

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2075/2008-PE

ATA/302/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 18 juin 2009

sur mesures provisionnelles

dans la cause

Monsieur S_____

représenté par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

et

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE
ADMINISTRATIVE**

ATTENDU EN FAIT QUE :

1. Monsieur S_____, né le _____ 1960, est ressortissant colombien. Il serait arrivé à Genève à la fin du mois de janvier 1994 avec son ex-compagne, V_____, dont il s'était séparé en 1993. Ils avaient eu deux enfants, A_____, né le X_____ 1989, et J_____ né le Z_____ 1990, restés en Colombie où vivait également la fille de M. S_____, née d'une précédente relation.
2. Le 22 novembre 1996, Mme V_____ a épousé Monsieur R_____ ,un ressortissant portugais au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Elle est dès lors domiciliée à Genève et a été mise au bénéfice d'une autorisation de séjour au titre des dispositions relatives au regroupement familial. En décembre 1996, les deux enfants, A_____ et J_____, sont arrivés en Suisse et ont bénéficié d'une autorisation de séjour pour vivre auprès de leur mère et de l'époux de celle-ci.
3. Par ordonnance de condamnation du 17 octobre 1998, M. S_____ a été reconnu coupable de conduite en état d'ébriété, de violation des règles de la circulation et infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20). Pour ce motif, il a été condamné à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis pendant trois ans. Il a cependant fait l'objet d'une expulsion ferme du territoire de la Confédération pour une durée de cinq ans.
4. Le 17 février 2004, il a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour en invoquant 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) prévoyant le regroupement familial.

Il entretenait des relations personnelles avec ses fils et contribuait financièrement à leur entretien ; ceux-ci et son ex-compagne étaient au bénéfice d'une autorisation d'établissement ; lui-même travaillait en qualité d'homme à tout faire et était financièrement indépendant.
5. Le 27 avril 2004, M. S_____ a été interpellé par l'OCP sur ses séjours à l'étranger en raison de l'expulsion judiciaire précitée. M. S_____ a exposé qu'il s'était rendu en Colombie du 17 octobre au 19 novembre 1998. Il était néanmoins revenu en Suisse peu après, ne pouvant vivre séparé de ses enfants alors âgés de 8 et 9 ans. Craignant de revenir à Genève, il s'était établi à Lausanne où il travaillait depuis auprès d'une personne âgée qui lui versait un salaire de CHF 2'700.- par mois et CHF 200.- de frais de déplacement. Parallèlement, il effectuait des dépannages informatiques. Avant son expulsion, il travaillait dans l'entreprise de nettoyage de Monsieur R_____. En Colombie, vivaient sa mère, l'un de ses frères et sa fille aux besoins desquels il subvenait. Après dix ans de séjour en Suisse, il s'y sentait bien intégré et s'occupait énormément de ses fils.

L'OCP a requis des renseignements complémentaires qui ont confirmé les dires de l'intéressé.

6. Le 25 janvier 2005, M. S_____ a adressé une nouvelle demande d'autorisation de séjour à l'OCP et le même jour, Madame P_____ a déposé une demande d'autorisation avec activité lucrative en sa faveur.
7. Le 31 janvier 2005, l'OCP a informé M. S_____ qu'il était disposé à soumettre sa requête à l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) avec un préavis favorable en vue de l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 13 let. f de l'ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers (OLE).
8. Le 30 septembre 2005 toutefois, l'ODM a refusé de délivrer une telle autorisation de séjour.
9. Le 25 octobre 2005, M. S_____ et Mme R_____ ont signé une convention par-devant le service de protection de la jeunesse aux termes de laquelle leur fils cadet, J_____, alors âgé de 15 ans passerait la semaine au domicile de son père et les week-ends à celui de sa mère.
10. Par acte du 4 novembre 2005, M. S_____ a recouru auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) contre le refus de l'ODM du 30 septembre 2005. Par arrêt du 25 octobre 2007 (C_283/2006), le TAF, a rejeté le recours aux motifs que M. S_____ ne se trouvait pas dans une situation d'extrême gravité au sens de l'art. 13 let. f OLE. La procédure ne concernait toutefois que la question de l'assujettissement aux mesures de limitation du nombre des étrangers et non pas directement celle de l'octroi d'un éventuel titre de séjour. Compte tenu de l'objet du litige, M. S_____ pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH, mais cette disposition n'avait pas une portée directe et n'impliquait pas nécessairement qu'il soit soustrait aux mesures de limitation en application de l'art. 13 let. f OLE. De plus, le recourant n'était pas dans un cas personnel d'extrême gravité puisque son fils aîné était majeur, que le cadet le serait prochainement et que la fille du recourant restée en Colombie avait également besoin de sa présence.
11. Par pli recommandé du 22 janvier 2008, l'OCP a fixé à M. S_____ un délai au 15 avril 2008 pour quitter le territoire.
12. Le 6 février 2008, M. S_____ a écrit à l'OCP pour relever qu'il avait sollicité une autorisation au titre du regroupement familial et que le délai de départ qui lui avait été imparti au 15 avril 2008 ne pouvait être maintenu tant qu'aucune décision au sujet de sa requête n'avait été prise.
13. Le 11 mars 2008, l'OCP a annulé le délai de départ précité.

14. Le 6 mai 2008, l'OCP a refusé l'autorisation de séjour au titre de regroupement familial sollicitée par l'intéressé et un nouveau délai au 31 juillet 2008 lui a été imparti pour quitter la Suisse.
15. Par acte du 9 juin 2008, M. S_____ a recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers, devenue depuis le 1^{er} janvier 2009, la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission).
16. Le 31 juillet 2008, l'OCP a maintenu sa position.
17. Entendu par la commission le 24 février 2009, M. S_____ a expliqué que sa fille allait avoir bientôt 15 ans, que son fils aîné préparait sa maturité professionnelle et que son fils cadet effectuait un apprentissage de ferblantier. Quant à sa mère, elle vivait dorénavant en Floride. Elle ne pouvait plus s'occuper de la fille du recourant.
18. Par décision du 24 février 2009, la commission a rejeté le recours de M. S_____ en relevant que celui-ci n'avait jamais été marié avec son ex-compagne de sorte qu'en absence d'un lien conjugal, les conditions de l'art. 17 al. 2 LSEE n'étaient pas remplies. Quant à l'art. 8 CEDH, il s'appliquait avant tout aux relations entre époux et à celles entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun. Les deux fils du recourant étaient majeurs. Ils n'étaient pas dans un rapport de dépendance envers leur père et il n'était pas allégué qu'ils souffraient d'un handicap ou d'une maladie grave qui les empêcherait de gagner ensuite leur vie et de vivre de manière autonome. Les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour en application de l'art. 8 CEDH n'étaient pas réalisées. Le recourant n'avait jamais bénéficié d'aucune autorisation de séjour et, même s'il avait passé plus de quatorze ans en Suisse, rien ne s'opposait à ce qu'il retourne en Colombie. La commission a constaté que le recours n'avait pas d'effet suspensif en application de 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 et les modifications de celle-ci du 25 avril 2008, entrées en vigueur le 24 juin 2008).
19. Par acte posté le 14 avril 2009, M. S_____ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et principalement, à l'annulation de la décision entreprise. La cause devait être renvoyée à l'OCP pour nouvelle décision. Selon la jurisprudence, les conditions relatives au regroupement familial devaient s'apprécier au moment de la demande d'autorisation de séjour, soit le 17 février 2004, et à cette date, aucun de ses deux fils n'était majeur. Il avait établi les liens étroits qu'il avait noués avec eux. Depuis le début de sa demande, plus de quatre ans s'étaient écoulés et il ne saurait être tenu pour responsable de la lenteur des autorités administratives susceptible de constituer un abus de droit prohibé même s'il était commis par l'administration.

20. Le 3 juin 2009, l'OCP s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif non sans relever que la voie à suivre en l'espèce était celle de mesures provisionnelles, la décision attaquée revêtant un contenu négatif. De telles mesures provisionnelles devaient en tout état être refusées puisqu'elles reviendraient à donner au recourant gain de cause sur le fond.
21. Le 4 juin 2009, l'OCP a encore rappelé que l'ODM avait déjà examiné l'application de l'art. 8 CEDH dans sa décision du 4 octobre 2005 et que le Tribunal administratif fédéral s'était penché sur cette question. Aussi l'OCP proposait-il le rejet du recours.

ATTENDU EN DROIT QUE :

1. Les décisions de l'office cantonal de la population prises en matière de police des étrangers sont susceptibles de recours auprès de la CCRA, puis de recours auprès du Tribunal administratif (art. 3 al. 1 et 3 LaLEtr).
2. Le recours au Tribunal administratif n'a pas d'effet suspensif (art. 3 al. 3 LaLEtr). Toutefois sa restitution est réservée en application de l'art. 66 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - (LPA E 5), soit lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose et sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés.
3. 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 (ATF 126 V 407 ; 116 Ib344). En effet, la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée (P. MOOR, Droit administratif, Berne 2002, n°5. 7. 3. 3 p. 681). Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut dont la reconnaissance fait l'objet du contentieux judiciaire n'existait pas ou est échoué, l'effet suspensif ne peut être restitué car cela reviendrait à accorder à la personne qui recourt d'être mise au bénéfice d'un régime juridique dont elle ne bénéficiait pas (P. MOOR, op. cit. n°5. 7. 3. 3 p. 680).
4. Lorsqu'une décision négative de l'OCP en matière de délivrance d'autorisation de séjour à un étranger est portée devant le Tribunal administratif, et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif en vue d'être autorisé à rester en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsqu'elle intervient, réside en Suisse au bénéfice d'un statut légal, de celle de l'étranger qui ne bénéficie d'aucun droit de séjour. Dans le premier cas, le Tribunal administratif 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 de séjour en Suisse. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, l'étranger qui veut obtenir des

aménagement de ses conditions de séjour pendant la durée de la procédure doit solliciter des mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'article 21 LPA, comme le tribunal de céans a eu récemment l'occasion de le rappeler (ATA/285/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

5. En l'espèce et malgré toutes les années où il a séjourné en Suisse, le recourant n'a jamais été au bénéfice d'une autorisation de séjour. En application des principes rappelés ci-dessus, sa requête en restitution de l'effet suspensif sera traitée comme une demande de mesures provisionnelles, la décision attaquée emportant le refus de l'autorisation de séjour, soit une décision à contenu négatif comme l'a relevé l'OCP (A. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984 p. 923 ; F. GYGI, *L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative* in RDAF 1976 pp. 221 et 225 ; ATA/301/2009 du 18 juin 2009 ; ATA/280/2009 précité et ATA/275/2009 du 4 juin 2009).

En application de l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner les mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés.

De telles mesures provisionnelles sont ordonnées par le Président s'il s'agit d'une autorité collégiale ou d'une juridiction administrative (art. 21 al. 2 LPA). Vu l'art. 5 du règlement du Tribunal administratif du 1^{er} janvier 2009 :

Les mesures provisionnelles sollicitées par le recourant équivaldraient, si elles étaient prononcées, à l'admission du recours avant jugement sur le fond, l'intéressé se voyant ainsi reconnaître provisoirement la possibilité de rester en Suisse au-delà de la date du 31 juillet 2008, au demeurant largement échue.

Au vu du dossier, les intérêts invoqués par le recourant à rester en Suisse sont certes louables et compréhensibles mais, *prima facie*, les conditions pour un regroupement familial ou pour une exception aux mesures de limitation ne semblent pas réunies, ces deux questions nécessitant cependant une instruction au fond.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la requête de mesures provisionnelles du 14 avril 2009 ;

fixe un délai à l'office cantonal de la population au 30 juin 2009 pour se déterminer sur le fond du litige ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pascal Pétroz, avocat du recourant, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :