

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3911/2018-PE

ATA/1398/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 17 septembre 2019

2^{eme} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Samir Djaziri, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
30 avril 2019 (JTAPI/409/2019)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, né le _____ 1982, est ressortissant de Macédoine, au bénéfice d'une carte de séjour française, valable jusqu'au 26 janvier 2023.
- 2) Il est associé-gérant président, avec signature individuelle, de B_____ Sàrl (ci-après : B_____), inscrite au registre du commerce genevois depuis le 29 mars 2010. Le 18 juin 2010, celle-ci a déposé une demande d'autorisation de travail en sa faveur, en indiquant qu'il était domicilié à Annemasse (France).
- 3) Par décision du 13 octobre 2010, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé la demande, au motif que l'ordre de priorité n'avait pas été respecté.
- 4) Par décision du 3 juin 2011, l'OCIRT a refusé, pour ce même motif, de faire droit à la demande d'autorisation de travail, permis frontalier, déposée en faveur de M. A_____ par B_____.
- 5) Selon l'attestation de domicile datée du 17 juin 2016, M. A_____ était domicilié au _____, rue C_____, à D_____, depuis janvier 2013.
- 6) Par décision du 23 novembre 2016, l'OCIRT a de nouveau refusé l'autorisation frontalière, avec activité lucrative indépendante, requise le 24 août 2016 par B_____, en faveur de M. A_____, la demande ne présentant pas un intérêt économique suffisant.
- 7) Le 10 avril 2018, M. A_____ a sollicité une autorisation de séjour à l'année, avec activité lucrative indépendante, pour travailler auprès de B_____. Selon cette demande, il était arrivé à Genève le 15 février 2018. Il était marié et seul son fils E_____, né le _____ 2014, venait habiter avec lui, à l'exception de ses deux autres enfants mineurs et de son épouse. Son adresse à l'étranger était celle indiquée dans l'attestation de domicile susmentionnée.
- 8) Par décision du 22 août 2018, l'OCIRT a rejeté la demande. Son admission en vue d'une activité lucrative ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse, et l'ordre de priorité n'avait pas été respecté.
- 9) Par décision du 8 octobre 2018, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : l'OCPM), se fondant sur la décision précitée de l'OCIRT, a informé M. A_____ que sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative ne pouvait être agréée. Il a prononcé son renvoi, en application de l'art. 64 al. 1 let. c de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), dénommée loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RO 2018 3171) depuis le

1^{er} janvier 2019, et lui a imparti un délai au 1^{er} décembre 2018 pour quitter la Suisse.

- 10) Par acte du 8 novembre 2018, M. A_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) concluant, principalement, à son annulation, préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours.

Il n'avait fait l'objet d'aucune procédure pénale, ni de poursuites, et il n'avait jamais émargé au budget de l'assistance sociale. L'OCPM avait violé son droit d'être entendu, dès lors qu'il n'avait pas pu se déterminer avant le prononcé de la décision attaquée. Par ailleurs, conformément à l'art. 64 al. 2 LEI, l'OCPM aurait dû, tout au plus, l'inviter à retourner immédiatement en France, sans décision formelle, étant précisé que sa demande de naturalisation française était en cours. Compte tenu de ces motifs, la décision attaquée devait être annulée. En outre, dans la mesure où elle menaçait gravement son intérêt privé et celui de E_____, scolarisé en première primaire à l'école F_____ depuis le 27 août 2018, l'effet suspensif devait être restitué au recours afin qu'ils soient autorisés à demeurer en Suisse, jusqu'à droit jugé sur le fond, aucun intérêt public prépondérant ne s'y opposant.

- 11) L'OCPM a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

L'intéressé ne disposait d'aucun droit à travailler en Suisse, tel que cela ressortait de la décision de l'OCIRT du 22 août 2018. En outre, il n'avait pas soumis de formulaire pour E_____ afin de l'inclure dans sa demande. Il ne pouvait invoquer un quelconque intérêt privé prépondérant pour rester en Suisse. Il disposait « a priori » d'un logement à C_____ et, à tout le moins, d'un titre de séjour français valide. Il pouvait ainsi se réinstaller aisément en France et maintenir, le cas échéant, la scolarisation de E_____ dans son école qui se trouvait proche de la frontière. Au demeurant, le dossier ne laissait pas clairement apparaître que l'intéressé pourrait obtenir gain de cause sur le fond. Enfin, considérant que E_____ était en pleine période scolaire, l'OCPM était prêt à reporter l'exécution du renvoi au 30 décembre 2018.

- 12) Par décision du 26 novembre 2018, le TAPI a rejeté la requête d'effet suspensif.

- 13) L'OCPM a encore relevé qu'en dépit de plusieurs décisions négatives rendues par l'OCIRT à son encontre, l'intéressé s'était installé en Suisse et y avait scolarisé son fils âgé de 4 ans, au mépris de la procédure en vigueur. Il n'avait par ailleurs pas indiqué où étaient domiciliés son épouse et leurs autres enfants. Il était dépourvu d'une autorisation de séjour et de travail en Suisse, et aucun élément du dossier n'indiquait qu'il existerait un motif justifiant la poursuite de son séjour en Suisse.

14) M. A_____ n'a pas exercé son droit à la réplique dans le délai prolongé à cet effet.

15) Interpellé par le TAPI quant au grief relatif à l'application de l'art. 64 al. 2 LEI, l'OCPM a exposé que cette disposition se distinguait de l'art. 64 al. 1 let. c LEI, dans la mesure où elle appréhendait les cas dans lesquels un étranger séjournait illégalement sur le territoire suisse, sans avoir sollicité de titre de séjour. Durant la procédure relative à l'octroi d'un titre de séjour, la présence de l'étranger était tolérée par l'autorité, de sorte qu'il ne se trouvait pas formellement en séjour « illégal » en Suisse. Ce régime de tolérance était d'ailleurs confirmé par les attestations et autorisations provisoires de travail délivrées pendant l'instruction des demandes, de même que par l'absence de poursuites pénales par le Ministère public pour séjour illégal, durant la période de traitement des demandes. L'art. 64 al. 1 let. c LEI ne s'appliquait qu'à l'issue de cette procédure et du séjour toléré, lors de la notification d'une décision de refus.

Cette distinction ressortait tant de la systématique de la loi que de sa lettre. Selon l'art. 26c de l'Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion des étrangers, OERE - RS 142.281), l'invitation devait être exécutée de manière informelle avec un délai d'un jour. Or, cette invitation ne correspondait pas au système mis en place dans le cadre d'une procédure aboutissant à un refus de délivrer un titre de séjour (art. 64 al. 1 let. c LEI). Dans cette hypothèse, l'art. 64d al. 1 LEI, prévoyait un « délai raisonnable » de sept à trente jours, les délais inférieurs à sept jours n'étant envisageables que dans des cas restrictifs (art. 64d al. 2 LEI). Partant, l'OCPM n'usait des art. 64 al. 2 LEI et 26c OERE que dans de rares cas où il constatait, d'entrée de cause, le séjour illégal en Suisse d'un étranger titulaire d'un titre de séjour UE/AELE, sans que celui-ci n'ait engagé de procédure visant l'obtention d'une autorisation de séjour, ce qui n'était pas le cas du recourant.

16) Le TAPI a transmis cette détermination à M. A_____.

17) Par jugement du 30 avril 2019, notifié le 6 mai 2019, le TAPI a rejeté le recours.

L'OCPM n'avait pas laissé à M. A_____ l'occasion de s'exprimer avant de rendre sa décision. Une éventuelle violation du droit d'être entendu avait toutefois été réparée devant le TAPI où l'intéressé avait pu faire valoir ses arguments.

Celui-ci n'était au bénéfice d'aucune autorisation de séjour. Le délai imparti par l'OCPM pour quitter la Suisse était adéquat et son renvoi possible, licite et raisonnablement exigible.

18) Par acte expédié le 5 juin 2019 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice, M. A_____ a recouru contre ce jugement, dont il a demandé

l'annulation. Il a conclu, principalement, à l'annulation de la décision de l'OCPM du 8 octobre 2018, subsidiairement au renvoi du dossier au TAPI et, plus subsidiairement, au renvoi du dossier à l'OCPM. Préalablement, il a requis l'effet suspensif.

Il a relevé que son fils était scolarisé en Suisse depuis le 27 août 2018 et qu'il avait déposé une demande de naturalisation en France. Son droit d'être entendu avait été violé par l'OCPM. Admettre que cette violation puisse être réparée devant le TAPI reviendrait à permettre à l'OCPM de ne plus entendre les intéressés avant de rendre une décision.

Étant au bénéfice d'une autorisation de séjour française, il aurait dû être invité à retourner en France, sans décision formelle. Par ailleurs, il aurait dû, préalablement à toute décision, être invité à quitter la Suisse.

- 19) L'OCPM a conclu au rejet du recours et de la requête préalable.
- 20) M. A_____ ayant renoncé à répliquer, les parties ont été informées, par courrier du 23 juillet 2019, que la cause était gardée à juger.

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) 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).
- 3) Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3).

La réparation du droit d'être entendu en instance de recours n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 du 5 juin 2018 consid. 2.1 ; ATA/820/2018 du 14 août 2018 et les arrêts cités ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 526 s.

n. 1554 s. ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, ch. 2.2.7.4 p. 322 et 2.3.3.1 p. 362). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception. Elle peut se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 précité consid. 2.1 ; ATA/714/2018 du 10 juillet 2018).

- 4) a. Tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (art. 11 al. 1 LEI). 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 et art. 83 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative - OASA - RS 142.201).
- b. La compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'OCIRT (art. 17A de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 et 35A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). Sa décision lie l'OCPM, qui peut néanmoins refuser l'autorisation si des considérations autres que celles qui ont trait à la situation de l'économie ou du marché du travail l'exigent (art. 6 al. 6 du règlement d'application de la loi fédérale sur les étrangers - RaLEtr - F 2 10.01).
- c. Selon l'art. 17 LEI, l'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (al. 1). L'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies (al. 2).
- d. En l'espèce, l'OCIRT a refusé l'octroi d'un permis de séjour avec activité lucrative. Le recours interjeté contre cette décision ayant été rejeté, l'OCPM était lié par celle-ci, de sorte qu'il a, à juste titre, refusé l'autorisation de séjour avec activité lucrative. Le recourant ne le conteste d'ailleurs plus.

La décision querellée est donc bien fondée en ce qu'elle rejette la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative.

- 5) Seules demeures litigieuses les questions de savoir si le recourant devait, à la suite du refus de l'autorisation de séjour, faire l'objet d'une invite informelle à quitter la Suisse et si la décision de l'OCPM viole le droit d'être entendu.
- a. Selon l'art. 6 par. 2 a Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relatif aux normes et procédures communes

applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après : la directive), les ressortissants d'un pays tiers qui disposent d'un titre de séjour valable dans un État Schengen, sont tenus en cas de séjour irrégulier de se rendre immédiatement dans le pays pour lequel ils bénéficient d'un titre de séjour. En cas de non-respect de cette obligation ou lorsque leur départ immédiat est requis pour des motifs relevant de l'ordre public ou de la sécurité nationale, les États membres doivent prendre une décision de retour (art. 6 par. 1 directive).

Selon l'Échange de notes du 30 janvier 2009 entre la Communauté européenne et la Suisse, celle-ci a repris la directive, qui est entrée en vigueur le 13 octobre 2010 (Développement de l'acquis Schengen - RS 0.362.380.042).

b. Aux termes de l'art. 64 al. 1 let. c LEI, les autorités compétentes rendent une décision de renvoi ordinaire à l'encontre d'un étranger auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé. Selon l'art. 64 al. 2 LEI, l'étranger qui séjourne illégalement en Suisse et qui dispose d'un titre de séjour valable délivré par un autre État lié par l'un des accords d'association à Schengen (État Schengen) est invité sans décision formelle à se rendre immédiatement dans cet État. S'il ne donne pas suite à cette invitation, une décision au sens de l'al. 1 est rendue. Si des motifs de sécurité et d'ordre publics, de sécurité intérieure ou extérieure justifient un départ immédiat, une décision est rendue sans invite préalable.

En d'autres termes, dès qu'une personne qui séjourne plus de trois mois en Suisse ou y exerce une activité lucrative a déposé une demande d'autorisation de séjour, elle tombe sous le coup de l'art. 64 al. 1 let. c LEI. La LEI permet toutefois de déroger au principe du renvoi formel, notamment lorsque l'étranger dispose d'un titre de séjour valable délivré par un autre État Schengen. La personne pourra être invitée par oral à quitter la Suisse. Si elle n'obtempère pas à cette invitation, une décision formelle de renvoi sera rendue (Danièle REVEY in Minh Son NGUYEN/Cesla AMARELLE, Code annoté de droit des migrations, Volume II, n. 11s ad art. 64 LEtr).

c. En l'espèce, il n'est pas contesté que le recourant n'a pas pu se déterminer avant que la décision querellée soit prise. Il n'est pas non plus contesté qu'il dispose d'un titre de séjour dans un État Schengen. Conformément à ce qui vient d'être exposé, l'autorité intimée était légitimée à prononcer son renvoi. Cela étant, elle avait le choix, alternativement, de procéder d'abord à une invite informelle et de réserver le prononcé d'une décision formelle dans l'hypothèse où le recourant n'y obtempérerait pas ou de rendre immédiatement une décision formelle, si elle estimait que des motifs de sécurité et d'ordre public le justifiaient.

Il entrerait ainsi dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée de décider laquelle des deux options elle entendait emprunter. Or, la chambre de

céans comme le TAPI ne dispose pas du même pouvoir d'appréciation que l'autorité intimée. Elle ne peut, en particulier, pas revoir l'opportunité des décisions (art. 62 al. 2 LPA). Dans ces conditions, la réparation de la violation du droit d'être entendu du recourant ne peut être réparée en procédure de recours.

Partant, le recours doit être admis en ce qui concerne le prononcé du renvoi de Suisse. La décision attaquée sera ainsi annulée dans cette mesure et le dossier renvoyé à l'OCPM afin qu'il statue à nouveau en respectant le droit d'être entendu du recourant.

- 6) Compte tenu de l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée au recourant (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 juin 2019 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 30 avril 2019 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule le jugement précité ainsi que la décision de l'office cantonal de la population et des migrations du 8 octobre 2018 en tant qu'elle prononce le renvoi de Suisse de Monsieur A_____ ;

la confirme pour le surplus ;

renvoie le dossier à l'office cantonal de la population et des migrations pour nouvelle décision dans le sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge de l'État de Genève (office cantonal de la population et des migrations) ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Samir Djaziri, avocat du recourant, 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 Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

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.