RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1924/2022-PE **ATA/994/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 octobre 2022

1ère section

dans la cause

Madame A_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 11 juillet 2022 (DITAI/317/2022)

EN FAIT

1) Madame A_____, née le _____1974, est ressortissante du Brésil.

2) Elle s'est mariée le 8 février 2001, à H_____ (Ain/France), avec Monsieur B_____, ressortissant italien né le _____1970.

3) Le couple a donné naissance en 2002, à C_____ (Haute-Savoie/France), à Monsieur D_____, lequel est de nationalité italienne.

4) Mme A_____ est par ailleurs la mère de Madame I_____, ressortissante brésilienne, née au Brésil d'une précédente union le 25 mars 1996.

5) Mme A_____ est arrivée en Suisse le 16 décembre 2005 et a été mise au bénéfice d'une carte de légitimation afin de vivre auprès de son époux, fonctionnaire auprès du E_____ à Genève.

6) M. B_____ a quitté le domicile conjugal en mai 2006.

7) Par jugement du Tribunal civil de première instance (ci-après : TPI) du 1er mars 2007, Mme A_____ a été autorisée à vivre séparée de son époux, avec jouissance exclusive du domicile conjugal. La garde de D_____ lui a été attribuée.

8) Le 9 octobre 2009, Mme A_____ a sollicité auprès de l'office cantonal de la population, devenu l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), la délivrance d'une autorisation d'établissement.

9) Le 6 janvier 2010, M. B_____ a annoncé à l'OCPM qu'il allait quitter la Suisse le 22 janvier 2010 à destination de F_____.

10) Le 12 octobre 2010, M. B_____ et Mme A_____ ont déclaré à l'OCPM qu'ils reprenaient la vie commune à F_____, avec les deux enfants de celle-ci, départ confirmé le 8 novembre 2010.

11) Par courrier du 20 juillet 2011, elle a demandé à l'OCPM de « réactiver » sa demande d'autorisation de séjour déposée en 2009, du fait de son retour à Genève avec ses enfants. Elle était séparée de son époux, récemment naturalisé. Elle était, de même que son fils et sa fille, dans l'attente d'une naturalisation.

12) Par jugement du 26 juin 2014, le TPI a prononcé le divorce des époux.

13) Par décisions du 14 avril 2016, l'OCPM a refusé de délivrer une autorisation de séjour à Mme A_____ et à son fils D_____, ainsi qu'à Mme I_____, et a prononcé leur renvoi de Suisse, le délai de départ étant fixé au 30 juin 2016.

14) Par jugement du 20 avril 2018, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours formé contre cette décision par Mme A_____, agissant en son nom et pour celui de son fils mineur D_____.

15) Par arrêt du 17 novembre 2020, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a admis le recours qui avait été formé par Mme A_____ contre ce jugement.

16) Par arrêt du 21 mai 2021 (2C_19/2021), sur recours du secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM), le Tribunal fédéral (ci-après : TF) a annulé l'arrêt de la chambre administrative et confirmé le jugement du TAPI du 20 avril 2018.

17) L'OCPM a en conséquence imparti à Mme A_____ un nouveau délai au 16 janvier 2022 pour quitter la Suisse, sa décision du 14 avril 2016 étant devenue définitive et exécutoire.

18) Mme A_____ a, par courrier du 13 avril 2022, demandé à l'OCPM la reconsidération de sa décision du 14 avril 2016.

19) Par décision du 10 mai 2022, l'OCPM a refusé d'entrer en matière sur cette demande de reconsidération, tout en rappelant à Mme A_____ qu'elle était tenue de quitter la Suisse et l'espace Schengen immédiatement.

Aucun fait nouveau et important n'avait été allégué et sa situation ne s'était pas modifiée de manière notable depuis la décision de refus et de renvoi, entrée en force, dont elle faisait l'objet.

20) Par acte du 10 juin 2022, Mme A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès du TAPI, concluant principalement à son annulation et à ce que l'OCPM préavise favorablement son dossier auprès du SEM et subsidiairement, au renvoi de son dossier à l'OCPM pour octroi en sa faveur d'une autorisation de séjour avec activité lucrative.

À titre préalable, elle a sollicité l'octroi de l'effet suspensif au recours, alléguant que son renvoi pourrait avoir des conséquences importantes sur sa vie, ce d'autant plus que son fils vivait et étudiait en Suisse.

21) Le 24 juin 2022, l'OCPM s'est opposé à l'octroi de mesures provisionnelles et a conclu au rejet du recours.

22) Mme A_____ n'a pas répliqué sur mesures provisionnelles.

23) Le TAPI a, par décision du 11 juillet 2022, rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

La décision de l'OCPM du 10 mai 2022 rejetait la demande de reconsidération de Mme A_____, laquelle n'avait aucun statut légal en Suisse.

La décision de l'OCPM du 14 avril 2016 était définitive et exécutoire. Autoriser Mme A_____ à résider sur le territoire suisse jusqu'à droit jugé sur sa demande de reconsidération équivaudrait à faire droit à sa demande sur le fond.

24) Mme A_____ a formé recours contre cette décision par acte expédié à la chambre administrative le 22 juillet 2022.

Elle vivait dans un appartement avec sa fille et son fils. Tous mettaient leur énergie pour trouver une situation stable et un meilleur avenir. Sa fille avait achevé une formation d'assistante administrative et peinait à trouver un travail, faute de permis. Son fils suivait un apprentissage « d'automaticien ». Tous deux avaient besoin de son soutien.

Elle avait la structure nécessaire et les clients potentiels dans le cadre de son activité d'organisation personnalisée d'espaces privés ou commerciaux. Elle avait aussi des compétences en restauration, en particulier la préparation de plats végan, comme instructeur de fitness et avait été formée sur les techniques de massage. Toutefois, sans autorisation de séjour, elle se retrouvait dans l'impasse.

Si elle devait être contrainte de quitter la Suisse, cela entraînerait de graves conséquences sur sa situation personnelle, mais également sur l'avenir de ses enfants, en particulier l'apprentissage de son fils. Elle avait aussi un sentiment d'injustice à l'égard de toute la situation qui avait traumatisé toute la famille. Elle était donc déterminée à se battre pour l'avenir de ses enfants et le sien.

25) L'OCPM a conclu, le 15 août 2022, au rejet du recours, réservant ses observations sur le fond au TAPI.

26) Dans sa réplique reçue le 14 septembre 2022 à la chambre administrative, Mme A_____ est revenue sur le détail de sa vie familiale et sur les éléments fondant son intégration en Suisse. Par ailleurs, son ex-mari qui s'était montré menaçant et violent à son encontre par le passé, était retourné récemment au Brésil. Elle craignait en cas de renvoi dans ledit pays qu'il en vienne à prendre des mesures radicales à son encontre pour se débarrasser d'elle, en particulier en faisant appel à des tueurs à gage demandant des sommes très modiques. Ce risque était d'autant plus concret qu'elle avait déposé des plaintes pénales et fait valoir des prétentions civiles à son encontre. Plus précisément, elle comptait déposer une plainte pénale à son encontre pour des menaces de mort proférées alors qu'il se trouvait en Suisse. C'était par méconnaissance du droit et un manque de moyens financiers qu'elle n'avait pas évoqué précédemment ces éléments nouveaux, auxquels s'ajoutait le décès de ses parents, les seuls liens tangibles la rattachant au Brésil. Un départ dans ce pays la séparerait de sa sœur qui vivait en Valais, avec laquelle elle entretenait une relation fusionnelle.

De plus, D_____ avait récemment obtenu un préavis favorable en vue de l'obtention d'un permis B.

Pris ensemble, tous ces éléments devaient amener la chambre administrative à admettre un cas de rigueur au sens de l'art. 30 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20).

Dans la mesure où elle n'avait pas obtenu l'assistance juridique, elle demandait à ce qu'il soit tenu compte des conditions dans lesquelles la procédure se déroulait, c'est-à-dire en complète violation de son droit à un procès équitable. Elle demandait à être dispensée du paiement de l'avance de frais, de CHF 500.-, dont elle s'est finalement acquittée le 26 septembre 2022.

Mme A_____ a encore produit diverses lettres de recommandation, dont l'une, du 21 septembre 2022, émanant de sa sœur Madame G_____, ainsi que des échanges de courriels avec M. B_____.

27) Les parties ont été informées, le 16 septembre 2022, que la cause était gardée à juger.

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.

2) a. 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).

b. En l'espèce, la recourante explique que la décision du TAPI lui causerait un préjudice irréparable en la contraignant à quitter la Suisse avant qu'elle ne se prononce sur le fond de son recours, puisqu'elle ne pourrait alors plus soutenir ses enfants, majeurs, ni ne pourrait s'insérer professionnellement à Genève. En dernier lieu, elle ajoute qu'elle risquerait d'être abattue au Brésil par des tueurs à gage mandatés par son ex-mari et aurait pour projet d'intenter à Genève des procédures civiles et pénales contre ce dernier. Outre qu'elle ne peut, a priori, se prévaloir d'aucun droit potentiel à séjourner en Suisse, la question de l'existence d'un préjudice irréparable souffrira de rester indécise compte tenu de ce qui suit.

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, la recourante fait l’objet d’une décision définitive et exécutoire de renvoi. La décision de l’OCPM, attaquée devant le TAPI, 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 à la recourante, 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 de la recourante à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite et les pièces utiles figurant au dossier, de même que les diverses écritures de la recourante qui, bien que non assistée d’un conseil, sait faire valoir son point de vue de manière intelligible. L'intérêt personnel de la recourante 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 14 avril 2016. 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) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge de la recourante, 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

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 22 juillet 2022 par Madame A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 11 juillet 2022 ;

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

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 Madame A_____, 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, M. Verniory, Mme Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
M. Rodriguez Ellwanger	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 conE_____ent :
   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 conE_____é.