REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3465/2021 JTAPI/397/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 21 avril 2022

dans la cause

Monsieur A_____, représenté par Me Mourad SEKKIOU, avocat, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

EN FAIT

1. Ressortissant canadien né le _____ 1961, Monsieur A_____ est entré en Suisse le 21 juin 2010 et a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour pour regroupement familial, afin de pouvoir résider auprès de son épouse, Madame B_____, de nationalité canadienne également, qui exerçait une activité lucrative à Genève. Les époux sont parents de trois enfants majeurs, aujourd'hui naturalisés.

2. Mme B_____ a été engagée par l'Office des Nations Unies à Genève le 15 janvier 2014 ; elle a obtenu une carte de légitimation de type C, délivré par le département fédéral des affaires étrangères (ci-après : DFAE) et M. A_____, une autorisation de séjour de type Ci (membre de la famille du personnel des missions permanentes et des organisations internationales).

3. Le 11 juin 2014, la Mission permanente de la Suisse auprès de l'Office des Nations Unies et des autres organisations internationales à Genève (ci-après : la Mission) a informé M. A_____ qu'elle avait restitué les permis B de son épouse et de ses enfants à l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM). En effet, le séjour en Suisse des fonctionnaires internationaux et des membres de leur famille était régularisé par une carte de légitimation du DFAE, qui attestait des privilèges et immunités dont jouissait son titulaire. Les personnes dont le séjour en Suisse avait déjà acquis un caractère stable et durable au moment de leur engagement (détenteurs de permis B ou C) devaient échanger leur autorisation de séjour ou d'établissement contre une carte de légitimation du DFAE valable pour la durée de leurs fonctions. Lorsque celles-ci prenaient fin, les intéressées pouvaient prétendre aux droits précédemment acquis en matière de travail, de séjour et d'établissement en Suisse. La durée des fonctions au sein de l'organisation n'était toutefois pas imputée sur le temps de résidence comptant, par exemple, pour l'obtention de l'autorisation d'établissement. Il en allait de même pour les membres de la famille.

4. Le 15 mars 2021, M. A_____ a déposé auprès de l'OCPM, au moyen de la formule idoine, une demande d'autorisation de séjour aux fins d'exercer une activité lucrative de consultant en management à titre indépendant dans le domaine humanitaire.

   À l'appui de sa requête, il a exposé que son épouse avait été récemment mutée en Éthiopie, de sorte qu'il avait dû restituer sa carte de légitimation auprès de la Mission. Il souhaitait toutefois continuer à résider et à travailler à Genève, raison pour laquelle il sollicitait la restitution de son permis B en qualité d'indépendant.

5. Donnant suite à une demande de renseignements de l'OCPM du 19 juillet 2021, M. A_____ a transmis, par courriel du 20 juillet suivant, des factures

d'honoraires de consultant adressées à C_____ Sweden AB (ci-après : C_____), ainsi que son compte de profits et pertes de l'exercice 2020 faisant état d'un bénéfice net de CHF 54'489.52. Il a ajouté que son épouse projetait de revenir vivre en Suisse à la fin de sa mission éthiopienne.

6. À la demande de l'OCPM, M. A_____ a transmis une lettre de motivation, ainsi qu'un business plan, par courriel du 25 août 2021.

7. Par décision du 8 septembre 2021, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), à qui le dossier avait été transmis pour raison de compétence, a rejeté la demande déposée par l'intéressé, pour le motif qu'elle ne présentait pas un intérêt économique suffisant. Par ailleurs, il n'avait pas démontré qu'il disposait d'une source de revenus suffisante et autonome.

8. Par acte du 12 octobre 2021, M. A_____, agissant sous la plume de son conseil, a interjeté recours devant le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) à l'encontre de cette décision en concluant, principalement, à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'OCIRT en vue de la délivrance d'un tel permis, le tout sous suite de frais et dépens.

   Son activité de consultant, qu'il exerçait depuis son domicile de D_____, consistait principalement à apporter son soutien et son expertise aux organisations internationales dans les domaines de l'humanitaire et du développement.

   La Mission avait exigé de lui qu'il échange son permis B contre une carte de légitimation, lorsque son épouse avait été embauchée à l'Office des Nations Unies à Genève en 2014. Toutefois, elle s'était engagée à lui restituer ses droits précédents acquis en matière de travail, de séjour et d'établissement, une fois que les fonctions de son épouse auraient pris fin. Dès lors, sur la base des directives et commentaires du SEM, I. Domaine des étrangers (ci-après : directives LEI), ch. 7.2.2.1 et des engagements souscrits par la Mission, il était en droit de réclamer la restitution de son permis B, d'autant qu'il n'existait aucun motif de révocation. Par ailleurs, il bénéficiait d'une situation financière privilégiée, étant propriétaire de son logement de D_____. Son activité étant de nature à la diversification de l'économie régionale dans les domaines de l'humanitaire et des organisations internationales, elle profitait à Genève. Il était parfaitement intégré en Suisse, y avait tissé des liens profonds et ses enfants avaient été naturalisés. Enfin, il respectait l'ordre juridique helvétique.

9. Dans ses observations du 13 décembre 2021, l'OCIRT a proposé le rejet du recours.

Il était impossible de réactiver l'autorisation de séjour pour regroupement familial du recourant, puisque son épouse, titulaire principal, ne disposait plus de titre de séjour. Il existait, dès lors, un motif de révocation.

Le fait qu'il ait créé son entreprise ou soit propriétaire de sa maison ne lui donnait aucun droit dans la procédure d'autorisation. Il ne démontrait pas clairement la réalisation des conditions prévues par l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20). Les pièces fournies dans sa demande étaient incomplètes et ne permettaient pas de reconnaître l'intérêt économique de son activité. Celle-ci ne présentait pas, a priori, d'intérêt économique pour la Suisse, car ses comptes démontraient qu'il avait majoritairement travaillé pour C_____ en 2020. Il existait, à Genève, 614 entreprises actives dans le domaine du consulting et de nombreux indépendants travaillaient dans ce domaine sans être inscrits au Registre du commerce (ci-après : RC). En outre, les consultants indépendants qui travaillaient pour les organisations internationales recevaient en principe une carte de légitimation de type H et n'étaient pas traités selon le régime ordinaire. Il n'avait pas indiqué qu'il souhaitait créer des places de travail et engager du personnel, ni qu'il envisageait de procéder à des investissements substantiels, ni non plus qu'il entendait générer de nouveaux mandats. Enfin, il n'avait pas démontré qu'il disposait d'une source de revenu suffisante et autonome.

10. Le recourant n'a pas produit d'écriture de réplique.

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. 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).

2. Le recours a été interjeté en temps utile, dans les formes prescrites et devant la juridiction compétente au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Sous cet angle, il doit être déclaré recevable.

3. Le recourant conclut principalement à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative et, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'OCIRT en vue de la délivrance d'un tel permis. Il ressort également de son acte de recours qu'il sollicite la restitution de son permis B.

4. Selon la jurisprudence, 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'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). 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 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. 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/85/2022 du 1er février 2022 consid. 3a).

5. 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). Dans le canton de Genève, la compétence pour rendre une telle décision est attribuée à l'OCIRT (art. 6 al. 4 du du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers, du 17 mars 2009 - RaLEtr - F 2 10.01). L'OCPM reçoit et traite les demandes d'autorisation d'admission pour d'autres motifs que ceux relevant de l'exercice d'une activité lucrative (art. 8 RaLEtr).

6. En l'occurrence, la décision attaquée concerne le refus de l'OCIRT de délivrer au recourant une autorisation de séjour avec activité lucrative. Dans son recours, M. A_____ sollicite, non seulement l'octroi d'une telle autorisation, mais également la restitution de son permis B pour regroupement familial. Cette dernière conclusion doit être déclarée irrecevable, car exorbitante de l'objet du litige. Quoi qu'il en soit, la compétence pour se prononcer sur cette dernière ne relève pas de l'OCIRT, mais de l'OCPM, l'autorité intimée n'étant compétente qu'en matière de marché du travail. Le recourant est invité à s'adresser à l'OCPM afin que cette autorité se prononce sur la restitution de son permis B.

   Pour le surplus, le recours doit être déclaré recevable.

7. M. A_____ conclut à l'octroi d'une autorisation de séjour en vue d'exercer une activité lucrative de consultant à titre indépendant.

8. 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.

9. 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).

10. 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 (ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b).

11. La LEI et ses ordonnances d'exécution, en particulier l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201), règlent l'entrée, le séjour et la sortie des étrangers dont le statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse (art. 1 et 2 al. 1 LEI), ce qui est le cas en l'espèce.

    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).

    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).

12. En raison de sa formulation potestative, cette disposition ne confère aucun droit à la délivrance d'une telle autorisation de séjour (arrêt du Tribunal fédéral 2C_56/2016 du 20 janvier 2016 consid. 3) et les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation dans le cadre de son application (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5184/ 2014 du 31 mars 2016 consid. 5.1).

    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 ou génère de nouveaux mandats pour l'économie suisse (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-968/2019 du 16 août 2021 consid. 5.3.1).

13. 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-4226/2017 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1). 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/896/2018 du 4 septembre 2018 consid. 6b).

14. 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 (arrêt du Tribunal administratif fédéral F-4226/ 2017 du 8 octobre 2019 consid. 4.5.1).

15. 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 (directives LEI, ch. 4.7.2.3 et 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 LEI, 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.

16. En l'espèce, l'analyse à laquelle a procédé l'OCIRT, qui dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, n'apparaît ni 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. En particulier, sous l'angle de l'art. 19 LEI, l'OCIRT a retenu à juste titre que les arguments développés par le recourant étaient insuffisants pour permettre de considérer que son admission servirait les intérêts économiques helvétiques au sens de la loi et de la jurisprudence.

    Le recourant n'a pas démontré que son activité de consultant revêtait une originalité particulière dans le paysage économique genevois et contribuait ainsi à sa diversification. Or, il s'avère que 968 entreprises sont inscrites au RC genevois, qui exercent une activité dans le domaine du consulting. Ne sont pas compris dans ce nombre les indépendants actifs dans le même domaine, et non soumis à l'obligation d'inscription, faute de réaliser un chiffre d'affaires annuel excédant CHF 100'000.- (art. 931 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse – CO, Code des obligations – RS 220). Il ressort du compte de profits et pertes de l'exercice 2020, que l'activité de l'intéressé s'oriente essentiellement à l'international, puisque la quasi-totalité de ses recettes, à savoir CHF 77'423.- sur CHF 78'143.- provient d'honoraires facturés à la société suédoise C_____. Il s'ensuit que l'offre proposée par le recourant existe déjà en surabondance sur le territoire genevois et qu'il ne contribue nullement à la diversification de l'économie régionale.

    La condition des investissements substantiels n'est également pas remplie puisque le précité n'a apporté aucun élément permettant de retenir qu'il réalisera effectivement de tels investissements.

    Enfin, le tribunal doute que le recourant dispose d'une source de revenus suffisante et autonome. En effet, en 2020, son bénéfice net se chiffrait à CHF 54'489.- et il n'indique pas disposer d'autres revenus.

    Dès lors, l'autorité intimée n'a ni violé le droit, ni excédé son pouvoir d'appréciation en rejetant la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par le recourant.

17. Au vu de ce qui précède, le recours devra être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

18. 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), le recourant, qui succombe, est condamné au paiement d'un

émolument s'élevant à CHF 500. - ; il est couvert par l'avance de frais 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).

19. 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 secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. rejette, dans la mesure de sa recevabilité, le recours interjeté le 12 octobre 2021 par Monsieur A_____ contre la décision de de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail du 8 septembre 2021 ;

2. met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

3. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 (10 rue de Saint-Léger, 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.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Sophie CORNIOLEY BERGER

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière