

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/53/2011-PE

ATA/137/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} mars 2011

1^{ère} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Madjid Lavassani, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 19 janvier 2011 (DICCR/3/2011)

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1982, ressortissant du Bangladesh, est arrivé en Suisse le 22 mai 2003, en vue de suivre une formation auprès d'une université privée. Le 4 juin 2003, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) lui a délivré une autorisation de séjour pour études.
2. Après avoir connu de graves ennuis de santé au début de sa formation, puis avoir changé de filière et d'établissement supérieur d'enseignement à plusieurs reprises sans obtenir de titre d'études, M. A_____ s'est vu refuser le renouvellement de son autorisation de séjour pour études par décision de l'OCP du 26 novembre 2008. Un délai au 15 janvier 2009 lui a été imparti pour quitter la Suisse.
3. Statuant sur recours de l'intéressé, la commission cantonale de recours en matière administrative, remplacée le 1^{er} janvier 2011 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a confirmé la décision susmentionnée le 26 mai 2009.
4. M. A_____ ayant envisagé d'épouser une ressortissante suisse, l'OCP a prolongé son délai de départ jusqu'au 31 octobre 2010, le temps pour l'intéressé de mener à bien les démarches de mariage. Si ce projet ne se réalisait pas, il devrait quitter la Suisse à cette date.
5. Par courrier du 28 octobre 2010, M. A_____ a demandé à l'OCP une autorisation de séjour dans le but de terminer ses études, sur la base d'éléments nouveaux, principalement son succès aux examens dans sa nouvelle filière.
6. Par décision du 10 décembre 2010, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur la demande susmentionnée, qui tendait à un réexamen de la décision de refus de renouvellement d'autorisation de séjour du 26 novembre 2008. L'intéressé n'apportait aucun fait nouveau. Sa démarche était abusive et dilatoire. Un nouveau délai de départ était imparti au 15 janvier 2011. La décision était exécutoire nonobstant recours.
7. M. A_____ a recouru auprès du TAPI, en date du 10 janvier 2011 contre la décision susmentionnée, concluant principalement à son annulation, et à ce qu'il soit constaté qu'il s'agissait d'une nouvelle demande d'autorisation de séjour à laquelle il devait être fait droit, et, subsidiairement, à ce qu'il soit constaté que l'OCP avait refusé à tort d'entrer en matière sur la demande de reconsidération, à laquelle il devait être fait droit. Préalablement, il concluait à la restitution de l'effet suspensif au recours.

8. Par décision du 19 janvier 2011 sur effet suspensif et mesures provisionnelles, le président du TAPI a rejeté la demande de restitution d'effet suspensif et de mesures provisionnelles de M. A_____.

Une demande de reconsidération n'entraînait ni interruption de délai, ni effet suspensif. Il en allait de même en cas de recours contre un refus de reconsidération. En l'espèce, s'agissant d'une décision négative il ne pouvait être question de restituer un effet suspensif. Des mesures provisionnelles n'étaient pas envisageables, puisque cela reviendrait à faire droit aux conclusions au fond de l'intéressé.

9. Le 7 février 2011, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à ce qu'il soit constaté que le recours interjeté le 10 janvier 2011 déployait un effet suspensif et, subsidiairement, à l'octroi de mesures provisionnelles aux termes desquelles il était autorisé à attendre en Suisse l'issue de la procédure.
10. Le 8 février 2011, le TAPI a transmis son dossier, sans observations.
11. Le 16 février 2011, l'OCP a conclu au rejet du recours, reprenant l'argumentation du TAPI.
12. Le 17 février 2011, les observations de l'OCP ont été communiquées à M. A_____ et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Les décisions du TAPI peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative (art. 132 al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). La décision refusant l'effet suspensif étant une décision incidente, le délai de recours est de dix jours (art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10)).

En l'espèce, le délai de dix jours venait à échéance le dimanche 6 février 2011 et il a donc été reporté au premier jour utile, soit le lundi 7 février 2011 (art. 17 al. 3 LPA). Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable.

2. L'objet du contentieux est une décision du TAPI 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 qu'il qualifie de reconsidération d'une décision entrée en force en matière de renouvellement d'autorisation de séjour et

que le recourant considère comme une nouvelle demande d'autorisation de séjour. La question de la qualification peut demeurer ouverte vu ce qui suit.

3. a. 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).
- b. 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 26 novembre 2008 d'une décision de l'OCP refusant le renouvellement de son autorisation de séjour en Suisse. Cette décision bénéficie de l'autorité de la chose décidée dès lors que le recours formé contre elle a été rejeté. Lorsque l'intéressé a saisi l'OCP d'une demande le 28 octobre 2010, il ne bénéficiait plus d'aucun statut légal en Suisse et cette démarche ne lui en a procuré aucun. Il s'ensuit que le TAPI a constaté à juste titre qu'il était impossible de restituer un effet suspensif au recours.

4. 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 la chambre 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 provisionnelles peuvent ou doivent être ordonnées, il y a lieu de prendre en considération que le recours porte sur un refus de reconsidérer une décision administrative ayant acquis force de chose décidée. La décision du 16 juin 2008 règle définitivement le statut légal du recourant en Suisse. Cette dernière déploie ses effets et il n'est plus possible de revenir sur ceux-ci, sauf à compromettre gravement la sécurité du droit. Ainsi, 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. Or, en l'occurrence, l'autorité intimée refuse expressément de donner son accord auxdites mesures sollicitées par le recourant.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant. Il ne sera pas alloué d'indemnité (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 février 2011 par Monsieur A_____ contre la décision du Tribunal administratif de première instance du 19 janvier 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 400.- à la charge de Monsieur A_____ ;

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 Madjid Lavassani, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance, ainsi qu'à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Junod, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :