

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3267/2015-PE

ATA/858/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 11 octobre 2016

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me André Gruber, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 avril 2016 (JTAPI/340/2016)**

EN FAIT

1. Madame B_____ et Monsieur A_____ (ci-après : les époux C_____), nés respectivement les _____1977 et _____1974, sont ressortissants du Brésil.
2. M. A_____ est arrivé à Genève en juin 2005 et son épouse l'a rejoint au mois de septembre 2005. Le couple a séjourné en Suisse sans titre de séjour valable.
3. À partir de novembre 2010, M. A_____ est devenu l'unique associé gérant de la société D_____ (ci-après : D_____ ou la société), inscrite au registre du commerce depuis le 5 mars 2010, et dont le but est : « exploitation d'une entreprise de peinture, de carrelage, de nettoyage, déménagement, ainsi que d'importation et d'exportation de marchandises ». Il détient ainsi l'intégralité du capital social libéré de la société de CHF 20'000.-.
4. D'août 2011 à mai 2015, les époux C_____ ont mené une procédure relative à une autorisation de séjour pour cas de rigueur, laquelle a finalement été rejetée par le Tribunal administratif fédéral par arrêt du 13 mai 2015 (C-6255/2013).
5. Entretemps, et en date du 12 décembre 2014, M. A_____ est devenu administrateur de la société E_____ (ci-après : E_____) dont le but est : achat, vente, prise de participation et exploitation de toutes entreprises dans le domaine immobilier de la construction, de la rénovation, de la promotion, de la transaction, de l'import-export de matériel, de la gestion des assurances, à l'exception des opérations prohibées par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE - RS 211.412.41).
6. Les époux C_____ ont déposé, le 16 juillet 2015, auprès de l'OCPM, une demande de permis de travail, avec activité lucrative en qualité d'indépendant, en faveur de M. A_____ et une demande d'autorisation de séjour pour regroupement familial en faveur de Madame F_____, leur nièce.

Le mari avait « fondé deux sociétés viables et était devenu administrateur d'une troisième société », ceci en créant des emplois. Selon la jurisprudence définissant la qualification d'un travailleur indépendant, M. A_____ devait être considéré comme tel au vu de son activité au sein de D_____.

Le jugement du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) du 24 avril 2013 (JTAPI/500/2013), reconnaissant un cas de rigueur dans la situation des époux C_____, mentionnait que l'intégration de M. A_____ était particulièrement poussée au vu de son ascension professionnelle. Les conditions de l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005

(LEtr - RS 142.20) régissant le permis de travail pour indépendant étaient remplies. La société n'employait qu'une personne mais tendait à augmenter son effectif. Le chiffre d'affaires de cette dernière en 2013 s'élevait à CHF 518'338.-. En 2014, la société avait dû recouvrer des créances en intentant des actions judiciaires, ce qui avait causé des problèmes. Néanmoins, la société avait établi des partenariats avec d'autres entreprises dans le secteur genevois et frontalier. Elle sous-traitait également certains mandats, ce qui créait indirectement du travail.

À la fin de l'année 2014, M. A_____ était devenu l'un des administrateurs de la société E_____, laquelle détenait l'entreprise française G_____ (ci-après : G_____), agissant en tant qu'entrepreneur sur le sol français. Pour l'année 2015, E_____ estimait percevoir un chiffre d'affaires de CHF 850'000.-, ce qui entraînerait la création d'autres emplois au sein de la société, prévus en priorité pour le marché local. Ceci entraînerait également des retombées fiscales non négligeables pour le canton de Genève.

7. Par décision du 19 août 2015, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé l'octroi de l'autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative indépendante au motif que les conditions de l'art. 19 LEtr n'étaient pas remplies. L'intérêt économique que présentait la société de M. A_____, soit D_____, n'était pas suffisant pour le marché suisse, cette dernière ne contribuant pas assez à la diversification de l'économie régionale dans la branche en question et ne créant notamment pas assez d'emplois pour la main d'œuvre locale. Par ailleurs, le requérant n'était pas en règle avec l'administration fiscale.
8. Par acte du 21 septembre 2015, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du TAPI, concluant, « sous suite de frais et dépens », principalement à son annulation et à l'octroi d'un préavis favorable s'agissant de l'autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante (permis B) en sa faveur, et subsidiaire à l'annulation de la décision litigieuse et au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision accordant un préavis favorable à l'octroi de l'autorisation sollicitée. Préalablement, il a sollicité son audition ainsi que celle de son épouse.

Reprenant son argumentation développée à l'appui de sa demande d'autorisation de séjour du 16 juillet 2015 pour démontrer que l'OCIRT avait violé l'art. 19 LEtr en refusant l'octroi de ladite autorisation, M. A_____ a également exposé les points suivants :

Un accord avec une société débitrice de D_____ avait été trouvé, celle-là versant à la société de l'intéressé un montant de CHF 17'000.-. D'autres accords en cours allaient également entraîner des rentrées d'argent conséquentes. Par ailleurs, la société avait clôturé l'exercice 2014 avec un bénéfice de CHF 882.-. Le chiffre d'affaires de la société E_____, pour l'année 2015, avait

été estimé à CHF 948'000.-, ce qui avait permis l'engagement d'un nouvel employé. Malgré les difficultés qu'avait D_____ avec l'administration fiscale, M. A_____ avait repris à titre personnel le paiement des arriérés de cotisations sociales et entrepris les démarches en vue de conclure un arrangement de paiement avec ladite administration.

Son épouse avait également fait preuve d'une intégration exemplaire tant professionnelle que sociale, au vu de son implication dans les activités culturelles et associatives de son quartier. Elle avait appris le français et s'était formée pour certaines tâches administratives, lesquelles lui avaient permis de travailler au sein de E_____ en tant qu'assistante administrative.

Les époux étaient financièrement indépendants, n'avaient jamais émarginé à l'aide sociale et disposaient d'un logement approprié à Genève.

9. Le 19 novembre 2015, l'OCIRT a transmis ses observations au TAPI, concluant, « sous suite de frais et dépens », au rejet du recours de M. A_____.

La requête en autorisation de séjour pour travailleur indépendant du 16 juillet 2015 avait été formée par M. A_____ en rapport avec la société D_____. Les conditions de l'art. 19 LEtr n'étaient pas remplies. Le nombre d'entreprises à Genève ayant le même but social que la société susmentionnée était très élevé, de sorte qu'il n'était pas possible de considérer la branche de cette société comme diversifiée. Actuellement, il n'avait qu'un seul collaborateur dans son entreprise. La condition de création de places de travail pour la main d'œuvre locale n'était ainsi pas remplie. La condition des investissements substantiels n'était pas non plus remplie, étant donné le maigre bénéfice pour l'année 2014, comparé au chiffre d'affaires. Il était également rappelé que la société restait en souffrance d'une importante créance et que ladite société était toujours en délicatesse avec l'administration fiscale et les assurances sociales. Enfin, le fait que D_____ sous-traitait de nombreux mandats à d'autres entreprises locales signifiait ostensiblement qu'elle n'avait tout simplement pas la main-d'œuvre pour honorer lesdits mandats.

10. Par jugement du 4 avril 2016, le TAPI, faisant entièrement sienne l'argumentation exposée par l'OCIRT dans ses observations du 19 novembre 2015, a rejeté le recours de M. A_____ et mis à sa charge un émolument de CHF 1'000.-.
11. Par acte déposé le 6 mai 2016, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et reprenant ses conclusions devant le TAPI.

Il reprenait et complétait les faits, ainsi que ses arguments de première instance.

En ce qui concernait les faits nouveaux, depuis le dépôt de son recours auprès du TAPI, le recourant avait pu recouvrer une somme de CHF 66'000.- contre ses débiteurs, ainsi que des frais de justice conséquents. Il avait également convenu d'un arrangement avec l'administration fiscale afin de s'acquitter des cotisations en retard. Il continuait de développer de la clientèle et de conclure de nouveaux mandats pour D_____ et pour E_____. Dorénavant, ses activités s'étendaient également sur le canton de Vaud. En avril 2016, il était devenu administrateur président et associé unique de E_____, avec signature individuelle. Il n'était néanmoins pas encore en mesure de fournir les bilans des deux sociétés susmentionnées. À partir du 1^{er} janvier 2016, M. A_____ avait pu engager un second employé pour le compte de D_____.

L'effet suspensif devait être accordé ex lege, et ce d'autant plus que la décision de l'OCIRT du 19 août 2015 n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours.

Le recourant reprochait au TAPI d'avoir constaté de manière inexacte ou incomplète les faits, car il n'avait pas pris en considération des pièces produites dans le cadre de son recours, lesquelles faisaient notamment état de partenariats réguliers avec des régies immobilières genevoises, ou démontraient qu'un bénéfice de CHF 882.- résultait de l'exercice de 2014. L'entreprise française G_____, détenue par E_____, avait été à l'origine de plusieurs contrats de mandats importants en Suisse par conséquent, l'activité du recourant avait bien généré des nouveaux mandats pour l'économie suisse, ce qui n'avait pas été pris en considération par le TAPI.

Concernant la violation de l'art. 19 LETr invoquée par le recourant, il reprenait la même argumentation que dans son recours de première instance.

12. Le 12 mai 2016, le TAPI a communiqué son dossier sans formuler d'observations.
13. Le 7 juillet 2016, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

La décision du TAPI n'avait pas d'effet suspensif car il s'agissait d'une décision négative.

Le TAPI avait, à raison, constaté que les conditions de l'art. 19 LETr n'étaient pas remplies dans le cas d'espèce.

Par ailleurs, les faits nouveaux allégués par le recourant ne prouvaient pas l'assainissement complet de sa situation financière. Il n'avait d'ailleurs pas été en mesure de fournir le bilan de sa société pour l'année 2015. Le fait qu'il participait

à des sociétés françaises n'avait aucune incidence sur les intérêts de l'économie suisse. L'engagement d'un seul employé ne témoignait pas d'un recrutement massif. Enfin, l'intégration des époux C_____ n'avait aucune incidence sur une demande de permis de travail faite à l'OCIRT, ce dernier n'ayant aucune compétence pour apprécier ce genre d'éléments.

14. Le 31 août 2016, le recourant a transmis ses observations.

La société D_____ avait été déclarée en faillite. Le recourant se concentrait désormais sur la gestion et le développement de sa société E_____, dans laquelle il exerçait, au sens de la jurisprudence, une activité d'indépendant, étant devenu administrateur unique avec signature individuelle.

15. En date du 1^{er} septembre 2016, la cause a été gardée à juger.

16. Selon la consultation du registre du commerce de Genève, la faillite de D_____ a été prononcée le 9 juin 2016 à Genève. En outre, le recourant est devenu administrateur de E_____, société constituée en 2011, avec signature le 12 décembre 2014, puis sans signature dès le 11 novembre 2015 et enfin, administrateur unique avec signature individuelle dès le 11 mai 2016.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, sur ces points, recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige porte sur le refus de l'OCIRT d'accorder à M. A_____ une autorisation de séjour à l'année, de type permis B, avec activité lucrative indépendante au sein de D_____.
3. a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/4/2014 du 7 janvier 2014 consid. 6a ; ATA/343/2012 du 5 juin 2012 consid. 2 et les références citées).

La chambre administrative a déjà jugé que les lettres a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/4/2014 précité consid. 6a).

b. Selon la jurisprudence constante, le recourant doit avoir un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 121 II 39 consid. 2c/aa).

Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4).

4. Les conditions d'octroi d'une autorisation de travail sont régies par les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) et de ses ordonnances d'application, ainsi que par les directives établies par le 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).

5. a. 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.

b. La jurisprudence a retenu qu'une personne, seule et unique associée d'une société à responsabilité limitée exerce une activité lucrative indépendante (ATAF du 9 mai 2011 C-7286/2008).

En l'espèce, la demande d'autorisation de séjour pour travailleur indépendant du 16 juillet 2015 visait à obtenir une autorisation d'exercer une activité lucrative indépendante au sens des dispositions précitées, le recourant exposant vouloir exercer une fonction dirigeante au sein de sa propre entreprise, soit D_____, société dans laquelle il était administrateur unique avec signature individuelle. La société D_____ ayant été déclarée en faillite le 9 juin 2016, elle n'a depuis lors plus d'activité et le recourant ne peut plus y travailler. Par conséquent sa requête n'a plus d'objet et son recours n'a plus d'intérêt pratique et actuel sous cet angle. Sur ce point, le recours est donc irrecevable.

Dans sa requête et dans ses recours subséquents, le recourant a fait valoir ses nouvelles activités au sein de E_____. Celles-ci étant limitées à des activités

d'administration au sein d'une société créée avant qu'il n'en devienne organe, c'est à juste titre que l'OCIRT et le TAPI n'ont pas examiné la situation de l'intéressé sous l'angle de l'art. 2 al. 1 OASA en rapport avec les activités que l'intéressé peut mener avec cette société.

6. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.
7. Dès lors que par cet arrêt il est statué sur le fond du litige, la demande liée à la restitution de l'effet suspensif sera déclarée sans objet.
8. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

rejette, dans la mesure où il est recevable le recours interjeté le 6 mai 2016 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 avril 2016 ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 400.- ;

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 à Me André Gruber, avocat du recourant, à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

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 digne 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.

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 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.

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.