

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2116/2008-PE

ATA/348/2009

**DÉCISION**

**DU**

**VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 27 juillet 2009**

**sur mesures provisionnelles**

dans la cause

**Madame Q\_\_\_\_\_**

et

**Monsieur P\_\_\_\_\_**

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION**

\_\_\_\_\_

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 17 mars 2009 (DCCR/290/2009)**

## EN FAIT

1. Madame Q\_\_\_\_\_, née en 1974, est ressortissante d'Equateur. Monsieur P\_\_\_\_\_, né en 1953, est de nationalité suisse, domicilié à Genève.
2. Le 8 avril 2002, Mme Q\_\_\_\_\_ a été autorisée à venir à Genève pour se marier avec l'intéressé dont elle avait fait la connaissance par correspondance, puis en 2003 à l'occasion d'un séjour touristique en Suisse.
3. Les intéressés se sont mariés le 7 mai 2004 à Vernier. Mme Q\_\_\_\_\_ a dès lors bénéficié d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial.
4. Le 26 avril 2007, Mme Q\_\_\_\_\_ a annoncé à l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) qu'elle prenait un logement séparé dès le 1<sup>er</sup> mai 2007 et, parallèlement, elle a sollicité le renouvellement de son titre de séjour.
5. Interpellés l'un et l'autre par l'OCP, les époux ont indiqué qu'aucune procédure de divorce n'était engagée et que cette séparation était justifiée par la maladie de M. P\_\_\_\_\_ qui affectait son humeur et rendait les relations difficiles au sein du couple. M. P\_\_\_\_\_ a exposé ultérieurement qu'il était malade et qu'il avait entrepris des démarches auprès de l'assurance invalidité. Si son état de santé s'améliorait, la reprise de la vie commune était envisagée pour 2009.
6. Par courrier du 28 avril 2008, l'OCP a informé Mme Q\_\_\_\_\_ qu'il prévoyait de ne pas renouveler son autorisation de séjour puisqu'elle ne vivait plus avec son époux depuis le 1<sup>er</sup> mai 2007 « sans invoquer de raisons personnelles majeures ».
7. Le 5 mai 2008, M. P\_\_\_\_\_, au nom de son épouse qui ne maîtrisait pas suffisamment la langue française pour s'exprimer par écrit, a fait valoir que le couple vivait séparé. M. P\_\_\_\_\_ ne voulait pas vivre « aux crochets » de son épouse. Il bénéficiait de l'aide de l'Hospice général (ci-après : l'hospice) dans l'attente de l'issue de la demande adressée à l'assurance invalidité.
8. Le 20 mai 2008, l'OCP a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de Mme Q\_\_\_\_\_ au motif qu'elle vivait séparée de son mari pour des raisons financières exclusivement « afin de ne pas prêter l'aide sociale dont bénéficiait ce dernier ». L'union n'avait pas duré trois ans et l'intéressée n'avait pas fait valoir de raisons personnelles majeures justifiant la poursuite de son séjour en Suisse. La prolongation du titre de séjour ne se justifiait pas non plus sous l'angle de l'opportunité.
9. Le 26 mai 2008, M. P\_\_\_\_\_ a écrit à la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA). Il fait valoir que son épouse avait

toujours travaillé régulièrement par le biais de contrats temporaires, en dernier lieu chez X\_\_\_\_\_, et que la reprise de la vie commune était toujours envisagée. Ce courrier devait être considéré comme un recours, ce qu'a admis la CCRA.

10. L'OCP a conclu au rejet dudit recours.
11. Le 4 août 2008, les époux ont fait savoir à l'OCP qu'ils avaient repris la vie commune.
12. Début février 2009, l'OCP a fait procéder à une enquête pour déterminer si les époux vivaient ensemble et il est apparu que tel n'était pas le cas, M. P\_\_\_\_\_ habitant seul dans un studio et son épouse logeant chez sa sœur laquelle vivait clandestinement en Suisse depuis treize ans. Mme Q\_\_\_\_\_ a toutefois précisé qu'elle habitait occasionnellement chez son mari.
13. Le 17 mars 2009, la commission a entendu les recourants. Mme Q\_\_\_\_\_ a déclaré qu'au moment du mariage, son mari était en bonne santé. Il était tombé malade ultérieurement et n'arrivait parfois plus à la supporter. Quant à M. P\_\_\_\_\_, il a déclaré qu'il avait des problèmes de santé qui le rendaient irritable et désagréable. Lorsqu'il n'est pas bien, son épouse part habiter chez sa sœur pour une journée ou quelques jours. En août 2008, le couple avait tenté de reprendre la vie commune mais du fait de son humeur, la séparation s'était à nouveau imposée. Il venait de recevoir une décision négative de l'assurance invalidité et disait avoir un rendez-vous avec un conseiller de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) pour discuter de son avenir professionnel. Mme Q\_\_\_\_\_ a déclaré que son mari ne bénéficiait plus de l'aide de l'hospice. Quant à elle, elle effectuait quelques heures de ménage par semaine mais ne travaillait plus chez X\_\_\_\_\_. Elle a contesté avoir habité avec sa sœur en décembre 2008. Elle a admis que lorsque son mari n'était pas bien, elle logeait chez celle-ci. Son mari percevait des indemnités de chômage.

La représentante de l'OCP n'a fait aucune déclaration lors de cette audience.

14. Par décision du 17 mars 2009, la commission a rejeté le recours en reprenant l'argumentation développée par l'OCP dans sa décision du 20 mai 2008.

Le droit au séjour supposait l'existence d'une communauté conjugale « effectivement vécue ». Lors de l'examen de la cohabitation, il était possible de se référer à la pratique relative à l'art. 17 al. 2 de l'ancienne loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931(LSEE - RS 142.20). Référence était faite aux directives et commentaires sur la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), version 01.01.2008 n. 6.2.1. En l'espèce, les époux n'avaient pas vécu ensemble durant trois ans et Mme Q\_\_\_\_\_ ne pouvait se prévaloir d'une intégration particulièrement réussie ou de raisons personnelles majeures justifiant la poursuite de son séjour en Suisse.

La durée de son séjour en Suisse n'était pas telle qu'elle s'oppose à un retour dans son pays d'origine.

Enfin, les déclarations contradictoires des recourants et l'enquête effectuée par l'OCP démontraient que la reprise de la vie commune n'avait pas eu véritablement lieu et qu'elle n'était alléguée que pour les besoins de la cause. La séparation s'expliquait pour des raisons de commodité car M. P\_\_\_\_\_ était malade et seuls des soucis d'ordre financier expliquaient cette décision. Mme Q\_\_\_\_\_ ne pouvait par conséquent plus se prévaloir d'un droit au séjour et le rejet du recours ne portait pas atteinte au droit, respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

15. Par acte posté le 15 mai 2009, Mme Q\_\_\_\_\_ et M. P\_\_\_\_\_ ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif en concluant à la restitution de l'effet suspensif et au renouvellement de l'autorisation de séjour, soit en fait à l'annulation de la décision attaquée. Ils ont exposé que la myélopathie dont M. P\_\_\_\_\_ était atteint provoquait notamment des douleurs cervicales, des troubles de la motricité ainsi que des crampes musculaires. Ces douleurs avaient altéré son caractère et la présence de son épouse à ses côtés lui était insupportable, la cohabitation étant devenue invivable. Les époux s'étaient ainsi provisoirement séparés au mois de mai 2007. Ils avaient tenté la reprise de la vie commune en 2008 mais cela s'était avéré être un échec. La constitution de deux domiciles séparés avait permis à leur couple de retrouver un équilibre. Mme Q\_\_\_\_\_ faisait valoir qu'elle était en Suisse depuis plus de cinq ans, qu'elle avait toujours travaillé et n'avait commis aucune infraction, qu'elle ne représentait aucun danger pour l'ordre public et qu'elle ne pouvait concevoir d'être éloignée de son mari. Elle estimait avoir un intérêt digne de protection à demeurer en Suisse jusqu'à l'issue de la procédure.
16. Invité à se déterminer sur l'effet suspensif ou mesures provisionnelles, l'OCP a répondu le 13 juillet 2009 qu'il s'opposait à la restitution de l'effet suspensif de même qu'à l'octroi de mesures provisionnelles, l'admission de ces dernières revenant à accorder le plein des conclusions au fond. De plus, les intérêts de la recourante à rester en Suisse n'étaient pas prépondérants au regard de l'intérêt public au respect des dispositions légales en matière de droit des étrangers.

## EN DROIT

1. Le refus de renouveler l'autorisation de séjour de Mme Q\_\_\_\_\_ (et non pas de prolonger celle-ci) constitue une décision à contenu négatif laquelle, de jurisprudence constante, ne peut se voir attribuer un effet suspensif (ATA/188/2009 du 20 avril 2009).
2. Dans un tel cas, la voie à suivre est celle des mesures provisionnelles (ATF 117 V 185 et ss ; ATA/90/2009 du 24 février 2009).
3. 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. Elles ne sauraient en principe tout au moins anticiper le jugement définitif ni aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ACOM/84/2008 du 24 juillet 2008).
4. Toutefois, les mesures provisionnelles ne règlent que provisoirement une situation et ne préjugent pas de l'issue du litige si celle-ci nécessite une instruction, comme c'est le cas en l'espèce.

En effet, aucune enquête n'a été conduite quant à la réalité de la maladie de M. P\_\_\_\_\_ qui, si elle était avérée, serait de nature à rendre plausibles et crédibles les explications des recourants sur les raisons de leur séparation. Ces éléments sont nécessaires afin d'examiner les conditions d'application des art. 49 et 50 LEtr. Quant aux directives et commentaires sur la LEtr cités par la commission et qui ne figurent pas au dossier, rien ne permet d'admettre d'emblée qu'ils sont sans autres applicables par référence à la pratique relative à l'aLSEE.

5. Compte tenu des lacunes du dossier qu'il y a lieu de combler avant de pouvoir statuer sur le fond, il apparaît qu'il n'existe pas d'intérêt public prépondérant justifiant le renvoi immédiat de Mme Q\_\_\_\_\_ qui disposait jusqu'ici d'un délai au 20 août 2008 pour quitter la Suisse.

La demande d'effet suspensif traitée comme une demande de mesures provisionnelles sera admise en ce sens que l'exécution du départ sera suspendue jusqu'à droit jugé en fond pour les raisons exposées ci-dessus, l'octroi du renouvellement de l'autorisation de séjour ne pouvant se faire par ce biais.

**LE VICE-PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

admet partiellement la demande de mesures provisionnelles formulée le 15 mai 2009 par Madame Q\_\_\_\_\_ et Monsieur P\_\_\_\_\_ ;

suspend l'exécution du départ de Madame Q\_\_\_\_\_ jusqu'à droit jugé au fond ;

rejette ladite demande pour le surplus ;

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 Madame Q\_\_\_\_\_, à Monsieur P\_\_\_\_\_, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

Le vice-président du Tribunal administratif :

Ph. Thélin

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :