

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1701/2009-PE

ATA/280/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 9 juin 2009

dans la cause

Monsieur M_____

représenté par Me Marlène Pally, avocate

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

et

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né le _____ 1961 est ressortissant de Serbie.
2. Il est arrivé en Suisse en novembre 2001 où il a déposé une demande d'asile politique. Celle-ci a été rejetée en avril 2002.
3. Le 19 août 2002, M. M_____ a épousé à Lugano Madame X_____, ressortissante suisse.
4. A la suite de ce mariage, il a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour annuelle en vertu de l'art. 12 al. 3 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20), remplacée, depuis le 1^{er} janvier 2008, par la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).
5. M. M_____ est venu vivre à Genève en 2004, travaillant comme manœuvre du bâtiment avec l'assentiment de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP), la dernière autorisation datant du 14 juillet 2005 et étant valable jusqu'au 8 août 2006.
6. Le 18 octobre 2006, les autorités de police des étrangers tessinoises ont informé l'OCP que l'épouse de l'intéressé était partie en Italie le 1^{er} juin 2006.
7. Le 30 novembre 2006, M. M_____ a déposé une demande de renouvellement de son autorisation de séjour à Genève.
8. Par décision du 30 avril 2007, l'OCP a refusé d'y donner une suite favorable du fait que l'intéressé ne vivait plus avec son épouse et n'avait plus de contact avec elle.
9. Le 1^{er} avril 2008, sur recours de M. M_____, la commission cantonale de recours en matière de police des étrangers (ci-après : CCRPE) remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), a rejeté le recours en question.

Le 8 juillet 2008, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière de droit public interjeté par l'intéressé contre cette décision.
10. Le 2 octobre 2008, l'OCP lui a impartit un délai de départ au 15 décembre 2008.
11. Par acte du 9 février 2009, M. M_____ a sollicité de l'OCP la reconsidération de sa décision du 30 avril 2007 et l'octroi d'un permis pour cas de rigueur personnelle.

12. Le 9 mars 2009, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur cette requête. M. M_____ n'avait apporté aucun fait nouveau permettant une reconsidération de la décision du 30 avril 2007.

13. Par courrier du 23 mars 2009, l'avocate de l'intéressé a informé l'OCP de l'intention de son client de recourir contre ce refus d'entrer en matière. Elle sollicitait qu'il soit autorisé à travailler.

14. Le 6 avril 2009, l'OCP a rejeté cette requête. Le 4 février 2009, les services de la main d'œuvre étrangère avaient refusé sa prise d'emploi. Le recours que M. M_____ allait interjeter n'aurait pas d'effet suspensif. Il devait quitter le territoire suisse dans un délai raisonnable.

15. Le 9 avril 2009, M. M_____ a recouru auprès de la CCRA contre la décision de l'OCP du 9 mars 2009.

Il concluait préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et, sur le fond, à l'annulation de la décision entreprise.

16. Par décision du 4 mai 2009, la CCRA a refusé de restituer l'effet suspensif au recours.

Une demande en reconsidération était une voie de droit extraordinaire qui n'entraînait ni interruption de délai ni effet suspensif, conformément à l'art. 48 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

17. Le 15 mai 2009, M. M_____ a déposé un recours auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRA du 4 mai 2009, reçue le 6 du même mois. Il conclut à son annulation.

Il était indispensable qu'il puisse obtenir l'effet suspensif au recours afin de pouvoir conserver sa condition en Suisse tout en attendant la décision au fond. Il était parfaitement intégré en Suisse, il travaillait et ne faisait l'objet d'aucune poursuite civile ou pénale. Ses enfants étaient restés au pays. Il s'en occupait très étroitement mais il avait besoin d'être autorisé à travailler pour pouvoir le faire.

Le refus de l'effet suspensif reviendrait à vider de son sens le recours en reconsidération qu'il avait déposé.

18. Le 4 juin 2009, la CCRA a transmis au Tribunal administratif son dossier ainsi que celui de l'OCP sans formuler d'observations.

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 LPA). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.
2.
 - a. L'objet du contentieux est une décision de la CCRA rejetant une demande de restituer un effet suspensif à un recours contre une décision de l'OCP qui refuse d'entrer en matière sur une demande en reconsidération d'une décision entrée en force en matière d'octroi d'autorisation de séjour.
 - b. Aux termes de l'art. 48 al. 2 LPA, une demande en reconsidération ne peut entraîner ni interruption de délai, ni effet suspensif. Cette disposition légale s'applique également à la procédure de recours. Ainsi, un recours contre une décision de l'administration refusant de reconsidérer une de ses décisions en force n'a pas d'effet suspensif automatique (art. 66 al. 1 LPA). Cela n'exclut cependant pas que, selon les circonstances, un tel effet puisse être restitué sur la demande d'une partie dont les intérêts sont gravement menacés, lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 66 al. 2 LPA).
 - c. Selon la jurisprudence et la doctrine, un effet suspensif ne peut être restitué lorsque le recours est dirigé contre une décision négative, 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 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, n° 5. 7. 3. 3 p. 680 ; F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administratives, RDAF 1976 p. 217, not. pp. 221 et 223).

Dans le cas d'espèce, le recourant a fait l'objet le 30 avril 2007 d'une décision de l'OCP lui refusant le renouvellement de son autorisation de séjour. Cette décision bénéficie de l'autorité de la chose décidée depuis l'entrée en force de celle du 1^{er} avril 2008 de la CCRPE qui rejette son recours. Lorsque l'intéressé, le 9 février 2008, a formé sa demande de reconsidération auprès de l'OCP, il ne bénéficiait plus d'aucun statut légal en Suisse, et cette démarche ne lui en a procuré aucun, conformément à l'art. 48 al. 2 LPA.

Dans le cas d'espèce, la CCRA aurait dû, après avoir constaté l'impossibilité qu'il y avait à restituer un effet suspensif contre une décision à contenu négatif, examiner s'il n'y avait pas lieu d'ordonner des mesures provisionnelles, ce qu'elle

peut faire d'office, selon les circonstances (art. 21 LPA). En effet, même si le recourant, n'avait pas formulé de conclusions le demandant expressément, la teneur de ses écritures de recours permettait de comprendre qu'il sollicitait l'autorisation de rester en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure.

3. A 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 (P. MOOR, op. cit. n° 2.2.6.8 p. 267). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par le tribunal de céans, elles 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/248/2009 du 19 mai 2009 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 et les réf. citées°; I. HAENER, "Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess" in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

Dans le cas d'espèce pour déterminer si de telles mesures provisoires peuvent ou doivent être ordonnées, il y a lieu de prendre en considération que le recours porte contre un refus de reconsidérer une décision administrative déjà prise. Or, par la décision de la CCRPE du 1^{er} avril 2008, le statut légal du recourant en Suisse a déjà fait l'objet d'un règlement définitif. Même si le réexamen de cette décision est demandé, celle-ci déploie ses effets et il n'est plus possible de revenir sur ceux-ci, sauf à compromettre gravement la sécurité du droit. Ainsi, dans le cadre d'un contentieux consécutif au refus d'une demande en reconsidération d'une décision administrative entrée en force, il n'y a plus de place, à moins d'un accord de l'autorité administrative décisionnaire, pour un réaménagement par le biais du prononcé de mesures provisionnelles, du régime juridique généré par cette décision.

4. Au vu de ce qui précède, le recours, manifestement mal fondé, sera rejeté sans instruction préalable par application de l'art. 72 LPA, la décision de la CCRA du 5 février 2009 étant confirmée par substitution de motifs. Un émoulement de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 mai 2009 par Monsieur M_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 4 mai 2009 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de M. M_____ un émolument de procédure de CHF 500.- ;

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 Marlène Pally, avocate du recourant ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative et à l'office cantonal de la population.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mme Hurni et 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 :