RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2658/2021 JTAPI/969/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 21 septembre 2021

dans la cause

Madame A_____, représentée par Me David WILSON, avocat, avec élection de domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

EN FAIT

1. Madame A_____, ressortissante des Philippines née le _____ 1983, est domiciliée à _____, aux Bahamas.

   Elle est employée par la société B_____.

2. Par requête du 3 mai 2021, complétée le 5 mai 2021 et adressée à l'ambassade de Suisse à Manille, aux Philippines (ci-après: l'Ambassade), B_____ sollicité la délivrance d'un visa de courte durée en faveur de Mme A_____.

   Cette requête a été motivée par le fait que l'intéressée faisait partie depuis 2013 de l'équipe médicale qui s'occupait en permanence de Monsieur C_____, né le _____ 1926 et de son épouse, née le_____1936, ressortissants suisses résidents aux Bahamas qui avaient été transférés à Genève en mai 2021 suite à des problèmes de santé.

3. Le 12 mai 2021, l'Ambassade a délivré à Mme A_____ un visa valable dans l'espace Schengen durant nonante jour.

4. Mme A_____ est arrivée en Suisse le 14 mai 2021.

5. Le 26 juillet 2021, sous la plume de l'assistante de la famille C_____, Mme A_____ a sollicité la prolongation de son visa pour une durée de trois mois, invoquant la nécessité de pouvoir rester auprès de ses employeurs, les époux C_____, qui avaient besoin d'aide à domicile 24h/24h en raison de leurs problèmes de santé.

6. Par décision du 10 août 2021, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a refusé de prolonger le visa de Mme A_____.

   L'intéressée n'était pas empêchée de quitter la Suisse (force majeure ou raisons humanitaires) au sens des dispositions légales applicables. Par ailleurs, toute activité lucrative sur le territoire suisse devait faire l'objet d'une demande préalable.

7. Par acte du 13 août 2021, sous la plume de son conseil, Mme A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal), concluant principalement, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à la délivrance d'un visa de nonante jours. A titre préalable, elle a sollicité l'autorisation de rester en Suisse durant la présente procédure, ainsi que l'octroi d'un délai pour compléter son recours.

   L'état de santé des époux C_____ ne leur permettait pas, à l'heure actuelle, de se séparer d'elle. Il était ainsi extrêmement urgent que des mesures provisionnelles

soient ordonnées en vue de lui permettre de rester en Suisse jusqu'à la fin de la procédure de recours. En effet, son départ causerait un dommage difficile à réparer dans la mesure où les époux C_____ ne disposeraient plus de leur « équipe médicale » au complet. Elle était en outre inquiète pour l'état de santé de ses employeurs avec lesquels elle avait établi des liens étroits et souhaitait rester à leurs côtés. Son visa lui avait d'ailleurs été délivré à cette fin et, dans la mesure où l'état de santé de ses employeurs ne s'était pas amélioré, il aurait dû être prolongé.

Sur le fond, l'OCPM avait violé l'art. 33 al. 2 du Code des visas en ne retenant pas que les motifs allégués à l'appui de sa demande de prolongation consistaient en des « raisons personnelles impératives » au sens de cette disposition. De plus, l'autorité intimée avait violé le principe de proportionnalité en ne procédant pas à une pesée des intérêts en présence dans la motivation de sa décision de refus du 10 août 2021.

8. Par acte de recours complémentaire du 31 août 2021, la recourante a repris les faits et arguments déjà exposés dans son recours.

Pour le surplus, la décision entreprise violait les dispositions applicables en matière de visas ainsi que les principes généraux du droit administratif dans la mesure où la prolongation de visa était justifiée par l'état de santé critique des époux C_____ qui nécessitaient ses soins et sa présence de manière permanente.

Par ailleurs, selon le « Manuel des visas et compléments du SEM », la prolongation du séjour d'un proche à l'hôpital (durant deux semaines) ou la prolongation de négociations (d'une semaine) avaient été considérées comme des « raisons personnelles impératives » justifiant la prolongation d'un visa. Or, en l'espèce, l'OCPM avait omis d'analyser cette question, alors qu'il lui avait initialement délivré un visa pour lui permettre de rejoindre d'urgence ses employeurs à Genève, le temps de Mme C_____ se rétablisse de ses opérations du cœur. Le but de son séjour s'était cependant prolongé puisque cette dernière ne s'était toujours pas remise et qu'un retour aux Bahamas n'était pas encore possible. L'OCPM avait dès lors violé l'art. 33 al. 2 du Code des visas et excédé son pouvoir d'appréciation. Enfin, et comme déjà dit, l'autorité intimée avait omis de procéder à une pesée des intérêts en présence. Elle s'était ainsi contentée d'indiquer que l'existence d'une force majeure et de raisons humanitaires l'empêchant de quitter la Suisse n'avait pas été démontrée, sans tenir compte de l'état de santé critique de ses employeurs et de la nécessité urgente pour elle de pouvoir prolonger temporairement son séjour.

A l'appui de son recours, la recourante a produit un chargé de pièces dont un certificat médical de la clinique D_____, établi 26 août 2021 par le Dr. E_____, indiquant que « l'état de santé et de dépendance de M. C_____, 94 ans, et de son épouse, 85 ans, nécessite la présence permanente à leur domicile, de l'auxiliaire de santé – nommée Mme A_____, née le _____ 1983 – pour les assister dans les

activités de la vie quotidienne (toilette, habillage, repas, distribution de médicaments, contrôle tensionnel, etc…). Cette personne est familière de longue date avec les problèmes médicaux présentés par les époux C_____ et est capable d'exécuter avec compétences les directives médicales qui lui sont données ».

9. Dans ses observations du 24 août 2021, l'OCPM s'est opposé à l'octroi de mesures provisionnelles et, sur le fond, a conclu au rejet du recours.

Selon les déclarations de la recourante, sa demande de prolongation de visa d'une durée de nonante jours avait principalement été motivée par le fait que les soins médicaux prodigués aux époux C_____ n'étaient pas encore terminés et que ceux-ci avaient besoin de leur équipe médicale au complet. En cela, la recourante invoquait l'existence de raisons personnelles impératives au sens de l'art. 33 du Code des visas. Or, toute activité exercée sur le territoire suisse devait faire l'objet d'une demande de permis, ce qui n'avait pas été le cas. L'OCPM ne voyait ainsi pas en quoi une prolongation de visa permettrait de remédier à la situation de la recourante. Par ailleurs, la situation de la famille C_____, sous l'angle médical, n'apparaissait pas encore fixée, la possibilité même de leur retour aux Bahamas n'ayant au demeurant pas été évoquée. .

Pour le surplus, l'OCPM renvoyait aux termes de la décision contestée, estimant que les circonstances du cas d'espèce ne justifiaient pas de prolonger le visa de la recourante. Partant, il s'opposait à l'octroi de mesures provisionnelles qui auraient pour effet de faire droit aux conclusions de la recourante en lui permettant de demeurer en Suisse durant la procédure de recours alors qu'elle n'y était pas autorisée, étant démunie de toute autorisation. Enfin, dans la mesure où l'intéressée n'était pas personnellement empêchée de quitter le territoire et qu'elle était toujours liée contractuellement à son employeur B_____ sis au Bahamas, l'OCPM proposait le rejet du recours.

10. Par réplique du 1er septembre 2021, sur mesures provisionnelles, la recourante a fait valoir, sous la plume de son conseil, que le dépôt d'une demande de permis de travail de courte durée n'avait pas été possible au vu l'urgence de son transfert en Suisse et de l'état de santé de ses employeurs qui nécessitaient actuellement des traitements jour et nuit. Les démarches administratives nécessaires étaient toutefois en cours et une demande de permis de travail allait être déposée dans les meilleurs délais, même si les époux C_____ comptaient retourner aux Bahamas dès que leur état de santé le leur permettrait. Enfin, il était nécessaire qu'elle soit autorisée à rester en Suisse le temps que sa demande de permis de travail soit acceptée et l'argument de l'OCPM, selon lequel l'octroi de mesures provisionnelles ferait droit à ses conclusions, ne pouvait être suivi dans la mesure où la procédure de recours serait « brève », alors qu'elle avait sollicité une prolongation de visa de nonante jours.

11. Par courrier du 17 septembre 2021, sous la plume de son conseil, la recourante a indiqué au tribunal qu'elle ne souhaitait pas répliquer sur le fond.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de la population et des migrations relatives au statut d'étrangers dans le canton de Genève (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 1 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 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).

3. 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). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

   Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 515 p. 179).

4. 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/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

5. La présente cause est régie par la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20), 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).

S'appliquent également, en matière de visas, le règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (Code des visas) et le règlement (UE) n° 154/2012 du 15 février 2012, modifiant le règlement (CE) n° 810/2009.

6. Tout étranger entré légalement dans l'espace Schengen peut y séjourner sans exercer d'activité lucrative, pendant trois mois (90 jours) sur une période de six mois (180 jours) sans autorisation sauf si la durée fixée dans le visa (pour les personnes soumises à l'obligation du visa) est plus courte (art. 10 al. 1 LEI et 9 al. 1 OASA et art. 6 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

7. L'étranger qui prévoit un séjour avec activité lucrative ou un séjour de plus de trois mois sans activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation. Il doit la solliciter avant son entrée en Suisse auprès de l'autorité compétente du lieu de résidence envisagé (art. 10 al. 2 et art. 11 LEI). Est considérée comme activité lucrative toute activité salariée ou indépendante, qui procure normalement un gain, même si elle est exercée gratuitement (art 11 al. 2 LEI). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEI).

8. Les conditions d'octroi d'une autorisation de travail sont régies par les dispositions de la LEI et de ses ordonnances d'application, ainsi que, conformément à l'art. 89 OASA, par les directives émises par le SEM (Directives et circulaires, Séjour avec activité lucrative, état au 1er août 2021 ; ci-après : directives LEI), qui ne lient pas le juge, mais dont celui-ci peut tenir compte pour assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré, pourvu qu'elles respectent le sens et le but de la norme applicable (cf. not. ATA/1660/2019 du 12 novembre 2019; ATA/1094/2019 du 25 juin 2019).

9. Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou du passage du statut de travailleur salarié vers un statut de travailleur indépendant, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative (art. 40 al. 2 LEI).

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

   À Genève, la compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail OCIRT (cf. ATA/1660/2019 du 12 novembre 2019 consid. 3c et les références citées).

10. Les étrangers disposant d'un visa pour un séjour de trois mois au plus doivent demander la prolongation de leur visa quatorze jours avant son expiration auprès de l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers (art. 88 al. 1 OASA), lorsqu'ils ne peuvent pas quitter la Suisse dans les délais fixés par le visa ou lorsque le but de leur séjour a changé (art. 11 OASA).

    La durée de validité et/ou la durée de séjour prévue dans un visa délivré est prolongée si les autorités compétentes de l'Etat membre concerné considèrent que le titulaire du visa a démontré l'existence d'une force majeure ou de raisons humanitaires l'empêchant de quitter le territoire des Etats membres avant la fin de la durée de validité du visa ou de la durée du séjour qu'il autorise (art. 33 al. 1 1ère phr. du règlement (CE) n°810/2009.

    Par « force majeure », on entend, par exemple, une modification à la dernière minute, par la compagnie aérienne, d'un horaire de vol (en raison des conditions météorologiques ou d'une grève) et, par « raisons humanitaires », la maladie grave et soudaine de la personne concernée (impliquant qu'elle ne soit pas en mesure de voyager) ou la maladie grave et soudaine ou le décès d'un parent proche vivant dans un Etat membre (annexe de décision d'exécution de la Commission modifiant la décision C(2010) 1620 final en ce qui concerne le remplacement du Manuel relatif au traitement des demandes de visa et à la modification des visas délivrés (ci-après: Manuel des visas I), partie V. ch. I p. 134).

    La durée de validité et/ou la durée du séjour prévue dans un visa délivré peut être prolongée si son titulaire démontre l'existence de raisons personnelles graves justifiant la prolongation de la durée de validité ou de séjour (art. 33 al. 2 1ère phr. du code des visas ; Manuel des visas I, partie V. ch. I p. 134).

    Comme exemple de « raisons personnelles impératives » justifiant la prolongation d'un visa, le Manuel des visas (p. 135) cite le cas d'un ressortissant d'un Etat tiers qui se rend dans un Etat membre de la CE pour y chercher un membre de la famille ayant subi une opération. La veille de la date de départ prévue, le patient fait une rechute et n'est autorisé à quitter l'hôpital que deux semaines plus tard. Il cite également le cas d'un ressortissant d'un Etat tiers qui se rend dans un Etat membre de la CE pour négocier un contrat avec une compagnie de cet Etat et visiter plusieurs sites de production. Les négociations durent plus longtemps que prévu et il doit rester une semaine de plus. En revanche, ne constitue pas une raison personnelle impérative le fait, pour un ressortissant d'un Etat tiers qui s'est rendu dans un Etat membre pour prendre part à une réunion familiale et qui y rencontre un ancien ami, de vouloir prolonger son séjour de deux semaines.

11. En l'espèce, la recourante a demandé la prolongation de son visa de nonante jours afin de pouvoir continuer à prodiguer des soins à ses employeurs, dont l'état de santé actuel ne permet pas un retour aux Bahamas.

Ce motif médical, dans la mesure où il ne concerne pas la recourante elle-même, ni un membre de sa famille, ne constitue manifestement pas un cas de force majeure, une raison humanitaire ou une raison personnelle grave justifiant la prolongation de son visa. La recourante n'est en effet pas personnellement empêchée de quitter la Suisse et sa demande de prolongation de visa a uniquement pour but de lui permettre de poursuivre l'exercice d'une activité lucrative non autorisée en Suisse, ce qui n'est pas admissible.

Comme rappelé par l'autorité intimée dans la décision entreprise et dans ses observations du 24 août 2021, toute activité exercée sur le territoire suisse doit faire l'objet d'une demande de permis préalable, ce qui, en l'état du dossier, n'a pas été le cas.

12. Entièrement mal fondé, le recours sera donc rejeté, ce qui rend sans objet la demande de mesures provisionnelles formulée par la recourante.

13. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Vu cette issue, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA a contrario).

14. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent jugement sera communiqué au secrétariat d'État aux migrations.

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 13 août 2021 par Madame A_____ contre la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 10 août 2021 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge de la recourante un émolument de CHF 500.-, lequel est couvert par son avance de frais du même montant ;

4. dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Michèle PERNET

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière