RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1841/2018-PE **ATA/990/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 septembre 2023

2ème section

dans la cause

A_____ **recourante**

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS **intimé**

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 janvier 2019 (JTAPI/13/2019)

EN FAIT

A. **a.** A_____, née le _____1988, est ressortissante du Mexique.

b. Par décision du 13 décembre 2017, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé de donner une suite favorable à la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par l'entreprise individuelle B_____, en faveur de A_____.

Le 28 mars 2018, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a déclaré irrecevable le recours interjeté contre cette décision, l'avance de frais ayant été versée tardivement.

c. Par décision du 26 avril 2018, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a prononcé le renvoi de l'intéressée en application de l'art. 64 al. 1 let. c de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20 ; anciennement dénommée loi fédérale sur les étrangers - LEtr), lui impartissant un délai au 27 juillet 2018 pour quitter la Suisse.

Cette décision était fondée sur la décision rendue par l'OCIRT, les autorités compétentes en matière d'étrangers étant liées par les décisions de l'office chargé des admissions sur le marché du travail. Pour le surplus, l'exécution du renvoi paraissait possible, licite et raisonnablement exigible au sens de l'art. 83 LEI.

d. A_____ a recouru auprès du TAPI contre cette décision, concluant, préalablement, à ce qu'un délai raisonnable lui soit octroyé pour compléter et étayer son recours, principalement, à ce que la décision attaquée soit déclarée nulle, subsidiairement, à son annulation.

Le TAPI avait déclaré le recours de son employeur potentiel – non assisté par un avocat – irrecevable, alors qu'il n'était nullement dénué de chances de succès. Le résultat du jugement avait pour effet que l'OCPM la renvoyait alors qu'elle n'avait commis aucune faute, lui faisant porter la responsabilité de la défaillance de son potentiel employeur dans l'observation du délai de paiement de l'avance de frais. Il lui causait ainsi un préjudice important et irréparable. La décision de l'OCIRT étant entrée en force, l'OCPM avait prononcé son renvoi sans lui permettre d'exercer son droit d'être entendue sur la possibilité, la licéité et le caractère raisonnablement exigible de ce renvoi.

Elle avait consenti d'importants efforts dans l'entreprise et la croissance de cette dernière, qui allait être transformée en société à responsabilité limitée, voire en société anonyme, étant noté qu'elle allait être associée à la nouvelle structure. L'ouverture d'un deuxième restaurant était prévue pour fin 2018, puis une chaîne

de restaurants. Plusieurs investisseurs s'étaient déclarés partants pour accompagner l'entreprise dans son développement.

e. L'OCPM a conclu au rejet du recours, rappelant qu'il ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi en application de l'art. 64 al. 1 let. c LEI étant la conséquence logique et inéluctable du rejet d'une demande d'autorisation.

La réparation devant le TAPI de l'éventuelle violation du droit d'être entendu devrait être admise puisque l'annulation de la décision et le renvoi de la cause entraîneraient une procédure purement formelle et un retard inutile incompatible avec l'intérêt à un traitement rapide de la cause. Il rappelait que l'intéressée n'avait à aucun moment été autorisée à travailler.

f. Dans sa réplique, formulée par un mandataire qui venait de se constituer, l'administrée a relevé que la violation de son droit d'être entendue justifiait l'annulation de la décision et le renvoi de la cause à l'OCPM, vu la gravité de ladite violation.

g. Par jugement du 9 janvier 2019, le TAPI a rejeté le recours.

Le droit d'être entendu de la recourante avait été violé par l'OCPM, cette violation avait été réparée devant le TAPI. Par ailleurs, la décision de renvoi ne prêtait pas le flanc à la critique.

B. **a.** Par acte expédié le 11 février 2019, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice contre ce jugement, dont elle a demandé l'annulation. Elle a conclu, à titre préalable, à la suspension de la procédure ainsi qu'à l'octroi d'un bref délai pour compléter son recours. Principalement, la nullité de la décision de l'COMP devait être constatée, subsidiairement, la cause renvoyée à l'OCPM pour instruire la question de l'exigibilité, de la possibilité et de la licéité du renvoi, plus subsidiairement, elle devait être invitée à se prononcer sur ces questions.

Son associé avait requis une nouvelle autorisation de travail, dont elle espérait une issue positive. Elle n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur le renvoi. Dès lors qu'elle avait plaidé la nullité de la décision de l'OCPM, elle ne s'était pas prononcée sur le renvoi. Le TAPI ne l'y avait pas non plus invitée. Par ailleurs, la décision de l'OCIRT ne lui était pas opposable, dès lors qu'elle n'était entrée en force qu'en raison de l'irrecevabilité du recours devant le TAPI en raison de la faute d'un tiers et non de la sienne.

b. L'OCPM a indiqué qu'aucune nouvelle demande n'était pendante devant l'OCIRT. La violation du droit d'être entendue avait été réparée devant le TAPI et la décision de renvoi était fondée.

c. La recourante a fourni la preuve de l'envoi, le 28 août 2019, d'une nouvelle demande devant l'OCIRT.

d. La procédure a été suspendue d'un commun accord entre les parties, dans l'attente de la suite donnée à cette demande.

e. Le 13 mai 2020, l'OCPM a sollicité la reconduction de la suspension, l'OCIRT n'ayant pas encore rendu de décision définitive.

f. La cause est demeurée suspendue jusqu'au 11 janvier 2022, l'arrêt de la chambre administrative confirmant la décision de l'OCIRT ayant été rendu le 9 novembre 2021.

g. À la suite de la reprise de la procédure, la recourante a sollicité une nouvelle suspension, exposant avoir déposé une demande d'autorisation de séjour en vue de mariage avec son compagnon, ressortissant espagnol.

h. L'OCPM a acquiescé à cette requête, de sorte que la procédure a à nouveau été suspendue.

i. Le 24 févier 2023, la recourante a informé la chambre administrative que les préparatifs de mariage avaient été interrompus, son compagnon ayant décidé de quitter la Suisse. Elle sollicitait une nouvelle suspension afin de le convaincre de poursuivre leur vie commune.

j. La recourante ayant confirmé à l'OCPM qu'il n'y avait pas de reprise de la vie commune, la procédure a été reprise et un délai imparti aux parties pour leurs ultimes observations.

k. Dans ses déterminations, l'OCPM a maintenu sa position.

l. La recourante a confirmé que son fiancé était rentré dans son pays d'origine. Elle avait fait le deuil de cette relation, mais n'entendait pas renoncer à la place qui était la sienne dans la communauté genevoise. Elle persistait donc dans son recours.

m. Invitée par la chambre administrative à indiquer pour quel motif son renvoi ne serait pas possible, ne serait pas raisonnablement exigible ou serait illicite, la recourante n'a pas répondu dans le délai imparti.

n. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 28 août 2023 devant la chambre administrative de la Cour de justice, la recourante a déclaré qu'elle avait, depuis son arrivée en Suisse en 2014, beaucoup appris sur le plan professionnel, d'abord en tant qu'étudiante puis en tant que diplômée. Ses deux frères y vivaient avec leur famille. Grâce à sa connaissance de la culture mexicaine, elle avait pu s'investir dans un des meilleurs restaurants mexicains à Genève. Elle s'était constitué un

large réseau d'amis en Suisse. Elle s'y sentait plus en sécurité qu'au Mexique. Dans le cadre de son activité professionnelle relative à l'administration touristique, elle se voyait difficilement au Mexique sortir et rentrer tard le soir. Elle travaillait toujours pour le restaurant B_____ au bénéfice d'une autorisation temporaire. Ses parents vivaient au Mexique.

Elle n'avait pas de motifs particuliers, liés à la seule question du renvoi, qu'elle puisse invoquer à ce stade. Elle respecterait la décision qui serait rendue.

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. **2.1** 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1261/2022 du 13 décembre 2022 consid. 2b). 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. 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/1261/2022 précité consid. 2b).

2.2 En l'espèce, l'objet du recours est limité à la question de savoir si la décision de l'OCPM ordonnant le renvoi de la recourante à la suite du rejet par l'OCIRT, le 13 décembre 2017, de la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative déposée par l'entreprise individuelle B_____, en faveur de la recourante. La chambre de céans ne peut donc revenir sur la décision de l'OCIRT. Son examen est circonscrit à la décision de renvoi.

3. La recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue, n'ayant pas eu l'occasion de s'exprimer avant que l'OCPM rende la décision de renvoi.

3.1 Tel qu'il est garanti par l'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 les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 154 consid. 2.1 et 4.2 ; 132 II 485 consid. 3.2).

La violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances du recourant sur le fond (ATF 141 V 495 consid. 2.2 ; 140 I 68 consid. 9.3). Une réparation devant l'instance de recours est possible si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2). La réparation dépend cependant de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 126 I 68 consid. 2). Elle peut se justifier en présence d'un vice grave notamment lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 136 V 117 consid. 4.2.2.2). Enfin, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de la violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir eu le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/1199/2021 du 9 novembre 2021 consid. 2a ; ATA/1021/2020 du 13 octobre 2020 consid. 4a ; ATA/1152/2019 du 19 juillet 2019 consid. 2c).

3.2 En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que la recourante aurait pu exercer son droit d'être entendue avant que l'OCPM rende la décision de renvoi litigieuse. Il convient ainsi de constater, avec le TAPI, que le droit d'être entendue de l'intéressée a été violé.

Se pose la question de savoir si cette violation est susceptible d'être réparée dans la présente procédure. Devant le TAPI, la recourante s'est bornée à se plaindre de la violation par l'administration de son droit d'être entendue. Elle ne s'est pas déterminée sur le renvoi ni n'a été invitée à le faire par le premier juge. Dans son recours devant la chambre administrative, elle s'est également limitée à faire valoir la violation de ce droit constitutionnel.

La recourannte n'a pas donné suite à l'invite de la chambre de céans à indiquer pour quel motif son renvoi ne serait pas possible, ne serait pas raisonnablement exigible ou serait illicite, ne s'étant pas manifestée dans le délai imparti à cet égard. Elle a cependant donné suite à la convocation à une audience de comparution personnelle. Lors de celle-ci, elle a déclaré qu'elle n'invoquait aucun motif particulier justifiant de s'opposer à son renvoi.

La recourante a ainsi eu l'occasion, devant la chambre de céans, de s'exprimer sur la seule question litigieuse, celle de son renvoi. Elle a alors déclaré ne pas avoir de motifs particuliers à invoquer à cet égard. Compte tenu du fait que la chambre administrative dispose du même pouvoir d'examen que le TAPI, d'une part, et que l'OCPM ne dispose pas d'une marge d'appréciation lors de la décision de renvoi, d'autre part, il y a lieu de retenir que la violation du droit d'être entendue de la recourante a été valablement réparée devant la chambre administrative.

Le grief sera ainsi rejeté.

4. La recourante invoque la nullité de la décision de l'OCIRT, respectivement du jugement du TAPI déclarant le recours contre celle-ci irrecevable, de sorte que la décision de renvoi ne pouvait être prononcée.

4.1 La nullité absolue d'une décision peut être invoquée en tout temps devant toute autorité et doit être constatée d'office. Elle ne frappe que les décisions affectées des vices les plus graves, manifestes ou du moins facilement reconnaissables et pour autant que sa constatation ne mette pas sérieusement en danger a sécurité du droit. Sauf dans les cas expressément prévus par la loi, il ne faut admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (ATF 130 II 249 consid. 2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_354/2015 du 21 janvier 2016 consid. 4.1) Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision ; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 144 IV 362 consid. 1.4.3 ; 139 II 243 consid. 11.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_171/2020 du 6 avril 2021 consid. 1.4.2).

4.2 En l'espèce, la recourante n'invoque aucun vice de procédure grave, manifeste ou facilement reconnaissable. Elle ne soutient pas que l'OCIRT ou le TAPI lorsqu'il a déclaré irrecevable le recours contre cette décision aurait violé une règle fondamentale de procédure ou auraient été incompétents pour rendre la décision, respectivement le jugement. Elle se prévaut uniquement du fait que l'irrecevabilité du recours était due à la faute de son employeur et ne pouvait ainsi lui être reprochée. Or, l'OCPM ne « reproche » pas à la recourante l'irrecevabilité du recours formé par son employeur, d'une part. D'autre part, n'ayant, comme la recourante le relève d'ailleurs, pas été partie à la procédure opposant son employeur à l'OCIRT, elle ne peut se prévaloir d'éventuels vices de procédure ayant affecté celle-ci. Quoi qu'il en soit et comme cela vient d'être exposé, ni la décision de l'OCIRT ni le jugement du TAPI déclarant le recours contre celle-ci irrecevable ne souffrent d'un vice tellement grave qu'il conviendrait d'en constater la nullité.

5. Il convient encore d'examiner si le renvoi prononcé par l'OCPM est fondé.

5.1 Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, l'autorité compétente rend une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel l'autorisation de séjour est refusée ou dont l'autorisation n'est pas prolongée. Elle ne dispose à ce titre d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi constituant la conséquence du rejet d'une demande d'autorisation. Le renvoi d'une personne étrangère ne peut être ordonné que si l'exécution de celui-ci est possible, licite ou peut être raisonnablement exigée (art. 83 al. 1 LEI).

5.2 En l'espèce, dès lors que la décision refusant d'octroyer à la recourante une autorisation de séjour avec activité lucrative est entrée en force, l'intimé devait

prononcer son renvoi. Aucun élément permettant de retenir que celui-ci ne serait pas possible, licite ou ne pourrait raisonnablement être exigé ne ressort du dossier ; la recourante a d'ailleurs reconnu, lors de l'audience du 28 août 2023 devant la chambre administrative, qu'il n'y en avait pas.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

6. Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante et aucune indemnité ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 février 2019 par A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 9 janvier 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de A_____ ;

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 A_____, à l'office cantonal de la population et des migration, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Fabienne MICHON RIEBEN, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
D. WERFFELI BASTIANELLI	C. MASCOTTO

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.