

## **GE\_GERICHTE JTAPI/276/2015 vom 4. September 2007**

GE Cour de justice, 2007-09-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_JTAPI\\_276\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_276_2015)

FR: GE\_GERICHTE JTAPI/276/2015 du 4 septembre 2007

IT: GE\_GERICHTE JTAPI/276/2015 del 4 settembre 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 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.

#### **E. 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).

- 7/10 - A/2347/2014 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 1er 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

- 8/10 - A/2347/2014 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 OLCP, 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

- 9/10 - A/2347/2014 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).

- 10/10 - A/2347/2014

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.