

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 483/2021

Arrêt du 14 décembre 2021

Ile Cour de droit public

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux, Seiler, Président,  
Aubry Girardin, Donzallaz, Beusch, Hartmann.  
Greffier : M. de Chambrier.

Participants à la procédure

A. \_\_\_\_\_,  
représentée par Centre social protestant, Mme Sibel CAN-UZUN, juriste,  
recourante,

contre

Office cantonal de la population et des migrations du canton de Genève, route de Chancy 88, 1213  
Onex,  
intimé.

Objet

Demande d'autorisation de séjour en qualité de victime potentielle de traite d'être humains,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre  
administrative, 2ème section, du 4 mai 2021  
(ATA/471/2021).

Faits :

A.

A. \_\_\_\_\_, née le 21 septembre 1997, ressortissante de Mongolie, est arrivée à Genève en février  
2016 pour y rejoindre sa tante, après avoir transité par l'Italie au bénéfice d'un visa délivré par ce  
pays.

Entre les mois d'avril et juin 2016, l'intéressée a travaillé à Genève en qualité de femme de ménage  
pour le compte de deux employeurs. À compter du mois de juillet 2016, et ce jusqu'à mi-septembre  
2017, elle a été engagée par B. \_\_\_\_\_ (ci-après, également: l'employeur), né en 1954, pour  
travailler dans le restaurant que celui-ci exploitait à Berne. Elle logeait dans le bâtiment de  
l'établissement.

B.

B.a. Le 14 septembre 2017, A. \_\_\_\_\_ a déposé auprès de la police bernoise une plainte pénale à  
l'encontre de son employeur pour viols et contraintes sexuelles, commis entre décembre 2016 et mai  
2017. Le Ministère public bernois a ouvert une procédure pénale contre ce dernier, le 2 octobre 2017,  
qui a été étendue par la suite à l'infraction d'emploi d'étrangers sans autorisation.

Le 22 novembre 2017, l'intéressée a déposé, auprès de l'Office cantonal de la population et des  
migrations de la République et canton de Genève (ci-après : l'Office cantonal) une demande  
d'autorisation de séjour en qualité de victime potentielle de traite d'êtres humains pour la durée de la  
procédure pénale ouverte à Berne. A l'appui de sa demande, elle avait expliqué qu'elle avait besoin  
d'argent pour poursuivre ses études en Mongolie et qu'après avoir vu une annonce sur "Facebook",  
elle s'était rendue à Berne et avait accepté l'emploi proposé par B. \_\_\_\_\_. Elle a ajouté que celui-  
ci l'avait alors fait travailler onze heures par jour, pendant six, voire sept jours par semaine, pour un  
salaire mensuel de 1'300 fr. Elle logeait dans une chambre mise à disposition par son employeur, au-  
dessus du restaurant, dont il avait conservé un double des clés. Elle a également précisé que, fin  
octobre 2016, à la suite du départ d'une autre employée logée à la même enseigne, B. \_\_\_\_\_ avait

commencé à abuser d'elle, d'abord par des attouchements, puis par des viols dès le mois de décembre 2016, commis dans sa chambre après la fermeture du restaurant, à raison de trois ou quatre fois par mois, jusqu'à ce qu'elle tombe enceinte en mai 2017.

Après son avortement, B. \_\_\_\_\_ avait cessé ses agissements. Toujours selon ses déclarations, à la fin de l'été 2017, sa tante avait remarqué qu'elle n'allait pas bien et l'avait convaincue de porter plainte contre son employeur. Elle n'avait rien osé faire plus tôt, B. \_\_\_\_\_ lui ayant dit qu'elle irait en prison si elle le dénonçait à la police.

Le 11 juillet 2018, le Ministère public du canton de Berne a classé la procédure pénale ouverte contre B. \_\_\_\_\_ des chefs de viol et de contrainte sexuelle commis à l'encontre de l'intéressée, faute d'éléments à charge suffisants. Selon le Ministère public, l'existence d'une contrainte ne pouvait être retenue en raison des déclarations divergentes des parties, aucun des témoins entendus n'ayant au surplus assisté aux événements. Les déclarations desdites personnes permettaient toutefois de clarifier le contexte, les employés de B. \_\_\_\_\_ ayant relevé le caractère harmonieux et familial de la relation entretenue par ce dernier et l'intéressée, ce qui concordait avec les photographies extraites du téléphone portable du prévenu. Le fait que l'intéressée n'avait déposé plainte pénale à l'encontre de celui-ci qu'après son refus de l'indemniser et qu'elle avait continué à travailler pour son employeur malgré les agressions régulières alléguées et les souffrances qu'elle avait décrites tendait également à douter de la véracité de ses allégations.

Indiquant avoir suivi les conseils de son avocat, l'intéressée n'a pas recouru contre cette ordonnance de classement, qui est entrée en force.

Par ordonnance pénale du 26 juillet 2018, le Ministère public du canton de Berne a reconnu l'intéressée coupable de séjour illégal et d'exercice d'une activité lucrative sans autorisation et l'a condamnée à une peine pécuniaire de cent vingt jours-amendes à 10 fr. le jour, avec sursis durant deux ans.

B.b. Le 31 juillet 2018, l'intéressée a sollicité de l'Office cantonal une régularisation de sa situation pour des raisons humanitaires, subsidiairement son admission provisoire en lien avec les événements vécus à Berne, qui nécessitaient selon elle un suivi psychologique. Dans le cadre de la procédure, elle a déposé un rapport de suivi ambulatoire du 23 août 2018 de l'unité interdisciplinaire de médecine et de prévention des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après: HUG) et une attestation du centre genevois de consultation pour victimes d'infractions (LAVI) du 18 octobre 2018, indiquant qu'elle y avait été reçue dès le 17 octobre 2017, ainsi qu'un extrait de compte bancaire au nom de sa mère.

Par décision du 4 juin 2019, l'Office cantonal, après diverses mesures d'instruction et après avoir donné l'occasion à l'intéressée de se prononcer, a refusé de lui octroyer un titre de séjour, a prononcé son renvoi de Suisse et lui a imparti un délai pour quitter le territoire, estimant que le statut de victime de traite d'êtres humains n'avait pas été établi.

Le 2 décembre 2019, le Tribunal administratif de première instance de la République et canton de Genève a rejeté le recours formé par l'intéressée contre cette décision.

Par arrêt du 4 mai 2021, la Chambre administrative de la Cour de justice a rejeté le recours interjeté par l'intéressée contre le jugement précité du 2 décembre 2019.

### C.

Dans un acte intitulé "recours ordinaire simultané (Recours en matière de droit public et recours constitutionnel subsidiaire) ", A. \_\_\_\_\_ demande en substance au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt précité du 4 mai 2021 et de constater qu'elle a la qualité de victime de traite des êtres humains au sens de l'art. 4 de la Convention du 16 mai 2005 du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (CTEH; RS 0.311.543) et que l'art. 14 al. 1 let. b de cette convention lui confère un droit direct à un titre de séjour. Elle requiert aussi le renvoi de la cause à l'Office cantonal pour nouvelle décision. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de l'arrêt querellé, au constat qu'elle a la qualité de victime au sens des art. 4 CTEH et 4 CEDH et que son renvoi engendrerait une violation de l'art. 4 CEDH, ainsi qu'au renvoi du dossier à l'Office cantonal pour nouvelle décision. La recourante demande également l'effet suspensif et l'assistance judiciaire limitée aux frais.

L'effet suspensif a été octroyé par ordonnance présidentielle du 18 juin 2021 s'agissant de l'obligation de départ de Suisse.

La Cour de justice renonce à formuler des observations et persiste dans les considérants et le dispositif de son arrêt. L'Office cantonal fait de même et conclut au rejet du recours. Le Secrétariat d'Etat aux migrations ne s'est pas prononcé.

Considérant en droit :

## 1.

1.1. D'après l'art. 83 let. c ch. 2 LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit. Selon la jurisprudence, il suffit toutefois, sous l'angle de la recevabilité, qu'il existe un droit potentiel à l'autorisation, étayé par une motivation soutenable, pour que cette clause d'exclusion ne s'applique pas et que la voie du recours en matière de droit public soit ouverte (ATF 139 I 330 consid. 1.1 et les références; arrêt 2C 373/2017 du 14 février 2019 consid. 1.2 non publié aux ATF 145 I 308).

En l'occurrence, la recourante se prévaut en premier lieu de l'art. 14 al. 1 let. a CTEH (octroi d'un titre de séjour en raison de la situation personnelle de l'étranger). Dans un arrêt récent, publié aux ATF 145 I 308, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser qu'un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour découlait de l'art. 14 al. 1 let. b CTEH (octroi d'un titre de séjour en raison de la coopération avec les autorités), qui possède un caractère "self-executing" (consid. 3.4). La question de savoir si l'art. 14 al. 1 let. a CTEH confère le même droit n'a pas encore été tranchée. La question relève ainsi à la fois de la recevabilité et du fond, de sorte qu'il se justifie de la traiter avec ce dernier si un droit paraît plausible (théorie des critères de double pertinence; cf. arrêt 6B 422/2021 du 1er septembre 2021 consid. 1.4.8 destiné à la publication). En l'occurrence, la recourante soutient dans une argumentation défendable qu'un tel droit découlerait de cette disposition et que le statut de victime de traite des êtres humains au sens de la CTEH devrait lui être reconnue. Par ailleurs, elle ne s'est à juste titre pas prévalu de l'art. 30 al. 1 let. e de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20), lequel ne confère en revanche aucun droit (cf. ATF 145 I 308 consid. 3.3). La voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte.

S'agissant de l'éventuel droit de la recourante à séjourner en Suisse sur la base de l'art. 14 al. 1 let. a CTEH, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable (art. 113 a contrario LTF).

1.2. Le recours en matière de droit public est par contre irrecevable à l'encontre de la décision de renvoi (art. 83 let. c ch. 4 LTF). Celle-ci peut être contestée par le biais du recours constitutionnel subsidiaire. Le recours doit alors respecter un devoir de motivation accru (art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l'art. 117 LTF; ATF 137 II 305 consid. 3.3; arrêt 2C 221/2021 du 11 juin 2021 consid. 1.3).

1.3. Le recours en matière de droit public se caractérise comme un recours en réforme (art. 107 al. 2 LTF) de sorte que la partie recourante doit, sous peine d'irrecevabilité, prendre des conclusions sur le fond (cf. ATF 134 III 379 consid. 1.3). En outre, selon un principe général de procédure, les conclusions en constatation de droit ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues. Sauf situations particulières, les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (cf. ATF 141 II 113 consid. 1.7 et les références). Les conclusions doivent cependant être interprétées à la lumière de la motivation (ATF 137 II 313 consid. 1.3).

En l'occurrence, la recourante formule des conclusions en constatation, ainsi qu'une conclusion en renvoi de la cause à l'autorité de première instance, sans retenir de conclusion formatrice, alors que cela était possible. Il ressort toutefois clairement des motifs du recours que l'intéressée demande, à tout le moins implicitement, l'octroi d'une autorisation de séjour, si bien qu'il faut admettre que le recours est également recevable sur ce point.

1.4. Au surplus, les autres conditions de recevabilité sont réunies (cf. art. 42, 82 let. a, 86 al. 1 let. d et al. 2, 89 al. 1, 90 et 100 al. 1 LTF), si bien qu'il convient d'entrer en matière.

## 2.

D'après l'art. 106 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Il examine en principe librement l'application du droit fédéral de même que celle du droit international (cf. art. 95 let. a et b LTF en lien avec l'art. 106 al. 1 LTF). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF et en dérogation à l'art. 106 al. 1 LTF, le Tribunal fédéral ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux que si un tel moyen a été invoqué et motivé par le recourant, à savoir exposé de manière claire et détaillée (ATF 141 I 36 consid. 1.3; arrêt 2C 854/2016 du 31 juillet 2018 consid. 2.1, non publié aux ATF 144 II 376).

## 3.

Le litige porte sur la reconnaissance du statut de victime de traite des êtres humains au sens de la CTEH, ainsi que sur l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur cette convention.

## 4.

Il convient tout d'abord d'examiner si, comme le prétend la recourante, un droit à une autorisation de

séjour découle de l'art. 14 al. 1 let. a CTEH.

4.1. L'interprétation de la CTEH doit s'effectuer conformément aux règles de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111; ci-après: CV; cf. ATF 145 I 308 consid. 3.4 et références; arrêt 9C 30/2020 du 14 juin 2021 consid. 3.3 destiné à la publication et références), soit selon les art. 31 ss CV qui codifient en substance le droit coutumier international (ATF 147 II 13 consid. 3.3; 125 II 417 consid. 4d; 122 II 234 consid. 4c). Selon ces préceptes, un traité doit être interprété de bonne foi, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (art. 31 § 1 CV). Le sens ordinaire des termes constitue le point de départ de l'interprétation, même si la Convention n'impose pas un ordre hiérarchique dans les critères d'interprétation. Le principe de la bonne foi implique notamment de la loyauté de la part de l'Etat contractant dans l'exécution de ses engagements (cf. aussi art. 26 CV). Un Etat contractant doit proscrire tout comportement ou toute interprétation qui aboutirait à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but (cf. ATF 145 I 308 consid. 3.4; 144 II 130 consid. 8.2.1; 143 II 202 consid. 6.3.1; 141 III 495 consid. 3.5.1).

4.2. Seule peut être invoquée par les particuliers devant les tribunaux la violation de dispositions directement applicables ("self-executing") contenues dans les traités internationaux. Selon la jurisprudence, une disposition de droit international est directement applicable si son contenu est suffisamment déterminé et clair pour constituer, dans chaque cas particulier, le fondement d'une décision. La règle doit par conséquent se prêter au contrôle judiciaire; elle doit délimiter les droits et obligations de l'individu et son destinataire doit être l'autorité d'application (cf. ATF 145 I 308 consid. 3.4.1; 142 II 161 consid. 4.5.1 et références).

4.3. L'art. 14 al. 1 CTEH prévoit que chaque Partie délivre un permis de séjour renouvelable aux victimes, soit dans l'une des deux hypothèses suivantes, soit dans les deux:

- a) l'autorité compétente estime que leur séjour s'avère nécessaire en raison de leur situation personnelle;
- b) l'autorité compétente estime que leur séjour s'avère nécessaire en raison de leur coopération avec les autorités compétentes aux fins d'une enquête ou d'une procédure pénale.

Les deux cas de figure prévus par cette disposition vont de pair. Ils visent tous deux à répondre aux besoins des victimes et aux nécessités de la lutte contre la traite des êtres humains. A cet égard, l'octroi d'une autorisation selon l'art. 14 al. 1 let. a CTEH permet également d'encourager les victimes à coopérer en renforçant la confiance qu'elles peuvent mettre dans les autorités (cf. Série des traités du Conseil de l'Europe, n° 197, Rapport explicatif de la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains [ci-après: rapport explicatif CETH], 2005, § 180 s.; ATF 145 I 308 consid. 3.4.2).

Comme déjà mentionné (cf. supra consid. 1.1), le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que l'art. 14 al. 1 let. b CTEH était d'application directe et conférait un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour (cf. ATF 145 I 308 consid. 3.4). Il n'y a pas lieu d'arriver à une autre conclusion pour ce qui concerne la let. a de cette disposition (dans ce sens, cf. NULA FREI, Menschenhandel und Asyl, 2018, p. 209 s. et 475). En effet, celle-ci est claire, sans ambiguïté et formulée de façon non potestative: si l'autorité compétente estime que la situation personnelle de la victime l'exige, elle doit accorder une autorisation de séjour. Par ailleurs, l'art. 14 al. 1 let. a CTEH ne se réfère pas à une transposition en droit national. Au surplus, cette interprétation s'impose également sous l'angle de l'art. 4 CEDH, qui est aussi d'application directe (self-executing; ATF 145 I 308 consid. 3.4.3). A cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) a eu l'occasion de préciser que la traite des êtres humains, au sens de l'art. 4 let. a CETH, relevait de la portée de l'art. 4 CEDH (arrêt Rantsev c. Chypre et Russie, requête n° 25965/04 du 7 janvier 2010, § 282) et que les obligations positives qui pèsent sur les

Etats membres en vertu de cette disposition devaient s'interpréter à la lumière de la CTEH (arrêt S.M. c. Croatie, requête n° 60561/14 du 25 juin 2020, § 295 et référence). La CourEDH ne s'est pas encore penchée sur la question de l'octroi d'une autorisation de séjour en tant qu'aspect de la protection visée par l'art. 4 CEDH. Il faut toutefois garder à l'esprit que les dispositions de la CEDH sont destinées à remplir leur objectifs de protection non seulement en théorie, mais aussi en pratique (cf. arrêt Rantsev c. Chypre et Russie, requête n° 25965/04 du 7 janvier 2010, § 273 ss; rappelé dans l'arrêt S.M. c. Croatie, requête n° 60561/14 du 25 juin 2020, § 287; ATF 145 I 308 consid. 3.4.3). Dans ce contexte, il s'impose donc également d'interpréter l'art. 14 al. 1 let. a CTEH à la lumière de l'art. 4 CEDH, de telle sorte que l'autorité compétente doive accorder une autorisation de séjour si elle estime que la situation personnelle de la victime de traite des êtres humains l'impose. Lorsque tel est le cas, l'art. 4 al. 1 let. a CTEH confère donc un droit à la délivrance d'une autorisation de séjour. Le fait que la disposition laisse une marge de manoeuvre à l'autorité dans l'évaluation de la

situation personnelle n'est pas incompatible avec un droit de séjour (cf. par ex. art. 50 al. 1 let. b LEI).

5.

La recourante requiert une autorisation de séjour fondée sur l'art. 14 al. 1 let. a CETH. Elle ne se prévaut à raison pas de l'art. 14 al. 1 let. b CETH, la procédure pénale dirigée contre l'employeur, qui n'a pas été étendue à l'infraction de traite d'êtres humains, ayant été classée par une décision entrée en force.

6.

La recourante se plaint d'une appréciation arbitraire des faits.

6.1. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF (ATF 142 I 155 consid. 4.4.3). La partie recourante ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitrairement, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; ATF 142 II 355 consid. 6). Conformément à l'art. 106 al. 2 LTF en lien avec l'arbitraire, la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur des critiques de type appellatoire portant sur l'état de fait ou sur l'appréciation des preuves (ATF 141 IV 369 consid. 6.3). Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut en principe être présenté devant le Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF).

6.2. La recourante reproche à l'autorité précédente d'avoir arbitrairement considéré que le montant de son salaire mensuel de 1'300 fr. n'avait pas été établi. Elle estime l'avoir démontré en produisant les versements effectués en faveur de sa mère. Certes, ceux-ci révélaient certains mois une somme plus importante, mais il s'agissait, selon elle, de versements effectués pour deux mois. Elle souligne que si l'on divise les montants versés par les mois concernés, le revenu moyen est de 1'300 fr. La recourante précise avoir déclaré ce salaire tout au long de la procédure et ajoute que celui-ci correspond au revenu mentionné par son employeur et au salaire retenu dans l'ordonnance pénale.

6.3. La Cour de justice a relevé que les extraits de compte bancaire de la mère de la recourante indiquaient des montants parfois supérieurs à 1'300 fr., que le salaire des six à sept premiers mois avait été remis en espèces à la tante de la recourante, pour un montant qui n'avait pas pu être clairement établi et qu'il ne pouvait être exclu qu'une partie du salaire ait été remis en espèces à l'intéressée. Elle relève en outre que la recourante était aussi nourrie et logée par son employeur.

6.4. En l'occurrence, il découle de l'arrêt attaqué que, pour la période comprise entre janvier et septembre 2017, l'employeur de la recourante a versé sur le compte de la mère de celle-ci un salaire moyen d'environ 1'300 fr. (sept versements sur neuf mois, soit un montant total de 12'001 fr., de janvier à septembre 2017). L'employeur lui-même a déclaré que le salaire de la recourante était de 1'300 fr. dans le cadre de la procédure pénale. L'arrêt attaqué ne révèle pas d'éléments qui permettraient de retenir qu'un revenu plus élevé en espèces aurait été versé à la recourante. Sur le vu de ces éléments, l'autorité précédente ne pouvait pas sans arbitraire s'écarter, pour ce qui concerne le revenu en espèces, du montant de 1'300 fr., au seul motif que la recourante avait été rémunérée de main à main les sept premiers mois. En revanche, la Cour de justice souligne à juste titre que le revenu comprenait également une part de rémunération en nature, soit le gîte et le couvert.

7.

La recourante reproche à l'autorité précédente de ne pas lui avoir reconnu la qualité de victime de traite des êtres humains au sens de la CTEH.

7.1.

7.1.1. La traite des êtres humains est définie à l'art. 4 let. a CTEH, lequel prévoit que l'expression "traite des êtres humains" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la

prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes. Cette définition correspond à celle de l'art. 3 let. a du Protocole additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (ci-après: le Protocole de Palerme; RS 0.311.542; cf. rapport explicatif CETH § 72).

La traite des êtres humains se compose de trois éléments constitutifs : 1) un acte (ce qui est fait) : "le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes"; 2) un moyen (comment l'acte est commis) : "la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre"; 3) un objectif d'exploitation (pourquoi l'acte est commis) : "l'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes" (cf. rapport explicatif CETH § 74; également pour le Protocole de Palerme, Combattre la traite des personnes : Guide à l'usage des parlementaires, mars 2009, n° 16 - 2009, p. 13 s., établi par l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime [ONUDC]). Pour qu'il y ait traite des êtres humains, il faut en principe la réunion d'éléments appartenant aux trois catégories reprises ci-dessus (action - moyen - but) (rapport explicatif CETH § 75 s., qui mentionne une exception, non réalisée en l'espèce, pour les enfants).

7.1.2. La CETH ne définit pas la notion de "travail forcé". La CourEDH estime que la définition du travail forcé figurant à l'art. 2 de la Convention n° 29 de l'Organisation Internationale concernant le travail forcé ou obligatoire (Convention OIT n° 29; RS 0.822.713.9) doit servir de point de départ pour l'interprétation de l'art. 4 CEDH (arrêt CourEDH S.M. c. Croatie, Requête n° 60561/14 du 25 juin 2020, § 281). Il peut en aller de même pour l'interprétation de la notion de travail forcé figurant à l'art. 4 al. 1 let. a CETH. Selon l'art. 2 al. 1 Convention OIT n° 29, le terme "travail forcé ou obligatoire" désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré. Concernant la notion de peine, la CourEDH a retenu qu'elle pouvait aller jusqu'à la violence ou la contrainte physique, mais qu'elle pouvait également revêtir une forme plus subtile, d'ordre psychologique, telle que la dénonciation de travailleurs en situation illégale à la police ou aux services d'immigration (arrêt CourEDH S.M. c. Croatie, Requête n° 60561/14 du 25 juin 2020, § 284 et référence).

7.1.3. La personne étrangère qui se prétend victime de traite des êtres humains est soumise à un devoir de coopération accru (cf. art. 90 LEI). Elle doit rendre vraisemblable, par des moyens appropriés, son statut de victime (cf. ATF 142 I 152 consid. 6.2; arrêts 2C 361/2018 du 21 janvier 2019 consid. 4.3; 2C 737/2019 du 27 septembre 2019 consid. 6.3.2; jurisprudence en lien avec les violences conjugales sous l'angle de l'art. 50 al. 1 let. b et al. 2 LEI). Celle-ci est soumise à un devoir de coopération accru et doit étayer ses allégués par des preuves, qui peuvent être apportées de différentes manières et à la faveur d'un faisceau d'indices convergents (ATF 142 I 152 consid. 6.2).

7.2. La recourante fait valoir que les trois éléments constitutifs de la traite d'êtres humains sont remplis dans son cas. Elle a été recrutée et hébergée par son employeur (condition 1). Celui-ci aurait profité de son statut précaire en Suisse sur le plan administratif, de son isolement et de son besoin d'argent. Il l'aurait violée à plusieurs reprises et l'aurait intimidée et menacée, en lui indiquant notamment qu'elle risquerait d'être renvoyée en Mongolie si elle allait voir la police (condition 2). L'employeur aurait accompli ces actes dans le but d'exploiter sa force de travail, la faisant travailler plus de onze heures par jour, six jours sur sept, pour un salaire de 1'300 fr., sans payer de cotisations sociales. Il l'aurait également utilisée comme objet sexuel pour son propre compte (condition 3).

7.3. La Cour de justice relève que la procédure pénale a été classée pour ce qui concerne les infractions de viol et de contrainte sexuelle dirigée contre l'employeur de la recourante, faute d'éléments permettant de retenir un acte de contrainte, et que la procédure n'a pas été étendue aux infractions de traite d'êtres humains (art. 182 CP), d'usure (art. 157 CP) ou de séquestration (art. 183 CP). Elle souligne que cette ordonnance de classement n'a pas fait l'objet d'un recours. En outre, elle relève des contradictions dans les déclarations de la recourante concernant les conditions de son enfermement. Elle constate que celle-ci était restée en possession de son passeport et que rien n'indiquait qu'elle aurait alors perdu toute liberté de mouvement ou accès aux moyens de télécommunication. L'autorité précédente mentionne également que "le fait que son employeur lui ait

indiqué qu'elle ne trouverait pas d'autre travail ni de logement en raison de son statut administratif, voire qu'elle irait en prison pour cette même raison, élément qui ne ressort en outre pas de la procédure pénale, ne permet pas non plus de conclure à l'existence de pressions dépassant celles connues par la plupart des étrangers en situation irrégulière." Comme déjà mentionné, la Cour de justice remet également en question le salaire de 1'300 fr. annoncé par la recourante. Elle se réfère aussi à des photos représentant l'intéressée souriante avec son employeur. L'autorité précédente relève par ailleurs les circonstances dans lesquelles la plainte pénale a été déposée à l'encontre de l'employeur, à savoir après son refus de verser à la recourante et à sa tante un montant de 13'000 fr. Selon elle, les documents déposés par la recourante pour attester sa qualité de victime, en particulier l'attestation du centre LAVI, qui indique que les propos de la recourante sont restés cohérents, crédibles et constants, doivent être relativisés, car ils reposent uniquement sur les déclarations de l'intéressée. La Cour de justice déduit de ces éléments que la recourante n'a pas établi, au stade de la vraisemblance prépondérante, les faits constitutifs d'une traite des êtres humains dont elle aurait été victime à Berne.

7.4. En l'espèce, le premier élément constitutif de la traite des êtres humains est à l'évidence rempli, la recourante ayant été recrutée sur internet par l'employeur. En revanche, les faits, tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué, ne permettent pas d'arriver à la conviction que le deuxième critère, lié au moyen (cf. supra consid. 7.1.1), le serait également. En effet, les abus sexuels ne sont pas démontrés. Un doute important subsiste quant à la nature de la relation entretenue entre la recourante et son ancien employeur, en particulier, en raison des photos trouvées dans le téléphone portable de celui-ci, révélant une relation harmonieuse et complice avec la recourante, relation qui a été confirmée par les employés du restaurant auditionnés. En outre, dans son recours, la recourante reste silencieuse sur ces photos que la Cour de justice a mises en évidence dans l'arrêt attaqué.

Tout au plus, pourrait-on voir dans le cas présent un abus d'une situation de vulnérabilité. Toutefois, sous cet angle également, le caractère non librement consenti du travail effectué par la recourante n'est pas établi à suffisance. Il est notamment douteux que l'acceptation des conditions de travail par celle-ci ait été provoquée par des menaces que son employeur aurait proférées à son encontre en lien avec son statut précaire. Au surplus, un doute sérieux subsiste notamment quant à la possibilité qu'avait la recourante de quitter son emploi à tout moment, en particulier si l'on se réfère à ce qui a déclenché son licenciement, soit la réclamation à l'employeur d'un paiement de 13'000 fr. Le fait que le refus de celui-ci de payer ce montant ait conduit au dépôt de la plainte pénale laisse aussi songeur quant à la véracité des atteintes subies.

L'absence du deuxième critère permet déjà de nier à la recourante le statut de victime de traite des êtres humains. Il n'est partant pas nécessaire d'examiner le troisième critère du but de l'exploitation. En particulier, peut être laissée ouverte la question de savoir si, dans les présentes circonstances, les conditions qui permettent de retenir un cas de travail forcé sont données. Ce nonobstant, sur ce point, la Cour de justice ne peut pas être suivie lorsqu'elle laisse entendre que l'utilisation par un employeur du statut précaire de son employé sur le plan du droit des étrangers, en particulier en lien avec un risque d'emprisonnement, ne justifierait pas de protection sous l'angle de l'aide aux victimes de traite des êtres humains. Le fait que de telles menaces seraient communes ne les rend pas pour autant justifiables.

8.

Cela étant, même si un tel statut avait dû être reconnu à la recourante, il faudrait constater que les conditions à l'octroi d'une autorisation de séjour conformément à l'art 14 al. 1 let. a CETH ne sont pas remplies.

8.1. Comme déjà mentionné, cette disposition prévoit qu'une autorisation doit être accordée à la victime de traite des êtres humains si l'autorité estime que le séjour s'avère nécessaire en raison de la situation personnelle de l'intéressé.

8.1.1. La LEI ne contient pas de disposition spécifique pour concrétiser l'art. 14 al. 1 let. a CETH. Dans son message, le Conseil fédéral se réfère aux règles existantes pour les cas de rigueur, soit aux art. 30 al. 1 let. b LEI et 31 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201; Message concernant l'approbation et la mise en oeuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la loi sur la protection extraprocédurale des témoins; FF 2011 1 p. 27 s.). Sur ce point, on peut notamment se référer par analogie à la jurisprudence développée dans le cadre de l'art. 50 LEI, lequel porte également sur un droit à séjourner en Suisse dans les cas de rigueurs personnels. L'étranger concerné doit se trouver dans une situation de détresse personnelle. Cela signifie que ses conditions de vie et d'existence, comparées à celles applicables à la moyenne des étrangers, doivent

être mises en cause de manière accrue, c'est-à-dire que le refus de lui accorder une autorisation de séjour comporte pour lui de graves conséquences. Lors de l'appréciation d'un cas personnel d'extrême gravité, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier (ATF 138 II 393 consid. 3.1; 137 II 345 consid. 3.2.1; 130 II 39 consid. 3). L'art. 31 al. 1 OASA comprend une liste exemplative de critères à prendre en considération, parmi lesquels le degré d'intégration, la situation familiale, l'état de santé et les possibilités de réintégration dans l'État de provenance. La formulation large de l'art. 14 al. 1 let. a CETH, qui laisse le soin à l'autorité compétente d'estimer si un cas de rigueur est donné, confère aux autorités un large pouvoir d'appréciation humanitaire, permettant de tenir compte de chaque cas particulier.

8.1.2. Selon les directives édictées par le Secrétariat d'Etat aux migrations, qui n'ont pas force de loi en tant que simples ordonnances administratives, mais dont le Tribunal fédéral tient en principe compte lorsqu'elles sont conformes à l'ordre juridique (cf. sur ce sujet ATF 146 II 359 consid. 5.3 et 142 II 182 consid. 2.3.2), il y a lieu de prendre en considération dans l'évaluation de la détresse de la personne concernée la situation particulière des victimes ou des témoins de la traite d'êtres humains. Lors de l'examen et de la pondération des critères prévus à l'art. 31 OASA, une attention particulière sera accordée à de telles circonstances. On tiendra, par exemple, compte d'atteintes graves à la santé qui ne peuvent être traitées de manière adéquate dans le pays de provenance (la santé de la victime est menacée), des obstacles auxquels se heurte la réinsertion dans le pays de provenance ou du risque de voir la victime retomber entre les mains de trafiquants d'êtres humains. S'il ressort de la pondération des éléments constitutifs d'un cas individuel d'une extrême gravité qu'un retour ne peut être raisonnablement exigé, la demande de séjour pour motifs humanitaires peut être approuvée, même si le degré d'intégration en Suisse est jugé insuffisant (cf. Directives LEI, version d'octobre 2013, actualisée le 1er janvier 2021, ch. 5.7.2.5 p. 100 s., disponibles sur le site [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch)).

8.2. En l'espèce, il ressort des faits de l'arrêt entrepris que la recourante, née en 1997, est encore jeune. La durée de son séjour en Suisse, d'un peu plus de cinq ans au moment du prononcé de l'arrêt attaqué, n'est pas particulièrement long et ne saurait avoir un poids déterminant en raison du caractère illicite de celui-ci. La recourante n'est de plus pas intégrée en Suisse sur le plan social et professionnel et elle bénéficie de prestations de l'Hospice général depuis 2018. Elle a passé son enfance et son adolescence en Mongolie, où réside toute sa famille, avec laquelle elle entretient encore des liens forts, contrairement à ceux qu'elle apparaît avoir avec sa tante, seul membre de sa famille vivant à Genève. En outre et surtout, il découle de l'arrêt attaqué qu'il n'existe pas de risque particulier de nouvelle victimisation en cas de retour en Mongolie. Les juges précédents relèvent sur ce point que "l'intéressée n'a, d'après ses déclarations, pas été recrutée par un trafiquant d'êtres humains, mais qu'elle a rencontré [son employeur] par le biais d'une annonce sur internet et que les prétendus faits constitutifs de la traite, s'ils devaient être considérés comme avérés, ne se sont pas passés en Mongolie, mais à Berne, étant précisé que la recourante a travaillé plusieurs mois à Genève avant de prendre ledit emploi. Un tel risque associé à un retour au pays doit dès lors être fortement relativisé."

Au surplus, l'arrêt querellé ne présente aucun élément qui permettrait de penser que la recourante serait exposée à de graves conséquences en cas de retour en Mongolie. En particulier, un risque de menace abstraite de traite des êtres humains en Mongolie ne suffit pas à créer un motif de cas de rigueur, ce d'autant plus que, selon les faits de l'arrêt attaqué, l'exploitation dont la recourante prétend avoir été la victime en Suisse ne dépend pas d'un réseau international qui aurait des liens en Mongolie. Il en va de même lorsque l'étranger retrouve dans son pays d'origine les mêmes conditions de vie que ses compatriotes, même si celles-ci sont plus défavorables qu'en Suisse. Enfin, il ne découle pas de l'arrêt querellé que l'état de santé de la recourante ferait obstacle à un retour dans son pays d'origine. Elle ne le prétend pas.

Sur le vu des faits constatés par l'autorité précédente, que la recourante ne remet pas en cause sous l'angle de l'arbitraire, l'existence d'un cas de rigueur doit être nié.

9.

Il découle de ce qui précède que le recours en matière de droit public doit être rejeté.

10.

Finalement la recourante fait valoir que son renvoi conduirait à une violation des art. 3 et 4 CEDH, puisqu'il conduirait à des risques de nouvelles victimisation de sa part.

Comme déjà vu, la décision de renvoi peut être remise en question par le biais du recours constitutionnel subsidiaire (cf. supra consid. 1.3). En l'occurrence, en admettant que le recours soit suffisamment motivé sur ce point, il faut constater qu'il ressort des faits de l'arrêt attaqué, qui lient le

Tribunal fédéral (art. 118 al. 1 LTF), que la recourante n'a pas été exposée à la traite des êtres humains dans son pays d'origine. La recourante ne prétend pas non plus qu'elle serait tombée dans un réseau lié à ce pays une fois en Suisse. Un risque abstrait de subir un tel traitement en cas de retour en Mongolie ne suffit pas pour retenir une violation des art. 3 et 4 CEDH.

Le recours constitutionnel subsidiaire doit partant être rejeté dans la mesure où il est recevable.

11.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public et au rejet du recours constitutionnel subsidiaire, tous deux dans la mesure de leur recevabilité.

La recourante a sollicité sa mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, limitée aux frais. Cette demande peut être admise, au vu de la situation économique de l'intéressée et du fait que la cause n'était pas d'emblée dépourvue de chances de succès (art. 64 al. 1 LTF). Il ne sera pas perçu de frais judiciaires (art. 64 al. 1 LTF) ni alloué de dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours en matière de droit public est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.

La demande d'assistance judiciaire est admise.

4.

Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

5.

Le présent arrêt est communiqué au représentant de la recourante, à l'Office cantonal de la population et des migrations de la République et canton de Genève, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, 2ème section, et au Secrétariat d'Etat aux migrations.

Lausanne, le 14 décembre 2021

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Seiler

Le Greffier : de Chambrier