

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3151/2010-PE

ATA/353/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 juin 2012

1^{ère} section

dans la cause

OFFICE CANTONAL DE L'INSPECTION ET DES RELATIONS DU TRAVAIL

contre

C_____ - B_____ & H_____, soit pour elle
Mme B_____ et M. H_____

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
23 novembre 2011 (JTAPI/1371/2011)**

EN FAIT

1. C_____ - B_____ & H_____ (ci-après : C_____) est une société en nom collectif inscrite depuis le 16 mars 2010 au registre du commerce. Elle a son siège rue N_____ à Genève.

Son but social est l'exploitation d'un restaurant contemporain. Elle offre les services d'un traiteur et dispense des cours de cuisine. Elle organise des « services événementiels ».

Ses associés sont Monsieur H_____, ressortissant suisse, domicilié à Vernier, et Madame B_____, née le _____ en 1973, de nationalité algérienne et domiciliée à Annemasse (France).

2. Le 27 juillet 2010, C_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), qui l'a transmis pour raison de compétence à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), une demande d'autorisation de séjour d'une durée indéterminée avec prise d'activité lucrative (permis B) en faveur de Mme B_____ en qualité d'associée indépendante, réalisant un salaire assurance-vieillesse et survivants (ci-après : AVS) brut de CHF 100'000.-. A l'appui de sa demande, elle a produit divers documents, dont un bail à loyer portant sur la location du café-restaurant à l'enseigne « Café U_____ » rue N_____, valable cinq ans, le *curriculum vitae* de Mme B_____, la copie de son titre de séjour français et celle de son passeport algérien, de même qu'un document intitulé projet : « U_____ -B_____ G_____ N_____ C_____ (Restaurant, Cours de cuisine, Traiteur) », avec un budget prévisionnel et un plan des investissements et des charges.

3. Après examen du dossier par la commission tripartite, l'OCIRT a refusé le 19 août 2010 d'accorder l'autorisation sollicitée au motif que les conditions posées par l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) n'étaient pas remplies. La demande en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante ne présentait pas un intérêt économique suffisant.

4. Par acte posté le 19 septembre 2010, C_____ a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), devenue le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Elle contestait les deux points invoqués par l'OCIRT à l'appui du refus de celui-ci et considérait au contraire que le développement du concept de C_____ que Mme B_____ avait mis sur pied permettrait de créer des emplois et de participer à la vie locale. Ce concept était unique en Europe. Mme B_____ disposait des qualifications personnelles et professionnelles nécessaires, parlant cinq langues, dont l'arabe. Elle avait de

nombreuses connaissances à Genève. Le restaurant U_____, situé dans un immeuble classé, serait rénové, en partie grâce à l'investissement de la société, et celle-ci s'engageait à créer entre 10 et 20 nouveaux emplois à Genève. Enfin, les conditions de rémunération étaient respectées, de même que celles relatives à l'application de la convention collective de travail dans l'hôtellerie et les cafés-restaurants. En conséquence, la décision attaquée devait être annulée et l'autorisation sollicitée délivrée.

5. Le 16 novembre 2010, l'OCIRT a conclu au rejet du recours.
6.
 - a. Entendu lors d'une audience de comparution personnelle des parties le 23 novembre 2011, M. H_____ a déclaré qu'en raison du retard apporté aux travaux, le restaurant n'avait pu ouvrir qu'en septembre 2011. 60 % de l'activité de la société étaient représentés par le restaurant, le solde par les soirées organisées par C_____, qu'il s'agisse de cours, de dégustations ou de diverses festivités. Néanmoins, cette part d'activité était « bloquée » en raison de l'absence de Mme B_____.
 - b. Celle-ci a exposé que, n'étant pas autorisée à exercer une activité lucrative en Suisse, elle restait à son domicile à Annemasse. C_____ avait, en particulier, dû se séparer de trois collaborateurs qui n'avaient pas bien compris le concept, qu'elle n'avait pu leur expliquer en personne.

Selon Mme B_____, le concept C_____ était différent de ceux existants déjà à Genève. Il s'agissait de cours de cuisine festifs, comportant un aspect social prépondérant. Les gens cuisinaient, puis mangeaient ensemble ce qu'ils avaient préparé.

M. H_____ a ajouté que l'apport de Mme B_____ dans la société se composait de la moitié des parts de C_____ et du concept. Au jour de l'audience, elle n'avait perçu aucun salaire.
 - c. L'OCIRT a persisté dans son refus.
7. Après avoir rappelé les conditions posées, en particulier par les art. 19 LEtr et 20 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), le TAPI a jugé le 23 novembre 2011 que le concept C_____ pouvait être considéré comme novateur à Genève. Il apparaissait intimement lié à la personnalité de Mme B_____, dont l'expérience, les connaissances linguistiques et le réseau constituaient des atouts nécessaires. De plus, celle-ci avait collaboré avec l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) pour engager de la main-d'œuvre locale. En conséquence, le recours était admis, la décision prise par l'OCIRT annulée et le dossier retourné à celui-ci pour qu'il délivre l'autorisation sollicitée.

Ce jugement a été expédié aux parties le 12 décembre 2011.

8. Par acte posté le 4 janvier 2012, l'OCIRT a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, en concluant à l'admission de son recours et à la confirmation de sa propre décision du 19 août 2010.

A Genève, la restauration était un secteur économique très encombré et très concurrentiel. Il ne paraissait pas nécessaire de prélever une unité sur un contingent restreint pour assurer la direction d'un nouvel établissement. De plus, le concept décrit n'était pas révolutionnaire. D'autres établissements exerçaient la même activité, tel par exemple G_____. De plus, malgré l'absence de Mme B_____, destinée à animer surtout la partie minoritaire de l'entreprise, soit l'organisation de soirées, le restaurant avait pris son envol. Sur les dix employés engagés, quatre vivaient à Genève et six en France voisine. Trois d'entre eux avaient été engagés puis remerciés. Ces créations d'emplois n'avaient pas largement favorisé le marché du travail local. Il s'agissait d'emplois peu qualifiés. Quant aux investissements consentis, c'était principalement M. H_____ qui avait apporté quelque CHF 360'000.-, Mme B_____ amenant son savoir-faire et ayant contracté un prêt. Ces éléments ressortaient de l'audience de comparution personnelle devant le TAPI mais n'avaient pas été repris dans le jugement de celui-ci. Enfin, compte tenu du pouvoir d'appréciation de l'OCIRT et de l'impossibilité pour les juridictions de recours de revoir l'opportunité d'une décision, il considérait que le TAPI s'était substitué à la commission tripartite, sans respecter les directives de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). En l'espèce, il ne se justifiait pas d'accorder un permis B, à prélever sur un contingent très limité, à une personne ressortissante d'un Etat tiers, pour diriger un établissement dont l'existence n'était pas menacée par ce refus.

9. Le TAPI a produit son dossier le 9 janvier 2012.
10. Invités à se déterminer à propos du recours d'ici le 15 février 2012, ni C_____, ni Mme B_____ ou M. H_____, n'ont réagi. Ils ne l'ont pas fait davantage dans le délai au 29 février 2012 qui leur avait été accordé par pli recommandé du 20 février 2012.
11. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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. A teneur de l'art. 19 LEtr, un étranger peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative indépendante aux conditions suivantes : a. son admission sert les intérêts économiques du pays ; b. les conditions financières et les exigences relatives à l'exploitation de l'entreprise sont remplies ; c. les conditions fixées aux art. 20 et 23 à 25 LEtr sont remplies.

Selon l'art. 83 al. 1 let. a OASA, l'autorité cantonale compétente doit décider, avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEtr ;

L'ODM a édicté des directives d'application de ces dispositions, conformément à l'art. 89 OASA.

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 (directives de l'ODM *ad no* 4.7.2.1 consultées sur le site internet http://www.ejpd.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/auslaenderbereich.html le 4 juin 2012).

S'agissant des qualifications professionnelles, les directives de l'ODM sont très détaillées. Le ch. 4.7.9 concerne spécifiquement les établissements et les cuisiniers de spécialités exotiques, applicables par analogie en l'espèce.

S'agissant du cuisinier lui-même, une formation complète (diplôme) de plusieurs années (ou formation reconnue équivalente) et une expérience professionnelle de plusieurs années dans le domaine de spécialité (au moins sept années, formation incluse) doivent être prouvées. Faute de diplôme, une attestation du ministère du travail de l'Etat étranger concerné indiquant que les qualifications professionnelles sont suffisantes doit être transmise (ch. I.4.7.9.1.2).

3. En règle générale, les instructions, les circulaires et les directives administratives - ou, en d'autres termes, les ordonnances administratives - n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'art. 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA - RS 172.021 - ATF 121 II 478 consid. 2b, ATA/439/2009 du 8 septembre 2009 et les références citées).

Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 478 consid. 2b ; ATA/12/2012 du 10 janvier 2012 consid. 3 ; ATA/839/2003 du 18 novembre 2003 consid. 3c). En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ; ATF 121 II 473 consid. 2b ; ATF 117 Ib 226 consid. 4b ; ATF 104 Ib 49). C'est donc à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les directives précitées (ATA/69/2012 du 31 janvier 2012).

4. En l'espèce, le recourant fait valoir que l'activité décrite par C_____ n'est pas révolutionnaire. En effet, l'exploitation d'un restaurant ne l'est certainement pas. Le fait de donner des cours de cuisine et de permettre aux participants de manger sur place ce qu'ils ont appris à confectionner n'a rien d'original non plus, puisque quatre établissements, en tout cas exerçant une activité similaire, existent à Genève, tels G_____, K_____, P_____ et Z_____. Quant aux organismes ou sociétés organisant des événements ou des rencontres, ils ne manquent pas non plus en Suisse romande. De plus, conformément aux directives rappelées ci-dessus, cette activité-ci supposerait que Mme B_____ ait des connaissances approfondies en cuisine, ce qui ne résulte nullement de son *curriculum vitae*. S'agissant de l'organisation d'événements ou d'animations, Mme B_____ allègue avoir travaillé essentiellement dans le domaine de la mode ou la création de bijoux, ce qui, a priori, ne la prédestine pas non plus à l'événementiel. Selon les déclarations des intéressés, le restaurant n'a pu ouvrir qu'en septembre 2011. Ce dernier semble bien fonctionner, sous la responsabilité de M. H_____, et le reste de l'activité, y compris les cours de cuisine, n'aurait pas pu se développer ni démarrer compte tenu de l'absence de Mme B_____, ce qui n'est nullement démontré. Enfin, sur les dix personnes engagées, quatre seulement vivent à Genève, les six autres étant domiciliées en France voisine. Dans ces conditions, C_____ n'a pas établi que l'activité déployée servirait les intérêts économiques de la Suisse, ni que les salaires qu'elle verse et l'intérêt économique de l'activité en question justifient d'entamer le maigre *quota* de permis B à disposition du canton de Genève.
5. Le TAPI n'a pas enquêté pour déterminer si les autres établissements cités par l'OCIRT n'exerçaient pas une activité similaire à celle de C_____, mais la consultation des sites Internet des quatre enseignes précitées démontre que le concept de C_____ n'est nullement original.

En conséquence, il apparaît que le TAPI a statué en opportunité, ce que l'art. 61 al. 2 LPA interdit.

6. Le recours sera donc admis et le jugement attaqué annulé. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée, soit pour elle Mme B_____ et M. H_____, pris conjointement et solidairement (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 4 janvier 2012 par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 novembre 2011 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 novembre 2011 ;

met à la charge de C_____ - B_____ & H_____, soit pour elle Madame B_____ et Monsieur H_____, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'000.- ;

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 ;

communiquera le présent arrêt à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, à C_____ - B_____ & H_____, soit pour elle Madame B_____ et Monsieur H_____, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations et au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Hurni, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

le président siégeant :

Ph. Thélin

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 :

- contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

- ...
- les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :
 - l'entrée en Suisse,
 - une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
 - l'admission provisoire,
 - l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
 - les dérogations aux conditions d'admission,
 - 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 ;
 - les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :
 - par le Tribunal administratif fédéral,
 - 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
 - est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
 - a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- ...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- du droit fédéral ;
- du droit international ;
- de droits constitutionnels cantonaux ;
- de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- 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 pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- 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.