RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3974/2020-PE **ATA/42/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 janvier 2022

2ème section

dans la cause

ASSOCIATION A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 juin 2021 (JTAPI/683/2021)

EN FAIT

1) Mme B_____, née le _____ 1986, est ressortissante C_____.

2) Mme B_____ a obtenu une autorisation de séjour pour formation, a entamé des études à la Haute École d'Art et de Design de Genève (ci-après : HEAD) le 17 septembre 2012 et y a obtenu un baccalauréat en juin 2014 puis une maîtrise en arts visuels en juin 2017.

3) Après différents stages en qualité de bénévole dans le domaine de l'audiovisuel, elle a sollicité le 14 janvier 2020 de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le renouvellement de son autorisation de séjour pour préparer une maîtrise universitaire en histoire de l'art à l'université de Genève.

4) Le 24 janvier 2020, Mme B_____ a épousé un ressortissant G_____, M. D_____, et s'est domiciliée avec lui à E_____, en France.

Le _____ 2020, elle a donné naissance à un enfant.

Le 27 avril 2020, elle a annoncé son départ de Suisse.

5) Le 31 août 2020, l'association A_____ (ci-après : l'association), agissant conjointement avec Mme B_____, a déposé à l'OCPM, en sa qualité de futur employeur, un formulaire de demande pour frontalier daté du 18 août 2020 aux fins de pouvoir engager Mme B_____ en qualité de co-responsable technique du théâtre pour une durée déterminée du 1er octobre 2020 au 30 septembre 2024.

6) Le 27 octobre 2020, l'OCPM a répondu qu'une autorisation frontalière ne pouvait être délivrée que lorsque la personne intéressée possédait un droit de séjour durable en France et habitait depuis six mois au moins dans la zone frontalière genevoise. Seule la carte de résident français était considérée comme conférant un droit durable au sens de la loi. Mme B_____ n'était pas titulaire d'une telle carte. En outre, la production des documents nécessaires ne préjugeait pas de la décision préalable du service de la main-d'œuvre étrangère de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), compétent dans le cas d'espèce.

7) Le 25 novembre 2020, l'association a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette décision, concluant à son annulation et à l'octroi d'un permis frontalier à Mme B_____. Elle a complété son recours le 9 décembre 2020.

Le refus ne reposait sur aucune base légale. Mme B_____ n'était pas titulaire d'une carte de résidente mais possédait un droit de séjour durable en France que lui conférait un « titre de séjour spécial » valable jusqu'au 30 septembre 2025, délivré par le ministère des affaires étrangères français aux personnes étrangères ainsi qu'à leurs familles envoyées en mission officielle en France et qui, en raison de la nature de leurs fonctions, ne pouvaient se voir reconnaître le statut de membre d'une mission diplomatique ou consulaire, mais bénéficiaient de facilités particulières pour obtenir un titre de séjour. Le mari de Mme B_____, M. D_____, citoyen G_____, était attaché scientifique-physicien auprès de l'organisation européenne pour la recherche nucléaire (ci-après : CERN) et les conjoints bénéficiaient de cette autorisation d'établissement en France depuis septembre 2018 et résidaient depuis lors dans la commune de E_____. Le déménagement de Mme B_____ en zone frontalière française résultait d'un regroupement familial et de la naissance de l'enfant du couple. Dès lors que son droit de séjour courait depuis septembre 2018 et que sa validité dépassait d'une année la période pour laquelle le permis frontalier était sollicité, celui-ci devait lui être délivré.

8) Le 26 janvier 2021, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

Il résultait du formulaire d'annonce de départ que Mme B_____ résidait à E_____ depuis le 27 avril 2020. Le « titre de séjour spécial » français lui avait été délivré en sa qualité de partenaire de M. D_____. Il lui avait été accordé pour la première fois le 7 novembre 2018 avec une durée de validité au 8 octobre 2020. Il avait ensuite été renouvelé jusqu'au 30 septembre 2025. Selon le site Internet du gouvernement français, il s'agissait de cartes dont la validité était limitée dans le temps. Or, seules les cartes de résident français étaient considérées par le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) et l'OCPM comme conférant un droit de séjour durable au sens de l'art. 25 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20). Les autres titres de séjour étaient valables pour une durée déterminée et n'accordaient aucun droit au renouvellement. Un courriel du SEM du 3 août 2020, versé au dossier, le confirmait.

9) Le 22 février 2021, l'association a persisté dans ses conclusions.

Le SEM n'avait pas analysé le type de carte de séjour dont disposait Mme B_____, de sorte que cette analyse ne pouvait pas fonder le refus de l'OCPM. Le titre de séjour français était valable jusqu'en 2025, le contrat de travail avait été conclu pour une durée allant jusqu'en 2024 et son renouvellement était subordonné, le cas échéant, au dépôt d'une nouvelle demande de permis frontalier. Bien qu'elle eût annoncé son départ de Suisse le 27 avril 2020 seulement, Mme B_____ résidait effectivement en France depuis septembre 2018. En sa qualité d'épouse d'un citoyen G_____ et de mère d'un enfant binational G_____ et C_____, elle aurait le droit de séjourner en France et de

bénéficier d'une carte de résidente française. De même, sur la base des accords entre la Suisse et les organisations internationales, elle aurait été en droit de travailler en Suisse si le couple avait choisi de résider dans ce pays. Le refus de l'OCPM la plaçait dans une situation absurde.

10) Le 30 juin 2021, le TAPI a rejeté le recours.

La demande ne pouvait être examinée que sous l'angle de la LEI.

Ni la loi ni les directives ne définissaient la notion de « droit de séjour durable ».

La jurisprudence retenait l'existence d'un droit de séjour durable lorsque la personne résidant en Suisse disposait de la nationalité suisse, d'une autorisation d'établissement ou d'une autorisation de séjour découlant elle-même d'un droit stable. Une simple autorisation de séjour, qui revêtait un caractère révocable – comme par exemple une autorisation de séjour pour études, ou une carte de légitimation délivrée en application de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'État hôte (LEH - RS 192.2) et de l'ordonnance du 7 décembre 2007 relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'État hôte (ordonnance sur l'État hôte - OLEH - RS 192.121) – ne suffisait en général pas pour fonder un droit de présence assuré dans le pays. La jurisprudence admettait toutefois exceptionnellement qu'une simple autorisation annuelle de séjour conférait un droit de présence durable lorsque l'étranger pouvait se prévaloir d'une intégration sociale et professionnelle particulièrement intense ou de motifs d'ordre humanitaire.

Il ressortait de la communication CERN/DG-RH/18014 du 5 août 2015 publiée par le CERN le 2 septembre 2015 qu'était considérée comme résident de longue durée par le ministère français des affaires étrangères une personne étrangère qui, au moment de la notification de son recrutement, résidait en France depuis plus de trois ans.

Le titre de séjour dont bénéficiait Mme B_____ n'équivalait pas à une « carte de résident », qui était le seul titre de séjour assurant un droit au séjour pérenne et stable en France et permettant d'y demeurer sans crainte de l'avenir et donc de s'y intégrer, qui avait une durée de validité de dix ans, autorisait toute activité professionnelle et était renouvelable de plein droit et sans condition relative à l'ordre public. Il ne satisfaisait pas à la condition d'un droit de séjour durable au sens de l'art. 25 al. 1 let. a LEI.

11) Par acte remis à la poste le 7 septembre 2021, l'association, agissant pour le compte de Mme B_____, a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement,

concluant à son annulation ainsi qu'à l'annulation de la décision de l'OCPM du 27 octobre 2020, et à ce que soit octroyé à Mme B_____ un permis de travail pour frontalier à compter du 1er octobre 2020 et pour une durée de quatre ans.

Un titre de séjour, y compris de courte durée, était durable s'il y avait la possibilité de le prolonger. Aussi longtemps que M. D_____ était employé par le CERN et que Mme B_____ était mariée à lui, cette dernière avait droit à un titre de séjour en France. Celui-ci était ainsi non seulement renouvelable, mais découlait d'une disposition conférant un droit à un titre de séjour.

La demande d'une autorisation de travail pour frontalier pour une durée déterminée ne se laissait pas comparer à une demande d'octroi de titre de séjour fondée sur la carte de légitimation délivrée au conjoint.

12) Le 5 octobre 2021, l'OCPM a conclu au rejet du recours, se référant au jugement entrepris ainsi qu'à sa décision du 27 octobre 2020.

13) La recourante n'a pas répliqué dans le délai qui lui avait été imparti au 10 novembre 2021.

14) Le 19 novembre 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger. Il sera revenu en tant que de besoin sur leurs arguments dans la partie en droit.

EN DROIT

1) Le recours a été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente (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).

La question de savoir si l'association pouvait valablement représenter Mme B_____ pourra demeurer indécise, vu l'issue du litige.

2) La recourante soutient que Mme B_____ disposerait en France d'une autorisation de séjour fondée sur un droit durable, car renouvelable, de son conjoint.

a. Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, la chambre administrative ne connaît pas de l'opportunité d'une décision prise en matière de police des étrangers lorsqu'il ne s'agit pas d'une mesure de contrainte (art. 61 al. 2 LPA ; art. 10 al. 2 a contrario de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

b. Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEtr), qui a été renommée LEI, et 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). Conformément à l'art. 126 al. 1 LEI, les demandes déposées comme en l'espèce après le 1er janvier 2019 sont régies par le nouveau droit.

c. Selon l'art. 25 al. 1 LEI, un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative en tant que frontalier que s'il possède un droit de séjour durable dans un État voisin et réside depuis six mois au moins dans la zone frontalière voisine (let. a) et qu'il exerce son activité dans la zone frontalière suisse (let. b).

3) En l'espèce, dans sa décision querellée, l'OCPM expose que seules les cartes françaises de résident sont considérées comme conférant un droit de séjour durable. Il se fonde sur la détermination du SEM du 3 août 2020, laquelle a identifié quatre catégories principales de titres de séjour français permettant le séjour prolongé – le visa long séjour valant titre de séjour, la carte de séjour temporaire, la carte de séjour pluriannuelle et la carte de résident – et estimé que les trois premiers n'étaient valables que pour une durée déterminée et n'accordaient aucun droit au renouvellement. Le même jour, l'OCPM a indiqué au SEM qu'il considérerait à l'avenir que seule la carte de résident conférait un droit de séjour durable au sens de l'art. 25 al. 1 LEI.

Le TAPI a pour sa part procédé à une comparaison avec le droit suisse, pour conclure qu'une autorisation de séjour ne conférait un droit de séjour durable en Suisse que lorsqu'elle découlait elle-même d'un droit stable, ou encore un « droit certain » à une telle autorisation. Il s'est référé pour ce faire à la jurisprudence reconnaissant au justiciable un droit à l'autorisation de séjour fondé sur l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) respectivement l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) garantissant la protection de la vie familiale lorsque son conjoint dispose de la nationalité suisse, d'une autorisation d'établissement ou encore d'une autorisation de séjour fondée sur un droit consolidé (« auf einem gefestigten Rechtsanspruch » ; ATF 135 I 143 consid. 1.3.1 ; 130 II 281 consid. 3.1). Or, le conjoint de la recourante ne disposait que d'une autorisation temporaire des autorités françaises liée à sa mission au CERN, par nature limitée dans le temps.

Le raisonnement du TAPI ne prête pas le flanc à la critique. Le titre français détenu par M. D_____ se rapproche de la carte de légitimation du droit suisse, soit de mécanismes s'inscrivant dans un complexe de privilèges, immunités et facilités octroyés en faveur du bénéficiaire institutionnel concerné et non pas à titre individuel, dans le but d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions dudit bénéficiaire institutionnel (art. 9 al. 1 OLEH), et dépendant, pour le titulaire

principal, de l'exercice effectif de la fonction officielle et étant accordés pour la durée de cette fonction (art. 9 al. 2 et 15 al. 1 OLEH), et pour les personnes autorisées à l'accompagner, prenant fin en même temps que ceux dont il bénéficie.

En application des art. 30 al. 1 let. g LEI et 43 al. 1 let. a et b de l'OASA, le conjoint ou le partenaire et les enfants (jusqu'à l'âge de 25 ans) du bénéficiaire de la carte de légitimation sont admis à travailler et peuvent bénéficier à ces fins d'un titre de séjour particulier, un permis « Ci » en échange de leur carte de légitimation (art. 22 al. 3 OLEH), mais uniquement pour la durée de la fonction ou de la mission.

Au-delà de l'âge de 25 ans pour les enfants, ou à la fin de la fonction et l'échéance de la carte de légitimation, l'octroi d'un titre est examiné sous l'angle de la LEI (art. 22 al. 1 let. d OLEH). Le séjour au bénéfice de la carte de légitimation étant d'emblée temporaire, la durée du séjour à ce titre n'est pas prise en compte pour l'examen d'un cas individuel d'extrême gravité au sens de l'art. 30 al. 1 let. b LEI. Une autorisation de séjour n'est délivrée que dans des circonstances absolument exceptionnelles (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5065/214 du 24 mars 2015 consid. 8.1 ; ATA/311/2019 du 26 mars 2019 consid. 9d).

L'étranger dans cette situation ne possède donc aucun droit à la délivrance de l'autorisation, sous réserve de l'applicabilité de l'art. 8 CEDH (ATA/311/2019 précité consid. 10), laquelle ne se pose pas en l'espèce. Il n'a ainsi à aucun moment bénéficié d'une autorisation reposant sur une autre autorisation durable.

Le fait que, comme le fait valoir la recourante, le permis français de son conjoint puisse être renouvelé ne suffit ainsi pas à lui conférer un caractère de droit durable au sens de l'art. 25 al. 1 LEI.

L'argument selon lequel, si elle vivait avec son conjoint en Suisse, la recourante pourrait bénéficier d'une autorisation de type « Ci », ne lui est d'aucun secours, cette dernière autorisation étant elle-même provisoire et ne se rattachant à aucun droit durable, et le litige portant par ailleurs sur l'octroi d'une autorisation pour frontalier.

L'argument ayant trait à la durée limitée de l'autorisation sollicitée est sans portée sur le caractère non durable du droit au séjour en France du conjoint de Mme B_____ et partant de cette dernière.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

4) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

Rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 7 septembre 2021 par l'association A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 juin 2021 ;

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

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 l'association 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 : M. Mascotto, président, Mme Krauskopf, M. Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
J. Poinsot	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.