

## **GE\_GERICHTE ATA/1332/2020 vom 22. Dezember 2020**

GE Cour de justice, 2020-12-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1332\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1332_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1332/2020 du 22 décembre 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/1332/2020 del 22 dicembre 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 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), 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/634/2020 du 30 juin 2020 consid. 1 b ; ATA/453/2020 du 7 mai 2020 consid. 1b et les références citées).

Le recours est ainsi recevable. 2.

Les recourants sollicitent préalablement leur audition.

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 influencer 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

- 8/13 - A/3143/2020 (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, les recourants ont eu l'occasion de s'expliquer, outre dans leurs écritures devant le TAPI, dans le présent recours et dans leur réplique. Le dossier est en état d'être jugé. Ils ne précisent d'ailleurs pas sur quels points leur audition permettrait de compléter le dossier. Les auditions sollicitées ne sont donc pas susceptibles de modifier l'issue du litige.

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).

c. 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.

- 9/13 - A/3143/2020

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/87/2013 précité ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011). 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, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 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). 4. a. En l'espèce, il convient, en premier lieu, de relever que la décision de l'OCPM comporte, d'une part, le rejet de la demande d'octroi de permis de séjour pour études et, d'autre part, impartit aux deux frères un délai pour quitter la Suisse.

La requête de mesures provisionnelles et de restitution de l'effet suspensif doit donc être examinée séparément pour chacun de ces aspects.

b. En ce qui concerne le rejet de la demande d'autorisation de séjour, il y a lieu de retenir que la restitution de l'effet suspensif serait, sur ce point, sans portée. En effet, la restitution dudit effet emporterait le maintien de la situation existante avant le prononcé de la décision querellée, à savoir l'absence d'autorisation de séjour. Seul entre ainsi en considération le prononcé de mesures provisionnelles.

Or, l'octroi d'un titre de séjour par voie de mesures provisionnelles reviendrait à accorder aux jeunes gens ce qu'ils sollicitent au fond. La question de savoir si la décision de l'OCPM

de rejeter la demande de permis de séjour est bien fondée fait cependant précisément l'objet du fond du litige. L'octroi d'un titre de séjour par voie de mesures provisionnelles n'est donc pas possible.

c. En revanche, le point portant sur le délai imparti par l'OCPM pour que les deux frères quittent la Suisse est susceptible de restitution de l'effet suspensif. À cet égard, il convient de procéder à la pesée des intérêts en présence. L'intérêt public à l'éloignement immédiat des jeunes gens, certes important, doit toutefois être relativisé. Ceux-ci ont disposé d'un titre de séjour de 2008 à 2013. Pendant la procédure s'étant terminée par l'arrêt du Tribunal fédéral rendu en novembre 2019, l'OCPM a toléré leur présence en Suisse et le Tribunal fédéral a accordé

- 10/13 - A/3143/2020 l'effet suspensif à leur recours, leur permettant de résider légalement en Suisse, pendant la procédure fédérale.

L'intérêt des deux frères à pouvoir rester en Suisse, à tout le moins pendant la durée de la procédure de première instance, apparaît, en outre, important. A\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ vivent à Genève, sous réserve d'une interruption de leur séjour entre mars 2011 et septembre 2012, depuis plus de dix ans. Ils ont appris le français et suivi leur scolarité à Genève. A\_\_\_\_\_ y poursuit sa scolarité obligatoire. Le retrait de l'effet suspensif a pour conséquence d'interrompre celle-ci avant la fin de l'année scolaire ; une telle interruption porte une atteinte importante à ses intérêts. D\_\_\_\_\_ n'a, certes, pas pu entamer son apprentissage, l'OCPM ayant refusé de donner son accord. Toutefois, les deux frères ayant grandi et toujours vécu ensemble, le sort de l'un ne saurait être dissocié de celui de l'autre, quand bien même l'aîné est devenu récemment majeur.

Outre ces éléments, il y a encore lieu de relever que les deux frères ont déjà dû faire face à plusieurs déracinements et qu'il est, à première vue, essentiel de ne pas leur en imposer un nouveau, qui pourrait s'avérer inutile si leur recours était admis. Ce dernier n'apparaît, prima facie et sans préjudice de l'examen au fond, pas entièrement dépourvu de chances de succès, les éléments dont se prévalent les deux frères nécessitant un examen circonstancié. Par ailleurs, leur père et leur oncle pourvoient entièrement à leur entretien.

Enfin, les éventuels reproches que l'on peut leur faire du fait qu'ils n'ont pas quitté la Suisse après la fin de la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral, est le fait de leurs parents, les intéressés étant alors mineurs. Ce choix parental ne saurait, au stade de la décision sur effet suspensif, porter préjudice aux enfants, qui n'en sont pas responsables.

Au vu de ces éléments, il convient de retenir que l'intérêt privé des deux frères à la restitution de l'effet suspensif en ce qui concerne le délai imparti pour quitter la Suisse l'emporte sur l'intérêt public à leur éloignement. Il y a donc lieu de restituer l'effet suspensif sur ce point.

Le jugement sera ainsi annulé en ce qui concerne le délai de départ imparti aux deux frères et confirmé pour le surplus. 5.

Les recourants obtenant partiellement gain de cause, il n'y a pas lieu à perception d'un émolument (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité réduite de procédure de CHF 800.- leur sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*