

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1565/2009-PE

ATA/279/2009

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 9 juin 2009**

dans la cause

**Monsieur M\_\_\_\_\_**

représenté par Me Philippe Girod, avocat

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE  
ADMINISTRATIVE**

et

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION**

---

### EN FAIT

1. Monsieur M\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1951, est ressortissant marocain. Il est venu en Suisse le 9 janvier 1974.
2. Le 10 janvier 1974, il a épousé une Suissesse à Genève et il a ainsi obtenu une autorisation de séjour délivrée par l'office cantonal de la population (ci-après : OCP).  
  
Le divorce des époux a été prononcé le 16 avril 1975 par le Tribunal de première instance de Genève. M. M\_\_\_\_\_ aurait alors quitté Genève pour prendre un domicile en France voisine dans le pays de Gex.
3. Le 9 août 1979, M. M\_\_\_\_\_ a épousé à Lausanne une autre ressortissante suisse dont il a divorcé le 22 mai 1981.
4. Le 21 mai 1982, il a épousé une Française avec laquelle il a vécu à Genève et qui avait déjà une fille née le 19 novembre 1980. Le divorce a été prononcé le 22 novembre 1985.
5. Le 25 novembre 1987, M. M\_\_\_\_\_ a épousé à Genève une compatriote arrivée le 2 septembre 1987. De cette union sont nés deux fils les 14 janvier 1990 et 11 février 1991.
6. Le 9 octobre 1989, M. M\_\_\_\_\_ a obtenu un permis d'établissement.
7. Le 31 août 1996, M. M\_\_\_\_\_ et sa famille ont quitté la Suisse pour se rendre au Maroc, ce départ n'ayant cependant pas été annoncé à l'OCP. Il a perdu alors le bénéfice de son permis d'établissement.
8. Le 14 avril 2000, au terme d'un "acte de divorce définitif irrévocable", le Tribunal de première instance de Marrakech a constaté que l'épouse se désistait de la garde des deux enfants et que "l'époux avait requis acte de ce qu'il répudiait son épouse d'une répudiation première définitive, irrévocable (cause Khol) après consommation du mariage".
9. Le 26 octobre 2000, M. M\_\_\_\_\_ a sollicité de l'OCP l'octroi d'une autorisation de séjour pour des "raisons de reconstitution de la cellule familiale au motif que sa fille - en fait, celle de sa troisième épouse, Française, et non la sienne - ne s'entendait pas avec son nouveau beau-père et que ses deux garçons n'avaient pas réussi, dans les quatre ans où ils avaient vécu au Maroc, à s'intégrer et à se faire accepter par leurs camarades. Cette grande sœur pourrait ainsi remplacer un tant soit peu la mère des deux garçons.

10. Le 10 avril 2001, l'OCP a accepté de soumettre cette requête à l'office fédéral des étrangers avec un préavis favorable en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour ce qui impliquait ainsi une exception aux mesures de limitation du nombre d'étrangers.
11. Malgré un jugement du 21 septembre 2000, attestant que M. M\_\_\_\_\_ assumait la garde de ses deux fils, l'office fédéral des étrangers a refusé le 12 septembre 2001 l'exception aux mesures de limitation précitées. Les arguments invoqués par le requérant ne permettaient pas de considérer qu'il s'agissait d'un cas de rigueur, revêtant un caractère de gravité exceptionnelle au sens de la législation et de la pratique restrictives en la matière. Cette décision est devenue définitive et exécutoire.
12. Le 12 août 2003, M. M\_\_\_\_\_ a déposé auprès de l'Ambassade de Suisse à Rabat une demande d'autorisation d'entrée en Suisse au motif qu'il voulait épouser une Suisseuse domiciliée à Fribourg, dont il résulte du dossier qu'elle était rentière de l'assurance-invalidité. Un visa a été délivré à M. M\_\_\_\_\_ et le mariage a été célébré à Fribourg le 14 novembre 2003. Le service compétent de ce canton a octroyé à l'intéressé une autorisation de séjour.
13. Le 5 janvier 2004 cependant, Mme M\_\_\_\_\_ a dénoncé aux autorités fribourgeoises le mariage qu'elle venait de conclure comme étant un mariage blanc, non consommé. L'autorité compétente a alors envisagé de révoquer l'autorisation de séjour de M. M\_\_\_\_\_.  
  
Le 30 mars 2004, le Tribunal de l'arrondissement du Lac a prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale et autorisé les époux à vivre séparés.
14. Le 16 février 2004, M. M\_\_\_\_\_ a déposé auprès de l'OCP à Genève une demande d'autorisation de séjour et de travail. Le 24 mai 2004, l'OCP a refusé le transfert de l'intéressé à Genève en l'invitant à reprendre résidence dans le canton de Fribourg.
15. Le 26 novembre 2004, le juge d'instruction du canton de Fribourg a classé la procédure pénale ouverte à l'encontre de l'intéressé pour infraction aux dispositions légales sur le séjour et l'établissement des étrangers, (soit le mariage blanc) en considérant que la version des époux à ce sujet étaient contradictoires et que les charges n'étaient pas suffisantes.
16. En décembre 2004, M. M\_\_\_\_\_ a trouvé à Genève un emploi et un logement. Mme M\_\_\_\_\_ a signalé que son époux avait abandonné le domicile conjugal depuis le 14 février 2004.
17. Le 19 avril 2005, M. M\_\_\_\_\_ a demandé à l'OCP de lui restituer son permis C, ses deux fils ne pouvant plus continuer à vivre au Maroc où leurs grands-parents étaient trop âgés pour prendre soin d'eux. Depuis octobre 2004, les

deux enfants habitaient à Genève où ils étaient scolarisés, sans être au bénéfice d'un titre de séjour.

18. Par décision du 4 avril 2006, l'OCP a refusé de délivrer un permis d'établissement à M. M\_\_\_\_\_. Celui-ci avait vécu en Suisse de 1979 à 1996 puis de 2003 à 2006. Il exerçait une activité lucrative stable et songeait à reprendre la vie commune avec son épouse avec laquelle il admettait cependant ne plus entretenir de relations de couple. L'OCP relevait que la communauté conjugale semblait définitivement rompue et que M. M\_\_\_\_\_ ne maintenait son mariage que pour pouvoir bénéficier ou ne pas mettre en péril son autorisation de séjour. "Une telle pratique, dès lors qu'il (l'intéressé) ne prend aucune initiative visant à mettre un terme officiel à son union, voire même qu'il s'y oppose, constitue un abus de droit manifeste".

Toutefois, au vu des années passées en Suisse, de la particularité du cas d'espèce, de la bonne intégration de l'intéressé et du fait que son dossier ne comportait pas d'éléments négatifs, l'OCP se disait prêt à délivrer à l'intéressé l'autorisation de séjour sollicitée, sous réserve de l'approbation de l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM). En cas d'approbation de l'autorité fédérale, le séjour des deux enfants serait réglé dans le cadre des dispositions du regroupement familial et de la compétence cantonale.

19. Le 15 septembre 2006, l'ODM a informé M. M\_\_\_\_\_ de son intention de refuser son approbation et celui-ci a pu se déterminer à ce sujet, ce qu'il a fait le 4 octobre 2006.
20. Par décision du 18 octobre 2006, l'ODM a refusé d'approuver la prolongation de l'autorisation de séjour de l'intéressé qui était prié de quitter le territoire suisse d'ici le 19 janvier 2007. M. M\_\_\_\_\_ pouvait certes se prévaloir d'un séjour régulier et ininterrompu en Suisse entre 1980 et 1996 puis de 2003 à 2008, mais il avait fait entrer illégalement en Suisse ses deux fils en octobre 2004. Il les avait fait venir à Genève alors qu'il avait lui-même fait l'objet d'un refus de transfert cantonal.

Il résultait du dossier que M. M\_\_\_\_\_ travaillait sans être en possession d'une autorisation idoine et qu'il avait séjourné illégalement dans le canton de Vaud entre 1979 et 1980. Même s'il n'avait jamais donné lieu à des plaintes et qu'il n'avait jamais émarginé à l'assistance sociale puisqu'il avait toujours exercé une activité lucrative, "la conclusion d'un mariage de complaisance, l'invocation abusive d'un mariage vidé de toute substance et la non-observation des prescriptions de police des étrangers par une politique du fait accompli ne permettaient pas de suivre la proposition des autorités cantonales genevoises de police des étrangers".

21. M. M\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral lequel a rejeté le recours par arrêt du 3 septembre 2008 (TAF C\_562/2006).
22. Par courrier du 15 décembre 2008, l'ODM a fixé à M. M\_\_\_\_\_ un délai au 16 février 2009 pour quitter la Suisse, faute de quoi l'autorité compétente procéderait à son refoulement en application de l'art. 69 al. 1 de loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).
23. Le 20 janvier 2009, Madame S\_\_\_\_\_, domiciliée au Petit-Lancy, a écrit à l'OCP pour faire part à celui-ci de ses projets de mariage avec M. M\_\_\_\_\_, ce que ce dernier a confirmé par l'intermédiaire de son avocat le 9 février 2009. Avant de pouvoir mettre ce projet à exécution, Mme S\_\_\_\_\_ devait tout d'abord terminer la procédure de divorce relative à un premier mariage qui s'était achevée par le prononcé d'un jugement en septembre 2008, puis M. M\_\_\_\_\_ avait dû réunir de nombreux documents, raison pour laquelle tous deux n'avaient pu déposer plus rapidement leur demande.
- Le 9 février 2009, le conseil de M. M\_\_\_\_\_ a requis l'OCP de délivrer à son mandant un permis C.
24. Le 30 mars 2009, l'OCP a constaté que M. M\_\_\_\_\_ faisait l'objet d'une décision fédérale de renvoi, exécutoire, et que le délai de départ fixé au 16 février 2009 n'avait pas été respecté. Un nouveau délai au 13 avril 2009 lui était imparti pour quitter la Suisse et renvoyer la carte d'annonce de sortie. Quant à la nouvelle demande en mariage que M. M\_\_\_\_\_ avait l'intention de déposer, elle ne nécessitait pas la présence de l'intéressé en Suisse et il pouvait attendre à l'étranger les résultats de sa demande en application de l'art. 17 LEtr. Le requérant ne pouvait en effet prétendre séjourner en Suisse durant la procédure que s'il possédait un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour durable (Arrêt du Tribunal fédéral 2D\_98/2008 du 12 décembre 2008). L'effet suspensif au recours était retiré et la décision pouvait faire l'objet, dans les dix jours, d'un recours auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA).
25. Par acte daté du 9 avril 2009, M. M\_\_\_\_\_ a recouru contre cette dernière décision auprès de la CCRA. Il a conclu préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision entreprise. Il sollicitait l'audition de Mme S\_\_\_\_\_ et concluait principalement à l'octroi de l'autorisation d'attendre l'issue de la procédure en Suisse. S'il quittait ce pays, il perdrait son emploi et une source de revenus indispensable à l'entretien de ses enfants.
26. Sans procéder aux actes d'instruction requis, la CCRA a statué sur effet suspensif le 22 avril 2009 et refusé de restituer celui-ci tout en réservant la suite de la procédure.

27. Par acte posté le 4 mai 2009, M. M\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant préparatoirement, à l'audition au besoin de Mme S\_\_\_\_\_. Préalablement, il demandait l'annulation de la décision entreprise et principalement la restitution de l'effet suspensif.
28. Invité à se déterminer sur cette requête, l'OCP a répondu le 25 mai 2009 que les projets de mariage de Mme S\_\_\_\_\_ et de M. M\_\_\_\_\_ étaient toujours en phase préparatoire et qu'aucune date de célébration n'avait été convenue. Par ailleurs, M. M\_\_\_\_\_ faisait l'objet d'une décision fédérale de renvoi, définitive et exécutoire, et il n'avait à ce jour pas respecté les deux délais qui lui avaient été fixés pour quitter le territoire suisse. L'OCP s'opposait à la restitution de l'effet suspensif et concluait au rejet du recours. Ce faisant, il a produit son dossier.

Cette détermination a été transmise au recourant avec la mention que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Les décisions de la CCRA peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05).

La décision refusant l'effet suspensif étant une décision incidente, le délai de recours est de 10 jours (art. 63 al. 1 let b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.

2. Le recours formé par M. M\_\_\_\_\_ est dirigé contre la décision de la CCRA du 22 avril 2009 refusant de restituer l'effet suspensif à son recours, ce qui rend exécutoire la décision prise le 30 mars 2009 par l'OCP.

Le contenu de celle-ci est double : d'une part, elle fait obligation à M. M\_\_\_\_\_ d'attendre à l'étranger l'issue de sa demande d'autorisation de séjour, puisque prima facie les conditions de la délivrance de l'autorisation n'étaient pas remplies, une décision fédérale de renvoi, exécutoire, ayant été prononcée à l'encontre de l'intéressé. D'autre part, elle fixe à ce dernier un nouveau délai au 13 avril 2009 pour quitter le territoire suisse. Enfin, l'effet suspensif au recours qui pouvait être interjeté auprès de la CCRA était retiré.

3. La présente cause est entièrement régie par la LEtr, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et par ses dispositions d'exécution.

Selon l'art. 3 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 (LaLEtr - F 2 10), le recours auprès du tribunal de céans n'a pas effet suspensif, mais l'art. 66 al. 2 LPA est toutefois réservé.

A teneur de cette dernière disposition, 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.

4. La décision litigieuse ayant un contenu négatif, le recours contre celle-ci ne peut, par principe, pas déployer d'effet suspensif, de sorte que celui-ci ne peut être restitué (ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF 1976 p. 217, not. pp. 221 et 227).
5. Si le texte légal ainsi que les décisions précitées des 30 mars et 22 avril 2009 parlent bien d'effet suspensif, force est d'admettre qu'il s'agit plutôt d'une demande de mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA et ce recours sera traité comme tel.

Selon cette disposition, l'autorité de recours peut, d'office ou sur requête des parties, ordonner des mesures provisionnelles, soit prendre des mesures ayant pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, no 2.2.6.8 p. 267). M. M\_\_\_\_\_ désire en effet rester en Suisse avec ses deux fils jusqu'à l'obtention du permis C sollicité et la conclusion de son mariage avec Mme S\_\_\_\_\_.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par le tribunal de céans, les mesures provisionnelles ne sont 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 abusivement à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les réf. citées ; I. HAENER, "Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess" in Les mesures provisoires en procédures civile, administrative et pénale, 1997, p. 265).

6. A teneur de l'art. 17 al. 2 LEtr, intitulé "réglementation du séjour dans l'attente d'une décision" :

"L'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies".

Au vu des faits précités, et bien qu'il ait vécu en Suisse durant de nombreuses années, M. M\_\_\_\_\_ n'a plus aucun titre de séjour dans ce pays qu'il aurait dû quitter à plusieurs reprises, en dernier lieu le 13 avril 2009, alors qu'il est toujours à Genève, où il travaille illégalement.

Il n'a commis aucun délit, si ce n'est des violations à la LEtr et il n'a jamais sollicité l'aide des pouvoirs publics. Toutefois, il n'a pas démontré par pièces que depuis le prononcé de la décision attaquée, les démarches en vue de son sixième mariage auraient progressé. L'audition de Mme S\_\_\_\_\_ ne s'avère pas nécessaire, la procédure administrative étant en principe écrite (art. 18 LPA). Il apparaît en revanche clairement que par ses mariages successifs, le recourant ne poursuit qu'un seul but, à savoir rester en Suisse avec ses fils, qu'il a fait venir illégalement aussi.

Quant à ces derniers, ils vont terminer une année scolaire et comme le Tribunal fédéral l'avait déjà relevé dans l'arrêt rendu dans la cause concernant le recourant (Arrêt du Tribunal fédéral C\_562/2006 du 3 septembre 2008, consid. 7.2), rien ne les empêchera de poursuivre leurs études dans leur pays puisqu'ils ont suivi à Genève une formation générale et que leur départ n'impliquerait pas la nécessité d'interrompre un cursus d'études supérieures déjà avancé.

Le droit à un regroupement familial, au sens de l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), ne saurait être invoqué dans ces conditions.

Sans préjuger de l'issue du litige au fond, les conditions d'admission de la demande n'apparaissent pas remplies.

Si des mesures provisionnelles étaient accordées, le recourant obtiendrait par ce biais le plein de ses conclusions sur le fond, ce que le législateur n'a pas voulu.

7. La CCRA aurait donc dû refuser d'octroyer des mesures provisionnelles, et non pas rejeter la demande d'effet suspensif. Ce faisant, elle a toutefois correctement apprécié les intérêts en présence, à savoir l'intérêt privé du recourant à rester en Suisse et "l'intérêt public de l'autorité à l'établissement immédiat d'une situation conforme à la solution qu'elle a adoptée".

Privilégier le premier reviendrait à consacrer la politique du fait accompli et à récompenser celui qui contrevient à la loi, ce qui n'est pas admissible.

8. En conséquence, le recours sera rejeté et la décision attaquée confirmée par substitution de motifs. Un émoulement de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 LPA). Vu l'issue du litige, il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure.

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours formé le 4 mai 2009 par Monsieur M\_\_\_\_\_ dans son recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 22 avril 2009 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 500.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il 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 Philippe Girod, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative, à l'office cantonal de la population ainsi qu'à l'office fédéral des migrations à Berne.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges,  
M. Bellanger, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :