

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3606/2016-PE

ATA/187/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 27 février 2018

2^{ème} section

dans la cause

A _____ SÀRL

représentée par Me Tal Schibler, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
21 mars 2017 (JTAPI/303/2017)**

EN FAIT

- 1) Monsieur B_____, né le _____ 1966, Madame B_____, née le _____ 1968, ainsi que leurs filles C_____, née le _____ 1995, et D_____, née le _____ 1998, sont ressortissants d'Inde.
- 2) La famille B_____ est arrivée à Genève le 22 décembre 2005 et a été mise au bénéfice de cartes de légitimation le 16 janvier 2006, M. B_____ étant employé par une organisation internationale.
- 3) Le 20 mars 2012, Mme B_____ a créé l'entreprise individuelle E_____ dont le but était l'import-export de produits cosmétiques, de bijoux, de montres et de nourriture.
- 4) Le 1^{er} avril 2015, le contrat de travail de M. B_____ est arrivé à échéance.
- 5) Le 18 août 2015, la famille B_____ a déposé une demande d'autorisation de séjour, sans activité lucrative, auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) afin de régulariser ses conditions de séjour en attendant que M. B_____ soit affecté à un nouveau poste à Genève.
- 6) Le 11 mai 2016, la société à responsabilité limitée A_____ Sàrl (ci-après : A_____ ou la société) a été enregistrée au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève. L'unique associée gérante, avec signature individuelle, en est Mme B_____. La société a son siège à F_____, au domicile de Mme B_____, et a pour but statutaire l'import-export, en particulier en Suisse et en Inde, notamment de produits cosmétiques, de bijoux, de montres et de produits alimentaires provenant notamment de la région alpine.
- 7) Par décision du 20 juin 2016, l'OCPM a refusé de mettre les époux B_____ au bénéfice d'une autorisation de séjour sans activité lucrative, leur a imparti un délai au 20 septembre 2016 pour quitter la Suisse et a invité Mme B_____ à déposer une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative s'agissant d'A_____. Quant à leur fille D_____, elle ferait l'objet d'une décision séparée car elle était désormais majeure.
- 8) Par acte du 21 juillet 2016, les époux B_____ ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation de séjour requise, voire d'une autorisation de séjour provisoire. Préalablement, ils ont sollicité la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par Mme B_____, ainsi que leur audition.

Ce recours a été enregistré sous le numéro de cause A/2490/2016.

- 9) Par décision du 20 juin 2016, l'OCPM a refusé de mettre Madame C_____ au bénéfice d'une autorisation de séjour sans activité lucrative et lui a imparti un délai au 20 septembre 2016 pour quitter la Suisse. Elle suivait une formation universitaire à Londres depuis le 13 septembre 2014 et achèverait ses études en juin 2018. Cela faisait ainsi un an et huit mois qu'elle ne résidait plus de manière continue en Suisse.
- 10) Le 21 juillet 2016, Mme B_____ a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation afin de travailler auprès d'A_____ Sàrl en qualité de directrice et unique employée.

Sa famille résidait en Suisse depuis près de dix ans. D_____ achevait son cursus secondaire et poursuivrait sa formation à la faculté de droit de l'Université de Genève et C_____ projetait d'y entreprendre un master. Ses filles avaient sollicité leur naturalisation et la procédure était en cours. Étant au bénéfice d'une formation universitaire, notamment en matière d'administration des affaires, elle avait développé depuis 2012 un projet d'import-export de produits entre la Suisse et l'Inde, par le biais de la raison individuelle E_____. Ce projet avait abouti à la constitution, le 11 mai 2016, d'A_____. De par ses contacts privilégiés avec les producteurs, les fournisseurs et les intermédiaires, tant en Inde qu'en Suisse, pour les produits spécifiques notamment issus de l'agriculture biologique, aucun autre travailleur ne pourrait être à même d'exercer les fonctions de directeur et d'employé.

Étaient notamment joints à cette requête :

- un formulaire de demande d'autorisation de séjour pour ressortissant étranger avec activité lucrative daté du 12 juillet 2016, prévoyant un salaire annuel brut de CHF 60'000.- pour Mme B_____ ;
 - un contrat de travail conclu le 19 juillet 2016 entre A_____ et Mme B_____ selon lequel la seconde était engagée par la première au poste de directrice, pour un salaire mensuel brut de CHF 5'000.-.
- 11) Par décisions du 15 août 2016, le TAPI a prononcé la suspension de l'instruction des causes A/2490/2016 et A/2491/2016, à la suite d'un accord des parties.
- 12) Par décision du 21 septembre 2016, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé à Mme B_____, dont la demande lui avait été transmise par l'OCPM, une autorisation de séjour à l'année avec une activité lucrative indépendante, au motif que la demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant.

Conformément aux directives du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), le ressortissant d'un État tiers pouvait être admis à l'exercice d'une activité indépendante s'il était prouvé que le marché suisse du travail tirerait durablement profit de son implantation. Tel pouvait être le cas lorsque l'entreprise contribuait à la diversification de l'économie régionale dans la branche concernée, obtenait ou créait des places de travail pour la main-d'œuvre locale, procédait à des investissements substantiels et générait de nouveaux mandats pour l'économie helvétique. Or ces conditions n'étaient pas réalisées en l'espèce.

- 13) Le 24 octobre 2016, A_____ a recouru auprès du TAPI contre la décision précitée, concluant principalement à son annulation et à l'octroi de l'autorisation requise, et préalablement à la reconnaissance de l'effet suspensif au recours.
- 14) Par décision incidente du 1^{er} décembre 2016 (DITAI/740/2016), le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif au recours déposée par A_____ et réservé la suite et le sort des frais de la cause jusqu'à droit jugé au fond.
- 15) Par jugement du 21 mars 2017, le TAPI a rejeté le recours.

Il n'était pas établi que l'intéressée procéderait à des investissements substantiels, ni qu'elle générerait de nouveaux mandats pour l'économie helvétique. Aucune création prochaine de postes de travail n'avait été démontrée. Enfin, l'activité d'import-export entre la Suisse et l'Inde n'était pas extraordinaire et ne contribuerait pas à la diversification de l'économie locale, sept autres entreprises au moins étant actives dans ce domaine à Genève.

- 16) Par acte déposé le 5 mai 2017, A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et à l'octroi de l'autorisation sollicitée et d'une indemnité de procédure.

Elle n'avait pas été entendue avant que l'OCIRT ne prononce sa décision.

Sur le fond, son activité générait des retombées positives importantes pour la Suisse, tant sur le plan des recettes fiscales que sur celui des mandats générés au bénéfice d'entreprises suisses. Elle avait importé 22 tonnes de riz basmati en 2017 ; elle fournissait très régulièrement en produits alimentaires les magasins G_____, H_____ et I_____. Elle avait conclu un contrat de transport et d'entreposage avec une société suisse, et mandaté un comptable genevois. Ses affaires avaient généré en 2016 CHF 5'306.95 de recettes fiscales.

Elle était également en discussion avec des entreprises genevoises, qu'elle nommait, en vue d'exporter des chocolats et des produits cosmétiques vers l'Inde, ce qui promouvrait l'image de la Suisse à l'étranger. Elle était la seule société opérant en Suisse sur le marché des produits alimentaires biologiques indiens. Enfin, elle avait engagé un livreur par contrat de travail du 1^{er} mai 2017.

M. B_____ devait recevoir à brève échéance des informations quant à sa nouvelle mission diplomatique, car il était dans l'attente d'une nouvelle affectation à Genève. Les deux filles du couple étaient en cours de naturalisation. Il n'était dès lors pas envisageable de séparer cette famille.

- 17) Le 16 mai 2017, le TAPI a communiqué son dossier sans formuler d'observations.
- 18) Le 16 juin 2017, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.

Pour être acceptée, la demande devait servir les intérêts économiques de la Suisse, et non des intérêts particuliers. Bien qu'elle dit avoir mandaté un comptable, A_____ ne fournissait qu'une petite partie de ses comptes 2016, si bien qu'il était difficile de se faire une représentation de sa santé économique.

De plus, elle n'avait obtenu de certification « agriculture biologique » que pour trois produits (curcuma, gingembre et mangue), ce qui ne représentait qu'un impact économique faible sur le marché suisse, et non par exemple pour le riz qu'elle avait importé. La relation économique avec G_____ était positive mais portait sur des quantités ne témoignant que d'un intérêt économique très faible. Quant au poste de travail créé, il s'agissait d'un contrat de durée déterminée à 40 %, renouvelable tous les deux mois et payé CHF 1'200.- par mois : ce genre de poste précaire et mal rémunéré ne correspondait pas à la création de places de travail pérennes pour le canton.

Les arguments invoqués étaient dès lors insuffisants pour justifier l'octroi de l'autorisation sollicitée, ceux relatifs à la situation familiale n'étant quant à eux pas pertinents pour juger du sort d'une demande d'autorisation pour activité lucrative.

- 19) Le 10 juillet, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 18 août 2017 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 20) Aucune des parties ne s'est manifestée depuis lors.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est 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) La recourante se plaint que l'OCIRT ne l'aurait pas entendue avant de rendre sa décision du 21 septembre 2016.

a. Tel que garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; 140 I 285 consid. 6.3.1).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est en principe pas nulle, mais annulable (ATF 133 III 235 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_104/2010 du 29 septembre 2010 consid. 3.2 ; ATA/993/2016 précité consid. 2b et les arrêts cités).

c. La violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée, et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 ; ATA/993/2016 précité consid. 2c et les références citées).

- 3) En l'espèce, s'agissant d'une décision prise sur la base d'une demande de l'administrée, ladite demande vaut le cas échéant explication de celle-ci, étant entendu que l'usage éventuel d'un formulaire ne l'empêche pas de produire séparément toutes observations et pièces utiles.

De plus, tant la chambre de céans que le TAPI ont examiné l'ensemble des pièces du dossier, notamment celles produites par la recourante, qui a pu s'exprimer à plusieurs reprises lors des deux instances. Dans ces circonstances, l'éventuelle violation du droit d'être entendu de la recourante a quoi qu'il en soit été réparée dans le cadre de la procédure de recours.

Ce grief sera dès lors écarté.

- 4) La recourante conteste le refus d'octroi d'une autorisation de séjour à l'année avec activité lucrative pour sa fondatrice et unique associée.

a. Aux termes de l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions cumulatives 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) ; les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 LEtr sont remplies (let. c).

La notion d'« intérêts économiques du pays » est formulée de façon ouverte. Elle 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, 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 [ci-après : TAF] C-5912/2011 du 26 août 2015 consid. 7.1 et les références citées).

b. À l'instar de l'art. 18 LETr, l'art. 19 LETr est rédigé en la forme potestative de sorte que les autorités compétentes bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (arrêts du TAF C-5912/2011 précité consid. 7.2 ; C-6074/2010 du 19 avril 2011 consid. 4.2) ; l'art. 19 LETr ne confère par ailleurs aucun droit (arrêt du Tribunal fédéral 2C_56/2016 du 20 janvier 2016 consid. 3).

- 5) Selon les directives établies par le SEM – qui ne lient pas le juge mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré et pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATA/1018/2017 du 27 juin 2017 consid. 5b ; ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3c) –, les ressortissants d'États tiers sont admis sur le marché du travail suisse si leur admission sert les intérêts économiques du pays (art. 18 et 19 LETr). Lors de l'appréciation du cas, 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 de 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 notre 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 (ATA/1076/2016 du 20 décembre 2016 consid. 5 ; ATA/940/2015 du 15 septembre 2015 consid. 7c ; Directives du SEM, état le 2 février 2018, notamment ch. 4.3.1, 4.7.2.1 et 4.7.2.2, en ligne sur le site <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-kap4-f.pdf>).

De plus, l'autorisation d'exercer une activité lucrative indépendante ne peut être délivrée que s'il est prouvé qu'il en résultera des retombées durables positives pour le marché suisse du travail. Il est admis que le marché suisse du travail tirera durablement profit de l'implantation d'une nouvelle entreprise lorsque celle-ci aura contribué à la diversification de l'économie régionale dans la branche

concernée, créé des places de travail pour la main-d'œuvre locale, procédé à des investissements substantiels et généré de nouveaux mandats pour l'économie helvétique (arrêt du TAF C-4160/2013 du 29 septembre 2014 consid. 5.3).

Dans une première phase (création et édification de l'entreprise), les autorisations idoines sont délivrées pour deux ans (Directives du SEM, ch. 4.7.2.2).

- 6) En l'espèce, c'est à juste titre que le TAPI et l'OCPM ont considéré que les éléments que fait valoir la recourante sont insuffisants pour permettre de considérer que l'admission de Mme B_____ servirait les intérêts économiques du pays au sens de la loi et de la jurisprudence.

En effet, il est notoire que l'activité d'import-export de produits alimentaires entre la Suisse et l'Inde est déjà assurée par un certain nombre d'entreprises actives dans le canton. La spécialisation alléguée de la recourante dans les produits biologiques n'est pas assez large et stable pour être prise en compte en tant que telle. De manière générale, les montants en jeu sont faibles ; même l'importation de riz mise en avant par la recourante porte sur moins de CHF 20'000.-. Les activités d'exportation alléguées par la recourante dans son acte de recours par-devant la chambre de céans ne constituent quant à elles que des projets, dont la réalisation n'apparaît pas assurée. Quoi qu'il en soit, les montants en jeu ne permettent pas de parler d'investissements substantiels.

Le bénéfice global de l'entreprise n'est pas connu, la recourante n'ayant pas produit de comptes complets, mais il apparaît à la lecture du dossier qu'il permettrait seulement, dans le meilleur des cas, d'assurer le salaire de Mme B_____. Quant à l'embauche d'un coursier, il s'agit d'un contrat précaire et peu rémunéré, si bien que l'on ne saurait parler de retombées durables positives pour le marché suisse du travail. Enfin, les mandats portant sur des prestations de transport ou de comptabilité portent eux aussi sur des montants très faibles.

Le grief de violation de l'art. 19 LEtr sera dès lors écarté.

- 7) La recourante invoque enfin matériellement – le grief en question est développé au sein de la question de la conformité à l'art. 19 LEtr – une violation du droit au respect de la vie familiale, ancré aux art. 13 Cst. et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

Elle perd néanmoins de vue qu'en tant que personne morale, elle n'est pas titulaire du droit fondamental en question, et qu'elle ne dispose donc pas d'un intérêt personnel à recourir sur ce point. Le grief, pour autant qu'il soit réellement soulevé, est dès lors irrecevable.

- 8) Mal fondé, le recours sera rejeté.

- 9) Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, 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 :

déclare recevable le recours interjeté le 5 mai 2017 par A_____ Sàrl contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 21 mars 2017 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge d'A_____ Sàrl un émoulement 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 Tal Schibler, avocat de la recourante, 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.

Siégeant : M. Verniory, président, Mmes Krauskopf et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

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.