RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2601/2023-PE **ATA/1203/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 novembre 2023

2ème section

dans la cause

A_____ **recourant**
représenté par Me Lida LAVI, avocate

contre

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

_____

Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 1er septembre 2023 (DITAI/385/2023)

EN FAIT

A. **a.** A_____, ressortissant brésilien né le _____ 1979, a résidé en Suisse au bénéfice d'une autorisation de séjour du 28 janvier 2004 au 22 décembre 2009, date à laquelle il a annoncé son départ.

b. Le 27 mai 2021, B_____a déposé auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en sa faveur.

c. Par décision du 18 août 2021, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), à qui l'OCPM avait transmis la demande pour raison de compétence, a refusé d'y faire droit.

Cette décision n'a pas été contestée.

d. Se référant à cette décision, l'OCPM a refusé, par décision du 21 septembre 2021, l'octroi de l'autorisation de séjour en vue de l'exercice d'une activité lucrative et prononcé le renvoi de Suisse de A_____.

e. Par jugement du 8 juin 2022, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a rejeté le recours formé par ce dernier contre la décision de l'OCPM.

f. Par acte du 11 juillet 2022, A_____ a recouru à la chambre administrative de la Cour de justice contre ce jugement en concluant à son annulation. Il a demandé que l'OCPM suspende son renvoi jusqu'à droit connu dans cette « nouvelle procédure ».

Son activité salariée n'avait été que temporaire. Les revenus provenant de son activité indépendante allaient augmenter, dans la mesure où ses démarches au Portugal en vue de créer sa société avaient été menées à terme. Le TAPI aurait dû examiner sa demande sous l'angle d'une autorisation de séjour pour activité indépendante. En outre, il souffrait de problèmes de santé à la suite d'un AVC survenu à la fin de l'année 2021. Il était depuis lors suivi par plusieurs médecins des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après : HUG). Il pouvait certes exercer une activité lucrative, mais son suivi était très important pour sa santé.

g. L'intéressé a encore ajouté qu'il souffrait également de troubles cardiaques, susceptibles de faire l'objet d'une intervention chirurgicale, ainsi que d'une syphilis latente. Les médecins n'avaient pas encore trouvé la cause de son AVC. Il était limité physiquement et psychiquement à la suite d'une agression dont il avait été victime ainsi qu'en raison du stress et des angoisses que généraient ses problèmes médicaux. Il n'avait donc pas pu se rendre au Portugal ni déployer sa société.

h. Par arrêt du 1er novembre 2022, la chambre administrative a rejeté son recours.

La décision de l'OCPM ne constituait que la conséquence du fait que le recourant ne remplissait pas les conditions pour un séjour avec activité lucrative en Suisse et qu'il n'était pas au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse.

Le recourant n'établissait ni ne soutenait que les soins et le suivi dont il bénéficiait pour l'état anxio-dépressif, l'hypercholestérolémie, des troubles cardiaques, les suites d'un AVC, voire une éventuelle syphilis latente ne seraient pas accessibles au Brésil ou au Portugal et que l'exécution de son renvoi menacerait de manière concrète sa vie ou son intégrité corporelle ou psychique ou l'exposerait à une nette aggravation de son état physique de nature à le mettre concrètement en danger. En conséquence, il ne remplissait pas les conditions d'une admission provisoire.

i. Le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours formé par A_____ contre cet arrêt.

j. Le 7 février 2023, l'OCPM a imparti à l'intéressé un délai au 10 mars suivant pour quitter la Suisse.

k. Le 31 mars 2023, A_____ a déposé auprès de l'OCPM une demande d'autorisation de séjour pour cas de rigueur en se prévalant de problèmes de santé. Il a également sollicité l'octroi de l'effet suspensif.

l. Par décision du 14 juin 2023, l'OCPM a refusé de transmettre le dossier du précité au secrétariat d'État aux migrations (ci-après : SEM) avec un préavis favorable, afin que cette autorité lui délivre une autorisation de séjour pour cas de rigueur. Il lui a également enjoint de quitter la Suisse sans délai, la décision étant déclarée exécutoire nonobstant recours.

m. Par acte du 17 août 2023, l'administré a recouru auprès du TAPI contre cette décision en concluant, sur mesures provisionnelles, à ce qu'il soit autorisé à demeurer et à travailler en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours ainsi qu'à l'octroi d'une autorisation de travail provisoire. Il a sollicité sa comparution personnelle, l'annulation de ladite décision, l'octroi d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur, l'interdiction pour l'OCPM de requérir le SEM de prononcer une interdiction d'entrée en Suisse et son admission provisoire.

Sa santé n'avait cessé de se dégrader durant les dernières années. Il avait été hospitalisé aux HUG à la suite d'un AVC survenu en 2022. Une anomalie cardiaque avait été décelée ainsi qu'une syphilis latente. Plus récemment, son état s'était gravement détérioré. Il avait subi une lourde opération chirurgicale du cœur. Sa situation constituait manifestement un cas individuel d'extrême gravité.

L'OCPM n'avait pas suffisamment pris en considération la gravité de son état de santé sous l'angle du cas de rigueur. La décision attaquée devait être annulée, dès lors que l'autorité intimée avait violé le principe de la libre appréciation des preuves et l'interdiction de l'arbitraire.

Il sollicitait également la restitution de l'effet suspensif. L'obligation de quitter la Suisse sans délai pourrait lui causer un dommage irréparable en raison de son état de santé.

Il a produit un chargé de pièces, comportant des documents d'ordre médical.

n. L'OCPM a conclu au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif et du recours.

o. Par décision du 1er septembre 2023, le TAPI a rejeté la requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles.

Les problèmes de santé de l'intéressé avaient déjà été pris en considération dans la procédure précédente. Il ne résultait d'aucun document médical qu'en cas de départ de Suisse, A_____ subirait un dommage difficilement réparable. En outre, l'octroi de mesures provisionnelles conduirait à octroyer, de manière anticipée, à l'intéressé ce qu'il réclamait sur le fond, ce qui n'était pas admissible.

B. **a.** Par acte déposé le 13 septembre 2023, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre cette décision, dont il a demandé l'annulation. Il a conclu à la restitution de l'effet suspensif.

Il séjournait à nouveau de manière continue en Suisse depuis 2019, disposait d'une promesse d'embauche ferme et souffrait d'importants problèmes de santé. Le TAPI n'avait pas suffisamment tenu compte de ces derniers, de la durée de son séjour en Suisse et de ses difficultés de réinsertion professionnelle dans son pays, alors qu'il avait l'opportunité de bénéficier en Suisse d'une situation professionnelle stable avec un salaire « confortable ».

b. L'OCPM a conclu au rejet du recours.

c. Le recourant ne s'est pas manifesté dans le délai de réplique.

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 des

mesures provisionnelles étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b et 63 al. 1 let. c de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA - E 5 10), délai qui a été observé en l'occurrence.

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/191/2023 du 28 février 2023 consid. 2 ; ATA/1332/2020 du 22 décembre 2020 consid. 1b ; ATA/634/2020 du 30 juin 2020 consid. 1 b).

Le recours est ainsi recevable.

2. Il convient d'examiner si le refus de restituer l'effet suspensif et d'accorder des mesures provisionnelles était fondé.

2.1 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).

2.2 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).

2.3 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/287/2023 du 21 mars 2023 consid. 3.5 ; ATA/191/2023 précité consid. 4.5 ; ATA/1369/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3a).

2.4 En l'espèce, le recourant fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire de renvoi. La nouvelle décision de l'OCPM querellée devant le TAPI constitue un

refus d'autorisation de séjour pour cas de rigueur. Le recourant n'étant pas, avant ce refus, en possession d'un droit de séjour, la restitution de l'effet suspensif demeurerait sans portée. Le TAPI a donc, à juste titre, traité sa requête comme une requête de mesures provisionnelles, ce que le recourant ne critique d'ailleurs pas.

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

3.1 Selon la jurisprudence, 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/287/2023 précité consid. 4.1 ; ATA/1369/2018 précité consid. 3b ; ATA/566/2012 du 21 août 2012 consid. 4).

3.2 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 Verwaltungs-prozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

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).

3.3 En l'espèce, la première juge a procédé à la pesée des intérêts en présence, tenant compte de l'intérêt privé du recourant à demeurer en Suisse et de l'intérêt public à ce que les décisions rendues à son endroit soient respectées.

Elle a, en particulier, pris en considération l'existence d'une décision refusant l'octroi d'une autorisation de séjour, devenue définitive à la suite du rejet des recours formés contre celle-ci, en dernier par le Tribunal fédéral le 5 janvier 2023, le fait que les problèmes de santé du recourant avaient été examinés durant la procédure ayant conduit à l'arrêt du Tribunal fédéral et le fait qu'aucun document médical n'établissait qu'en cas de départ de la Suisse, le recourant subirait un dommage difficile à réparer. Elle a également constaté que celui-ci ne pouvait obtenir par voie de mesures provisionnelles ce qu'il recherchait au fond. Prenant en compte l'ensemble de ces éléments, la juge a retenu que le respect de l'ordre juridique suisse et des procédures l'emportait sur l'intérêt privé du recourant à continuer à séjourner en Suisse durant la procédure.

Cette pesée des intérêts ne prête pas le flanc à la critique. En tant que le recourant se prévaut de la longue durée de son séjour en Suisse, d'une situation professionnelle stable en Suisse et de ses difficultés de réintégration professionnelle au Brésil, il se fonde sur des éléments qui résultent exclusivement du fait qu'il a fait fi des décisions, y compris de justice, rendues à son encontre. Il doit être tenu compte de cet aspect dans la pesée des intérêts, comme l'a fait à juste titre le TAPI.

Par ailleurs, ce dernier a également dûment tenu compte des attestations médicales produites par le recourant et retenu qu'aucune d'elles n'établissait qu'en cas de départ de Suisse, celui-ci s'exposerait à un préjudice irréparable. Bien que le recourant reproche au TAPI de ne pas avoir pris suffisamment en compte la gravité de son état de santé, il n'allègue ni ne rend vraisemblable devant la chambre administrative que s'il devait attendre l'issue de la procédure en dehors de la Suisse, il subirait du fait de ses problèmes de santé un dommage difficilement réparable. Comme l'a constaté le TAPI, aucune attestation médicale ne fait état d'une nécessité médicale à demeurer en Suisse, et le recourant ne soutient pas que les traitements en cours ne pourraient être poursuivis au Brésil ou au Portugal où il a indiqué dans la précédente procédure avoir fondé une société.

Ayant dûment tenu compte de l'ensemble des éléments qui précèdent, le TAPI n'a pas violé la loi ni abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant les mesures sollicitées.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

4. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 550.- sera mis à la charge du recourant, qui ne peut se voir allouer une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 septembre 2023 par A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 1er septembre 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 550.- à la charge de 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 Me Lida LAVI, 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 : Florence KRAUSKOPF, présidente, Sylvie DROIN, Jean-Marc VERNIORY, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	la présidente siégeant :
S. HÜSLER ENZ	F. KRAUSKOPF

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.