

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2920/2008-PE

ATA/391/2009

**DÉCISION**

**DE LA**

**PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 17 août 2009**

**sur effet suspensif**

dans la cause

**Madame P\_\_\_\_\_**  
représentée par Me Eric Vazey, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION**

\_\_\_\_\_

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 19 mai 2009 (DCCR/502/2009)**

Vu le recours interjeté le 6 juillet 2009 par Madame P\_\_\_\_\_ contre une décision du 19 mai 2009 de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission), communiquée le 2 juin 2009, rejetant ses recours déposés respectivement le 11 août 2008 contre une décision du 7 juillet 2008 de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) refusant de lui délivrer une autorisation de séjour et lui impartissant un délai au 7 octobre 2008 pour quitter le territoire de la Confédération helvétique d'une part, et le 17 décembre 2008 contre une décision du 13 novembre 2008 par laquelle l'OCP l'avait informée qu'il ne pouvait donner une suite favorable à sa demande de réexamen et confirmait la décision du 7 juillet 2008, d'autre part ;

vu l'absence d'effet suspensif au recours (art. 3 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur les étrangers du 16 juin 1988 - LaLEtr - F 2 10) ;

vu que la recourante conclut sur le fond, à l'annulation de la décision attaquée et préalablement, à la restitution de l'effet suspensif au recours ;

vu que la commission a transmis son dossier le 13 août 2009 sans observations ;

vu que dans sa détermination du 14 août 2009, l'OCP, considérant que seules entre en ligne de cause les mesures provisionnelles, conclut au rejet de celles-ci, relevant au surplus qu'avec l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009 du protocole II à l'accord de libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP - RS 0.142.112.681), la Bulgarie - pays dont est originaire Mme P\_\_\_\_\_ - est devenue partie contractante audit accord. Mme P\_\_\_\_\_ peut ainsi déposer une demande d'autorisation de séjour propre à sa qualité de ressortissante bulgare et, si les conditions légales sont remplies, une autorisation pourra lui être délivrée.

Considérant :

que les décisions de l'OCP prises en matière de police des étrangers sont susceptibles de recours auprès de la commission, puis de recours auprès du Tribunal administratif (art. 3 al. 1 et 3 LaLEtr) ;

que 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 10), 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 ;

qu'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 échu, 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) ;

que 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 aménagements de ses conditions de séjour pendant la durée de la procédure doit solliciter des mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 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).

qu'en l'espèce, contrairement à ce qui ressort de la décision querellée, on ne se trouve pas dans le cas d'un refus de renouvellement d'autorisation mais d'un refus de première autorisation à Genève, la recourante ayant bénéficié d'autorisations de séjour dans différents cantons, notamment dans celui de Fribourg, en application de l'art. 7 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), dans le cadre du regroupement familial afin de lui permettre de résider auprès de son époux domicilié dans ledit canton ;

que l'autorisation délivrée par les autorités fribourgeoises est venue à échéance le 30 avril 2007 ;

qu'ainsi la demande doit bien être traitée, au plan genevois, sous l'angle des mesures provisionnelles ;

qu'en application de l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité judiciaire, peut d'office ou sur requête, ordonner de telles mesures ;

que les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires pour maintenir l'état de fait ou sauvegarder des intérêts compromis (ATA/381/2009 du 31 juillet 2009 et les réf. citées) ;

qu'en revanche, elles ne sauraient, en principe du moins, anticiper sur le jugement définitif (ATF 119 V 506) ;

qu'en l'espèce, les conclusions préalables de la recourante tendent à lui permettre de séjourner en Suisse de manière provisoire, ce qui se confond, à tout le moins en partie, avec sa conclusions principale en octroi d'une autorisation de séjour ;

que la recourante exerce la profession d'artiste de cabaret à Genève ;

que si l'intérêt de la recourante à demeurer en Suisse apparaît certes compréhensible, il n'apparaît pas suffisant, au vu de l'ensemble des circonstances, pour prévaloir in casu sur l'intérêt public à l'établissement d'une situation conforme à la décision de l'autorité ;

qu'en tout état, et comme le relève l'OCP, la recourante peut déposer une demande d'autorisation de séjour basée sur le protocole II ALCP entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009 ;

que la requête de mesures provisionnelles sera ainsi rejetée ;

que le sort des frais sera réservé jusqu'à droit jugé au fond ;

vu l'art. 66 al. 2 LPA ;

vu l'art. 5 du règlement du Tribunal administratif du 5 février 2007 ;

### **LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

rejette la requête de mesures provisionnelles ;

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 Eric Vazey, avocat de la recourante, 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 :