

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1445/2013 PE

JTAPI/1082/2013

JUGEMENT
DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PREMIÈRE INSTANCE

du 8 octobre 2013

dans la cause

A _____ SARL

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

(Refus d'octroyer une autorisation de travail)

EN FAIT

1. A_____ SARL, dont le siège est à Genève, a pour but tous travaux de ventilation, plomberie, sanitaire et chauffage et toute activité dans le domaine de l'électricité.
2. B_____, né le _____ 1970, est ressortissant de Tunisie. Il est domicilié depuis 1999 à _____ (France).
3. Du 7 janvier au 7 mai 1991, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour de courte durée avec activité lucrative (permis L).
4. Le 15 janvier 2013, A_____ SARL a formé auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT) une demande d'autorisation de travail (permis G) en faveur de B_____ qu'elle souhaitait engager pour une durée indéterminée en qualité d'assistant gérant, dès le 1^{er} janvier 2013, pour un revenu mensuel brut de CHF 4'000.-.

Etait jointe à cette demande la copie d'un contrat de travail conclu entre les parties le 21 décembre 2012.

5. Par décision du 17 avril 2013, l'OCIRT a refusé de donner une suite favorable à la demande d'autorisation en faveur de B_____ aux motifs que l'ordre de priorité de l'art. 21 de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou ressortissant d'un pays de l'UE et de l'AELE n'avait pu être trouvé. De plus, les conditions de l'art. 18 LEtr n'étaient pas remplies, la demande ne présentant pas un intérêt économique suffisant.
6. Par acte du 6 mai 2013, A_____ SARL a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) contre la décision précitée.

Elle a exposé que C_____, associé gérant d'D_____ SARL, avait vendu sa société à B_____, qui avait modifié la raison sociale en A_____ SARL, au mois de janvier 2013.

B_____ étant propriétaire de la société, les art. 18 et 21 LEtr sur lesquels l'OCIRT avait fondé sa décision, n'étaient pas applicables.

A_____ SARL a demandé au tribunal de revoir la décision de l'OCIRT en conséquence.

7. Dans ses observations du 4 juillet 2013, l'OCIRT a conclu, avec suite de dépens, au rejet du recours et à la confirmation de sa décision.

La demande de permis ainsi que le contrat de travail qui l'accompagnait indiquaient clairement que B_____ était engagé en qualité d'employé de la société, raison pour laquelle l'OCIRT avait examiné le dossier sous l'angle de l'art. 18 LETr.

Cela étant, même si la demande de permis devait être examinée sous l'angle de l'art. 19 LETr, la réponse de l'OCIRT serait négative. Ce n'était pas parce qu'une personne avait des intérêts dans une société qu'elle acquerrait automatiquement un permis de travail.

En l'espèce, l'entreprise en question n'était pas active dans un marché de niche innovant appelé à se développer rapidement et à favoriser l'engagement de personnes sur le marché local. De plus, il n'apparaissait pas qu'elle emploierait un grand nombre de personnes ni qu'elle effectuerait des investissements substantiels. Il s'agissait d'un artisan, comme il en existait des centaines dans le canton, et l'OCIRT ne voyait guère comment l'économie helvétique allait pouvoir tirer profit durablement de son activité.

En outre, B_____ ne disposait pas de qualifications particulières dans un domaine souffrant en Suisse et dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE d'une pénurie de main-d'œuvre spécialisée.

Enfin, la recourante n'avait pas respecté l'ordre de priorité. Elle n'avait pas placé d'annonces dans la presse genevoise, suisse ou européenne ni sur internet, elle n'avait pas eu recours à des agences de placement et n'avait pas non plus annoncé la vacance du poste à l'office cantonal de l'emploi.

EN DROIT

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. 2 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).
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).
3. S'agissant de son pouvoir d'examen, le tribunal peut être saisi tant pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents que pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 1 LPA). Il

n'a par contre pas la compétence d'apprécier l'opportunité des décisions rendues en matière de statut des étrangers (art. 61 al. 2 LPA).

4. A l'appui de son recours, la recourante fait valoir que B_____ est le propriétaire de la société et qu'en conséquence l'OCIRT aurait dû traiter la demande en application de l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).

La LEtr et l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201) fixent les conditions permettant d'obtenir une autorisation de travail lorsque l'étranger souhaite exercer une activité lucrative.

Selon l'art. 2 al. 1 OASA, 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.

Dans le cas d'espèce, tant le formulaire de demande pour frontalier que le contrat de travail joint en annexe à la demande d'autorisation de travail font apparaître B_____ comme un employé de la société raison pour laquelle l'OCIRT a traité sa demande en application de l'art. 18 LEtr. Il ressort toutefois du registre du commerce qu'il est inscrit depuis le 15 janvier 2013 en qualité d'associé gérant d'A_____ SARL aux côtés de E_____, lui-même propriétaire d'une fiduciaire, et qu'il détient 18 des 20 parts sociales. B_____ apparaît donc comme le principal acteur de la société et son activité comme celle d'un indépendant, de sorte que sa demande aurait dû être traitée sous l'angle de l'art. 19 LEtr.

L'OCIRT ayant examiné dans ses observations du 4 juillet 2013, si les conditions de l'art. 19 LEtr. étaient réalisées, le tribunal, par économie de procédure, entrera donc en matière sur cette question dans le cadre du présent recours.

5. Un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante si :
- son admission sert les intérêts économiques du pays (art. 19 let. a LEtr),
 - les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies (art. 19 let. b LEtr)
 - les nombres maximums sont 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

(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 présente les qualifications personnelles requises (art. 23 LEtr) ;
- il dispose 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, version au 01.05.2012, 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).

6. En l'espèce, il n'est nullement démontré que dans le cadre de son activité, B_____ procédera à des investissements substantiels ou générera de nouveaux mandats pour l'économie suisse ni que des places de travail seront créées.

Par ailleurs, l'activité envisagée, dans le domaine de la plomberie, de l'électricité et du chauffage, ne contribuera nullement à la diversification de l'économie régionale, de nombreuses entreprises situées dans le canton de Genève étant déjà actives dans ces domaines.

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.

La condition de l'art. 19 let. a LEtr n'étant pas réalisée, B_____ ne peut prétendre à l'octroi d'une autorisation pour l'exercice d'une activité lucrative indépendante.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera donc rejeté et la décision contestée confirmée.

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

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare le recours recevable;
2. le rejette;
3. met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par l'avance de frais;
4. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (18, rue du Mont-Blanc, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant;
5. communique le présent jugement à:
 - a. A_____ SARL;
 - b. L'OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL.

Siégeant : Quynh STEINER SCHMID, présidente, Thi Bach Nga CROISIER-VU et Gregor CHATTON, juges assesseurs.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Quynh STEINER SCHMID

Copie conforme de ce jugement a été communiquée aux parties.

Genève,

Le greffier