

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/764/2018-PE

ATA/451/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2018

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du
20 mars 2017 (JTAPI/243/2017)**

EN FAIT

- 1) a. Monsieur A_____, né le _____ 1992, est ressortissant du Venezuela.
b. De juin 2003 à février 2008, il a séjourné illégalement sur le territoire suisse, en compagnie de sa mère, Madame B_____. Durant cette période, il a été scolarisé dans le canton de Genève pour sa dernière année d'école primaire et durant le cycle d'orientation.
- 2) Le 29 février 2008, il est retourné vivre au Venezuela avec sa mère, avant de revenir séjourner en Suisse en septembre 2014.
- 3) a. Par demande reçue par l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) le 23 février 2015, M. A_____ a requis l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur.
b. Par décision du 2 octobre 2015, l'OCPM a refusé de lui octroyer une autorisation de séjour et lui a imparti un délai au 2 décembre 2015 pour quitter le territoire suisse. Son renvoi au Venezuela était possible, licite et raisonnablement exigible.
c. Par jugement du 3 juin 2016, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) a rejeté le recours interjeté par M. A_____ contre la décision du 2 octobre 2015.

Ce jugement a été confirmé par la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) par arrêt du 27 juin 2017 (ATA/1020/2017).

Le recours interjeté contre cet arrêt par M. A_____ a été déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral le 14 septembre 2017 (2C_765/2017).
- 4) Le 2 octobre 2017, l'OCPM a imparti à M. A_____ un délai au 2 janvier 2018 pour quitter la Suisse, la décision du 2 octobre 2015 étant désormais exécutoire.
- 5) a. Le 9 novembre 2017, M. A_____ a sollicité de l'OCPM la régularisation de sa situation dans le cadre de l'opération Papyrus (ci-après : Papyrus).
b. Le 16 novembre 2017, l'OCPM a refusé dite requête, l'intéressé n'ayant pas séjourné de manière continue à Genève durant dix ans. Il devait respecter le délai de départ au 2 janvier 2018.

c. Le 12 décembre 2017, M. A_____ a prié l'autorité de bien vouloir reconsidérer sa demande, le courrier du 16 novembre 2017 n'indiquant pas les moyens de recours.

d. Par réponse du 14 décembre 2017, l'OCPM a informé l'intéressé que sa demande de régularisation de séjour sur la base de Papyrus du 9 novembre 2017 serait transmise au service compétent pour un examen approfondi. Elle était considérée comme une demande de reconsidération de la décision du 2 octobre 2017. Elle n'avait pas d'effet suspensif à teneur de la loi. M. A_____ était tenu de quitter la Suisse dans le délai qui lui avait été imparti.

e. Le 30 janvier 2018, M. A_____ a interjeté recours contre ce courrier. Ce recours a été déclaré irrecevable par le TAPI le 5 février 2018.

- 6) a. Par décision du 31 janvier 2018 déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur la demande de régularisation de séjour sur la base de Papyrus du 9 novembre 2017, considérée comme une demande en reconsidération.

Aucun fait nouveau et important au sens de l'art. 80 let. a et b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10) n'avait été apporté et la situation M. A_____ ne s'était pas modifiée de manière notable au sens de l'art. 48 al. 1 let. b LPA. L'intéressé ne remplissait pas les critères de l'opération Papyrus, son séjour n'ayant pas été continu.

Il devait quitter le territoire.

- b. Par acte du 5 mars 2018, M. A_____ a interjeté recours auprès du TAPI à l'encontre de cette décision.

Principalement, il a conclu à son annulation, à pouvoir se prononcer formellement sur sa demande de régularisation et au renvoi de la cause à l'OCPM pour instruction et nouvelle décision. Préalablement, il a sollicité la restitution de l'effet suspensif ou le prononcé de mesures provisionnelles afin d'être autorisé à rester en Suisse jusqu'à droit connu dans la présente procédure.

Il encourait un réel risque dans son pays d'origine, ce que confirmait son avocat au Venezuela selon lequel une procédure pénale irrégulière et contraire aux normes internationales avait eu lieu en 2014.

S'agissant de la demande de mesures provisionnelles, il réunissait les critères de l'opération Papyrus, étant bien intégré à Genève, disposant de revenus mensuels et ne percevant pas d'aide sociale. Il n'avait pas de condamnations pénales et n'avait été en prison au Venezuela qu'en raison de sa participation à diverses manifestations pacifiques d'étudiants. Il s'était installé à Genève du fait

du risque pour sa vie qu'il encourait encore au Venezuela. Son renvoi au Venezuela était contraire aux normes suisses et principes jurisprudentiels.

- c. L'OCPM s'est opposé au prononcé de mesures provisionnelles.
- d. Par décision du 20 mars 2018, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et/ou de mesures provisionnelles.

La décision entreprise avait un contenu négatif car elle refusait d'entrer en matière sur la demande de reconsidération du recourant, lequel ne disposait d'aucun droit à l'obtention d'un permis de séjour. La requête du recourant devait être traitée comme une demande de mesures provisionnelles. Permettre au recourant de séjourner et de poursuivre son activité lucrative à Genève jusqu'à droit jugé sur le recours reviendrait à faire d'emblée droit à sa demande et à rendre illusoire la procédure au fond. Le TAPI ne pouvait, par le biais de mesures provisionnelles, remettre en question, même de façon provisoire, le caractère exécutoire du renvoi du recourant, cette question échappant à sa compétence et excédant l'objet du litige. La décision du 2 octobre 2015 étant définitive et exécutoire, le recourant ne bénéficiait d'aucun statut légal en Suisse. Il n'avait pas donné suite à la dernière injonction de quitter le territoire dans un délai au 2 janvier 2018 au plus tard. Aussi, si des mesures provisionnelles étaient ordonnées, il obtiendrait le plein de ses conclusions sur le fond, ce que le législateur n'avait pas voulu.

- 7) a. Par acte du 3 avril 2018, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision du TAPI du 20 mars 2018. Il a pris des conclusions au fond, notamment en annulation de la décision du 31 janvier 2018. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué et/ou des mesures provisionnelles prononcées. Il devait être autorisé à rester sur le territoire helvétique jusqu'à droit jugé.

Son droit d'être entendu avait été violé par l'OCPM, dès lors qu'il n'avait pas eu l'occasion de s'exprimer sur les raisons pour lesquelles il remplissait les conditions du projet Papyrus. Sa détention au Venezuela était politique.

- b. L'OCPM a conclu au rejet du recours.
- c. Par réplique du 2 mai 2018, le recourant a persisté dans ses conclusions. Il détaillait les risques encourus au Venezuela.
- d. Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) 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 LPA). Interjeté en temps utile compte tenu du fait que le 2 avril 2018 était le lundi de Pâques, devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue.
- 2) Le litige ne porte que sur le rejet du TAPI de la requête en mesures provisionnelles. Les conclusions prises au fond sont en conséquence irrecevables.
- 3) a. Selon l'art. 57 let. c LPA, sont seules susceptibles de recours les décisions incidentes qui peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (ATA/35/2012 du 17 janvier 2012).

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 p. 126 ; 126 V 244 consid. 2c p. 247 ss ; 125 II 613 consid. 2a p. 619 ss ; ATA/136/2010 du 2 mars 2010).

b. En l'espèce, la question du préjudice irréparable souffrira de rester ouverte compte tenu de ce qui suit.

- 4) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, soit contre une décision qui porte refus d'une prestation. 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/84/2009 du 9 avril 2009 ; Ulrich. HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. La jurisprudence a encore précisé que, lorsqu'une décision négative 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 celle 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. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement 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/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

- 5) À teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et elles ne peuvent anticiper le jugement définitif (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/408/2012 du 2 juillet 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). 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, *Vorsogliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, RDS 1997 II, pp. 253-420 not. 265).

- 6) a. En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi. Il n'est plus au bénéfice d'une autorisation de séjourner sur le territoire helvétique. La décision de l'OCPM refusant d'entrer en matière sur la demande de reconsidération constitue une décision négative. C'est en conséquence à juste titre que le TAPI a examiné la demande de restitution de l'effet suspensif au recours en tant que demande de mesures provisionnelles.

b. L'admission du recourant sur territoire genevois jusqu'à droit jugé équivaldrait à un octroi provisoire de l'autorisation sollicitée au fond, ce qui n'est en principe pas admis.

De plus, le maintien de l'état de fait actuel, à savoir la résidence sur territoire genevois du recourant, quand bien même il serait plus confortable pour le recourant, n'est pas indispensable puisque celui-ci peut attendre à l'étranger l'issue de la procédure. De telles mesures s'avèreraient contraire à l'adage *nemo auditur suam (propriam) turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre faute), qui concrétise le principe constitutionnel de la bonne foi et vaut également en matière de droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du

16 mai 2008 consid. 6.2 ; ATA/26/2012 du 17 janvier 2012 consid. 10), dès lors que le recourant se prévaut du fait accompli.

Au surplus, une pesée des intérêts en présence ne permet pas d'aboutir à un autre résultat. L'intérêt privé du recourant de rester à Genève doit céder le pas à l'intérêt public du respect de la loi, singulièrement d'une décision définitive, exécutoire, prononcée il y a quelques mois, après examen par les différentes instances judiciaires compétentes, jusqu'au Tribunal fédéral, notamment de l'exigibilité du renvoi du recourant au Venezuela.

7) Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 4 avril 2018 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 20 mars 2018 ;

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 Michel Celi Vegas, 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 Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

K. De Lucia

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.