

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/721/2010-PE

ATA/281/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 27 avril 2010

2^{ème} section

dans la cause

Monsieur M_____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 26 février 2010 (DICCR/16/2010)

EN FAIT

1. Le 10 septembre 1991, Monsieur M_____, né le _____1960 et ressortissant du Kosovo, a été mis au bénéfice d'une autorisation de séjour en Suisse délivrée par les autorités tessinoises. Cette autorisation est arrivée à échéance le 8 mars 1999, celles-ci ayant refusé de la renouveler.
2. Le 15 mai 2001, l'office pour les migrations du canton de Lucerne a rejeté une demande de changement de canton et fixé à M. M_____ un délai au 15 juin 2001 pour quitter le territoire cantonal. Son permis de séjour était échu depuis le 8 mars 1999. Il avait été condamné pénalement. Il faisait l'objet de dix-sept poursuites pour un montant de CHF 2'799'778.- au 29 juin 2001. Il ne travaillait plus depuis 1998.
3. Le 11 juillet 2001, l'office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration, devenu depuis lors l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a prononcé, à l'encontre de M. M_____, une interdiction d'entrée en Suisse de durée indéterminée dès le 13 juillet 2001. L'intéressé était indésirable. Il avait été poursuivi pour séjour illégal, lésions corporelles graves, recel, vol d'usage et conduite d'un véhicule en état d'ébriété, ainsi que pour violation de ses obligations d'entretien.

Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.
4. Le 3 octobre 2002, une nouvelle demande d'asile de M. M_____, déposée le 1^{er} juillet 2001, a été rejetée. Celui-ci a alors quitté la Suisse pour la Finlande.
5. Le 8 septembre 2003, M. M_____ a épousé, en Finlande, Madame J_____ titulaire d'un permis d'établissement en Suisse.
6. Le 10 décembre 2003, M. M_____ a formé une demande d'autorisation de séjour à Genève auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP).
7. Le 3 juin 2004, l'OCP lui a signifié son refus de proposer à l'ODM d'annuler la mesure d'interdiction d'entrée en Suisse et de lui accorder cette autorisation de séjour
8. Le 6 septembre 2005, la commission cantonale de recours de police des étrangers, devenue depuis lors la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), a rejeté un recours de l'intéressé formé contre la décision précitée. Cette dernière a été confirmée par arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2006 (2A.649/2006).

9. Le 2 février 2010, M. M_____ a sollicité la reconsidération de la décision d'interdiction d'entrée en Suisse du 11 juillet 2001 et l'octroi d'un permis de séjour au titre du regroupement familial. Son épouse, Suissesse depuis le 7 décembre 2004, habitait à Genève. Lui-même, après l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné, était reparti vivre en Finlande, puis en Allemagne. Il avait cependant décidé de revenir vivre à Genève, malgré l'interdiction d'entrée, afin de pouvoir rester auprès de son épouse, fonder une famille et voir sa situation enfin réglée.

10. Le 15 février 2010, l'OCP a refusé d'entrer en matière sur la demande de réexamen. M. M_____ devait quitter la Suisse sans délai. Cette décision était exécutoire nonobstant recours.

Le requérant d'une autorisation de séjour en sa faveur ne pouvait séjourner en Suisse durant la procédure que s'il était évident qu'il possédait un droit à l'obtention d'une autorisation de séjour durable, ce qui n'était pas le cas de M. M_____. Celui-ci était sous le coup d'une interdiction d'entrée de durée indéterminée et devait attendre l'issue de la procédure à l'étranger, en présentant une demande d'autorisation d'entrée de séjour auprès d'une des représentations diplomatiques ou consulaires suisses. La décision de l'OCP sur le fond ne serait communiquée qu'à réception de ladite demande.

11. Le 26 février 2010, M. M_____ a recouru auprès de la CCRA contre la décision précitée. A titre préalable, il a conclu à la restitution de l'effet suspensif et à être autorisé à attendre l'issue de la procédure en Suisse.

12. Le 5 mars 2010, l'OCP s'est opposé à la restitution de cet effet suspensif.

13. Le 12 mars 2010, la CCRA a rejeté la demande d'effet suspensif et de mesures provisionnelles. Le recourant ne bénéficiait plus d'aucun statut légal en Suisse lorsqu'il avait saisi, le 2 février 2010, l'OCP d'une nouvelle demande de reconsidération. Cette démarche ne lui en avait procuré aucun, conformément à l'art. 48 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Aucun effet suspensif ne pouvait être restitué au recourant à la suite de la décision négative de l'OCP du 15 février 2010, car cela reviendrait à lui accorder un régime juridique dont il ne bénéficiait pas. De même, celui-ci ne pouvait pas, par l'ordonnance sur mesures provisionnelles, se voir accorder la possibilité de demeurer à Genève jusqu'à droit jugé sur le fond du litige, dans la mesure où, au moment du dépôt de la demande, il ne pouvait se prévaloir d'un droit évident à l'obtention d'une autorisation de séjour durable.

14. Par acte déposé au greffe le 25 mars 2010, M. M_____ a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée. Il conclut, à titre provisionnel, à être autorisé à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours et à ce qu'il soit ordonné à l'autorité intimée d'instruire la requête en

reconsidération du 2 février 2010 sans attendre qu'il ait quitté la Suisse. A titre principal, il conclut à l'annulation de la décision attaquée, devant être ainsi autorisé à demeurer en Suisse jusqu'à droit jugé sur son recours pendant devant la CCRA.

Une décision confirmant l'obligation qui lui était faite de quitter la Suisse et d'attendre à l'étranger le résultat d'une procédure de regroupement familial pouvait lui causer un préjudice irréparable de nature juridique. La CCRA avait violé l'art. 21 LPA. Il avait un droit à séjourner provisoirement en Suisse qui découlait des art. 17 al. 2 et 42 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20), ainsi que de l'art. 6 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (OASA - RS 142.201).

Conditionner l'examen de la requête en reconsidération du 2 février 2010 au fait que l'étranger quitte la Suisse violait l'interdiction du déni de justice garantie par l'art. 29 al.1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

15. Le 1^{er} avril 2010, la CCRA a transmis son dossier sans formuler d'observations.
16. Le 19 avril 2010, l'OCP a conclu au rejet du recours. Le recourant ne pouvait être mis au bénéfice d'une restitution de l'effet suspensif, le recours étant dirigé contre une décision purement négative. De même, il ne pouvait se voir octroyer le droit de résider sur le territoire suisse pendant la durée de la procédure de recours, cette mesure provisionnelle ayant pour effet de lui accorder pleinement ce qui lui avait été précisément refusé, à savoir de pouvoir revenir en Suisse.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et auprès de la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A al. 1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. b LPA).
2. L'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire et qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour, doit attendre la décision à l'étranger (art. 17 al. 1 LEtr). Il peut être autorisé à séjourner en Suisse si les conditions d'admission sont manifestement remplies (art. 17 al. 2 LEtr). Tel est le cas lorsque la documentation fournie atteste d'un droit légal ou d'un droit découlant du droit international public à l'octroi d'une autorisation de séjour (art. 6 OASA).

3. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8 al. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 - CEDH - RS 0.101). Il ne peut y avoir ingérence de la part de l'autorité publique, par l'exercice de ce droit, que pour autant que celle-là soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays ou 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 (art. 8 al. 2 CEDH).

Aux termes de l'art. 42 LEtr, le conjoint d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de vivre en ménage commun avec lui.

4. Un étranger peut faire l'objet d'une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse s'il a attenté de manière grave ou répétée à la sécurité, l'ordre public en Suisse ou à l'étranger ou les a mis en danger (art. 67 al 1 let. a LEtr), ou s'il a occasionné des coûts en matière d'aide sociale (art. 67 al. 1 let. b LEtr). Cette disposition a remplacé depuis le 1^{er} janvier 2008 l'art. 13 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20) qui constituait la base légale sur laquelle se fondait le droit des autorités de prendre des mesures d'interdiction d'entrée en Suisse. Au terme de celle-ci, l'autorité fédérale pouvait interdire l'entrée en Suisse d'étrangers indésirables. Elle peut aussi, mais pour une durée n'excédant pas trois ans, interdire l'entrée en Suisse d'étrangers qui ont contrevenu gravement ou à réitérées reprises à des prescriptions sur la police des étrangers, à d'autres dispositions légales ou des décisions d'autorité fondées sur ces dispositions.
5. a. Le recours a pour objet le refus par la CCRA d'autoriser l'intéressé, par la restitution de l'effet suspensif ou l'ordonnance de mesures provisionnelles, à résider en Suisse pendant la durée de la procédure du recours qu'il a interjeté contre la décision incidente de l'OCP du 15 février 2010 qui refuse de l'autoriser à séjourner en Suisse pendant qu'elle réexamine sa décision du 3 juin 2004.
- b. Selon l'art. 21 al. 1 LPA, l'autorité de recours peut d'office ou sur requête ordonner des mesures provisionnelles, soit des mesures visant à régler la situation pendant la durée de la procédure, pour maintenir un état de fait ou sauvegarder des intérêts compromis, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2^{ème} éd., 2002, no 2.2.6.8, p. 267 ; ATA 280/2009 du 9 juin 2009). De telles mesures ne peuvent toutefois ni anticiper sur le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre illusoire le procès au fond (ATF 109 ch. V 506 ; ATA 35/2010 du 9 janvier 2010 et jurisprudence citée ; I. HAENER, « Vorsorglichen Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in Les mesures provisoires en procédure civile, administrative et pénale, 1987, p. 26).

6. Devant la juridiction de céans, le recourant ne prétend plus, à juste titre, à la restitution d'un effet suspensif au recours contre la décision attaquée. Il considère, en revanche, que la CCRA a violé l'art. 21 LPA parce qu'elle n'a pas retenu, dans l'examen des conditions d'octroi des mesures provisionnelles sollicitées, que l'art. 42 al. 1 LEtr lui donnait un droit à se voir octroyer une autorisation de séjour, ce qui devait entraîner, eu égard à la teneur de l'art. 17 al. 2 LEtr, qu'il soit autorisé à séjourner en Suisse pendant la durée de l'examen de son recours.

Ce faisant, il omet de considérer que son statut en Suisse a déjà fait l'objet d'une décision : depuis le 11 juillet 2001, une mesure d'interdiction d'entrée en Suisse, exécutoire et valable pour une durée indéterminée, a été prise à son encontre, qui ne l'autorise pas à s'y rendre et encore moins à y résider (art. 5 al 1 let. d LEtr), tant qu'elle n'est pas rapportée. N'étant pas entré en Suisse légalement (art. 17 al. 1 LEtr), il n'est déjà, de ce seul fait, pas fondé à requérir d'être autorisé à y rester en vertu de l'art. 17 al. 2 LEtr. Au surplus, la requête qu'il a présentée à l'OCP le 2 février 2010 est une demande en réexamen de la décision du 3 juin 2004 confirmée par le Tribunal fédéral le 2 mars 2006, qui ne lui reconnaît aucun droit à séjourner en Suisse (art. 48 al. 2 LPA).

Autoriser le recourant à résider dans ce pays pendant la durée de la procédure de recours devant la CCRA reviendrait à lui accorder de manière anticipée ce qu'il requiert sur le fond, ce qui sort du cadre des mesures autorisées par l'art. 21 LPA. C'est donc à juste titre que la CCRA n'est pas entrée en matière sur ces conclusions préalables dans sa décision incidente du 12 mars 2010.

7. Le recourant se plaint que l'OCP ait conditionné l'examen de sa requête en reconsidération du 2 février 2010 au fait qu'il ait quitté la Suisse. Selon lui, la décision attaquée doit également être annulée parce que la CCRA n'a pas traité de cet aspect du litige, commettant ainsi un déni de justice. Ce grief tombe à faux. Le recourant oublie que le présent recours vise une décision de la CCRA statuant sur mesures provisionnelles, et non pas la décision que celle-ci devra rendre sur le fond. Selon l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Dès lors que, dans son recours à la CCRA du 26 février 2010, l'intéressé n'avait formulé aucune conclusion, ni même aucun grief se rapportant à cette problématique, il ne peut être reproché à cette autorité de ne pas avoir statué sur cette question.
8. Le recours sera rejeté. Le présent arrêt, qui tranche le fond du litige relatif à la décision incidente du 12 mars 2010 de la CCRA, rend superfétatoire qu'il soit statué sur les conclusions prises par le recourant à titre provisionnel devant le tribunal de céans.
9. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 mars 2010 par Monsieur M_____ contre la décision du 12 mars 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de M. M_____ un émoulement de procédure de CHF 500.- ;

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

dit que, les éventuelles voies de recours contre le présent arrêt, les délais et conditions de recevabilité qui leur sont applicables, figurent dans la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), dont un extrait est reproduit ci-après. Le mémoire de recours 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 Romain Jordan, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population et à la commission cantonale de recours en matière administrative.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mme Hurni et M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Extraits de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110)

consultable sur le site: http://www.admin.ch/ch/f/rs/c173_110.html

Recours en matière de droit public (art. 82 et ss LTF)

Art. 82 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours :

a. contre les décisions rendues dans des causes de droit public ;

...

Art. 83 Exceptions

Le recours est irrecevable contre :

...

c. les décisions en matière de droit des étrangers qui concernent :

1. l'entrée en Suisse,
2. une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit,
3. l'admission provisoire,
4. l'expulsion fondée sur l'art. 121, al. 2, de la Constitution ou le renvoi,
5. les dérogations aux conditions d'admission,
6. la prolongation d'une autorisation frontalière, le déplacement de la résidence dans un autre canton, le changement d'emploi du titulaire d'une autorisation frontalière et la délivrance de documents de voyage aux étrangers sans pièces de légitimation ;

d. les décisions en matière d'asile qui ont été rendues :

1. par le Tribunal administratif fédéral,
2. par une autorité cantonale précédente et dont l'objet porte sur une autorisation à laquelle ni le droit fédéral ni le droit international ne donnent droit ;

...

Art. 89 Qualité pour recourir

¹ A qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire ;
- b. est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué, et
- c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

...

Art. 95 Droit suisse

Le recours peut être formé pour violation :

- a. du droit fédéral ;
- b. du droit international ;
- c. de droits constitutionnels cantonaux ;
- d. de dispositions cantonales sur le droit de vote des citoyens ainsi que sur les élections et votations populaires ;
- e. du droit intercantonal.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 et ss LTF)

Art. 113 Principe

Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89.

Art. 115 Qualité pour recourir

A qualité pour former un recours constitutionnel quiconque :

- a. a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire et
- b. a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée.

Art. 116 Motifs de recours

Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels.

Art. 100 Recours contre une décision

¹ Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète.

Recours ordinaire simultané (art. 119 LTF)

¹ Si une partie forme contre une décision un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

² Le Tribunal fédéral statue sur les deux recours dans la même procédure.

³ Il examine les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné.