

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1114/2022-PE

ATA/659/2022

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 23 juin 2022

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Monika Sommer, avocate

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
26 avril 2022 (DITAI/213/2022)**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____, ressortissant kosovar né en 1992, a dit être arrivé en Suisse au mois de février 2012.
- 2) Le 20 février 2017, il a déposé une demande d'autorisation de séjour auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM).
- 3) Par ordonnance pénale du 29 mars 2018, le Ministère public du canton de Genève l'a condamné à une peine pécuniaire de cent jours-amende à CHF 30.- l'unité, avec sursis pendant trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 500.-, pour séjour illégal et activité lucrative sans autorisation.
- 4) Par décision du 31 juillet 2020, l'OCPM a refusé l'octroi d'une autorisation de séjour en faveur de M. A_____ et prononcé son renvoi en lui impartissant un délai au 4 octobre 2020 pour quitter le territoire suisse.

La durée de son séjour ne constituait pas un élément déterminant justifiant l'octroi d'un permis de séjour pour cas de rigueur. L'intéressé ne respectait pas la sécurité et l'ordre publics suisses, dès lors qu'il avait été condamné pour séjour illégal et activité lucrative sans autorisation. Il ne pouvait se prévaloir d'une intégration professionnelle ou sociale particulièrement marquée. Ses attaches avec la Suisse n'étaient pas à ce point profondes et durables qu'un retour dans son pays d'origine n'était plus raisonnablement envisageable. Sa réintégration au Kosovo était tout à fait possible, vu les nombreuses visites rendues à sa famille là-bas.

Cette décision est entrée en force.

- 5) Par courrier du 31 mai 2021, M. A_____ a demandé à l'OCPM de reconsidérer sa décision du 31 juillet 2020. Il remplissait désormais les conditions de l'opération Papyrus, dès lors qu'il résidait en Suisse depuis février 2012, qu'il payait son AVS, qu'il avait amélioré son français et était au bénéfice d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Sa fiancée, Madame B_____, ressortissante du Kosovo et dont l'examen de la demande d'autorisation de séjour était en cours, devait normalement accoucher le 8 octobre 2021 et ils avaient l'intention de se marier dans les meilleurs délais.

- 6) Par courrier du 2 juillet 2021, l'OCPM a répondu à M. A_____ du fait que sa fiancée n'était au bénéfice d'aucune autorisation de séjour et que dans l'hypothèse où elle obtiendrait un permis F, une autorisation de séjour dans le cadre du regroupement familial ne serait pas possible à brève échéance. En outre, aucun justificatif concernant d'éventuelles démarches en vue du mariage ou de

reconnaissance d'enfant n'avait été fourni. Par conséquent, M. A_____ était tenu de quitter la Suisse sans tarder.

- 7) Le 10 octobre 2021, Mme B_____ a donné naissance à une fille C_____, dont M. A_____ a reconnu la paternité.
- 8) Par décision du 11 mars 2022, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur sa demande de reconsidération.

Aucun fait nouveau et important n'était allégué et la situation de M. A_____ ne s'était pas modifiée de manière notable depuis la décision du 31 juillet 2020. Quand bien même l'intéressé contracterait mariage avec Mme B_____ et celle-ci obtiendrait une admission provisoire, M. A_____ ne pourrait pas solliciter le regroupement familial avant un délai de trois ans après le prononcé de l'admission provisoire en faveur de son épouse.

M. A_____ était tenu de se conformer à la décision de renvoi de Suisse dont il avait fait l'objet et de quitter la Suisse et l'Espace Schengen sans délai.

- 9) Par acte du 7 avril 2022, M. A_____ a saisi le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) d'un recours contre la décision précitée, concluant à son annulation et au renvoi de l'affaire à l'OCPM pour nouvelle décision tenant compte des circonstances modifiées. Il a également conclu à ce qu'il soit sursis à son renvoi jusqu'au prononcé d'une nouvelle décision de l'OCPM.

Il vivait en couple avec Mme B_____ depuis le 28 août 2020. La naissance de sa fille et le projet de mariage constituaient des faits nouveaux importants modifiant les circonstances dans une mesure notable.

- 10) Par réponse du 12 avril 2022, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif.

La décision du 31 juillet 2020 était entrée en force depuis bientôt deux ans, tandis que M. A_____ persistait à ne pas s'y conformer en demeurant en Suisse et en continuant à y travailler. Sa situation actuelle étant exclusivement due à son refus d'obtempérer à son renvoi définitif et exécutoire, il existait un intérêt public prépondérant à faire appliquer cette mesure.

Sur le fond, les arguments avancés par le recourant ne justifiaient pas une entrée en matière sur la demande de reconsidération. Le fait qu'il remplirait désormais les conditions de l'opération Papyrus, la présence de sa compagne et la naissance de leur fille ne résultaient que de l'écoulement du temps et du comportement dilatoire du recourant.

- 11) Le recourant a persisté dans ses conclusions par réplique du 25 avril 2022.

- 12) Par décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du 26 avril 2022, le TAPI a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif au recours et refusé d'octroyer des mesures provisionnelles.

Une décision à contenu négatif ne pouvait avoir d'effet suspensif et les conditions à l'octroi de mesures provisionnelles n'étaient pas remplies.

- 13) Le 5 mai 2022, M. A_____ a saisi la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) d'un recours contre la décision précitée, concluant à son annulation, au renvoi de la cause à l'OCPM pour nouvelle décision en tenant compte des circonstances modifiées, à l'apport du dossier de Mme B_____ et à ce qu'il soit sursis en tout état à son renvoi jusqu'à nouvelle décision de l'OCPM.

Si l'effet suspensif était octroyé, cela ne signifierait pas qu'il bénéficierait d'un statut de séjour. Il ne s'agissait que de considérer l'effet suspensif de l'exécution du renvoi. Le refus d'accorder l'effet suspensif était disproportionné.

- 14) Le 17 mai 2022, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif ou au prononcé de mesures provisionnelles.

M. A_____ n'avait pas démontré jouir d'un intérêt prépondérant pour contrebalancer l'intérêt public à une mise en conformité au droit. La décision du 31 juillet 2020 était entrée en force et l'intéressé persistait à ne pas s'y conformer. Sa compagne et sa fille ne disposaient d'aucune autorisation de séjour.

- 15) Par réplique du 25 mai 2022, M. A_____ a persisté dans ses conclusions.

- 16) Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) a. Les décisions du TAPI peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative (art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). La décision refusant l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).

Le recours a en l'espèce été interjeté en temps utile devant la juridiction compétente.

b. Le litige ne porte que sur le rejet du TAPI de la requête en restitution de l'effet suspensif et l'octroi de mesures provisionnelles. Les conclusions au fond sont en conséquence irrecevables.

c. Selon l'art. 57 let. c LPA, le recours contre une décision incidente est recevable si elle peut causer un dommage irréparable.

Le préjudice irréparable suppose que le recourant a un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a ; ATA/136/2010 du 2 mars 2010 consid. 2a).

d. En l'espèce, bien qu'assisté d'une avocate, le recourant n'explique pas en quoi la juridiction précédente lui causerait un « préjudice irréparable » en le contraignant à quitter la Suisse avant qu'elle ne se prononce sur le fond de son recours. On ne le voit du reste pas d'emblée puisqu'il ne peut, a priori, se prévaloir d'aucun droit potentiel à séjourner en Suisse. La question du préjudice irréparable souffrira de rester ouverte compte tenu de ce qui suit.

2) Le recourant sollicite préalablement l'apport du dossier de sa compagnie.

a. Le droit d'être entendu, garanti par les art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), comprend notamment le droit pour la personne concernée de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision et de participer à l'administration des preuves (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2).

Le juge peut toutefois renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 140 consid. 5.3). Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1).

b. En l'occurrence, vu l'objet du litige, et comme il sera exposé ci-après, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession. S'ajoute à cela que la situation de la compagnie du recourant, dont il n'est pas contesté qu'elle ne dispose d'aucune autorisation de séjour en Suisse, n'est pas déterminante pour trancher le présent litige. Il ne sera donc pas donné suite à l'acte d'instruction sollicité par le recourant.

3) a. Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 LPA).

Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA).

Les demandes en reconsidération n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif (art. 48 al. 2 LPA).

b. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

c. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

L'effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation ou d'une autorisation. La fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder au recourant un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344). Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles est envisageable (ATA/1369/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3a ; ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2).

L'autorité peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés (art. 21 al. 1 LPA).

Selon la jurisprudence de la chambre administrative, des mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1369/2018 précité consid. 3b ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4).

L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à

réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3). Elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ibidem). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

Lorsqu'elle statue sur mesures provisionnelles, l'autorité de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

- 4) En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi. La décision de l'OCPM constitue un refus d'entrer en matière sur une demande de reconsidération. Il s'agit donc d'une décision négative ne pouvant pas faire l'objet d'un octroi ou d'une restitution de l'effet suspensif. Seules des mesures provisionnelles sont dès lors envisageables. Or, octroyer au recourant, sous la forme de mesures provisionnelles, le droit de rester en Suisse durant la procédure par-devant le TAPI irait au-delà de ce que la juridiction pourrait ordonner en cas d'admission du recours qui se limiterait à ordonner à l'autorité d'entrer en matière, ce qui n'est pas admissible.

La présence du recourant à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite, les pièces utiles figurant au dossier et un conseil le représentant devant les autorités et les juridictions compétentes. L'intérêt personnel du recourant à demeurer à Genève est certes compréhensible, mais doit céder le pas à l'intérêt public à assurer le respect des décisions en force – en l'occurrence celle du 31 juillet 2020. Retenir le contraire reviendrait à encourager la politique du fait accompli.

Mal fondé, le recours sera rejeté et la décision querellée confirmée. Il appartiendra au TAPI de poursuivre l'instruction sur le fond.

- 5) Le présent arrêt rend sans objet la requête de restitution de l'effet suspensif devant la chambre de céans.
- 6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 5 mai 2022 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 26 avril 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 400.- ;

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

dit que les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Monika Sommer, avocate 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 Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Lauber et McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

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.

