

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/478/2009-PE

ATA/202/2010

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 23 mars 2010**

**1<sup>ère</sup> section**

dans la cause

**Monsieur B \_\_\_\_\_**

représenté par Me Pierre Ochsner, avocat

contre

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

\_\_\_\_\_

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 16 octobre 2009 (DCCR/1049/2009)**

---

## EN FAIT

1. Le 9 décembre 2008, Monsieur B\_\_\_\_\_, de nationalité algérienne, a demandé à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une autorisation de séjour avec prise d'emploi de longue durée afin d'œuvrer en qualité de gérant du supermarché X\_\_\_\_\_, situé rue F\_\_\_\_\_ à Genève.
2. Le 14 janvier 2009, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé la requête. La commission désignée par le Conseil d'Etat avait examiné le dossier et la demande ne présentait pas un intérêt économique suffisant.
3. Le 16 février 2009, M. B\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) contre la décision précitée.

Il avait séjourné dans le canton de Vaud du 17 novembre 2001 au 31 octobre 2008, au bénéfice d'un permis pour études, suivant des formations à l'Ecole polytechnique de Lausanne ainsi qu'à la Haute école d'ingénieurs et de gestion du canton de Vaud. Il avait parallèlement travaillé dans des entreprises ainsi que pour une association vaudoise et genevoise. Deux de ses frères, respectivement entrepreneur et infirmier, étaient installés en Suisse, l'un en ayant même acquis la nationalité.

Supermarché X\_\_\_\_\_ était l'un des seuls magasins genevois spécialisés dans la vente de détails d'alimentation orientale et magrébine portant le label « Halal ». Cette entreprise vendait aussi des livres et des documents multimédias islamiques. Elle projetait d'organiser des voyages à la Mecque. Elle assurait aussi la fonction de grossiste avec un chiffre d'affaires de plus d'un million de francs.

Sa propriétaire, Madame Z\_\_\_\_\_, ayant quatre enfants, n'arrivait plus à gérer l'entreprise. Elle avait ainsi décidé d'engager un gérant et avait affiché dans son magasin, ainsi que dans des supermarchés de la Migros et de la Coop, une annonce aux termes de laquelle elle cherchait un gérant parlant la langue arabe, connaissant le rite musulman de l'abattage, bénéficiant d'une expérience dans la vente de détail et en gros, de capacités de gestion et de direction du personnel, ainsi que d'un leadership.

M. B\_\_\_\_\_ avait été engagé au mois de juin 2008 pour le poste car il avait les compétences requises. Toutes les conditions nécessaires à la délivrance de l'autorisation étaient remplies et aucun autre candidat disposant de l'ensemble des compétences nécessaires ne s'était présenté.

La notion d'intérêt économique suffisant n'avait pas été définie dans le projet de loi et il appartenait aux autorités d'examiner chaque cas, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation. L'activité de gérant du supermarché X\_\_\_\_\_ participait largement à l'économie du canton et à sa prospérité, de par les biens et services offerts à la population genevoise de confession musulmane et à la clientèle provenant des pays du Golf, pendant la période estivale. Pendant les mois de juillet et août, 80% du chiffre d'affaires de l'hôtellerie genevoise était réalisé grâce à des touristes provenant du Moyen-Orient.

4. Le 9 avril 2009, l'OCIRT s'est opposé au recours. Les recherches effectuées par supermarché X\_\_\_\_\_ étaient insuffisantes au regard de la jurisprudence. Le poste vacant n'avait pas été annoncé à l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE). M. B\_\_\_\_\_ n'était pas qualifié dans le domaine où il désirait travailler. La délivrance d'une autorisation de travail à l'intéressé ne permettait pas d'assurer la création de nouveaux postes de travail ou de développer des activités à forte valeur ajoutée.

Il ne ressort pas de cette écriture que l'OCIRT ait déposé un dossier en mains de la commission.

5. Le 6 octobre 2009, la commission a entendu le recourant ainsi que Mme Z\_\_\_\_\_.

M. B\_\_\_\_\_ a détaillé les études qu'il avait suivies à Lausanne, précisant ne pas avoir obtenu de diplôme.

Supermarché X\_\_\_\_\_ employait trois personnes, y compris lui-même. Sa belle-sœur dirigeait l'entreprise et son frère y était employé. Lui-même s'occupait des commandes, gérait le bon fonctionnement des deux autres employés, soit un boulanger et un boucher, et s'occupait de la caisse.

Supermarché X\_\_\_\_\_ désirait créer une succursale sur la rive gauche ainsi qu'une agence de voyages.

Mme Z\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle n'avait pas publié d'annonce dans les journaux pour le poste de gérant, mais qu'elle avait affiché des offres à deux reprises à la Migros des Charmilles, dans le centre « Les Cygnes », ainsi qu'à la Migros et à la Coop de Thônex. Elle avait engagé son beau-frère en 2004, alors qu'il était encore étudiant. A l'époque, il travaillait surtout le samedi et œuvrait à plein-temps depuis 2008.

6. Par décision du 16 octobre 2009, la commission a rejeté le recours. Les recherches préalables pour trouver un gérant avaient été insuffisantes. Les fonctions du recourant dans le supermarché ne requéraient pas une formation spécifique. L'intéressé n'avait pas de qualifications dans le domaine et avait échoué à l'examen de management au cours de ses études. Le fait de vouloir

engager en priorité une personne que l'employeur connaissait relevait de la convenance personnelle.

7. Par acte déposé au greffe du Tribunal administratif le 18 novembre 2009, M. B \_\_\_\_\_ a formé recours contre la décision précitée. Mme Z \_\_\_\_\_ désirait l'engager à long terme, notamment du fait de la relation de confiance et du lien familial. Au surplus, les éléments exposés dans ses écritures précédentes étaient développés. Préalablement, le recourant demandait la restitution de l'effet suspensif.
8. Le 18 janvier 2010, l'OCIRT s'est opposé cette requête.
9. Le 10 février 2010, l'OCIRT a conclu au rejet du recours, reprenant et développant son argumentation antérieure. Aucune pièce n'était annexée à cette écriture.
10. Le 11 février 2010, le Tribunal administratif a indiqué aux parties qu'elles disposaient d'un délai au 26 février 2010 pour formuler des requêtes d'actes d'instruction complémentaires. Après cette date, la cause serait gardée à juger.
11. Le 24 février 2010, M. B \_\_\_\_\_ a précisé que supermarché X \_\_\_\_\_ avait annoncé à l'OCE la vacance du poste de gérant le 2 février 2010. Aucune personne ne présentant les qualités requises n'avait offert ses services. Le même jour l'OCIRT a indiqué qu'il ne formulait pas de requête complémentaire.
12. Le 3 mars 2010, le Tribunal a demandé à l'OCIRT et à la commission de lui transmettre rapidement leurs dossiers.
13. Le 5 mars 2010, la commission a transmis son dossier.
14. L'OCIRT a indiqué par téléphone au greffe du Tribunal administratif qu'en dehors du formulaire de demande et de la décision du 14 janvier 2009, aucune autre pièce ne figurait dans son dossier.

## **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. La demande d'autorisation de séjour à l'année ayant été déposée le 4 mars 2009, la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20) 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), remplaçant la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 et les divers règlements et ordonnances y relatifs, sont applicables.

3. Les étrangers qui désirent exercer une activité lucrative en Suisse doivent répondre aux conditions fixées dans la LEtr. L'annexe 2 OASA fixe le nombre maximum d'autorisations de séjour.
4. Selon 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.

L'art. 23 LEtr précise les qualifications personnelles que doit remplir l'étranger. Ainsi, selon les al. 1 et 3, seuls les cadres, les spécialistes ou autres travailleurs qualifiés peuvent obtenir une autorisation de courte durée ou de séjour. Des exceptions à cette exigence sont prévues pour les investisseurs et les chefs d'entreprises qui créeront ou qui maintiendront des emplois, les personnalités reconnues des domaines scientifique, culturel ou sportif, les personnes possédant des connaissances ou des capacités professionnelles particulières. Si leur admission répond de manière avérée à un besoin, les cadres transférés par des entreprises actives au plan international et les personnes actives dans le cadre de relations d'affaires internationales de grande portée économique et dont l'activité est indispensable en Suisse.

5. En l'espèce, c'est à juste titre que l'OCIRT, puis la commission, ont considéré que les conditions rappelées ci-dessus n'étaient pas remplies. Même en tenant compte des projets de développement de l'entreprise, qui ne sont absolument pas documentés, l'octroi à M. B\_\_\_\_\_ du permis qu'il sollicite ne serait pas utile aux intérêts économiques du pays. L'ouverture d'une succursale sur la rive gauche, voire la création d'une agence de voyages, n'impliqueront pas la création de nombreux postes de travail et les activités développées ne sont pas à forte valeur ajoutée (ATA/132/2010 du 2 mars 2010).

De plus, le recourant ne dispose d'aucune formation reconnue dans le domaine de la vente ou de la gestion d'entreprise. Il ne peut dès lors pas être considéré comme un cadre, spécialiste ou qualifié, au sens de l'art. 23 al. 1 LEtr, et aucune des exceptions mentionnées à l'al. 3 de cette disposition n'est réalisée.

6. 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 LEtr).

En l'espèce, les recherches effectuées par supermarché X\_\_\_\_\_ sont largement insuffisantes pour admettre que les exigences de cette disposition sont remplies.

7. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émoulement de procédure de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 LPA).
8. Le prononcé du présent arrêt rend sans objet la demande de restitution de l'effet suspensif, respectivement de mesures provisionnelles, présentée par le recourant, eu égard à son droit de rester en Suisse.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 18 novembre 2009 par Monsieur B\_\_\_\_\_ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 16 octobre 2009 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge du recourant un émoulement de CHF 400.- ;

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 Pierre Ochsner, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de l'inspection et relations du travail.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le vice-président :

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](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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> 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)

<sup>1</sup> Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

<sup>2</sup> Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

<sup>3</sup> Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.