



POUVOIR JUDICIAIRE

A/451/2019-PE

ATA/1836/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Décision du 19 décembre 2019**

**sur effet suspensif**

dans la cause

Madame et Monsieur A\_\_\_\_\_, ainsi que leurs enfants mineurs B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_  
D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ A\_\_\_\_\_  
représentés par Me Yves Rausis, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
11 octobre 2019 (JTAPI/894/2019)**

\_\_\_\_\_

Attendu, en fait, que :

1) Madame et Monsieur A\_\_\_\_\_, nés respectivement en 1990 et en 1986, sont mariés et sont les parents de C\_\_\_\_\_- née en 2006 -, B\_\_\_\_\_- née en 2010 -, E\_\_\_\_\_, - née en 2012 - et D\_\_\_\_\_, né en 2016. Toute la famille est ressortissante la République du Kosovo.

M. A\_\_\_\_\_ est en Suisse depuis le mois d'août 2007 et son épouse et sa fille C\_\_\_\_\_ l'y ont rejoint au mois d'octobre 2008, sans être au bénéfice d'un visa.

2) Le 3 juillet 2014, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a rejeté la demande d'autorisation de séjour déposée le 30 août 2013, et ordonné leur renvoi de Suisse. Cette décision a été confirmée par jugement du Tribunal administratif de première instance (ci-après TAPI) du 5 mars 2015 (JTAPI/288/2015), par arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) du 26 janvier 2016 (ATA/80/2016), le recours déposé en main du Tribunal fédéral ayant été déclaré irrecevable par arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2016 (2D\_9/2016).

Par jugements du 22 juin 2016 (JTAPI/655 2016) et du 13 avril 2017 (JTAPI/390/2017), le TAPI confirmé le refus des autorités d'accorder un permis d'établissement aux intéressés, respectivement une autorisation de séjour pour activité lucrative. Ces jugements sont définitifs à ce jour.

3) Le 26 juillet 2017, les époux A\_\_\_\_\_ ont demandé à l'OCPM de reconsidérer la décision du 3 juillet 2014, concluant à ce qu'une autorisation de séjour et travail leur soit délivrée à titre humanitaire. Ils faisaient référence à l'opération « Papyrus ».

Le 19 décembre 2018, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette demande et ce refus a été confirmé par le TAPI par jugement du 11 octobre 2019 (JTAPI/894/2019). La situation des recourants n'avait pas évolué de façon notable depuis la décision initiale.

4) Par acte mis à la poste le 13 novembre 2019, les époux A\_\_\_\_\_ et leurs enfants ont saisi la chambre administrative d'un recours contre le jugement précité, concluant préalablement à ce que des mesures provisionnelles leur permettant de rester en Suisse jusqu'à droit connu soient prononcées. Les conditions d'une révision de la décision initiale étaient remplies notamment du fait de la mise en place de l'opération dite « papyrus » et

des critères légaux concrétisés dans cette dernière. L'intérêt des enfants à pouvoir rester en Suisse était déterminant.

5) Le 22 novembre 2019, l'OCPM a conclu au rejet tant de la demande de mesures provisionnelles que du recours. La famille n'avait aucun statut légal en Suisse et l'octroi des mesures provisionnelles leur accorderait le plein de leurs conclusions au fond, ce que le législateur n'avait pas autorisé.

6) Le 19 novembre 2019 le conseil des recourants a transmis un certificat médical, aux termes duquel Mme A\_\_\_\_\_, à la suite d'une chute accidentelle, présentaient une impotence fonctionnelle sévère de l'épaule gauche, en cours d'investigation menant vraisemblablement à une intervention chirurgicale. Il n'était pas souhaitable qu'elle quitte la Suisse du fait de ce bilan et de ses suites probables.

7) Le 13 décembre 2019, les recourants ont exercé leur droit à la réplique s'agissant de la demande de mesures provisionnelles. L'octroi de ces dernières ne leur délivrerait pas un statut légal. La formation des enfants, notamment des aînés, nécessitait qu'elle reste en Suisse au moins pendant la durée de l'année scolaire.

8) Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est, prima facie, recevable dans son principe (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. 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).

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

Les décisions sur effet suspensif et mesures provisionnelles sont prises par le président, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 21 al. 2 LPA; art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

4. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) - 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/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2).

5. 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 = RDAF 2002 I 405).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). 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).

6.a. 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).

b. 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).

7.a. Selon la jurisprudence et la doctrine, 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 d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; Ulrich HÄFELIN/ Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6ème éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

8. Dans sa pratique liée à la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt de l'étranger à ne pas quitter la Suisse avant l'issue de la procédure pendante devant lui est, par nature, importante et l'emporte, sous réserve de circonstances exceptionnelles, sur l'intérêt public à son éloignement immédiat (ordonnance du 15 juillet 2015 dans la cause 2C\_607/2015 ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], Le contentieux administratif, 2013, 137-178, p. 166).

9. En l'espèce, il ressort du dossier que les enfants concernés, arrivés en Suisse à l'âge de deux ans pour C\_\_\_\_\_ et qui y sont nés pour les trois autres, y résident, de fait, depuis

plus de cinq ans pour ceux qui ont atteint cet âge, soit le nombre d'années requis pour qu'une famille avec enfants dans la clandestinité puisse éventuellement bénéficier d'une régularisation de sa situation, si les autres conditions exigées sont remplies. Ils sont scolarisés à Genève.

Au vu des éléments qui précèdent, il se justifie, par l'octroi de mesures provisionnelles, de surseoir à l'exécution du renvoi des intéressés ; un retour dans leur pays d'origine en milieu d'année scolaire compliquerait, à première vue, leur éventuelle réintégration en cas d'issue défavorable de leur recours, alors que le fait d'attendre le prononcé de l'arrêt à rendre en Suisse, où ils disposent d'un logement et ne dépendent pas de l'aide sociale, n'atteint pas excessivement les intérêts publics.

10. Le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

admet la demande de mesures provisionnelles déposée par Madame et Monsieur A\_\_\_\_\_, pour eux-mêmes ainsi que pour leurs enfants mineurs B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ A\_\_\_\_\_ ;

suspend l'exécution du renvoi des intéressés jusqu'à droit jugé au fond ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que les éventuelles voies de recours contre la présente décision, 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi;

communique la présente décision à Me Yves Rausis, avocat des recourants à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

La vice-présidente :

F. Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :