RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2040/2021-PE **ATA/852/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 août 2021

2ème section

dans la cause

M. A_____

Mme B_____

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS

_____

Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 29 juin 2021 (DITAI/326/2021)

EN FAIT

1) M. A_____, né le _____ 1979, est ressortissant du C_____. Sa compagne, Mme B_____, née le _____ 1990, est également ressortissante du C_____.

2) Le 18 mars 2021, la société D_____ Sàrl a sollicité de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) la délivrance d'un permis de séjour avec activité lucrative en faveur de M. A_____.

M. A_____ était célibataire, résidait à Genève depuis 2015 et avait été engagé depuis le 22 août 2016 en qualité d'aide peintre à raison de 20 heures par semaine pour un salaire mensuel brut de CHF 2'600.-.

3) Le 7 avril 2021, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT) a refusé de faire droit à cette demande.

L'admission de M. A_____ ne servait pas les intérêts économiques de la Suisse et l'ordre de priorité n'avait pas été respecté, l'employeur n'ayant pas démontré l'impossibilité de trouver un travailleur en Suisse ou un ressortissant des pays de l'UE/AELE. La vacance du poste à pourvoir n'avait pas été annoncée à l'office cantonal de l'emploi. Il n'était en outre pas accordé d'autorisation pour une activité à temps partiel.

4) Le 12 mai 2021, l'OCPM a refusé de délivrer une autorisation de séjour avec activité lucrative à M. A_____ et a prononcé son renvoi de Suisse, lui impartissant un délai au 12 juin 2021 pour quitter le territoire.

La décision était fondée sur la décision négative de l'OCIRT du 7 avril 2021. Le renvoi paraissait possible, licite et raisonnablement exigible.

5) Le 12 juin 2021, M. A_____ et Mme B_____ ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à ce qu'ils soient autorisés à rester en Suisse durant la procédure.

Sur mesures provisionnelles, l'effet suspensif devait être restitué à leur recours, il devait être dit que la décision attaquée n'était pas exécutoire et qu'ils étaient autorisés à rester en Suisse jusqu'à droit jugé sur le recours, en particulier que Mme B_____ était autorisée à continuer à être suivie en Suisse durant sa grossesse et M. A_____ à y travailler durant la procédure. Leur audition ainsi que l'audition d'un témoin devaient en outre être ordonnées. Subsidiairement, ils devaient être mis au bénéfice d'une autorisation provisoire.

Mariés selon la coutume depuis 10 ans, ils avaient tout tenté pour avoir un enfant. Mme B_____ était enfin enceinte et ils souhaitaient pouvoir rester en Suisse au moins pendant les premiers mois de la vie de leur enfant, le système médical au C_____ étant très lacunaire et les assurances privées extrêmement chères, et assorties d'un délai de carence de trois cents jours. Il existait ainsi une nécessité médicale imposant qu'ils soient autorisés à rester en Suisse au moins jusqu'à la naissance de leur enfant et l'exécution de leur renvoi était partant illicite. Ils produisaient différents documents médicaux, des extraits vierges de leurs casiers judiciaires, des attestations de non poursuite ainsi que des attestations de non prise en charge financière de l'Hospice général.

6) Le 17 juin 2021, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

La demande de restitution de l'effet suspensif était sans objet, la décision attaquée n'ayant pas été déclaré exécutoire nonobstant recours, de sorte que M. A_____ était autorisé à séjourner dans le canton de Genève jusqu'à droit connu sur son recours. M. A_____ n'était en revanche pas autorisé à travailler pour D_____ Sàrl, en vertu de la décision de l'OCIRT du 7 avril 2021.

Mme B_____ était dépourvue de tout titre de séjour en Suisse et n'avait pas déposé de demande d'autorisation de séjour.

L'exécution du renvoi de M. A_____ n'apparaissait ni illicite, ni impossible et elle était raisonnablement exigible.

7) Le 22 juin 2021, l'OCPM a encore adressé au TAPI la copie du courrier du 15 juin 2021 par lequel l'OCIRT rejetait la demande de reconsidération formée le 11 mai 2021 par D_____ Sàrl au sujet de la décision de refus du 7 avril 2021.

8) Le 25 juin 2021, M. A_____ et Mme B_____ ont produit une attestation du Dr E_____ confirmant que Mme B_____ était enceinte et présentait une grossesse à risque, une demande de permis en faveur de Mme B_____ et une demande de permis en faveur de M. A_____ datée du 18 mars 2021 et complétée à la main, mentionnant que Mme B_____ venait le rejoindre à Genève.

9) Par décision du 29 juin 2021 sur effet suspensif et mesures provisionnelles, le TAPI a :

- constaté que le recours du 12 juin 2021 contre la décision de l'OCPM déployait un effet suspensif ex lege ;

- déclaré sans objet la requête de mesures provisionnelles formée par M. A_____ et tendant à la restitution de l'effet suspensif ;

- déclaré sans objet la requête de mesures provisionnelles formée par M. A_____ et tendant à ce qu'il soit autorisé à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure ;

- rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par M. A_____ et tendant à ce qu'il soit autorisé à travailler en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure ;

- déclaré irrecevable la requête de mesures provisionnelles formée par Mme B_____ et tendant à ce qu'elle soit autorisée à demeurer en Suisse et à continuer à y être suivie médicalement jusqu'à l'issue de la procédure.

La décision attaquée n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours, de sorte que le recours produisait un effet suspensif de par la loi et qu'il ne serait pas procédé au renvoi de Suisse de M. A_____ durant la procédure. La demande était ainsi sans objet.

La demande de M. A_____ sur mesures provisionnelles tendant à être autorisé à travailler durant la procédure de recours était rejetée, la décision de l'OCIRT du 7 avril 2021 liant l'OCPM.

Le statut de Mme B_____ ne faisait pas l'objet de la décision querellée, de sorte que ses conclusions sur mesures provisionnelles étaient irrecevables.

10) Par acte remis à la poste le 12 juillet 2021, M. A_____ et Mme B_____ ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision.

Ils ont réitéré les conclusions prises devant le TAPI.

Il existait une nécessité médicale qu'ils restent en Suisse au moins jusqu'à la naissance de leur enfant. Ils devaient ensuite être autorisés à rester en Suisse au moins pendant les premiers mois de la vie de leur enfant, leur pays ne leur offrant qu'un système de suivi médical très lacunaire, les assurances privées étant très chères et appliquant un délai de carence de trois cents jours avant la prise en charge d'une grossesse. Par conséquent, l'exécution de leur renvoi était illicite.

Leur audition ainsi que celle du Dr E_____ devaient être ordonnées.

11) Le 22 juillet 2021, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

La décision de renvoi n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours et M. A_____ était autorisé à demeurer en Suisse durant la procédure, ce que le TAPI avait constaté.

L'autorisation de travailler avait par contre été refusée suite à une décision négative de l'OCIRT.

Les conditions de séjour de Mme B_____ étaient en cours d'examen par le secteur protection. Son renvoi n'était pas d'actualité et ne concernait pas la présente procédure, de sorte que sa demande formulée au TAPI était irrecevable.

12) Les recourants n'ont pas répliqué dans le délai qui leur avait été imparti au 11 août 2021.

13) Le 19 août 2021, les parties ont été informées 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), délai qui a été observé en l'occurrence.

b. Selon l'art. 57 LPA, le recours contre une décision incidente est recevable si un dommage irréparable peut être causé. Tel est le cas en l'espèce, le renvoi du recourant à l'étranger pouvant causer un tel dommage (ATA/453/2020 du 7 mai 2020 consid. 1b et les références citées). Le recours est ainsi recevable.

c. La question de savoir si le recours répond aux exigences de motivation de l'art. 65 LPA peut demeurer indécise, dès lors que le recours est de toute manière infondé, comme cela sera exposé ci-après.

2) Les recourants sollicitent préalablement leur audition ainsi que celle du Dr E_____.

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 influer 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'espèce, l'existence d'une grossesse à risque n'est pas contestée, les recourants ont eu à plusieurs reprises la possibilité de s'exprimer par écrit et le dossier de la cause apparaît complet.

Il ne sera donc pas donné suite à la demande d'actes d'instruction, étant de surcroît relevé que la nature du litige, qui porte sur des mesures provisionnelles, ne s'y prête pas.

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

a. Selon la jurisprudence, un 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. 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).

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, il peut être entré en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif aux conditions de l'art. 66 al. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. En revanche, il ne peut être entré en matière 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).

4) En l'espèce, le TAPI a retenu à juste titre que la décision prononçant le renvoi de Suisse de M. A_____ n'avait pas été déclarée exécutoire nonobstant recours, de sorte que le recours avait produit un effet suspensif de par la loi. M. A_____ ne serait pas expulsé jusqu'à droit connu dans la procédure et sa demande de restitution de l'effet suspensif était sans objet, de même que sa demande d'octroi de l'autorisation de séjourner en Suisse durant la procédure.

C'est sans excès ni abus de son pouvoir d'appréciation que le TAPI a considéré que l'octroi de l'effet suspensif au recours contre la décision de refus d'octroi d'une autorisation de séjour à M. A_____ reviendrait à accorder à

celui-ci ce qui lui avait été refusé par l'OCPM et à faire ainsi droit à ses conclusions avant qu'il ne soit statué sur le fond.

C'est pareillement sans excès ni abus de son pouvoir d'appréciation que le TAPI a jugé que donner suite à la demande de M. A_____ sur ce point contredirait la décision de l'OCIRT du 7 avril 2021 et pourrait être vu comme encourageant le fait de ne pas se soumettre à une décision.

Enfin, c'est à juste titre que le TAPI a considéré que le statut de Mme B_____ n'était pas l'objet de la décision attaquée, de sorte que ses conclusions étaient irrecevables.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

5) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge des recourants, qui succombent, et aucune indemnité de procédure ne leur sera allouée (art. 87 al. 1 et 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 juillet 2021 par M. A_____ et Mme B_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 29 juin 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de M. A_____ et Mme B_____ ;

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 M. A_____ et Mme B_____, 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 : M. Mascotto, président, MM. Verniory et Reymond, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
S. Hüsler Enz	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :