

## **GE\_GERICHTE ATA/218/2020 vom 25. Februar 2020**

GE Cour de justice, 2020-02-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_218\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_218_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/218/2020 du 25 février 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/218/2020 del 25 febbraio 2020

### **Regeste**

Résumé: Dans le cadre d'un recours contre une décision de refus d'autorisation de séjour à l'année, avec activité lucrative, le TAPI a interpellé l'employeur afin de savoir s'il était toujours disposé à engager la recourante conformément à sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative. La réponse de l'employeur n'est pas claire. Il semble croire que le TAPI est à l'origine de la décision de refus ou l'a confirmée et il n'est pas impossible que l'annonce de la volonté de l'employeur de mettre fin aux rapports de travail avec la recourante découle de sa mauvaise compréhension quant au sort de la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative. Il appartenait au TAPI d'interpeller à nouveau l'employeur afin de lever tout malentendu. Renvoi du dossier au TAPI pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Recours admis.

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

L'objet du litige consiste à déterminer si le TAPI était fondé à constater que le recours de Mme A\_\_\_\_\_ contre la décision de l'OCIRT du 28 novembre 2018 était devenu sans objet et rayer la cause du rôle. 3)

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). 4) a. Selon l'art. 60 al. 1 LPA, ont qualité pour recourir non seulement les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée (let. a), mais aussi toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. b).

b. La jurisprudence a précisé que les let. a et b de la disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/253/2013 du 23 avril 2013 consid. 2b et les références citées). L'exemple le plus évident concerne la partie à la procédure qui a obtenu le plein de ses conclusions au stade antérieur de la procédure, et n'est dès lors pas lésée par la décision ou le jugement de première instance (ATA/68/2012 du 31 janvier 2012 consid. 2).

c. L'intérêt à obtenir un jugement favorable doit être personnel, direct, immédiat et actuel (MGC 1984 I 1604 ss ; 1985 III 4373 ss ; ATA/1059/2015 du 6 octobre 2015 consid. 3a).

- 9/14 - A/4536/2018

L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 133 II 249 consid.

1.3.1). L'existence d'un intérêt digne de protection présuppose que la situation de fait ou de droit du recourant puisse être influencée par l'annulation ou la modification de la décision attaquée, ce qu'il lui appartient d'établir (ATF 120 Ib 431 consid. 1). 5) a. Le 1er janvier 2019 est entrée en vigueur une modification de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr), devenue la 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 la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_841/2019 du 11 octobre 2019 consid. 3 ; 2C\_737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 4.1), les demandes déposées avant le 1er janvier 2019 sont régies par l'ancien droit, étant précisé que la plupart des dispositions de la LEI sont demeurées identiques (ATA/53/2020 du 21 janvier 2020 consid. 3).

b. 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). En cas d'activité salariée, la demande d'autorisation est déposée par l'employeur (art. 11 al. 3 LEI).

Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou 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 et art. 83 OASA).

c. Dans le canton de Genève, le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : le département) est l'autorité compétente en matière de police des étrangers, compétence qu'il peut déléguer à l'OCPM (art. 1 al. 1 et art. 2 LaLEtr) sous réserve des compétences dévolues à l'OCIRT en matière de marchés de l'emploi. 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).

La décision préalable rendue par l'OCIRT 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

- 10/14 - A/4536/2018 d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 9 mars 2009 - RaLEtr - F 2 10.01). 6)

Le droit en vigueur repose sur le principe de la liberté du congé. Chaque partie a le droit de résilier, sans indication de motif, un contrat de travail conclu pour une durée indéterminée (art. 335 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220).

L'employeur qui résilie le contrat doit cependant respecter les règles énoncées aux art. 336 ss CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 ; ATF 132 III 115 consid. 2.1; ATF 131 III 535 consid. 4.1). Ainsi, après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement (art. 336c al. 1 let. c

CO). La période de protection contre le licenciement en temps inopportun pendant la maternité prend effet avec le début de la grossesse et se termine seize semaines après l'accouchement, le jour de l'accouchement n'étant pas pris en compte dans le calcul de la période de protection, de sorte que le décompte des seize semaines ne débute que le lendemain de celui-ci (Stéphanie PERRENOUD, La protection de la maternité, Étude de droit suisse, international et européen, 2015, p. 832 n. 39). 7)

En l'espèce, il ressort du dossier que, le 3 janvier 2019, le TAPI a informé l'employeur de la recourante que cette dernière avait recouru contre la décision de l'OCIRT du 28 novembre 2018 refusant de lui octroyer une autorisation de séjour avec activité lucrative. Il l'a invité à lui indiquer s'il était toujours disposé à engager l'intéressée conformément à sa demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative.

Le 9 janvier 2019, G\_\_\_\_\_ a répondu au TAPI.

Après avoir accusé réception du courrier du TAPI du 3 janvier 2019, G\_\_\_\_\_ a écrit au TAPI « avoir pris note de votre refus de lui octroyer une autorisation de séjour avec activité lucrative ». Cette phrase est à tout le moins ambiguë et suggère qu'G\_\_\_\_\_ n'a pas compris correctement le courrier du TAPI.

En effet, ladite phrase laisse penser que l'employeur, qui n'est pas représenté, a cru que le TAPI avait refusé ou confirmé le refus d'octroyer à la recourante une autorisation de séjour avec activité lucrative. Dans ce même courrier, l'employeur confond également les offices concernés, pensant que le refus vient de « l'Office Cantonal de la Population » alors que c'est l'OCIRT qui a pris la décision. Ces méprises peuvent s'expliquer par le fait que la décision de l'OCIRT du 28 novembre 2018 a été adressée uniquement au conseil de la recourante, alors même que c'est G\_\_\_\_\_ qui a déposé la demande (art. 11 al. 3 LEI).

- 11/14 - A/4536/2018

Il est dès lors possible que l'annonce de la volonté de l'employeur de mettre fin aux rapports de travail avec la recourante découle de sa mauvaise compréhension quant au sort de la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative.

Le courrier de l'employeur du 23 janvier 2019 adressé au TAPI confirme cette mauvaise compréhension. L'employeur pense, à nouveau, que le TAPI a refusé la demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative pour sa collaboratrice. D'ailleurs, il demande au TAPI de bien vouloir lui confirmer le maintien de son refus d'octroyer une autorisation de séjour avec activité lucrative pour la recourante compte tenu de la grossesse de son employée.

Au vu de ces deux courriers, le TAPI devait interpellier à nouveau l'employeur afin de lever tout malentendu, ce qu'il n'a pas fait.

En outre et par-devant la chambre de céans, la recourante a produit un document bancaire attestant du paiement de son salaire par son employeur pour le mois d'avril 2019, ainsi que son décompte salaire pour le mois de mai 2019. Même si ces salaires peuvent avoir été versés par l'employeur compte tenu du fait que la recourante se trouvait en période de protection conformément à l'art. 336c al. 1 let. c CO, il n'est pas exclu que les rapports de travail aient perduré après la période de protection, le dossier ne contenant aucune pièce qui démontrerait que les rapports de travail entre la recourante et son employeur ont été en définitive résiliés.

Le fait que l'OCPM a, par décision du 4 avril 2019, rendu une décision de renvoi de la recourante ainsi que des enfants n'est en soi pas pertinent dans la mesure où la décision préalable rendue par l'OCIRT lie l'OCPM (art. 6 al. 6 RaLEtr), ce d'autant plus qu'une procédure de recours contre la décision de l'OCPM est pendante (cause A/1761/2019) et que les éléments ayant fondé cette décision sont contestés et/ou discutés par la recourante, tels que son intégration, celle de ses enfants, le respect de l'ordre juridique suisse, les arrangements de paiement s'agissant des dettes ou encore la possibilité d'obtenir une carte de légitimation du département fédéral des affaires étrangères compte tenu de l'emploi de son mari, ainsi que la possibilité d'obtenir une autorisation de séjour en vertu de l'opération « Papyrus ».

Vu qu'il n'est pas possible pour la chambre administrative d'instruire le point de savoir si G\_\_\_\_\_ avait bien saisi la portée du courrier du TAPI du 3 janvier 2019 sans priver la recourante du double degré de juridiction au sujet de la problématique du refus d'autorisation de séjour avec activité lucrative, le jugement du TAPI sera annulé et la cause lui sera renvoyée.

- 12/14 - A/4536/2018 8)

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis. Le jugement attaqué sera annulé et la cause sera renvoyée au TAPI pour instruction complémentaire et nouvelle décision. 9)

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée la recourante qui y a conclu, a pris un mandataire et obtient gain de cause (art. 87 al. 2 LPA). L'indemnité de procédure sera mise à la charge de l'État de Genève (OCIRT).

\* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.