RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3631/2021-PE **ATA/1088/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1er novembre 2022

1ère section

dans la cause

Monsieur A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 juin 2022 (JTAPI/604/2022)

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____1979, est ressortissant du Brésil.

2) Il a résidé en Suisse au bénéfice d'un titre de séjour de type B, délivré par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), du 28 janvier 2004 au 22 décembre 2009, date à laquelle il a annoncé son départ.

3) Le 27 mai 2021, B_____ a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en sa faveur.

M. A_____ était engagé dès le 1er mars 2021, pour une durée indéterminée, en qualité d'employé d'entretien. Le salaire mensuel était fixé à CHF 1'800.-, le taux d'activité n'étant pas indiqué.

4) Par décision du 18 août 2021, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), à qui l'OCPM avait transmis la demande précitée pour raison de compétence, a refusé de faire droit à cette demande, après examen du dossier par la commission idoine.

La condition de l'intérêt économique n'était pas remplie, ni celle de priorité. L'employeur n'avait pas démontré qu'aucun travailleur en Suisse ou dans un pays de l'UE et de l'AELE n'avait pu être trouvé. Les conditions de rémunération usuelles de la profession et de la branche, dans le canton de Genève, n'étaient pas réunies. L'exiguïté des contingents ne permettait pas de donner suite à des demandes dans le secteur de l'économie domestique.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

5) Par décision du 21 septembre 2021, se référant à la décision de l'OCIRT précitée, l'OCPM a refusé l'octroi de l'autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative en faveur de M. A_____ et a prononcé son renvoi. Un délai au 24 octobre 2021 lui était imparti pour quitter le territoire suisse et rejoindre le pays dont il possédait la nationalité ou tout autre pays où il était légalement admissible.

6) Par acte du 22 octobre 2021, M. A_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision de l'OCPM, concluant à son annulation, au renvoi à cette autorité du dossier en vue d'un nouvel examen sous l'angle d'un permis de séjour avec activité indépendante et à la suspension de la procédure de renvoi jusqu'à droit jugé.

7) Dans ses observations du 14 décembre 2021, l'OCPM a conclu au rejet du recours précisant être lié par la décision du 18 août 2021 de l'OCIRT.

La demande tendant à l'obtention d'une autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante au sens de l'art. 19 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) devait être déposée depuis l'étranger. M. A_____ ne disposait par ailleurs d'aucun droit de séjour en Suisse et y résidait sans autorisation. Enfin, il n'avait pas allégué que l'exécution de son renvoi vers son pays d'origine ne serait pas licite, possible ou raisonnablement exigible.

8) M. A_____ a répliqué le 4 mars 2022 pour expliquer qu'au mois de décembre 2020 il avait pris contact avec un avocat portugais en vue de la création, dans ce pays, d'une société de marketing, management et d'agent de sportifs professionnels en provenance du Brésil pour l'Europe et le Moyen-Orient. Lorsque la confirmation officielle de sa création, qui devait intervenir sous quelques jours, lui serait parvenue, il entreprendrait les démarches afin d'ouvrir une succursale à Genève dont il souhaitait être le représentant.

9) Le 7 avril 2022, M. A_____ a informé le TAPI que ses démarches au Portugal en vue de la création de sa société avaient bien avancé. Il avait été inscrit auprès du fisc portugais en qualité d'entrepreneur. Afin de finaliser son inscription, le nom de société qu'il avait choisi devait encore être approuvé.

10) Le TAPI a, par jugement du 8 juin 2022, rejeté le recours.

La décision attaquée faisait suite à celle de l'OCIRT, entrée en force, constatant que M. A_____ ne remplissait pas les conditions pour un séjour avec activité lucrative en Suisse et qu'il n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour. L'OCPM était lié par cette décision.

La conclusion subsidiaire de M. A_____ tendant à l'octroi d'une autorisation de séjour avec activité lucrative indépendante excédait le cadre de l'objet de la procédure, qui n'avait trait qu'à la mesure de renvoi prononcée en application de l'art. 64 al. 1 let. c LEI et était partant irrecevable.

M. A_____ étant, à ce jour, dépourvu de titre de séjour en Suisse, l'OCPM n'avait d'autre choix que de prononcer son renvoi, dont il ne ressortait pas du dossier qu'il ne serait pas possible, pas licite ou ne pourrait être raisonnablement exigé au sens de l'art. 83 LEI.

11) M. A_____ a formé recours contre ce jugement par acte expédié le 11 juillet 2022 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Il a conclu à l'annulation dudit jugement et au renvoi de son dossier au TAPI. Il devait être demandé à l'OCPM de suspendre la procédure de renvoi jusqu'à droit connu dans cette « nouvelle procédure ».

Son activité salariée n'avait été que temporaire. Les revenus provenant de son activité indépendante allaient augmenter, dans la mesure où ses démarches au

Portugal en vue de créer sa société avaient été menées à terme. C'était à tort que le TAPI n'avait pas examiné sa demande sous l'angle d'une autorisation de séjour pour activité indépendante, ce que la chambre administrative devait faire.

Il souffrait de problèmes de santé à la suite d'un AVC survenu à la fin de l'année 2021. Il était depuis lors suivi par plusieurs médecins des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG). Il pouvait certes exercer une activité lucrative, mais son suivi auprès des HUG était très important pour sa santé.

12) L'OCPM a conclu, le 10 août 2022, au rejet du recours.

En dépit des documents produits par M. A_____ en lien avec un suivi à l'Unité interdisciplinaire de médecine et de prévention de la violence (UIMPV) du 1er juillet 2022, selon lesquels il bénéficiait, consécutivement à une agression subie en septembre 2021, d'un traitement antidépresseur, d'entretiens médicaux et de soutien réguliers, respectivement attestant d'un bilan large afin de déterminer l'étiologie d'une lésion pouvant correspondre à une séquelle d'AVC, son renvoi demeurait raisonnable et exigible. Il n'avait en effet ni démontré ni même allégué qu'il ne pourrait pas avoir accès à des soins adéquats au Brésil, voire au Portugal, où il venait de créer son entreprise.

13) Dans sa réplique du 6 octobre 2022, M. A_____ a ajouté qu'il souffrait également de troubles cardiaques, susceptibles de faire l'objet d'une intervention chirurgicale, et d'une syphilis latente. Les médecins n'avaient pas encore trouvé la cause de son AVC. Il produisait les documents médicaux en lien avec ses divers suivis auprès des HUG, comprenant de convocations jusqu'au 23 janvier 2023. Il avait rendez-vous le 7 octobre 2022 pour une ponction lombaire.

Il était limité physiquement et psychiquement à la suite de l'agression dont il avait été victime ainsi qu'en raison du stress et des angoisses que généraient ses problèmes médicaux. Il n'avait donc pas pu se rendre au Portugal ni déployer sa société.

Son renvoi n'était pas exigible.

14) Les parties ont été informées, le 7 octobre 2022, que la cause était gardée à juger.

15) Le contenu des pièces produites par M. A_____ sera pour le surplus repris ci-dessous dans la mesure nécessaire au traitement du recours.

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) Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas la compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exceptions prévues par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisées dans le cas d'espèce.

3) a. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'elle ou il invoque. 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/1301/2020 du 15 décembre 2020 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. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés. Ainsi, si une recourante ou un recourant est libre de contester tout ou partie de la décision attaquée, elle ou il ne peut pas prendre, dans son mémoire de recours, des conclusions qui sortent du cadre des questions traitées dans la procédure antérieure (ATA/1301/2020 précité consid. 2b).

Ainsi, l'autorité de recours n'examine pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'instance inférieure, sous peine de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de cette autorité-ci, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies de droit préalables et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction (ATA/1390/2021 du 21 décembre 2021 consid. 2a et les références citées).

b. En l'espèce, l'objet du litige est la décision de l'OCPM du 21 septembre 2021 refusant d'octroyer au recourant une autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative, au motif qu'il était lié par la décision préalable négative en force de l'OCIRT, et prononçant son renvoi.

Partant, sa conclusion visant au renvoi de la procédure au TAPI pour examen des conditions de délivrance en sa faveur d'une autorisation de séjour pour activité indépendante est irrecevable.

4) De nationalité brésilienne, le recourant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), ni de celles de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (AELE – RS 0.632.31).

Conformément à l'art. 2 al. 1 à 3 LEI, son admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative salariée en Suisse est donc régie par les art. 18 et ss LEI et par les dispositions d'exécution 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 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral C-5184/2014 du 31 mars 2016 ; C-857/2013 du 19 mai 2014 consid. 3).

Par voie de conséquence, compte tenu de la forme potestative, ou Kannvorschrift, du libellé des art. 18 et ss LEI, l'intéressé ne peut revendiquer aucun droit à exercer une activité lucrative en Suisse (ATA/421/2017 du 11 avril 2017, consid. 2).

5) a. 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 (art. 40 al. 2 LEI).

Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, ainsi que les décisions préalables des autorités cantonales du marché du travail sont soumises à l'approbation du secrétariat d'État aux migrations (SEM). Celui-ci peut refuser son approbation ou limiter la portée de la décision cantonale (art. 99 LEI).

b. Avant d'octroyer une première autorisation de séjour ou de courte durée en vue de l'exercice d'une activité lucrative, l'autorité cantonale compétente décide si les conditions sont remplies pour exercer une activité lucrative salariée ou indépendante au sens des art. 18 à 25 LEI (art. 83 al. 1 let. a OASA).

Selon l'art. 88 al. 1 OASA, chaque canton désigne les autorités chargées, dans son domaine de compétence cantonal, de l'exécution de la LEI et des ordonnances d'application. Dans le canton de Genève, l'OCIRT exerce les compétences en matière de marché du travail et relatives au contrôle du respect de la LEI et de ses ordonnances d'exécution en matière d'exercice d'une activité économique (art. 1 al. 3 let. a et b de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

6) En l'espèce, l'OCIRT a rendu, le 18 août 2021, une décision défavorable à l'endroit du recourant qui sollicitait un permis de séjour avec activité lucrative. Cette décision n'a pas été attaquée devant la chambre de céans dans le délai légal de 30 jours, de sorte qu'elle est définitive et exécutoire.

La décision subséquente de l'OCPM du 21 septembre 2021, faisant l'objet du présent recours, n'est que la conséquence du fait que le recourant ne remplit pas les conditions pour un séjour avec activité lucrative en Suisse et qu'il n'est pas au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse. Elle est conforme aux dispositions légales précitées.

7) Le recourant allègue que ses problèmes de santé ont pour conséquence que son renvoi ne serait pas exigible.

a. Selon l'art. 64 al. 1 let. c LEI, les autorités compétentes rendent 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. À ce titre, elles ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation, le renvoi constituant la conséquence logique et inéluctable du rejet d'une demande d'autorisation (arrêt du Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF] C-4183/2011 du 16 janvier 2012 consid. 3.1).

b. L'exécution d'un renvoi n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces État (art. 83 al. 2 LEI).

Selon l'art. 83 al. 4 LEI, l'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, notamment parce qu'il ne pourrait plus recevoir les soins dont il a besoin. L'autorité à qui incombe la décision doit donc dans chaque cas confronter les aspects humanitaires liés à la situation dans laquelle se trouverait l'étranger concerné dans son pays après l'exécution du renvoi à l'intérêt public militant en faveur de son éloignement de Suisse (ATAF 2014/26 consid. 7.6, 7.9 et 7.10).

S'agissant plus spécifiquement de l'exécution du renvoi des personnes en traitement médical en Suisse, celle-ci ne devient inexigible que dans la mesure où ces dernières ne pourraient plus recevoir les soins essentiels garantissant des conditions minimales d'existence. Par soins essentiels, il faut entendre les soins de médecine générale et d'urgence absolument nécessaires à la garantie de la dignité humaine. L'art. 83 al. 4 LEI, disposition exceptionnelle, ne saurait en revanche être interprété comme impliquant un droit général d'accès en Suisse à des mesures médicales visant à recouvrer la santé ou à la maintenir, au simple motif que l'infrastructure hospitalière et le savoir-faire médical dans le pays d'origine ou de destination de l'intéressé n'atteignent pas le standard élevé qu'on trouve en Suisse

(ATAF 2011/50 consid. 8.3). La gravité de l'état de santé, d'une part, et l'accès à des soins essentiels, d'autre part, sont déterminants. Ainsi, l'exécution du renvoi demeure raisonnablement exigible si les troubles physiologiques ou psychiques ne peuvent être qualifiés de graves, à savoir s'ils ne sont pas tels qu'en l'absence de possibilités de traitement adéquat, l'état de santé de l'intéressé se dégraderait très rapidement au point de conduire d'une manière certaine à la mise en danger concrète de sa vie ou à une atteinte sérieuse, durable, et notablement plus grave de son intégrité physique (arrêt du TAF F-1602/2020 du 14 février 2022 consid. 5.3.4).

L'exécution du renvoi est raisonnablement exigible si l'accès à des soins essentiels, au sens défini ci-dessus, est assuré dans le pays d'origine ou de provenance. Il pourra s'agir, cas échéant, de soins alternatifs à ceux prodigués en Suisse, qui – tout en correspondant aux standards du pays d'origine – sont adéquats à l'état de santé de l'intéressé, fussent-ils d'un niveau de qualité, d'une efficacité de terrain (ou clinique) et d'une utilité (pour la qualité de vie) moindres que ceux disponibles en Suisse ; en particulier, des traitements médicamenteux (par exemple constitués de génériques) d'une génération plus ancienne et moins efficaces, peuvent, selon les circonstances, être considérés comme adéquats (ATA/137/2022 du 8 février 2022 consid. 9d et les références citées).

c. En l'espèce, le recourant n'établit pas, et ne soutient d'ailleurs pas, que les soins et le suivi dont il bénéficie, à teneur des documents produits, pour l'état anxio-dépressif, l'hypercholestérolémie, des troubles cardiaques, les suites d'un AVC, voire une éventuelle syphilis latente, dont il souffre ne seraient pas accessibles au Brésil ou au Portugal où il dit avoir fondé une société, et que l'exécution de son renvoi menacerait de manière concrète sa vie ou son intégrité corporelle ou psychique ou l'exposerait à une nette aggravation de son état physique de nature à le mettre concrètement en danger. Il sera rappelé qu'il ne suffit pas, pour rendre le renvoi inexigible, de pouvoir se prévaloir d'une infrastructure hospitalière et d'un savoir-faire médical plus performant dans le pays que l'étranger doit quitter, que le système prévalant dans son pays d'origine ou de destination qu'il doit regagner.

Le recourant ne remplit donc pas les conditions d'une admission provisoire au sens de l'art. 83 LEI, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que l'exécution de son renvoi serait impossible, illicite ou non raisonnablement exigible.

En tous points mal fondé, le recours sera rejeté.

8) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, 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 11 juillet 2022 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 8 juin 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur 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 Monsieur A_____, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

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.