

## **GE\_GERICHTE A/489/2020 vom 7. Mai 2020**

GE Cour de justice, 2020-05-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_489\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_489_2020)

FR: GE\_GERICHTE A/489/2020 du 7 mai 2020

IT: GE\_GERICHTE A/489/2020 del 7 maggio 2020

### **Erwägungen**

#### **E. 11**

Par observations du 19 mars 2020, l'OCPM a conclu au rejet du recours. M. A\_\_\_\_\_ avait indiqué être arrivé en Suisse en 2015 et avait commencé à travailler en étant dépourvu de tout titre de séjour ; ce n'était qu'en octobre 2018 qu'une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative avait été déposée. Par deux décisions de 2018 et 2019, l'OCIRT avait refusé de délivrer une unité du contingent en faveur de M. A\_\_\_\_\_ et il était donc clair qu'il ne pouvait pas travailler. L'intéressé avait fait fi des décisions rendues à son endroit et ne saurait se plaindre qu'un renvoi de Suisse lui ferait perdre ses revenus alors même qu'il savait ne pas être en droit de travailler. Ainsi, il ne pouvait pas faire valoir un intérêt prépondérant à attendre en Suisse l'issue de la procédure.

#### **E. 12**

Par réplique du 15 avril 2020, M. A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions et son argumentation. L'autorité intimée ne mettait pas en exergue les raisons impératives justifiant le retrait de l'effet suspensif au recours. Son intérêt privé devait primer sur l'intérêt public à son éloignement. S'agissant du litige avec son ancien employeur, il avait tout d'abord entrepris des démarches en privilégiant la voie de la conciliation, afin de traiter le litige à l'amiable. Par la suite, son conseil avait reçu une réponse non satisfaisante dudit employeur, raison pour laquelle l'intéressé lui avait donné pour instruction d'introduire dans les délais les plus brefs une demande en paiement devant la juridiction des prud'hommes. En parallèle, en raison de « la mauvaise foi objectivement supposée de son ancien employeur », M. A\_\_\_\_\_ entendait déposer une plainte pénale à son encontre. Il devait ainsi pouvoir défendre ses droits et jouer un rôle actif et déterminant dans ladite procédure. Tous ces éléments justifiaient la primauté de son intérêt privé sur l'intérêt public à son éloignement.

#### **E. 13**

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1) a. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 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. Le recours est ainsi recevable. 2) Le recourant sollicite préalablement son 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) et 41 LPA, 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). b. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_119/2015 du 16 juin 2015 consid. 2.1). c. Le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_551/2015 du 22 mars 2016 consid. 2.2), ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1). d. En l'espèce, le recourant a eu l'occasion de s'expliquer, outre dans ses écritures devant le TAPI, dans son recours du 9 mars 2020 et dans sa réplique. Le dossier est en état d'être jugé. De surcroît, il n'indique pas en quoi une audition pourrait amener des éléments complémentaires pertinents à l'issue du litige. En conséquence, il ne sera pas donné suite à sa demande de comparution personnelle. 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). 4) a. Selon la jurisprudence et la doctrine, 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 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., 2016, n. 1166 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009). 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, la chambre administrative pourra entrer 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. Elle ne pourra pas en faire de même 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). 5) a. 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). b. 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). 6) 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. Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, 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 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). 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).

7) a. Tout étranger qui entend exercer en Suisse une activité lucrative doit être titulaire d'une autorisation, quelle que soit la durée de son séjour. Il doit la solliciter auprès de l'autorité compétente du lieu de travail envisagé (art. 11 al. 1 de la loi sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 - LEI - RS 142.20). b. Qu'il s'agisse d'une première prise d'emploi, d'un changement d'emploi ou du statut de travailleur salarié vers un statut de travailleur indépendant, une décision cantonale préalable concernant le marché du travail est nécessaire pour l'admission en vue de l'exercice de l'activité lucrative (art. 40 al. 2 LEI et 83 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 - OASA - RS 142.201). c. Dans le canton de Genève, le département de la sécurité et de l'économie est l'autorité compétente en matière de police des étrangers, compétence qu'il peut déléguer à l'OCPM (art. 1 al. 1 et art. 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10) sous réserve des compétences dévolues à l'OCIRT en matière de marché de l'emploi. La compétence pour traiter les demandes d'autorisation de séjour avec prise d'emploi est dévolue à l'OCIRT (art. 17A de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05 et 35A du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01). De même que les décisions de l'OCPM, celles de l'OCIRT peuvent faire l'objet d'un recours auprès du TAPI avant de pouvoir être déférées à la chambre administrative (art. 3 LaLEtr).

8) En l'espèce, la demande du recourant vise à obtenir une autorisation de séjour avec activité lucrative, refusée par l'OCPM le 6 janvier 2020.

9) Aux termes de l'art. 18 LEI, un étranger peut être admis en vue d'exercer une activité lucrative salariée aux conditions suivantes : son admission sert les intérêts économiques du pays (let. a) ; son employeur a déposé une demande (let. b) ; les conditions fixées aux art. 20 à 25 LEtr sont remplies (let. c). Lesdites conditions sont cumulatives ( ATA/494/2017 du 2 mai 2017 consid. 3 : ATA/401/2016 du 10 mai 2016).

10) En l'espèce, la décision litigieuse, sur effet suspensif, est de type négatif (Cléa BOUCHAT, *l'effet suspensif en procédure administrative*, 2015, p. 107 n. 282). En effet, le recourant ne disposait - et ne dispose encore - d'aucun droit de séjour.

11) Le recourant reproche au TAPI d'avoir procédé à une pesée des intérêts erronée. En substance, il y avait lieu de prendre en considération son emploi actuel, les attaches créées en Suisse depuis quatre ans et la procédure prud'homale, voire pénale, qu'il allait engager contre son ancien employeur. La solution à laquelle parvient le TAPI dans le cadre de la pesée des intérêts est toutefois correcte. L'intérêt privé du recourant de pouvoir rester en Suisse, continuer à exercer son emploi sans autorisation et

percevoir une rémunération doit céder le pas à l'intérêt public au respect de la loi, notamment à l'exigence de l'art. 18 LEI que l'activité serve les intérêts économiques du pays, étant précisé que le recourant a déjà travaillé chez trois employeurs différents sans autorisation. « Il paraît souhaitable que le but assigné par la loi ou poursuivi par la décision puisse être atteint et ne soit pas contrecarré par une longue procédure, laquelle serait assortie de l'effet suspensif » (Cléa BOUCHAT, op. cit, p. 249 n. 656). Quant à l'argument de sa présence en Suisse pour intenter et suivre la procédure devant le Tribunal des Prud'hommes, voire pour déposer une plainte pénale - démarches non encore initiées - il n'apparaît pas décisif, dans la mesure où le recourant a la possibilité de se faire représenter par son conseil devant lesdites instances. 12) C'est donc à juste titre que le TAPI a refusé la restitution de l'effet suspensif au recours contre la décision querellée. Quant à l'octroi de mesures provisionnelles ayant le même effet, il n'est pas non plus envisageable. En effet, une telle conclusion aboutirait à accorder au recourant l'autorisation sollicitée au fond et anticiperait ainsi le jugement définitif. Par conséquent, le recours doit être rejeté et la décision du TAPI confirmée. 13) Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.