

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1495/2013 PE

JTAPI/1109/2013

**JUGEMENT**  
**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**  
**DE PREMIÈRE INSTANCE**

du 9 octobre 2013

dans la cause

A\_\_\_\_\_ Sàrl

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL**

(refus d'octroi d'une autorisation de travail)

---

## EN FAIT

1. A\_\_\_\_\_ Sàrl, constituée le \_\_\_\_\_ 2013 et dont le siège se trouve à Genève, a, selon le registre du commerce, comme but "*toutes activités de création et de conception ("design") de prêt-à-porter dans la haute couture ainsi que toutes activités dans le domaine de cours de danse*".

A teneur du même registre et des statuts de la société, B\_\_\_\_\_, ressortissant marocain né le \_\_\_\_\_ 1982, domicilié à I\_\_\_\_\_ (France), en est l'unique associé, de sorte qu'il en détient l'entier du capital social. La société emploie également deux directrices avec signature collective à deux.

2. Le 10 octobre 2012, B\_\_\_\_\_ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après l'OCP) une demande d'autorisation de séjour en vue d'une activité lucrative en tant qu'indépendant, "*artiste designer*", au service d'une école de danse, C\_\_\_\_\_.
3. Par décision du 11 janvier 2013, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT) a rejeté cette demande, qui lui avait été transmise par l'OCP pour raison de compétence.

Aucun recours n'a été interjeté contre cette décision, qui est ainsi entrée en force.

4. Le 22 février 2013, A\_\_\_\_\_ Sàrl a déposé une demande d'autorisation de travail pour frontalier, en faveur d'B\_\_\_\_\_, en qualité d'"*artiste designer*", moyennant un salaire mensuel brut de CHF 3'500.-.

Cette demande était accompagnée d'une note manuscrite signée par D\_\_\_\_\_, mère d'B\_\_\_\_\_, qui attestait du fait que son fils habitait depuis plus de six mois à I\_\_\_\_\_.

5. Par décision du 10 avril 2013, l'OCIRT, après examen du dossier par la commission tripartite, a refusé de délivrer cette autorisation de séjour au motif que l'ordre de priorité prévu par l'art. 21 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'avait pas été respecté. L'employeur n'avait 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 et la demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant.
6. Par acte du 10 mai 2013, A\_\_\_\_\_ Sàrl (ci-après : la recourante) a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), concluant à son annulation et à la délivrance d'un permis de travail de type G à B\_\_\_\_\_.

Elle a exposé que ce dernier, certes né au Maroc, avait grandi à I\_\_\_\_\_, y avait suivi toute sa scolarité et y habitait encore. Il était au bénéfice d'un titre de séjour français correspondant au permis C suisse et avait entrepris les démarches devant lui permettre d'acquérir la nationalité française.

S'agissant de l'ordre de priorité, aucune recherche n'avait effectivement été effectuée, puisqu'B\_\_\_\_\_ était l'actionnaire de la recourante et son unique employé. Du fait qu'il dessinait et créait les vêtements et accessoires exposés dans l'arcade, il devait impérativement être aux commandes du *showroom*, ses prestations fournies à la clientèle ne pouvant pas être le fait d'une autre personne ; la rencontre personnalisée avec le client et le dessin qu'il esquissait à ses côtés pour des occasions particulières (mariages, célébrations, galas) ne pouvaient être effectués que par lui.

B\_\_\_\_\_ avait récemment organisé à Genève de nombreux évènements en tant que styliste-chorégraphe (la danse ayant été son premier métier). Il avait aussi participé au "K\_\_\_\_\_" de Genève au mois de \_\_\_\_\_ 2012, mettant en scène le défilé et exposant ses créations. Il avait organisé un défilé de mode et de danse pour l'exposition biannuelle L\_\_\_\_\_ à M\_\_\_\_\_ (Vaud) au mois d'\_\_\_\_\_ et participé au "N\_\_\_\_\_" à Genève, où il avait également chorégraphié le défilé des mannequins et exposé ses créations. Lors de ces évènements, il avait pu nouer de nombreux contacts et constituer une liste de clients et partenaires importante. Compte tenu du concept de son affaire et après l'avoir rencontré personnellement, les clients voulaient s'adresser à lui personnellement lorsqu'ils venaient au *showroom*.

L'intérêt économique sous-tendant sa requête était sans nul doute suffisant. Elle fournissait régulièrement du travail à E\_\_\_\_\_, de l'atelier de couture F\_\_\_\_\_ à J\_\_\_\_\_ (Vaud), et envisageait d'engager prochainement de manière fixe au moins deux personnes à Genève, offrant ainsi deux postes à des travailleurs de la place. La communauté était également enrichie du fait qu'elle louait une arcade au centre-ville, alors que les petits commerçants avaient plutôt tendance à le désertier, et qu'elle apportait une valeur ajoutée au quartier en raison de l'originalité et de la décoration de son *showroom*, en créant un espace sans pareil à Genève. B\_\_\_\_\_ avait en outre une collaboration en vue avec G\_\_\_\_\_ à partir de septembre 2013. Ce partenariat consisterait à mettre en scène des évènements-spectacles mêlant mode et danse, sorte de fusion entre le mouvement et l'habillement. Cette collaboration, complémentaire à son activité, impliquait également qu'il puisse travailler dans son arcade.

7. Dans ses observations du 16 janvier 2013, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Le fait qu'B\_\_\_\_\_ fût au bénéfice d'un titre de séjour français et qu'il eût demandé sa naturalisation française importait peu, seule sa nationalité actuelle entrant en ligne de compte.

La recourante laissait entendre que l'ordre de priorité ne lui était pas applicable, puisqu'B\_\_\_\_\_ était son seul employé ainsi que son actionnaire. Or, il résultait de l'art. 6 al. 2 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) que le fait de participer financièrement à une société suisse n'entraînait pas automatiquement la délivrance d'une autorisation de travail. B\_\_\_\_\_ devant devenir un employé de ladite société, sa candidature devait être examinée à la lumière de l'art. 21 al. 1 LETr, avec pour conséquence que la recourante avait l'obligation de procéder à des recherches approfondies sur le marché du travail local et de l'UE/AELE pour trouver un collaborateur approprié. Or, il ressortait des explications de la recourante, selon lesquelles la personnalité d'B\_\_\_\_\_ n'était pas interchangeable et que lui seul pouvait remplir le poste proposé, ce qui sous-entendait qu'aucune recherche n'avait été effectuée, ni sur le marché local du travail, ni sur celui de l'UE/AELE, que la seule personne qu'elle envisageait d'engager était B\_\_\_\_\_.

Le seul intérêt économique sous-tendant la requête était l'intérêt particulier d'B\_\_\_\_\_, qui désirait s'installer à Genève. A ce sujet, il convenait de relever que le salaire qui lui était proposé semblait bien faible.

B\_\_\_\_\_ ne pouvait également pas être mis au bénéfice d'une autorisation de travail en tant qu'indépendant (art. 19 LETr). En effet, la recourante n'était qu'une boutique de mode parmi des centaines d'autres à Genève, n'avait qu'un seul employé, B\_\_\_\_\_ lui-même, et il n'était question que d'un éventuel engagement de deux personnes. Celui-ci n'avait pas non plus évoqué d'investissements substantiels, mais uniquement la location d'une arcade aux H\_\_\_\_\_. Enfin, la recourante expliquait certes qu'B\_\_\_\_\_ fournissait périodiquement du travail à un atelier de couture à J\_\_\_\_\_, mais cette collaboration épisodique ne générait pas des retombées durables positives pour le marché suisse du travail.

Aucun des arguments avancés ne démontrait en outre la nécessité de la présence continue d'B\_\_\_\_\_ dans son arcade à Genève. Celui-ci avait déjà pu, par le passé, nouer des contacts utiles sans avoir demandé une autorisation à l'administration genevoise ou vaudoise. Il lui était possible de créer dans son pays de résidence et les contacts avec sa clientèle pouvaient aussi y avoir lieu. Les moyens électroniques de communication étaient aujourd'hui si perfectionnés que même des dialogues de personne à personne, avec contact visuel, étaient possibles. Si sa présence en Suisse devait se révéler indispensable dans certains cas, il pourrait éventuellement faire une demande de visa d'affaires.

## 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 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).
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. 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).

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 trait 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

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***

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).

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***

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

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 présument 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.

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.

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

**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 30 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. OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL.

Siégeant: Yves JOLIAT, président, Annette MICUCCI et Vadim HARYCH, juges assesseurs.

**Au nom du Tribunal :**

**Le président**

**Yves JOLIAT**

Copie conforme de ce jugement a été communiquée aux parties.

Genève, le

La greffière :