

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3668/2015-PE

ATA/1373/2015

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 21 décembre 2015**

**1<sup>ère</sup> section**

dans la cause

**M. A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Michel Celi Vegas, avocat

contre

**OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION ET DES MIGRATIONS**

\_\_\_\_\_

**Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du  
3 novembre 2015 (DITAI/809/2015)**

---

## EN FAIT

1. M. A\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1981, est ressortissant de Bolivie.
2. Mme B\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1972, est également ressortissante de Bolivie. Elle est au bénéfice d'une autorisation d'établissement dans le canton de Genève depuis le 23 juillet 2009.

Selon la base de données de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM), elle a deux enfants majeurs, issus d'une première union, qui sont domiciliés à son adresse.

3. Le 29 juin 2009, M. A\_\_\_\_\_ a été interpellé par la police genevoise, alors qu'il conduisait un véhicule en état d'ébriété présumé.

Lors de ses auditions, il a notamment déclaré que le véhicule qu'il conduisait lui avait été prêté par son amie Mme B\_\_\_\_\_. S'agissant de son séjour en Suisse, il ignorait qu'il ne pouvait résider sur le territoire Schengen. Il était arrivé à Genève, par avion, au mois de mai ou de juin 2008 et ne souhaitait pas quitter la Suisse. Il n'avait toutefois entrepris aucune démarche pour régulariser sa situation. Il n'avait jamais eu d'antécédents judiciaires en Suisse ou à l'étranger. Il vivait en faisant de "petits boulots au noir" et grâce à l'aide d'amis. Questionné une nouvelle fois, il a admis avoir eu affaire aux services de police espagnols en 2002 ou 2003. Il avait été emprisonné durant deux ans pour vol en bande organisée et vol avec violence. Il avait avoué les faits qui lui étaient reprochés, sur conseil de son avocat, mais il était innocent. Il avait ensuite été expulsé d'Espagne vers son pays d'origine. Il avait un fils né en 1997 qui vivait en Bolivie et se trouvait à la charge de ses parents.

4. Par ordonnance de condamnation du Ministère public genevois du 7 août 2009, M. A\_\_\_\_\_ a été déclaré coupable de conduite en état d'ébriété avec un taux d'alcool qualifié (0.97 o/oo) en infraction à l'art. 91 al. 1 phr. 2 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR - RS 741.01) et d'infraction à l'art. 115 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20). Il a été condamné à une peine pécuniaire de quarante jours-amende (CHF 30.- / jour-amende) assortie du sursis et d'un délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 300.-.
5. Le 8 septembre 2009, l'office fédéral des migrations, devenu le secrétariat d'État aux migrations (ci-après : le SEM) a prononcé une interdiction d'entrée en Suisse (ci-après : IES) à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_, valable jusqu'au 7 septembre 2012, aux motifs suivants : atteinte à la sécurité et à l'ordre publics en raison d'une entrée, d'un séjour et d'une activité professionnelle sans autorisation, ainsi qu'en

raison d'une infraction à la loi sur la circulation routière. Cette interdiction entraînait une publication de refus d'entrée dans le système d'information Schengen (ci-après : SIS).

6. Par courrier du 25 février 2012 adressé à l'Ambassade de Suisse en Bolivie, Mme B\_\_\_\_\_ a sollicité un visa d'entrée en faveur de son époux, afin qu'il vive auprès d'elle en Suisse, en attendant la délivrance de son autorisation de séjour.
7. Le 2 mars 2012, M. A\_\_\_\_\_ a déposé auprès de la représentation suisse de Santa Cruz (Bolivie), une demande pour un visa de long séjour, afin de vivre auprès de son épouse en Suisse.
8. Par courrier du 5 mars 2012, reçu par l'OCPM le 16 mars 2012, l'Ambassade de Suisse à La Paz (Bolivie) a indiqué que M. A\_\_\_\_\_ était signalé dans le système d'information Schengen (ci-après : SIS).
9. Le 22 mai 2012, interpellée par l'OCPM, Mme B\_\_\_\_\_ a fourni des informations complémentaires. Cela faisait quatre ans qu'elle avait rencontré M. A\_\_\_\_\_, en Bolivie, où elle s'était rendue pour voir sa famille. C'était un ami de son frère cadet. Elle l'avait ensuite revu lorsqu'il était venu en Suisse, en mai 2008, et ils s'étaient finalement mariés le 6 (recte 26) janvier 2012. Son époux n'avait pas d'enfant. Ils souhaitaient vivre ensemble et fonder une famille.
10. Le 22 août 2012, l'OCPM a autorisé la représentation suisse compétente à La Paz à délivrer un visa, valable jusqu'au 21 novembre 2012, à titre de regroupement familial, en faveur de M. A\_\_\_\_\_.
11. Par formulaire signé le 11 octobre 2012, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité une autorisation de séjour à titre de regroupement familial. Il était arrivé à Genève le 25 septembre 2012. Il a également précisé ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation en Suisse ou à l'étranger.
12. Le 15 octobre 2012, l'OCPM a informé le bureau SIRENE (Supplementary Information Request at the National Entry - supplément d'information requis à l'entrée nationale) Suisse qu'il avait contacté le SEM afin de solliciter la levée de l'IES prononcée à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_ qui ignorait qu'une telle mesure avait été prononcée à son encontre. L'OCPM n'avait eu connaissance du signalement de M. A\_\_\_\_\_ dans la base de données SIS qu'ultérieurement et souhaitait en connaître la nature. S'il était dû à des motifs de peu d'importance, l'OCPM en sollicitait d'ores et déjà la levée.
13. Par courriel du 26 octobre 2012, le bureau SIRENE Suisse a informé l'OCPM des motifs du signalement de M. A\_\_\_\_\_. Ce dernier avait commis un vol avec violence et une intimidation avec une arme dans un domicile principal. Il avait volé 50'000 euros en espèce, des bijoux et un véhicule. Il avait été condamné

à une peine d'emprisonnement de trois ans et six mois, remplacée par son expulsion d'Espagne le 17 octobre 2007.

14. Par courrier du 13 mars 2013, l'OCPM a notamment informé M. A\_\_\_\_\_ qu'il avait été signalé dans le système SIS, ce qui avait pour effet de suspendre la procédure d'examen de sa demande d'autorisation de séjour, dans l'attente de la copie du jugement prononcé à son encontre en Espagne, ainsi que des extraits de ses casiers judiciaire espagnols et boliviens. Sa décision demeurerait réservée en raison de ses antécédents.

15. Le 17 mars 2013, le bureau SIRENE Suisse a transmis à l'OCPM copie du jugement du 18 septembre 2007 prononcé à Valence (Espagne), à l'encontre de M. A\_\_\_\_\_, et le condamnant à trois ans et six mois d'emprisonnement, substitué par son expulsion du territoire espagnol pour une durée de dix ans.

16. Par lettre du 1<sup>er</sup> mai 2013, interpellée par l'OCPM, Mme B\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle avait eu connaissance des antécédents pénaux de son époux bien avant leur mariage. Il avait purgé sa peine et se conduisait aussi bien qu'il le pouvait. Ses recherches d'emploi en qualité de menuisier s'avéraient difficiles, en l'absence d'une autorisation de séjour.

Elle a également produit diverses pièces justifiant de ses revenus.

17. Suite à une demande de M. A\_\_\_\_\_, l'office fédéral de la police (ci-après : fedpol) l'a informé, par courriers du 13 mai 2013 de même que du 22 décembre 2014, que son nom ne figurait pas dans le système SIS.

18. Il ressort notamment d'un rapport de renseignements établi par la police le 10 septembre 2013, dans le cadre de la découverte le 11 mars 2013 d'un pistolet dissimulé sous des vêtements dans une armoire de la chambre à coucher au domicile de M. A\_\_\_\_\_, que celui-ci faisait l'objet d'une interdiction d'entrée dans l'Espace Schengen, valable au 24 septembre 2013, établie à la demande des autorités espagnoles.

Selon ses déclarations, il avait trouvé, par hasard, une boîte à outils dans une benne de chantier. C'était en ouvrant cette boîte à la maison qu'il avait vu qu'elle contenait un pistolet. Ne sachant pas qu'en faire, il l'avait caché dans son armoire.

19. Par ordonnance pénale du 17 septembre 2013, le Ministère public genevois a reconnu M. A\_\_\_\_\_ coupable de recel (art. 160 ch. al. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0) et d'infraction à l'art. 33 al. 1 de la loi fédérale sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions du 20 juin 1997 (LArm - RS 514.54), et condamné à une peine pécuniaire de nonante jours-amende (CHF 30.-/jour-amende), assortie du sursis et d'un délai d'épreuve de trois ans, ainsi qu'à une amende de CHF 600.-. Il a aussi reconnu l'intéressé coupable d'infraction à l'art. 19a ch. 1 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les

substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121) (consommation de cannabis une fois par mois et de cocaïne au maximum une fois par mois), et l'a condamné à une amende de CHF 200.-.

20. Par ordonnance pénale du 24 avril 2014, le Ministère public de l'arrondissement du Nord Vaudois a déclaré M. A\_\_\_\_\_ coupable de vol, de dommages à la propriété et de violation de domicile, et l'a condamné à une peine privative de liberté de six mois, entièrement compensée par la détention provisoire subie.

Le 29 mai 2013, l'intéressé s'était introduit sans droit dans un établissement public de bowling après en avoir forcé la porte d'accès. Il avait accédé au restaurant à la même adresse, après avoir forcé une fenêtre coulissante de ce dernier, avait pénétré dans ce lieu et recouvert les deux caméras de surveillance à l'aide de serviettes. Il avait soustrait, dans un dessein d'enrichissement illégitime et de concert avec un complice, un coffre-fort sis dans la cuisine et pesant 200 kg, contenant de l'argent, trois clés de véhicules, deux appareils portables pour prendre les commandes des clients et une bourse de sommelière de CHF 800.-. Il avait emporté ce coffre à l'aide d'un diable et était sorti avec son butin par la porte de secours du restaurant. Selon le Ministère public, le préjudice établi se montait à un peu plus de CHF 25'000.-.

21. En novembre 2014, M. A\_\_\_\_\_ n'avait jamais été assisté par l'hospice général et il faisait l'objet d'une poursuite d'un hôpital pour CHF 590.35.

Selon une lettre de Mme B\_\_\_\_\_ du 10 novembre 2014, M. A\_\_\_\_\_ avait pris un engagement de CHF 50.- par mois pour payer sa dette pénale envers le canton de Vaud. Il était conscient du mal qu'il avait fait au couple et faisait maintenant de son mieux pour trouver un travail et aider son épouse au quotidien.

22. Le 12 février 2015, une entreprise a déposé une demande d'autorisation de travail en faveur de M. A\_\_\_\_\_, qu'elle souhaitait engager en qualité d'aide-peintre pour une durée indéterminée. Le taux d'occupation variait entre 8 heures et 41 heures par semaine.

23. Le 1<sup>er</sup> juin 2015, l'OCPM a autorisé M. A\_\_\_\_\_ à travailler auprès de cette entreprise jusqu'à droit connu sur sa demande d'autorisation de séjour.

24. Par courrier du 17 juin 2015, l'OCPM a informé M. A\_\_\_\_\_ de son intention de refuser l'octroi d'une autorisation de séjour en sa faveur.

La poursuite de son séjour en Suisse représentait une menace importante et constante pour l'ordre et la sécurité publics, compte tenu des condamnations dont il avait fait l'objet en Suisse et en Espagne et de la gravité des actes reprochés. A

cela s'ajoutait le fait qu'il avait indiqué à tort, dans le formulaire de demande d'autorisation de séjour, déposée 11 octobre 2012, n'avoir fait l'objet d'aucune condamnation en Suisse ou à l'étranger. De plus, il avait été signalé dans le système SIS, suite à sa condamnation en Espagne, ce qui avait malheureusement échappé à l'OCPM qui l'avait autorisé à entrer en Suisse, dans le cadre du regroupement familial avec son épouse.

25. Par lettre du 16 juillet 2015, M. A\_\_\_\_\_ s'est déterminé.

« La faim et le désespoir » l'avaient poussé à commettre les actes qui avaient mené à sa condamnation. Il s'en repentait et n'avait pas l'intention de récidiver. Il souhaitait travailler afin d'entretenir son épouse et les enfants.

Il a notamment produit quatre lettres de soutien, dont celle de son épouse du 9 juillet 2015, dont il ressortait qu'ils avaient entrepris un traitement pour avoir un enfant et que son époux contribuait à l'entretien de la famille grâce à son emploi d'aide-peintre.

26. Par décision du 9 octobre 2015, déclarée exécutoire nonobstant recours, l'OCPM a refusé de délivrer une autorisation de séjour en faveur de M. A\_\_\_\_\_ et lui a imparti un délai au 10 novembre 2015 pour quitter la Suisse.

Il avait été condamné à quatre reprises entre 2009 et 2014 en Suisse et en Espagne, à des peines de plus de quatre ans au total. Il représentait ainsi une menace constante et actuelle pour la sécurité et l'ordre suisses et réalisait de ce fait un motif de révocation. Il avait également dissimulé ses condamnations aux autorités compétentes, ce qui constituait en soit un autre motif de révocation. Partant, il ne pouvait plus se prévaloir d'un droit à une autorisation de séjour dans le cadre du regroupement familial avec son épouse. L'intérêt public à son éloignement l'emportait sur son intérêt privé à demeurer en Suisse. Par ailleurs, les condamnations dont il avait fait l'objet justifiaient également une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale. Au surplus, l'exécution de son renvoi apparaissait licite, possible et raisonnablement exigible.

27. Par acte du 20 octobre 2015, M. A\_\_\_\_\_, sous la plume de son conseil, a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant, avec suite de dépens, à son annulation et à l'octroi d'une autorisation de séjour à titre de regroupement familial. Préalablement, il a sollicité la restitution de l'effet suspensif afin d'être autorisé à rester en Suisse jusqu'à droit jugé sur le fond. Il a également sollicité sa comparution personnelle, ainsi que celle de son épouse.

Aucun intérêt public prépondérant ne s'opposait à ce qu'il reste en Suisse durant la procédure. Son épouse avait suivi un traitement médical après un « avortement naturel » survenu au mois d'août 2015. Il la soutenait sur le plan

émotionnel et sa présence était nécessaire pour l'aider à surmonter cette perte. En outre, son renvoi le placerait dans une situation précaire et dangereuse, et rendrait difficile son retour en Suisse en cas d'admission de son recours. Son renvoi était ainsi illicite.

La décision attaquée violait son droit au respect de sa vie privée et familiale, et était disproportionnée. Il n'avait jamais reçu l'IES prononcée à son encontre et ignorait qu'il faisait l'objet d'une telle mesure. L'OCPM l'avait autorisé à entrer en Suisse en 2012 et avait attendu trois ans avant de refuser l'octroi de l'autorisation requise. S'agissant de sa condamnation en Espagne, il avait collaboré avec les autorités suisses pour obtenir les documents relatifs à ces antécédents judiciaires et avait même interpellé fedpol, qui avait confirmé que son nom ne figurait pas dans le système SIS. Son comportement n'avait certes pas été « adéquat » mais il était à présent exemplaire, dès lors qu'il n'avait commis aucun délit depuis sa sortie de prison en 2014. Il faisait de son mieux pour s'intégrer au sein de la société et ne pouvait être considéré comme une menace. Refuser de le mettre au bénéfice d'une autorisation de séjour en raison de condamnations pour lesquelles il avait déjà purgé sa peine revenait à le sanctionner une deuxième fois, ce d'autant que ses attaches familiales et professionnelles se trouvaient en Suisse. Il souhaitait fonder une famille avec son épouse et leur projet devait impérativement être réalisé en Suisse. Son épouse avait souffert des complications liées à une grossesse et ils avaient besoin de se soutenir réciproquement. Il n'avait aucun contact avec sa famille en Bolivie, pays où il n'était pas retourné depuis plus de sept ans, ni aucune autre attache. Ses perspectives socio-professionnelles y étaient incertaines et son renvoi mettrait assurément en péril son processus de réinsertion. Son épouse étant titulaire d'une autorisation d'établissement, elle pouvait se prévaloir des mêmes droits ainsi que de la jurisprudence applicable à une ressortissante suisse en matière de regroupement familial.

À l'appui de son recours, M. A\_\_\_\_\_ a notamment produit des justificatifs relatifs à son emploi – dont ressortent des salaires versés d'une fois CHF 995.60, puis de l'ordre de CHF 4'000.- – et à celui de son épouse – concierge depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2015 - -, de même que des copies d'arrêts des tribunaux, ainsi qu'un rapport médical établi par un gynécologue, suite à la consultation du 27 août 2015, lequel préconisait un curetage évacuateur de Mme B\_\_\_\_\_, suite à une grossesse gémellaire non évolutive et à l'échec d'évacuation médicamenteuse.

28. Dans ses observations du 26 octobre 2015, l'OCPM s'est opposé à la restitution de l'effet suspensif et au prononcé de mesures provisionnelles.

Compte tenu des éléments retenus dans le cadre de la décision querellée, notamment des condamnations pénales du recourant, l'intérêt public à son éloignement l'emportait sur son intérêt privé à demeurer en Suisse durant la procédure, quand bien même son épouse s'y trouvait et qu'il exerçait un emploi depuis le mois de février 2015.

Le recourant se tenait toujours dans le même registre d'infractions et n'avait pas été en mesure de s'adapter à l'ordre établi. Il avait fait l'objet d'une nouvelle condamnation et avait écopé d'une peine de six mois d'emprisonnement en avril 2014, alors qu'il savait que son dossier était à l'examen auprès de l'autorité compétente.

29. Par décision du 3 novembre 2015, notifiée le lendemain, le TAPI a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles au recours formée par M. A\_\_\_\_\_, et réservé la suite et le sort des frais de la cause jusqu'à droit jugé au fond.

Vu le caractère à contenu négatif de la décision attaquée, la requête du recourant devait être traitée comme une demande de mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA.

Au vu de ses condamnations pénales, M. A\_\_\_\_\_ représentait une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Son intérêt privé à demeurer en Suisse, auprès de son épouse devait céder le pas à l'intérêt public à son éloignement immédiat. Son épouse pourrait, cas échéant, compter sur le soutien de son fils et de sa fille. L'octroi de mesures provisionnelles devait ainsi être refusé, ce d'autant que si elles étaient accordées, l'intéressé obtiendrait par ce biais le plein de ses conclusions sur le fond, ce que le législateur n'avait précisément pas voulu.

Par ailleurs, il ne ressortait pas du dossier que l'exécution du renvoi du recourant serait illicite au sens de l'art. 83 al. 3 LEtr, allégation qu'il n'avait d'ailleurs étayée par aucune pièce.

30. Par acte expédié le 14 novembre 2015 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), M. A\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette décision, concluant à l'annulation de cette dernière ainsi que la décision de l'OCPM lui enlevant l'effet suspensif et lui fixant un délai de départ, et reprenant pour le reste ses conclusions sur effet suspensif et mesures provisionnelles prises devant le TAPI.

Il reprenait pour l'essentiel ses arguments invoqués devant le TAPI. Les traitements de fertilité en Suisse étaient très avancés par rapport à la Bolivie et étaient une opportunité pour son épouse et lui-même de réaliser leur souhait d'être parents.

31. Par courrier du 18 novembre 2015, le TAPI a transmis à la chambre administrative son dossier sans formuler d'observations.

32. Dans sa réponse du 27 novembre 2015, l'OCPM a conclu au rejet du recours.

33. Par réplique du 11 décembre 2015, M. A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions.

L'avortement survenu à la fin de l'été 2015 avait beaucoup marqué le couple et Mme B\_\_\_\_\_ avait vécu une période très difficile. En cas d'échec de la procédure devant le TAPI, le couple serait plongé dans une situation insurmontable. Le recourant avait été d'un grand soutien pour son épouse et celle-ci avait joué un rôle majeur dans le changement du recourant et sa réintégration dans la société. À ce jour, le couple ne pouvait pas supporter de vivre séparé.

34. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### EN DROIT

1. Interjeté contre une décision incidente dans le délai de recours légal de dix jours et devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous ces angles (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. La décision attaquée ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'autorisation de séjour sollicitée par le recourant, mais uniquement sur l'obligation qui lui est imposée de se rendre à l'étranger et d'y rester jusqu'à l'issue de la procédure. La décision entreprise est donc une décision incidente rendue dans le cadre d'une procédure d'autorisation de séjour (arrêt du Tribunal fédéral 2D\_98/2008 du 12 décembre 2008 consid. 1.3).
- b. Aux termes de l'art. 57 let. c LPA, sont susceptibles d'un recours les décisions incidentes, si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

La disposition légale précitée a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a et b de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un préjudice est irréparable au sens de cette disposition lorsqu'il ne peut être ultérieurement réparé par une décision finale entièrement favorable au recourant (ATF 138 III 46 consid. 1.2 ; 134 III 188 consid. 2.1 et 2.2 ; 133 II 629 consid. 2.3.1). Un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure peut constituer un tel préjudice (ATF 127 II 132 consid. 2a ; 126 V 244 consid. 2c ; 125 II 613 consid. 2a). Le simple fait d'avoir à subir une procédure et les inconvénients qui y sont liés ne constitue toutefois pas en soi un préjudice irréparable (ATF 133 IV 139 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_149/2008 du 12 août 2008 consid. 2.1 ; ATA/827/2015 du 11 août 2015 ; ATA/305/2009 du 23 juin 2009 consid. 2b et 5b

et les références citées). Un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est notamment pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue (ATF 133 II 629 consid. 2.3.1 ; 131 I 57 consid. 1 ; 129 III 107 consid. 1.2.1 ; 127 I 92 consid. 1c ; 126 I 97 consid. 1b).

La chambre administrative a précisé à plusieurs reprises que l'art. 57 let. c LPA devait être interprété à la lumière de ces principes (ATA/679/2013 du 8 octobre 2013 ; ATA/65/2012 du 31 janvier 2012 ; ATA/365/2010 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 consid. 3b).

c. En l'occurrence, un préjudice irréparable, dont l'existence n'est pas contestée par l'intimé, réside notamment dans le fait que l'exécution immédiate du renvoi du recourant interromprait sa vie commune avec son épouse et serait susceptible de le séparer d'elle pendant à tout le moins quelques mois, alors notamment que le couple vivrait une période difficile et suivrait un traitement en vue d'avoir un enfant.

Sous cet angle également, le recours est recevable.

3. Dans la mesure où l'intimé avait autorisé le recourant d'entrer en Suisse en vue d'y déposer une demande d'autorisation de séjour pour regroupement familial – qui a été fondée sur l'art. 43 al. 1 LEtr –, on ne se trouve en l'espèce pas dans l'une des hypothèses visées par l'art. 17 LEtr, à savoir l'entrée légale en Suisse pour un séjour temporaire suivie d'une demande d'autorisation de séjour durable ou un séjour illégal avant le dépôt de cette demande.
4. a. Aux termes de l'art. 66 LPA, sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1) ; toutefois, lorsque 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 (al. 3).

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

b. Lorsqu'une décision à contenu négatif est portée devant la chambre administrative et que le destinataire de la décision sollicite la restitution de l'effet suspensif, il y a lieu de distinguer entre la situation de celui qui, lorsque la décision intervient, disposait d'un statut légal qui lui était retiré de celui qui ne disposait d'aucun droit. Dans le premier cas, la chambre administrative pourra entrer en matière sur une requête en restitution de l'effet suspensif, aux conditions de l'art. 66 al. 3 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Elle ne pourra pas en faire de même dans le

deuxième cas, vu le caractère à contenu négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/70/2014 du 5 février 2014 consid. 4b ; ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

Dans le cas présent, la décision de l'OCPM du 9 octobre 2015 a une double nature : négative en ce qui concerne l'autorisation de séjour (étant précisé qu'il s'agit d'un premier refus et que le recourant ne jouissait auparavant d'aucun statut légal en Suisse), et positive - quand bien même elle lui est défavorable - pour la décision de renvoi de Suisse.

Dans la mesure où seul ce dernier aspect fait l'objet d'une demande à titre préalable, il s'agit bien d'une demande de restitution de l'effet suspensif, qui doit être traitée sur la base de l'art. 66 LPA et non sur celle de l'art. 21 LPA (dans ce sens ATA/746/2015 du 21 juillet 2015 consid. 9).

c. L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405 ; ATA/746/2015 précité consid. 5).

Selon la jurisprudence constante, les mesures provisionnelles - au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif - ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/248/2011 du 13 avril 2011 consid. 4 ; ATA/197/2011 du 28 mars 2011 ; ATA/248/2009 du 19 mai 2009 consid. 3 ; ATA/213/2009 du 29 avril 2009 consid. 2). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, 265*).

Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution (ATA/746/2015 précité consid. 6a).

La restitution de l'effet suspensif ne doit être décidée qu'après une sérieuse pesée des intérêts en présence et en tenant en principe compte de la

proportionnalité. Elle est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'inexécution immédiate de la décision. L'autorité dispose d'une certaine liberté d'appréciation lorsqu'elle procède à la pesée des intérêts. En cas de recours contre une décision refusant la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral contrôle seulement si l'autorité intimée a commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation. Il n'annule sa décision que si elle a négligé des intérêts essentiels ou fait une appréciation manifestement fautive et que sa décision apparaît ainsi arbitraire dans son résultat (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

d. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/746/2015 consid. 6b).

e. Dans sa pratique liée à la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral considère que l'intérêt de l'étranger à ne pas quitter la Suisse avant l'issue de la procédure pendante devant lui est, par nature, importante et l'emporte, sous réserve de circonstances exceptionnelles, sur l'intérêt public à son éloignement immédiat (ordonnance du 15 juillet 2015 dans la cause 2C\_607/2015 ; ATA/746/2015 précité consid. 8 ; Cléa BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, thèse, 2015, n. 1067 ; Claude-Emmanuel DUBEY, La procédure de recours devant le Tribunal fédéral, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, p. 137 ss, spéc. 166).

5. Le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) n'est pas absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8 § 2 CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La CEDH ne garantit pas le droit de séjourner dans un État partie à ladite convention. Elle ne confère pas le droit d'entrer ou de séjourner dans un État déterminé, ni le droit de choisir le lieu apparemment le plus adéquat pour la vie familiale. Le droit au respect de la vie familiale consacré à l'art. 8 CEDH ne peut être invoqué que si une mesure étatique d'éloignement aboutit à la séparation des membres d'une famille. Il n'y a pas d'atteinte au droit au respect de la vie familiale si l'on peut attendre des membres de la famille qu'ils réalisent leur vie de famille à l'étranger. En revanche, si le départ du membre de la famille pouvant rester en

Suisse ne peut d'emblée être exigé sans autre, il convient de procéder à la pesée des intérêts prévue par l'art. 8 § 2 CEDH (ACEDH Gül. c. Suisse du 19 février 1996, req. n° 23218/94 § 38-43 ; Cruz Varas et autres c. Suède du 20 mars 1991, req. n° 15576/89 § 87-89, Abdulaziz, Cabales et Bakandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, req. nos 9214/80, 9473/81 et 9474/81 § 66-69, ATF 135 I 153 consid. 2.1 et les références ; ATA/177/2014 du 25 mars 2014 consid. 7c).

Lorsque le refus d'octroyer une autorisation de séjour se fonde sur la commission d'une infraction, la peine infligée par le juge pénal est le premier critère servant à évaluer la gravité de la faute et à procéder à la pesée des intérêts en présence (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_381/2014 du 4 décembre 2014 consid. 4.2.2 ; 2C\_565/2013 du 6 décembre 2013 consid. 4.1 ; 2C\_317/2012 du 17 octobre 2012 consid. 3.7.1). Lors du prononcé d'une peine privative de liberté d'au moins deux ans, l'intérêt public à l'éloignement l'emporte en principe sur l'intérêt privé de l'étranger, et celui de sa famille, à pouvoir rester en Suisse quand il s'agit d'une première demande d'autorisation ou d'une requête en prolongation d'autorisation déposée après un séjour de courte durée (ATF 139 I 145 consid. 2.3 ; 135 II 377 consid. 4.3 et 4.4 ; 130 II 176 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_901/2014 du 27 janvier 2015 consid. 5.1). Le comportement correct de l'étranger durant l'exécution de sa peine ne permet pas, sans autre, de conclure à sa reconversion durable. Plus la violation des biens juridiques a été grave, plus il sera facile de retenir un risque de récidive (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_317/2012 précité consid. 3.7.1).

S'agissant de l'intérêt privé, il y a notamment lieu d'examiner si l'on peut exiger des membres de la famille titulaires d'un droit de présence assuré en Suisse qu'ils suivent l'étranger dont l'autorisation de séjour est refusée. À cet égard, lorsqu'une ressortissante étrangère titulaire d'une autorisation d'établissement épouse un étranger faisant l'objet d'une procédure susceptible de conduire à un refus de renouvellement de l'autorisation de séjour, respectivement à l'expulsion de son futur conjoint, on considère normalement qu'elle accepte le risque de devoir faire sa vie à l'étranger avec ce dernier (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-4300/2012 du 7 août 2014 consid. 7.4 et les références). Autrement dit, si la vie familiale a été créée à un moment où les personnes impliquées étaient conscientes que le statut de l'un d'eux vis-à-vis des services de l'immigration était tel que la pérennité de la vie familiale dans l'État hôte serait dès le départ précaire, le renvoi du membre étranger de la famille ne sera qu'exceptionnellement incompatible avec l'art. 8 CEDH (ACEDH Antwi et autres c. Norvège du 14 février 2012, req. n° 26940/10, par. 89 ; Nunez c. Norvège du 28 juin 2011, req. n° 55597/09, par. 70 ; ATA/222/2012 du 17 avril 2012).

La pesée des intérêts suppose de prendre en compte l'ensemble des circonstances et de mettre en balance l'intérêt privé à l'obtention d'un titre de séjour et l'intérêt public à son refus (ATF 122 II 1 consid. 2 ; arrêt du Tribunal

fédéral 2C\_2/2009 du 23 avril 2009 consid. 3.1 ; ATA/177/2014 du 25 mars 2014 consid. 7c). Ainsi, dans le cadre du refus d'octroi ou de renouvellement d'une autorisation de séjour, de même que la révocation d'une autorisation d'établissement, il convient de prendre en considération dans la pesée des intérêts la gravité de la faute commise par l'étranger, le degré d'intégration de celui-ci, respectivement la durée de son séjour en Suisse et le préjudice que l'intéressé et sa famille auraient à subir en raison de la mesure envisagée (art. 96 al. 1 LEtr ; ATF 135 II 377 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_418/2009 du 30 novembre 2009 consid. 4.1 ; ATA/821/2014 du 28 octobre 2014 consid. 8a).

6. En l'espèce, le recourant n'a été au bénéfice d'aucune autorisation de séjour avant la décision de refus de l'OCPM.

Il partage sa vie avec son épouse, titulaire d'un permis C et tous deux font état de leurs souhaits et de leurs efforts en vue de devenir parents. Il s'agit d'un intérêt privé important.

S'il est entré légalement en Suisse et travaille pour une entreprise, il a caché à l'office sa condamnation du 18 septembre 2007 en Espagne, alors qu'il était requis de l'indiquer dans le formulaire qu'il a signé le 11 octobre 2012. Il sied de relever qu'un tel comportement aurait le cas échéant été susceptible de conduire à une révocation de son autorisation de séjour si celle-ci lui avait été accordée, ce sur la base de l'art. 62 let. a LEtr.

Cette condamnation est *prima facie* lourde puisqu'elle porte sur trois ans et six mois de prison pour un vol d'une somme élevée et de choses de valeurs, commis au domicile principal de la victime avec violence et intimidation.

Les infractions qui ont donné lieu aux condamnations des 17 septembre 2013 et 24 avril 2014, récentes, paraissent à cet égard particulièrement inquiétantes. En effet, les explications du recourant quant à la présence du pistolet dans son armoire paraissent *prima facie* peu crédibles, indépendamment de la portée que leur a donnée le Ministère public genevois. En outre, le vol avec violation de domicile et dommages à la propriété commis le 29 mai 2013 semble faire ressortir un mode opératoire bien préparé et très déterminé, et a engendré un préjudice important pour les lésés. Ces infractions ont été commises alors que le recourant avait déposé sa demande d'autorisation de séjour. Lors de la commission de l'infraction du 29 mai 2013, l'intéressé savait du reste que l'OCPM avait suspendu la procédure d'examen précisément en raison de l'examen de la condamnation de 2007 et de ses conséquences.

Dans ces circonstances, la commission de nouvelles infractions par le recourant ne paraît en l'état pas exclue. Les écrits de son épouse, seuls éléments en faveur de celui-ci, ne paraissent pas suffisantes pour que les autorités suisses puissent être rassurées.

Sur la base d'un examen sommaire et au regard notamment de la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH, il n'est en l'état pas possible de considérer que l'intimé et le TAPI auraient abusé ou excédé leur pouvoir d'appréciation en faisant primer l'intérêt public à l'éloignement immédiat de Suisse de l'intéressé sur son intérêt privé à y demeurer jusqu'à droit jugé au fond, en dépit de la situation difficile invoquée par le couple, et en refusant ainsi l'octroi de l'effet suspensif.

7. Enfin, vu notamment ce qui précède, on ne voit pas en quoi l'exécution immédiate du renvoi serait impossible (art. 83 al. 2 LEtr), illicite (art. 83 al. 3 LEtr) ou inexigible (art. 83 al. 4 LEtr).
8. Compte tenu de ce qui précède, le recours, infondé, sera rejeté.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 14 novembre 2015 par M. A\_\_\_\_\_ contre la décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du Tribunal administratif de première instance du 3 novembre 2015 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de M. A\_\_\_\_\_ un émolument de CHF 400.- ;

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

dit que, conformément aux art. 82 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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Michel Celi Vegas, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et des migrations, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'au secrétariat d'État aux migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :