA/1052/2019 du 18 juin 2019 consid. 3a).

E. 11

En l'espèce, la recourante a eu l'occasion de s'exprimer par écrit à plusieurs reprises durant la présente procédure, d'exposer son point de vue et de produire toutes les pièces qu'elle estimait utiles à l'appui de ses allégués. L'autorité intimée a également répondu à ses écritures, se prononçant sur les griefs qu'elle estimait pertinents pour l'issue du litige et la recourante a eu l'occasion de répliquer. Le dossier comporte en outre tous les éléments pertinents et nécessaires à l'examen des griefs et arguments mis en avant par les parties, permettant ainsi au tribunal de se forger une opinion et de trancher le litige, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'audition de Mme E_____ et de M. D_____. Pour le surplus, les faits que la recourante entend prouver par l'audition de M. J_____ ont trait à la procédure qu'elle a menée auprès du service de la population et des migrants du canton de Fribourg et ne sont donc pas pertinents pour l'issue du présent litige. Par conséquent, les mesures d'instructions sollicitées, en soi non obligatoires, seront rejetées.

E. 12

L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'elle ou il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/185/2020 du 18 février 2020 consid. 2b). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se

- 16/26 - A/3193/2023 prononcer. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés.

E. 13

Ainsi, si un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/4418/2019 du 23 mars 2021, consid.10b; ATA/185/2020 précité consid. 2b).

E. 14

Quant à l'autorité de recours, elle n'examine pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'instance inférieure, sous peine de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de cette autorité-ci, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies de droit préalables et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction (ATA/648/2016 du 26 juillet 2016 consid. 2b).

E. 15

Selon l'art. 65 LPA, l'acte de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant (al. 1). Il contient également l'exposé des motifs ainsi que l'indication des moyens de preuve (al. 2).

E. 16

Compte tenu du caractère peu formaliste de cette disposition, la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse s'agissant de la manière par laquelle sont formulées les conclusions du recourant, notamment si le recourant agit en personne. Le fait qu'elles ne ressortent pas expressément de l'acte de recours n'est, en soi, pas un motif d'irrecevabilité, pour autant que l'autorité judiciaire et la partie adverse puissent comprendre avec certitude les fins du recourant. Ainsi, une requête en annulation d'une décision doit être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a, de manière suffisante, manifesté son désaccord avec la décision ainsi que sa volonté qu'elle ne déploie pas d'effets juridiques (ATA/64/2021 du 19 janvier 2021 consid. 2 ; ATA/1790/2019 du 10 décembre 2019 ; ATA/1199/2019 du 30 juillet 2019).

E. 17

Pour y satisfaire, le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi et pourquoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 133 II 249 consid. 1.4.2). En particulier, la motivation doit se rapporter à l'objet du litige tel qu'il est circonscrit par la décision attaquée (ATF 133 IV 119 consid. 6.4) et le recourant doit se référer à des motifs qui entrent dans le pouvoir d'examen de l'autorité de recours (ATA/32/2010 du 19 janvier 2010). Une brève motivation est suffisante, à condition toutefois que les motifs avancés se rapportent à l'objet de la contestation (arrêt du Tribunal fédéral 2A.143/2005 du 21 avril 2005). Encore faut-il que cette motivation soit topique, à savoir qu'il appartient au recourant de prendre position par rapport à la décision attaquée et d'expliquer en quoi et pourquoi il s'en prend à celle-ci (ATA/596/2011 du 20 septembre 2011 consid. 5 ; ATA/32/2010 du 19 janvier 2010 et les références citées). Il serait contraire au texte même de la loi de renoncer à ces exigences minimales (ATA/239/2013 du 16 avril 2013 ; ATA/173/2004 du 2 mars 2004).

- 17/26 - A/3193/2023

E. 18

L'absence de conclusions ne peut être réparée que dans le délai de recours. Hors ce délai, le fait d'être autorisé à compléter une écriture de recours ne permet pas de suppléer le défaut de conclusions (art. 65 al. 4 LPA ; ATA/342/2015 du 14 avril 2015 consid. 2b ; ATA/959/2014 du 2 décembre 2014 consid. 11b ; ATA/197/2013 du 26 mars 2013 consid. 6 ; ATA/294/2009 du 16 juin 2009 consid. 6 ; ATA/133/2012 du 13 mars 2012 consid. 2 ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006 consid. 2 ; ATA/19/2006 du 17 janvier 2006 consid. 1).

E. 19

La juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires (art. 74 LPA).

E. 20

Le mémoire de réplique ne peut toutefois contenir qu'une argumentation de fait et de droit complémentaire, destinée à répondre aux arguments nouveaux développés dans le mémoire de réponse. Il ne peut en principe pas être utilisé afin de présenter de nouvelles conclusions

ou de nouveaux griefs qui auraient déjà pu figurer dans l'acte de recours (arrêt du Tribunal fédéral 1C_130/2015 du 20 janvier 2016 consid. 2.2 in SJ 2016 I 358 ; ATA/773/2022 du 9 août 2022 consid. 2b ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 244 n. 927).

E. 21

Partant, des conclusions nouvelles prises au stade de la réplique sont irrecevables (ATA/1221/2021 du 16 novembre 2021 consid. 3a ; ATA/434/2021 du 20 avril 2021 consid. 1b ; ATA/467/2020 du 2 mai 2020 consid. 3c).

E. 22

En l'espèce, dans son acte intitulé « Révision et recours » la recourante qui n'était pas représentée par un avocat, n'a pas formellement pris de conclusions tendant à l'annulation de la décision contestée, se limitant à requérir que l'OCIRT reconsidère sa position et que le tribunal juge équitablement son cas. Ce faisant, elle a cependant implicitement conclu à ce qu'une nouvelle décision soit rendue, à ce qu'une autorisation de séjour soit délivrée à M. D_____ et par conséquent à ce que la décision entreprise soit annulée. Cela étant, la recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que la présente procédure concerne une demande de renouvellement de l'autorisation de séjour de M. D_____ et non une nouvelle demande. En effet, comme indiqué dans la partie en fait, le précité a obtenu une autorisation de séjour le 18 février 2020 dans le canton de Fribourg, basée sur un business plan de 2019 (en lien avec le commerce de café), dont le renouvellement était conditionné à l'atteinte de résultats. Cette autorisation ne pouvait donc être prolongée sans nouvelle décision relative au marché du travail. Or, il n'est pas contesté que les résultats annoncés par la recourante n'ont jamais été atteints et que la société a connu des pertes. En 2023, la recourante a modifié sa raison sociale et ses statuts, puis déplacé son siège dans le canton de Genève où elle a sollicité la délivrance d'une autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de M. D_____, produisant à l'appui de sa demande un nouveau business plan daté de 2023 (en lien avec le commerce de chocolat). Dans ces circonstances, l'intimée a analysé à juste titre si le nouveau projet de la recourante pouvait représenter un intérêt économique suffisant pour justifier la prise

- 18/26 - A/3193/2023 d'une unité du contingent cantonal genevois. On ne se trouve donc manifestement pas dans le cas de figure du renouvellement de l'autorisation délivrée dans le canton de Fribourg le 18 février 2020, arrivée à échéance le 3 juillet 2021, mais bien dans le cadre d'une nouvelle demande. Enfin, le fait que l'intéressé ait bénéficié d'une autorisation de séjour (permis B) dans un autre canton ne lui confère aucun droit quant à une prise d'activité à Genève. Il doit donc être considéré comme un nouveau demandeur d'emploi.

E. 23

La recourante conteste le refus de l'OCIRT de délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante en faveur de M. D_____, en qualité de directeur (CEO) de sa société.

E. 24

Selon l'art. 11 LEI, 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 (al. 1). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si

elle est exercée gratuitement (al. 2).

E. 25

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 LEI).

E. 26

Aux termes de l'art. 83 al. 1 let. a 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), 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 LEI.

E. 27

La procédure d'obtention d'autorisation est réglée à Genève aux art. 6 al. 1 à 7 du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 9 mars 2009 (RaLEtr - F 2 10.01).

E. 28

Selon l'art. 2 al. 1 OASA, qui concrétise l'art. 19 LEI (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 (cf. ATF 140 II 460 consid. 4.1.3).

E. 29

Les définitions de "l'activité lucrative indépendante" utilisées par d'autres autorités dans leurs champs de compétences (impôts, assurances sociales, etc.) n'entrent pas en considération. Est déterminante, en matière migratoire, la définition figurant à l'art. 2 OASA (cf. directives OLCP, ch. 4.1.2).

E. 30

La jurisprudence a retenu qu'une personne, seule et unique associée d'une société à responsabilité limitée exerce une activité lucrative indépendante (cf. ATAF C-19/26 - A/3193/2023 7286/2008 du 9 mai 2011 consid. 6.1). Le tribunal de céans a fait sienne cette appréciation (cf. JTAPI/1109/2013 du 9 octobre 2013). Il a également jugé qu'un associé d'une société à responsabilité limitée détenant dix-huit des vingt parts sociales apparaissait comme le principal acteur de la société, de sorte que son activité équivalait à celle d'un indépendant (JTAPI/1082/2013 du 8 octobre 2013). Il a par ailleurs considéré comme étant de nature indépendante l'activité d'une personne qui était le seul membre présent en Suisse du conseil d'une fondation et qui disposait de la signature individuelle, alors que les deux autres membres étaient domiciliés à l'étranger et qu'ils ne disposaient que d'une signature collective à deux avec elle (JTAPI/1334/ 2013 du 10 décembre 2013).

E. 31

La jurisprudence fédérale a détaillé la notion d'activité lucrative indépendante sous l'angle du droit communautaire et retenu que les critères permettant de la distinguer de l'activité lucrative dépendante étaient similaires aux critères du droit suisse (ATF 140 II 460 consid. 4.1).

E. 32

En l'espèce, quand bien même M. D_____ a signé un contrat de travail avec la recourante, ce qui fait formellement de lui un salarié de cette société et donc, à première vue, une personne exerçant une activité lucrative dépendante, il convient de retenir qu'il exerce en réalité une activité lucrative indépendante. En effet, dès lors qu'il est l'unique actionnaire de cette société, son activité est déployée dans le cadre exclusif de sa propre organisation. De plus, il travaille à ses propres risques et périls, ne serait-ce que de façon indirecte, puisqu'il est le seul « propriétaire » de A_____ SA. Sa demande doit dès lors être analysée sous l'angle de l'exercice d'une activité lucrative indépendante (art. 19 LEI), ce qui n'est au demeurant pas contesté.

E. 33

Selon l'art. 19 LEI, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies (let. b) ; il dispose d'une source de revenus suffisante et autonome (let. c) ; les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 LEI sont remplies (let. d). Ces conditions doivent être remplies de manière cumulative (cf. arrêts du TAF F- 4755/2018 du 27 janvier 2021 consid. 4.3 in fine).

E. 34

En raison de sa formulation potestative, cette disposition ne confère aucun droit à la délivrance d'une telle autorisation de séjour (arrêts du Tribunal fédéral 2C_56/2016 du 20 janvier 2016 consid. 3 ; 2D_4/2015 du 23 janvier 2015 consid. 3 ; 2C_541/2012 du 11 juin 2012 consid. 4.2) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1 ; C- 5420/2012 du 15 janvier 2014 consid. 6.2 ; ATA/1660/2019 du 12 novembre 2019 consid. 4b).

- 20/26 - A/3193/2023

E. 35

L'octroi d'une autorisation de travail en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante ne peut être admis que s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail (intérêts économiques du pays). On considère notamment que le marché suisse du travail tire durablement profit de l'implantation d'une entreprise, lorsque celle-ci 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 suisse (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-968/2019 du 16 août 2021 consid. 5.3.1). Dans une première phase (création et édification de l'entreprise), les autorisations idoines sont délivrées pour deux ans (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4160/2013 du 29 septembre 2014 ; Minh Son NGUYEN/ Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, Berne, 2017, p. 146 et les références citées ; SEM, Directives et

commentaires, *Domaine des étrangers, Séjour avec activité lucrative* [Chapitre 4], 2013, état au 1er juin 2024 [ci-après : directives du SEM], ch. 4.3.1, 4.7.2.1 et 4.7.2.2).

E. 36

Dans un arrêt du 22 février 2022, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) a retenu que les prévisions d'emploi de six personnes à l'horizon 2023 ne pouvaient être considérées comme remplissant la condition de création de places pour la main-d'œuvre locale (ATA/184/2022, consid. 8.g).

E. 37

La notion d'« intérêt économique du pays », formulée de façon ouverte, concerne au premier chef le domaine du marché du travail. Il s'agit, d'une part, des intérêts de l'économie et de ceux des entreprises. D'autre part, la politique d'admission doit favoriser une immigration qui n'entraîne pas de problèmes de politique sociale, qui améliore la structure du marché du travail et qui vise à plus long terme l'équilibre de ce dernier (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, in FF 2002 3469 ss, p. 3485 s. et 3536). En particulier, les intérêts économiques de la Suisse seront servis lorsque, dans un certain domaine d'activité, il existe une demande durable à laquelle la main d'œuvre étrangère en cause est susceptible de répondre sur le long terme (arrêts du Tribunal administratif fédéral F-4226/207 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 ; et les références citées ; ATA/1363/2020 du 22 décembre 2020 consid. 8e ; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019 consid. 5d). L'art. 3 al. 1 LEI concrétise le terme en ce sens que les chances d'une intégration durable sur le marché du travail suisse et dans l'environnement social sont déterminantes. L'activité économique est dans l'intérêt économique du pays si l'étranger offre par là une prestation pour laquelle il existe une demande non négligeable et qui n'est pas déjà fournie en surabondance (ATA/184/2022 du 22 février 2022 consid. 8e et les références citées ; Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, vol. 2 : LEtr, 2017, p. 145 s. et les références citées).

- 21/26 - A/3193/2023

E. 38

Selon les directives établies par le SEM, qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré pour autant qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-968/2019 du 16 août 2021 consid. 5.4.2 ; ATA/1198/2021 du 9 novembre 2021 consid. 7b), lors de l'appréciation du cas, il convient de tenir compte en particulier de la situation sur le marché du travail, de l'évolution économique durable et de la capacité de l'étranger concerné à s'intégrer. Il ne s'agit pas de maintenir une infrastructure avec une main-d'œuvre peu qualifiée disposée à travailler pour de bas salaires, ni de soutenir des intérêts particuliers. Par ailleurs, les étrangers nouvellement entrés dans le pays ne doivent pas faire concurrence aux travailleurs en Suisse en provoquant, par leur disposition à accepter de moins bonnes conditions de rémunération et de travail, un dumping salarial et social (directives du SEM, ch. 4.3.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral F-4226/ 2017 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1 ; ATA/1198/2021 du 9 novembre 2021 consid. 7b).

E. 39

Afin de permettre à l'autorité d'examiner les conditions financières et les exigences liées à l'exploitation de l'entreprise, les demandes doivent être motivées et accompagnées des documents conformément à la liste de vérification des annexes à fournir (cf. directives du SEM, ch. 4.8.11) et d'un plan d'exploitation. Celui-ci devra notamment fournir des indications sur les activités prévues, l'analyse de marché (business plan), le développement de l'effectif du personnel (plans quantitatif et qualitatif) et les possibilités de recrutement, ainsi que les investissements prévus, le chiffre d'affaires et le bénéfice escomptés. Les liens organisationnels avec d'autres entreprises sont également à indiquer. L'acte constitutif de l'entreprise et/ou extrait du registre du commerce sont à joindre (directives du SEM, ch. 4.7.2.3). L'autorisation doit également s'inscrire dans les limites du contingent fixé par le Conseil fédéral (art. 20 LEI), selon un nombre maximum fixé dans l'annexe 2 OASA, à savoir 92 permis B pour 2023 et 91 permis B pour 2024.

E. 40

En l'espèce, l'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, qui dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît pas fondée sur des éléments dépourvus de pertinence, négligeant des facteurs décisifs ou guidée par une appréciation insoutenable des circonstances, que ce soit dans son approche ou dans son résultat. En particulier, sous l'angle de l'art 19 LEI, l'autorité intimée a retenu à juste titre que les arguments développés par la recourante étaient insuffisants pour permettre de considérer que l'admission de sa demande servirait les intérêts économiques helvétiques au sens de la loi et de la jurisprudence. Tout d'abord, elle n'a pas démontré que son activité, telle qu'annoncée dans le nouveau business plan de 2023 produit à l'appui de la demande - soit l'achat et l'exportation de chocolat, avec l'ouverture d'un magasin à Genève - revêtirait une originalité particulière dans le paysage économique genevois et contribuerait ainsi à sa diversification. Aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que l'offre

- 22/26 - A/3193/2023 actuelle serait insuffisante à Genève dans ce domaine d'activité, la recherche effectuée par l'OCIRT auprès du registre du commerce en utilisant le terme « chocolat » démontrant au contraire qu'il existe déjà pléthore d'entreprises à Genève, actives dans ce domaine. Par ailleurs l'OCIRT expose, sans être contredit, que le marché de l'exportation de produits chocolatiers est déjà largement occupé par de nombreux fabricant qui exportent eux-mêmes leurs produits à l'étrangers, sans passer par des intermédiaires et qu'il en va de même du commerce et de l'exportation de vins. Par conséquent, faute pour la recourante d'avoir démontré l'existence d'une réelle demande en lien avec son activité et les services qu'elle entend proposer, respectivement développer, le tribunal retiendra que ceux-ci sont déjà fournis en suffisance sur le territoire genevois. La condition de la création de places de travail ne paraît pas non plus réalisée. La recourante a indiqué qu'elle souhaitait engager quatre à cinq personnes, en sus de M. D_____, et que la masse salariale allait évoluer de CHF 50'000.- / 90'000.- en 2023 à CHF 300'000.- en 2026. Or, comme cela ressort de la jurisprudence précitée, de telles prévisions sont modestes et insuffisantes pour permettre l'octroi d'une autorisation avec activité lucrative indépendante dans le canton de Genève, notamment en raison de l'exiguïté du contingent cantonal. On ne saurait dès lors considérer que l'activité de la société et de M. D_____, permettrait la création d'un nombre d'emplois significatif qui aurait des retombées positives et durables sur le marché suisse du travail. Par ailleurs, la recourante n'est pas parvenue à démontrer que les activités déployées permettraient de générer de nouveaux mandats pour l'économie suisse. A cet égard, les retombées fiscales de son activité et l'imposition de M. D_____ et de son épouse sont

irrelevantes, la soumission des particuliers et entreprises aux taxes fiscales étant une obligation légale qui s'impose à chaque entité/personne concernée. Il doit pour le surplus être relevé que les investissements déjà effectués par la recourante, notamment dans le canton de Zurich, ne lui confèrent aucun droit à obtenir une nouvelle autorisation de séjour avec activité lucrative en Suisse (art. 6 al. 2 OASA) et ce, quel que soit le montant de l'investissement concerné. S'agissant du chiffre d'affaires prévisionnel, les montants présentés à l'autorité intimée le 4 août 2023, pour les années 2023 à 2026, s'élèvent à environ CHF 100'000.- la première année, CHF 300'000.- la deuxième et troisième année et CHF 500'000.- la quatrième année, montants à nouveau insuffisants pour reconnaître un intérêt économique suffisant au sens de l'art. 19 LEI, compte tenu notamment de l'exigüité du contingent cantonal. Concernant le contrat conclu avec I_____, le chiffre d'affaires de CHF 17'500'000.- mis en avant par la recourante dans sa réplique ne constitue qu'un montant prévisionnel. Aucuns chiffres détaillés y relatifs n'ont été transmis à l'autorité intimée et ledit chiffre d'affaires est par ailleurs contredit par les prévisions fournies par la société elle-même (chiffre d'affaires de CHF 300'000.- en 2024).

- 23/26 - A/3193/2023 S'agissant du contrat du 2 janvier 2024 conclu avec K_____ Ltd. (valable du 1er février 2024 au 31 janvier 2025), également produit au stade de la réplique, il doit être relevé que l'activité de fourniture durable de vins n'était pas indiquée dans le business plan 2023. Quoiqu'il en soit, l'acquisition et l'exportation de 2'400 bouteilles de vin pour un montant avoisinant les CHF 100'000.- n'est pas propre à démontrer un intérêt économique suffisant. En tout état, l'existence de retombées économiques positives pour la recourante ne suffit pas encore à considérer qu'elles le sont également pour l'économie suisse. Quant à son allégué qu'elle pourrait atteindre un volume d'affaires avoisinant CHF 1'000'000.- si M. D_____ était autorisé à revenir en Suisse, il n'est appuyé par aucune pièce justificative et n'est au demeurant pas cohérent par rapport aux chiffres d'affaires fournis par la recourante le 4 août 2023 (soit CHF 300'000.- en 2024), prévision qui paraît plus réaliste au regard des documents versés à la procédure par la recourante, notamment son bilan 2022. Il convient encore de relever concernant ledit bilan que, bien que réclamé par l'OCIRT par courrier du 19 juin 2023, il n'a été produit qu'avec les déterminations sur la duplique. Il comporte en outre plusieurs irrégularités et/ou erreurs comptables. Ainsi, il ressort des constats de l'OCIRT, que le tribunal fait siens, que les dépenses de CHF 587'752.- mentionnées par la recourante pour l'année 2022 correspondent à l'EBITDA (bénéfice avant amortissements, résultat financier et impôts), qui n'est pas une dépense. De plus, la société utilise le montant de CHF 1'081'264.- relatif à une dette des actionnaires comme « produit d'exploitation » et déduit de ce montant les taxes (CHF 295.- et CHF 41'430.-) ainsi que le « operating profit/loss » (CHF -769'097.) pour obtenir un « profit » de CHF 999'442.-, ce qui n'est pas correct au niveau comptable. En outre, le montant de CHF 1'040'872.- qui selon la recourante correspond au chiffre d'affaires est dû au fait qu'afin d'éviter un état de surendettement, la société a levé la dette d'un montant de CHF 1'810'264.- que les actionnaires avaient contre elle. Cette dette CHF 1'810'264.- devrait donc se trouver dans les « assets » de la société. Dans ces conditions, le bilan 2022 produit par la recourante en cours de procédure n'apparaît pas suffisamment probant pour déterminer et a fortiori démontrer l'intérêt économique de la demande. En conclusion, la délivrance du permis requis servirait en réalité les intérêts privés de la recourante, soit ceux de son actionnaire unique, et non pas les intérêts économiques de la Suisse, conformément à l'exigence de l'art. 19 let. a LEI. En effet, il n'apparaît pas qu'il en résulterait des retombées durables positives pour le marché suisse du travail ou que celui-ci tirerait durablement

profit de l'admission de M. D_____ par sa contribution à la diversification de l'économie régionale dans la branche concernée, la création de places de travail pour la main-d'œuvre locale, des investissements substantiels et de nouveaux mandats pour l'économie helvétique.

- 24/26 - A/3193/2023 Il doit également être relevé que la recourante a indiqué à plusieurs reprises que son activité, notamment l'exécution du contrat conclu avec K_____ Ltd avait déjà débuté. Or, Mme E_____, à ce jour unique employée (administratrice) de la recourante n'est pas titulaire d'une autorisation de travail, ni de séjour, sur le territoire suisse. La pérennité des activités de la recourante à Genève n'apparaît ainsi pas garantie, étant rappelé que celui qui place l'autorité devant le fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en découlent pour lui (ATA/473/2021 du 4 mai 2021).

E. 41

La première condition cumulative de l'art. 19 LEI n'étant pas réalisée, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres conditions de cette disposition, ni les autres arguments de la recourante, étant rappelé que, compte tenu de l'exiguïté des contingents du canton de Genève, la commission tripartite est contrainte de ne retenir que les demandes qui se démarquent par un fort intérêt économique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

E. 42

La recourante critique le déroulement de la procédure (lenteur et absence de réponse à ses demandes durant plus de deux ans). L'autorité intimée ne saurait toutefois être tenue pour responsable des éventuels manquements d'autorités d'autres cantons. L'on relèvera que l'OCIRT a néanmoins tenté à plusieurs reprises d'obtenir des explications et réponses de ces dernières, sans succès.

E. 43

En dernier lieu, concernant les éléments avancés en lien avec la situation administrative et l'état de santé de Mme E_____ et de ses enfants, il convient de rappeler que l'objet du litige porte sur le refus de l'OCIRT de délivrer une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative (permis B) à M. D_____. Il n'y a donc pas lieu d'examiner ici la situation de la famille de ce dernier, cet examen devant le cas échéant faire l'objet d'une demande d'autorisation de séjour propre, traitée par l'OCPM.

E. 44

Au vu de ce qui précède, l'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, qui dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît pas inappropriée ni fondée sur des éléments dépourvus de pertinence, négligeant des facteurs décisifs ou guidée par une appréciation insoutenable des circonstances, que ce soit dans son approche ou dans son résultat. On ne peut ainsi admettre que cet office aurait fait un usage excessif ou abusif dudit pouvoir d'appréciation, étant rappelé que lorsque le législateur a voulu conférer à l'autorité de décision un pouvoir d'appréciation dans l'application d'une norme, le juge qui, outrepassant son pouvoir d'examen, corrige l'application pourtant défendable de cette norme à laquelle ladite autorité a procédé viole lui-même le principe de l'interdiction de l'arbitraire (cf. ATF 140 I 201 consid. 6.1 et les références citées).

E. 45

En conclusion, mal fondé, le recours sera rejeté et la décision contestée confirmée.

E. 46

En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03),

- 25/26 - A/3193/2023 la recourante qui succombe, est condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 1'000.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais de CHF 500.- versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

E. 47

En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au SEM.

- 26/26 - A/3193/2023

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