

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2347/2014 PE

JTAPI/276/2015

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 3 mars 2015

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me André GRUBER, avocat, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. A_____, né le _____ 1988, est ressortissant de Roumanie.
2. Arrivé en Suisse le 4 septembre 2007, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour formation et perfectionnement, qui a été régulièrement renouvelée jusqu'au 30 septembre 2014.

Il a étudié pendant une année à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL), puis a poursuivi ses études auprès de la faculté de droit de l'Université de Genève. Il y a obtenu, en _____ 2012, un baccalauréat universitaire en droit, puis, en _____ 2014, un master en droit et, en _____ 2014, un certificat de spécialisation en matière d'avocature.

3. B_____ SA, inscrite au registre du commerce le _____ 2014, a pour but "*conseil, gestion, exploitation, apport d'affaires, courtage en matière mobilière, immobilière et commerciale (cf. statuts pour but complet)*".

A_____ est l'unique administrateur de cette société, avec signature individuelle, depuis sa création ; il en est également l'unique actionnaire.

4. Le 17 février 2014, B_____ SA a sollicité auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM) une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative en faveur de A_____, en qualité d'administrateur, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 6'000.-.

A l'appui de cette demande, elle a produit un contrat de travail, non daté et signé par A_____ à la fois en tant qu'employé et en qualité d'employeur, le *curriculum vitæ* de celui-ci et une lettre de motivation.

5. Par décision du 20 mars 2014, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : l'OCIRT), à qui cette demande avait été transmise par l'OCPM pour raison de compétence, a refusé, après examen du dossier par la commission tripartite, de délivrer l'autorisation sollicitée.

Ce refus se fondait sur le fait que la priorité du marché indigène n'avait pas été respectée conformément à l'art. 10 par. 2b de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP - RS 0.142.112). Selon l'OCIRT, l'employeur n'avait pas apporté la preuve des efforts qu'il aurait déployés pour engager un travailleur issu du marché du travail national et capable de satisfaire aux exigences requises.

6. Le 12 juin 2014, B_____ SA a invité l'OCIRT à reconsidérer cette décision.

Elle a notamment fait valoir que A_____, dont le salaire mensuel brut avait été porté à CHF 10'000.-, était l'administrateur unique et le seul actionnaire de la société et qu'il souhaitait s'y investir totalement, raison pour laquelle aucune recherche n'avait été entreprise sur le marché local du travail. En outre, il était le seul à pouvoir occuper ce poste ; il avait créé et développé la société depuis deux ans, de sorte qu'il connaissait parfaitement son fonctionnement et la clientèle existante, pour laquelle il était d'ailleurs devenu la personne de référence.

7. Par décision du 9 juillet 2014, après nouvel examen du dossier par la commission tripartite, l'OCIRT a maintenu sa décision de refus : *"la priorité du marché indigène n'est pas respectée conformément à l'art. 10 al. 2b ALCP. En effet, l'employeur n'a pas apporté la preuve des efforts qu'il a déployés pour engager un travailleur issu du marché du travail national et capable de satisfaire aux exigences requises"*.
8. Le 15 juillet 2014, par le biais de son conseil, A_____ a sollicité une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative indépendante auprès de l'OCPM, en qualité d'administrateur d'B_____ SA, moyennant un salaire mensuel brut de CHF 10'000.-.

Il a notamment exposé que nonobstant le fait qu'il était l'unique actionnaire et seul décisionnaire d'B_____ SA, l'OCIRT avait retenu que la priorité du marché indigène n'avait pas été respectée, lui faisant ainsi comprendre que sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative aurait dû être déposée par lui-même, en tant qu'indépendant, raison pour laquelle il sollicitait une telle autorisation.

9. Par acte du 11 août 2014, sous la plume de son conseil, A_____ (ci-après : le recourant) a interjeté recours contre la décision de l'OCIRT du 9 juillet 2014 auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), concluant, préalablement, à son audition, ainsi qu'à celle d'un témoin, et, principalement, à l'annulation de la décision entreprise et à ce qu'une autorisation de séjour avec activité lucrative lui soit délivrée, avec suite de dépens.
 - a) Il parlait parfaitement le roumain, le russe, le français et l'anglais et était parfaitement intégré en Suisse, où il vivait depuis bientôt plus de sept ans. Son esprit entrepreneurial l'avait poussé à créer B_____ SA, qui offrait un large éventail de services et prestations sur mesure, notamment en collaboration avec les départements *relocation* d'entreprises multinationales pour loger leurs employés expatriés à Genève et leur offrir de nombreux services. Ayant mis en place un service d'interlocuteur unique, B_____ SA apportait une très nette plus-value sur le marché du service de conciergerie et de support aux entreprises, qui ne devaient plus faire appel à plusieurs interlocuteurs pour gérer les biens et répondre aux attentes de leurs clients, ce qui permettait un gain de temps et de coûts considérables. B_____ SA, qui gérait actuellement près d'une soixantaine

de biens immobiliers à Genève, collaborait avec de grandes multinationales, telles que C_____ SA, D_____ SA ou encore E_____ SA ; celles-ci attestaient par ailleurs d'une excellente collaboration avec la société.

B_____ SA était en pleine croissance et employait actuellement quatre personnes, pour une masse salariale de CHF 282'000.-. En outre, elle collaborait avec de nombreux sous-traitants et souhaitait recruter jusqu'en 2015, en priorité sur le marché local, six nouveaux collaborateurs (deux pour la communication, deux pour le marketing et le développement et deux pour la production), qui représenteraient une masse salariale de l'ordre de CHF 360'000.-. Au 31 décembre 2013, elle avait réalisé un chiffre d'affaires de CHF 2'013'818,70 et un bénéfice avant impôts de CHF 67'500.-. Elle espérait atteindre dans un délai de trois ans un chiffre d'affaires d'environ CHF 4'000'000.-. Son développement aurait des conséquences économiques très positives pour le canton de Genève, tant sur le plan des nouveaux emplois créés que des retombées fiscales directes et indirectes.

Aucune recherche sur le marché local n'avait été entreprise, car il était l'administrateur unique et le seul actionnaire de B_____ SA. Par ailleurs, au vu de ses compétences spécifiques, aucun autre candidat ne pourrait correspondre aussi bien au poste concerné. En tant que fondateur de la société, il était le seul à en connaître le fonctionnement et était en outre devenu une personne de référence pour la clientèle déjà existante.

- b) La condition de l'intérêt économique prépondérant était réalisée. B_____ SA collaborait en effet avec de grandes multinationales, gérait près d'une soixantaine de biens immobiliers à Genève, avait un chiffre d'affaires important et en pleine croissance, employait quatre personnes, souhaitait en engager six autres, en priorité sur le marché local, et générait des revenus fiscaux directs et indirects importants, qui ne cesseraient de croître.

S'agissant du respect de la priorité du marché indigène, il ne faisait aucun sens d'exiger de B_____ SA qu'elle donne la priorité à un travailleur présent sur le marché local. En tant que fondateur et administrateur unique de la société et par ses connaissances et l'expérience acquises, il était le mieux à même de la gérer au quotidien, étant par ailleurs devenu la personne de référence auprès de ses clients. Père fondateur de la société, il en était fier et très attaché à sa pérennité ; le remplacer à ce poste clé reviendrait à lui ôter sa propre société. L'exigence posée par l'OCIRT revenait donc à exiger de lui qu'il recherchât quelqu'un pour son propre poste d'administrateur unique de la société. Or, on ne pouvait pas exiger du chef d'une société qu'il cherchât quelqu'un d'autre pour occuper son propre poste. Appliquer de manière stricte cette condition reviendrait à vider de toute substance la procédure qu'il avait initiée et le forcerait également à renoncer à la gestion de sa société, alors qu'il souhaitait désormais pouvoir s'y investir totalement. Il serait néfaste pour B_____ SA de ne pas pouvoir continuer sa collaboration avec lui et cela pourrait mettre en péril son développement. Il ne

s'agissait donc pas d'une omission de sa part, mais d'une façon de procéder qui avait été agréée par l'office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE). Il s'était fondé sur "*les renseignements de l'administration pour ne pas entreprendre de recherche locale*". Lui en faire maintenant le reproche était inadmissible. De plus, en vertu de l'ALCP, la Roumanie restait soumise aux restrictions d'accès au marché du travail suisse jusqu'en 2016 au plus tard ; à cette échéance, il pourrait alors accéder au marché du travail sans restrictions.

Enfin, il remplissait les conditions de l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), puisqu'il était diplômé en droit de l'Université de Genève, qu'il avait appris à connaître en détail le système politique et juridique suisse, qu'il disposait de qualifications de haut niveau et que sa formation était indispensable pour mener à bien les activités de sa société. Compte tenu de la place importante sur le marché de l'immobilier occupée par B_____ SA, son activité revêtait un intérêt économique important au sens de l'art. 21 al. 3 LEtr. Ayant achevé l'école d'avocature en juillet 2014, il devait "*être admis jusqu'en décembre*".

10. Dans ses observations du 9 octobre 2014, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours, avec suite de frais.
- a) B_____ SA, qui souhaitait pourvoir un poste d'administrateur, n'avait pas placé d'annonces dans la presse genevoise, suisse, européenne ou sur Internet et n'avait fait état d'aucun autre type de recherche, tel que le recours à des agences de placement. Elle n'avait pas non plus annoncé la vacance du poste à l'OCE.

En septembre 2014, le recourant avait déposé une demande de prolongation de son permis d'étudiant, qui devait lui permettre de travailler quinze heures par semaine. On pouvait dès lors se poser la question du bien-fondé de son recours.

- b) Le dossier posait en premier lieu un problème de compétence. Si ce dossier devait être traité comme celui d'un indépendant d'origine roumaine, il devait être réglé directement par l'OCPM. En revanche, s'il devait être traité comme celui d'un employé d'une société, son examen relevait de l'OCIRT. L'OCPM avait tranché en faveur d'un traitement par l'OCIRT, considérant que le recourant était un employé d'B_____ SA. L'OCIRT avait soumis le dossier à la commission tripartite, qui avait rendu un préavis négatif après avoir constaté qu'aucune recherche sur le marché indigène n'avait été effectuée, ce que le recourant admettait lui-même. Du reste, il ne faisait aucun doute que le marché local recelait un certain nombre de personnes parfaitement capables de remplir à satisfaction le rôle d'administrateur d'une société comme B_____ SA. Le recourant pouvait par ailleurs continuer à en être le propriétaire et toucher des dividendes, sans forcément la gérer lui-même. En outre, il visait un nouveau master et on pouvait se demander s'il avait l'intention de mener, de front, ses études, son stage et la direction de son entreprise, étant relevé qu'il n'était pas forcément nécessaire qu'il consacrait tout

son temps à B_____ SA, alors qu'il avait réussi jusqu'ici à la faire prospérer sans aide. En outre, cette société n'était pas devenue à ce point indispensable dans le paysage économique genevois que celui-ci ne puisse plus s'en passer. Elle n'était de loin pas la seule de son espèce sur le marché genevois. "*Le recrutement sur le marché local ne [pouvait], honnêtement, pas être qualifié de massif*" et les prévisions d'engagement alléguées devaient être prises "*avec les précautions d'usage, s'agissant de projets d'avenir*". A cet égard, l'utilité de deux collaborateurs pour la communication et deux collaborateurs pour le marketing et le développement dans une si petite entreprise était douteuse. Quant au bénéfice réalisé en 2013, il restait, somme toute, assez modeste.

S'agissant de l'exception de l'art. 21 al. 3 LEtr, le recourant remplissait certes la première condition, ayant obtenu un diplôme de l'université de Genève, mais la seconde condition (intérêt scientifique ou économique) n'était pas réalisée, dans la mesure où un diplôme dans une discipline des sciences humaines, même brillamment obtenu, ne correspondait pas à la définition de cette notion perçue par le législateur, qui voulait favoriser les "*activités dans le domaine de la recherche, du développement, dans la mise en œuvre de nouvelles technologies ou pour mettre en application le savoir-faire acquis dans des domaines d'activité qui revêtent un intérêt économique prépondérant*". "*En tant que titulaire d'un master en droit, le recourant fai[sai]t partie de la nombreuse cohorte de diplômés du même grade qui, chaque année, déferle sur le marché du travail local. Il n'y a[vait] pas de pénurie en la matière, donc pas d'intérêt économique non plus*".

11. Le 14 octobre 2014, faisant suite à ses observations, le recourant a maintenu sa demande à être entendu lors d'une audience et à de surcroît requis l'audition de l'OCIRT et de l'OCPM.
12. A ce jour, le tribunal est sans aucune nouvelle de l'issue de la demande formulée par le recourant auprès de l'OCPM le 15 juillet 2014.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre des 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 en soi 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. 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/285/2013 du 7 mai 2013 ; ATA/402/2012 du 26 juin 2012). Aussi peut-il admettre ou rejeter le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués. Dans son jugement, à l'instar du Tribunal administratif fédéral, il prend en considération l'état de fait existant au moment où il statue (cf. ATAF 2012/21 consid. 5.1 ; C-5458/2012 du 23 octobre 2013).
4. Il convient en premier lieu de déterminer quelle autorité est compétente pour statuer sur la demande de séjour avec activité lucrative sollicitée en faveur du recourant, ce qui implique de définir la nature de cette activité.

En effet, en vertu de l'art. 40 al. 2 LEtr (cf. aussi art. 83 al. 1 let. a OASA), 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, ainsi que pour l'autoriser à changer d'emploi ou à passer d'une activité lucrative salariée à une activité lucrative indépendante.

En l'occurrence, le recourant ne possède pas de droit à l'exercice d'une activité lucrative, puisqu'il demeure, en tant que citoyen roumain, soumis aux restrictions d'accès au marché du travail suisse, la période transitoire le permettant ayant été prolongée jusqu'au 31 mai 2016 (ATF 140 II 460 ; cf. également les Directives et commentaires concernant l'introduction progressive de la libre circulation des personnes du secrétariat d'Etat aux migrations [ci-après : directives OLCP], état au 1^{er} janvier 2015, ch. 1.2.3). Il doit par conséquent obtenir une autorisation de l'autorité cantonale compétente.

A Genève, l'autorité compétente pour statuer sur les demandes de travailleurs roumains dépendants est l'OCIRT (art. 17 à 24 du règlement d'application de l'ordonnance fédérale sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange du 28 juin 2006 (RaOLCP - F 2 10.02), tandis que l'OCPM traite des demandes des travailleurs roumains indépendants (art. 24A RaOLCP).

5. 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 (cf. ATF 140 II 460 consid. 4.1.3).

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 OLCF, ch. 4.1.2).

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-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).

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).

6. En l'espèce, quand bien même le recourant a signé un contrat de travail avec B_____ SA, 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 et le seul administrateur de cette société, son activité est déployée dans le cadre exclusif de sa propre organisation, librement choisie, et n'est soumise qu'à ses propres instructions matérielles. De plus, il travaille à ses propres risques et périls, ne serait-ce que de façon indirecte, puisqu'il est le seul "propriétaire" d'B_____ SA. Il se trouve dès lors dans une situation en tous points analogue à celle des personnes dont il était question dans les précédents cités plus haut.

Par conséquent, la décision devant être prise quant à son accès au marché du travail est de la compétence de l'OCPM, non de l'OCIRT.

7. Selon la jurisprudence, l'incompétence qualifiée, fonctionnelle ou matérielle, de l'autorité qui a rendu la décision, c'est-à-dire lorsque son pouvoir même d'intervention fait défaut, constitue un motif de nullité de la décision, lorsque ce vice est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité

du droit n'est pas sérieusement mise en danger par la constatation de cette nullité (ATF 138 III 49 consid. 4.4.3 ; 136 II 489 consid. 3 ; 132 II 21 consid. 3.1 ; 129 I 361 consid. 2.1 ; 122 I 97 consid. 3a/aa ; 116 Ia 215 consid. 2c), ladite nullité empêchant la décision d'avoir une existence et, donc, des effets quelconques (T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, n. 908 ss p. 309) et pouvant être constatée en tout temps, par toute autorité ayant à connaître de cette décision, y compris à l'occasion d'un recours, l'autorité devant même le faire d'office (ATF 129 I 361 consid. 2.1 ; 122 I 97 consid. 3a/aa ; arrêt du Tribunal 6B_163/2009 du 7 mai 2009 consid. 2 ; T. TANQUEREL, *op. cit.*, n. 920 p. 313).

Dans la mesure où il a été établi ci-dessus que l'OCIRT n'était pas compétent pour statuer sur la demande du recourant, il y a lieu de constater que la décision de refus litigieuse est entachée de nullité.

8. Bien qu'en soi compétent, sur recours, pour connaître de ce type de litige (cf. art. 3 al. 1 LaLEtr), le tribunal ne saurait, à ce stade, se prononcer sur la question du caractère bien-fondé ou infondé de la requête, puisque l'autorité administrative compétente (l'OCPM) en a été dûment saisie le 15 juillet 2014 et qu'elle n'a pas encore statué.

Il se limitera donc ici à constater la nullité de la décision entreprise. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de donner suite aux conclusions préalables (offres de preuve) du recourant.

Le présent jugement sera communiqué à l'OCPM pour information.

9. Vu l'issue du recours, et quand bien même le recourant, qui a conclu à ce qu'une autorisation de séjour avec activité lucrative dépendante lui soit délivrée, n'a pas obtenu gain de cause, il sera statué sans frais (art. 87 al. 1 LPA), de sorte que l'avance de frais qu'il a versée (art. 86 LPA) lui sera restituée. Il n'y a en revanche pas lieu de lui allouer une indemnité de procédure à titre de dépens (art. 87 al. 2 à 4 LPA).

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 11 août 2014 par A_____ contre la décision de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 9 juillet 2014 ;
2. constate la nullité de ladite décision ;
3. dit qu'il est statué sans frais et ordonne la restitution au recourant de son avance de frais de CHF 500.- ;
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_____ ;
 - b. OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL ;
 - c. OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS, pour information.

Au nom du Tribunal :

Le président

Yves JOLIAT

Copie conforme de ce jugement a été communiquée aux parties.

Genève, le

La greffière