

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4621/2009-PE

ATA/209/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 mai 2011

dans la cause

Monsieur O _____

représenté par Me Nicola Meier, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 7 septembre 2010 (DCCR/1297/2010)

EN FAIT

1. Arrivé en Suisse le 10 août 2001, Monsieur B_____, ressortissant algérien né le _____ 1983, y a aussitôt déposé une demande d'asile. Cette requête a fait l'objet le 9 octobre 2001 d'une décision de non-entrée en matière et un délai de départ a été fixé à l'intéressé, qui devait quitter le territoire suisse. N'ayant pas obtempéré, M. B_____ a été placé en détention administrative pendant trois mois, dans le canton de Lucerne, auquel il avait été attribué. Sa disparition a été enregistrée le 20 février 2003.

2. Toutefois, sous l'identité de O_____, né le _____ 1980, ressortissant d'Algérie, l'intéressé a été interpellé le 22 janvier 2003 pour vol et infraction à la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (LSEE - RS 142.20).

Ne pouvant être refoulé à destination de son pays d'origine, il a été libéré.

3. Au bénéfice d'un visa, M. O_____ est à nouveau venu en Suisse le 30 octobre 2003, dans le but de s'y marier.

4. Le 26 novembre 2003, l'intéressé a été condamné par ordonnance du juge d'instruction de Genève en raison de divers vols et tentatives de vol commis dans plusieurs magasins les 22 janvier, 3, 13 et 17 novembre 2003 à la peine de trois mois d'emprisonnement sous déduction de huit jours de détention préventive et mis au bénéfice du sursis pour trois ans. Une expulsion ferme de trois ans a en outre été prononcée à l'encontre de l'intéressé.

5. Le 12 décembre 2003, M. O_____ a épousé à Onex Madame A_____, née le _____ 1982, ressortissante suisse d'origine marocaine.

De ce fait, il a obtenu une autorisation de séjour dans le cadre d'un regroupement familial, valable jusqu'au 11 décembre 2005.

6. Le 9 mars 2004, M. O_____ a été arrêté pour vol en bande. Le 19 avril 2004, il a été condamné à raison de ces faits par ordonnance de condamnation du Procureur général à la peine de trois mois d'emprisonnement, sous déduction d'un mois et onze jours de détention préventive, assortie d'un sursis pendant trois ans.

7. Saisi d'une opposition contre l'ordonnance de condamnation précitée du 26 novembre 2003, le Tribunal de police, statuant par défaut le 18 mai 2004, a mis à néant ladite ordonnance et confirmé la peine précitée infligée par le juge d'instruction le 26 novembre 2003.

8. Le 8 juillet 2004, M. O_____ a été prévenu de vol de téléphones portables et de violation de domicile, puis il a été relaxé.
9. M. O_____ ayant fait opposition au jugement rendu par défaut le 18 mai 2004 par le Tribunal de police, cette juridiction a statué à nouveau le 5 octobre 2004 et condamné l'intéressé à deux mois d'emprisonnement, sous déduction de huit jours de détention préventive, assortis d'un sursis pendant trois ans, pour vols, tentative de vols et recel.

Il a en outre été condamné par le Tribunal de police également le 20 décembre 2004 pour vol.
10. Le 11 mars 2005, M. O_____ a été placé en détention préventive pour vols de plusieurs objets dans une école.
11. Le _____ 2005, un garçon, prénommé N_____, issu de l'union du couple, est né à Genève.
12. Le 25 août 2005, M. O_____ a quitté le domicile conjugal.
13. Le 31 août 2005, il s'est vu délivrer par le Consulat d'Algérie à Genève le passeport algérien n° X_____, valable jusqu'au 30 août 2010.
14. Le 5 décembre 2005, l'autorisation de séjour de M. O_____ a été renouvelée jusqu'au 11 décembre 2006.
15. Le 8 mai 2006, M. O_____ a été arrêté pour vol d'un ordinateur portable.
16. Par jugement du 1^{er} juin 2006, le Tribunal de première instance a prononcé la séparation des époux O_____. Il a attribué la garde sur N_____ à la mère et instauré un droit de visite pour le père. Il a en outre condamné ce dernier à verser une contribution d'entretien de CHF 300.- pour son fils.
17. Le 24 août 2006, l'intéressé a fait l'objet d'une plainte pour vol d'un ordinateur portable sur un chantier sur lequel il travaillait. Il a contesté ces faits.
18. Le 15 février 2007, M. O_____ a été arrêté pour vol et recel d'un beamer et il a été condamné de ce fait le 22 février 2007 par ordonnance de condamnation du juge d'instruction à la peine de soixante heures de travail d'intérêt général, assortie d'un sursis de deux ans.
19. Le 8 mai 2007, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a adressé à M. O_____ un avertissement : compte tenu de cette dernière condamnation et de celle prononcée par le Tribunal de police le 5 octobre 2004, l'OCP pourrait être amené à prononcer des sanctions à son encontre, quand bien même il était titulaire d'une autorisation de séjour.

20. Le 3 décembre 2007, M. O_____ a sollicité de l'OCP le renouvellement de son autorisation de séjour.

L'OCP a invité les époux O_____ à lui faire connaître l'évolution de leur situation matrimoniale.

a. M. O_____ a répondu le 19 décembre 2007 qu'aucune procédure de divorce n'était envisagée, que la reprise de la vie commune était possible. De plus, il entretenait de très bons rapports avec son enfant pour lequel il versait une pension alimentaire.

b. Mme A_____ a fait savoir le 15 janvier 2008 qu'elle n'avait pas encore envisagé une procédure de divorce mais qu'elle ne comptait pas reprendre la vie commune. Son mari gardait leur fils un week-end sur deux depuis le mois d'août 2007 et il versait une pension alimentaire de CHF 300.- par mois.

21. Le 28 février 2008, l'intéressé a été inculpé de brigandage et de lésions corporelles graves pour avoir agressé une personne âgée à la sortie d'une banque. Il a été placé en détention préventive mais remis en liberté le 18 juillet 2008 par la Chambre d'accusation.

22. Le 5 décembre 2008, il a été arrêté une nouvelle fois pour le vol d'une veste et il a conclu un arrangement avec le commerçant lésé.

23. Par arrêt du 8 décembre 2008, la Cour correctionnelle sans jury a condamné M. O_____ pour brigandage et vol à la suite des faits survenus le 28 février 2008 à la peine de deux ans et six mois, cette peine étant ferme à raison de quinze mois, ladite peine étant partiellement complémentaire à celles prononcées par le Tribunal de police les 5 octobre et 20 décembre 2004. Le solde de cette peine a été assorti d'un sursis partiel pendant cinq ans.

24. Le 16 janvier 2009, M. O_____ a été arrêté pour vol, dommages à la propriété et violation de domicile pour avoir attaqué une bijouterie en utilisant une fourgonnette comme bélier. Ecroué, il a été libéré trois jours plus tard. A raison de ces faits, il a été condamné le 23 janvier 2009 par ordonnance du juge d'instruction à la peine de cinq mois d'emprisonnement pour vol, dommages à la propriété, cette peine étant complémentaire à celle prononcée par la Cour correctionnelle le 8 décembre 2008. Par arrêt du 17 avril 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de M. O_____ à l'encontre de l'arrêt précité.

25. Interpellée par l'OCP au sujet de sa situation personnelle, Mme A_____ a répondu le 23 février 2009 qu'elle était toujours séparée de son mari, dont elle avait l'intention de divorcer. Il exerçait son droit de visite deux week-ends par mois et versait la pension alimentaire mensuelle de CHF 300.-.

26. Par décision du 29 juillet 2009, l'OCP a informé M. O_____ de son intention de refuser le renouvellement de son autorisation de séjour en raison des condamnations pénales précitées. L'intéressé était invité à faire part de ses observations dans le délai de trente jours.
27. Le 4 août 2009, M. O_____ a fait valoir qu'il n'avait plus aucune attache en Algérie et qu'il était domicilié en Suisse depuis août 1998. Quitter Genève constituerait pour lui un véritable déchirement. Sans logement, sans emploi et devant verser une pension alimentaire pour son fils, il s'était laissé influencer par diverses personnes.
- Depuis, il s'était amendé et respectait les lois. Il était suivi par le service de probation et d'insertion. Il avait un emploi à plein temps. Il pouvait subvenir à ses besoins et à ceux de son fils. Il débiterait en octobre 2009 une formation de soudeur. Son fils était âgé de quatre ans et il lui était impossible de le quitter. Il sollicitait une seconde chance.
28. Le 18 août 2009, l'OCP a refusé de renouveler l'autorisation de séjour de M. O_____, de même que l'octroi d'une autorisation d'établissement et lui a imparti un délai au 15 novembre 2009 pour quitter la Suisse, pour autant qu'il ait satisfait aux exigences des autorités pénitentiaires. Cette décision était fondée sur la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr - RS 142.20).
29. M. O_____ ayant recouru contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), l'OCP a retiré sa décision, constatant qu'il aurait dû faire application de la LSEE.
30. Le 14 septembre 2009, M. O_____ s'est présenté à l'établissement de Villars pour purger sa peine.
31. Par décision du 18 novembre 2009, l'OCP a refusé le renouvellement de l'autorisation de séjour de M. O_____, de même que l'octroi d'une autorisation d'établissement, en application des art. 7 al. 1 et 10 al. 1 let. a et b LSEE, l'intérêt public à la sécurité et au respect de l'ordre public suisses devant primer l'intérêt privé de l'intéressé, qui n'avait tenu aucun compte de l'avertissement qui lui avait été adressé le 8 mai 2007 d'une part, et qui avait commis des délits aussi bien avant qu'après la naissance de son fils d'autre part.

L'intéressé totalisait bien cinq ans de mariage et de séjour au 12 décembre 2008. A ce titre, il avait droit à une autorisation d'établissement ; à cette même date cependant, les conditions d'un abus de droit étaient réalisées, le mariage n'étant plus que fictif.

Enfin, l'exécution du renvoi n'apparaissait pas illicite et M. O_____ ne soutenait pas que celui-ci ne pourrait pas être raisonnablement exigé au sens de l'art.

83 LEtr. Un délai au 18 février 2010 lui était imparti pour quitter le territoire suisse. Le dossier serait transmis à l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) pour que celui-ci statue sur l'opportunité de prononcer une interdiction d'entrée à l'encontre de l'intéressé.

32. Le 21 décembre 2009, M. O_____ a recouru contre cette décision auprès de la CCRA. Il a exposé sa situation personnelle. A l'âge de six ans et demi, il avait été placé en Algérie chez ses grands-parents paternels, sa mère ayant quitté le domicile à la suite de violences conjugales. Son frère cadet avait été placé avec lui alors que ses aînés avaient été abandonnés à leur propre sort. Il avait rompu toute relation avec son père, mais avait conservé des contacts sporadiques avec sa mère, une fois tous les deux ou trois mois, jusqu'à ce qu'il quitte l'Algérie en 1998. En 1994 et 1995, ses grands-parents paternels étaient décédés. Il avait été confié à un oncle paternel, qui n'avait plus voulu s'occuper de lui dès 1997. Peu après, il était donc venu à Genève.

S'il était séparé de son épouse, il avait conservé d'étroites relations avec son fils, à l'entretien duquel il contribuait et auquel il rendait régulièrement visite un week-end sur deux, et deux ou trois soirs par semaine. Il aurait de grandes difficultés de réinsertion s'il devait retourner en Algérie. Il n'avait pas récidivé depuis novembre 2008, date de la dernière infraction pour laquelle il avait été arrêté le 16 janvier 2009. Il travaillait pour J_____, dans un premier temps comme jardinier, et depuis chez S_____ pour trier des déchets de chantiers. Enfin, dès le 30 septembre 2009, il suivait en parallèle une formation de soudeur auprès de la Fondation pour la formation des adultes (ci-après : IFAGE).

La décision attaquée contrevenait à l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), car s'il était renvoyé en Algérie, il serait utopique de considérer qu'il pourrait continuer à voir son fils. Cette séparation influencerait négativement le développement de celui-ci.

33. Le 23 février 2010, l'OCP a conclu au rejet du recours. Selon la jurisprudence fédérale, le droit du conjoint étranger d'un ressortissant suisse au renouvellement de l'autorisation de séjour s'éteignait en règle générale lorsque celui-là avait été condamné à une peine privative de liberté de deux ans ou plus et qu'aucune circonstance particulière n'était susceptible de justifier une dérogation à cette règle.

Au vu des condamnations prononcées à son encontre, M. O_____ ne pouvait prétendre au renouvellement de cette autorisation de séjour, la gravité des infractions commises étant allée croissant. Le risque de récidive ne pouvait être exclu. D'ailleurs, la naissance de son enfant ne l'avait pas empêché de commettre des délits. Enfin, pour se prévaloir de l'art. 8 CEDH, l'étranger devait faire preuve d'un comportement irréprochable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

34. Le 20 avril 2010, M. O _____ a écrit à l'OCP pour lui faire part de ses regrets et de sa volonté de s'amender.

35. a. Entendu lors d'une audience de comparution personnelle le 7 septembre 2010, M. O _____ a déclaré à la CCRA qu'il avait été libéré le 23 juillet 2010. Aucune procédure pénale n'était en cours contre lui. Il disposait d'un logement mais était sans emploi. Dès le 15 octobre 2010, et pour un mois et demi, il avait été placé par l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) pour faire les vendanges. Ensuite, il bénéficierait de prestations de chômage. Sa situation administrative n'étant pas réglée, il ne pouvait effectuer le dernier module de la formation de soudeur. S'il pouvait rester en Suisse, il souhaitait achever cette formation et trouver un emploi. Il avait quitté le domicile conjugal quatre jours après la naissance de son fils, soit le 25 août 2005 (sic). Il allait chercher celui-ci tous les jours à 16h00 et s'en occupait le mercredi après-midi, ainsi qu'un week-end sur deux. Il souhaitait reprendre la vie commune avec son épouse et n'avait pas l'intention de divorcer.

En 2010, il avait versé deux fois la pension alimentaire de CHF 300.-. Il a produit des pièces complémentaires.

b. Entendue le même jour à titre de renseignement par la CCRA, Mme A _____ a indiqué avoir déposé une demande en divorce un mois auparavant. Son époux allait régulièrement chercher l'enfant à la sortie de l'école et leurs relations étaient bonnes. Lorsqu'il n'était pas détenu, il s'occupait de son fils un week-end sur deux. Il l'avait emmené pendant deux semaines en Algérie lorsque l'enfant avait deux ans. Elle souhaitait pouvoir planifier l'exercice du droit de visite car si elle disait à son mari qu'il ne pouvait pas voir N _____, celui-là s'énervait et elle ne voulait pas qu'il lui parle mal en présence de l'enfant. Il serait dur pour N _____ que son père quitte la Suisse.

Son époux lui avait versé en mains propres les arriérés de pension alimentaire 2008. Il avait payé CHF 300.- mensuellement durant toute l'année 2009. En 2010, elle avait reçu CHF 300.- en mai et CHF 200.- entre juin et septembre.

36. Par décision du 7 septembre 2010, la CCRA a rejeté le recours de M. O _____, confirmant ainsi la décision de l'OCP du 18 novembre 2009. Elle a en outre mis un émolument de CHF 500.- à charge de l'intéressé.

La CCRA a retenu en substance, en faisant application de la LSEE, que selon les propos de Mme A _____ du 7 septembre 2010, une reprise de la vie commune était exclue et qu'une demande en divorce était en cours. La vie commune avait duré moins de deux ans, de décembre 2003 à octobre 2005 (sic), et n'avait jamais été reprise depuis lors. Le recourant ne pouvait se prévaloir de cette vie commune sans commettre un abus de droit, alors que le mariage était vidé de sa substance. Par ailleurs, même si le mariage avait duré plus de cinq ans, la vie commune avait cessé à partir d'octobre 2005, de sorte que les conditions pour la délivrance d'une

autorisation d'établissement n'étaient pas réunies. L'OCP avait refusé le renouvellement du titre de séjour du recourant pour des motifs d'opportunité. Ce faisant, il n'avait pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation, de sorte que la CCRA ne pouvait pas revoir cette décision. Quant au recourant, il substituait sa propre appréciation à celle de l'OCP, sans préciser en quoi celui-ci aurait excédé ou mésusé de son pouvoir d'appréciation.

Enfin, M. O_____ ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH puisque, s'il était établi qu'il avait des relations suivies avec son fils, il n'avait pas eu un comportement irréprochable, ayant notamment été condamné à une peine de plus de deux ans d'emprisonnement et un risque de récidive subsistant. Enfin, un bon pronostic de resocialisation n'excluait pas une expulsion. La question de savoir si la relation entre le recourant et son fils était étroite et effective pouvait rester ouverte puisque le droit de visite non planifié entre les époux et fixé par le Tribunal de première instance n'était pas particulièrement large et que le recourant ne versait pas régulièrement la pension due pour son fils. M. O_____ avait été condamné pour des faits commis aussi bien avant qu'après la naissance de son enfant. Il vivait légalement en Suisse depuis décembre 2003 mais avait séjourné auparavant illégalement en Suisse alors qu'il avait vécu jusqu'à l'âge de vingt ans en Algérie. Son intégration en Suisse n'avait rien d'exceptionnel. En cas de retour en Algérie, rien ne l'empêcherait d'entretenir des contacts par téléphone, lettres ou messagerie électronique avec son fils, ni de recevoir des visites de celui-ci s'il venait en vacances en Algérie. Enfin, lorsqu'il aurait quitté la Suisse, M. O_____ pourrait déposer une nouvelle demande d'autorisation de séjour.

37. Par acte posté le 18 octobre 2010, M. O_____ a recouru auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), contre cette décision, en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif, non sans relever que la CCRA n'avait pas ordonné l'exécution de la décision querellée nonobstant recours. Sur le fond, il a conclu à l'annulation de la décision de l'OCP du 18 novembre 2009, mais non à celle de la CCRA, à laquelle subsidiairement la cause devait être renvoyée pour l'octroi d'une autorisation d'établissement. Il a repris par ailleurs ses motifs et conclusions présentés en première instance.
38. Le 21 octobre 2010, le juge délégué a informé le conseil du recourant qu'aucune décision sur effet suspensif ne serait rendue, le recourant soulignant lui-même que la CCRA n'avait pas déclaré cette décision exécutoire nonobstant recours, de sorte que celui-ci avait effet suspensif de par la loi.
39. La CCRA a produit son dossier le 26 octobre 2010. Celui-ci comporte en particulier les procès-verbaux des auditions de M. et de Mme O_____, ainsi qu'une attestation de travail et un décompte de salaire. Le bulletin relatif au mois de novembre 2009 fait état d'un revenu mensuel net de CHF 2'387,45. Enfin,

M. O_____ a été inscrit aux cours de soudure à l'IFAGE du 30 septembre au 9 décembre 2009, puis du 13 janvier au 24 mars 2010.

Il résulte en outre des pièces que le 22 avril 2010, la fondation F_____ a établi pour l'intéressé un certificat de travail intermédiaire certifiant que depuis le 29 avril 2009, M. O_____ travaillait dans l'atelier de tri à temps complet. Selon le bulletin de salaire du mois de mai 2010, l'intéressé réalisait un revenu net de CHF 1'490,80.

Enfin, Mme A_____ avait signé diverses attestations les 30 août et 9 novembre 2007, selon lesquelles elle avait reçu CHF 300.- en mains propres au mois d'août 2007 et le même montant pour octobre 2007, son mari exerçant son droit de visite à raison de deux week-ends par mois. Elle a produit des attestations dans le même sens, certifiant le versement de la pension mensuelle de CHF 300.- pendant huit mois en 2008 et durant six mois en 2009.

M. O_____ était domicilié à la P_____. Le montant de son loyer était inconnu.

40. Le 29 novembre 2010, l'OCP a développé une nouvelle fois son argumentation, en concluant au rejet du recours.
41. Le 21 décembre 2010, l'OCP a fait parvenir au juge délégué un extrait de jugement selon lequel, par arrêt du 26 juillet 2010, la Chambre pénale de la Cour de justice avait annulé ou remplacé le jugement du Tribunal de police du 9 novembre 2009 et condamné l'intéressé à une peine privative de liberté de zéro jour, cette peine étant déclarée complémentaire à celles prononcées les 8 décembre 2008 par la Cour correctionnelle sans jury et le 23 janvier 2009 par le juge d'instruction. Il résultait enfin de ce document que M. O_____ était également connu sous les alias de X_____ B_____, né le _____ 1983, et de Y_____ B_____, né le _____ 1983.
42. Cette pièce a été communiquée au recourant et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans leur teneur au 31 décembre 2010).
3. La demande de renouvellement de l'autorisation de séjour ayant été présentée le 3 décembre 2007, soit avant l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 de la LEtr, la cause doit être examinée selon la LSEE, en application de la disposition transitoire figurant à l'art. 126 al. 1 LEtr, la procédure étant régie par le nouveau droit (art. 126 al. 2 LEtr).
4. « Tout étranger a le droit de résider sur le territoire suisse s'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement... ou si, selon la présente loi, il n'a pas besoin d'une telle autorisation » (art. 1a LSEE).
5. Selon l'art. 7 al. 1 LSEE, « le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi et à la prolongation de l'autorisation de séjour. Après un séjour régulier et ininterrompu de cinq ans, il a droit à l'autorisation d'établissement. Ce droit s'éteint lorsqu'il existe un motif d'expulsion ».

Il s'éteint également en cas de dissolution juridique du lien conjugal pour cause de divorce notamment (ATF 120 Ib 16).

6. En application de ces dispositions, le recourant a bénéficié d'une autorisation de séjour dès son mariage, laquelle a été renouvelée jusqu'à ce que l'OCP refuse le 18 novembre 2009 de la prolonger selon la demande qu'il lui avait présentée le 3 décembre 2007 ou de délivrer à celui-ci un permis d'établissement, en application de l'art. 7 al. 1 LSEE précité et de l'art. 10 al. 1 let. a et b de cette loi. Cette dernière disposition prévoit que : « L'étranger ne peut être expulsé de Suisse ou d'un canton que pour les motifs suivants :
 - a. s'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit ;
 - b. si sa conduite, dans son ensemble, et ses actes permettent de conclure qu'il ne veut pas s'adapter à l'ordre établi dans le pays qui lui offre l'hospitalité ou qu'il n'en est pas capable ».
7. En l'espèce, les époux ne sont pas divorcés mais séparés judiciairement.

La vie commune a duré du 12 décembre 2003 au 25 août 2005, et non jusqu'en octobre 2005, comme l'a retenu à tort la commission, soit en tout état moins de deux ans. Aucune tentative de reprise de la vie commune n'a eu lieu depuis de sorte que le recourant commettrait un abus de droit en se prévalant d'un mariage vidé de sa substance pour réclamer un titre de séjour.

8. Le recourant ne peut pas davantage recevoir un permis d'établissement car si au 12 décembre 2008 le recourant vivait en Suisse de manière ininterrompue depuis plus de cinq ans, le mariage n'existait alors plus que de manière formelle et l'obtention dans ces conditions d'un permis C relèverait de l'abus de droit.
- a. Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 130 II 113 consid. 10.2 p. 135 ; 128 II 145 consid. 2.2 p. 151). L'existence d'un éventuel abus de droit doit être appréciée dans chaque cas particulier et avec retenue, seul l'abus de droit manifeste pouvant être pris en considération (ATF 121 II 97 consid. 4a p. 103).
- b. L'abus de droit découlant du fait de se prévaloir de l'art. 7 al. 1 LSEE ne peut pas être simplement déduit du fait que les époux ne vivent plus ensemble, puisque le législateur a volontairement renoncé à faire dépendre le droit à une autorisation de séjour de la vie commune (ATF 118 Ib 145). Il ne suffit pas non plus qu'une procédure de divorce soit entamée ou que les époux vivent séparés et n'envisagent pas le divorce. Toutefois, il y a abus de droit lorsque le conjoint étranger invoque un mariage n'existant plus que formellement dans le seul but d'obtenir une autorisation de séjour, car ce but n'est pas protégé par l'art. 7 al. 1 LSEE (ATF 131 II 265 consid. 4.2 p. 267 ; 128 II 145 consid. 2.1 p. 151 ; 121 II 97 consid. 4a p. 103 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_374/2008 du 8 juillet 2008).
- c. Le mariage n'existe plus que formellement lorsque l'union conjugale est rompue définitivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation ; les causes et les motifs de la rupture ne jouent pas de rôle (ATF 130 II 113 consid. 4.2 p. 117 ; 128 II 145 consid. 2 p. 151/152 ; 127 II 49 consid. 5a p. 56/57 ; 121 II 97 consid. 4a p. 103/104 ; 119 Ib 417 consid. 2d p. 419 ; 118 Ib 145 consid. 3c/d p. 150/151). L'abus de droit ne peut être retenu que si des éléments concrets indiquent que les époux ne veulent pas ou ne veulent plus mener une véritable vie conjugale et que le mariage n'est maintenu que pour des motifs de police des étrangers. L'intention réelle des époux ne pourra généralement pas être établie par une preuve directe, mais seulement grâce à des indices, à l'instar de ce qui prévaut pour démontrer l'existence d'un mariage fictif (ATF 127 II 49 consid. 5a p. 57 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A_562/2004 du 14 octobre 2004 consid. 5.2 ; ATA/189/2011 du 22 mars 2011).
9. Enfin, il résulte de l'état de fait précité que le recourant a été condamné le 5 octobre 2004, le 8 décembre 2008 et le 23 janvier 2009 pour vols notamment, soit pour crimes, au sens des art. 10 al. 2 et 139 ch. 1 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Les conditions d'application de l'art. 10 al. 1 let. a LSEE sont ainsi remplies, sans qu'il soit nécessaire de déterminer si celles posées par l'art. 10 al. 1 let. b LSEE le sont également.

10. M. O_____ se prévaut de l'art. 8 CEDH qui lui conférerait un droit à une autorisation de séjour, même s'il ne vit plus avec son fils, âgé à ce jour de cinq ans et demi.

L'art. 8 § 1 CEDH dispose que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Un étranger peut, selon les circonstances, se prévaloir du droit au respect de sa vie privée et familiale, au sens de la disposition conventionnelle précitée, pour s'opposer à une éventuelle séparation de sa famille. Encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette disposition, que la relation entre l'étranger et une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse soit étroite et effective (ATF 130 II 281 consid. 3.1 p. 285 ; 129 II 193 consid. 5.3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2008 du 22 août 2008 consid. d). Les relations visées par l'art. 8 CEDH sont avant tout celles qui existent entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants mineurs vivant en ménage commun (ATF 120 Ib 257 consid. 1d).

Selon la jurisprudence, l'art. 8 CEDH s'applique lorsqu'un étranger peut faire valoir une relation intacte avec son enfant bénéficiant du droit de résider en Suisse, même si ce dernier n'est pas placé sous son autorité parentale ou sous sa garde du point de vue du droit de la famille (ACEDH du 21 juin 1988 en la cause Berrehab, série A, vol. 138, p. 14 § 21 ; ATF 120 Ib 1 consid. 1d p. 3 ; 119 Ib 81 consid. 1c p. 84 ; 118 Ib 153 consid. 1c p. 157 ; 115 Ib 97 consid. 2e p. 99). Ainsi, l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant qui bénéficie d'un droit de présence en Suisse et y vit peut se prévaloir de la garantie de l'art. 8 CEDH pour autant qu'il entretienne avec cet enfant une relation affective et économique d'une intensité particulière, que la distance entre son pays d'origine et la Suisse rende purement théorique l'exercice de son droit de visite et qu'il ait eu un comportement irréprochable (ATF 120 Ib 1 consid. 3c p. 5 ; 120 Ib 22 consid. 4a p. 25 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2A.212/2003 du 10 septembre 2003 consid. 3.1 ; 2A.563/2002 du 23 mai 2003 consid. 2.2 ; ATA/596/2010 du 1^{er} septembre 2010 ; ATA/574/2009 du 10 novembre 2009).

11. En l'espèce, il est établi et non contesté que le recourant exerce normalement son droit de visite et qu'il s'acquitte plus ou moins régulièrement du paiement de la pension alimentaire due pour son enfant. En ce sens, la présente cause diffère de celle citée par le recourant (ATA/596/2010 du 1^{er} septembre 2010) dans laquelle un père de deux enfants, dont l'un était né au Brésil, leur pays d'origine, n'entretenait plus de relations avec cet enfant-ci depuis deux ans. Le recourant quant à lui est déjà allé en vacances en Algérie avec son fils de sorte qu'un renvoi de l'intéressé dans son pays d'origine n'entraînerait pas la rupture complète de ses relations avec son enfant.

Au vu des jurisprudences rappelées ci-dessus, il faudrait de plus pour que le recourant puisse se prévaloir de l'art. 8 CEDH qu'il ait eu un comportement irréprochable, ce qui n'est manifestement pas le cas, au vu des condamnations dont il a fait l'objet pour des crimes et délits dont la gravité est allée croissant pour aboutir à une condamnation supérieure à deux ans. L'agression perpétrée le 28 février 2008 sur une personne âgée a eu lieu après que le recourant a reçu le 8 mai 2007 un avertissement de l'OCP et alors que la procédure en vue du renouvellement de son autorisation de séjour était en cours.

Le recourant a ainsi démontré qu'il ne tient pas à s'intégrer en Suisse ni à respecter les lois de son pays d'accueil.

Il en résulte que l'intérêt public à la sécurité de la population résidant en Suisse l'emporte sur l'intérêt privé du recourant à demeurer dans ce pays, son comportement n'étant pas irréprochable.

En conséquence, l'ingérence de l'Etat dans les relations personnelles est en l'espèce acceptable pour les raisons susmentionnées.

12. Enfin, le recourant n'a jamais prétendu que son renvoi en Algérie serait impossible ou illicite au regard de l'art. 83 LEtr. D'ailleurs et jusqu'en 2010, l'intéressé disposait d'un passeport algérien valable, ce qui démontre qu'il n'encourrait aucun danger en retournant dans son pays, puisqu'il y avait séjourné avec son fils et qu'il y avait lui-même vécu jusqu'à l'âge de vingt ans.
13. Le recours sera ainsi rejeté. Un émolument de CHF 400.- sera mis à la charge du recourant en application de l'art. 87 LPA. Vu l'issue du litige, il ne lui sera alloué aucune indemnité de procédure.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 18 octobre 2010 par Monsieur O_____ contre la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 7 septembre 2010 ;

au fond :

le rejette ;

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

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité ;

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 Nicola Meier, avocat du recourant, à l'office cantonal de la population, au Tribunal administratif de première instance et, pour information, à l'office fédéral des migrations.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mme Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Torello, juge suppléant.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

C. Derpich

la présidente siégeant :

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.