

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4418/2011-PE

ATA/408/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 2 juillet 2012

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Madame et Monsieur F_____ et leurs enfants
représentés par Me Pascal Pétroz, avocat

contre

OFFICE CANTONAL DE LA POPULATION

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
15 mai 2012 (JTAPI/653/2012)**

Attendu, en fait, que :

1. Monsieur F_____, né le _____ 1968, est ressortissant du Kosovo. Il est marié à Madame F_____, née le _____ 1972. Ils ont 3 enfants : X_____, né le _____ 1990, Y_____, née le _____ 1993 et Z_____, née le _____ 2003.
2. Le 28 septembre 1995, M. F_____ a déposé en Suisse une demande d'asile, qui a été rejetée le 20 août 1996.
3. Le 7 février 1998, après avoir quitté la Suisse et y être revenu, M. F_____ a déposé une seconde demande d'asile, qui a été rejetée par l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) le 26 février 1998.
4. M. F_____ a été mis au bénéfice d'une admission provisoire le 1^{er} juin 1999. Le Conseil fédéral a levé l'admission provisoire des ressortissants du Kosovo par arrêté du 16 août 1999.
5. M. F_____ a quitté la Suisse en juin 2000, mais y est revenu un mois après, soit en juillet 2000. Depuis cette période, il a exercé une activité lucrative - sans autorisation - en tant que peintre en bâtiment, et a même fondé en 2006 - toujours sans autorisation - une société de peinture, A_____ S.à r.l., dont il est l'associé. Il exploite encore à ce jour cette société, au sein de laquelle il emploie notamment son épouse.
6. Le 12 février 2003, l'ODM a prononcé contre lui une interdiction d'entrée sur le territoire suisse d'une durée de trois ans.
7. Le 24 août 2005, la police a interpellé M. F_____. Lors de son interrogatoire, celui-ci a déclaré que son épouse et leurs trois enfants résidaient avec lui à Genève depuis février 2005. L'interdiction d'entrée précitée lui a été notifiée le 25 août 2005.
8. Le 31 août 2005, M. F_____ a déposé auprès de l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) une demande d'autorisation de séjour pour lui et sa famille.
9. Le 14 mars 2006, l'OCP a rejeté cette demande. Le séjour en Suisse des membres de la famille ne relevait pas d'un cas de rigueur. Un délai au 30 juin 2006 leur était imparti pour quitter la Suisse.
10. Le 13 avril 2006, M. F_____ a interjeté recours contre cette décision auprès de la commission cantonale de recours de police des étrangers (ci-après : CCRPE), remplacée le 1^{er} janvier 2011 par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).
11. Le 24 janvier 2007, la CCRPE a rejeté le recours.

12. Le 30 mars 2007, l'OCP a imparti aux époux F_____ un délai au 30 juin 2007 pour quitter la Suisse. Ceux-ci se sont toutefois opposés à leur renvoi, malgré l'organisation d'un vol de retour.
13. Le 28 mai 2009, le Procureur général a condamné M. F_____ à une peine pécuniaire de 90 jours-amende pour séjour illégal, activité lucrative sans autorisation et emploi d'étrangers sans autorisation.
14. Le 30 septembre 2011, les époux F_____ ont demandé à l'OCP la reconsidération de la décision du 14 mars 2006.
15. Par décision du 16 novembre 2011, l'OCP a refusé d'entrer en matière. Aucun fait nouveau n'avait été apporté. Un délai au 15 décembre a été fixé à la famille pour quitter la Suisse.
16. Par acte du 21 décembre 2011, les époux F_____ ont interjeté recours auprès du TAPI contre la décision précitée, en concluant à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'OCP pour nouvelle instruction.
17. Le 12 mars 2012, l'OCP a conclu au rejet du recours.
18. Par jugement du 15 mai 2012, le TAPI a rejeté le recours.

La motivation de la décision attaquée, bien que succincte, était suffisante et ne consacrait pas de violation du droit d'être entendu.

Le simple écoulement du temps entre les décisions des autorités ne constituait pas à lui seul un motif justifiant la reconsidération. Or, les recourants n'avaient pas démontré que les circonstances s'étaient modifiées depuis la première décision dans une mesure qui excéderait les changements normalement liés au simple écoulement du temps.
19. Le 16 mai 2012, les époux F_____ ont fait parvenir au TAPI une « demande urgente de restitution de l'effet suspensif », X_____ ayant prévu d'effectuer un voyage d'études et s'étant vu refuser par l'OCP la délivrance d'un visa de retour.
20. Le 18 mai 2012, le TAPI a indiqué aux époux F_____ qu'il avait rendu son jugement le 15 mai 2012, et que leur requête du lendemain était dès lors sans objet.
21. Par acte déposé le 18 juin 2012, les époux F_____ ont interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif au recours ou à l'octroi de mesures provisionnelles, et principalement à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'OCP pour nouvelle instruction et à l'octroi d'une indemnité équitable.

Les recourants avaient considéré que la décision de l'OCP du 16 novembre 2011 déployait un effet suspensif automatique, raison pour laquelle ils n'avaient pas demandé plus tôt la restitution de celui-ci. Ils étaient désormais parfaitement intégrés. On ne voyait pas quel intérêt public pouvait être prépondérant, leur présence en Suisse ayant été tolérée pendant plus de treize ans. Trois membres de la famille étaient « naturalisables ». Au cas où la restitution de l'effet suspensif ne pourrait être accordée au vu du caractère négatif de la décision, il convenait de traiter leur demande de rester en Suisse jusqu'à droit jugé comme une demande de mesures provisionnelles.

22. Le 26 juin 2012, l'OCP a conclu au refus de restituer l'effet suspensif et au refus d'octroyer les mesures provisionnelles sollicitées.

L'effet suspensif ne pouvait être restitué car la décision de non-entrée en matière sur la demande de reconsidération avait un caractère négatif.

Une admission de la demande de mesures provisionnelles équivaldrait à une admission au fond. De plus, contrairement à ce qui était allégué dans le recours, une procédure de naturalisation ne pouvait être engagée que par une personne au bénéfice d'un titre de séjour.

23. Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Attendu, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est, *prima facie*, 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Selon l'art. 48 al. 2 LPA, les demandes de reconsidération n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif.

Toutefois, lorsqu'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 (art. 66 al. 2 LPA).

3. a. 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 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/84/2009 du 9 avril 2009 ; U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6^{ème} éd., Zurich - St-Gall 2010, n° 1800 ; P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., Berne 2010, n° 5. 8. 3. 3 p. 814).

b. La jurisprudence a encore précisé que, lorsqu'une décision négative 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 celle 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. 2 LPA, l'acceptation de celle-ci induisant, jusqu'à droit jugé, le maintien des conditions antérieures. Il ne pourra pas en faire de même dans le deuxième cas, vu le caractère purement négatif de la décision administrative contestée. Dans cette dernière hypothèse, seul l'octroi de mesures provisionnelles, aux conditions cependant restrictives de l'art. 21 LPA, est envisageable (ATA/603/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2 ; ATA/280/2009 du 11 juin 2009 et ATA/278/2009 du 4 juin 2009).

4. A teneur de l'art. 21 LPA, l'autorité administrative peut ordonner, d'office ou sur requête, des mesures provisionnelles lorsqu'il est nécessaire de régler provisoirement la situation en cause, jusqu'au prononcé de la décision finale.

Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, de telles mesures ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis, et elles ne peuvent anticiper le jugement définitif (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). Elles 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 (arrêts précités). 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 (I. HAENER, Vorsogliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

5. En l'espèce, la décision de l'OCP du 16 novembre 2011 a un contenu négatif, puisqu'elle refuse d'entrer en matière sur une demande de reconsidération. De plus, aucun des recourants n'a jamais bénéficié d'un statut légal en Suisse, si bien qu'une restitution de l'effet suspensif n'est pas possible. La demande s'y rapportant sera par conséquent rejetée.
6. Quant à la demande de mesures provisionnelles, elle doit également être refusée.

En effet, l'admission des recourants sur territoire suisse jusqu'à droit jugé équivaldrait à leur accorder une autorisation de séjour qui, suivant les développements de la procédure, pourrait s'étendre sur moins comme sur plus d'une année, et correspondrait ainsi à ce qu'ils demandent au fond.

Au surplus, une pesée des intérêts en présence ne permet pas d'aboutir à un autre résultat. Conformément à l'adage *nemo auditur suam (proprium) turpitudinem allegans* (nul ne peut se prévaloir de sa propre faute), qui concrétise le principe constitutionnel de la bonne foi et vaut également en matière de droit public (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_17/2008 du 16 mai 2008, consid. 6.2 ; ATA/26/2012 du 17 janvier 2012 consid. 10), les recourants ne peuvent se prévaloir de la poursuite jusqu'à ce jour de leur séjour illégal en Suisse pour plaider en faveur d'une diminution de l'intérêt public au respect des décisions déjà en force ; ce d'autant plus que la très longue durée de ce séjour peut au contraire être perçu comme un indice fort d'absence d'urgence à régler la situation de manière provisoire.

7. La restitution de l'effet suspensif au recours et l'octroi de mesures provisionnelles seront ainsi refusés, le sort des frais de la procédure étant réservé jusqu'à droit jugé au fond.

Vu l'art. 7 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010 ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse la restitution de l'effet suspensif au recours et l'octroi de mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que les éventuelles voies de recours contre la présente décision, 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant invoquées comme moyens de preuve, doivent être jointes à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Pascal Péroz, avocat des recourants, au Tribunal administratif de première instance ainsi qu'à l'office cantonal de la population.

La présidente :

E. Hurni

Copie conforme de cette décision 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.

- **Décisions préjudicielles et incidentes (art. 92 et 93 LTF)**

Art. 92 Décisions préjudicielles et incidentes concernant la compétence et les demandes de récusation

¹ Les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours.

² Ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement.

Art. 93 Autres décisions préjudicielles et incidentes

¹ **Les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours :**

a. si elles peuvent causer un préjudice irréparable, ou

b. si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

...

Art. 98 Motifs de recours limités

Dans le cas des recours formés contre des décisions portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels.