RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1458/2021 DITAI/217/2021

# DÉCISION

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# DE PREMIÈRE INSTANCE

du 10 mai 2021

dans la cause

**Monsieur A_____**, représenté par Me Jean ORSO, avocat, avec élection de domicile

contre

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

# EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1990, est ressortissant de Colombie.

2. Le _____ 2020, il a été interpellé par le corps des gardes-frontière, à B_____. Il était dépourvu de titre de séjour suisse mais en possession d'un titre de séjour espagnol, valable jusqu'au 22 novembre 2024. Il résidait à C_____, en France.

3. Le 12 mars 2021, il a été interpellé par le corps des gardes-frontière, à B_____ également, démuni de titre de séjour suisse.

   Lors de son audition, il a déclaré être arrivé en Suisse en avion depuis D_____, en septembre 2018. Il a reconnu résider et exercer une activité lucrative en Suisse sans autorisation. Il était venu pour travailler. Il résidait chez son bailleur, à E_____. Il travaillait comme peintre en bâtiment auprès de F_____, entreprise sise à G_____. Il avait commencé à y travailler en mars 2019. Il était payé mensuellement par versements sur son compte bancaire et travaillait quarante heures par semaine pour un salaire de CHF 3'750.- par mois environ. Il payait des impôts et son employeur avait fait des demandes pour l'AVS mais pas d'autorisation pour travailler. Son père vivait en Colombie et le reste de sa famille en Espagne.

   Il « attendait juste d'avoir un titre de séjour pour régulariser [sa] situation et n'avait rien fait de mal ». Il n'avait pas d'autres liens en Suisse que son travail.

   À l'issue de son audition, il a été informé avoir été dénoncé au Ministère public pour séjour et activité sans autorisation.

4. Par décision du 21 avril 2021, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) a prononcé le renvoi de l'intéressé de Suisse et lui a imparti un délai 4 mai 2021 pour quitter le territoire, l'exécution de son renvoi paraissant licite, possible et raisonnablement exigible.

   Cette décision était motivée en raison de son absence de visa ou de titre de séjour valables, et du dépassement de la durée maximale de séjour sur le territoire des États membres de Schengen (trois mois sur une durée de six mois). Il avait reconnu résider à Genève depuis le 12 septembre 2018 et travailler sans autorisation depuis le 1er mars 2019.

5. Par acte du 27 avril 2021, sous la plume de son conseil, M. A_____ (ci-après : le recourant) a interjeté recours contre cette décision, auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal). Il a requis, préalablement, la restitution de l'effet suspensif au recours et la suspension de l'exécution du départ, sur mesures provisionnelles, jusqu'à ce que l'OCPM ait

statué sur sa demande de permis de séjour, ou jusqu'à droit jugé sur le recours. Il sollicitait un délai pour compléter son recours.

Principalement, il a conclu à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi du dossier à l'OCPM pour qu'il statue sur sa « demande d'autorisation de séjour ».

Il avait un titre de séjour espagnol, où sa famille vivait depuis 2010. Il était venu en Suisse passer des vacances avec un ami, en 2017. Il aimait la ville et avait décidé d'y rester. Il travaillait pour la société F_____, en qualité d'ouvrier auxiliaire depuis le 1er octobre 2019 pour un salaire brut de CHF 4'469.-. Il souhaitait obtenir un CFC de peintre, mais devait d'abord régulariser sa situation.

Une autorisation de séjour allait prochainement être déposée auprès de l'OCPM. Il avait donc un intérêt prépondérant à rester en Suisse, afin que l'OCPM statue sur sa requête. L'exécution de son renvoi de Suisse compromettrait toutes les chances de faire valoir ses droits. Il n'existait aucun intérêt prépondérant visant à l'éloigner du territoire, car il ne représentait aucune menace pour la sécurité et l'ordre juridique suisse. Le fait qu'il ait été interpellé une fois par les « services de police » n'y changeait rien.

L'admission de sa demande de mesures provisionnelles ne conduisait pas anticiper un jugement définitif au fond. S'il était renvoyé, sa future demande d'autorisation de séjour et de travail serait vaine, ce qui n'était pas souhaitable du point de vue du respect de ses droits fondamentaux.

6. Dans ses observations du 3 mai 2021, l'OCPM a estimé que le recourant n'avait pas démontré que son intérêt privé primait l'intérêt public au maintien du caractère exécutoire nonobstant recours de la décision entreprise, lequel était d'ailleurs prévu par la loi.

   Il avait pris note que le recourant souhaitait déposer prochainement une demande d'autorisation de séjour, mais celui-ci devait attendre la décision de l'OCPM à l'étranger, conformément à l'art. 17 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20).

7. Dans le délai imparti par le tribunal au 10 mai 2021 pour dupliquer, le recourant a persisté dans ses explications et a indiqué que sans restitution d'effet suspensif, il ne pourrait attendre l'issue de la procédure en Suisse.

   Au regard du respect de ses droits fondamentaux et procéduraux, il disposait d'un intérêt privé prépondérant à demeurer en Suisse durant la procédure de recours. Par opportunité, l'OCPM devait attendre le dépôt de la demande d'autorisation de séjour pour cas individuel d'extrême gravité avant de prononcer son renvoi.

# EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions de l'office cantonal de la population et des migrations relatives au statut d'étrangers dans le canton de Genève (art. 115 al. 1 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 3 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10).

2. La question de la recevabilité du recours sera traitée ultérieurement.

3. Selon l'art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours.

4. Conformément à l'art. 64 al. 3 LEI, le recours contre une décision de renvoi d'un étranger n'ayant pas d'autorisation alors qu'il y est tenu (art. 64 al. 1 let. a LEI) n'a pas d'effet suspensif. La décision de renvoi peut faire l'objet d'un recours dans les cinq jours ouvrables suivant la notification de la décision de renvoi et l'autorité compétente statue, le cas échéant, dans les dix jours, sur l'effet suspensif.

5. La juridiction de recours peut restituer l'effet suspensif à la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 66 al. 3 LPA; cf. aussi art. 55 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021, en particulier l'art. 55 al. 5).

   La restitution de l'effet suspensif conduit le juge à effectuer une pesée des intérêts entre ceux du recourant, menacés par la décision, et ceux de la collectivité - ou d'un tiers - à une application immédiate de cette décision (ATF 129 II 286 consid. 3), la restitution de l'effet suspensif étant subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'inexécution immédiate de la décision (ATF 129 II 286 consid. 3 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_557/2016 du 24 mars 2017 consid. 3.3 ; 2C_293/2013 du 21 juin 2013 consid. 4.1 ; 1C_195/2013 du 20 mars 2013 consid. 3.2 ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2000, p. 405).

6. La juridiction de recours dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui varie selon la nature de l'affaire. Elle n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_158/2017 du 27 mars 2017 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATA/1205/2018 du 12 novembre 2018 consid. 6b). En effet, les décisions sur effet suspensif n'ont pas pour effet de trancher la cause au fond, mais uniquement de régler les effets de la décision attaquée durant la procédure.

La décision sur effet suspensif ne préjuge en principe pas de l'issue du litige, celle-ci ne pouvant être prise en considération que si elle n'est pas douteuse, soit qu'elle ne fasse aucun doute (arrêts du Tribunal fédéral 2C_631/2010 du 8 septembre 2010 consid. 5.2 et les références ; 2C_356/2007 du 18 septembre 2007 consid. 3 ; ATA/1275/2017 du 12 septembre 2017 consid. 6b). Pour une partie de la doctrine cependant, l'issue probable du procès devrait pouvoir influencer le sort de l'effet suspensif non seulement si elle apparaît manifeste, mais aussi si elle paraît largement vraisemblable (Cléa BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, 2015, n° 701, p. 264 s).

7. À teneur de l'art. 21 al. 1 LPA, les mesures provisionnelles à disposition de l'autorité administrative ont pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la chambre administrative de la Cour de justice et le tribunal, les mesures provisionnelles ne sont cependant légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 5 et références citées ; Isabelle HAENER, Vorsorglichen Massnahmen, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

   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 in RDAF 2002 I 405 ; ATA/746/2015 du 21 juillet 2015 consid. 5).

8. En l'espèce, le tribunal ne saurait ni restituer l'effet suspensif ni octroyer sous forme de mesures provisionnelles un quelconque droit au recourant à demeurer sur le territoire suisse en attendant l'issue de la procédure.

   En effet, il découle de la pesée des intérêts en présence que l'intérêt public au renvoi du recourant est prépondérant, compte tenu en particulier de l'absence d'un droit dont il pourrait se prévaloir pour séjourner en Suisse. En effet, la restitution de l'effet suspensif reviendrait à consacrer la politique du fait accompli (ATA/634/2020 du 30 juin 2020) et à récompenser celui qui contrevient à la loi, au détriment des personnes respectueuses des procédures en vigueur, ce qui n'est pas admissible. Son admission sur le territoire suisse, jusqu'à droit jugé, compromettrait la sécurité du droit et équivaudrait à lui accorder ce qu'il demande sur le fond (ATA/228/2015 du 2 mars 2015 consid. 7). Or, l'intérêt public à ne pas encourager un tel comportement (arrêt du Tribunal fédéral 2C_639/2012 du 13 février 2013 consid. 4.5 ; ATA/177/2013 du 19 mars 2013 consid. 7) doit l'emporter sur les intérêts privés du recourant, étant aussi rappelé que, de façon

générale, celui qui place l'autorité devant le fait accompli doit s'attendre à ce que celle-ci se préoccupe plus de rétablir une situation conforme au droit que d'éviter les inconvénients qui en découlent pour lui (ATF 123 II 248 consid. 4a ; 111 Ib 213 consid. 6b et la jurisprudence citée ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_543/2011 du 14 janvier 2013 consid. 5.1 ; ATA/1788/2019 du 10 décembre 2019).

En outre, aucune requête de délivrance de titre de séjour n'a été déposée par le recourant précédemment au prononcé de la décision de renvoi querellée, de sorte qu'il ne peut être retenu, en l'état actuel du dossier, sur lequel le tribunal doit se fonder pour connaître de la requête de restitution d'effet suspensif, qu'il a effectué des démarches auprès de l'OCPM pour tenter de régulariser sa situation. Selon ses dires, une telle demande devrait être déposée prochainement, sans autre précision. Au surplus, à teneur de l'art. 17 LEI et de la jurisprudence relative à cette norme (ATF 139 I 37 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_483/2009 du 18 septembre 2009 consid. 3.1 ; ATA/1856/2019 du 23 décembre 2019 consid. 7), le recourant devra attendre à l'étranger la décision relative à sa future demande d'autorisation de séjour pour travailler et séjourner à Genève. À cet égard, son renvoi ne compromet pas ses chances de faire valoir ses droits. En effet, sa présence à Genève n'est pas nécessaire pour maintenir l'état de fait, la procédure étant écrite, les pièces utiles figurant au dossier et un conseil le représentant devant les autorités et les juridictions compétentes.

9. Au vu de ce qui précède, la demande de restitution de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours est refusée.

10. La suite de la procédure est réservée.

11. Le sort des frais de l'instance sera tranché avec le fond du litige (art. 87 al. 1 LPA).

12. En vertu des art. 89 al. 2 et 111 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision sera communiquée au secrétariat d'État aux migrations.

**PAR CES MOTIFS**

**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**DE PREMIÈRE INSTANCE**

**statuant sur effet suspensif et mesures provisionnelles**

1. rejette la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours formée par Monsieur A_____ ;

2. réserve la suite et le sort des frais de la cause jusqu'à droit jugé au fond ;

3. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. b et 65 LPA, la présente décision est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les dix jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation de la décision attaquée et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné de la présente décision et des autres pièces dont dispose le recourant.

**Au nom du Tribunal :**

**La présidente**

**Sophie CORNIOLEY BERGER**

Copie conforme de cette décision est communiquée aux parties, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Genève, le La greffière